

HUKUKÎ AÇIDAN, ÖZELLİKLE KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE ZORLA TEDAVİ*

*Yrd. Doç. Dr. S. Hülya İMAMOĞLU***

ÖZET:

Zorla tedavi, kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rızası olmaksızın onun bedenine veya ruhuna yönelik tıbbi müdahaleyi ifade eder. Zorla tedavi, hastanın yararına olsa da onun kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. Burada kişinin anayasa ile teminat altına alınan temel haklarına da yönelik bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu sebeple zorla tedavinin ancak istisnai hallerde ve bir kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönde zorla tedavide ölçülülük ilkesi de geçerlidir.

TMK 432 I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyile toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin bu hüküm, zorla tedavi için gerekli hukuki temeli oluşturmamaktadır. Zira sözü edilen hüküm, içerik itibarıyla yeterince açık değildir. Burada zorla tedavinin uygulanma şartları düzenlenmiş değildir. Kişinin hukuki durumuna son derece ağır bir müdahale teşkil eden zorla tedavi, ancak uygulanma şartlarının açık bir şekilde belirlendiği bir kanun hükmü temelinde gerçekleştirilebilir.

Anahtar Kelimeler:

Zorla tedavi, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, kişisel korunma, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ölçülülük ilkesi.

ZUSAMMENFASSUNG:

Zwangsbehandlung ist der ärztliche Eingriff in den Körper oder die Psyche der Person, der gegen den Willen der Person oder wenigstens ohne deren Einwilligung vorgenommen wird. Die Zwangsbehandlung verletzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und seine körperliche Integrität, selbst wenn sie im Interesse des Patienten liegt. Es geht hier um auch einen Eingriff in die Grundrechte der Person, die in der Verfassung verankert sind. Deswegen muss die Zwangsbehandlung nur in Ausnahmefällen und in Anlehnung an eine gesetzliche Bestimmung vorgenommen werden. In dieser Richtung gilt bei der Zwangsbehandlung auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

* 1 Aralık 2012 tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat esas alınmıştır.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Nach dem Artikel 432 Abs. 1 des türkischen Zivilgesetzbuches darf jede mündige Person, die wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunk- oder Rauschgiftsucht, ernsthaft bedrohlicher ansteckender Krankheit oder Landstreicherei eine Gefahrenquelle für die Öffentlichkeit bildet, zwecks Behandlung, Erziehung oder Verbesserung in einer geeigneten Einrichtung untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann. Diese Bestimmung betreffend die fürsorgerische Freiheitsentziehung stellt keine erforderliche rechtliche Grundlage für die Zwangsbehandlung dar. Denn die sogenannte Bestimmung ist inhaltlich nicht hinreichend klar. Hier sind die Voraussetzungen, unter welchen die Zwangsbehandlung angeordnet werden kann, nicht geregelt. Die Zwangsbehandlung, die einen so schweren Eingriff in den rechtlichen Zustand der Person darstellt, darf nur auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, die die Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung klar bestimmt.

Schlüsselwörter:

Zwangsbehandlung, Selbstbestimmungsrecht, persönliche Fürsorge, fürsorgerische Freiheitsentziehung, Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

I. GİRİŞ

Zorla tedavi, kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rızası olmaksızın, bedenine veya ruhuna yönelik tıbbî müdahaleyi ifade eder¹. Burada kişinin sahip olduğu kişilik değerlerinden vücut bütünlüğünün ihlâlî söz konusu olmaktadır². Aslında zorla tedavi suretiyle öncelikle kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkı ihlâl edilmektedir³. Diğer taraftan zorla tedavi, AY. m.17'de yer alan kişi dokunulmazlığı ilkesine de aykırıdır. Bu sebeple, zorla tedavinin hukukî yönü, özellikle hangi şartlar altında hukuka uygun olabileceği incelenmesi gereken önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

TMK. m.432/I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Burada kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali dolayısıyla ihtiyaç duyduğu korunmanın sağlanabilmesi için, onun iradesine karşı veya iradesi olmaksızın bir kuruma yerleştirilmesi suretiyle özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olmaktadır⁴. Bu sebeple, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını öngören bu hüküm çerçevesinde de zorla tedaviye ilişkin olarak şu mesele ortaya çıkmaktadır: Koruma amacıyla özgürlüğün tedavi için kısıtlanması halinde uygun bir kuruma, meselâ bir sağlık kliniğine yerleştirilen kişiye zorla tedavi uygulanabilecek midir? Şu halde burada koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak Medenî Kanunda öngörülen düzenlemenin, bu yönde zorla tedavi için de hukukî bir temel oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir.

¹ Krş. Alain Joset, Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, AJP. 2000, s. 1427; Thomas Geiser, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW. 2001, s. 227; Thomas Geiser, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, s. 91; Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 153 N. 1; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 353.

² Krş. Thomas Geiser, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, s. 289, 290.

³ Geiser, 1995, s. 290; krş. Joset, s. 1425.

⁴ Thomas Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Vor Art. 397a-f N. 4 vd., Art. 397a N. 2 vd.; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, N. 2132 vd., N. 2137.

Çalışmada yukarıda ortaya konulan iki mesele, özellikle erişkinlere yönelik zorla tedavi bağlamında ele alınmıştır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, daha önce tıbbî müdahale kavramı ve tıbbî müdahaleye ilişkin esaslar üzerinde durulmalıdır. Aşağıdaki açıklamalar bu amaca yöneliktir.

II. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBÎ MÜDAHALEYE İLİŞKİN ESASLAR

Tıbbî müdahale, esas itibarıyla hekimin insan vücudu üzerinde tedavi amacıyla gerçekleştirdiği müdahaleyi ifade eder⁵. Ayrıca bu yönde teşhise yönelik veya önleyici nitelikteki müdahaleler de tıbbî müdahale sayılmaktadır⁶.

Tıbbî müdahale, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun olarak özenle gerçekleştirilmelidir⁷. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, hâkim görüşüne göre, tıbbî müdahale, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun gerçekleştirilmiş olsa da, kişilik hakkının ihlâli anlamını taşır⁸. Zira burada kişinin vücut bütünlüğüne ve esasen kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkına yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır⁹. Şu halde bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı takdirde, tıbbî müdahale hukuka aykırıdır¹⁰. Kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkararak haller, diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk sebepleri, TMK. m.24/II'de kişilik hakkına müdahale

⁵ Tedavi amacı, geleneksel bir kalp ameliyatında olduğu gibi doğrudan veya -vücuttaki bir deformasyonun sebebiyet verdiği ruhi bozukluğu ve şikâyeti gidermeye yönelik- estetik bir operasyonda olduğu gibi dolaylı olabilir. Bu konuda bkz. Mehmet Ayan, Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 9; Zariye Şenocak, Küçükün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD., C. 50, S. 4 (2001), s. 66; Laufs/Uhlenbruck, § 51 N. 5. Öte yandan başkasına nakletmek amacıyla organ alınmasında vericinin durumunda olduğu gibi tedavi amacını taşımayan tıbbî müdahaleler de söz konusu olabilmektedir. Geleneksel tıbbî müdahale kavramının tıbbin modern gelişimi karşısında aşıldığı; sözü edilen tedavi amacından giderek uzaklaştığı, tıbbin konusunun çok defa tıp tekniğinin uygulanması olduğu yönünde bkz. Laufs/Uhlenbruck, § 52 N. 2, § 51 N. 7; Şenocak, s. 66. Tıbbî müdahale kavramı hakkında ayrıca bkz. Laufs/Uhlenbruck, § 52 N. 1-2, § 51 N. 1 vd., N. 7-9; Margot Michel, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, s. 244; Şenocak, s. 66-67; Hakeri, s. 37 vd., 39; Hasan Seçkin Ozanoğlu, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD., C. 52, S. 3 (2003), s. 58-59; Hasan Seçkin Ozanoğlu, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2010, s.13; Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 24.

⁶ Laufs/Uhlenbruck, § 52 N. 2, § 51 N. 8-9; Michel, s. 244.

⁷ Hakeri, s. 255 vd., 401 vd., 409; Ayan, s. 11 vd., 12.

⁸ Geiser, 1995, s. 289; Geiser, 2006, s. 91; Joset, s. 1425; Michel, s. 245-246; BGE 117 Ib 197, 200 vd.; Şenocak, s. 68; Ozanoğlu, 2003, s. 59.

⁹ Geiser, 2006, s. 91; Joset, s. 1425; Şenocak, s. 68.

¹⁰ Geiser, 2006, s. 91; Joset, s. 1425; BGE 117 Ib 197, 200 vd.; Şenocak, s. 68.

edilenin rızası, daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak sayılmıştır¹¹.

Özel hukuk alanında, özellikle tıbbî müdahale açısından en önemli hukuka uygunluk sebebini, kişilik hakkına müdahale edilenin rızası oluşturur¹². Rızanın, tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için hukuken geçerli olması gerekir¹³. Burada öncelikle ifade edilmelidir ki, ancak ayırt etme gücüne sahip bir kişi, tıbbî bir müdahaleye geçerli olarak rıza gösterebilir¹⁴. Yine bu yöndeki rızanın geçerli olabilmesi için kişinin tıbbî müdahale hakkında önceden yeterince aydınlatılmış olması gerekir; yani kişi neye rıza gösterdiğini bilmelidir¹⁵. Esasen kişi, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını da ancak bu suretle kullanabilir¹⁶. Şu halde kişi, hekim tarafından konulan teşhis, yapılması plânlanan tıbbî müdahalenin türü ve kapsamı, bu müdahalenin muhtemel sonuçları, bu yönde müdahaleye bağlı iyileşme şansı ve müdahalenin yol açabileceği tehlikeler hakkında aydınlatılmış olmalıdır¹⁷. Ayrıca tıbbî müdahaleye ilişkin aydınlatma, muhtemel alternatif tedavi yöntemlerini ve hâlihazırda tedavi olunmadığı takdirde karşılaşılabilecek tehlikeleri de kapsamalıdır¹⁸. Kişinin yapılması plânlanan tıbbî müdahale hakkında olabildiğince kapsamlı bir biçimde aydınlatılması, onun tıbbî müdahaleye ilişkin olarak serbestçe karar verebilmesini ve bu yönde tıbbî müdahaleye özgür iradesine uygun bir rıza gösterebilmesini sağlar.

¹¹ Geiser, 2006, s. 92; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi- Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Bern 2008, Rz. 12.15 vd.; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2012, N.744 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 191 vd.

¹² Geiser, 2006, s. 92; Joset, s. 1425; Michel, s. 246; BGE 117 Ib 197, 200.

¹³ Dural/Ögüz, N. 745.

¹⁴ Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Auflage, Basel 2009, N. 506; Michel, s. 246; Joset, s. 1425; Geiser, 2006, s. 92; Ayan, s. 11.

¹⁵ Joset, s. 1425; Michel, s. 246; Hausheer/Aebi- Müller, Rz. 12.52; Dural/Ögüz, N. 540 vd.; ayrıntılı olarak bkz. Ayan, s. 11; Hakeri, s. 268 vd.

