

ÖLÜM YARDIMI AÇISINDAN HEKİMİN SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. Ömer ÇELEN*

GİRİŞ

Türk Dil Kurumuna ait sözlükte ölme hakkı¹ olarak tarif edilmiş olan güzel ölüm (Eu: iyi, güzel ve Thanatos: Ölüm), ölüme iyi şekilde neden olma anlamındaki ötanazi, tıbben şifasız ve kurtuluşu olanaksız bir hastalığa yakalanan ve acı çeken bir kimseyi, acılarını dindirmek amacıyla öldürmek veya ölümünü çabuklaştırmak olarak tanımlanmaktadır. Gerek Anayasamızda gerekse uluslararası sözleşmelerde² kişilere tanınmış alan hayat hakkı ölme ve dolayısıyla öldürülmeyi talep ve kabul hakkını kapsamamaktadır. Bu çalışmamızda öncelikle kişilerin sahip olduğu en üst hak olan yaşam hakkından bahsedilecektir. Bu kapsamda ceza hukuku anlamında yaşam hakkının korunmasının ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği üzerinde kısaca durulacaktır. Ceza Kanunları tarafından yaşam hakkının korunmasına dolayısıyla bu hakka saldıranların cezalandırılmasına yönelik olarak kasten öldürme suçları düzenlenmiş bulunmaktadır. Ötanazi kavramı ile ilişkisi bulunmadığından taksirle öldürme suçlarına değinilmeyecektir.

Genel olarak, gerek ötanazi hakkının savunucuları gerekse böyle bir hakkın tanınmaması gerektiği düşüncesinde olanlar, bu hakkı sadece hasta olan ve bu hastalığı sebebiyle yoğun acılar çeken ve çoğu zaman ölümüne kesin gözüyle bakılan yani şifa bulma ihtimali bulunmayan kişilere karşı bir hekim tarafından uygulanması kapsamında değerlendirmektedirler. Doğal olarak bu hak sadece hukuk bilimi ile değil aynı zamanda tıp bilimi ile de yakından ilişkilidir. Kanunlar tarafından ötanaziye izin verilmesi

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

1 http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2_EF05A79F75456518CA 26.11.2007 saat 17.25;

2 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m 2/1 'Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.'

durumunda, bu işlemin hangi şartlar altında gerçekleştirileceği ancak tıp bilimcileri yani hekimler tarafından karara bağlanabilecektir. Zira bir kişinin ölümcül bir hastalığa yakalandığının tespiti ancak bir hekim tarafından yapılabilir. Hukuk bilimi bu durumun yasal şartlarını belirlemede ve hekimlere hak ve yükümlülükler yüklemeye devreye girecektir. Bir hekime ötanazi uygulama hakkı verilmiş olsa bile, yukarıda belirttiğimiz gibi en üstün hak olan yaşam hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez bir hak olması sebebiyle, bu uygulamayı talep hakkının sadece hasta kişide olması genel hukuk ilkelerinin bir sonucudur. Kişinin böylesine önemli bir kararı verebilmesi için tedavinin kesilmesinin sonuçları ve özellikle kesilmeyerek devam edilmesi ve alternatif tedavi yöntemleri konusunda çok ciddi aydınlatılmış olması gerekmektedir. Özellikle çok sık uygulanan ve doktrinde hukuka aykırı kabul edilmeyen pasif ötenazinin³ değerlendirilmesinde, aranan hastanın rızası ancak hekim tarafından gereği biçimde aydınlatılmış olması şartına bağlıdır. Bu bağlamda, çalışmamızda hekimin aydınlatma yükümüne değinildikten sonra, bu aydınlatmaya rağmen tedaviyi istemeyen hastanın tedaviyi ret hakkı ve hekimin hastanın rızası olmasa dahi müdahale mecburiyeti, yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilecektir. Türk Ceza Kanunu md. 26/2 ile bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen mağdurun rızası haline, bu başlıklar altında ve ilgili ötanazi türleri altında geniş olarak yer verildiği için ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise, hastaya icraî bir davranışla ölüm yardımı şeklinde gerçekleşen aktif ötanazi, müdahale etmeme, tedaviyi yarıda bırakma, tedavinin kesilmesi suretiyle ölüme yardım şeklinde ihmalfî bir hareket ile işlenen pasif ötanazi ve hastanın çektiği acıları azaltmak için verilen ve yan etkileri bakımından ölüme hızlandıran ilaçların kullanılmasını ifade eden dolaylı ötanazi kavramları üzerinde durulacaktır.

I-Yaşam hakkı

Kasten öldürme suçlarında korunmak istenen değer yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı anayasal güvence altına alınmış olup insanın diğer bütün haklardan yararlanabilmesinin ön şartını oluşturmaktadır. Zira hayatını kaybeden kişi diğer bütün haklarını kullanabilmekten de mahrum kalmaktadır⁴. Devlet bireyin hayatını sadece bireyin menfaatleri yönünden

3 Uygulamada, hastanın son günlerini kendi evinde yakınlarıyla birlikte geçirmesi amacıyla ve genelde tamamen iyiniyetli olarak eve gönderme şeklinde uygulanan bu hareket asıl olarak pasif ötenaziyi oluşturmaktadır.

4 Avcı, s. 29.

değil, aynı zamanda toplumun menfaatleri yönünden de korur⁵. Bir kimsenin yaşama hakkı sadece kendisini değil tüm toplumu ilgilendirmektedir. Bu hakkın kullanılmasında göz önünde bulundurulanan menfaatin sadece kişisel menfaat olmaması sebebiyle mağdurum rızasına dayalı öldürmelerde hukukumuzda suç sayılmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa md.17/1'de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, 56/3 hükmü ile devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamaya yönelik hizmetleri verme yükümlülüğü yüklemiştir.

Anayasal güvence altına alınmış olan bu hak ne zaman başlayıp ne zaman bitmektedir? Hak sahibi olabilme bakımından ana rahminde ceninin canlı olarak teşekkül edebilmesi şartını yeterli gören özel hukuktan farklı olarak ceza hukukunda, yaşam hakkının korunmaya başlama anı konusunda evrensel bir sonuca ulaşılabilmiş değildir.

İtalyan Ceza Kanunu md. 578'de ceninin doğum sırasında öldürülmesi ile yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi eşit sayılarak, insan niteliğinin doğumun başladığı anda kazanılacağı vurgulanmıştır. Hamileliğin 5 aşamada⁶ (Schwangerschaftswehen-hamileliğin 5-6. ayından sonra hamilelik sancuları, Senkwehen-doğumdan 3-4 hafta önce yerleşme, düşme sancuları, Vorwehen-hamileliğin son günlerinde önsancılar, Geburtswehen-doğumun son dakikalarında ve Nachwehen-doğum sonrası sancılar.) gerçekleştiğinin belirtildiği Alman ceza hukukunda ise hamileliğin son aşamasındaki doğum sancuları, açılma (Eröffnungswegen) ve baskı (Preswehen) sancuları olarak 2 aşamada değerlendirilmekte ve hukukî bir değer olan yaşam hakkının korunmasının açılma sancularının başlaması ile yani doğumun başlangıcında başlayacağı⁷, bir kısmı ana rahminden ayrılmış bulunan çocuğun kasten öldürme suçunun mağduru olabileceği kabul edilmektedir⁸.

5 Toroslu, s. 21.

6 Reallexikon der Medizin Bd. VI 1974; Thiele, Handlexikon der Medizin Bd. II 1980, jeweils unter dem Stichwort "Wehen; BGHSt 32, 194, 7.12.1983 Landgericht Konstanz kararından.

7 BGHSt 32, 194; BGHSt 5, 10; 31, 348, 351; Karar metinlerine <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs032194.html> adresinden ulaşılabilir. 28.11.2007, saat 18:55.

8 'Sezaryen müdahalesinde ise bazı yazarlar uterusun açılmasını (SS- Eser, Vorbem § 211 vd., kn.13.), bazıları hekim müdahalesinin başlangıcını, yani karnın açılmasını (Lüttger, Geburtshilfe, 366; Tröndle/Fischer, vor §§ 211 bis 216, kn 2) esas alırken, narkozun başlangıcının esas alınmasını savunan yazarlar da bulunmaktadır. (Cremer, 422,423.); Hakeri, Tıp Hukuku, s. 291'den naklen.

Türk ceza hukukunda ise, ceninin insan niteliğine kavuşabilmesi, dolayısıyla yaşam hakkının korunmaya başlanabilmesi için doğum şartı aranmaktadır. Bu konuda, kimi yazarlar tam ve sağlıklı doğum şartı aramaktadır⁹. Bu aşamadan önce gerçekleştirilen fiiller olsa olsa çocuk düşürtme suçunu oluşturabilir. Dönmezer ise aksi görüşte olup, doğumun başlaması anından itibaren çocuğun öldürme suçunun konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir¹⁰. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında ‘...Çocuğun canlı doğduğunun saptanamadığı, sanıklara atılı suçun oluşmadığı kanaatine ulaşılmıştır’ demek suretiyle ceninin kasten öldürme suçunun konusu olabilmesi için canlı doğumun tamamlanması gerektiğini vurgulamıştır¹¹. Yaşam hakkı bakımından mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, insana benzeyip benzememesi bir önem arz etmeyip¹² bebeğin tamamen anneden ayrılmış olması ve canlı olarak doğmuş olması yeterlidir.

