

GÖSTERİ/EYLEM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KULLANILMASINA BİBER GAZIYLA MÜDAHALE EDİLMESİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE UYGUNLUĞU VE HEKİMLERİN ROLÜ

H. Burak GEMALMAZ*

Özet: Bu yazıda Ankara Tabip Odası'nın Gezi Parkı sürecinde yürüttüğü faaliyetler nedeniyle organlarının görevden alınmasına ilişkin açılan davada biber gazıyla müdahale ve hekimlerin rolü değerlendirilmektedir. Biber gazı kullanılması 'koşulları', kullanımı bilgileriyle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Sözleşmesi çerçevesinde konu incelenmektedir. Biber gazı tıbbi müdahale, sağlık görevlileri, TTB'nin rolü, tıbbi hizmet sağlama yükümlülüğü başlıkları ile acil sağlık hizmetlerinde kişisel verilerin korunmasında olumsuz tutumun başta toplanma özgürlüğü gibi diğer haklara bir müdahale anlamı taşıyabileceğine dikkat çekilmektedir.

Anahtar sözcükler: Gezi süreci, ATO Davası, Sağlık Bakanlığı, Biber gazı ile müdahale, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Hekimlerin rolü.

The European Convention on Human Rights and Intervention to the Right To Peaceful Assembly/Demonstration by Using Tear Gas and the Role of Physicians

Abstract: The article deals with interventions by using tear gas and the corresponding role of physicians in the context of the court case brought against Ankara Chamber of Medicine for its activities during the Gezi Park process. The issue is addressed in the context of 'circumstances' for using tear gas, mode of its use and the European Court of Human Rights and the European Convention on Human Rights. Sub-headings of the article include "Tear gas", "Medical intervention", "Health workers", "Role of the TTB" and "Obligation to extend urgent health services". The article draws attention to the potential danger that any negative attitude to the protection of confidential personal data in the field of health may assume the form of intervening and violating fundamental rights and freedoms including the right to assembly.

Keywords: Gezi process, ATO Court Case, Ministry of Health, Intervention by tear gas, European Convention on Human Rights, Role of Physicians.

Türkiye'de geniş kitlelerin dikkatine Gezi Parkı olayları vesilesiyle gelse de, aslında gösteri/eylem özgürlüğü hemen hemen bütün insan hakları bildiri ve sözleşmelerinde kendine yer bulan en temel haklardan biridir. İfade özgürlüğünün yansıması, onun spesifik bir biçimi olarak de değerlendirilebilecek gösteri/eylem özgürlüğü çeşitli insan hakları denetim organlarının kararlarına da sıkça konu olmaktadır.

Türk hukuk düzeninde toplantı ve gösteri yürüyüşü 06/10/1983 tarih ve 2911 sayılı *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunuyla* düzenlenmiştir. Ulusal mevzuat ve doktrinde bu hak özelinde genellikle kullanılan terim ise, "toplanma özgürlüğü" değil, "toplantı ve gösteri yürüyüşü"dür.

Toplanma kavramı bireylerin bir fikir veya amacı açıklamak için kapalı veya halka açık yerlerde

toplantı, gösteri ve yürüyüş gibi hangi şekil altında olursa olsun bir araya gelmeleri demektir¹. Bu açıdan bakıldığında kapsam alanı son derece geniş bir hakla karşı karşıya olduğumuz anlaşılıyor.

Sıkça kullanılan, planlı veya spontane gelişebilen, geniş kapsamlı bir hak olması dolayısıyla Türk idaresinin gösteri/eylem özgürlüğü karşısındaki tavrı oldukça sorunludur. O kadar ki gösteri yürüyüşlere hukuka aykırı olarak "izin verilmemesi", gösteri yürüyüşlerinin şedit yöntemlerle dağıtılması, kolluğun kötü muamelesi, aşağıda değinilecek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla da sabit olduğu üzere, Türkiye'de yaygın ve sistematiktir. İdarenin "izinsiz", "kanunsuz" olduğu veya "kamu düzenini" bozduğu gerekçesiyle gösterileri ve diğer toplumsal olayları dağıtmakta kullandığı araçlar arasında cop ve tazyikli suyun yanı sıra bi-

*Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ber gazı ya da göz yaşartıcı gaz da bulunmaktadır. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nu "(p)olis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir."²

Ancak son yıllarda, özellikle pek emsali görülmemiş boyut ve süredeki toplumsal eylemlerde yoğun şekilde biber gazı kullanılması, dikkatleri bu silahın niteliğine ve hukuka uygunluğu meselesine çekmekte. Bu mesele sadece Türkiye özelinde değil, dünya genelinde ciddi bir konu olarak algılanmakta ve başta Uluslararası Af Örgütü gibi insan hakları alanında çalışan uluslararası hükümetler dışı örgütlerin raporlarına konu olmaktadır.³

İşte bu kısa yazıda toplumsal olaylara müdahalede biber gazı kullanılmasının insan hakları boyutu, özellikle tıp bilimi ve hekimlerin rolü açısından AIHM ve diğer insan hakları organları kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

