

BİR TRİYAJ KANUNUNA İHTİYAÇ VAR MI?

Is There a Need for a Triage Code?

Güneş ÇAP*

Özet

COVID-19 pandemisinde gördüğümüz gibi, pandemi sınırlı sağlık kaynaklarının kullanımı ile ilgili çok temel bir sorunu gözler önüne sermektedir. Yoğun bakım kaynaklarının yetersiz kalması, triyaj kararlarını kaçınılmaz hale getirecektir. Hukuki kesinlik ve hesap verilebilirlik ihtiyacı bu noktada triyaj kararlarının alınması ile ilgili bir takım hukuki düzenlemelerin varlığını zorunlu hale getirmektedir.

Bu makale öncelikli olarak Türk Hukukunda triyaj kararlarının hukuki temellerini araştırmayı amaçlamaktadır. Bu araştırma, ex-ante, ex-post ve önleyici triyaj olmak üzere üç farklı triyaj kararı türünün incelenmesine dayanmaktadır.

Bu çalışmada; hangi triyaj ölçütlerinin kabul edilebilir ve/veya uygun olduğu sorusu ile birlikte aynı zamanda hukuk düzeni içerisinde nihayetinde kimin triyaja karar vermesi gerektiği sorusu da tartışmanın önemli bir noktasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda yanıt bulmayı bekleyen bir diğer soru da Türkiye özelinde bir triyaj kanununa ihtiyaç olup olmadığıdır.

Anahtar Kelimeler: Triyaj, COVID-19, yaşam hakkı, insan onuru

Abstract

As we have seen in COVID-19-pandemic, a pandemic could reveals a fundamental problem of allocation of limited medical resources. Inadequacy of medical resources in intensive care could make pandemic triage decisions inevitable. At this point the demand of the legal certainty and accountability makes it essential to establish some legal rules for making triage decisions.

This article primarily aims to examine the legal basis of triage decions in Turkish law. This research is based on the examination of three different typies of triage decisions: ex-ante, ex-post and preventive triage.

Besides the question of which triage criteria are allowed and appropriate, the question of who should ultimately make triage decisions in Turkish legal order, is also a very significant point of the debate. Another question, waiting to be answered in this context, is whether there is a need for a triage code in Turkey.

Keywords: Triage, COVID-19, right to live, human dignity

Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir.

* Dr. iur., Öğr. Gör., LL.M., Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, gunes.cap@tau.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0002-8374-857X>

GİRİŞ

İnsanların kitlesel hasta olmasına ve ölümlerine neden olan pandemi durumu, uzun süreli ve dinamik olmaları nedeniyle sağlık hizmetinin kapasitesini aşan, çok sayıda insanın tıbbi yardıma ihtiyaç duymasına neden olan olağandışı bir durum olarak kabul edilir.¹ Olağan duruma yanıt verebilen tıbbi kaynakların bir pandemi durumunda yetersiz kalabileceğini 2019 yılının sonlarına doğru başlamış olan ve hala devam etmekte olan COVID-19 (*Coronavirüs*)² salgını da dünya çapında gözler önüne sermiştir. Birçok ülkede testler, ilaçlar, yoğun bakım ünitesi yatakları, aşılar gereksinimi karşılayamamış, tüm ülkenin aynı anda, aynı sorunla karşı karşıya olması sebebi ile sağlık hizmetine gereksinim devasa boyutlara ulaşmıştır. Bazı ülkelerde sağlık hizmetine duyulan bu gereksinim sınır durumlara ulaşmış, hekimler hastalar arasında trajik seçimler yapmak zorunda kalmıştır.³ Bu durum COVID-19 salgını özelinde yaşlı, engelli ya da kronik hastalığı olan bireyler gibi toplumun birtakım savunmasız gruplarının tedavisine hiç başlamamak ya da başlanmış tedavilerini kesmek şeklindeki uygulamaları gözler önüne sermiştir.⁴ Bu türden uygulamalar tıp,

¹ Unesco Türkiye Milli Komisyonu, “Covid-19 Hakkında Açıklama: Global Bakış Açısıyla Etik Konular Üzerine Görüş”, 10.4.2020, <<https://www.unesco.org.tr/home/AnnouncementDetail/1457>>, Erişim Tarihi: 20 Şubat 2021.

² COVID-19 salgını, Çin’in Wuhan kentinde 2019 yılı Aralık ayında ortaya çıkıp 2020 yılı Mart ayında pandemiye dönüşüp Şubat 2021 itibariyle de dünya çapında yaklaşık 3.300.000 insanın ölümüne yol açmıştır. Bkz. <https://covid19.who.int/>, Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2021.

³ Fransa, İtalya, İspanya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi vaka sayısı yüksek olan bazı ülkelerde personel ve materyal yetersizliği nedeniyle klinikte ağır belirti gösteren çok sayıda COVID-19 hastasının yanı sıra yoğun bakım ihtiyacı olan diğer hastaların da bu sağlık hizmetinden yararlanılamadığı görüldü. Fransa ile ilgili bir haber için bkz. <https://www.bmj.com/content/369/bmj.m129>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021; İtalya ile ilgili bir haber için bkz. <https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021; ABD ile ilgili bir haber için bkz. <https://www.nytimes.com/2020/03/21/us/coronavirus-medical-rationing.html>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021.

⁴ Örneğin İsveç’te Nisan 2020’de Karolinska Hastanesi 80 yaş üstü hastaların yoğun bakım ünitelerinden yararlanamayacağı ile ilgili bir rehber yayımladı. Bu konuda bkz. <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/sweden-coronavirus-lockdown-doctor-death-certificates-latest-a9462796.html>, Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021. İtalya’da ise sağlık kaynaklarının sınırlılığı dayanak gösterilerek “kurtarılacak olan yaşam süresi” dikkate alınarak yaşlı ve birden fazla hastalığı olanlar ile başka risk gruplarında bulunanlara yoğun bakım hizmeti sunulmayarak onların yerine genç ve daha iyi durumda olan hastalara öncelik verildi. Bu konuda bir eleştiri için bkz. Weyma Lübbe, “Corona-Triage”, VerfBlog v. 15.03.2020, <<https://verfassungsblog.de/corona-triage/>>, Erişim Tarihi: 19 Şubat 2020. Ayrıca, Kanada’da yoğun bakım triyajı taslağının engelli hastalar açısından ayrımcılık yarattığına ilişkin bir eleştiri için bkz. <https://healthydebate.ca/2021/04/topic/icu-triage/>, Erişim Tarihi: 10. Mayıs 2021. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin engelli bir bireyin triyajda esas alınan “tedavinin başarı şansı” ölçütü ile ilgili bireysel başvurusunu incelediği kararı için bkz. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. Juli 2020 – 1 BvR 1541/20 –, Rn. 1–12.

etik ve hukuk gibi disiplinlerin kesişiminde yer alan triyaj (tıbbi müdahale önceliğini belirleme) kararlarını tartışmalı hale getirmiştir.

Güncel bu gelişmeler sağlık hakkının, başka bir deyişle sağlık olanaklarından yararlanma hakkının, en önemli temel insan haklarından biri olması sebebiyle pandemi durumlarında alınmış ve/veya alınacak olan triyaj kararlarının anayasal gereklilikleri üzerinde düşünmeye sevk etmektedir. Bu çalışma, sağlık kaynaklarının yetersiz kaldığı durumlarda alınması muhtemel triyaj kararlarının Türk hukuku özelinde anayasal çerçevesini çizmeyi ve dolaylı olarak bir triyaj kanununa ihtiyaç olup olmadığı sorusuna yanıt aramayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda mevcut mevzuat hükümlerinin sağlık kaynaklarının yetersiz kaldığı durumlar için toplumsal ihtiyaçları karşılayıp karşılayamadığı, ilgili doktrinsel görüşlerin işaret ettiği hukuki gereklilikler ışığında değerlendirilecektir. Bu doğrultuda öncelikle triyaj kavramından ve triyaj kararlarından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulacak, bunu takiben triyajda esas alınan ölçütlere yer verilecektir. Daha sonra, triyaj ile ilgili mevcut hukuki düzenlemeler ulusal ve uluslararası hukukun gerekleri dikkate alınarak gözden geçirilecektir.

I. TRİYAJ KAVRAMI

Fransızcadan (*trier*) dilimize geçen triyaj kavramı, “*seçmek, ayırmak, ayıklamak ve sınıflandırmak*” anlamlarına gelmektedir.⁵ Köken olarak askeri tıbbı dair olan bu kavram, savaş meydanlarında hangi yaralının ilk olarak tedavi edileceğine hızlı bir şekilde karar vermek amacı ile geliştirilmiştir.⁶ Triyajın bu ilk görünüm biçiminde yaralılardan (yani askerlerden) hangisine veya hangilerine öncelik verileceği hastanın yaralanma derecesine bakılarak tespit edilmez. Temel amaç hastanın veya yaralının en kısa sürede savaş meydanına geri dönmesini sağlamak olduğundan, “*iyileşme şansı en yüksek olan*” asker öncelikli olarak tedavi edilir.⁷

Günümüzde ise triyaj sıklıkla acil tıp uygulaması olarak karşımıza çıkar. Triyaj kavramı hukukumuzda, “*çok sayıda hasta ve yaralının bulunduğu durumlarda, bunlardan öncelikli tedavi ve nakil edilmesi gerekenlerin tespiti amacıyla, olay yerinde ve bunların ulaştırıldığı her sağlık kuruluşunda yapılan*

⁵ *Trijaj* tanımlaması için Türkçede bkz. Triage, Tıbbi Terimler Sözlüğü, <<https://saglik.sozlugu.org/triage/>>, Erişim Tarihi: 03 Mayıs 2021. Ayrıca Almanca için bkz. Thomas Rönnau und Kilian Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage”, Jus (2020) 5, 403; Till Zimmermann, “Wer stirbt zuerst?”, LTO v. 23.03.2020, <<https://www.lto.de/recht/hntergruende/h/corona-trage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>>, Erişim Tarihi: 05 Ocak 2021; Josef Franz Lindner, “Die ‘Triage’ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte”, MedR (2020) 38, 723, Dn. 3.