Tam ve sağlam doğum ile kazanılan insan olma sıfatının ne zaman kaybedileceği, yani bir kişinin hangi ana kadar suçun mağduru olabileceği önem arz etmektedir. Bu suç sadece canlı kimseler üzerinde işlenebilir. Dolayısıyla doğum ile başlayan yaşam hakkı korunması kişinin ölümüne kadar devam eder. Peki insan ne zaman ölmüş kabul edilir? Daha açık bir ifadeyle ölüm anının tespitinde biyolojik ölüm mü, yoksa beyinsel ölüm mü dikkate alınacaktır? Kan dolaşımının ve solunum sistemini geri dönülmez biçimde durmasıyla ölümün gerçekleştiğini kabul ederek biyolojik ölümü kabul eden görüş, organ nakli ve kendiliğinden duran kalp ve solunum sistemini yeniden canlandırmanın (reanimasyon) mümkün olması sebebiyle terk edilmiştir. Organ naklinin gerçekleşebilmesi için organın mümkün olduğu kadar erken ve canlı bir biçimde alınması gerekmektedir. Ölüm anının tespiti hususunda tespit yapma yetenek ve yetkisine tıp bilimcilerinin sahip olduğunda şüphe yoktur. 2238 sayılı Kanunda (Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun) 11. madde ile ölümün gerçekleştiğini tespitte yetkili olarak tıp bilimciler gösterilmekte

9 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları s. 21; Toroslu, s. 22.

10 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.12; Tezcan/Erdem/Önok, s.118; Soyaslan’a göre, kişinin var olması için canlı olarak doğmuş veya canlı olarak doğmaya başlamış olması gerekmektedir, Soyaslan s. 99.

11 CGK, 15.05.2000, 1-101/107

12 Vücutça ve ruhsal açıdan tam olmayan anormal yaratıklar da, canlı olarak doğmuş olmak koşulu ile, adam öldürme suçu ile korunurlar. Eser bu gibi yaratıkların hiç olmazsa insana benzemelerini şart koşturmaktadır. Yaşamında yarar bulunmayan canlıların yok edilmesini hukuk kabul edemez. Eser, in Schönke-Schröder § 211, Vorbemerkung kn.14, Dönmezer, s. 12’den naklen.

olup, bu maddede tıbbi ölüm yani beyinsel ölüm hali benimsenmiş bulunmaktadır¹³. Beyin ölümünün belirtileri olarak şunlar sayılabilir¹⁴.

1- Şuur kaybı

2- Normal solunumun durması

3- Gözbebeklerinin hareketsizliği

4- Beyne kan gitmemesi, yani kan dolaşımının durması ve merkezi sinir sisteminin işlememesi.

Sonuç olarak bir görüşe göre doğumun başlaması, diğer bir görüşe göre ise tam ve sağlam doğumun gerçekleşmesi ile başlayan yaşam hakkı korunması, beyin ölümünün gerçekleşmesine kadar devam eder.

II-Kasten Öldürme

Yukarıda açıklandığı üzere canlı (yaşayan) bir kimse üzerinde işlenebilen kasten öldürme suçları, herkes tarafından işlenebilecek ve herkesin mağdur olabileceği bir suç türüdür. Serbest hareketli bir suç türü olan kasten öldürme suçları her tür araç ve her şekilde işlenebilmektedir. Fail ya da mağdurun sıfatı, fiilin işleniş tarzı veya fiilde kullanılan araçlar gibi hususlar kanunda ancak nitelikli hal olarak öngörülmüş olup ancak cezanın ağırlığına etki etmektedir. 81. maddesi ile suçun temel şeklini belirten Ceza Kanunumuz, 82. maddesinde nitelikli halleri ve 83 maddesi ile de suçun ihmalî suretle işlenmesini düzenlemektedir.

A-Maddi unsur

Suçun maddi unsurunu bir kişinin başka bir kişiyi öldürmesi oluşturmaktadır. Herkes tarafından işlenebilen kasten öldürme suçunun konusunu insan oluşturmaktadır. Kişinin yaşıyor olması yeterli olup cinsiyeti, ırkı, sosyal ve mesleki hali ya da sağlık durumu gibi hususların suçun oluşması bakımından hiçbir önemi bulunmamaktadır. Kişinin çok kısa zaman sonra ölecek olması da durumu değiştirmez. Mesela sabaha karşı idam edilecek olan bir mahkûmda idam gerçekleşene kadar bu suçun mağduru olabilir. İdama dakikalar kala bu kişi üzerinde gerçekleştirilecek bir fiil adam öldürme suçunun oluşturur. Bu suçun maddi unsurunu bir hareket ya da yükümlü olunmasına rağmen hareketsiz kalma, bunun neticesinde ölümün gerçekleşmesi ve hareket ya da hareketsiz kalma arasında uygun nedensellik bağının bulunması oluşturmaktadır. Hareketin şekline göre suç 2 türlü işlenebilmektedir; İcraî ya da ihmalî suretle.

¹³ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.22; Toroslu, s. 24.

¹⁴ Prof. Dr. Klaus Geppert'ın 2004 yılı 1. yarıyıl, Ceza Hukuku I dersi, ders notları.

a-İcraî Suretle Kasten Öldürme

TCK madde 81 hükmüne göre '*bir kimseyi kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*' Kasten öldürme suçunun temel şeklini oluşturan madde 81 hükmü bu suçun genel tipini oluşturmaktadır. Suçun maddi unsuru 3 unsurdan oluşmaktadır: Bir hareket, bu hareketin sonucunda bir netice ve bu ikisi arasında nedensellik bağı. Madde 81 hükmü hareketin icraî suretle işlenmesi durumlarında uygulama alanı bulabilecektir. İhmalî hareketler aşağıda inceleneceği üzere madde 83 hükmü kapsamında değerlendirilmektedirler. Her tür araç ve şekilde işlenebilen kasten öldürme suçu serbest hareketli bir suç olarak değerlendirilmektedir¹⁵. Bu bakımdan kullanılan aracın ve işleniş şeklinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Bununla birlikte kanunun 82. maddesinde 'eziyet çektirerek, yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanma suretiyle' işlenmesi hali nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.

Yapılan hareket sonucunda mağdurun ölmesi bu suçta neticeyi oluşturur. Bu nedenle kasten öldürme suçu aynı zamanda bir netice suçudur¹⁶.

Konunun incelenmesinde önem arz etmesi bakımından nitelikli haller arasında yer alan tasarlama kavramı üzerinde biraz durmakta yarar görüyorum. Tasarlamamanın tarifi gerek kanunumuzda gerekse madde gerekçesinde yer almamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında tasarlamayı şu şekilde tarif etmiştir: 'Tasarlama, failin belirli bir kimseye karşı belli bir suç işlemeye sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, işlemeye niyet ettiği suçu işlemeyen önce soğukkanlı ve sükûnetle düşündükten sonra ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu karardan vazgeçmeyip kararını ısrarla gerçekleştirmesidir'¹⁷. Yargıtay bu kararı ile tasarlama ile ilgili ileri sürülmüş, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında geçen bir süre ve bu süre zarfında karardan vazgeçmeyerek soğukkanlı hareket etme esası üzerine kurulu soğukkanlılık teorisini esas almaktadır. Buna karşılık plan teorisinde ise suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında belli bir zamanın geçmesi ve failin bu zaman içerisinde suç işleme araçlarını seçip, suçu nasıl işleyeceğinin planının yapmış olması¹⁸, ağırlatıcı nedenin uygulanmasını gerektirmektedir. Özellikle aktif ötanazi açısından ötanazi

15 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 23; Sosyaslan, s.53; Tezcan/Erdem/Önok, s.121; Toroslu, s. 24.

16 Tezcan/Erdem/Önok, s.121

17 CGK, 28.04.1998,1-117/125.

18 Demirbaş, s.338; Sosyaslan, s.105; Tezcan/Erdem/Önok, s. 141.

talep edene yardımda bulunan kişinin icraî bir davranışta bulunması ve genellikle bu hareketlerini bir plan çerçevesinde gerçekleştirmesi, örnek olarak ötanazi talep edenin ölümünü en kolay ne şekilde ve ne tür bir vasıta ile gerçekleştirmesi gerektiğini düşünerek planlamış olması sebebiyle tasarlama ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu konu aşağıda tekrar değerlendirileceği için daha fazla ayrıntıya girmiyorum.

b-İhmalî Suretle Kasten Öldürme

Türk Ceza Kanunu madde 83'te ihmalî suretle kasten öldürme suçu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *'Kişinin yükümlü olduğu belli bir icraî davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icraî davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmalî ve icraî davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin, belli bir icraî davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.'*

Hukuk normları emir ya da yasak normlarıdır¹⁹. Emir şeklinde düzenlenen normlarda, kişiye kanun tarafından belli bir harekette bulunma yükümlülüğü yüklenmekte ve bu norma aykırı davranış ihmalî bir suçu oluşturmaktadır. İhmalî suçlar bir emir kuralına aykırılık oluşturan hareketlerdir²⁰. Bu başlık altında sadece garantörsel ihmalî²¹ suç olan Türk Ceza Kanunu madde 83 üzerinde kısaca durmak istiyorum. Kasten öldürme suçunun ihmalî bir hareketle işlenmesi halinde de failin cezalandırılmasını öngören bu maddeye göre, ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlemek konusunda kişinin özel bir yükümlülük altında bulunması ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmiş olması gerekir. Kanun, garantör²² olarak nitelenen bir kişinin neticenin meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün 'kanun, sözleşme ya

¹⁹ Centel/Zafer/Çakmut; s. 252; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 425; Özbek, s. 130.

²⁰ Özbek, s. 130. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s.108, 'Suç oluşturan bir ihmalî fiil ancak bir hukuksal emrin yerine getirilmemesi halinde mevcut olacaktır.'

²¹ Hakeri, Ceza Hukuku, s.132 vd.; Özbek, bu suç tipine ihmal suretiyle icra suçu adı vermektedir. Özbek, s.131. Centel/Zafer/Çakmut ise bu suç tipine ihmal benzeri suç adını vermektedirler. Centel/Zafer/Çakmut, s. 254.