Biber Gazı Kullanılması

Toplumsal olaylara müdahalede biber gazı kullanılması kategorik olarak hukuka aykırı değildir. Yine de biber gazı kullanılması çok ağır koşullara tabi tutulmuştur. Biber gazının cop, sopa, tazyikli su ve diğer geleneksel şedit yöntemlerle beraber kullanılması ise, neredeyse otomatik bir ihlal unsudur. Bu saptamayı yapan AIHM kararlarının ortak noktası, biber gazının kullanımında gereklilik ve orantılılık ölçütlerine uyulması gerektiği; bu ölçütlere aykırılığın belirli bir şiddet eşliğinin üzerinde olması durumunda ve kişi üzerindeki etkisi tıbbi raporlarla sabit olduğu müddetçe Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) Madde 3'te öngörülen insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele yasağı ihlalini sonuçlayacağıdır. Buna ek olarak kamusal makamların bu tür ihlal iddialarını etkili şekilde sorguşturmamalarının aynı hakkı bu kez usuli boyutuyla ihlal edeceğidir⁴.

Kullanımı bakımından biber gazıyla müdahalede ilk dikkat edilmesi gereken husus, bunun doğrudan insan bedenine yönelik kullanılmamasıdır. Gaz kapsüllerinin doğrudan kafaya/vücuda atılması insanlık dışı muamele teşkil etmektedir. Benzer şekilde, biber gazının doğrudan yüze sıkılması da aynı niteliktedir. Uluslararası standartlara göre biber gazı bombalarının/kapsüllerinin belirli bir açıyla kitlenin bulunduğu yöne atılması gerekmekte, doğrudan kişiler hedef alınarak kullanılmaması gerekmektedir⁵. Biber gazının/gaz bombalarının nasıl kullanıldığı/atıldığı meselesinin açığa çıkarılmasında olayın video görüntüleri işlevseldir.

Nitekim AIHM, konuya ilişkin bütün kararlarında Hükümetin olgulara karşı savunmalarına yine Hükümetin sağladığı video görüntülerine bakarak itibar etmemiştir⁶. Bazı kararlarda ise günlük ulusal gazetelerde çıkan ve başvuru mağduru kolluğun elinde gösteren fotoğraf ve haberler kanıt işlevi görmüştür⁷.

Kullanılması bakımından dikkat edilmesi gereken ikinci husus, gazla müdahalenin en son başvurulacak ve kısıtlı kullanılacak yöntem olmasıdır. Ayrıca gaz kullanımı, niteliği gereği eyleme katılanlarla katılmayanlar, sağlıklı olanlarla olmayanlar arasında bir ayırım gözetmediğinden de sakıncalıdır. Sadece eylem alanının değil bütün bir muhitin hatta hava durumuna göre bölgenin gaz altında kalabildiği Türkiye'deki olaylarda gözlenen olgular. Yine kalp sağlığı bozuk olan veya astımlı kişilerin biber gazından sağlıklı bireylere göre daha olumsuz etkilendiği hatta hayatlarını kaybettikleri de rapor edilen vakalar arasında.

Benzer şekilde biber gazı kapalı mekanlarda kullanılmayacak iken uygulamada buna da dikkat edilmediği görülüyor.

Eğer biber gazı kullanmak kolluk için kaçınılmaz bir zorunluluksa, yukarıda vurgulanan olumsuz etkileri ortadan kaldırmak veya en aza indirmek için acil durumlara müdahale edebilecek yeterlilikte bir sağlık ekibinin olay mahallinde hazır bulundurulması da şart.

Örneğin Avrupa Konseyi'nin ürettiği "*Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesinin*"⁸ (AIÖS) denetim organı Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (AIÖK) de biber gazının kullanılmasında sağlık personelinin rolünü özellikle vurgulamaktadır. AIÖK'ye göre, biber gazına maruz kalan kişilere derhal bir tıp doktoruna erişim ve rahatlatıcı önlemler sağlanmalıdır⁹. Kolluk, çevredeki üçüncü kişileri etkilememesine yahut olabilecek en asgari ölçüde etkilemesine yönelik tedbirler gibi gereken tedbirleri aldıktan sonra biber gazı kullanabilir ve biber gazına başvurulduğu durumlarda, ortaya çıkabilecek sağlık sorunlarına tıbbi müdahalede bulunabilecek sağlık görevlilerinin bulundurulması gerekir¹⁰. Şu hususu da vurgulayalım ki AIÖK'nin ürettiği standartlar AIHM'de belirleyici bir rol oynamaktadır.

Fiziksel şiddete başvurmak kural olarak madde 3'ün ihlali niteliğindedir ve suçla mücadelenin zorluk arz ettiği varsayımsal olarak benimsenecek olsa bile bu varsayım bireylerin fiziksel bütünlüğünün sınırlanmasına yol açacak müdahaleleri meşrulaştırmaz. Kişinin vücut bütünlüğü söz konusu

olduğunda, bireyin korunması ile kamu düzeninin korunması arasında bir denge güdülemez, bireyin korunması her halükarda üstün niteliktedir.