⁶ Alexander Brech, *Triage im Recht* (Duncker & Humblot, Berlin, 2008) 48 vd.

⁷ Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 403.



hızlı seçme ve kodlama işlemi” (Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği Md. 4/y) olarak tıbbın gündelik pratiği içinde yerini almıştır. Buna göre hekimler ve/veya diğer sağlık elemanları, tedavi edilecek kişileri klinik durumlarına göre esas olarak üç ana gruba⁸ ayırmaktadır: I. Grup, ayaktan tedaviye uygun hasta ve yaralılarından; II. Grup, orta hasta ve uzuv kaybı riski taşıyan yaralılarından ve III. Grup ise akut ve ölümcül tehdit altındaki hastalardan oluşur. Acil servislerde, etkin bir hizmet verilebilmesi için I. Grup yeşil, II. Grup sarı, III. Grup ise kırmızı renk ile kodlanmaktadır. Triyaj uygulaması için muayene, tetkik, tedavi, tıbbi ve cerrahi girişimler bakımından birinci sırada kırmızı, ikinci sırada sarı, üçüncü sırasıda yeşil renk kodu yer alır.⁹

Hastalığın yayılma kapasitesinin geniş olması ve salgına yakalanmanın toplumun geneli açısından tehdit oluşturması sebebi ile çok sayıda hayatın kurtarılabilmesi için triyaj, ulaşılabilir sağlık kaynakların daha etkin bir şekilde kullanılması amacı ile pandemi durumunda da başvurulmuş bir yöntem olmaktadır. Salgına yakalanma nedeni ile hasta olan kişi sayısına, olağan (salgın dışı) nedenlerle hasta olan kişi sayısının da ekleneceği göz önüne alındığında; triyaj kararlarının sadece doğrudan salgına yakalanan hastalarla ilgili olmayacağı, başka bir deyişle hastanedeki diğer klinik kararları da etkileyeceği unutulmamalıdır.¹⁰ Pandemi durumunda triyaj kararında esas alınan ölçütlerin bu nedenle tüm tıbbi tedavi ihtiyacı sahiplerine uygulanması gerekecektir. Örneğin, yoğun bakım ünitesine erişim için aranacak triyaj ölçütleri sadece salgın hastaları için değil aynı zamanda yoğun bakım tedavisine ihtiyaç duyan/duyacak olan tüm hastalar için geçerli olacaktır. Hangi hastanın öncelikle tedavi olacağına karar verme yöntemi olan triyajın pandemi durumunda bu denli kapsayıcı bir etkiye sahip olması bizi şu temel soru ile baş başa bırakmaktadır: Pandemi durumunda sınırlı kaynakların adil ve etkin kullanımı açısından sağlık hizmetleri öncelikli olarak kimlerin kullanımına sunulmalıdır? Bu sorunun cevabı, her şeyden önce triyaj kararı türlerinin hukuki açıdan incelenmesini ve bu karar türleri arasındaki hukuki farkların ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır.

II. TRİYAJ KARARLARI

Trijaj kararları, “*ex-ante* triyaj”, “*ex-post* triyaj” ve “*önleyici* triyaj” olmak üzere üç farklı gruba ayrılabilir.¹¹

⁸ Triyaj gruplandırması için ayrıca bkz. Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 52 vd.

⁹ 16.10.2009 tarihli 27278 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı’nın *Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliği* Md. 8 ve EK-7.

¹⁰ Nüket Örnek Büken, “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular”, Sağlık ve Toplum (2020), 19.

¹¹ Triyaj türlerinin triyaj kararı türlerinden farklı olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Triyaj genel olarak askeri triyaj, afet triyajı, acil servis triyajı, yoğun bakım ünitesi triyajı, telefon triyajı gibi türlere ayrılmaktadır. Bkz. Adel Hamed Elbaih, “Different Types of Triage”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi (2017) 26, (4), 441–467.

A. Ex-ante Triyaj

Ex-ante triyaj, sağlık kaynaklarının tüm hastaların tedavisi için yeterli olmadığı durumlarda, tedaviye ihtiyaç duyan birden fazla hastanın olması halinde hangi hastanın sağlık kaynağını elde edeceğine (*ex-ante*) karar verilmesi olarak ifade edilir.¹² Bu durumda halen sağlık kaynakları mevcuttur; fakat sağlık kaynaklarının dağıtılması için bir kararın verilmesi gerekmektedir.¹³

B. Ex-post Triyaj

Ex-post triyaj bütün sağlık kaynakları kullanımında olduğu için *ex-ante* triyaj durumdan farklılık arz eder. *Ex-post* triyaj durumunda Hasta A'nın kurtarılabilmesi Hasta B'nin hâlihazırda başlamış olan tedavisinin sonlandırılmasına, başka bir ifade ile sağlık kaynağının Hasta B'den alınıp Hasta A'ya verilmesine bağlıdır.¹⁴ Söz gelimi, Hasta A'nın solunum cihazına bağlanabilmesi için Hasta B'nin ekstübe edilmesi gerekmektedir. Hukuken Hasta A'ya karşı olan tedavi yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi, Hasta B'ye karşı olan tedavinin sonlandırılmayarak ölümüne sebebiyet vermeme yükümlülüğünün ihlal edilmesine bağlıdır.

C. Önleyici Triyaj

Üçüncü triyaj kararı türü olan önleyici (ing. *preventive*/ alm.*präventiv*) triyaj kararının fenotipik olarak ilk iki triyaj kararı türünün arasında yer aldığını söylemek mümkündür.¹⁵ Bu triyaj kararı, olası bir *ex-post* triyaj tehdidini engellemek amacı ile önleyici bir uygulama (*ex-ante* bir karar) olarak karşımıza çıkar.¹⁶ Örneğin 87 yaşındaki Hasta A'nın hastahane de kullanımında olmadığı için boş bulunan bir solunum cihazına bağlanmasının, kurtarılma şansı daha yüksek olan başka bir hastanın uzun süre bekletilmemesi için engellenmesidir.

¹² Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 404; Ingo Palsherm, "Triage und COVID-19", GesR (2020) 9, 546.

¹³ Burada belirtilmesi gereken bir husus, *ex-ante triyaj* kararına başvurmanın son çare olarak düşünülmesi gerektiğidir. Devletin hastahaneler arasındaki koordinasyonu sağlamak, nakil işlemlerini düzenlemek ve denetlemek gibi genel sağlık hizmetinin organizasyonu ile ilgili ödevlerinin pandemi durumunda da devam ettiğinin altını çizmek gerekir.

¹⁴ Palsherm, "Triage und COVID-19", 546; Armin Engländer und Till Zimmermann, "‘Rettungstötungen’ in der Corona-Krise?", NJW (2020), 1401; Josef Franz Lindner und Kerstin Schlögl-Flierl, "Triage bei COVID-19 – Zur Allokation knapper Rettungsmittel aus ethischer und rechtlicher Perspektive", ZIG-Essay (2020) 2, 5; Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 404.

¹⁵ Reinhard Merkel und Steffen Augsberg, "Die Tragik der Triage: straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen", JZ (2020) 14, 706.

¹⁶ Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 404; Palsherm, "Triage und COVID-19" (n. 12), 546.

III. TRİYAJDA ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

Pandemi durumunda sınırlı sağlık kapasitesinin benzer ihtiyaçları olan kalabalık bir hasta grubuna dağıtılmak zorunda olması, belirttiğimiz gibi sağlık kaynaklarının tahsisi ile ilgili olarak önceliğin hangi şartlar altında kime verilmesi gerektiği sorusu ile bizi karşı karşıya bırakır. Bu soru da bizi triyajda esas alınacak ölçüt veya ölçütlerin ne olması gerektiği tartışmasına götürür.

Triyajda esas alınacak ölçütten ne anlaşılması gerektiği şu örneklerle açıklanabilir: Bir COVID-19 hastasında solunum sıkıntısının ortaya çıkması halinde, hastaya solunum cihazı desteğinin sağlanması tıbbi bir zorunluluktur. Klinikte solunum cihazına bağlanma ihtiyacı duyan hasta sayısına yetecek miktarda solunum cihazı bulunmaması durumunda, hastalar arasında bir seçim – başka bir deyişle öncelik sıralaması – kaçınılmaz olacaktır. İşte triyajda esas alınacak ölçütten kasıt, bu hasta seçiminin veya öncelik sıralamasının dayandığı ilkedir.