¹⁶ Joset, s. 1425; Michel, s. 246; Ozanoğlu, 2003, s. 59; Veysel Başpınar, *Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği/ Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi/Institut für Deutsches Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim: 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 193 vd., 195.

¹⁷ Joset, s. 1425; Michel, s. 246; ayrıntılı olarak bkz. Ozanoğlu, 2003, s. 64 vd.; Ozanoğlu, 2010, s. 36 vd.; Ayan, s. 11, 71 vd.; Hakeri, s. 275 vd.; ayrıca Başpınar, *Aydınlatma Yükümlülüğü*, s. 197 vd.

¹⁸ Bkz. dn. 17.

Rıza, hukuka ve ahlâka aykırı olamaz¹⁹. Bu anlamda olmak üzere bir kimse, kişiliğine zarar verecek bir müdahaleye rıza gösteremez²⁰. Meselâ kişinin hayatı üzerinde tasarruf edilmesine rıza gösterme yetkisi yoktur. Keza kişi, hiçbir sebep olmaksızın vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesine (meselâ kolunun kesilmesine) de rıza gösteremez²¹.

Tıbbî müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakır²². Bu sebeple kişi, ayırt etme gücüne sahipse, sınırlı ehliyetsiz de olsa, kural olarak tıbbî müdahaleye bizzat rıza gösterme yetkisine sahip olmalıdır²³. Doktrinde bazı yazarlar, tıbbî müdahalenin önemi dolayısıyla sınırlı ehliyetsizin rıza beyanına yasal temsilcinin de katılmasının yararlı olacağına işaret etmektedirler²⁴.

Türk hukukuna, göre hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı ayırımı yapılmaksızın, tıbbî müdahaleye yasal temsilcinin rızası aranır (TŞSTİDK. m.70; HHY. m.24)²⁵. Ancak yasal temsilcinin rızasına rağmen, mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlı hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye katılımı sağlanır (HHY. m.26). Burada hekim, küçük veya kısıtlının beyanı ile bağlı değildir²⁶.

Tıbbî müdahaleye rıza, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde yasal temsilci tarafından açıklanır²⁷. Ancak ayırt etme gücü bulunmayan kişiye henüz bir yasal temsilci atanmamış olabilir. Böyle bir halde sözü edilen kişi hakkında kısıtlanmasına yönelik davanın açılması gerekir. Dava açıldığı takdirde, vesayet makamı, TMK. m.420/I uyarınca re'sen gerekli önlemleri alır; bu anlamda tıbbî müdahaleye izin verebilir²⁸. Buna karşılık, ayırt etme gücü bulunmayan kişi hakkında kısıtlanmasına yönelik dava açılmış değilse, bu halde

¹⁹ Dural/Öğüz, N. 745.

²⁰ Dural/Öğüz, N. 526.

²¹ Dural/Öğüz, N. 529.

²² Dural/Öğüz, N. 532; Şenocak, s. 73.

²³ Dural/Öğüz, N. 532; Ayan, s. 11; krş. Bucher, N. 506; ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbî müdahaleye rıza konusunda doktrindeki görüşler için bkz. Şenocak, s. 74 vd.

²⁴ Dural/Öğüz, N. 532; krş. Ayan, s. 11.

²⁵ 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (RG. 14.04.1928, 863) ve Hasta Hakları Yönetmeliği (RG. 01.08.1998, 23420). Son değişiklikler için bkz. www.mevzuat.gov.tr.

²⁶ Dural/Öğüz, N. 532; Şenocak, s. 74.

²⁷ Dural/Öğüz, N. 532; Bucher, N. 507.

²⁸ Geiser, 2006, s. 92; Peter Breitschmid, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 386 N. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1998.

doktrinde vesayet makamının TMK. m.426 uyarınca bu meseleye ilişkin olarak bir temsil kayyımı ataması gerektiğine işaret edilmektedir²⁹.

Yasal temsilci, tıbbî müdahaleye rıza verirken ilgili kişinin menfaatlerine göre hareket etmelidir³⁰. Burada yasal temsilci, temsil edilen kişinin ayırt etme gücünün olması halinde, iradesini hangi yönde açıklayacağını göz önünde bulundurmalıdır³¹. Diğer taraftan, yasal temsilcinin tıbbî müdahaleyi reddi, bazı hallerde göz ardı edilebilmek zorundadır³². Meselâ ayırt etme gücü olmayan hastanın açıkça yararına olduğu halde, yasal temsilcinin yersiz ve şoke edici surette tıbbî müdahaleye rıza vermekten kaçınmasında durum böyledir³³.

Türk hukukuna göre, yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet veya vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; TMK. m.346 ve m.487 uyarınca mahkeme kararına bağlıdır (HHY. m.24/II)³⁴.

Tıbbî müdahaleye rıza konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayan hasta, tıbbî müdahaleyi ret konusunda ayırt etme gücüne sahip olabilir³⁵. Zira ayırt etme gücü, nisbidir. Bu bakımdan hasta somut olaydaki tıbbî müdahalenin önemini kavrayabilecek durumda olmadığından tedaviye geçerli olarak rıza veremiyorsa, bu sonuç, sözü edilen hastanın müdahalenin yapılmaması yönündeki iradesinin de önemsiz olduğu anlamına gelmez³⁶. Çünkü hasta, ancak müdahalenin ve reddinin önemini ana hatlarıyla kavrayamadığı takdirde, ayırt etme gücüne sahip değildir³⁷. Burada müdahaleyi ret konusunda ayırt etme gücüne sahip bir hastanın müdahalenin yapılmaması yönündeki iradesine aykırı olarak yasal temsilcinin geçerli bir

²⁹ Geiser, 2006, s. 92; istisnai olarak bazı hallerde, genellikle acil meselelerde doğrudan vesayet makamının da TMK 459 hükmü dolayısıyla bizzat hareket edebileceği yönünde bkz. Ernst Langenegger, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 392 N. 14.

³⁰ Geiser, 2006, s. 92; Bucher, N. 507.

³¹ Geiser, 2006, s. 93.

³² Bucher, N. 509.

³³ Bucher, N. 509.

³⁴ Burada anılan madde metninde yer verilmemiş olmakla birlikte, vesayet altındaki hastalar bakımından TMK. m. 461 hükmünün de uygulanabileceğine işaret etmek gerekir. Konuya ilişkin olarak bkz. Hakeri, s. 346 vd.; Dural/Öğüz, N. 532; Bucher, N. 507.

³⁵ Geiser, 1995, s. 293; Geiser, 2001, 230; Geiser, 2006, s. 93; krş. Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob, Das Neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Art. 433- 435 N. 2.

³⁶ Geiser, 1995, s. 296; Geiser, 2006, s. 95, 96.

³⁷ Krş. Geiser, 1995, s. 297.

rıza verip veremeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Doktrinde velâyet veya vesayet altındaki küçüğün tedaviyi reddettiği hallerde, küçüğe ilişkin bakım ve gözetim ödevinin, onun kararının önüne geçebileceği ifade edilmektedir; bununla birlikte, aynı sonuç ergin kısıtlılar için kabul edilmemektedir³⁸. Böyle bir halde ancak buna imkân tanıyan bir kanunun varlığı halinde tedavi uygulanabilir³⁹. Bu, aslında zorla tedavi alanına giren bir durumu ifade etmektedir.

Ayırıt etme gücüne sahip olmayan hastaya tıbbî müdahale için gerekli rızanın acil bir durum sebebiyle alınamaması halinde, hekim, özellikle hayat kurtarıcı müdahaleleri derhal yapabilir⁴⁰. Böyle bir halde tıbbî özen yükümü de hekimi tıbben gerekli müdahaleyi gerçekleştirmekle yükümlü kılar⁴¹. Acil durumlarda derhal yapılması gereken tıbbî müdahalelerde, müdahalenin hukuka uygunluğu, esas itibarıyla hastanın bu yöndeki farazî (varsayılan) iradesi ile açıklanır⁴².

Türk hukukuna göre, yasal temsilciden rıza alınmasının zaman gerektireceği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hasta için hayati riskin doğabileceği acil hallerde rıza şartı aranmamıştır (HHY. m.24/ III)⁴³. Ancak bunun dışında yasal temsilcinin olmadığı veya hazır bulunamadığı ya da hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde de tıbbî müdahaleye rıza şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır (TŞSTİDK. m.70; HHY. m.24/ I). Kanaatimizce, genel bir ifadeyle kaleme alınmış bu düzenlemenin uygulama alanının da tıbbî müdahaleyi zorunlu kılan hayati veya sağlıklı tehdit eden hallerle sınırlı tutulması gerekir⁴⁴.

³⁸ Urs Tschümperlin, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Freiburg 1989, s. 110- 111, 242; Ayan, s. 11, dn. 26; Geiser, 2006, s. 98, 99; krş. Hausheer/Aebi- Müller, Rz. 12.59a.

³⁹ Geiser, 2006, s. 95, 96.

⁴⁰ Joset, s. 1426; Dural/Öğüz, N. 533- 534; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161- 162; krş. Bucher, N. 500.

⁴¹ Joset, s. 1426; Veysel Başpınar, Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu, KTÜ Hasta Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 4. Türk-Alman Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı, Trabzon 8- 9 Haziran 2007, İstanbul 2007, s.191 vd., 195 vd.

⁴² Joset, s. 1426; Geiser, 2006, s. 92; Dural/Öğüz, N. 534. Bucher'e göre yasal temsilcisi olmayan hastanın rızasının alınmadığı hallerde (mesela ağır bir kaza halinde) hukuka uygunluk sebebi olarak hastanın üstün özel yararının tercih edilmesi gerekir (N 510). Küçüğün yaşam ve sağlığını tehdit eden bir tehlikenin bulunması, yani tıbbi müdahalenin acil olması durumunda, hekim tarafından yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebini, küçüğün üstün yararı oluşturur (Şenocak, s. 77 vd.).

⁴³ HHY. m. 24/ III hükmü şöyledir: "Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz."

⁴⁴ Dural/Öğüz'e göre TŞSTİDK. m. 70 ve HHY. m. 24/I maddelerindeki düzenleme, farazî (mefruz, varsayılan) iradeye, yani hastanın durumu uygun olsa idi rıza vereceği kuralına işaret

Tıbbî müdahale için rıza almamadığı takdirde, tıbben gerekli bir müdahalenin yapılabilmesi, acil bir durum dışında, esas itibarıyla ancak bir kanun hükmünün bunu öngörmesi halinde mümkündür⁴⁵. Burada esasen aşağıda ele alınacak zorla tedavi alanına giren bir durum söz konusu olmaktadır.

III. ZORLA TEDAVİ VE ZORLA TEDAVİNİN HUKUKİ TEMELLERİ

Zorla tedavi, yukarıda da ifade edildiği üzere, kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rızası olmaksızın onun bedenine veya ruhuna yönelik tıbbî müdahaleyi ifade eder⁴⁶.