AIHM *İzci ile Subaşı ve Çoban* kararlarında, kolluğun biber gazı dahil güç/şiddet kullanmasına ilişkin Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun (madde 16 ve Ek madde 6) ve buna bağlı alt derece mevzuatın kategorik yetersizliğine hükmetmiştir. Zira biber gazının kullanımı bakımından ortaya koyulan uluslararası standartları karşılayan bir mevzuat Türkiye’de halen bulunmamaktadır. Bazı olaylar sonrasında çıkartılan Genelge (15 Şubat 2008) niteliğindeki mevzuat da, olumlu bir adım olmakla birlikte, yeterli güvenceleri içermekten uzaktır.

Tıbbi Müdahalenin Önemi ve Sağlık Görevlileri ile TTB’nin Rolü

AIHM madde 3’ün bir ihlali olup olmadığını değerlendiren belli bir acı çekme veya utanca boğma derecesinin aşılıp aşılmadığını araştırır. Zira AIHS madde 3, ancak belirli bir acı/şiddet/zarar eşiği aşıldığında devreye girmektedir. Bu araştırma görece nitelikte olup iddiaya konu olan muamelenin süresine, fiziksel ve zihinsel etkilerine ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi vakanın bütün koşullarına bakılarak yapılacak bir değerlendirmeye saptanabilir. Sözleşmenin ihlali her vakanın kendine özgü şartlarına göre ve kötü muamelenin verdiği acı ile içerdiği şiddet derecesine göre belirlenir.

Dolayısıyla, kategorik olarak AIHS madde 3’e aykırı sayılmayan biber gazıyla müdahalenin somut olaylardaki kullanımının ihlal niteliğinde olup olmadığının tespiti görece bir değerlendirmeye bağlı olarak belirlenmektedir. Eğer doğrudan yüze sıkılması, kapsülün bedene doğru ateşlenmesi veya kapalı alanda kullanılması söz konusu değilse, biber gazından bir şekilde tıbben olumsuz etkilenildiğini gösteren tıbbi raporlar gerekli ve yeterlidir. Biber gazının etkilerini gösteren tıbbi raporun yokluğu Mahkemeyi ihlal olmadığı sonucuna götürebilir¹¹. Bu saptama hekimlerin ve diğer sağlık görevlilerinin eylemler sırasındaki rolünün önemini göstermeye yeterlidir. Unutulmamalıdır ki, biber gazının etkileri belirli bir süre sonra ortadan kaybolabilir. Biber gazına maruz kalınmasını müteakip acil tıbbi müdahalede bulunulması ve bunun raporlanması, biber gazı kullanımının ilgili kişi üzerindeki etkisinin saptanması bakımından elzemdir. Bu noktada, biber gazına maruz kalınmasını müteakip yapılan acil tıbbi müdahale ve bunun raporlanmasında hangi sağlık merkezlerinin/hastanelerin hazırlayacağı raporun geçerli olacağı sorusu

gündeme gelmektedir. AIHM’e göre, biber gazının etkilerini gösteren sağlık raporlarının resmi sağlık merkezlerinden, adli tıp kurumlarından veya devlet hastanelerinden alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta tersine, AIHM özel hastanelerden alınan raporları kabul etmektedir. Özel tıbbi raporlar, işkence ve kötü muamele tespiti alanındaki standartlara (AIÖK tarafından geliştirilen ve ayrıca İstanbul Protokolünde belgelenen) uygun olduğu müddetçe, en azından biber gazından etkilenildiğini göstermeye yetmekte ve aksini ispat yükü devlete geçmektedir¹². Biber gazının etkileri en azından mevcut veriler temelinde süreli olduğundan ve büyük kitlelerin katıldığı uzun süren toplumsal olaylarda resmi sağlık görevlilerinin tıbbi müdahalesi yeterli olmadığından özel sağlık kuruluşlarından alınan raporların geçerliliğinin böyle olaylarda çok daha geçerli ve hatta gerekli olduğu yadsınamaz.

Çok geniş katımlı ve uzun süren toplumsal olaylarda sağlık üzerinde süreli ve ciddi etkileri olan biber gazı gibi bir silah geniş ölçekte ve yoğun olarak kullanıldığında, bundan etkilenen bütün kişilerin ihtiyaç duyabileceği acil tıbbi müdahaleleri tek başına devletin karşılaması olanaksızdır. Bunun en taze örneğinin Gezi olaylarında yaşandığını söylemeye gerek yok. Böyle durumlarda barolar ve tabip odaları gibi insan haklarını korumakla yükümlü kamusal örgütlerin ve/veya Türkiye İnsan Hakları Vakfı gibi işkence ve kötü muamelelerin raporlanmasında uzmanlaşmış hükümetlerdışı örgütlerin acil sağlık hizmeti görmesi ve raporlanması AIHM’in aradığı standartlardandır.