Gerek afet tıbbi gerekse acil servis tıbbi kapsamında mevcut sınırlı kaynakların nasıl tahsis edilmesi gerektiğine yönelik yerleşik bazı ilke ve kuralların olduğu bilinmektedir. Pandemi durumunda alınacak bir triyaj kararının bu ilke ve kurallardan hangisi veya hangilerine dayanacağı ise hukuk sistemimiz açısından yasa düzeyinde kesin bir kurala bağlanmış değildir. Ancak Covid-19 gibi sağlık kaynaklarının yetersizliği tahsisi sorununa yol açabilecek salgınlar da gösteriyor ki hukukumuzdaki bu boşluğun kaldırılması yerinde olacaktır. Bu çerçevede tartışılması muhtemel çeşitli ilke ve kurallar şu şekilde sıralanabilir:¹⁷

Tıbbi Aciliyet (ing. *Sickest First*): Bu ilke “kim bekleyebiliyor ise durumu kötüleşecek olsa bile beklesin”¹⁸ şeklinde özetlenebilir. Tıbbi aciliyet ilkesinin uygulanmasının sadece durumu acil olan hastaların değil aynı zamanda tedavi bekleyen diğer hastaların da – nihayetinde – kurtarılabilmesine imkân sağlayacağı düşünülmektedir. Hukuk sistemimizde bu ilke örneğin organ ve doku nakli alanında karşımıza çıkar. Organ ve doku dağıtımında acil organ talepleri öncelikle değerlendirilir ve acil talepler için acil bekleme listesi oluşturulur. (*Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi* Md. 5/2).

Kura: Kura veya piyango ölçütü; triyajın insan tarafından verilmiş bir karara değil, şansa (veya inançlı insanlar için kadere) dayanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşünceye göre iki akut hasta arasında kura çekmek her bir hastanın yüzde elli/eşit tedavi şansını elde etmesine imkân

¹⁷ Benzer bir listeleme için bkz. Fatma Arın Namal ve Emin Alkan, “COVID-19 Hastaları ve Etik: Hekimlere Triyaj Önerileri”, Aşegül Demirhan Erdemir (Ed.), *COVID-19 Pandemisi ve Etik* (1. Baskı, Türkiye Klinikleri, Ankara, 2021), 2.

¹⁸ Almandada bu ifade şu şekilde karşılık bulur: “*Wer warten kann, muss warten.*” Zimmermann, “*Wer stirbt zuerst?*” (n. 5).

sağlayacaktır.¹⁹ Diğer yandan, kura yöntemi sağlık kaynağına erişimde tüm hastalar için her ne kadar mutlak bir fırsat eşitliği getiriyormuş gibi görünse de hastalığın ağırlık derecesi veya tedavinin başarı şansı gibi hastaların bireysel durumları ile birebir ilgili bazı değerleri dikkate almayan bir yöntem olması sebebi ile adaletsiz sonuçlara da yol açabilmektedir.²⁰ Buna rağmen, bir görüşe göre kura yöntemi tamamen kaçınılması gereken bir seçenek olmayabilir. Bu görüşe göre iki hastanın tedavi edilmesi tıbben eşit derecede acil ise ya da hastaların elde edecekleri tedavilerin başarı şansları birbirine eşit veya çok yakın ise hastalardan hangisinin sağlık kaynağını elde etmesi gerektiği ile ilgili karar son raddede kura yöntemi ile verilebilir.²¹

Önce Geleni Önceleme (ing. *First Come, First Served*/ alm. *Wer hat, der hat*²²): Bu ilkeye göre; bir hastaya sağlık kaynağı veya hizmeti bir kez sunulduğunda bu sağlık kaynağı veya hizmeti – örneğin kendisinden daha yüksek kurtarıma şansı olan başka bir hastaya verilmek üzere – kendisinden alınmaz. Geleneksel ve basit bir algoritmaya yani *kim önce gelirse hizmeti o alır* mantığına dayanan bu ilkenin kabul edilmesinin, ilk bakışta kolay ve adil bir sonuç doğuracağı düşünülse de bu ilkenin aslında tamamen rastlantısal bir önceliklilik ilişkisi kurduğunun altını çizmek gerekir.²³ COVID-19 pandemisi durumunda da gözlemlenebileceği gibi ilk gelenin; hastaneye ulaşımı kolay, maddi anlamda sağlık hizmetlerinden yararlanma imkânı olan ve ilk enfekte olan kişilerden olma ihtimalinin yüksek olduğu ve bu ilkenin uygulanmasının bu türden hastalara avantaj sağlayacağı da unutulmamalıdır.²⁴ Özetle bu ilkenin mutlak anlamda kabulünün, sosyal statü farklılıklarının ve gelir dağılımındaki eşitsizliklerin sağlık kaynaklarına erişimde etken bir rol oynamasına, nihayetinde de sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacak sonuçların ortaya çıkmasına kapı aralayacağı akılda tutulmalıdır.²⁵

¹⁹ Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 405. Kura yöntemi ile ilgili bir tartışma için ayrıca bkz. Tonio Walter, “Corona-Krise: Lasst das Los entscheiden!”, Zeit Online v. 02.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzter-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht>>, Erişim Tarihi: 04 Mart 2021.

²⁰ Jochen Taupitz, “Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?”, MedR (2020) 38, 10.

²¹ Bu yönde bir görüş için bkz. Engländer und Zimmermann, “Rettungstötungen” (n. 14), 1402.

²² Almanca bu ifade “*kimdeyse onundur*” şeklinde tercüme edilebilir.

²³ Lindner und Schlögl-Flierl, “Triage bei COVID-19” (n. 14), 4.

²⁴ Örnek Büken, “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular” (n. 10), 18.

²⁵ Bu eleştirilerden bu ilkenin hukukumuzda tamamen yabancı olduğu sonucu çıkmamalıdır. Söz gelimi, mülkiyetin kazanılması ile ilgili düzenlemelerin temelinde yatan ilkelerden birinin bu ilke olduğu söylenebilir. TMK Md. 767: “*Sahipsiz bir taşınırı malik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse, onun maliki olur.*”



Çoğunluğu Kurtar (ing. *Save the Most*): Maksimizasyon formülü olarak da adlandırılan bu ilkeye göre triyajın amacı, sınırlı kaynakların doğru yer ve zamanda mümkün olan en fazla kişiye sunulması (yani mümkün olan en iyi yardımın yapılması) olmalıdır.²⁶ Genel olarak afet triyajı için kabul gören bu yaklaşımın pandemi triyajında da uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır.²⁷ Bu yaklaşıma getirilebilecek eleştiri ise bu yaklaşımın triyajın amacını ortaya koyarken insan yaşamını niceliksel anlamda sayısal bir değere (kazanç-kayıp toplamına) indiriyor ve sonuç odaklı (utilitarist) bakış açısı ile insan yaşamının öznelliğini/biricikliğini görmezden geliyor olması olabilir.²⁸

Tedavinin Başarı Şansı (ing. *Prospect of Success/ alm. Erfolgsaussicht*): Utilitarist etiğin önerdiği bir diğer ölçüt ise tedavinin başarısı şansıdır.²⁹ Bu yaklaşım, hastaların sağlık kaynağı ve/veya hizmeti ile elde edecekleri tedavilerinin başarı şanslarını birbirleri ile kıyaslayarak önceliği yaşama şansı daha yüksek olan hastaya verir. Tedavinin başarısı ise akut hastalığın ağırlığı, komorbidite ve genel sağlık durumu gibi değişkenler dikkate alınarak elde edilen skor-değeri ile ölçülür.³⁰ Bu ölçütü savunanlar, pandemi durumunda kurtarılma ihtimali daha yüksek olan hastaya önceliğin verilmesinin sağlık kaynaklarının boş yere israfına engel olacağını, bu şekilde de dolaylı olarak çoğunluğun kurtarılması amacına ulaşılacağını ileri sürerler.³¹

Tedavinin başarı şansı ölçütünün insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışılmaya değer bir konudur.³² Bu bağlamda altının çizilmesi gereken nokta; bu yaklaşımda insan yaşamlarının (örneğin 19 yaşındaki COVID-19 hastasının yaşamı ile 93 yaşındaki alzheimerlı bir COVID-19 vakasının yaşamı) değil, sunulacak sağlık kaynağı veya hizmeti ile elde edilecek olan tedavilerin başarılarının bir değer olarak kıyaslandığıdır. Kurtarılma ihtimali çok yüksek bir hastaya kıyasen kurtarılma ihtimali neredeyse hiç olmayan başka bir hastaya önceliğin verilmesinin kamu vicdanını rahatsız edeceği, bu nedenle de pandemi triyajında tedavinin başarı şansı ölçütünün esas alınması gerektiği savunulabilir bir görüş gibi gelebilir. Fakat tedavinin başarı şansı ölçütünün esas alınması durumunda toplumda bazı

²⁶ Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 52 vd.

²⁷ Zimmermann, "Wer stirbt zuerst?" (n. 5).

²⁸ Taupitz, "Wer darf überleben?" (n. 20), 6.

²⁹ Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 261.

³⁰ Engländer und Zimmermann, "Rettungstötungen" (n. 14), 1401.

³¹ Örneğin *Alman Yoğun Bakım ve Acil Tıp Derneği (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin-DIVI)* 17.04.2020 tarihli pandemi durumunda uygulanması muhtemel triyaj kararları için hazırladığı etik kriterler kılavuzunda bu görüşü ortaya koymuştur. Bkz. DIVI, S1-Leitlinie, 4, <www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>, Erişim Tarihi: 03 Mart 2021.