Aslında zorla tedavi, kişiye yönelik cebrî tedbirlerin bir kısmını oluşturur⁴⁷. Şöyle ki, kişiye yönelik cebrî tedbirler, özgürlüğü sınırlayıcı tedbirler ve zorla tedaviler olarak ikili bir ayrımla ele alınabilir: Özgürlüğü sınırlayıcı tedbirlerde kişinin sadece hareket özgürlüğü sınırlanır⁴⁸. Meselâ kişinin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanarak, bir kuruma yerleştirilmesinde durum böyledir (TMK. m.432 vd.). Şu halde gönüllü olarak gerçekleştirmediği takdirde, kişinin bir hastaneye veya bir bakım ya da yaşlılar yurduna yerleştirilmesi, onun özgürlüğünün sınırlanmasını ifade eder⁴⁹. Özgürlüğü sınırlayıcı tedbirlerin daha ağır biçimleri de söz konusu olabilir⁵⁰. Meselâ hastanın yatağa bağlanmasında, tecrit edilmesinde (izolasyonunda) durum böyledir. Buna kar-

etmektedir. Ayrıca Dural/Öğüz'e göre HHY. m. 24/ III hükmünün sadece küçük ve kısıtlılar yönünden değil, tıbbî müdahaleye rıza gösteremeyecek durumda bulunan herkes (örneğin sürekli ya da geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olanlar) yönünden uygulanması gerekir (N. 533- 534).

⁴⁵ Tıbbî müdahalenin gerekli rızanın yokluğunda TMK. m. 24 de yer alan “*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar*” sebeplerinden birine dayanılarak haklı kılınması güç görünmektedir (krş. Geiser, 2006, s. 94- 95, 97). Zira mesela üçüncü kişilerin kişilik değerlerinin korunması, doğrudan hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale yerine, bu kişilerin hastayla temasını önleyici tedbirlerle sağlanabilir. Böyle bir halde mesela hastanın TMK. m. 432 vd. uyarınca koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi söz konusu olabilir, fakat burada da öncelikle hastanın korunmasının başka şekilde sağlanamamış olması gereklidir. Bu yönde “daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar” sebeplerinden biri, daha ziyade, rıza olmaksızın tıbbî müdahaleyi öngören bir kanun hükmünün uygulanma şartlarının belirlenmesinde tutamak noktası teşkil eder.

⁴⁶ Bkz. “Giriş”.

⁴⁷ Kurt Pärli, Zwangsmassnahmen in der Pflege, AJP. 2011, s. 362; Mirjam Bonetti, Rechtliche und medizinische Aspekte der fürsorglichen Freiheitsentziehung (FFE): Schwerpunkt: Gründe für eine FFE, HILL. 2007 II, Nr.12, Rz. 3.2.2. İsviçre Tıp Bilimleri Akademisinin tıbbî etiğe ilişkin yönergesinde cebrî tedbirler, bir insanın açıkladığı iradesine veya mukavemetine karşı ya da iletişim kurulamaması halinde farazi (varsayılan) iradesine karşı gerçekleştirilen her türlü müdahale olarak tanımlanmıştır (Bonetti, Rz. 3.2.2).

⁴⁸ Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

⁴⁹ Pärli, s. 362.

⁵⁰ Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

şılık, zorla tedavilerde ise, vücut bütünlüğüne yönelik olarak zorla gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler söz konusudur⁵¹. Meselâ zorla ilaç verilmesinde veya zorla aşı ya da enjeksiyonda durum böyledir. Görüldüğü gibi, zorla tedavilerde aslında kişinin özgürlüğünün de sınırlanması söz konusu olmaktadır⁵². İsviçre Tıp Bilimleri Akademisinin tıbbî etiğe ilişkin yönergesine göre, cebri tedbirler, hastayı disipline etmek veya cezalandırmak amacıyla uygulanamaz⁵³.

Zorla tedavi, hastanın yararına olsa da, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlâl etmektedir⁵⁴. Bu yönüyle zorla tedavi suretiyle kişinin anayasa ile teminat altına alınan temel haklarına da yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır (AY. m.17 ve m.19)^{55,56}. Bu sebeple, anayasada temel hakların sınırlanması rejimine de uygun olarak zorla tedavinin ancak istisnâî hallerde ve bir kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir (AY. m.13)⁵⁷. Bu yönde zorla tedavide ölçülülük ilkesinin gereklerine de riayet edil-

⁵¹ Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

⁵² Krş. Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

⁵³ Zwangsmassnahmen in der Medizin, Medizinisch- etische Richtlinien der SAMW (24.05.2005), s. 16 (www.samw.ch, erişim tarihi, 01 Aralık 2012). Cebri tedbirlerde tıbbi etik yönünden iki ilke karşı karşıya gelir. Şöyle ki burada bir tarafta hastaya iyilik yapılması, ona zarar gelmemesi söz konusudur; diğer tarafta ise hastanın özerkliğine saygı gösterilmesi gerekir (Bonetti, Rz. 3.2.2). Konu hakkında bkz. Cristof Bernhart, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, Basel 2011, N. 688 vd.; Veysel Başpınar, Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları A.Ş. ve Avrupa Bilim ve Sanat Akademisi tarafından müştereken 17- 19 Nisan 2008 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "Sağlık Alanında Etik ve Hukuk" Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s.576 vd.; ayrıca N. Yasemin Oğuz/Başaran Demir, Hukuki ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, 1993, 1(4), s. 367 vd.

⁵⁴ Bkz. "Giriş".

⁵⁵ Hakeri, s. 353. Türk hukuk doktrininde kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, Anayasanın 17. maddesinde yer alan "herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı"ndan çıkarılmaktadır. Zira "yaşama hakkı", kişinin "kendisi hakkında karar verme hakkı"nı da içerir. Bkz. Ergun Özsunay, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12- 12 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 34- 35; Şenocak, s. 74, dn. 45. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, TMK. m. 24 hükmünün koruması kapsamındadır. Bu yönde bkz. Geiser, 2006, s. 91-92; BGE 117 Ib 197, 200 vd.; ayrıca Şenocak, s. 74, dn. 45.

⁵⁶ Federal Mahkemeye göre kişinin zorla tedavisi, mesela psikiyatrik ilaçların kişiye zorla verilmesi, ilaca bağlı güçlü zihni ve bedeni değişimler sebebiyle onun kişisel özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturur. Aslında bu müdahale, kişisel özgürlüğe yönelik temel hakkın özüne taalluk eder, fakat zorla tedavi iyileştirme amacıyla yapıldığı takdirde, temel hakkın özünü ihlâl etmez (BGE 126 I 112, 115; 127 I 6, 17); krş. Joset, s. 1428; Bonetti, Rz. 3.2.2, Rz. 2.2.

⁵⁷ Hakeri, s. 353, 440; Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 173 vd.

melidir. Buna göre zorla tedavi, münferit halde somut şartlara göre kişilik hakkına daha az müdahale eden başka elverişli bir tedbir bulunmadığı için başvurulabilecek son çare olmalıdır⁵⁸. Aynı zamanda zorla tıbbî müdahale, konu, yer, zaman ve kişi yönünden zorunlu ve amaca uygun olmalıdır⁵⁹.

Türk hukukunda zorla tedavi, başlıca kamu sağlığının korunmasının gerektirdiği hallerde buna ilişkin yasal düzenlemelerde öngörülmüştür⁶⁰. Buna göre meselâ, bulaşıcı veya salgın hastalıklarda tedavi ve önleyici aşı yaptırma zorunluluğu mevcuttur⁶¹. Burada işaret etmek gerekir ki, kamu sağlığının korunmasına yönelik bu yasal düzenlemeler, esas itibarıyla bulaşıcı veya salgın hastalıklarla ilgilidir⁶². Dolayısıyla sözü edilen hastalıkların dışındaki bedenî ve ruhî (psikolojik/psişik) bozuklukların zorla tedavisi için gerekli yasal temeli oluşturmamaktadır.

Kamu sağlığının korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin dışında zorla tedaviye ilişkin olarak ceza hukukunun öngörmüş olduğu düzenlemeler de mevcuttur⁶³. Bu düzenlemelerde zorla tedavi, bazı hallerde bir ceza hukuku yaptırımı (güvenlik önlemi) olarak öngörülmüştür⁶⁴. Meselâ suç işleyen bir akıl hastasının güvenlik önlemi olarak uygun bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasında durum böyledir⁶⁵. Ayrıca ceza infaz kurumlarında bir sağlık sorunu olup da, tedaviyi reddeden hükümlü ve tutuklular bakımından da infaz kanununda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde zorla tedavi öngörülmüştür⁶⁶.

⁵⁸ Joset, s. 1432; Geiser, 2006, s. 97.

⁵⁹ Krş. Geiser, 2006, s. 96- 97; BGE 126 I 112, 119 vd.

⁶⁰ Burada özellikle 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa (RG. 06.05.1930, 1489) ve 04.01.1960 tarihli ve 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun (RG. 11.01.1960, 10402) işaret etmek gerekir (Anılan Kanunlarda yapılan değişikliklere ilişkin olarak bkz. www.mevzuat.gov.tr). Konu hakkında ayrıca bkz. Hakeri, s. 354 vd.; Erman, s. 174 vd.; Dural/Öğüz, N. 530.

⁶¹ Bkz. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, m.57, 64, 67, 72, 88, 101, 107, 119; Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, m.7.

⁶² Krş. Geiser, 2006, s. 98.

⁶³ Hakeri, s. 370 vd.; Erman, s. 175 vd.

⁶⁴ Hakeri, s. 370; Erman, s. 175.

⁶⁵ Türk Ceza Kanunu, m.57. Konu hakkında bkz. Hakeri, s. 370; Erman, s. 175. Ayrıca şiddet uygulayanlarla ilgili olarak hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları bağlamında bkz. 08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (RG. 20.03.2012, 28239), m. 5, (h) ve (ı) bentleri.

⁶⁶ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m. 82/ III. Anılan hükme göre bir sağlık sorunu olup da tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların zorla tedavisi için sağlık ve hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı aranır. Konu hakkında bkz. Hakeri, s. 372 vd., 378- 379.

Yargılama hukukundan kaynaklanan zorla tıbbî müdahaleler de mevcuttur. Meselâ ceza yargılamasında delil elde edilmesine yönelik olarak vücuttan örnek alınmasında durum böyledir⁶⁷. Burada bazı tıbbî müdahalelerin sanık veya mağdur üzerinde rıza aranmaksızın gerçekleştirilebilmesi öngörülmüştür⁶⁸. Aynı şekilde medenî yargılama hukukunda da soybağının tespiti amacıyla gerekli inceleme, hâkim tarafından zorla yaptırılabilir⁶⁹. Ancak yargılama hukukunda zorla gerçekleştirilmesi öngörülmüş bulunan tıbbî müdahaleler, esasen görülmekte olan bir davanın aydınlatılması bakımından gerekli olup, tedaviye ilişkin değildir⁷⁰.