²² StGB (Alman Ceza Kanunu) md.13'ün lafzından çıkan sonuca göre 'kanunda belirlenen bir suç tipindeki neticenin meydana gelmesini önleme hukukî yükümlülüğü altında bulunan kimseye garantör denir.'

da daha önceden gerçekleştirdiği bir davranıştan' kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Örnek olarak havuzda boğulmakta olan bir çocuğu kurtararak ölümünün meydana gelmesini önleme bakımından, annesinin kanundan, havuzda görevli cankurtaranın sözleşmeden, o çocuğu şaka olsun diye havuza iten arkadaşının ise ön gelen tehlikeli eyleminden kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kişilerin, bu yükümlülükleri yerine getirmezler ve neticesinde ölümün meydana gelir ise Türk Ceza Kanunu madde 83'e göre sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Özelikle pasif ötanazi bakımından büyük önem arz eden bu düzenleme, hekimlerin kanundan kaynaklanan tedaviye başlama ve tedaviyi yürütme mecburiyetlerini kanuna aykırı olarak yerine getirmemeleri durumunda uygulama alanı bulacaktır. Bu maddenin somut olayda faile uygulanabilmesi için garantör konumunda olunması, bir başka deyişle neticeyi önleme hukukî yükümlülüğün bulunması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin kişiden beklenebilir olması gerekir. Örneğin yukarıdaki olayda yüzme bilmeyen anneye çocuğunu kurtaramaması sebebiyle ihmali suretle kasten öldürmeden dolayı ceza verilemeyecektir.

Aşağıda ayrıca değinileceği gibi, aynı şekilde bir hekimin pasif ötanazi gerçekleştirdiğinden bahisle cezalandırılabilmesi için tedavi etme yükümlülüğünü yerine getirmesinin hukuken kendisinden beklenebilmesi gerekir. Bu bakımdan örneğin hastanın tedaviyi reddetmesi halinde doktorun neticesi ölüm olsa bile yapabileceği bir durum yoktur. Anayasal olarak güvence altına alınmış olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, tedaviyi ret hakkının hasta tarafından kullanılması halinde hekimin icraî davranışta bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta ve icraî davranışta bulunma yasağına dönüşmektedir. Başka bir ifade ile tedaviyi retten önce hareketin yapılmaması suç oluşturur iken, bu hakkın kullanılması durumunda aynı hareketin yapılması suç oluşturacaktır. Buna göre böyle bir hakkın kullanılması halinde hekimden neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenemeyecek ve dolayısıyla yerine getirmeme suç oluşturmayacaktır. Hastanın iradesi yönünde hareket edildiği için burada gerçekleştirilmiş olan pasif ötanazi suç oluşturmayacaktır. Pasif ötanazinin suç oluşturacağı asıl hal garantör durumunda olan hekimin hastanın arzusu olmadan tedaviyi yarıda bırakması halidir. Gerçekten hekimin tedavide bulunmaması ve bu sebeple ölümün gerçekleşmesi Türk Ceza Kanunu md. 83'ün tipik örneğini oluşturmaktadır. Madde metninde yer alan ifade ile belli bir davranışta (tedavide bulunma) bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden (mesela Hasta Hakları Yönetmeliği) kaynaklanan bir yükümlüğü bulunan hekimin yükümlü olduğu bu icraî davranışı

gerçekleştirmemesi halinde meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir.

B-Manevi unsur

Kasten öldürme suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK. md. 21/1). Kişinin kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde ise olası kast vardır (TCK. md. 21/2). Doğrudan kastta failin hem hareket hem de netice üzerinde bilme ve istemesi söz konusudur.²³ Olası kastta (dolus eventualis) ise fail hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte, netice bakımından ise öngördüğü neticeye rağmen hareketi yapmaktan kaçınmayarak neticeyi kabullenmesi söz konusu olmaktadır.²⁴

Aktif ötanazide failin doğrudan kastı söz konusudur. Zira hastaya öldürücü maddeyi veren fail hem hareketi hem neticeyi bilmekte ve neticenin gerçekleşmesini isteyerek hareketini yapmaktadır. Ancak pasif ötanazide çoğu zaman failin doğrudan kastından söz edilemez. Gerçekten bir hekim hastanın tedavisini yarım bıraktığında, mesela son günlerini evinde yakınları ile geçirsün diyerek evine gönderdiğinde, onun öleceğini öngörmekle beraber hastanın ölmesini istememektedir. Ancak öngördüğü bu muhtemel neticenin tedavinin kesilmesi halinde kesinlik kazanacağını bilmekte ve buna rağmen hareketini yapmaktadır. Bu ise neticeyi kabullenmedir ve olası kasta vücut verir.

Burada üzerinde durmak istediğim bir başka konu ise hekimin bu hareketi yaparken iyiniyetli davranması hususudur. Ötanazide hekimin hareketi iyiniyetli olarak gerçekleştirmesi suçun oluşmasını etkileyen bir durum değildir. Burada iyiniyet failin saikini yani hareketi hangi güdü ile gerçekleştirdiğini gösteren bir durumdur. Failin saiki²⁵ kasten öldürme suçunun bir unsurunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle bu durum ancak Türk Ceza Kanunu madde 62'ye göre takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir.

²³ Demirbaş, s. 342; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 190, 198; Özgenç, s. 233.

²⁴ Demirbaş, s. 342; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 198; Özgenç, 'Olası kast halinde doğrudan kasttan farklı olarak, somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilmektedir.' Özgenç, s. 235.

²⁵ Dönmezer, s. 32; Özgenç, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde amaç veya saik, kasta özdeş veya kastın bir türü değildir.' Özgenç, s. 269.

III- Ötanazi

A- Kavram

Gerek Anayasamızda gerekse Uluslar arası sözleşmelerde²⁶ kişilere tanınmış alan hayat hakkı ölme ve dolayısıyla öldürülmeyi talep ve kabul hakkını kapsamamaktadır. Hastalığı dolayısıyla yoğun acılar içinde olan bir kimsenin talebi üzerine veya talebi olmaksızın öldürülmesine ötanazi (güzel ölüm; ölüme iyi şekilde neden olma) adı verilmektedir²⁷. Ötanazi başka tanımda ise, tıbben şifasız ve kurtuluşu olanaksız bir hastalığa yakalanan ve acı çeken bir kimseyi, acılarını dindirmek amacıyla öldürmek veya ölümünü çabuklaştırmak olarak tanımlanmıştır²⁸. Her iki tanımdan çıkan ortak sonuç, bu kavram sadece hasta olan, bu hastalığı sebebiyle yoğun acılar çeken ve çoğu zaman ölümüne kesin gözüyle bakılan yani şifa bulma ihtimali bulunmayan kimselerin talepleri üzerine, istisnai durumlarda da talepleri olmadan öldürülmeklerini karşılamaktadır. 1997 Ceza Kanunu tasarisinin 137. madde başlığında²⁹ yer alan ve asıl olarak ötanazi ile ilgili düzenlemenin yapılmasının amaçlandığı talep üzerine öldürme ise ötanaziden farklı olup, bu kavram ile hayatına devam etmek istemeyen bir kimsenin talebi üzerine, failin öldürme hareketini gerçekleştirmesi vurgulanmaktadır. Ötanazinin varlığının kabul edildiği durumlarda sadece ciddi ızdıraplar içerisinde bulunan bir hasta söz konusu iken talep üzerine öldürmelerde herkes, sağlıklı dahi olsa bu suçun mağduru olabilmektedir³⁰. Ötanazi kavramından daha geniş olan ve esasen ötanaziye de bünyesinde barındıran talep üzerine öldürme kavramının ötanazi yerine kullanılmasının kabulü halinde kavram genişlemesi nedeniyle kanun koyucu tarafından amaçlanmamış fiillerde ötanazi kapsamında değerlendirilmek durumunda olacaktır. Bu ise ötanazinin kanunlarca düzenlendiği durumlarda kasten

26 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m 2/1 ' Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.'

27 **Hakeri**, *Kasten Öldürme Suçları*, s. 50.

28 **Tezcan/Erdem/Önok**, s.136.

29 2001 Ceza Kanunu tasarisında ötanazi 'acıyı dindirme saiki' başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: 'İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve yalnızca hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.'

30 **Artuk/Yeni Dünya**; Yüce Armağanı, s. 314: yazarlar aynı gerekçeyle 1997 Ceza Kanunu tasarisında yer alan 'talep üzerine öldürme' şeklindeki madde başlığını eleştirmektedirler.; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.136.

öldürme suçunun temel şeklinin uygulanma alanını ciddi oranda azaltma riskini doğurabilecektir. Zira mahkemeler, Ceza Muhakemesine hakim en temel ilkelere olan 'şüpheden sanık yararlanır' ilkesine sık sık başvurma zorunda kalabileceklerdir. Kavramlar arasındaki bir başka fark ise failin ve aynı zamanda talepte bulunanın özel kastından kaynaklanmaktadır. Ötanazide şifasız bir hastalığa tutulmuş bir kimsenin çekmekte olduğu acıları dindirme güdüsü fiile hakim iken talep üzerine öldürmelerde böyle bir amaç güdülmektedir.

Doktrinde ötanazinin yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir³¹. Ötanaziye genellikle tıbbi konuların yer aldığı düzenlemelerde ve uluslar arası sözleşmelerde yer verilmiş olması, faillik bakımından fiilin hekimlere özgü bir suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak olsa da, gerek 1997 tasarısında gerekse 2001 tasarısında kavram ile ilgili suç tipinin düzenlenmek istendiği madde metninde 'hekim' değil 'kimse' tabirinin kullanılması sebebiyle hekim olmayan kimselerin de bu suçun faili olabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda ise örneğin, doktorların kurtulma ümidi olmadığı yönünde fikir beyan ettikleri annesini, onun talebi üzerine öldüren kimseye de bu suç tipinin uygulanması gerekecektir. Hukukumuzda sadece yasak olduğu yönünde bir düzenlemesi bulunan ötanazi kavramının uygulama alanı, ancak ceza kanunları tarafından bir düzenlemeye tabi tutulduğu zaman açıklığa kavuşabilecektir.