³² Brech, *Triage im Recht* (n. 6), 263 vd.

savunmasız (yaşlılar, engelliler, kronik hastalar gibi) grupların, tedavi başarısı hesaplamalarında temel alınan skor değerlendirmelerinde kategorik olarak dezavantajlı olabileceği, bunun da dolaylı olarak bir ayrımcılık sorununa yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.³³

Kurtararı Kurtar (ing. *Save the Saver*): Bu ilkeye göre sağlık sisteminin kilit noktalarında yer alan (doktor, hemşire, hastabakıcı gibi) sağlık görevlilerinin öncelikli olarak korunması gerekmektedir. Sağlık görevlilerine tanınan bu öncelik, ilk bakışta adil olmayan bir sosyal statü ayrıcalığı gibi görünse de sağlık görevlilerinin korunmasının toplumun genel sağlığının korunmasına hizmet ettiği ve böylelikle bu ilke ile toplumdaki tüm bireylerin yaşama şansının yükseltilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Bu ilke, salgın hastalıklar özelinde örneğin COVID-19 aşısının uygulanmasına ilişkin düzenlemelerde de yer alır. COVID-19 aşısı uygulanacak grup sıralamasında sağlık kurumlarında çalışanlara öncelik tanınmıştır.³⁴

IV. BİR TRİYAJ KANUNUNA İHTİYAÇ VAR MI?

Triyaj, gerek afet tıbbında gerekse acil servis kabullerinde sağlık durumunun ve buna uygun tedavinin tespitinde hastalık önceliğinin belirlenmesinde uygulanır. 01.02.1999 tarihli *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*'nın 38. maddesinde³⁵ hekimlerin, olağanüstü durumlar ve savaşta, evrensel nitelikteki tıbbi etik kurallarını yansızlıkla uygulamaları ve hasta ve/veya yaralı sayısının çokluğu nedeniyle herkese gerekli tıbbi yardımın verilemediği koşullarda, tedavi olasılığı yüksek olan ağır vakalara öncelik vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda *Hasta Hakları Yönetmeliği*'nin³⁶ 10. maddesinde sağlık kuruluşunun hizmet verme imkânlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi ölçütlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini isteme hakkının bulunduğunu ifade edilmiştir. Yine aynı acil ve adli vak'alar ile yaşlılar ve engelliler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı ortaya konmuştur.

Pandemi triyajı ile ilgili olarak yardımcı hukuk kaynakları arasında örneğin Sağlık Bakanlığı'nın ilgili kılavuzları, Türk Tabipler Birliği Etik

³³ Benzer bir itiraz, Alman Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış bir bireysel başvuruya konu olmuştur. Bu karar için bkz. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats v. 16.07.2020-1 BvR 1541/20.

³⁴ COVID-19 aşısı uygulanacak grup sıralaması için bkz. <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77707/asi-uygulanacak-grup-siralaması.html>, Erişim Tarihi: 27 Şubat 2021.

³⁵ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları TTB'nin 47. Büyük Kongresinde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Bkz. Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi, *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları* (Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2012).

³⁶ 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.



Kurulu'nun tavsiye kararları sayılabilir. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün 2019 tarihli *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı*'nın³⁷ kavramlar bölümünde triyaj “*tıbbi müdahalenin önceliklerini belirleme sistemi*” olarak tanımlanmış; önceliklerin ise hastanın yaşama şansı, durumunun aciliyeti, sağlık müdahale gücü gibi unsurlara dayanılarak belirleneceği ifade edilmiştir.³⁸ Fakat bu Hazırlık Planı söz konusu unsurlardan ne anlaşılması gerektiğini açıklamadığı gibi triyajın hangi mercii tarafından ve hangi usullere göre yerine getirilmesi gerektiği gibi triyaj uygulaması ile ilgili önemli ayrıntılara da yer vermemektedir. Bu eksikliğin COVID-19 Pandemisi özelinde Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün *2019-nCov Hastalığı Sağlık Çalışanları Rehberi*³⁹'nde de giderilmediği gözlemlenmektedir.

Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu ise 4 Nisan 2020 tarihli *Salgınlara Yönelik Görüşü*⁴⁰'nde triyajın gerekli olduğu durumlarda hastaların yaşam ve tedavi hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınmasına vurgu yapmış ve bu çerçevede triyajın; dışlama kriterlerinin uygulanması, mortalite riskinin değerlendirilmesi ve hastanın uygulama sırasında gösterdiği gelişme göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. TTB Etik Kurulu görüşünde triyajın etik çerçevesini adalet, fayda ve eşitlik ilkeleri olarak çizmiş; ayrıca triyaj sorumluluğunun sadece hastanın bakımını üstlenen hekime bırakılmamasına ve bu doğrultuda triyaj ilkelerinin tanımlanması ve gerekçelendirilmesi, protokollerin oluşturulması için ilgili tarafların katılımıyla ulusal bir triyaj etik kurulunun kurulması gerektiğine işaret etmiştir. TTB Etik Kurulu, bunlara ek olarak hekimlerin oluşturulacak olan bu kurul tarafından belirlenen ilke ve protokollerini uygulaması, ilke ve protokollerin uygulanmasında tereddüt olduğu durumlarda bu kuruldan görüş alabilecekleri şeklinde bir yol haritası da ortaya koymuştur.

TTB Etik Kurulu'nun triyaj durumunda hekimlerin yalnız bırakılmaması gerektiği şeklindeki vurgusu ve ulusal bir triyaj etik kurulunun kurulması önerisi, pandemi triyajı ile ilgili hukuki düzenleme eksikliğinin dile getirilmesi bakımından önemli; fakat ilgili eksikliklerin giderilmesi açısından yetersiz bir adımdır. Etik Kurul görüşünde pandemi triyajının esasını etkileyecek olan ayrıntılar konusunda suskun kalmayı tercih etmiştir. Örneğin, söz konusu Ulusal Triyaj Etik Kurulu'nun üyelerinin hangi nitelikleri taşıması

³⁷ T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı* (Ankara, 2019), 12, <https://grip.gov.tr/depo/saglik-calisanlari/ulusal_pandemi_plani.pdf>, Erişim Tarihi: 18 Şubat 2021.

³⁸ *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı* (n. 37), 12.

³⁹ T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü (Bilim Kurulu Çalışması), Ocak 2020, *2019-nCov Hastalığı Sağlık Çalışanları Rehberi*, <https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/haberler/ncov/2019-nCov_Hastal_Salk_alanlar_Rehberi.pdf>, Erişim Tarihi: 18 Şubat 2021.

⁴⁰ TTB Etik Kurul, “*Salgınlara Yönelik Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu Görüşü*”, 04.04.2020, *Adli Tıp Bülteni* (2020) 25, 66–70.

gerektiği,⁴¹ bu üyelerin hangi yöntemle belirlenmesi gerektiği⁴² gibi ayrıntılara değinilmemiştir. Benzer şekilde bu kurulun çalışma usulleri ve görüşlerinin hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılara da rastlanmamaktadır. Triyaj kararının “hangi hayatın kurtarılmaya değer olduğu” sorusu ile dolaysız ilişkisi hatırd tutulduğunda; triyaj ilke ve kurallarını belirleyecek olan ulusal bir kurul ile ilgili böylesi ayrıntıların, triyaj kararlarının hukuki kaderinin tespitinde önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Yaşam ve ölüm arasında yer alan triyaj kararlarına dayanak oluşturacak ilke ve esasların belirlenmesi faaliyetinin, tıp uzmanlığının ötesinde bir bilgi ve birikim gerektireceği aşikârdır. Bu ilke ve esaslara atanmış bir grup uzman kişinin karar verecek olması da geri dönülmez bir takım sakıncalı sonuçlara yol açabilecektir.

Özetle, yukarıdaki açıklamalar ışığında, pandemi triyajı ile ilgili yasal bir düzenlenmenin bulunmadığı ifade edilebilir. Hukuk sistemimiz açısından yasal anlamdaki bu eksiklik; gerek sağlık kaynaklarının ihtiyaçları karşılayamadığı durumunda bu kaynakların nasıl dağıtılması gerektiğini düzenleyen pozitif bir hükmün yokluğu, gerek ise hastaların seçiminde hangi ölçütlerin esas alınamayacağını ortaya koyan negatif bir hükmün yokluğu şeklinde karşımıza çıkar. Aşağıda da ele alınacağı gibi,⁴³ hukuk sistemimizdeki bu boşluğun giderilmesinde ceza hukukunun genel ilke ve kurallarının da tam anlamı ile çözüm sunamamaktadır.

A. Uluslararası Hukuk

Konumuzla ilgili ölçüsünde aşağıda çeşitli uluslararası ve bölgesel hukuki düzenlemelere yer verilecektir.

1. Genel Olarak

Yaşam hakkı savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda bile askıya alınmaz ve kısıtlanamaz çekirdek haklar arasında yer alır. Bu, yaşam hakkının bütün hakların temeli olmasının doğal bir sonucudur.⁴⁴ Birleşmiş Milletler *Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 6. maddesine göre her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir ve bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 2. maddesine göre

⁴¹ TTB Etik Kurulu'nun ifadelerinden, tamamen hekimlerden oluşan bir tıp kurulunun mu yoksa hukuk, etik ve politika gibi alanlarında uzman kişilerden oluşan karma bir kurulun mu kastedildiğinin tespiti mümkün değildir.

⁴² Seçilmiş üyelerden oluşacak bir kuruldan mı, yoksa atanmış üyelerden oluşacak bir kuruldan mı bahsedilmektedir? Yine bir başka yanıt bekleyen soru ise kim tarafından atamanın (ya da seçimin) yapılacağıdır.

⁴³ Bkz. aşağıda IV. B. 2.