Yukarıda yapılan açıklamaların ve tespitlerin dışında, Türk hukukunda bedenî veya ruhî bozuklukların zorla tedavisine yönelik yasal bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilebilir⁷¹. Bundan sonra incelenmesi gereken, Türk Medenî Kanununda öngörülmüş bulunan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin, zorla tedavi için yasal bir temel oluşturup oluşturmadığı meselesidir.

IV. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE ZORLA TEDAVİ

A. Genel Olarak Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, kaynak İsviçre Medenî Kanunundaki düzenlemeden⁷² esinlenilerek, yeni bir kurum olarak Türk Medenî Kanununa alınmıştır (TMK. m.432- 437). Anayasanın kişi özgürlüğünü güvenceye bağlayan 19. maddesine uygun olarak kaleme alınan TMK. m.432/I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır

⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, m.75, 76.

⁶⁸ Konu hakkında bkz. Hakeri, s. 371 vd.; Erman, s. 177 vd.

⁶⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 292.

⁷⁰ Krş. Geiser, 2006, s. 98.

⁷¹ Nüfus Planlaması Hakkında Kanuna göre bir ameliyatın seyri sırasında tıbbî zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir (m. 4). Konu hakkında bkz. Hayrunnisa Özdemir, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Haziran 2010, S.1, s. 125 vd., 128 vd.

⁷² Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak Türk kanun koyucusunun esinlendiği hükümler, İsviçre Medeni Kanununa 1978 yılında yapılan revizyonla eklenen hükümlerdir (Art. 397 a-f ZGB). Bu konuda bkz. Türk Medeni Kanununun Gerekçesi (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 73 [Ankara 2001], Birleşim 11- 12, S. Sayısı 723), s. 144. Hemen bu noktada ifade etmek gerekir ki 2008 yılında İsviçre Medeni Kanununun vesayete ilişkin hükümleri (Art. 360- 455 ZGB/ TMK. m. 396- 494), İsviçre toplumunun bugünkü şartlarına ve telakkilerine uygun olarak esaslı surette değiştirilmiştir; bu bağlamda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (BB1 2006 7002, 7019; BB1 2009 141).

tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir⁷³. Burada kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali dolayısıyla ihtiyaç duyduğu korunmanın sağlanabilmesi için onun iradesine karşı veya iradesi olmaksızın bir kuruma yerleştirilmesi suretiyle özgürlüğü kısıtlanmaktadır⁷⁴.

TMK. m.432/I hükmü uyarınca, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ergin kişiler için öngörülmüştür. Bu hükme göre ergin kişinin kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulabilmesi için kısıtlı olup olmaması önemli değildir⁷⁵. Aynı hükme göre, ergin kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, kişisel korunmasını gerekli kılan bir zayıflık hali içinde bulunmalıdır⁷⁶. TMK. m.432/I'de, zayıflık hali oluşturan sebepler, sınırlı olarak sayılmıştır⁷⁷. Bunlar; akıl hastalığı, akıl zayıflığı⁷⁸, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı⁷⁹, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık⁸⁰ veya serserilik⁸¹ halleridir.

⁷³ TMK. m. 432/ I hükmünün AY. m. 19 hükmüyle bağlantısına ilişkin olarak bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunumuzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2004, s. 161.

⁷⁴ Geiser, Art. 397a N. 2 vd., N. 17 vd.; Eugen Spirig, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Familienrecht (3. Auflage)*, 3. Abteilung, Die Vormundschaft (Art. 360- 456 ZGB) (Hrsg. Peter Gauch und Jörg Schmid), Teilband II 3a, Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung, Art. 397a- 397f, Zürich 1995, Art. 397a N. 7 vd.; Bernhard Schnyder/Erwin Murer, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360- 397f ZGB, 1. Lieferung, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360- 378 ZGB (3. Auflage)*, Bern 1982, Syst. Teil N. 249 vd.; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo- Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009*, s. 579 vd.; Barbara Caviezel- Jost, *Die materiellen Voraussetzungen der fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art. 397a Abs. 1 und 2 ZGB)*, Stans 1988, s. 116 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2132 vd., N. 2137.

⁷⁵ Kısıtlı olmamakla birlikte kendisine kayyım veya yasal danışman atanan kişiler de TMK. m. 432/I uyarınca koruma amacıyla kuruma yerleştirilebilir. Velayet altındaki kısıtlıların da bu hükmün kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. Geiser, Art. 397a N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 580; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2136; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2004, s. 805- 806.

⁷⁶ Geiser, Art. 397a N. 6 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 580; Caviezel- Jost, s. 117 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2140 vd.

⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2138; Öztan, s. 806; Geiser, Art. 397a N. 6; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 580; Caviezel- Jost, s. 117.

⁷⁸ Doktrinde akıl hastalığı, hukuki anlamda, fazla göze çarpan; konunun uzmanı olmayan yönünden objektif olarak tamamen anlaşılabilir, anormal, çok yadırgatıcı görünen bir ruhi bozukluk olarak ifade edilmektedir (Geiser, Art. 397a N. 7; Spirig, Art. 397a N. 27; Schnyder/Murer, Art. 369 N. 26 vd., N. 45 vd.). Akıl zayıflığı ise akıl hastalığına göre daha az derecede bir ruhi bozukluğu belirtir (Hans Michael Riemer, *Grundriss des Vormundschaftsrechts*, 2. Auflage, Bern 1997, § 4 N. 10). Federal Mahkemeye göre Art. 369 ZGB (TMK. m. 405) anlamında kişiyi korunmaya muhtaç kılan sürekli anormal her zihni du-

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali, tek başına yeterli değildir. Kişinin bir kuruma yerleştirilebilmesi için, zayıflık hali dolayısıyla özel bir korunmaya ihtiyaç göstermesi ve bu korunmanın başka şekilde sağlanamaması gerekir⁸². Başka bir deyişle kişinin korunması, ancak özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle gerçekleştirilebilmelidir. Bununla aslında vesayet hukukunda geçerli “ölçülülük ilkesi” de yasal olarak açık ifadesini bulmaktadır⁸³. Buna göre kişisel özgürlüğe ağır bir müdahale olarak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ilgili kişiye yeterli korunmayı sağlayacak daha hafif bir tedbir bulunmadığında caizdir⁸⁴. Ayrıca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması suretiyle hedeflenene erişilebilmelidir; yani araç, maksadı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır⁸⁵.

Kişisel korunmanın hangi türde olması gerektiği ve hangi kapsamda sağlanacağı, somut olayın şartlarına ve ihtiyaçlara bağlıdır⁸⁶. Kişisel korunma, bir taraftan

rum, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olarak telakki edilir (BGE 62 II 264; 85 II 457). Ancak her iki hal için de öngörülen hukukî sonuç esas itibarıyla aynıdır (Riemer, § 4 N. 10). Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2140.

⁷⁹ Dural/Öğüz/Gümüş'e göre “uyuşturucu bağımlılığı” ifadesi, geniş kapsamlı olarak, özellikle uyuşturucu dışındaki diğer madde bağımlılığı hallerini de içerecek biçimde yorumlanmalıdır (N. 2142). Esasen kaynak hükümde içki bağımlılığının yanında diğer bağımlılık hastalıkları ifadesine yer verilmiştir (Art. 397a Abs. 1 ZGB/ 1978 Revizyonu). Bu yönde meselâ ilaç bağımlılığı, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına yol açabilir.

⁸⁰ Ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık hali, kaynak hükümde yer almamıştır (bkz. Art. 397a Abs. 1 ZGB/ 1978 Revizyonu). Türk Medeni Kanununun 432. maddesine ilişkin gerekçeye göre “ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalıkların neler olduğunun belirlenmesi tıp biliminin işi olmakla beraber, buraya AIDS, kolera, ilerlemiş verem ve veba gibi hastalıkların geleceği söylenebilir” (bkz. dn. 72, s. 145). Aslında bulaşıcı hastalıklarla mücadeleyle ilişkin olarak, yukarıda da işaret edilen Umumi Hıfzıssıhha Kanununun getirdiği tecrit ve tedavi hükümleri karşısında, Türk Medeni Kanununun 432. maddesinde de “ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık” haline yer verilmesinin isabeti tartışılabilir. Konu hakkında ayrıca bkz. Öztan, s. 806.

⁸¹ Kaynak hükümde serserilik yerine “fena halde bakımsızlık” (schwere Verwahrlosung) ifadesine yer verilmiştir (bkz. Art. 397a Abs. 1 ZGB/ 1978 Revizyonu). Doktrine göre fena halde bakımsızlık, insanlık onuruyla hiçbir şekilde bağdaşması mümkün olmayan bir düşkünlük (perişanlık) halini ifade eder (Geiser, Art. 397a N. 10; Spirig, Art. 397a N. 106). TMK. m. 432 metninde yer alan serserilik hali ise kişisel özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 5) ve AY. m. 19 hükümleriyle uyumludur. Serseri, belirli bir yerleşim yeri olmayan, geçimi için gerekli araçlara sahip olmayan ve bir mesleği veya sanatı düzenli olarak icra etmeyen kimsedir ve kişisel korunması başka şekilde sağlanamadığı takdirde koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanabilir (Geiser, Art. 397a N. 10; Spirig, Art. 397a N. 92).

⁸² Geiser, Art. 397a N. 3; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2138; Öztan, s. 806.

⁸³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Spirig, Art. 397a N. 257 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2145; Öztan, s. 807.

⁸⁴ Geiser, Art. 397a N. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2145.

⁸⁵ Geiser, Art. 397a N. 14.

⁸⁶ Geiser, Art. 397a N. 3.

tedaviye yönelik tedbirleri kapsar, diğer taraftan da kişinin insan haysiyetine yaraşır bir şekilde varlığını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu her türlü bakımı kapsar⁸⁷. Burada yeme içme, vücut bakımı, giyim gibi temel ihtiyaçların karşılanması söz konusu olur; buna asgarî ölçüde bir kişisel uğraşın sağlanması da dâhildir⁸⁸.

TMK. m.432 hükmünde, kaynak hükümden⁸⁹ farklı olarak korunma ihtiyacı içindeki kişinin kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya kurumda alikonulabileceği öngörülmüştür⁹⁰. Kanaatimizce, madde metninde yer verilen tedavi, eğitim veya ıslah için kuruma yerleştirme, esasen koruma amacıyla özgürlüğün nihaî amacını teyit eden bir anlama sahiptir. Şöyle ki, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, her halükârda kişisel korunmaya hizmet eder. Burada amaçlanan, zayıf haldeki korunmaya muhtaç kişinin yeniden kendi sorumluluğunu taşıyabilecek, bağımsız bir insan olmasını sağlamak, en azından varlığını insan haysiyetine yaraşır bir şekilde sürdürmesini temin etmektir⁹¹. Bu sebeple, kurumda sağlanan kişisel korunma, imkân ölçüsünde kişiyi yeniden kurum dışında yaşamaya muktedir kılmalıdır⁹².