Mevcut hukuk sistemimizde ötanaziye izin verilmemektedir. Anayasamızın 17 maddesinde herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra maddenin 2. fıkrası ile 'tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı vurgulanmıştır. Madde metninde yer alan vücut bütünlüğü kavramına yaşam hakkı da dahildir. Zira kanun yapma sistemine göre önce (1. fıkra ile) düzenlenmiş olan bir hakkın ayrıntısı içinde geçerli olacaktır.

Tıbbi zorunluluk kavramına kurtulma ihtimali olmama durumundaki bir hastanın öldürülmesine izin verilmesi de dahil midir? Konu ile ilgili, 01.08.1998 tarih ve 3420 sayılı resmi gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 'Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 'Ötanazi Yasası' başlıklı 13. maddesine göre:

'Ötanazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.'

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.136; Öztürk, Yüce Armağanı, s. 586.

Görülebileceği üzere ötanazi kararına dayanak teşkil edebilecek sebepler düzenlememizde tıbbi bir zorunluluk olarak değil tıbbi bir gereklilik olarak yer almaktadır. Yani yapılacak bir şeyin kalmadığı hastalar için bir çıkış ve kurtuluş yolu olarak anlaşılması gereken gereklilik halinde dahi bir kimsenin hayatında son verilemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Izdırap çeken bir hastanın bu acılarına son vermek için başvuru olan ötanazi yolunu kapayan bu düzenlemenin 14. maddesi ile; 'Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.' denilmek suretiyle, genel kabule göre ötanazi şartlarının oluştuğu durumlarda dahi sağlık personeline bu acıları dindirme en azından azaltma yönünde harekette bulunma yükümlülüğü yüklenmektedir. Zira yönetmeliğin 12. maddesinde yer alan '*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*' hükmü 13. maddede ki ötanazi yasağı bulunmasa dahi hekimlerin (sağlık personelinin), ötanazi oluşturan hareketi 14. maddede ki acıları azaltma ve dindirme yönünde bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürebilmeleri imkânsızdır. Zira söz konusu yükümlülük, 12. madde sebebiyle ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek müdahalelere sadece teşhis, tedavi veya korunma amacı güdülmesi durumunda izin vermektedir. Ötanazide ise böyle bir amaç yoktur. Aksine teşhis ve tedavi ihtimalini tamamen ortadan kaldıran bir hareket söz konusudur.

B- Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

a- Genel olarak

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde yer alan '*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.*' şeklindeki düzenleme ile hastanın bilgilendirilme hakkının doğal sonucu olarak yer almaktadır.

Özellikle pasif ötanazi kapsamında önem taşıyan hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastanın rızasının geçerli olabilmesi ve dolayısıyla fiili hukuka uygun hale getirebilmesi açısından büyük bir anlam ifade etmektedir. Kendi geleceğini belirme hakkına sahip olan bir hastanın geleceğini belirlerken hastalığı hakkında bilgisinin olması ve hareketinin anlamını getiri ve götürüleriyle birlikte değerlendirebilmesi gerekmektedir. Bu ise hekimin

hastayı, hastalığın tüm sonuçlarıyla birlikte aydınlatması ile sağlanabilir. Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ‘Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı’nda³² (Tanımlar başlıklı 4/1b maddesi.) aydınlatma ‘bilgilendirme’ adı altında şu şekilde tanımlanmıştır:

‘Bilgilendirme, bireyin sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülmeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesini ifade eder.’

Ötanazi kapsamında hekimin aydınlatma yükümlülüğü, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar hususunda hastanın aydınlatılması açısından önem arz etmektedir. Zira taslak yönetmeliğin 1. maddesinde ‘... rızanın alınmasında, insanın yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasını ...’ amaçlandığı belirtilmektedir. Tedaviyi ret hakkı bulunan hastanın, bu hakkını kullanmadan önce kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar hakkında hekim tarafından aydınlatılmamış olması durumunda, hekimin TCK md. 83’e göre sorumluluğu doğacaktır. Zira hekim kanun tarafından neticeyi önleme yükümlülüğü altındadır. Bir yandan hekime bu yükümlülük yüklenirken diğer yandan hastaya ret hakkı tanınmış olması bir tezat teşkil ediyor gibi görünse de, hekimin hastayı aydınlatmış olması neticeyi önleme yönünde gösterilen çaba sebebiyle gösterilen neticeyi önleme yönündeki ihmâlîn hukuka aykırılık özelliği kazanmasını engellemektedir.

Aydınlatılması gereken kişi, hukuka uygunluk sebebi olan rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle, hak sahibinin ayırtım gücü olduğu müddetçe hastanın bizzat kendisidir³³.

Aydınlatma yükümlülüğü, hastaya tedaviyi uygulayan hekime aittir³⁴. Hekimin bu görevi bir başka meslektaşına bırakması durumunda,

³² Taslağa http://www.ohsad.org/OHSADB2C/Dokumanlar/bilg_r%C4%B1za_yon_taslak.doc adresinden ulaşılabilir. (16.11.2007 saat 10:20)

³³ HakeriK, Tıp Hukuku, s. 28.

³⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 15: ‘... Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.’; Aynı doğrultuda, ‘Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı’ md. 14/1-i hükmü.

meslektaşının bu yükümlülüğü usulüne uygun bir biçimde yerine getirdiği hususunda emin olması gerekir³⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesi³⁶ uyarınca hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesi, hastanın hastalığı hakkında hali hazırda bilgisinin bulunması³⁷, aydınlatmanın olumsuz etkide bulunabilme ihtimali³⁸, hastaya derhal müdahalenin gerekeceği acil durumlar³⁹ ve aydınlatmanın fayda etmeyeceğinin açık olması durumlarında, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar.

Burada konu ile ilgisi bakımından istisnalardan sadece aydınlatmanın olumsuz etkide bulunabilme ihtimali ve fayda etmeyeceğinin açık olması durumlarına kısaca değinmek istiyorum. Aydınlatmanın hasta için anlamını yitirmiş olması, mesela dönüşü olmayan ölüm yoluna girmiş ya da en azından şifası olmayan bir hastalığa yakalanıp ölümüne mutlak gözüyle bakılan bir hastanın sadece hastalık nedeniyle duyduğu maddi acı ve ızdırap dindirmek amacıyla yapılan müdahaleler bakımından hastanın aydınlatılması yükümlülüğü yoktur. Türk Tabipler Birliği'nin 47. Genel Kurulu'nda (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiş olan 'Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 'Aydınlatılmış Onam' başlıklı 26. maddesinde '*... Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. ...*' hükmünü yine bu doğrultuda anlamamız gerekir. Gerek meslek etiği kuralları gerekse Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesi hükmü⁴⁰ birlikte değerlendirildiğinde, hastanın hastalığının kuvvetle muhtemel neticeleri konusunda bilgilendirilmesinde hekim,

³⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 129.

³⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 20: 'İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.'

³⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 139.

³⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 19.

³⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/3.

⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 19: 'Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.'

hastanın ruhsal durumunu⁴¹ dikkatle irdeleyip, bu durumun hastanın ölümünü çabuklaştırma çabası en azından talebi içerisine gireceği kanısına ulaşması durumunda, üzerinde bulunan aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatmadan sarfı nazar etme yükümlülüğüne dönüşebilecektir. Ancak, her ne kadar 19. maddenin 2. cümlesi hekime, hastanın yakınlarına bilgi vermede takdir yetkisi tanımış olsa da, muhtemel ölüm neticesi bakımından söz konusu istisnanın uygulanmaması gerekir.

Aydınlatma yükümlülüğünün istisnalarının uygulanmasının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Aydınlatma sebebiyle muhtemel ölüm riskinin öne alınması ihtimalinin bulunması ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı arasında bulunan ince çizginin hekimler üzerine bir yükümlülük olarak yüklenmesi hukuksal açıdan ciddi sorunlar çıkarabilecektir. Bu bakımdan hastanın psikolojik durumunu korumak yerine, sonuçta ölümü öne alma riski bulursa da evrensel kabul gören hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı duyularak aydınlatma yükümlülüğünün Hekimlik Mesleği Etiği Kuralları madde 26 hükmünde yer alan özenli davranma yükümlülüğüne maksimum dikkat ile yerine getirilmesi gerektiği kanısındayım. Alman Federal Mahkemesi. vermiş olduğu bir kararında, 'aydınlatma yükümlülüğünün sonuçları düşünülmeden yerine getirilmesini, meslek kusuru şeklinde görmüştür⁴².

b- Hastanın tedaviyi ret hakkı

1981 tarihli Lizbon bildirgesinin (c) bendine göre 'hastanın yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi kabul etmeye ve yadsımaya hakkı vardır.' Aynı şekilde bu hak 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesinin 3. maddesinde '*... Her hastanın tedaviyi reddetme veya sona erdirmeye hakkı vardır.*' şeklinde düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda tedaviyi ret hakkı ile ilgili olan düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesinde yer almaktadır. Buna göre: '*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.*'

⁴¹ Erman, s.115.

⁴² BGH, 10.03.1981, VI ZR 202/79; NJW 1981, s. 2002 vd., Erman, s. 118'den naklen.

Tedaviyi ret hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olan, kimseye kendi rızası dışında tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düşüncesinin doğrudan bir sonucudur⁴³. Anayasanın 17. maddesindeki '*tıbbi zorunluluklar dışında kimsenin rızası olamadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz*' şeklindeki ifadeye yer alan tıbbi zorunluluklar kavramı tedaviyi ret etme hakkının önüne geçemez⁴⁴. Hakeri⁴⁵, tedaviyi ret hakkının anayasanın tanıdığı yasal durumlar dışında mutlak bir hak olduğu ve sınırlanamayacağı düşüncesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği 24/6'da yer alan '*rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*' şeklindeki düzenlemenin hukukun genel ilkeleri ve Anayasaya aykırı olduğu düşüncesindedir.