⁴⁴ Ulaş Karan, “Yaşama Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (2. Baskı, Beta, İstanbul), 2013, 115; Kerem Yılmaz, *Defansif Tıp* (Seçkin, Ankara, 2014), 21.



tüm sözleşmeciler devletler kendi yetki alanları içerisindeki herkesin yaşam hakkını yasayla korumak zorundadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yaşama hakkına ilişkin bu düzenlemenin, işkence yasağını düzenleyen 3. madde ile birlikte sözleşmenin en temel hükümlerden biri olduğunun ve Avrupa Konseyi'ni meydana getiren demokratik toplumların en temel değerlerini teşkil ettiğinin altını çizmektedir.⁴⁵

Sağlık hakkını bireysel düzlemde yaşam hakkından ayrı düşünmek olanaksızdır.⁴⁶ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için tıbbi bakım hakkının olduğundan söz etmektedir. Aynı doğrultuda Birleşmiş Milletler *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 12. maddesi sağlık hakkını “herkesin ulaşılabilir en üst düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olması” olarak tanımlamakta ve hakkın öznesini ayrımcılık gözetmeksizin devletlerin yetki alanlarındaki herkes olarak sınırlamaya tabi tutmamaktadır. Sözleşme, yine aynı maddenin 2. fıkrası ile taraf devletlere salgın hastalıkların önlenmesi, bakımı ve denetlenmesi için gerekli önlemleri alma ödevi yükler.

Yine *Biyotıp Sözleşmesi*⁴⁷'nin “Sağlık Hizmetlerine Erişimde Adalete” başlıklı 3. maddesi, taraf devletlerden sağlık gereksinimleri ve mevcut kaynakları dikkate alarak, kendi yasal yetkileri dâhilinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri almasını talep etmektedir. Aynı Sözleşmenin 5. maddesine göre sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

⁴⁵ AİHM, McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 18984/91, K.T. 5.09.1995, § 147; aynı şekilde AİHM, Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, K.T. 07.07.1989, § 88. AİHS çerçevesinde Sözleşmede yer alan diğer haklar ile ilgili düzenlemelerden (AİHS Md. 8 – 11) farklı olarak, sadece yaşam hakkı üzerindeki sınırlamaların değil, yaşam hakkının kendisinin “kanun tarafından korunması” kuralı getirilmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin yaşam hakkına bir ağırlık verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Sözleşme, ayrıca yaşam hakkının kanunla korunması yükümlülüğünün istisnalarını da tek tek sayılmıştır. Buna göre (a) bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; (b) usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; (c) ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için kuvvete başvurmak kesin bir zorunluluk haline gelmiş ise yaşam hakkının ihlalden söz edilmez. Sözleşmenin bu istisnaları sıralarken “kesin bir zorunluluk hali” vurgusunu yapmış olması, yaşam hakkına getirilen sınırlamaların sözleşme kapsamındaki diğer temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmalarından daha katı bir ölçülülük testine tabi olduklarını da göstermektedir.

⁴⁶ Yılmaz, *Defansif Tıp* (n. 44), 22.

⁴⁷ Uzun adıyla “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*” TBMM tarafından, 5013 sayılı “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” ile 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiş, 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme'nin 6. maddesinde de belirtildiği gibi muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, ancak onun doğrudan yararı için yapılabilir. Aynı doğrultuda Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülenlerden ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulamayacaktır.

Ayrıca Birleşmiş Milletler *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesinin 2. fıkrası; taraf devletlere Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına alma ödevi yüklemektedir. Aynı doğrultuda Birleşmiş Milletler *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesinin 1. Fıkrası, taraf devletlere Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almaları ve bu ve haklara saygı göstermeleri gerektiğini ortaya koymuştur. Benzer bir koruma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da yer almaktadır. AİHS 14. maddesine göre Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmak zorundadır.

2. Triyaj Kararlarının Uygunluğu

a. Ex-ante Triyaj

Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin 2. maddesi, idam cezasının dışında, bir kişinin yaşam hakkından mahrum bırakılabilmesini sadece sınırlı koşullar altında kabul etmekte ve bu istisnai durumlar arasında triyaj uygulamasına yer vermemektedir. Sözleşme çerçevesinde devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, pozitif bir yükümlülük olarak, devletin sağlık kuruluşları bünyesinde hastaların yaşam hakkına yönelmiş ve/veya yönelecek olan tehditlere karşı uygun tedbirleri alma sorumluluğunu da içermektedir. Fakat bu tespitlerden AİHS'nin 2. maddesi bağlamında triyaj uygulamalarının mutlak suretle yaşam hakkına aykırı olduğu sonucuna varmak da yanlış olacaktır. AİHM bir kararında kendisine sağlık hizmeti sunulmaması sebebi ile bir kişinin yaşamının tehlikeye düşmesi durumunda devletin sorumluluğunun, ancak sunulan sağlık hizmetinin genel olarak toplumun tamamına sunulabiliyor



olması halinde söz konusu olabileceğini vurgulamıştır.⁴⁸ Mahkemenin bu kararından yola çıkarak pandemide sağlık kaynaklarının yetersiz kalması halinde başvurulacak olan triyaj uygulamaları sebebi ile sağlık kaynağından veya hizmetinden faydalanamama durumunda devletin sorumlu tutulamayacağı ileri sürülebilir. AİHM'in, fiili imkânsızlık durumunda devletin sorumlu olmadığını ortaya koyan bu görüşünün,⁴⁹ aşağıda yer alan yükümlülüklerin çatışmasına dayanan hukuka uygun olma hali hakkındaki açıklamalarımız⁵⁰ ile uyumlu olduğu söylenebilir. Bu doğrultuda yükümlülüklerin çatışması sebebiyle alınan *ex-ante* triyaj kararlarının AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurmayacağı düşünülebilir.

AİHS'nin 2. maddesinin ayrıca taraf devletlere yaşam hakkını koruma yükümlülüğü adı altında hastaneler açısından hastalarını korumak, hastanelerde denetimi ve yönetimi sağlamak ve hastanelerde meydana gelen ve ilgili sağlık görevlisinin sorumluluğunu gerektirebilecek ölüm olayı nedeninin tespit edilmesinde etkili bir uyarı sisteminin oluşturulması yükümlülüğünü de getirdiğini belirtmek yerinde olacaktır.⁵¹

Ex-ante triyaj ile ilgili tartışılmayı bekleyen bir diğer konu da hekimin hasta seçiminde tamamen özgürce karar verip veremeyeceği ile ilgilidir. Daha sonra da ele alınacağı gibi *ex-ante* triyaj durumunda⁵², yani pandemi durumunda hastahane son kalan sağlık kaynağının hastalardan hangisine tesis edilmesi gerektiği ile ilgili kısıtlayıcı bir düzenlemenin olup olmadığı uluslararası ve bölgesel sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilebilir. Yukarıda belirtilen hükümler dikkate alındığında (BMESKHP Md. 2/2, BMKSHP Md. 2/1, AİHS Md. 14),⁵³ sağlık hizmetine erişimde ayrımcılık yasağının triyaj durumlarında da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu takdirde hekimin *ex-ante* triyaj durumlarında dilediği hastayı

⁴⁸ AİHM, Hristozov ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 47039/11 ve 358/12, K.T. 29.04.2013, § 106; aynı doğrultuda AİHM, Kıbrıs/Türkiye, Başvuru No: 25781/94 [GC], K.T. 10.05.2001, § 219; AİHM, Elena Cojocaru/Romanya, Başvuru No: 74114/12, K.T. 22.03.2016, § 107.

⁴⁹ Fakat, bu açıklamalardan devletin tamamen sorumsuz olduğu varmak yanlış olacaktır. AİHM başka bir kararında devletin felaketleri önleme yükümlülüğünün olduğunu da dile getirmiştir: “Mahkeme, depremlerin, devletlerin önüne geçemeyecekleri olaylar olduğunu ve devletlere göre, depremlerin önlenmesinin, yalnızca felaketin zararlarını en aza indirmek için etkilerini azaltmaya yönelik tedbirlerin alınmasından ibaret olabileceğini gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, felaketleri önleme yükümlülüğünün kapsamı, dolayısıyla esasen devletin, şiddetli ve beklenmedik şekilde gerçekleşen bu tür doğa olaylarıyla, yani depremlerle baş edebilme kapasitesini güçlendiren tedbirlerin alınmasından ibarettir.” AİHM, M. Özel ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 14350/05, 15245/05 ve 16051/05, K.T. 17.11.2015, § 173.

⁵⁰ Bkz. aşağıda IV. B. 2. a).

⁵¹ AİHM, Erikson/İtalya, Başvuru No: 37900/97, K.T. 26.10.1999.

⁵² Bkz. aşağıda IV. B. 2. a).

⁵³ Bkz. yukarıda IV. A. 1.

özgürce seçemeyeceği daha açık bir ifade ile ırka, dine, dile, yaşa, cinsiyete ya da kökene dayalı tercihlerde bulunamayacağını kabulü gerekir.

b. Ex-post ve Önleyici Triyaj

AİHM'in triyaj ile ilgili hali hazırda bir kararının olmadığına yukarıda değinmiştik. Doktrinde bir görüş, AİHM'in yaşamın sonlandırılması ile ilgili kararlarının, *ex-post* triyaj durumları açısından Sözleşmeye uygunluğun tespiti için ölçüt olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır.⁵⁴ Ancak AİHM'in bir hastanın iyileşmesine olanak kalmadığı ve bu nedenle tıbbi desteğin kesilmesi ile ilgili bu kararlarının,⁵⁵ *ex-post* triyaj durumlarına uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Çünkü *ex-post* triyaj durumlarında hastanın kurtarılma ihtimali tamamen imkânsız değildir. Yukarıda belirtildiği gibi *ex-post* triyaj kararlarında⁵⁶ hastalar arasında triyajda esas alınabilir ölçütler çerçevesinde bir kıyaslama yapılmakta ve sonradan hastaneye gelen hastaya öncelik verilmektedir. Sağlık durumlarına bakılmaksızın tüm insanların hiçbir ayrıma tabi olmaksızın yaşam hakkına sahip oldukları hatırdta tutulacak olursa hastalığı ilerlemiş olan bir insanın yaşam hakkının, hastalığı daha hafif seyreden başka bir insanın yaşam hakkından daha değersiz olduğu düşünülemeyecektir. AİHS'nin insan onurunu temel alan mantığı düşünüldüğünde insanın ve insan yaşamının niteliksel ve niceliksel anlamda kıyasına izin veren *ex-post* triyaj kararlarının Sözleşme çerçevesinde korunabilir olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Benzer durumun aynı gerekçelerle önleyici triyaj kararları için de geçerli olduğu ileri sürülebilir.