TMK. m.432/I hükmü uyarınca, kişinin kuruma yerleştirilebilmesi için, madde metninde sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturma şartı da aranmıştır⁹³. Kaynak hükümde⁹⁴ yer verilmeyen bu şart, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁹⁵. Zira koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin amacı, zayıf haldeki kişiyi korumaktır. Bu yönde Dural/Öğüz/Gümüş'e göre "*toplum için tehlike*" şartı bertaraf edilerek, TMK. m.432/I hükmünün uygulanabilmesi bakımından salt, kişinin kendisine yönelik tehlikelerden kişisel korunma ihtiyacının doğmuş olması yeterli görülmelidir⁹⁶.

TMK. m.432/II'ye göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur⁹⁷. Çevre kavramına, esas

⁸⁷ Geiser, Art.397a N. 4.

⁸⁸ Geiser, Art. 397a N. 4.

⁸⁹ Art. 397a ZGB/ 1978 Revizyonu.

⁹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2150; konu hakkında ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 164.

⁹¹ Geiser, Vor Art. 397a- f N. 9, N. 29; BGE 112 II 486, 488.

⁹² BBl 1977 III 29.

⁹³ Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 163.

⁹⁴ Art. 397a ZGB/ 1978 Revizyonu.

⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2144; ayrıca bkz. Öztan, s. 806.

⁹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2144.

⁹⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Geiser, Art. 397a N. 15; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2139; Öztan, s. 807.

itibarıyla yakınları ve komşuları dâhildir⁹⁸. Ancak kişinin çevresine getirdiği külfetin, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında, diğer şartların yanında etkili bir unsur olarak dikkate alınabilmesi için aşırı olması şarttır; yani külfetin çevre için katlanmaları beklenemeyecek bir dereceye ulaşmış olması gerekir⁹⁹. Bununla birlikte, kişi çevresine külfet getirmese de diğer şartların gerçekleşmiş olması halinde koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanabilir¹⁰⁰. Diğer taraftan, kişinin çevresine getirdiği külfet, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanabilmesi için tek başına yeterli değildir¹⁰¹.

Kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için ihtiyaç duyduğu kişisel korunmayı sağlayabilecek elverişli bir kurumun bulunması gerekir¹⁰². Aksi takdirde kişi hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı verilemez¹⁰³. Burada kurum kavramı, geniş bir anlamda ele alınır¹⁰⁴. Buna göre, kurumun kapalı olması gerekli değildir. Kişinin hareket özgürlüğünün kurumdaki bakım ve gözetim sebebiyle hissedilir derecede sınırlanması halinde, TMK. m.432 anlamında bir kurum söz konusu olur¹⁰⁵. Elverişli kurumdan maksat, kurumun, yerleştirilen kişinin esas itibarıyla ihtiyaç duyduğu bakım ve korunmayı sağlayacak organizasyona ve personele sahip olmasıdır¹⁰⁶.

TMK. m.432/III hükmüne göre ilgili kişi, durumu elverir elvermez kurumdandan çıkarılır. Buna göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin uygulanması, kişinin zayıflık halinin devamına bağlıdır¹⁰⁷. Bu anlamda TMK. m.432/I hükmüne dayanılarak bir kuruma yerleştirilen kişi, durumu uygun hale gelir gelmez, kurumdandan çıkarılmalıdır.

B. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümlerin Zorla Tedavi İçin Yasal Bir Temel Oluşturup Oluşturmadığı Meselesi

1. İsviçre Hukukunda

İsviçre’de 1978 yılında kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin gereklerine uyum sağlamak üzere, yasal bir

⁹⁸ Geiser, Art. 397a N. 27; Spirig, Art. 397a N. 360; Öztan, s. 807; kırs. TMK/Gerekçe (dn. 72), s. 145.

⁹⁹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2139; Öztan, s. 807.

¹⁰⁰ Spirig, Art. 397a N. 337.

¹⁰¹ Spirig, Art. 397a N. 340.

¹⁰² Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581.

¹⁰³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Geiser, Art. 397a N. 25.

¹⁰⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Geiser, Art. 397a N. 22; Spirig, Art. 397a N. 119; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2149.

¹⁰⁵ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 582; Geiser, Art. 397a N. 22; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2149.

¹⁰⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 582; Geiser, Art. 397a N. 24; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2151.

¹⁰⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 582; Geiser, Art. 397a N. 28; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2146.

düzenlemeye gidilmiş ve Medenî Kanuna bu yönde “*koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması*” başlığı altında altı yeni madde eklenmiştir (Art. 397a-f)¹⁰⁸. Türk kanun koyucusu, 2001 tarihli Medenî Kanunu hazırlarken, İsviçre Medenî Kanunu’nun sözü edilen hükümlerinden esinlenmiştir (TMK. m.432- 437). Ancak, 2008 yılında İsviçre’de yapılan bir revizyonla vesayet hukuku hükümleri (Art. 360- 455 ZGB/ TMK. m.396- 494), toplumsal gelişmelere paralel olarak esaslı surette değiştirilmiştir¹⁰⁹. Bu bağlamda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde ruhî bozukluğu olan bir hastanın tedavi amacıyla bir psikiyatri kliniğine yerleştirilmesi halinde, kanunda öngörülen şartlar dâhilinde rızası olmaksızın gerekli tıbbî tedbirlerin uygulanabileceği de açık yasal hükme kavuşturulmuştur¹¹⁰. Yapılan değişikliklerin 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür¹¹¹.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hakkındaki hükümlerin zorla tedavi için yasal temel oluşturup oluşturmadığı meselesi incelenirken; önce Türk kanun koyucusunun esinlendiği hükümlere (Art. 397a- f ZGB/ 1978 Revizyonu) ilişkin olarak İsviçre doktrin ve uygulamasının bakış açısı, sonra da 2008 Revizyonuyla yapılan değişiklikler çerçevesindeki durum ele alınacaktır.

a. 1978 Revizyonu

İsviçre doktrinine göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin Art. 397a Abs.1 ZGB (TMK. m.432/I) hükmü, zorla tedavi için yasal bir temel oluşturmamaktadır¹¹². Şöyle ki, anılan hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, buna bağlanan hukukî sonuç, kişinin elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulmasıdır. Şu halde anılan hüküm, sözü itibarıyla, sadece kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanmasına yöneliktir¹¹³. Burada maddenin sözünde zorla tedaviye yönelik bir hukukî sonuç bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Art. 397a Abs.1 ZGB, kişisel korunmanın sağlanması bakımından elverişli olması gereken kuruma, prensipte sadece özgürlüğün kısıtlanmasını ger-

¹⁰⁸ Konu hakkında bkz. Caviezel- Jost, s. 7 vd.; Geiser, Vor Art. 397a- f N. 1 vd.; BBl 1977 III 1 vd.; ayrıca dn. 72.

¹⁰⁹ BBl 2006 7002. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Einführung N. 1 vd.; Hermann Schmid, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360- 456 ZGB, Zürich 2010, N. 1 vd., N. 28 vd.

¹¹⁰ Art. 433- 434 ZGB/ 2008 Revizyonu.

¹¹¹ Andrea Büchler, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse, 4. Auflage, Basel 2012, s. 259.

¹¹² Geiser, 1995, s. 301 vd., 305; Geiser, Vor Art. 397a- f N. 7; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumojungo, s. 587.

¹¹³ Geiser, 1995, s. 301.

çeleştirme yetkisini vermektedir¹¹⁴. Buna karşılık madde metni, özgürlüğün kısıtlanmasının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm içermemektedir¹¹⁵. Bu sebeple elverişli kurum kavramı da her halükârda sözü bakımından zorla tedavi için yeterli bir temel oluşturmamaktadır. Diğer taraftan, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için öngörülen zayıflık haline yol açan sebeplerden akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya diğer madde bağımlılığı, çoğu kez tıbbî tedaviyi mantıklı kılan bir hastalık halini ortaya koyar; bununla birlikte, burada sadece kuruma yerleştirmek bakımından aranan bir şart vardır¹¹⁶. Bundan başka bir hukukî sonuç – her halükârda sözü itibarıyla- çıkarılamaz. Burada şüphesiz kanunun anlam ve amacı da göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile takip edilen amaç, yani bir kişiye ihtiyaç duyduğu kişisel korunmanın zorla sağlanması, pekâlâ zorla bir tedaviyle de örtüşebilir. Ancak böyle olması, şart değildir. Şöyle ki, kanun koyucu, kişisel korunmanın sağlanması için sadece bir araç düzenlemekle, yani hareket özgürlüğünün sınırlanması ile yetinip, başka bir araç hakkında karar vermektен, yani zorla tıbbî tedaviden vazgeçmiş olabilir¹¹⁸. Burada kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerekir. Ancak, İsviçre hukukunda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin doğuşu ile ilgili materyalden, kanun koyucunun koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hakkındaki hükümlerle aynı zamanda zorla tedavi için de bir yasal temel oluşturmak istediğini gösteren bir yön anlaşılamamaktadır¹¹⁹. Bilâkis koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının nasıl gerçekleştirileceği ve kurumda sağlanacak bakımın türü düzenlenmek istenmemiştir¹²⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin zorla tedavi için hukukî bir temel oluşturmadığını kabul etmektedir¹²¹: Buna göre zorla tedavi, kanton hukuku çerçevesinde açıkça ve bir kanunla düzenlenmelidir. Ayrıca burada anayasada yer alan temel bir hak olarak kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu sebeple zorla tedavi, anayasada yer alan temel hakların sınırlanması rejimine uygun olmalıdır. Bunun için kamusal bir yarar veya üçüncü kişilerin temel haklarının korunmasıyla haklı kılınmalı ve ölçülülük ilkesini gözetmelidir. Diğer taraftan zorla tedavi sure-

¹¹⁴ Geiser, 1995, s. 301.

¹¹⁵ Geiser, 1995, s. 301.

¹¹⁶ Geiser, 1995, s. 301- 302.

¹¹⁷ Geiser, 1995, s. 302.

¹¹⁸ Geiser, 1995, s. 303.

¹¹⁹ Geiser, 1995, s. 305.

¹²⁰ Geiser, 1995, s. 304- 305; BGE 121 III 204, 208; BBI 1977 III 29.

¹²¹ BGE 125 III 169; 126 I 112; 127 I 6; 130 I 16.

tiyle kişi özgürlüğüne yönelik temel hakkın özüne dokunulamaz¹²². Ancak İsviçre doktrininde, geçici nitelikteki zorla tedavinin, istisnâ olarak Art. 397a vd. hükümlerine dayandırılabilmesi ifade edilmektedir¹²³. Şöyle ki, çoğu kez özgürlüğü kısıtlayan tedbirin alınmasından sonra doğrudan ilgilinin durumunu dengelemek için tıbbî bir müdahale zorunluluğu kendisini gösterir. Böyle bir halde müdahale (meselâ zorla ilaç verilmesi), ilgili kişinin durumunun iyileşmesi bakımından bağımsız bir tedavi teşkil etmez; sadece hastanın sakinleşmesine hizmet eder. Burada zorla tedavi, doğrudan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin gerçekleştirilmesiyle bağlantılıdır¹²⁴.

b. 2008 Revizyonu

İsviçre Medenî Kanununun 2008 yılında esaslı surette değiştirilen vesayet hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hakkındaki hükümler, büyük ölçüde korunmakla birlikte, bazı değişiklikler yapılmıştır¹²⁵. Konu, artık “*koruma amacıyla yerleştirme*” başlığı altında düzenlenmiştir (Art.426- 439 ZGB)¹²⁶. Terminolojik değişikliklerle birlikte, önemli bir yenilik olarak koruma amacıyla yerleştirilen kişilerin tıbbî tedavisi de düzenlenmiştir¹²⁷. Aşağıda özellikle bu yöndeki düzenleme ele alınmıştır.