Aşağıda pasif ötanazi bölümünde inceleneceği üzere hastanın tedaviyi ret hakkını kullanmış olması, müdahale mecburiyetinin bulunduğu haller dışında hekimin hukukî ve cezaî sorumluluğun ortadan kaldırmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 14. maddesi ile sağlık personelinin üzerine yüklenmiş olan '*hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak zorunluluğu*' hastanın aksi yöndeki açık irade beyanı ile sona erdirilmiş olmaktadır.

Son olarak ret hakkının kullanılma zamanı ve şekline kısaca değinmek istiyorum. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/5 hükmünde yer alan '*rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir*' ifadesinden anlaşılacağı üzere, müdahaleyi ret hakkı tedaviye başlanılmadan kullanılabilceği gibi, tedavi için verilmiş olan rıza tedavi sırasında geri alınabilecektir. Tedaviyi ret hakkının kullanıldığı durumlarda ispat açısından yazılı bir belge alınması gereklidir. Yönetmeliğin 25. hükmüne göre bu gibi durumlarda, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren **yazılı belge** alınması gerektiği belirtilmiştir.

Ancak unutulmaması gerekir ki, müdahaleyi reddi halinde hekimin sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi için, hastanın gerek alternatif yöntemler gerekse tedavinin yapılmaması veya yarım bırakılması halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar bakımından yeterince aydınlatılmış olması gerekmektedir.

43 Erman, s. 153.

44 Erman, s. 154; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 218.

45 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 219.

c-Hekimin Müdahale Mecburiyeti

Bu başlık altında hastanın aksi yöndeki beyanına rağmen, daha doğru ifadeyle rızasına aykırı olarak müdahale mecburiyeti hallerini kısaca belirtmekle yetineceğim. Zorla tıbbi müdahale, teşhise ve tedaviye yönelik tedbirlerin bir hekim tarafından hastanın rızası olmaksızın veya açık karşı çıkmasına rağmen, iyileştirme amacının olup olmamasına bakılmaksızın uygulanmasıdır⁴⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere, mutlak bir hak olan tedaviyi ret hakkı anacak kanuni bir düzenleme ile sınırlanabilecektir. Hukukumuzda, kamu sağlığının korunması amaçlı düzenlemeler ve ceza hukukunun öngörmüş olduğu düzenlemeler⁴⁷ ile bu hak bazı hallerde sınırlanmaktadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57, 64, 67, 72, 88, 101 ve 119. maddelerinde düzenlenen durumlarda hastanın tedavi olma mecburiyeti vardır. Dolayısıyla bu durumlarda tedaviyi ret hakkı ortadan kalkarak hekimin müdahale mecburiyeti söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanunun 7. maddesi ile kamu sağlığının korunması amacıyla tedavi mecburiyeti benimsenmiştir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82/3 hükmünde diğer hükümlü ve tutukluların sağlığının korunması amacıyla ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25, 32, 44 ve 45. maddelerinde de kamu sağlığının korunması amaçlı düzenlemeler bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda⁴⁸ bir güvenlik tedbiri, Ceza Muhakemesi Kanununda⁴⁹ ise bir adli kontrol tedbiri olarak yer alan önleme ve teşhis amaçlı müdahale mecburiyeti, infaz düzenlemelerinde geri dönülemez neticelerin önlenmesi bakımından ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile hükümlü veya tutuklunun kendi özgür iradesi ile örnek olarak açlık grevi uygulaması sonucunda, hayati tehlike altına girmesi halinde muhtemel ölümün engellenmesi amaçlanmaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82/1 hükmünde, hükümlülerin kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, hareketlerinin neticeleri bakımından bilgilendirilmeleri ve olumlu sonuç alınmaması

46 Rieger, kn.2003; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.221'den naklen.

47 **Erman**, s.174 vd.; **Hakeri**, s. 221 vd.

48 TCK. md. 32/1 ve 2; 57/1 ve 7; 191/2 ve 227/8 hükümleri.

49 CMK. md. 74/1; 75; 76; 109. Ayrıca yine ceza muhakemesi ile ilgili olarak, 'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde sağlık kontrolü öngörülmüştür.

halinde kurum hekimince belirlenen rejime göre beslenmelerine başlanması hususu belirtildikten sonra 2. fıkra ile de hayati tehlikeye girenlerin rızalarına bakılmaksızın tedavi altına alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını belirten Anayasa 17/2, insanlık dışı davranışları yasaklayan CGTİK 2/2 ve devlete hükümlünün maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğü yükleyen CGTİK 78 vd. hükümlerine tezat oluşturan bu hüküm, kendi geleceğini belirleme hakkının sadece özgür kişilerde değil hükümlü ve tutuklularda da var olduğu hususu dikkate alındığında, zararın kamuya yönelik olmaması sebebiyle uygulamada problem çıkarabilecek bir hükümdür. Müdahalenin yapılmaması hekimin ihmali suretle öldürme veya yaralamadan sorumluluğunu doğurabileceği ileri sürülebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, R.S.A and C. v. Portugal⁵⁰ davasında, müdahalede bulunmayan hükümet görevlilerinin müdahalenin gecikmesi bakımından herhangi bir sorumluluğunun olmadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Herczegfal v. Austria⁵¹ kararında yapılan rıza dışı müdahalelerin 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan insanlık dışı ve küçültücü davranış yasağına aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir.

Özellikle açlık grevleri bakımından olaya bakıldığında, grevde bulunanlar asıl olarak ölmeyi değil, bu yolu kullanarak taleplerini kabul ettirmeyi amaçlamakta ve dayanabildiği noktaya kadar eylemlerini sürdürmeyi amaçlamaktadırlar. Hekimin, hükümlü aksi yöndeki iradesini açıkladığı müddetçe müdahale mecburiyetinin olmaması gerekir. Ancak, özgür iradenin artık açıklanamadığı an, akut yaşam tehlikesinin bulunduğu andır ve hekimin müdahale edebilmesi için hükümlünün öncelikle şuuru kaybetmesi ve böylelikle iradesini açıklayamayacak hale gelmesi gerekir⁵². Gerçektende isteklerini kabul ettirme amaçlı bir harekete girişen grevcinin amacı çoğu zaman ölmek değildir. Bu durumda bilinci kaybeden hükümlünün varsayılan rızası çerçevesinde hareket edilmekte ve tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

C- Türleri

Dilemma, iki veya daha fazla seçenek ile zıddı belirleyen delil, tartışma ennasında hangisi seçilirse seçilsin zıt olanların aynı değerde olmasını ve eşit

⁵⁰ Ermian, s.194.

⁵¹ 24.09.1992 tarihli mahkeme kararı metnine <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/vie.w.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=Austria&sessionid=3355636&skin=hudoc-en> adresinden ulaşılabilir. (16.11.2007, saat:10:28).

⁵² Husen, s. 290; Hakeri, Tıp Hukuku s. 227'den naklen.

ölçüde tatmin edici olmayan şeyler arasında seçim yapılması durumunu ifade eder⁵³. Bu bakımdan kişinin acılar içerisinde ve mutlak ölüm beklentisi psikolojisi altında hayatını sürdürmesi veya hayatının güzel ölüm anlamında ki ötanazi yolu ile sona erdirilmesi açısından böyle bir ikilem öne çıkmaktadır. Ötanazi, hastaya icraî bir davranışla ölüm yardımı şeklinde yapıldığında aktif ötanazi, müdahale etmeme, tedaviyi yarıda bırakma (Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch-Tedavinin kesilmesi suretiyle ölüme yardım) şeklinde ihmali bir hareket ile işlenmesi durumunda pasif ötanazi adını almaktadır. Doktrinde kabul edilen 3. bir ötanazi⁵⁴ durumu ise, hastanın çektiği acıları azaltmak için verilen ve yan etkileri bakımından ölümü hızlandıran ilaçların kullanılmasını ifade eden dolaylı ötanazi⁵⁵ halidir. Yukarıda açıklandığı üzere hukukumuzda ötanazi yasaktır⁵⁶. Ancak doktrinde pasif ötanazi ve dolaylı ötanazinin, öldürme olarak kabul edilmeyeceği ve hastanın tedaviyi ret ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında değerlendirilerek hekimin sorumluluğunu kaldıracağı kabul edilmektedir. Aşağıda bu ayrım ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Toplumda beyin ölümü gerçekleştirilmiş hastaların bağlı buldukları cihazların kapatılması ile ötanazi kavramı genel olarak karıştırılmaktadır. T.C. Adalet Bakanlığının, adli olgularda organ bağıışı sırasında durumun tam değerlendirilememesi sebebiyle, Cumhuriyet Savcılarının konu hakkında bilgi sahibi olabilmesi için 11.05.2005 tarihli yazısı ile bakanlık sitesinde bir bilgi yayınlamıştır⁵⁷. Bu bilgiye göre; *'Beyin ölümü beyin fonksiyonlarının irreversibl (geri dönüşümsüz) olarak kaybolmasıdır. Beyin ölümü gerçekleşen kişide solunum ve dolaşım ancak yoğun bakım koşullarında ventilatör gibi destek makinelerine bağlanarak sürdürülebilmektedir. Solunum ve kalp atımları yapay olarak sürdürülebilirken, beyin fonksiyonları yapay olarak sürdürülemez. Bu nedenle kişi beyni öldüğü zaman tıbben ölü kabul edilir. Yoğun bakım ünitelerinde verilen tüm tıbbi desteğe rağmen ortalama 24-36 saat sonra beyin dışındaki organlarda fonksiyonlarını kaybeder. Beyin ölümü tanısı almış kişilerin hayata dönmesi*

53 Dönmezer, s. 33.

54 Öztürk, Asıl olarak dolaylı ötanaziden farklı olarak 'hastanın hayatını kısaltmaksızın, şuurunu felç eden ilaçlar kullanmak suretiyle onun çektiği acıları hissetmeden ölmesine yardımcı olmak' olarak nitelendirdiği 'gerçek ötanazi' ve 'ağır özürülü veya ucube olan yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi' anlamında kullanılan erken ötanazi ile birlikte, ötanaziyi 5 ayrı tür altında incelemektedir. Öztürk, Yüce Armağanı, s. 581-582.