B. Türk Hukuku

1. Genel Olarak

Bütün hak ve özgürlüklerin ön koşulunu⁵⁷ oluşturan yaşam hakkı, 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde yer almaktadır. Yaşam hakkı bu maddede herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına

⁵⁴ Dikran M. Zenginkuzucu, "Covid-19 (Koronavirüs) Salgını ve Yaşam Hakkı", TAAD (2021) 45, 339 vd.

⁵⁵ AİHM, bir hastanın iyileşme imkânının olmadığı için tıbbi desteğinin kesilmesi ile ilgili bazı kararlarında hastanın yaşam destek ünitesinden çekilebilmesi için (1) iç hukukta ve uygulamada AİHS 2. madde ile uyumlu bir düzenlemenin varlığını; (2) ilgili kişinin ve yakınlarının beyanlarının ve diğer tıbbi personelin görüşlerinin dikkate alınmış olmasını ve (3) hastanın yararına en iyi kararın alınabilmesi için mahkemelere başvurma olanağını da içeren üç aşamalı bir usulün izlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. AİHM, Lambert ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 46043/14, K.T. 05.06.2015, § 143. Diğer kararlar için bkz. AİHM, Hristozov ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 47039/11 ve 358/12, K.T. 29.04.2013; AİHM, Gard ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 39793/17, K.T. 03.07.2017.

⁵⁶ Bkz. yukarıda II. B.

⁵⁷ Bkz. yukarıda Dn. 44.



sahip olduğu şeklinde ortaya koyulmuştur. Buna ilaveten aynı maddede tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Bu hak Anayasa 15. maddesinde belirtildiği gibi savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi dokunulamaz ve/veya kısıtlanamaz.

Yaşam hakkının en önemli bileşeni olan sağlık hakkı,⁵⁸ özel olarak 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde koruma altına alınmıştır. Bu doğrultuda devlete; herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ödevleri yüklenmiştir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve aynı zamanda onları denetleyerek yerine getirir.

Ayrıca 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin⁵⁹ 13. ve 14. maddelerine göre bir cerrahi müdahale; tedavi, koruma ve bunların mümkün olmadığı durumlarda ızdırabı azaltmak veya dindirmeye çalışmak amacı taşımalıdır. Hekim; teşhis, tedavi ve koruma amaçlarının dışında hastanın isteği ile veya başka sebeplerle akli ve bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz. Aynı doğrultuda *Hasta Hakları Yönetmeliği*'nin 12. maddesi teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamayacağını ve yapılmasının talep dahi edilemeyeceğini öngörmektedir.

2. Triyaj Kararlarının Uygunluğu

a. Ex-ante Triyaj

Pandemi süresince uygulanması muhtemel *ex-ante* triyaj durumunda hekim, 5237 sayılı TCK'nın 83. maddesi 2. fıkrası anlamında garantör olarak tedavi etmekle yükümlü olduğu hastaların tümünün yaşamlarında meydana gelebilecek zararları önlemek zorundadır.⁶⁰ Fakat hekim, fiili imkânsızlık nedeni ile tedavi yükümlülüklerinin tümünü sağlık kaynaklarının yetersizliği sebebi ile yerine getirememektedir. Şöyle ki; hekimin hastalardan birisini fiilen

⁵⁸ Bkz. yukarıda Dn. 46.

⁵⁹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13.01.1960 tarihli ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 19.02.1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁰ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Mehmet Arslan, "Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Trijaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 3, 371.

kurtarması, diğerinin ölümü ile sonuçlanacaktır. Ceza hukuku dogmatğinde buna *yükümlülüklerin çatışması* adı verilir.⁶¹ Yükümlülüklerin çatışması durumunda hekim, mevcut sağlık kaynaklarının kapasitesinin el verdiği ölçüde hastaya tedavi sunabilecektir. Sağlık kaynaklarının yetersiz olması durumunda, hekime hukuka aykırılık iddiasında bulunulamaz. Çünkü böylesi bir iddia hekimden imkânsız istemek anlamına gelecektir. Hukuken hiç kimse, mümkün olandan fazlasını gerçekleştirmekle yükümlü tutulamaz (*ultra posse nemo obligatur*).⁶²

Yükümlülüklerin çatışması durumunda hekim, hastalar arasında bir seçim yapmak zorundadır. Ceza hukuku açısından hekimin fiili olarak tedavi yükümlülüklerinden birini yerine getirmesi yeterlidir. Buradaki önemli nokta, ceza hukukunun hekimin bu tercihi ile ilgili bağlayıcı ya da en azından kabul edilebilir hiçbir ölçüt sunmuyor olmasıdır. Hekimin kararını hangi ölçüte göre verdiği yükümlülüklerin çatışması ilkesinin uygulanması noktasında bir önem taşımaz. Ceza hukuku bu aşamada “hukuk dışı” (örneğin ahlaki) ölçütlere kapı aralamaktadır. Bunun anlamı, hekimin ahlaki açıdan sorunlu ya da tamamen ahlak dışı ölçütlere göre (yaş, cinsiyet, ırk vs.) bir tercihte bulunuyor olmasının ceza hukuku açısından bir sorun teşkil etmeyeceğidir. Ceza hukuku açısından esas olan hekimin sadece bir tercihte bulunmuş olmasıdır. Başka bir ifade ile ceza hukukuna göre hekim, istediği hastayı seçebilir. Peki, böylesi bir anlayış anayasa hukuku açısından kabul edilebilir mi?

Yukarıda da değinildiği gibi pandemi durumunda sağlık kaynaklarının hasta sayısına oranla yetersiz kalması halinde ayrımcılık niteliği taşıyan uygulamaların gerçekleşmesi muhtemeldir. COVID-19 pandemisinde bazı ülkelerde gözlemlendiği gibi, pandeminin zirve yaptığı dönemlerde yoğun bakım ünitelerine kabullerde ya da solunum cihazlarına erişimde bazı hastalara öncelik tanınması gerekebilir. Bazı ülkelerde örneklerini gördüğümüz gibi,

⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/ Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, *Terazi Dergisi* (2010) 45 (5), 87–104; ayrıca Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi* (2013) 21 (8), 119–138. COVID-19 triyajı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Palsherm, “Triage und COVID-19” (n. 12), 547 vd.; Pia Lorenz, “Strafrechtler diskutieren über Triage: Wie entscheiden, wer sterben muss?”, *LTO v. 08.10.2020*, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-tagung-strafrecht-diskriminierung-alter-erfolgsaussicht-dringlichkeit-rechtfertigende-pflichtenkollision-ex-ante-ex-post/>>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2020; Elisa Hoven, “Die ‘Triage’-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft”, *JZ* (2020) 9, 449 vd.; Tatjana Hörnle, “Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten”, *VerfBlog v. 04.04.2020*, <<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>>, Erişim Tarihi: 04 Ocak 2021; Engländer und Zimmermann, “Rettungstötungen” (n. 14), 1400; Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 724; Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 404.

⁶² “*Sollen impliziert Können*” şeklinde özetlenen Immanuel Kant’ın “Pratik Akılın Eleştirisi” adlı eserinde ele aldığı etik ilkenin de benzer bir anlam taşıdığı söylenebilir. Jens Timmermann, “Sollen und Können”, *History of Philosophy and Logical Analysis* (2003) 6, 114.



sağlık hizmetinin sunulmasında toplumun bazı kesimlerini (yaşlı, kronik hasta vb.) kategorik olarak dışlayan uygulamaların, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile korunan eşitlik ilkesine aykırı olacağı kuşkusuzdur. Söz gelimi; ırkçı, etnik ayrımlara dayanan uygulamaların (örneğin sığınmacı, göçmen gibi vatandaş olmayanlara yoğun bakım hizmetinin sunulmaması gibi) ayrımcılık yasağı kuralı ile bağdaşacağı düşünülemez. Özetle yaş, sosyal statü, kronik/eşlik eden diğer hastalıklar ve sakatlıklar gibi⁶³ Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık teşkil edecek ölçütlerin *ex-ante* triyaj kararlarının tesisinde belirleyici rol oynamaması ve *ex-ante* triyaj kararlarının 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde ifadesini bulan ayrımcılık yasağı kuralına aykırı olmayacak şekilde verilmesi gerektiği söylenebilir.