Gerçek kişilerin kişisel korunmasına hizmet eden bir kurum olarak koruma amacıyla yerleştirmenin maddi şartlarını düzenleyen Art. 426 Abs.1 ZGB hükmüne göre, ruhî bir bozukluktan veya zihnî engelden muzdarip ya da fena halde bakımsız bir kişi, gerekli tedavi veya bakımı başka şekilde sağlanamadığı takdirde, uygun bir kuruma yerleştirilebilir¹²⁸.

Koruma amacıyla yerleştirmeye yol açan zayıflık halleri, maddede sınırlı olarak sayılmıştır¹²⁹. Önceki düzenlemede yer alan ve olumsuz etki bırakan akıl

¹²² BGE 127 I 6. Konu hakkında ayrıca bkz. Bernhart, N. 743.

¹²³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 587; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 1; krş. Geiser, Vor Art. 397a- f N.7; Bernhart, N. 741; aksi yönde Joset, s. 1429.

¹²⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 587; BGE 121 III 204, 208- 209.

¹²⁵ Koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin hükümlerin uygulama alanı, kısmen genişletilmiştir. Buna göre kapalı bir kuruma veya bir psikiyatri kliniğine yerleştirilen küçükler bakımından da koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümler kıyas yoluyla uygulanır (Art. 314b ZGB). Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 1 vd.; Daniel Rosch, Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP. 2011, s. 506; Schmid, Vor Art. 426- 439 N. 1 vd.

¹²⁶ Schmid, Vor Art. 426- 439 N. 1.

¹²⁷ Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 1- 2.

¹²⁸ Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 4, N. 5 vd.; Schmid, Art. 426 N. 1 vd. Koruma amacıyla yerleştirmede zayıf haldeki kişinin yakınlarının ve üçüncü kişilerin külfeti ve bu kişilerin korunması da göz önünde tutulur (Art. 426 Abs. 2 ZGB).

¹²⁹ Schmid, Art. 426 N. 6; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 7.

hastalığı, akıl zayıflığı ve içki bağımlılığı terimlerinden vazgeçilmiştir¹³⁰. Ruhî bozukluk, psikiyatride kabul edilmiş hastalık tablolarını içerir. Bu anlamda olmak üzere, içki bağımlılığı ve diğer bağımlılık hastalıkları da ruhî bozukluk kapsamındadır¹³¹. Zihnî engel ise, doğuştan veya sonradan kazanılmış farklı ağır derecedeki zekâ kusurlarını ifade eder¹³².

Önceki düzenlemede olduğu gibi, kişiye ilişkin bir zayıflık halinin bulunması, koruma amacıyla yerleştirme için tek başına yeterli değildir. Bilâkis koruma amacıyla yerleştirme, gerekli tedavi ve bakımın başka şekilde sağlanamaması halinde, ancak son çare olarak uygulanabilir¹³³. Buna göre, koruma amacıyla yerleştirmede ölçülülük ilkesi gözetilmelidir¹³⁴. Bu itibarla, ilgili kişinin hukukî durumuna daha az müdahale eden tedbirlerin gerekli korumayı sağlayıp sağlamadığı kontrol edilmelidir. Her halükârda koruma amacıyla yerleştirme, takip edilen amaç için elverişli bir tedbir olarak ortaya çıkmalıdır.

Art. 426 Abs.1 ZGB hükmü, zayıf haldeki kişinin kişisel korunması amacıyla yerleştirilmesine ilişkindir¹³⁵. Kişisel korunma, tedavi veya bakım şeklinde olabilir¹³⁶. Kişisel korunmanın şekli, somut olayın şartlarına bağlı olarak farklılık gösterebilir¹³⁷. Kişinin tedavi amacıyla kuruma yerleştirilmesi halinde, tıbbî tedavi, esas itibarıyla hastanın veya ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde yasal temsilcinin rızasını gerektirir. Bununla birlikte, 2008 Revizyonuyla Kanun, koruma amacıyla kuruma yerleştirme dâhilinde ruhî bir bozukluğun rıza olmaksızın tedavisine ilişkin bir düzenleme öngörmüştür (Art. 433 vd. ZGB)¹³⁸. Bu düzenlemeye

¹³⁰ Rosch, s. 505; BBl 2006 7043.

¹³¹ Rosch, s. 506; BBl 2006 7043.

¹³² Rosch, s. 506; BBl 2006 7043.

¹³³ Schmid, Art. 426 N. 11.

¹³⁴ Schmid, Art. 426 N. 11.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 10.

¹³⁵ Tıbbî rapor amacıyla bir kuruma sevk edilme, ayrı bir maddede (Art. 449 ZGB) düzenlenmiştir. Diğer taraftan, ruhî bir bozukluktan muzdarip bir kişinin gönüllü olarak bir kuruma gelmesi halinde, sözü edilen kişinin kurumda alıkonulması da ayrı bir maddede (Art. 427 ZGB) düzenlenmiştir. Buna göre gönüllü geldiği halde kurumu terk etmek isteyen kişi, kendi bedenini veya hayatını ya da üçüncü kişilerin hayatını veya vücut bütünlüğünü ciddi surette tehlikeye düşürdüğü takdirde (kurumun tıbbî yönetimi tarafından) en fazla üç gün için kurumda alıkonulabilir. Bu sürenin geçmesinden sonra ilgili kişi, icra edilebilir bir yerleştirme kararı bulunmadığı takdirde kurumu terk edebilir. Konu hakkında bkz. Schmid, Art. 427 N. 1 vd.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 427 N. 1 vd. 2008 Revizyonu çerçevesinde bir kişinin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi halinde, bu kişinin kurumda hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirlere ilişkin olarak da ayrı bir düzenleme öngörülmüştür (Art. 438 ZGB; Art. 383 vd. ZGB). Bu konuda bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 438 N. 1- 2; Art. 383- 385 N. 1 vd.; Schmid, Art. 438 N. 1- 2; Art. 383 N. 1 vd.

¹³⁶ Schmid, Art. 426 N. 3.

¹³⁷ Schmid, Art. 426 N. 3.

¹³⁸ Schmid, Art. 433 N. 1 vd.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 1 vd.; Rosch, s. 508 vd.

göre, kişinin ruhî bir bozukluğunun tedavisi için bir kuruma yerleştirilmesi halinde, öncelikle tedavi eden hekim tarafından yazılı bir tedavi plânı hazırlanır¹³⁹. Bu plânın hazırlanmasına, ilgili kişi ve gerekirse onun koruma amacıyla yerleştirme sürecinde kendisini desteklemek üzere kanunen çağırabileceği, güvendiği bir kişi katılır¹⁴⁰. Bu tedavi plânında hekim, ilgiliyi ve onun güvendiği kişiyi, yapılması düşünülen tıbbî tedbirler bakımından önemli olan her durum hakkında bilgilendirir¹⁴¹. Burada özellikle tıbbî tedbirlerin sebepleri, amacı, çeşidi, uygulanma şekil ve şartları, riskleri ve yan etkileri, tedavinin yapılmamasının sonuçları ve muhtelif alternatif tedavi imkânları hakkında bilgiler verilir¹⁴². Bu suretle kapsamlı bir aydınlatma gerçekleşir¹⁴³. Tedavi plânı, tıbben kabul edilmiş günün tedavi şartlarına uygun, tıbbî açıdan mutlak gerekli tedbirleri içermelidir¹⁴⁴. Hazırlanan tedavi plânı, ilgili kişiye rızası alınmak üzere sunulur¹⁴⁵.

İsviçre kanun koyucusunun yukarıda açıklanan düzenlemeye ilişkin gerekçesine göre, ruhî bir bozukluğun tedavisi için kuruma yerleştirme halinde; tedavinin hukukî temeli, basitçe yerleştirmenin içinde değildir¹⁴⁶. Başka bir deyişle yerleştirme, tek başına tedavi için hukukî ve tıbbî temel oluşturmaz¹⁴⁷. Bilâkis mümkün olduğu takdirde ilgili kişinin yapılması düşünülen tedavi için rızasının alınmaya çalışılması önemlidir¹⁴⁸. Kişinin rızası, tedavinin başarısı bakımından da önemli olup, bu yönde ilgili kişinin tedaviye ilişkin isteklerine olabildiğince saygı gösterilmelidir¹⁴⁹.

İlgili kişinin tedavi plânına rıza göstermesi halinde, bu tedavi plânı uygulanır¹⁵⁰. Buna karşılık, ilgili kişinin rızası yoksa, bu halde tedavi plânında öngörü-

¹³⁹ Schmid, Art. 433 N. 1- 3; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N 4 d.; Rosch, s. 510; Bernhart, N. 753 vd.

¹⁴⁰ Schmid, Art. 433 N. 1- 3; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N 4 d.; Rosch, s. 510; Bernhart, N. 753 vd.

¹⁴¹ Schmid, Art. 433 N 5; Bernhart, N. 753.

¹⁴² Schmid, Art. 433 N 5; Bernhart, N. 753.

¹⁴³ Bernhart, N. 753; krş. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 5; Rosch, s. 510.

¹⁴⁴ Bernhart, N. 757.

¹⁴⁵ Schmid, Art. 433 N. 7. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin tedaviye ilişkin olarak önceden açıklamış olduğu istekleri (hasta vasiyeti) bulunduğu takdirde bu da dikkate alınır. Konu hakkında bkz. Schmid, Art. 433 N. 8; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 6; Rosch, s. 510; Bernhart, N. 753, N. 755.

¹⁴⁶ BBI 2006 7068.

¹⁴⁷ Bernhart, N. 755.

¹⁴⁸ BBI 2006 7068; Bernhart, N. 755.

¹⁴⁹ BBI 2006 7068; ayrıca bkz. dn. 145.

¹⁵⁰ Schmid, Art. 433 N. 7.

len tıbbî tedbirler, ancak kanunen öngörülen şartlar dâhilinde gerçekleştirilebilir¹⁵¹. Buna göre, rıza olmaksızın bir tıbbî tedavi için özel bir tehlike durumu bulunmalıdır; buna ek olarak ilgili kişi tedavi ihtiyacına ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip olmamalıdır ve ölçülülük ilkesi gözetilmelidir (Art. 434 ZGB).