Nitekim, AIHM özel hastaneler ile Türkiye İnsan Hakları Vakfından alınan ve biber gazı dahil maruz kalınan kolluk müdahalesinin vücuttaki geçici de olsa etkilerini belgeleyen raporların, aksini gösteren farklı tıbbi raporlar olmadıkça, hukuken geçerli olduğuna hükmetmiş ve kararına esas almıştır¹³. AIHM *Subaşı ve Çoban* kararında ayrıca, kolluk müdahalesi sonrası başvuruçularındaki ekimozları gösteren ve İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezinde çekilen fotoğrafları da kanıt olarak kullanmıştır. AIHM’in bu yaklaşımı, çok geniş katımlı ve uzun süren toplumsal olaylarda baroların ve tabip odalarının acil sağlık hizmeti vermesinin hem mağdurların sağlığı hem de durumun belgelenmesi açısından ne kadar hayati önemde olduğunu da göstermektedir.

AIHM, somut olayın özelliklerini değerlendirirken, daha doğrusu biber gazı uygulamasının mağdur birey üzerindeki etkilerini tartarken, biber gazının

sağlığa etkisine ilişkin yetkili mercilerin yaptığı açıklamaları ve/veya hazırladıkları bilimsel raporları kendine baz almaktadır. Bu bağlamda Türk Tabipleri Birliğinin ve Türkiye Solunum Araştırmaları Derneğinin bilimsel nitelikteki açıklamalarına itibar ettiği vurgulanmalıdır. Örneğin İzci kararında AİHM, biri meslek örgütü diğeri hükümetler dışı örgüt niteliğindeki bu iki örgütün biber gazının etkilerine ilişkin yaptıkları araştırmaları ve bu araştırmalara istinaden yaptıkları açıklamaları kararına açıkça geçirmiştir. Türk Tabipleri Birliğinin ve Türkiye Solunum Araştırmaları Derneğinin biber gazı kullanımı hakkındaki değerlendirmeleri, geçmiş olaylardaki etkilerine ilişkin saptamaları AİHM'in Türkiye'de biber gazı uygulamasının sistematik bir ihlal niteliğinde olduğu yargısına ulaşmasında son derece etkilidir¹⁴.

Kapsamlı ve Sürekli Toplumsal Eylemlerde Acil Tıbbi Hizmet Sağlama Yükümlülüğü

Çok geniş katılımlı ve uzun süren toplumsal olaylarda biber gazı gibi bir silahın kullanılmasının sağlık üzerinde süreli ve ciddi etkileri olacağından, acil tıbbi müdahale sadece raporlama açısından değil, bundan önce biber gazına maruz kalan kişinin sağlığı açısından da önemlidir. Hem daha önceki çeşitli olaylarda hem de Gezi Parkı olaylarında görüldüğü üzere, yoğun ve sürekli gaz kullanımı gösteri özgürlüğünü kullan insanların yaşam ve sağlıklarını tehlikeye düşürmektedir. Hatırlanacağı üzere AİHM, hemen yukarıda değinilen *İzci* kararında, biber gazının insan sağlığı bakımından içerdiği bu riskleri Türk Tabipleri Birliğinin ve Türkiye Solunum Araştırmaları Derneğinin raporları çerçevesinde kabul etmişti.

Biber gazına maruz kalanların anlık tıbbi müdahale ihtiyacı ise sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Tıpkı kötü muameleye maruz kalmama hakkı bakımından olduğu gibi, sağlık hakkı ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinde düzenlenen ve dolayısıyla pozitif olarak tanınan bir insan hakkıdır. Ancak sağlık hakkı ikinci kuşak haklardan olup hukuki niteliği ve dolayısıyla Devletlerin bu haktan kaynaklanan yükümlülükleri birinci kuşak haklara göre daha farklıdır.

Birçok uluslararası belgede sağlık hakkına, her birinde farklı boyut ya da unsurlarının öne çıkarılacak şekilde de olsa yer verildiğini gözlemlemek mümkündür¹⁵. Bu çalışmanın amaçları bakımından ikinci kuşak haklar alanında evrensel düzeydeki uygulama alanına sahip Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin sağlık hakkına ilişkin düzenlemesiyle bu

sözleşmenin denetim organı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK) kararlarını ele almakla yetinmek mümkündür.

23 Aralık 2003 tarihinden itibaren Türkiye bakımından bağlayıcı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesindeki düzenleme zaten insan hakları hukukunda sağlık hakkına ilişkin düzenlemelerin en geniş kapsamlıdır. Nitekim ESKHK de Madde 12/1'de geçen ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartları kavramının gerek bireyin biyolojik ve sosyo-ekonomik önkoşullarını gerekse de bir Devletin elverişli kaynaklarını dikkate alınması gerektirdiğini hükme bağlamıştır. Komiteye göre sağlık hakkı "çeşitli tesislerden, ürünlerden, hizmetlerden ve ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartlarının gerçekleştirilmesi için gerekli koşullardan yararlanma hakkı" olarak anlaşılmalıdır. Görüldüğü üzere sağlık hakkı öncelikle tıbbi ürün, tesis ve hizmetleri kapsadığı gibi sağlık için gerekli koşullardan yararlanmayı da kapsamaktadır. Bu yönüyle oldukça geniş niteliktedir.