Ayrıca yasa önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi devletin birtakım anayasal gerekliliklere uyma zorunluluğu olduğu düşünüldüğünde, sağlık kaynaklarının dağıtımı ile ilgili olarak hekimin hasta seçiminde tamamen özgür hareket edebileceğini söylemek mümkün olmayacaktır. Fakat bu sınırlama, hekimin kendisinin anayasal hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu türden bir yorumlama aynı zamanda hastanın anayasal hak ve özgürlüklerinin kural olarak hekimle olan özel hukuk ilişkilerinde hiçbir rol oynamadığı şeklinde de algılanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin konu ile aşağıdaki şu kararı aydınlatıcıdır:

“Bireylerin Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında bulunan temel haklara özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler sonucu bireylerin haklarının zarar gördüğü kimi durumlarda devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilir. Devletin bu tür haksız müdahalelere karşı bireylerin [...] hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir. Böylelikle Devlet, etkili bir iç hukuk yolu ihdas ederek adalet ve hakkaniyete uygun bir yargılama ortamı oluşturup üzerine düşen görevi yerine getirmiş olacaktır.”⁶⁴

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararı ışığında *ex-ante* triyaj durumlarında temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin göz önüne alınması

⁶³ Benzer görüş için bkz. Örnek Büken, “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular” (n. 10), 17 vd.

⁶⁴ AYM, Türkiye Emekliler Derneği Kararı, Başvuru No: 2012/1035, K.T. 17.7.2014, § 39. Benzer bir başka karar için AYM, Kamil İnce Kararı, Başvuru No: 2014/1167, K.T. 25.10.2017, § 34.

ve bu nedenle hekimin hasta seçiminde ayrımcılık yasağı hükümlerini dikkate alarak bir tercihte bulunması gerektiği söylenebilir. Bu takdirde akıllara şu soru gelebilir: Ayrımcılık yasağına aykırı bir *ex-ante* triyaj kararını alan ve/veya uygulayan bir sağlık görevlisinin cezai bir yaptırımla karşılaşması söz konusu olabilir mi? Bu soruya verilecek yanıt Anayasa'nın 38. maddesinde gizlidir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”. Anayasa'nın 38. maddesi ışığında, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin *ex-ante* triyaj durumunda ayrımcılık yasağını ihlal eden bir sağlık görevlisinin fiilinin cezalandırılmasını engelleyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Sağlık görevlilerinin pandemi durumunda sağlık kaynaklarının yetersizliği sebebi ile uygulamak zorunda kaldığı veya kalacağı *ex-ante* triyaj kararlarının cezai sorumluluklarının kapsamı ile ilgili ortaya çıkabilecek hukuksal sorunların çözümü, öncelikle triyaj uygulamaları bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin yapılması ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığının kontrolünü yapan ve uyulmaması halinde bu türden fiillere yaptırımlar öngören etkili bir koruma sisteminin tesisi ile mümkündür.⁶⁵ Bu türden hukuksal düzenlemelerin aynı zamanda *ex-ante* triyaj uygulamalarının net, şeffaf ve objektif değerlendirme ölçütlerine dayanmasına katkı sunacağı açıktır.⁶⁶

b. Ex-post Triyaj

Ex-post triyajın bütün sağlık kaynakları kullanımında olduğu için *ex-ante* triyaj durumundan farklılık gösterdiğini yukarıda değinmiştik.⁶⁷ *Ex-ante* triyaj kararlarında eşdeğerli tedavi yükümlülüklerinin yarışması ve bu sebeple en azından bir tedavi yükümlülüğünün yerine getirilememesi söz konusu iken; *ex-post* triyajda icrai bir yükümlülüğün (örn. *Hasta A'nın kurtarılması*) ihmali bir yükümlülük (örn. *Hasta A'nın solunum cihazından çekilmesi yoluyla Hasta B'nin ölümünü ihmâl etme*) ile yarışması söz konusudur. Genel kabul gören görüşe göre, yükümlülüklerin çatışması ilkesi sadece icrai yükümlülüklerin yarışması durumunda uygulanabilir olduğu için *ex-post* triyajda yükümlülüklerin çatışmasından kaynaklanan bir hukuka uygunluk halinin

⁶⁵ Almanya'da bu yönde bir tartışma için bkz. “Ethiker wünschen sich Parlamentsdebatte zur Triage”, *aerzteblatt.de* v. 06.11.2020, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/118137/Ethiker-wuenschen-sch-Parlamentsdebatte-zur-Triage> , Erişim Tarihi: 31 Aralık 2020); Hannes Leitlein, “Behandlung von Corona-Patienten: ‘Wir dürfen die Ärzte nicht alleinlassen’”, *Zeit Online* v. 04.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/behandlung-coronavirus-patienten-krankenhaeuser-triage-notfallmedizin-aerzte-annette-dufner?utmreferror=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>>, Erişim Tarihi: 31 Aralık 2020.

⁶⁶ Benzer bir öneri için bkz. Ercan Avcı, “Korona Virüsü Pandemisiyle (Covid-19) Mücadelede Sınırlı Kaynak Kullanımı”, *Liberal Perspektif Analiz* (2020) 15, 13 vd.

⁶⁷ Bkz. yukarıda II. B.



varlığından söz edilemez.⁶⁸ *Ex-ante* ve *ex-post* triyaj arasındaki bu farklılık, icrai ve ihmali eylemlerin doğası gereği birbirinden farklı olduğu kabulüne dayanır. *Ex-post* triyajda hekimin icrai (*Hasta A'yı kurtarmak ve Hasta B'yi öldürmek*) yükümlülüğünün ihmali (*Hasta A'yı kurtarmamak ve Hasta B'yi öldürmemek*) yükümlülüğü ile yarıştığını ve böylelikle *ex-ante* triyajda olduğu gibi, hekimin yükümlülüklerinden dilediği herhangi birini yerine getirerek cezai sorumluluktan kurtulacağını iddia etmek mümkün değildir. Hekimin icrai (*Hasta A'yı tedavi etme*) yükümlülüğü peki neden ihmali (*Hasta B'yi öldürmeme*) yükümlülüğüne eşdeğerde değildir? Bu soruya hukukun temelinde yer alan bir ilkeyi ile cevap vermek mümkündür. Bu ilke, “hiç kimseden başkasının yararına kendi yaşamını kurban etmesi beklenemez”⁶⁹ şeklinde özetlenebilir.⁷⁰ Söz konusu bu ilkeden yola çıkarak örneğin, hali hazırda solunum cihazına bağlı olan Hasta B'den, solunum cihazını alacak olan Hasta A yararına kendi yaşamından vazgeçmesinin beklenemeyeceği ileri sürülebilir. Ayrıca hukuk düzeninin bu türden bir öldürme fiiline izin vererek Hasta B'yi solunum cihazından vazgeçmeye bu şekilde zorlaması, insan onurunun korunması ve tüm insanların temelde eşit olduğu düşünceleri ile de bağdaşmayacaktır.⁷¹ Çünkü Hasta B'nin yaşamının Hasta A için kurban edilebileceğine dair bir kabul, Hasta A'nın yaşamının Hasta B'den bir şekilde daha değerli olduğu anlamına gelecektir.⁷²

⁶⁸ Palsherm, “Triage und COVID-19” (n. 12), 549 vd.; Lorenz, “Wie entscheiden, wer sterben muss (n. 60); Engländer und Zimmermann, “Rettungstötungen” (n. 14), 1401; Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 724 vd.; Rönnau und Wegner, “Grundwissen – Strafrecht: Triage” (n. 5), 405 vd.

⁶⁹ Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 724 vd.; Lindner und Schlögl-Flierl, “Triage bei COVID-19” (n. 14), 9 vd.

⁷⁰ Örneğin hiç kimsenin başkasını kurtarmak için kendisi için hayati önem taşıyan bir organını başışlamak zorunda bırakılmayacağı gibi. 29.5.1979 tarihli ve 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu*'nun 8. maddesi uyarınca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır.

⁷¹ Bu yönde bkz. Lindner, “Die ‘Triage’” (n. 5), 725. Bu nedenle ayrıca TCK 25. maddesi 2. fıkrasını dayanak göstererek *ex-post* triyajı kusurluluğu ortadan kaldıran haller arasında sayan görüşe katılmadığımızı belirtmek yerinde olacaktır. Bu görüş için bkz. Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları” (n. 60), 377.

⁷² Hukukumuzda korunan ve zarar verilen hak ve/veya değerlerin eşit olması durumunda zorunluluk halinin söz konusu olup olamayacağı ile ilgili doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Eşit değerde olabileceğine ilişkin bir görüş için bkz. Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007) 2 (9), 217. Yargıtay'ın görüşü ise mutlaka korunmak istenen hukuki değerın zarar verilene oranla önemli ölçüde üstün olması gerektiği yönündedir. Örnek niteliğinde bkz. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/19686, K. 2016/20393, K.T. 28.06.2016; Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E. 2012/1194, K. 2014/4909, K.T. 17.03.2014.