Tehlike durumundan maksat, tedavi olunmadığı takdirde, ilgili kişinin sağlığına ilişkin olarak ciddi bir zarar görme tehdidi altında bulunmasıdır¹⁵². Aynı durum, üçüncü kişilerin hayatı veya vücut bütünlüğünün ciddi olarak tehlikeye düşmüş olmasında da geçerlidir¹⁵³. Burada ağır veya akut tehlike halleri söz konusudur¹⁵⁴. Sözü edilen hallerde tedavi plânında öngörülen tıbbî tedbirlerin uygulanması hususunda yetkili kişi, şef hekimdir¹⁵⁵. İsviçre kanun koyucusuna göre, ruhî bir bozukluğun rıza olmaksızın tedavi edilmesinde şef hekimin yetkisini, bir tehlike haliyle sınırlayan bu hüküm, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin bu yöndeki düzenlemesiyle (m.7) uyumludur¹⁵⁶.

İlgili kişi, kendisinin tedavi ihtiyacına ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip olmamalıdır¹⁵⁷. Burada bir taraftan bunama, ağır zekâ noksanlığı veya bilinç bozuklukları yüzünden idrak yeteneği eksik kişiler söz konusu olabilir¹⁵⁸. Öyle ki, bu kişiler tedaviye rıza veya tedaviyi ret yönünde bir açıklamada bulunamazlar. Diğer taraftan da meselâ şizofreninin algılama yeteneğini etkilemesi suretiy-

¹⁵¹ Schmid, Art. 433 N. 7; Art. 434 N. 3 vd.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 9 vd.; Rosch, s. 510 vd.; Bernhart, N. 747, N. 758 vd.

¹⁵² Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 10; Schmid, Art. 434 N. 7.

¹⁵³ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 10; Schmid, Art. 434 N. 7.

¹⁵⁴ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 10.

¹⁵⁵ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 13; Bernhart, N. 758, N. 761; Schmid, Art. 434 N. 4.

¹⁵⁶ BBl 2006 7069. Ancak, İsviçre kanun koyucusuna göre, sözü edilen hüküm, ruhî bir bozuklukta rıza olmaksızın tedaviyi ancak koruma amacıyla yerleştirme çerçevesinde öngördüğü için Biyotıp Sözleşmesinden daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Diğer taraftan, burada Biyotıp Sözleşmesinden farklı olarak, ilgili kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması şart kılınmıştır. 4 Nisan 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) İsviçre tarafından onaylanmıştır ve 2008 Revizyonunda göz önünde bulundurulmuştur (SR 0.810.2; AS 2008 5125; AS 2008 5137; BBl 2006 7025). Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da onaylanmıştır (RG. 09.12.2003, 25311; RG. 20.04.2004, 25439). Sözleşmenin yukarıda yer verilen 7. maddesine göre “gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dâhil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir”.

¹⁵⁷ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 11; Schmid, Art. 434 N. 8.

¹⁵⁸ Schmid, Art. 434 N. 9; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 11; Bernhart, N. 763; BBl 2006 7069.

le veya meselâ bağımlılık halinden dolayı durumlarını makûl surette değerlendiremedikleri için rıza gösteremeyip mukavemette bulunan kişiler söz konusu olabilir¹⁵⁹. Ayırt etme gücünün varlığı bakımından, ilgili kişinin tedaviye ihtiyacı olduğunu ana hatlarıyla kavraması yeterlidir¹⁶⁰.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, ilgili kişinin hukukî durumuna daha az müdahale eden uygun bir tedbir bulunmamalıdır¹⁶¹. Bu yönde gerçekleştirilen tıbbî tedavi ölçülü olmalıdır ve bilimin son durumuna uymalıdır. Bilimsel yönden şüpheli veya tartışmalı tedbirler ya da cerrahî müdahaleler, hastanın rızası olmadan uygulanmaz¹⁶².

Art. 433 ZGB vd. hükümlerinin uygulama alanı, koruma amacıyla yerleştirme tedbirinin ruhî bir bozukluğun tedavisi için alınması haliyle sınırlıdır¹⁶³. Diğer taraftan, acil bir durumda ilgili kişinin veya üçüncü kişilerin korunması için gerekli tıbbî tedbirlerin derhal alınabileceği de hükme bağlanmıştır (Art. 435 ZGB). Burada da rıza aranmaksızın tıbbî açıdan gerekli müdahaleler yapılabilir¹⁶⁴. İsviçre kanun koyucusuna göre bu hükümle, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 8. maddesine dayanılarak acil durumlardaki tıbbî yardım için gerekli hukukî temel oluşturulmuştur¹⁶⁵.

2. Türk Hukukunda

Türk Medenî Kanunundaki koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin zorla tedavi için de yasal bir temel oluşturup oluşturmadığı, Kanunun gerekçesinden anlaşılamamaktadır¹⁶⁶. Koruma amacıyla özgürlüğün

¹⁵⁹ Schmid, Art. 434 N. 9; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 11; Bernhart, N. 763; BBl 2006 7069.

¹⁶⁰ Rosch, s. 511.

¹⁶¹ Schmid, Art. 434 N. 10; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 12; Rosch, s. 511.

¹⁶² Bernhart, N. 764; Rosch, s. 511; BBl 2006 7070.

¹⁶³ Konu hakkında bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 14; Art. 433- 435 N. 1, 4; Rosch, s. 509- 510. Burada 2008 Revizyonuyla öngörülen Art. 380 ZGB hükmü de dikkate alınır. Anılan hüküm uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin ruhî bir bozukluğunun bir psikiyatri kliniğinde tedavisi, koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümlere (Art. 433 vd.) tabidir. Ancak sözü edilen kişilerin bedenî hastalıklarının veya zihnî engellerinin tedavisi, bunun dışındadır. Bunun için kanunen temsil yetkisine sahip kişilerin rızası aranır (Art. 377 vd.). Schmid'e göre ayırt etme gücüne sahip bir kişinin bedenî hastalığının rızası olmaksızın tedavisi, bunun için kuruma yerleştirilmişse doğrudan Art. 426 hükmü çerçevesinde alınan yerleştirme kararına dayanılarak mümkün olmalıdır (Art. 426 N. 4).

¹⁶⁴ Bu konuda bkz. Schmid, Art. 435 N. 1- 3; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 14 vd.; Rosch, s. 512- 513; Bernhart, N. 748 vd.

¹⁶⁵ BBl 2006 7070. Biyotıp Sözleşmesinin (dn. 156) 8. maddesine göre "acil bir durum nedeniyle muvafakatin alınmaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir".

¹⁶⁶ TMK/Gerekçe, s. 145 (Gerekçe için bkz. dn. 72).

kısıtlanmasının maddî şartlarının düzenlendiği 432. maddenin gerekçesinde “maddenin kenar başlığıyla birlikte İsviçre Medenî Kanununun yeni 397a maddesinden aynen alınmış” olduğu ifade edilmektedir. Ancak, daha önce de ifade edildiği gibi, 432. maddenin sözü, kaynak hükümden farklıdır¹⁶⁷. Gerçekten de, TMK. m.432’ de zayıf haldeki kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, 432. maddenin gerekçesinde “kişinin bir kuruma yerleştirilebilmesi için -diğer şartlarla birlikte- bakım ve tedavisinin başka şekilde sağlanamaması şartının aranacağı-*nin*” dışında tedavinin ne surette gerçekleştirileceğine dair bir açıklık yoktur.

Türk hukukunda Hakeri’ye göre koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerle Kanun, özgürlüğü sınırlama ve zorla tedavi imkânı sağlamış bulunmaktadır¹⁶⁸. Buna karşılık Dural/Öğüz/Gümüş’e göre ise, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler çerçevesinde ilgili kişiye yönelik iradesi dışındaki zorla tedavi, genel kişilik değerlerine müdahalenin hukuka uygunluğu kapsamında, ancak kişisel özgürlüğün esaslı bir ihlâlinde üstün bir kamusal veya özel yarar ya da üçüncü kişinin korunmasında haklı bir menfaat söz konusuysa ve müdahalenin orantılılığı ilkesi kapsamında mümkündür¹⁶⁹.

Kanaatimizce, burada koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin zorla tedavi için yasal bir temel oluşturup oluşturmadığı meselesini ele almadan önce bazı noktaları açıklığa kavuşturmak gerekir. Öncelikle yukarıda İsviçre doktrin ve uygulaması yönünden belirtildiği üzere, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli tıbbî müdahale zorla yapılabilir¹⁷⁰. Bu yönde meselâ kuruma yerleştirilecek kişinin geçici olarak sakinleştirilmesi için ona zorla ilaç verilebilir. Çünkü, böyle bir halde zorla tıbbî müdahale, ilgili kişinin durumunun iyileştirilmesine yönelik bağımsız bir tedavi oluşturmamaktadır¹⁷¹. Diğer taraftan, koruma amacıyla kuruma yerleştirilen kişinin sağlığı yönünden tehlike yaratan akut ve acil hallerde de gerekli tedavi rıza olmaksızın yapılabilir¹⁷². Nitekim Biyotıp Sözleşmesinde acil durumda tıbbî müdahaleye ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır (m.8). Türk hukukunda da buna imkân tanıyan bir hüküm mevcuttur (HHY. m.24/III)¹⁷³. Ayrıca, koruma amacıyla

¹⁶⁷ Bkz. yukarıda “Genel Olarak Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”.

¹⁶⁸ Hakeri, s. 363.

¹⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2147.

¹⁷⁰ Bkz. yukarıda “1978 Revizyonu”.

¹⁷¹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 587.

¹⁷² Krş. Geiser, Vor Art. 397a- fN. 7; Bernhart, N. 741.

¹⁷³ Ayrıca bkz. TŞSTİDK. m. 70; HHY. m. 24 I; Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi (RG. 19.02.1960, 10436), m.3; Türk Tabipleri Birliğinin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (01.02.1999), m. 26.

özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilen kişinin korunmasını gerektiren zayıflık hali, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık sebebinden kaynaklanıyorsa, bu hastalığın 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁷⁴ kapsamında bir hastalık olması durumunda, ilgili kişi zorla tedavi edilebilir. Zira burada ilgili kişinin zorla tedavisi için yasal temeli, esasen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu oluşturmaktadır. Ancak, burada asıl mesele, ilgili kişinin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında yer almayan bir hastalıktan dolayı veya TMK. m.432 hükmünde sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı sebeplerinden biriyle, tedavisi için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir hastanın tedavi için bir kuruma, meselâ bir sağlık kliniğine yerleştirilmesi, bu yönde bir tedavinin yapılması gerektiğini ifade eder¹⁷⁵. Aksi takdirde alınan tedbir anlamsız olur. Aslında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükmün amacı, sadece korunmaya muhtaç kişiyi kuruma yerleştirmekten ibaret değildir¹⁷⁶. Bilâkis kişiye ihtiyaç duyduğu kişisel korunmayı sağlamaktır. Bu kişisel korunma, bakım veya tedavi şeklinde olabilir. Buna göre, koruma amacıyla yerleştirme kararı, bir kimsenin tedavisi için alınmışsa, ilgili kişinin doğrudan bu karara dayanılarak tedavi edilebileceği görüşünün ileri sürülmesi mümkündür¹⁷⁷. Ancak tedavi amacıyla da olsa yerleştirmenin tek başına tedavi için hukukî temel oluşturacağını söylemek kolay görünmemektedir¹⁷⁸. Öncelikle tıbbî müdahale, temel kişilik değerleriyle ilgilidir. Burada kişinin vücut bütünlüğüne ve özellikle kendisi hakkında bizzat karar verme hakkına yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır. Bu sebeple, tedavi için olabildiğince kişinin rızası alınmaya çalışmalıdır. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere, kişinin rızası, tedavinin başarısı bakımından da önemlidir¹⁷⁹. Tıbbî eylemler alanında rıza ehliyeti olmasa da ayırt etme gücü bulunmayan kişinin yapılması düşünülen tedaviye ilişkin karar alma sürecine dâhil edilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur¹⁸⁰. Nitekim Biyotıp Sözleşmesinde de bu yönde bir düzenleme yer almaktadır¹⁸¹. Aslında bu, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının öneminden kaynaklanmaktadır. İsviçre kanun koyucusu da vesayet hukukuna ilişkin 2008 Revizyonunda, revizyonun amaçlarından birini, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını geliştirmek olarak ifade etmiştir¹⁸². Diğer taraftan, ilgili kişinin rızası olmaksızın tedavi edile-

¹⁷⁴ Bkz. dn. 60.

¹⁷⁵ Bernhart, N. 744.

¹⁷⁶ Krş. Schmid, Art. 426 N. 4.

¹⁷⁷ Krş. Schmid, Art. 426 N. 4; ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 164.

¹⁷⁸ Krş. Bernhart, N. 755; BBl 2006 7068.

¹⁷⁹ Krş. BBl 2006 7068; Bernhart, N. 755.

¹⁸⁰ Krş. Bucher, N. 508.

¹⁸¹ Bkz. Biyotıp Sözleşmesi (dn. 156), m.6, 2. ve 3. paragraflar; HHY. m. 26.

¹⁸² BBl 2006 7002.

bilmesi için bu yöndeki kanun hükmünün içerik itibarıyla yeterince belirli olması gerekir¹⁸³. Burada kanun hükmü, zorla tedavinin hangi şartlar altında gerçekleştirilebileceğini göstermelidir. Bunun yanında, zorla tedavinin çeşidi, süresi ve yapılışı da tespit edilmelidir¹⁸⁴. Ancak TMK. m.432 hükmü, bu yönde bir açıklık taşımamaktadır. Kişinin toplum için tehlike oluşturması, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki bulaşıcı hastalıklar dışında onun zorla tedavisi için yeterli değildir. Böyle bir halde kişinin özgürlüğünün kısıtlanarak kuruma yerleştirilmesi, ilk aşamada tehlikenin bertaraf edilmesi için yeterlidir. Aslında zorla tedavi, kişinin kendi sağlığına ilişkin ciddi bir zarar görme tehlikesinin bulunması halinde, son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur. Bu yönde meselâ Biyotıp Sözleşmesinde ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişinin, sadece böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabileceği belirtilmiştir (m. 7)¹⁸⁵.

İsviçre kanun koyucusu, 2008 Revizyonunda üçüncü kişilerin hayatı ve vücut bütünlüğünün ciddi olarak tehlikeye düşmüş bulunması halinde de ruhi bir bozukluğu olan kişinin -diğer şartlarla birlikte- rızası olmaksızın tedavi edilebileceğini öngörmüştür. Zira kanun koyucuya göre tedavi imkânının sadece kişinin kendisine yönelik tehlike haliyle sınırlı tutulması; üçüncü kişiye yönelik ciddi tehlike halinde, bir tedavi için rıza göstermeye hazır olmayan veya buna muktedir olmayan ilgili kişinin uzun süre, belki de sürekli olarak kurumda kalması sonucunu doğururdu¹⁸⁶. Söz konusu hallerde, psikiyatri klinikleri de bu suretle tedavi imkânı olmayan salt gözetim kurumlarına dönüşmüş olurdu¹⁸⁷.

Kanaatimizce, üçüncü kişilerin hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike halinde, bu tehlikeye sebep olan kişinin zorla tedavisi, tehlikeyi bertaraf etmek için yapılması gerekli tıbbî müdahalelerle sınırlı olmalıdır¹⁸⁸. İlgili kişinin sağlık durumunu iyileştirmeye yönelik belirli bir süreyi kapsayan bir tedavi için onun veya yasal temsilcisinin rızasının alınması yönüne gidilmelidir. Bize göre TMK. m.432 hükmü, tek başına koruma amacıyla kuruma yerleştirilen kişinin zorla tedavisi için yeterli yasal dayanak oluşturmamaktadır. Kişinin eğitim veya ıslah amacıyla yerleştirilmesi halinde, tartışmasız olan bu durum, tedavi amacıyla yerleştirilmesi halinde de geçerlidir.

¹⁸³ Krş. Bernhart, N. 745; Joset, s. 1429.

¹⁸⁴ Krş. Bernhart, N. 745.

¹⁸⁵ Bkz. dn. 156.

¹⁸⁶ Krş. BBI 2006 7069.

¹⁸⁷ BBI 2006 7069.

¹⁸⁸ Krş. Bernhart, N. 760.

V. SONUÇ

Zorla tedavi, hastanın yararına olsa da, onun, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlâl etmektedir. Bu yönüyle zorla tedavi suretiyle kişinin anayasada teminat altına alınan temel haklarına da yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır. Bu sebeple, anayasada temel hakların sınırlanmasının şartlarına da uygun olarak zorla tedavinin ancak istisnaî hallerde ve bir kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönde zorla tedavide ölçülülük ilkesinin gereklerine de riayet edilmelidir.

TMK. m.432/I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Kanaatimizce, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını öngören bu hüküm, zorla tedavi için gerekli hukukî temeli oluşturmamaktadır. Zira, sözü edilen hüküm, içerik itibarıyla zorla tedavi için yasal dayanak oluşturacak açıklıkta değildir. Ayrıca burada rıza olmaksızın tedaviye imkân verecek şekilde, zorla tedavinin uygulanma şartları düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, anılan hükme dayanılarak, kişinin sağlık durumunu iyileştirmeye yönelik belirli bir süreyi gerektiren bir tedavinin rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi yönüne gidilemez. Çünkü, kişinin hukukî durumuna son derece ağır bir müdahale teşkil eden zorla tedavi, ancak uygulanma şartlarının açık bir şekilde belirlendiği bir kanun hükmü temelinde söz konusu olabilir. Böyle bir düzenleme ise ülkemizde henüz mevcut değildir. O halde Türk hukuku açısından bir kimse zorla tedaviye tabi tutulamaz.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AJP.	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AS.	: Amtliche Sammlung
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
BBl.	: Bundesblatt
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
FamPra.	: Die Praxis des Familienrechts
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HILL.	: Health Insurance Liability Law
Hrsg.	: Herausgeber
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
N.	: Note
Nr.	: Nummer
RG.	: Resmî Gazete
Rz.	: Randziffer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SAMW	: Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SR.	: Systematische Sammlung des Bundesrechts
S Sayısı	: Sıra Sayısı
Syst. Teil	: Systematischer Teil
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TŞSTİDK.	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZVW.	: Zeitschrift für Vormundchaftswesen

KAYNAKÇA*

- Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel: Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu, KTÜ Hasta Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 4. Türk-Alman Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı, Trabzon 8 - 9 Haziran 2007, İstanbul 2007, s. 191- 209.
- Başpınar, Veysel: Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği/ Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi/ Institut für Deutsches Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim; 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 191- 215 (Kısaltılmış: Başpınar, Aydınlatma Yükümlülüğü).
- Başpınar, Veysel: Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları A.Ş. ve Avrupa Bilim ve Sanatlar Akademisi tarafından müştereken 17- 19 Nisan 2008 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "Sağlık Alanında Etik ve Hukuk" Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 575- 603.
- Bernhart, Christof: Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, Basel 2011.
- Bonetti, Mirjam: Rechtliche und medizinische Aspekte der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE): Schwerpunkt: Gründe für eine FFE, HILL 2007 II, Nr.12.
- Breitschmid, Peter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006.
- Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Basel 2009.
- Büchler, Andrea: ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse, 4. Auflage, Basel 2012.
- Caviezel- Jost, Barbara: Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art.397a Abs.1 und 2 ZGB), Stans 1988.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2012.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- Erman, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Geiser, Thomas: Die fürsorgerische Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, s. 289- 314 (Kısaltılmışı: Geiser, 1995).
- Geiser, Thomas: Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW 2001, s. 225- 242 (Kısaltılmışı: Geiser, 2001).
- Geiser, Thomas: Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, s.91- 101 (Kısaltılmışı: Geiser, 2006).
- Geiser, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006 (Kısaltılmışı: Geiser).
- Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Hausheer, Heinz/Aebi- Müller, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008.
- Joset, Alain: Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, AJP 2000, s.1424- 1436.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Medenî Kanunumuzun Aile- Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004.
- Langenegger, Ernst: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006.
- Laufs, Adolf/ Uhlenbruck, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002.
- Michel, Margot: Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, s.243 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Bası, İstanbul 2012.
- Oğuz, N. Yasemin/ Demir, Başaran: Hukukî ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, 1993, 1(4), s. 367- 371.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD, C. 52, S. 3 (2003), s. 55- 77 (Kısaltılmışı: Ozanoğlu, 2003).
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2010 (Kısaltılmışı: Ozanoğlu, 2010).
- Özdemir, Hayrünnisa: Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi HFD. C. XIV (2010) S. 1, s. 125- 164.

- Özsunay, Ergun: Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12- 12 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31 59.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Pärli, Kurt: Zwangsmassnahmen in der Pflege, AJP 2011, s. 360- 370.
- Riemer, Hans Michael: Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Auflage, Bern 1997.
- Rosch, Daniel/ Büchler, Andrea/ Jakob, Dominique: Das Neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art.360 ff. ZGB, Basel 2011.
- Rosch, Daniel: Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP 2011, s. 505- 516.
- Schmid, Hermann: Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art.360- 456 ZGB, Zürich 2010.
- Schnyder, Bernhard/ Murer, Erwin: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art.360- 397f ZGB, 1. Lieferung, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art.360- 378 ZGB (3. Auflage), Bern 1982.
- Spirig, Eugen: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Familienrecht (3. Auflage), 3. Abteilung, Die Vormundschaft (Art.360- 456 ZGB) (Hrsg. Peter Gauch und Jörg Schmid), Teilband II 3a, Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a- 397f, Zürich 1995.
- Şenocak, Zarife: Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. 50, S. 4 (2001), s. 65-80.
- Tschümperlin, Urs: Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Freiburg 1989.
- Tuor, Peter/ Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg/ Rumo- Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009.
- Yenerer Çakmut: Özlem, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