Bu şekilde tanımlanan sağlık hakkının içeriğinin bir başka ifadeyle taraf devletler bakımından ne gibi yükümlülükler doğurduğu ise sözleşme organının ürettiği içtihatı standartlarda ortaya konmaktadır¹⁶.

Komite'nin sağlık hakkından doğan yükümlülüklerin çerçevesinin çizildiği 14 No'lu Genel Yorumu'nda belirttiği standartlardan biri devletin "herkesin önleyici, iyileştirici ve palyatif sağlık hizmetlerine erişiminin reddi ya da sınırlandırılmasından kaçınma"sıdır. Devlet bireylerin sağlık hakkından yararlanmalarının önüne engeller koymamalıdır. Dolayısıyla da sağlık hizmeti almak üzere başvuran kişilerden kimlik istenmesi, belgesiz göçmenler örneğinde olduğu gibi cezai soruşturma ve yaptırımlardan kaçınmak için kimlik bilgilerini sağlık çalışanlarıyla paylaşmaktan kaçınan kişilerin bu hizmetlerden yararlanmalarına engel oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda sağlık çalışanlarının kimlik talebinde bulunması, ulusal mevzuat ile uyumlu olmakla birlikte bir insan hakkı ihlaline yol açacaktır. Diğer yandan Komite'nin 14 No'lu Genel Yorumundan acil sağlık hizmeti veren hekimler bakımından da Devletin buna engel olmama yükümlülüğü bulunduğu anlaşılıyor.

Dahası, kanunla kurulan bir meslek örgütü olmak vasfı sebebiyle Türk Tabipleri Birliğinin veya Tabip Odalarının, sanki bir ajanıymışçasına devletin sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekte yardımcı olmak görevi bulunmaktadır.

Zira bilindiği üzere sağlık hakkı dahil olmak üzere sosyal hakların gerçekleştirilmesinde devletlerin yükümlülükleri pozitif karakterdir. Yani devletler sağlık hakkında kaynaklanan yükümlülükleri mali güçleri ve öncelik sıralaması kapsamında aşamalı/ tedrici olarak gerçekleştirmek imkanına sahiptir. İşte devletlerin eksik kaldığı, kaynak, altyapı veya personel yetersizliği sebebiyle yetişemediği veya geri planda bıraktığı sağlık hizmetlerinin tamamlanmasında tabip odaları devreye girmektedir.

Yine Komite'nin standartları uyarınca taraf devletler "hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının uygun eğitim, beceri standartlarını ve etik davranış kurallarını karşılamalarını temin etmek" yükümlülüğü altındadırlar. "Temin etme"nin uygulamadaki karşılığı hekimlerin etik davranış kuralları hakkında bilgilendirilmeleri ve söz konusu etik kurallara uyulup uyulmadığının devlet tarafından denetlenmesi olarak kabul edilmelidir. Hekimlerin etik kurallara uygun davranışlarının ulusal mevzuat hükümlerine dayanılarak hukuki yahut cezai takibata maruz bırakılmamaları ise evveliyetle söz konusu yükümlülüğün sınırları içinde yer almaktadır.

Bu bilgiler ışığında hekimlerin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi çerçevesinde bireylere ilk yardım da dahil olmak üzere sağlık hizmetleri sunmasının engellenmesi ve/veya cezalandırılması sağlık hakkına aykırılık teşkil edebilecektir. Dahası, hekimler ve bunların bağlı oldukları meslek örgütleri zaten tabi oldukları etik kurallar gereği söz konusu hizmeti sunma yükümlülüğü altındadırlar.

Mesela, somutlaştırmaya yardımcı olması bakımından Türkiye'den örnek verelim. Türk Tabipleri Birliği'nin kabul etmiş olduğu "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları"nın ilgili normları şöyledir:

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

Acil Yardım

Madde 10-Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılmadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.

Uluslararası Sözleşmelere Uyma Zorunluluğu

Madde 33 - Her hekim, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uymakla yükümlüdür.

Görüldüğü üzere, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları Türkiye'nin uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerine

paralel şekilde düzenlenmiştir. Acil tıbbi müdahalede bulunmak yükümlülüğünün çok geniş katımlı ve uzun süren toplumsal olaylarda biber gazının aşırı ve ölçüsüz şekilde kullanılması durumlarında sağlık hakkının bir gereği olarak hekimlerin ve bunların meslek örgütlerinin sorumluluğu kapsamına girdiğine şüphe bulunmamaktadır.

Hekimlerin ve meslek örgütlerinin acil sağlık hizmeti sunma yükümlülüklerinin bir de AIHS boyutu bulunmaktadır. Bilindiği üzere AIHS madde 2 yaşam hakkını korumaktadır. Sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında oldukça sıkı bir bağ vardır. Öyle ki, kimi vakalarda sağlık hakkı ihlallerinin, yaşam hakkı ihlalleriyle kaynaştığı bile görülmektedir. Negatif yükümlülükler bir yana, yaşam hakkının taraf Devletlere yargı yetki alanlarında bulunan kişilerin yaşamlarını korumaya yönelik gerekli adımları atma pozitif yükümlülüğü yüklediği yerleşik bir standarttır¹⁷.

Yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülükleri bireyin sağlığına ilişkin vakalara da uygulayan AIHM, yetkililerin sağlık bakımı alanındaki eylem ve ihmallerinin belirli şartlar altında yaşam hakkının pozitif boyutu çerçevesinde sorumluluklarına yol açabileceğini kabul etmektedir¹⁸. Öyle ki, taraf Devletlerin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri "halk/ kamu sağlığı alanında da uygulanır. Bu nedenle söz konusu pozitif yükümlülükler Devletlerin, kamusal ya da özel, hastaneleri hastalarının yaşamlarını korumak için uygun önlemleri almaya zorlayıcı düzenlemeler yapmalarını gerektirir. Bu yükümlülükler ayrıca, kamusal ya da özel sektörde, tıbbi meslek sahiplerinin bakımı altındaki kişilerin ölüm nedenlerinin belirlenebilmesi ve sorumlularından hesap sorulabilmesi için, etkili bağımsız bir yargı sisteminin kurulmasını gerektirmektedir."¹⁹ AIHM'ye göre "bir Sözleşmeci Devletin yetkililerinin, nüfusun geneline sağlamayı üstlenmiş oldukları tıbbi bakımın yadsınması yoluyla bir bireyin yaşamını tehlikeye atmalarının ortaya konması halinde, Sözleşme Madde 2 çerçevesinde bir sorun doğabilir."²⁰

AIHM'in yaşam hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülük içtihatlarına bakıldığında Devletlerin, kamu makamlarının yetişememesi veya daha elverişli bir pozisyonda bulunması sebebiyle başka hekim veya meslek örgütlerince sağlanan acil sağlık hizmetini engellememe yükümlülüğü altında oldukları anlaşılıyor. Aksine, Devletler, pozitif yükümlülükleri çerçevesinde hekim veya meslek

örgütlerince sağlanan acil sağlık hizmetlerini desteklemek mükellefiyeti altındadır.

Aynı mülhazaları, yukarıda da değinildiği üzere, AİÖK özelinde de görmekteyiz. AİÖK'ye göre, kolluk, ancak çevredeki üçüncü kişileri etkilememesine yahut olabilecek en asgari ölçüde etkilemesine yönelik tedbirler gibi gereken tedbirleri aldıktan sonra biber gazı kullanabilir ve biber gazına başvurulduğu durumlarda, ortaya çıkabilecek sağlık sorunlarına tıbbi müdahalede bulunabilecek sağlık görevlilerinin bulundurulması gerekir. Buna ek olarak, biber gazına maruz kalan kişilere derhal bir tıp doktoruna erişim ve rahatlatıcı önlemler sağlanmalıdır. Hal böyle olunca, biber gazından etkilenen çok sayıda kişi için hekimler veya meslek örgütlerince sağlanan acil sağlık hizmetleri Devletlerin AİÖS'den kaynaklanan yükümlülüklerini karşılamak için de gereklidir.

Acil Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Verilerin Korunması

Yukarıda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumuna ilişkin değerlendirmelerde kişisel verilerin korunmasının önemine değinilmişti. Acil sağlık hizmetlerinin yararlanıcıları bakımından kişisel verilerin korunmasının ne kadar önemli olduğunu söylemeye gerek bile yok. Konuya bir de bu açıdan yaklaşılması faydalı olabilir.

Nitekim AİHM de sağlık alanında kişisel verilerin korunması meselesine hassasiyetle yaklaşmaktadır. Birçok kararında AİHM kişisel verilerin korunmasının önemini vurgulamıştır. Kişisel veriler hukukunda hakim olan ilkeler AİHM tarafından benimsenerek her bir hak özelinde içtihat hukukuna entegre edilmiştir. Bu ilkeler arasında verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, bu amacın meşru olması, verilerin daha sonra işleme amaçlarının toplanma amacı ile uyumlu olması, işlenmenin aşırı olmaması ve amacın gerektirdiğinden daha uzun tutulmaması başta gelenlerdir. Ayrıca hakkında veri toplananların bu verilerin toplanmasına ve işlenmesine katılımı, gerekiyorsa düzeltme ve itiraz hakları, mevzuatın uymak zorunda olduğu standartlar arasındadır²¹. Kişisel verilerin korunması bağlamında Avrupa Konseyinin Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Bağlamında Bireylerin Korunması Sözleşmesi²² ile Avrupa Birliğinin Yönergesini de hatırdta tutmak gereklidir.