55 Dönmezer bu hali 'dolayısıyla ötanazi' olarak adlandırmaktadır. Dönmezer, s. 34.

56 İslam Hukukundaki durum için bkz. Avcı, s. 67 vd.; Güven, s. 63.vd.

57 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2005/may05/dokunakli.htm>, 26.11.2007, saat 18.01.

mümkün değildir. Beyin ölümü gerçekleşen bir kişi tıbben ölü kabul edildiği için bunlara karşı öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi dolayısıyla bunlara ötanazinin uygulanması mümkün değildir. Zira ötanazi sadece ölümcül bir hastalığa yakalanmış olsa da ancak sağ yani yaşayan kimseler için söz konusudur.

Ayrımlara geçmeden önce ötanazi ile ilgili hükümlerin yer aldığı 2 ayrı uluslar arası bildiride yer alan ve ötanazinin etik açıdan değerlendirildiği 2 hükme yer vermek istiyorum. İlki 1987 tarihli Madrid ötanazi bildirgesinde yer alan *'bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Bu, hekimi, hastalığın son dönemlerimde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile isteğine hürmet etmekten alıkoymaz.'* hükmüdür. Diğeri ise Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli bildirgesidir. Buna göre, *'Ötanazi gibi, hekim yardımı intiharda etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir. Hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastanın bu arzusuna saygı göstermesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz.'* Görüleceği üzere her iki bildiride de, aktif ötanazi yoluyla hastanın ölümüne yardımın tıp bilimi açısından etik olmayan bir davranış olduğu belirtilmiş ancak, hastanın tedaviyi ret hakkına saygı duyularak tedavinin kesilmesi suretiyle sonuçlanan ölümleri ifade eden pasif ötanazi için etik açıdan bir problem görülmemiştir. •

a- Aktif Ötanazi

Aktif ötanazi, sona ermek üzere olan yaşamın, hastalığa ve ölüm sürecine aktif etkide bulunmak suretiyle kısaltılması⁵⁸, sona erdirilmesidir. Başka bir tanımda ise aktif ötanazi 'hayatı kısaltacak veya hayata son verecek maddelerin hastanın acı ve ızdıraplarını tümünden gidermek üzere, bilerek kullanılması' şeklinde ifade edilmiştir⁵⁹.

Ötanazi ile ilgili uluslar arası hukukta farklı uygulamalar bulunmaktadır. Türkiye ve Fransa⁶⁰ gibi kimi ülkelerde ötanazi yasak olarak kabul edilmiş ve kasten öldürme suçu ile eşdeğer görülmüştür. Buna karşılık Almanya⁶¹,

58 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 304.

59 Dönmezer; s. 34.

60 Fransız Yargıtay Ceza Dairesinin 16.11.1827 tarihli kararı, Bulletin Crime 1827, N:284, 'İnsanların hayatını koruyan kanunlar kamu düzenindedir. Hiçbir şahsın iradesi bunu ortadan kaldıramaz veya kişilere karşı işlenen bir cürmü hukuka uygun hale getiremez.' Tezcan/Erdem/Önok, s. 137'den naklen.

61 StGB § 216/1: 'Ölenin açık ve ciddi talebi üzerine bir kimseyi öldüren kişi, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.'

Avusturya⁶² gibi kimi ülkeler⁶³ ötanaziyi suç olarak kabul etmekle birlikte, kasten öldürme suçuna oranla daha az bir ceza ile cezalandırmaktadırlar. Peru, Belçika, suç olarak saymakla birlikte farklı bir uygulama ile genelde cezasız veya çok düşük bir cezanın hükmedildiği⁶⁴ Hollanda gibi ülkelerde ise ötanazi durumunda mağdurun ölümüne aktif olarak katkıda bulunanlar cezalandırılmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Pretty v. The United Kingdom* davasında ötanaziyi yasaklayarak, aktif bir şekilde ölüme yardım hareketini cezalandıran ulusal düzenlemelerin sözleşmeye aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir⁶⁵.

Ulusal düzenlemeler dikkate alındığında, ötanazinin suç oluşturduğu noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesine göre '*Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığında dahi, hekim ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.*' Hasta Hakları Yönetmeliği'nin '*Ötanazi Yasağı*' başlıklı 13. maddesine göre: '*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.*'

TCK. md. 26/2'de yer alan '*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.*' hükmü, bir kimseyi rıza göstermesi üzerine icraî bir hareketle aktif bir şekilde öldüren kişinin cezasızlığı sonucunu doğurmamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararlarında⁶⁶ '*... Gerek Anayasa gerekse uluslar arası sözleşmelerin ölme hakkını değil yaşama hakkını garanti altına aldığını ...*' belirterek, mağdurun göstermiş olduğu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği görüşünde olduğunu göstermektedir.

Aktif ötanazide failin hareketi, hastalık ile muhtemel (kesin) ölüm arasında bulunan nedensellik bağıını kesmekte ve ölüme tek başına neden

62 StGB § 77: 'Bir kimseyi, ciddi ve etki altında bırakır tarzda talebi üzerine öldüren kişi, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.'

63 İsviçre CK. md. 144; Portekiz CK. md. 134; İtalyan CK. md. 579; Japonya CK. md.202.

64 Uygulama şekli bakımından bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.138 ve **Erman**, s. 129 -130.

65 29.04.2002 tarihli karar metnine <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Pretty&sessionid=3239841&skin=hudoc-en> adresinden ulaşılabilir. (16.11.2007, saat:10:44)

66 YCGK. 06.10.1980, 1-216/313; Y.I.CD. 02.06.1999, E:1008, K: 108.

olmaktadır. Daha önce mevcut olduğu varsayılan bu nedensellik durumu failin cezasız kalmasına neden olamaz. Zira yukarıda açıklandığı üzere yaşam hakkının korunması beyin ölümü gerçekleşinceye kadar devam etmektedir. Bu bakımdan henüz yaşamakta olan, her ne kadar kesin gözüyle bakılıyor olsa da ölümü gerçekleşmemiş bir kişiye yapılacak hareket, aynı sabaha karşı kararı infaz edilecek idam mahkûmunun gece öldürülmesinde olduğu gibi, kasten öldürme suçuna vücut verecektir. Burada doktorun hareketi, sollayan nedensellik⁶⁷ kapsamında hastalık ile ölüm arasında bulunan mevcut nedensellik ilişkisinin önüne geçmekte yani yani nedensellik bağımlı kesmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda ortaya çıkan sonuç şudur. Hastanın rızası, ötanazi durumunda hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz. Bu gibi hallerde, mağdurun talebi olsun olmasın hekim, TCK md. 81 anlamında kasten öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır. Mağdurun talebinin bulunması halinde, bu durum sadece TCK. madde 62'nin uygulanmasına imkan verebilecektir. Doktrinde bu hususta herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁸. Tartışmalı olan nokta olması gereken hukuk açısından ötanazinin kanuni düzenleme altına alınıp alınması, yani bu kurumun gerekliliği etrafında toplanmaktadır. Doktrinde yer alan bazı görüşler, ötanazinin, kasten öldürme suçundan bağımsız ve daha az cezayı gerektiren bir suç tipi⁶⁹ olarak düzenlenmesi gerektiği yönündedir⁷⁰. Bunun yanında, aktif ötanazinin cezasız kalması⁷¹ ya da kasten öldürmeye göre daha az bir

67 **Hakeri**, Ceza Hukuku s.148.

68 **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 139; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.305; **Hakeri**, Kastan Öldürme Suçları, s. 51: 'Yazar failin icraî bir hareketiyle mağdurun yaşamına son verdiği hallerde, kasten öldürmenin var olduğunu ve hatta şartları gerçekleştiğinde tasarlamadan dolayı da sorumlu tutularak temel cezanın TCK md. 82 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir.' Aynı doğrultuda **Soyaslan**, s.117 'Yargıç 82. maddenin 1/1 bendinde ifadesini bulan tasarlayarak adam öldürmeye ilişkin hükmü uygulamak zorundadır. Elinde bulunan tek imkan TCK. 62. maddesindeki takdiri hafifletici sebebi uygulamaktır.' **Dönmezer**, s.38. **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 235; **Öztürk**, Yüce Armağanı, s.585; **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 312.

69 2001 Ceza Kanunu Tasarısında ötanazi, 'iyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve yalnızca hastanın ızdıraplarına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.' şeklinde bağımsız ve kasten öldürme suçuna nazaran daha az cezayı gerektiren bir suç tipi olarak düzenlenmekte idi.

70 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 307; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 139;

71 **Erman**, s. 134.

ceza içermesi yanında hakime ceza vermeme yönündeki takdir yetkisi tanınması gerektiği⁷² doğrultusunda da görüşler bulunmaktadır.

b- Dolaylı Ötanazi

Dolaylı ötanazi, hekimin hastanın ıstırabını azaltmak için kullandığı ve kullanmasının tıp bilim tarafından öngörüldüğü bir ilacın yan etkisinin kaçınılmaz bir şekilde ölümü hızlandırdığı durumları ifade eden bir kavramdır⁷³.