Ex-post triyaj uygulamasının hukuk sistemimizce korunamaz olduğu, aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan otonomiye (özerkliğe) saygı ilkesi ile de açıklanabilir. Buna göre herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir ve tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Ayrıca *ex-post* triyaj uygulamasının, sağlık hukukunun temel ilkeri arasında yer alan önce zarar vermeme (*primum non nocere*)⁷³ ve yarar sağlama ilkeleri ile ne ölçüde uyduğu da tartışmaya açıktır. Söz gelimi; Hasta B'nin sağlık hizmetinden yararlanan kişi statüsünün *ex-post* triyaj uygulaması adı altında rızası dışında elinden alınması, sadece kendisi için değil aynı zamanda toplumun geneli için sağlık sistemine olan güveni zedeleyecektir.⁷⁴

c. Önleyici Triyaj

Önleyici triyajda mevcut ve boş bulunan bir sağlık kaynağı, geleceği beklenen (kurtarılmaya ihtimali daha yüksek olan) başka bir hastaya verilebileceği düşünülerek hali hazırda bu sağlık kaynağına ihtiyaç duyan, sağlık kurumunda mevcut bulunan bir hastaya tahsis edilmemektedir. Bu anlamda hekimin somut olarak birbiri ile yarışan birden fazla tedavi yükümlülüğünün olduğunu ileri sürmek, önleyici triyaj açısından mümkün görünmemektedir.⁷⁵ Daha önce de belirtildiği gibi, hukuka uygunluk sebebi olarak yükümlülüklerin çatışması ilkesinin uygulanabilmesinin önkoşulu, her şeyden önce filli olarak birbiriyle yarışan birden fazla yükümlülüğün bulunmasıdır.⁷⁶ Bu nedenle önleyici triyaj kararlarının uygulandığı durumlar için yükümlülüklerin çatışması nedeni ile hukuka uygun olma halinden söz edilemez. Ayrıca *ex-post* triyajın hukuka aykırılığı için yaptığımız açıklamaların benzer bir akıl yürütme ile önleyici triyaj için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, özetle şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

1) Bu çalışmada ele alındığı gibi pandemi durumunda triyaj dendiğinde (acil servis triyajı bir kenarda bırakılacak olursa) yoğun bakım triyajı ile ilgili olası üç farklı triyaj kararı türünden söz etmek mümkündür. Bunlar *ex-ante*,

⁷³ Bu ilkeye ile amaçlanan müdahalenin olumlu sonuçlarının olumsuz sonuçlarına ağır basması ya da en azından belirli bir dengenin sağlanmasıdır. Erdem Aydın, "Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği", Erdem (2005) 44, 93.

⁷⁴ Bu düşünce *Hasta Hakları Yönetmeliği* Md. 5/d ile de örtüşmektedir: "Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz."

⁷⁵ Rönnau und Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Triage" (n. 5), 406 vd.; Palsherm, "Triage und COVID-19" (n. 12), 550.

⁷⁶ Bkz. yukarıda IV. B. 2. a).



ex-post ve önleyici triyaj olarak karşımıza çıkar. Triyaj kararları açısından bu şekilde bir sınıflandırmaya gitmek triyaj kararlarının hukuken birbirinden farklı hüküm ve sonuçlar doğurduğunu tartışabilmek adına zorunludur. Mevzuatımızda triyaj uygulaması ile ilgili hükümlere baktığımızda dikkat çeken ilk nokta, mevzuatımızın triyaj kararları arasında bir ayrıma gitmediği ve bu nedenle de ilgili hükümlerde yer alan triyaj tanımlamalarının, bu çalışmada incelenen triyaj kararlarından hangisini ve/veya hangilerini içerdiğinin (veya dışladığının) tespitini imkânsız kıldığıdır. Böylesi bir mevzuat eksikliği, triyaj uygulayıcıları açısından triyajın kapsamının belirlenmesini ve hukuki sınırlarının çizilebilmesini güçleştirmektedir. Triyaj uygulamasının yaşam ve sağlık hakkı gibi önemli temel hak ve özgürlüklerle olan yakın ilişkisi düşünüldüğünde bu türden hukuki eksikliklerin uygulamada ciddi sakıncalı sonuçlara neden olabileceğinin altını çizmek gerekir.

2) Gerek uluslararası ve bölgesel sözleşmeler gerekse ulusal düzenlemeler ile ilgili incelemelerimiz gösteriyor ki; pandemi durumunda triyaj uygulaması ancak *ex-ante* triyaj kararları çerçevesinde mümkündür. Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri dikkate alındığında sağlık görevlilerinin *ex-post* ve önleyici triyaj kararlarından kaynaklanan fiillerinin (örn. *Hasta A'nın yararına Hasta B'nin ekstübe edilmesi*) hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Başka bir ifade ile insan onurunun dokunulmazlığı ve yaşam ve sağlık hakkının korunması ilkeleri göz önüne alındığında *ex-post* ve önleyici triyaj uygulamalarının hukuk düzeni tarafından korunamayacağını söylemek mümkündür.

3) *Ex-ante* triyaj kararlarının uygulanmasında hukuki kesinliğin ve güvenilirliğin sağlanması ancak yasal bir düzenleme ile mümkündür:

a) Triyaj kaçınılmaz olduğunda hangi ölçütlerin esas alınması gerektiği ile ilgili karar idarenin ya da tıp alanında görev yapan demokratik meşruiyetten yoksun bir kurulun takdirine bırakılmamalıdır. Triyaj düzenlemelerinin hukuk devleti ve demokrasi ilkelerine uygunluğu, triyaj ölçütlerinin tespitinin demokratik anlamda hesap verebilen bir organ tarafından tesisi ile sağlanabilir. Yasa koyucunun triyaj konusunda bir düzenleme yapması aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşam hakkının sınırlandırılması için aranan yasa kaydı şartının da bir gereğidir.

b) Herkesin yaşam hakkına eşit bir şekilde sahip olduğunun ve insan onurunun dokunulmazlığının Anayasa tarafından güvence altına alındığı, triyaj kararlarının tesisinde göz ardı edilmemelidir. Bu anayasal güvencelerin olağanüstü durumlarda dahi geçerliliğini koruduğu unutulmamalıdır. Triyaj gibi yaşam hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri ile doğrudan ilgili uygulamaların hukuka uygunluğunu sağlama ödevi, sadece hekimlerin inisiyatifine bırakılmamalıdır. Bu nedenle triyaj uygulamalarının yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı gerekliliklerini taşıyabilmesinin hukuken garanti altına alınması, ancak bu konuda yasal bir düzenleme ile mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

Arın Namal, F. ve Alkan, E.: “COVID-19 Hastaları ve Etik: Hekimlere Triyaj Önerileri”, Demirhan Erdemir, Ayşegül (Ed.), *COVID-19 Pandemisi ve Etik* (1. Baskı, Türkiye Klinikleri, Ankara, 2021), 1–9.

Arslan, M.: “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Trijaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 3, 361–384.

Avcı, E.: “Korona Virüsü Pandemisiyle (Covid-19) Mücadelede Sınırlı Kaynak Kullanımı”, *Liberal Perspektif Analiz* (2020) 15, 1–18.

Aydın, E.: “Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği”, *Erdem* (2005) 44, 83–102.

Bacaksız, P.: “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi* (2013) 21 (8), 119–138.

Brech, A.: *Triage im Recht* (Duncker & Humblot, Berlin, 2008).

Elbaih, A. H.: “Different Types of Triage”, *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi* (2017) 26 (4), 441–467.

Engländer, A. und Zimmermann, T.: “‘Rettungstötungen’ in der Corona-Krise?”, *NJW* (2020), 1398–1402.

Hoven, E.: “Die ‘Triage’-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft”, *JZ* (2020) 9, 449–454.

Hörnle, T.: “Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten”, *VerfBlog* v. 04.04.2020, <<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>>, Erişim Tarihi: 04 Ocak 2021

Karan, U.: “Yaşama Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013), 115–136.

Leitlein, H.: “Behandlung von Corona-Patienten: ‘Wir dürfen die Ärzte nicht alleinlassen’”, *Zeit Online* v. 4.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/behandlung-coronavirus-patienten-krankenhaeuser-triage-notfallmedizin-aerzte-annette-dufner?utmreferrers=https%3A%2F2Fwww.google.com%2F>>, Erişim Tarihi: 31 Aralık 2020.

Lindner, J. F.: “Die ‘Triage’ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte”, *MedR* (2020) 38, 723–728.

Lindner, J. F. und Schlögl-Flierl, K.: “Triage bei COVID-19 – Zur Allokation knapper Rettungsmittel aus ethischer und rechtlicher Perspektive”, *ZIG-Essay* (2020) 2, 1–17.



Lorenz, P.: “Strafrechtler diskutieren über Triage: Wie entscheiden, wer sterben muss?“, LTO v. 08.10.2020, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-tagung-straftrecht-diskriminierung-alter-erfolgssaussicht-dringlichkeit-rechtfertigende-pflichtenkollision-ex-ante-ex-post/>>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2020.

Lübbe, W.: “Corona-Triage”, Verfblog v. 15.03.2020, <<https://verfassungsblog.de/corona-triage/>>, Erişim Tarihi: 19 Aralık 2020.

Merkel, R. und Augsberg, S.: “Die Tragik der Triage: straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen”, JZ (2020) 14, 704–714.

Örnek Büken, N.: “Covid 19 Pandemisi ve Etik Konular”, Sağlık ve Toplum (2020), 15–26.

Özbek, V. Ö. ve Koray D.: “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007) 2 (9), 195–222.

Palsherm, I.: “Triage und COVID-19”, GesR (2020) 9, 545–551.

Rönnau, T. und Wegner, K.: “Grundwissen – Strafrecht: Triage”, JuS (2020) 5, 403–407.

Selçuk, S.: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/ Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, Terazî Dergisi (2010) 45 (5), 87–104.

Taupitz, J.: “Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?“, MedR (2020) 38, 1–11.

Timmermann, J.: “Sollen und Können”, History of Philosophy and Logical Analysis (2003) 6, 113–122.

Walter, T.: “Corona-Krise: Lasst das Los entscheiden!“, Zeit Online v. 02.04.2020, <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht>>, Erişim Tarihi: 04 Mart 2021.

Yılmaz, K.: *Defansif Tıp* (Seçkin, Ankara, 2014).

Zenginkuzucu, D. M.: “Covid-19 (Koronavirüs) Salgını ve Yaşam Hakkı”, TAAD (2021) 45, 327–354.

Zimmermann, T.: “Wer stirbt zuerst?“, LTO v. 23.03.2020, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-straftrecht-sterben-krankenhausentscheidung-auswahl/>>, Erişim Tarihi: 05 Ocak 2021.