Tıbbi müdahalelere ilişkin kayıtlara ulaşmaya çalışan Roman kökenli başvuruçuların yaptığı şikayette AİHM, bu kayıtların fotokopilerinin

verilmemesini AİHS Madde 8'e aykırı saymıştır. Özel yaşamın korunması hakkını düzenleyen Madde 8'in pozitif yükümlülükler içerdiğini belirten AİHM'e göre, kendileri hakkındaki tıbbi bilgilere ulaşmalarını ve bir fotokopi almalarını sağlayacak etkili ve ulaşılabilir bir usulün mevzuatta düzenlenmemiş olması önemli bir ihlal sebebidir. Bilginin üçüncü kişilerce kötüye kullanılması olasılığı, söz konusu bilginin talep edene verilmemesini meşurlaştıracak bir gerekçe değildir. Devlet, üçüncü kişilerce başkalarına ait tıbbi bilgilere ulaşılmamasını ve bunların kullanılmamasını çeşitli yöntemlerle sağlamak zorundadır²³.

AİHM kamu makamlarının topladığı ve sakladığı kişisel tıbbi veriler hususunda daha da hassastır. Nitekim Mahkeme, HIV pozitif bir hastanın tıbbi kayıtlarının cinsel saldırı suçuna ilişkin bir yargılama sürecinde yargısal makamlarca alenileştirilmesinin AİHS Madde 8'e aykırı olduğuna karar vermiştir²⁴. AİHM bir başka davada, devlet hastanesinde tutulan bir kişinin kendisine ait HIV kayıtlarının hastane çalışanlarınca öğrenilmesi ve bunu engelleyecek güvencelerin yokluğunun özel yaşamın korunması hakkına aykırı olduğuna hükmetmiştir. AİHM'e göre, tıbbi kayıtların tutulmasında ve saklanmasında meydana gelen kusurdan ötürü tazminat edinme imkanının olması, Devleti sorumluktan kurtarmamaktadır. Önemli olan kişisel tıbbi kaydın, dışarıya sızmasının engellenmesidir²⁵.

Çok yeni bir kararında AİHM, buyurgan bir toplumsal ihtiyaç baskısının yokluğunda, Yehova Şahitlerinin tıbbi kayıtlarının alenileştirilmesini Sözleşmeye aykırı görmüştür²⁶. Ceza hukuku bağlamındaki tıbbi dokuların alınması, işlenmesi ve saklanması açısından da benzer mülhazaların geçerli olduğu söylenebilir²⁷.

Bu kararlar (özellikle Finlandiya'ya karşı olanlar), tıbbi kayıtların alınması, işlenmesi ve tutulmasında Devletlerin ciddi sorumluluklarının bulunduğunu gösterdiği gibi, bu alanın davalara konu olacak ölçüde sorunlu olduğunu da göstermektedir. Türk sağlık hukuku mevzuatına bakıldığında durumun yukarıda nakledilen AİHM kararlarında aranan standartları karşılamadığı anlaşılmaktadır. Sağlık Bakanlığının sahip olduğu geniş kişisel veri edinme yetkisi (663 sayılı KHK md. 47) kategorik olarak insan haklarına aykırıdır.

Dahası, Türk hukukunda halen kişisel verilerin korunmasına yönelik spesifik bir kanun düzenlenmesi yapılmadığından, kamu makamlarının sahip olduğu kişisel veri edinme yetkilerinin insan

haklarına aykırılığı daha da netleşmektedir. Yine ilgili mevzuattaki yetkiler, kişisel verilerin korunması hukukuna hakim olan verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, bu amacın meşru olması, verilerin daha sonra işleme amaçlarının toplanma amacı ile uyumlu olması, işlenmenin aşırı olmaması ve amacın gerektirdiğinden daha uzun tutulmaması ilkeleriyle uyumlu değildir. Buna ek olarak, hakkında veri toplananların bu verilerin toplanmasına ve işlenmesine katılım, gerekiyorsa bunu düzeltme, itiraz vs. gibi hakları mevzuatta göz ardı edilmiş gibi gözükmektedir.

AİHM standartları açısından bakıldığında, geniş katılımlı ve sürekli toplumsal olaylara katılıp da bir şekilde resmi sağlık mercilerinden veya gayri resmi sağlık mercilerinden acil sağlık hizmeti alanların yararlananların kişisel verilerinin hiçbir kamusal makamla paylaşılması gerekmektedir.

Bu gereklilik AİHS madde 11'de düzenlenen toplanma özgürlüğünün korunması bakımından daha da elzemdir. Zira bir eylemde kolluğun aşırı gaz kullanımından ötürü acil tıbbi müdahale gören bireyin kişisel bilgileri kamu makamlarına iletildiğinde, o kişi hakkında idari ve/veya cezai hukuki girişimlerin başlatılması olasıdır. Fişleme sonucu doğurma riski taşıyan bu tip kişisel veri toplanma ve işleme süreci, etkisini bu alanda göstermekle kalmayıp başta toplanma özgürlüğü gibi diğer haklara bir müdahale teşkil edebilir. Bu durum ise, bireyleri toplanma özgürlüklerini kullanmaktan caydıracak bir etki taşıdığından, özellikle toplanma ve gösteri özgürlüğünün sistematik olarak ihlal edildiği, idarenin eylemlere karşı hoşgörüsüz yaklaşımının ve aşırı biber gazı kullanımının sistem sorunu olduğu devletlerde Sözleşmeye uygun düşmeyebilir.