Burada, gerek hastanın talebi, gerekse hekimin hareketi ölüme yönelik değildir. Tutulduğu hastalık neticesinde katlanılmaz acılar çekmekte olan bir hastaya, sadece acılarını dindirmek amacıyla tedavi uygulanmakta, ancak uygulanan bu tedavide kullanılan ilaçlar, yan etki olarak ölümü hızlandırmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde⁷⁴ hekimin, hastanın hayatının kurtarılması veya sağlığının korunması mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında ölümüne mutlak gözüyle bakılan bir hastanın, acısız bir şekilde ölümünü sağlamak için çaba göstermek, neticesinde ölüm durumunun öne alınma riski⁷⁵ olsa bile, hekimlerin üzerinde bir yükümlülüktür⁷⁶. Aksine davranış, görevi ihmal ve ihmali suretle yaralama suçlarına vücut verecektir.

Dolaylı ötanazinin hekimin cezasızlığı sonucunu doğurabilmesi için bazı şartlar bulunması gerekmektedir⁷⁷. Öncelikli şart tedavi uygulanan hastanın ölümünün kaçınılmaz ve yakın olmasıdır. Hekimin tedaviyi uygularken tek amacının hastanın duyduğu acı ve ıstırabı dindirmek olması ve tedavi ile sonuçları arasında uygun bir dengenin bulunması gerekir. Hekimin hareketinin cezasız kalabilmesi için belki de en önemli şartı ise aydınlatma yükümlülüğünün tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmiş olmasıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin rızası olmadan yapılacak her türlü hareket fiili hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak mağdurun vermiş olduğu rızasının da geçerli kabul edilebilir olması,

72 Öztürk, Yüce Armağanı, s. 589-590.

73 Artuk/Yenidünya, Yüce Armağanı, s.302; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 305; Öztürk, Yüce Armağanı, s.581; Dönmezer; s. 35.

74 Öztürk bu madde hükmü ile dolaylı ötanazinin kanunen kabul edildiği görüşündedir.

75 Öztürk'ten naklen; Kabul edilen risk teorisi, Otto, Grundkurs Strafrecht, die einzelnen Delikte, Berlin 1991, s.27.

76 Hakeri, Tıp Hukuku, s.306.

77 Özsunay, Davran Armağanı, s. 41; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 305.

neye rıza gösterdiğini tam ve şüpheye yer bırakmayacak ölçüde tüm ayrıntılarıyla biliyor olmasına bağlıdır. Bu bakımdan hekimin, uygulamış olduğu tedaviyi, bunun risklerini, alternatif tedavi yöntemlerini, tedavi uygulamamanın sonuçlarını tüm ayrıntılarıyla hastaya anlatması, Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı madde 4'deki ifade ile hastayı bilgilendirmesi şarttır.

Hekim, kaçınılmaz ve yakın ölüm teşhisi koyduğu hastasının, duyduğu acıları dindirmek kastıyla, tamamen iyiniyetli bir saik ile hareket etmiş olsa da, hastanın rızası olmadan ve hatta aydınlatılmış rızası⁷⁸ alınmadan böyle bir tedavi yöntemine girişmesi halinde kasten öldürmeden sorumlu tutulabilecektir. Zira hekim bu hareketi ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına minimum özeni dahi göstermemiş olacaktır⁷⁹.

Burada Ceza Hukukuna özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen varsayılan rıza durumundan bahsetmek istiyorum. 04.04.1997 tarihli 'İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre '*müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*' Ama kimi durumlarda, bu durumda olan bir hasta önceden yapılacak tedavi ile ilgili olarak böyle bir isteği beyan etmemiş olabilir. Varsayılan rıza, suç tipine uyan eylemden etkilenen kişinin, buna rıza göstermediği, ancak objektif ölçütler göre bu rızanın varsayılabildiği halleri kapsamaktadır⁸⁰. 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.7. maddesine göre '*Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.*' Görüleceği üzere hekim, hastanın açık rızasının bulunmadığı durumlarda öncelikle hastanın yasal temsilcilerinin aydınlatılmış onamları alma yolunu seçecektir. Ancak bunun dahi mümkün olamaması halinde Hasta Hakları Yönetmeliği madde 14 hükmünde belirtilen maksimum özeni göstererek varsayılan rızasının varlığını değerlendirecek, böyle bir kanaate ulaşması durumunda ise hastanın en yararına olan tedavi yöntemini uygulayacaktır.

78 **Özgenç**, s.326: 'Bazı hallerde, rıza açıklamasına hukukî değer izafesi, usule ilişkin belli koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınabilir. Bir tıbbi müdahaleye ilişkin açıklanan rızanın hukukî geçerliliğinin, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı kılınması, bu bakımdan önemli bir örnek oluşturmaktadır.'

79 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s.302.

80 **Erman**; s.139; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 165 vd; **Özgenç**, s.337.

Son olarak şu hususu belirtmekte yarar görüyorum. Hekimin uyguladığı tedavi nedeniyle cezasızlığının kabul edilebilmesi için, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından aranan diğer koşulların⁸¹ yanı sıra, tıp bilimi tarafından kabul edilen alternatif bir tedavi yönteminin de bulunmaması gerekir⁸².

c- Pasif Ötanazi

Pasif ötanazi⁸³, hareketsiz kalmak suretiyle ölüme neden olmaktır. Pasif ötanazide yapmama - ihmal etme tarzında bir hareket söz konusudur. Pasif ötanazi, İngiliz Lordlar Kamarası Tıbbi Etik Komitesin Raporu'nda⁸⁴ yer alan ifadesi ile '*hastanın yaşamını sürdürmesi için gerekli olan yaşam desteğinin çekilmesi veya verilmemesi halidir.*' Başka bir tanımda ise pasif ötanazi, 'ölmek üzere olan bir kimse üzerinde yaşamı uzatan tedbirlerin alınmasından vazgeçmek, başka bir ifade ile ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktirecek tıbbi tedbirlerin yarıda bırakılması' olarak ifade edilmiştir⁸⁵.

Aktif ve dolaylı ötanaziden farklı olarak burada, hekimin ihmalî bir hareketi söz konusudur. Hukukumuzda, pasif ötanazinin, hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmaması gerektiği savunulmaktadır⁸⁶. Ancak yine burada hastanın rızasına bakılması gerekmektedir. Hastanın aksi yöndeki beyanına ya da rızasının alınmamış olmasına rağmen, hekimin pasif ötanaziyi uygulaması durumunda, ihmalî söz konusu olup, Türk Ceza Kanunu madde 83⁸⁷ anlamında sorumluluğu cihetine gidilecektir⁸⁸.

81 **Hakeri**, Ceza Hukuku, s.180 vd.; **Özgenç**, 330 vd;

82 **Hakeri**,. Tıp Hukuku,s.306.

83 **Dönmezer**, bu halin kanunla düzenlenmesi gerektiğini, zira işin sadece etikten kaynaklanan temel hukukî kavramların yorumuna bırakılmasının doyurucu olmadığı düşüncesindedir. S. 38.

84 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 302; **Güven**, s. 15;

85 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s.306.

86 **Artuk/Yenidünya**, Yüce Armağanı, s. 302; **Dönmezer**; s. 38;**Güven**, s.141 vd. özellikle s.167; **Hakeri**, s. Tıp Hukuku, 307; **Öztürk**, Yüce Armağanı, s. 582.

87 İhmal kavramı için ayrıntılı bilgi için bkz. **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri.

88 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 307; **Öztürk**, Yüce Armağanı, s. 582.

Türk Hukukuna göre kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında meşru kabul edilen hastanın rızası⁸⁹ veya talebi üzerine tedavinin sona erdirilebilmesi durumuna karşılık, yukarıda bahsedildiği üzere hekimin hastanın durumunu iyileştirme ve tedavi etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekime yüklenen bu yükümlülük esasen hastanın lehine düşünülmüş olan bir yükümlülüğün ibarettir. Yani bu yükümlülüğü ters çevirmemiz halinde karşımıza hastanın tedavi ve iyileştirmeyi talep hakkı ortaya çıkmaktadır. Gerek tedavi talep etme hakkı gerekse kendi geleceğini belirleme hakkı bulunan hasta bu hakları kullanıp kullanmamakta serbesttir. Eğer hasta kendi geleceğini belirleme, dolayısıyla tedaviyi ret hakkını kullanmışsa, doktorun yapacağı tek şey buna saygı duymaktan ibarettir. Burada hastanın tercihinin hekimin yükümlülüğüne üstün tutulması gerekmektedir. Aksi halde hastanın açık reddine karşın, hekim müdahalede bulunacak olursa, bu durum Anayasal güvence altına alınmış vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır⁹⁰. Bu durumda hekim Türk Ceza Kanunu madde 86 sebebiyle kasten yaralamadan sorumlu tutulacaktır.

Pasif ötanazi bakımından, garantörlük kavramı üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere hekimlerin hastaları üzerinde garantörlükleri söz konusudur. Hekim hastanın tedavi talep etmesine rağmen bu talebin aksine hareket ederek, tedaviyi sürdürmemesi halinde kanundan kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır. Bu durum ise hekimin ihmali suretle kasten öldürmeden sorumluluğunu doğurur.

Esasen hekimlerin tedaviyi üstlenmeme ve yarıda bırakma hakları bulunmaktadır. 1998 tarihli 'Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25.

89 Kanaatimce, ötanazi kişinin intiharının başka biri elinden aktif ya da pasif olarak gerçekleştirilmesidir. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihili bildirgesinde Buna göre, *ötanazi, hekim yardımlı intihar olarak nitelendirilmiş ve etik görülmemeyerek tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmaması gerektiği vurgulanmıştır*. Bu bakımdan, her ne kadar, hastanın talebi üzerine pasif olarak ölümüne yardım suç olarak kabul edilmiyor olsa da, bu, talebin öncelikle hastadan gelmesi şartına bağlı olmalıdır. Buna karşın hastanın, zihninde tedavinin kesilerek ölümünün çabuklaştırılması – öne alınması gibi bir düşünce yok iken, hekim tarafından böyle bir ihtimalin hastaya hatırlatılması TCK. md. 84'te aranan maddi unsuru oluşturan alternatif hareketlerden 'başkasını intihara azmettirme'yi oluşturur ki, bu hatırlatma sonrası hasta tedaviyi ret hakkını özgür iradesi ile kullanmış dahi olsa hekimin sorumluluğunu gerektirir. Hekimin, alternatif yollar içerisinde ölümü gösterme hak ve yetkisi yoktur. Etik olmayan bu tip bir hareketin, doktrinde, hiç intihar düşüncesi olmayan mağdurda intihar düşüncesini uyandırmak olarak tanımlanan intihara azmettirme olarak kabulünün kıyas yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

90 Öztürk, Yüce Armağanı, s. 582

maddesine göre; 'Hekim ancak tıbbi bilgisini gerektirdiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastanın başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya ve yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.' Hekim, hastanın tedavi talebini ancak bu şartlarda reddedebilecektir. Ancak maddeden anlaşılacağı üzere üstlenmeme veya yarıda bırakma hakkı, hastanın sağlığının tehlikeye düşmemesi şartına bağlanmıştır. Bu bakımdan hekim bu hakkını kullanırken, pasif ötanaziye dolaylıda olsa yol açmayacak şekilde davranmalı ve hastanın hayatını tehlikeye atmadan, daha doğru bir ifadeyle muhtemel ölümünün öne alınması sonucunu doğurmadan, tedaviyi bir başka meslektaşına devretmelidir.

Pasif ötanazi başlangıçta veya sonradan hareketsiz kalma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, başlanmış olan tedavinin aktif bir hareketle; örneğin solunum aletinin kapatılması suretiyle, sonradan ortadan kaldırılması ile de gerçekleşebilir⁹¹.

SONUÇ

Montaigne'nin denemeler adlı eserinde şöyle bir hikaye anlatılmaktadır. 'Stoalı filozof Antisthenes, ağır hasta yatarken 'kim kurtaracak beni bu acılardan' diye bağıryormuş. Onu görmeye gelmiş olan Diogenes: 'İşte bu seni hemen kurtarır' diyerek bir hançer uzatmış ona. Antisthenes cevabı ise bugün tartışılan ötanazi hakkının tanınıp tanınmaması açısından, bu hakkın tanınmaması gerektiği görüşünde olanlara güzel bir felsefi dayanak oluşturabilecektir. Cevap şudur: 'Hayatımdan değil, acılarımdan kim kurtaracak.'

Ötanazi hakkı felsefi ve tıbbi etik bağlamında tartışılan önemli bir konudur. Her ne kadar değerlendirilmesi açısından tıp bilimi alanının bir konusu olsa da neticeleri itibarıyla kasten öldürme şeklinde sonuç doğurması sebebiyle bu kavram ceza hukuku ile de yakından ilgilidir. Günümüzde pasif ötanazi, aktif ötanaziye oranla yasal açıdan daha hoş karşılanmakta ve birçok ülke uygulamasından pasif ötanazi durumunda ceza verilmemektedir.

91 Artuk/Yenidünya, Yüce Armağanı, s. 302; Hakeri, bu durumu görünürde aktif bir hareket ama aslında değerlendirici bakış açısında bir ihmali hareket olarak değerlendirmektedir. Tıp Hukuku, s.307.

James Rachels 'aktif ve pasif ötanazi' adlı eserinde pasif ötanazi sonucu kişinin ölmeden önce uzun süre acı çekmesinin, aktif ötanazi sonucu kısa ve acısız bir ölümlle ölmesinden daha iyi olamayacağını vurgulamaktadır⁹².

Aktif ötanazide hekimin hareketi iyiniyetli olarak gerçekleştirmesi suçun oluşmasını etkileyen bir durum değildir. Zira failin saiki kasten öldürme suçunun bir unsurunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle bu durum ancak Türk Ceza Kanunu madde 62'ye göre takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir.

Hukuk düzenimizde yasak olarak kabul edilen ötanazi ile asıl olarak aktif ötanazi kastedilmektedir. Kısaca ölümüne kesin gözüyle bakılan kişiye doğrudan öldürücü maddenin verilmesi şeklinde ifade edilebilecek aktif ötanazi, çoğu zaman tasarlamayı da bünyesinde barındırmakta ve basit öldürme suçunu değil bu suçun nitelikli halini oluşturabilmektedir. Ötanazinin bu halinin dahi cezalandırılmaması gerektiği düşüncesinde olanların yanında genel eğilim bunun bir cezasızlık hali değil, indirim nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği yönündedir.

Kanaatimce ötanazi kavramına, cezasızlık nedeni ya da kasten öldürmenin temel şekline nazaran daha az cezayı gerektiren ayrı bir suç tipi olarak ceza kanunlarında yer verilmemesi daha uygundur. Durumu basit bir şekilde şöyle örnekleyebiliriz. Bir idam mahkûmu idam sehpasına çıkarılmışken ya da ölmek isteyen biri apartmanın 15. katından atlamış ve yere düşmekte iken, bir kişi ateş etse ve henüz idam gerçekleşmeden ya da kişi yere düşmeden bu kişiyi öldürse hareketi ölüm ile idam hareketi ve atlama hareketi arasındaki nedensellik bağıni kesecek ve bu kişi kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Görüleceği gibi birkaç saniye içerisinde öleceği nerede ise kesin olan bir kişiye karşı yapılmış olan bir hareket kasten öldürme suçuna vücut vermekte iken, ötanazide, ölümün ne zaman gerçekleşeceği dahi bilinmediği halde sadece kişinin acılarını sona erdirmek amacıyla öldürülmesinin cezasız ya da daha az ceza ile bırakılması hukuk mantığına ters düşmektedir. Her ne kadar burada mağdurun rızasından bahsedilse de, çektiği acıların dindirilmesi bakımından kişinin ne derece sağlıklı karar verebileceği de ayrı bir tartışma konusudur. Ölümünü isteyecek derecede bir hastanın Antisthenes örneğinde olduğu gibi mantıklı bir karar verebilmesi her zaman düşünülemez.

Pasif ötanazi ise aktife göre hoş karşılanan bir durumdur. Bu durum kişiye müdahale edilmemesinin hekimin kendi inisiyatifinde olan bir husus

⁹² Kaynak: http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi#Hekim_destekli_intihar; 26. 11. 2007, saat 19:27.

olmamasından kaynaklanmaktadır. Hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış olan tedaviyi ret hakkını kullanan bir hastanın bu hakkına yine hukuk düzenince getirilen bir zorunluluk nedeniyle saygı duyulması söz konusudur. Gerçekten anayasal koruma altındaki vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı sebebiyle, bir kimseye rızasına aykırı olarak müdahalede bulunulamaz. Sonuç olarak pasif ötanazide bir öldürmeden değil ölmeye engel olmaktan bahsedilebilir. Garantör konumunda olan hekimlerin kanundan kaynaklanan ölüm neticesini engelleme yükümlülüğü yine kanunlar tarafından hastanın aksi yönde beyanının bulunması halinde kaldırılmaktadır. Bu durum ise hekimin cezasızlığı sonucunu doğuracaktır. Unutulmaması gerekir ki hekimin görevi hastayı yaşatmaktır. Hastayı yaşatmaya yönelik her tür alternatifleri kendisine göstermek, sunmak zorundadır. Ancak hastaya alternatif tedavi yöntemi olarak ötanaziyi öneremez. Zira ölüm bir tedavi şekli değildir. Aklında ölüm olmayan bir kişide ölme fikrini ortaya çıkarmak intihara yönlendirme suçunun alternatif unsurlarından biri olan azmettirmenin tipik şeklini oluşturmaktadır. Bu suçun oluşması için sadece azmettirme hareketinin yapılması yeterlidir. Kişinin intihar ederek ölmüş olması gerekmez. Yani hastanın hiçbir talebi yokken, hekim tarafından pasif ötanazinin önerilmesi halinde hekimin, Türk Ceza Kanunu madde 84'den sorumlu tutulması sonucu doğabilecektir.

Faile verilen acıları dindirmeye yönelik ilaçların ölümü hızlandırması olarak ifade edilen dolaylı ötanazide ise yapılan hareket ölüm sonucunu doğurucu nitelikte bir hareket değildir. Yani ilaçların verilmesi ile ölüm arasında kesin ve mutlak bir nedensellik bağı söz konusu değildir. Hatta Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre ölümcül bir hastanın kurtarılması mümkün değilse personel, hastanın acılarını dindirmeye yönelik tedavi uygulamak zorundadır. Bu zorunluluk dikkate alındığında bu tip ilaçların verilmesi değil verilmemesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. Ancak bu ilaçların verilebilmesi her halükarda hastanın gereği gibi aydınlatıldıktan sonra rızasının alınmış olmasına bağlıdır.

Sonuç olarak, ülkemizde ötanazi yasaktır. Burada kastedilen aktif ötanazidir ve bu yasağa aykırı hareket kasten öldürme ya da şartları oluşması halinde tasarlayarak kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin/ **Yenidünya**, A. Caner; 'Ötenazi', Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 297-319. (Yüce Armağanı)
- Avcı**, Mustafa; Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul 2006.
- Demirbaş**, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Dönmezer**, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, İstanbul 2001.
- Erman**, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Güven**, Kudret; Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara 2000.
- Hakeri**, Hakan; Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2007.
- Hakeri**, Hakan; Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçlarının Çeşitleri, Ankara 2003.
- Hakeri**, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Ankara-2007.
- Hakeri**, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2007
- Özbek**, Veli Özer; Yeni Türk ceza Kanununun Anlamı, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Özsunay**, Ergun; 'Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar', Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 2-58 (Davran Armağanı).
- Öztürk**, Bahri; 'Hasta Hakları ve Ötenazi', Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 573-590 (Yüce Armağanı)
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Önok**, R.Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku, Özel Kısım, Ankara 2005.