Dipnotlar

1. Christians against Racism and Facism v. UK, Admissibility Decision of 16 July 1980, DR 21, sf: 138.
2. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Kanun No: 2559, Kabul Tarihi: 04/07/1934, RG, 14/07/1934, No: 2751, Md. 16.
3. Yunanistan'a ilişkin olarak bkz. Greece: Briefing to Committee against Torture, Amnesty International, United Kingdom, 2011, s. 6; Amerika Bileşik Devletleri için bkz. UN Committee against Torture must condemn increasing institutionalized cruelty in USA, Amnesty International Public document – AI Index AMR 51/68/2000 – News Service Nr. 83, (çevrimiçi), <http://www.amnesty.org/ar/library/asset/AMR51/068/2000/ar/b1c0af46-1ca4-40f1-ab66-cc80d6095187/amr510682000en.pdf>, 16/05/2012; Güney Afrika için bkz. South Africa Briefing for the Committee against Torture, Amnesty International, AI Index: AFR 53/002/2006, November 2006, s. 14
4. Pekaslan ve diğerleri, No.4572/06 ve 5684/06, 20/03/2012; Ali Güneş, No. 9829/07, 10/04/2012; Subaşı ve Çoban, No.20129/07, 09/07/2013; Abdullah Yaşa, No.44827/08, 16/07/2013.
5. Abdullah Yaşa, No.44827/08, 16/07/2013.

6. AİHM'deki Türk yargıç sayın Prof. Dr. Işıl Karakaş da 29 Temmuz 2013 tarihli Hürriyet Gazetesindeki röportajında bu hususu vurguluyor. <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/ShowNew.aspx?id=24414153>
7. Ali Güneş, No. 9829/07, 10/04/2012; Abdullah Yaşa, No.44827/08, 16/07/2013
8. Tam adıyla "Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi" ("European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment") 26/11/1987 tarihinde kabul edilmiş 01/02/1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 11/01/1988 tarihinde imzalayarak 26/02/1988 tarihinde onay belgesini depo etmiş; Sözleşme Türkiye bakımından 01/02/1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
9. Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 March to 2 April 2008, CPT/Inf (2009) 8, para. 46.
10. İzzet Mert Ertan, "Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu", MHB, Yıl 32, Sayı 1, 2012, sf:61-62.
11. Oya Ataman, No. 74552/01, 05/12/2006; İbrahim Ergün, No. 238/06, 24/07/2012, para. 43 (bu kararda diğer şiddet uygulamaları açısından ihlal bulunmuştur).
12. İbrahim Ergün, No. 238/06, 24/07/2012, para. 41-42.
13. İbrahim Ergün, No. 238/06, 24/07/2012; Subaşı ve Çoban, No.20129/07, 09/07/2013.
14. İzcü v. Turkey, No. 42606/05, 23/07/2013.
15. Sağlık hakkına yer veren her bir belge özelinde ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Mert Ertan, Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınları, 2012, sf:11-50.
16. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin sağlık hakkına ilişkin standartları için bkz. İzzet Mert Ertan, Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yay., 2012, s. 71-113.
17. "Tavares c. la France", (Requête No. 16593/90), Décision sur la Recevabilité, 12/09/1991 ; "L.C.B. v. the United Kingdom", (14/1997/798/1001), Judgment, 09/06/1998, para. 36; "Osman v. The United Kingdom", (87/1997/871/1083), GC, Judgment, 28/10/1998, para. 115.
18. "Powell v. the United Kingdom", (Application No. 45305/99), Decision on Admissibility, 04/05/2000, s. 18.
19. "Calvelli and Ciglio v. Italy", (Application No. 32967/96), (Grand Chamber) Judgment, 17/01/2002, para. 49; "Tarariva v. Russia", (Application No. 4353/03), Judgment, 14/12/2006, para. 74; "Dvořáček and Dvořáková v. Slovakia", (Application No. 30754/04), Judgment, 28/07/2009, para. 51.
20. "Cyprus vs. Turkey", (Application No. 25781/94), (Grand Chamber) Judgment, 10/05/2001, para. 219; "Makuc and Others v. Slovenia", (Application No. 26828/06), Decision on Admissibility, 31/05/2007, para. 176.
21. Bu ilkeler hakkında bkz. Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, sf:195-220.
22. Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt – Bölgesel Sistemler, Legal Yayınları, İstanbul, 2009, sf:581-595.
23. K. H. and others v. Slovakia, App. No.32881/04, Judgment of 28 April 2009.
24. Z. v. Finland, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997.
25. I v. Finland, App. No. 20511/03, Judgment of 17 July 2008.
26. Avilkana and others v. Russia, App. No. 1585/09, Judgment of 06 June 2013.
27. S. and Marper v. UK, App. Nos. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 04 December 2008; M.K. v. France, App. No. 19522/09, Judgment of 18 April 2013.