

## **FEDERAL ALMANYA CEZA HUKUKUNDA ÖLÜM KAVRAMININ DOĞURDUĞU YENİ PROBLEMLER \***

Ceza normları hayatın değişik kesimlerini, değişik hükümlerle korumaktadırlar. Bu korumanın sonu ise «ölüm»dür. Ancak son zamanlarda, ceza normlarının hayatı korumasının sonu olarak kabul edilen «ölüm» kavramı yeni problemlerin doğmasına sebep olmuştur.

Fransa'dan gayri ülkelerin pek çoğunda olduğu gibi, Alman hukuk sisteminde de ölüm kavramı hakkında kanunî bir değerlendirme mevcut değildir. Bu durumda, «ölüm» kavramı hukuken «açık bir kavram»dır. Ve bu açıklık tıbbî bilgiler ve hukuki yorum kaideleri ile doldurulacaktır.

Son senelere kadar Alman hukukunda ölüm kavramından nefes almanın ve kalb faaliyetinin durması anlaşılmıştır. Bu anlayışın temelinde, ölümü, kan dolaşımının ve teneffüsün geri dönmez bir şekilde durması ve buna bağlı olarak merkezi sinir sisteminin sukutu ve bunu organizmanın diğer organlarının takip etmesi olarak kabul eden klâsik tıbbî ölüm tanımı yer almıştır. Bu klâsik anlayışta iki önemli nokta vardır : Birincisi, ölümün bir an meselesi olmadığı ve ölüm ile hayat arasında bir ölüme geçiş anının mevcudiyeti. İkincisi de, teneffüs ve kan dolaşımının geri getirilemez şekilde son bulması.

Ancak tekrar çalıştırma (reanimation) tekniklerinin gelişmesi ve teneffüs ve kalb faaliyeti yerine makinenin ikame edilebilmesi durumu biraz karıştırmıştır. Bu durumlarda klâsik tanım geçerli olamamaktadır. Teknik gelişme sonucu, sun'i olarak tekrar başlatılabilen veya makine ile tekrar ettirilebilen her teneffüs ve dolaşımı geçici bir zaman için «geri dönebilen» bir durum olarak nitelemek mecburiyeti doğmuştur. Bu nitelemenin yapılmasında, fonksiyonun

---

\* Doç. Dr. Eralp Özgen tarafından özetlenmiştir.

sonradan kendi kendine işler hale gelip gelemeyeceği meselesinin önemi yoktur.

Ayrıca, insan vücudu hücrelerinin her birinde, yeniden hayata dönme zamanı son derece değişiktir. Örneğin beyin, teneffüs ve dolaşımın durmasından normal olarak 3 veya 4 dakika sonra ölür. Buna mukabil karaciğer, akciğer, kalb, ve böbrekler daha uzun yaşama imkânına sahiptirler. Demek ki, zaman farkları, dolayısı ile organların ekseriyeti, beyin artık geri gelmez şekilde öldüğü halde, teneffüs ve dolaşımın tekrar çalıştırılması sonucu, hiç olmazsa sun'i olarak yeniden çalıştırılabilirler. Organ nakli bakımından önemli olan bu gibi hallerde, beynin kurtarılması imkânı yoktur, ama tekrar çalıştırma metodları ile diğer bazı organların kurtarılması mümkündür.

Klâsik tarif açısından bu durumda bir kişi, yani beyin ölmüş fakat makine vasıtası ile teneffüs ve dolaşımı ayakta tutulabilen vücut, yaşayan bir insandır. Acaba bu durumda, beyin öldüğü ve bu sebeple her türlü uğraşı anlamsız olacağı halde, son nefese kadar hastanın hayatını kurtarmak şeklinde ifade edilebilen hekimin görevi devam etmekte midir? Aynı şekilde, teneffüs ve dolaşım artık tamamen imkânsız hale gelinceye kadar, bunların faaliyetinin makine ile sağlanmasına devam edilmeli midir? Ve en önemli olarak da, beyin ölmüş fakat teneffüs ve dolaşımın devam ettiği bir sırada, tek olan organlardan birinin vücuttan çıkarılması hukuki bakımdan «yaşayan» bir kimsenin öldürülmesi demek midir? Klâsik tarif açısından bu sorulara «Evet» cevabı verilmek gerekir. Ancak bu, organ nakli imkânını yok eden bir sonuçtur.

Ancak, tıbbî ve teknik gelişmeler ve yeni bilgiler sonucu, Alman tıp ilmi ve ceza hukuku klâsik tariften ayrılmış, ölüm zamanı olarak beynin ölümünü tanımışlardır.

Bu anlayış değişikliği, organ naklini mümkün hale getirmiştir. Ancak organ nakli düşünceleri bu değişikliğin gerekçesi olamaz. Zira hayatın cezaî himayesi, fayda düşünceleri ile değiştirilemez.

Bu değişikliği antropolojik esaslarla izah etmek isteyenler olmuştur. Ancak antropolojik esaslar yeterli ve emniyetli bir gerekçe olamamaktadır.

Anlayış değişikliğine en doğru gerekçe teknik ve tıbbî ilerlemelerdir. Eskiden, zamanın imkânlarına göre «geri dönülmezlik» teneffüs ve kalbin durması ile başlardı. Oysa günümüzde, kalb ve

teneffüsün durması halinde geri dönme mümkündür. Geri dönüşmezlik günümüzde beynin harabiyeti ile ortaya çıkmaktadır. Beyin artık insan hayatını sembolize eder hale gelmiştir.

«Ölüm»ün kriteri olarak kabul edilen beynin ölümünden ise, beynin tümünün anatomik ve strükter harabiyeti anlaşılır. Ancak bu kriteri kabul edince, suiistimleri önleyebilmek için, beynin ölmüş olduğuna hangi hekim veya hekimler topluluğunun karar vereceğini ve ayrıca bunların dayanacağı objektif ölçüleri tesbit gerekir.

Beynin ölümünü tesbitte yardımcı en meşhur metod EEG'dir. Bu yolla hayattaki beyinde mevcut olan biyolojik elektrik tesbit olunabilir. Ancak bu metod yeterli değildir. Zira EEG sadece büyük beyin zarının kısımlarının fonksiyonu hakkında fikir verir. Beynin ölümü kavramından, beynin tümünün ölümü anlaşıldığına göre, gövde beynin de ölümü hakkında tamamlayıcı nörolojik araştırmalara ihtiyaç vardır. Ayrıca EEG ile muayyen bir müddet ve muntazam aralarla muayyen sayıda ölçüm yapılması gerekir.

Bu usulün zorluğu ve karmaşıklığı dolayısıyla tıp alanında daha serî teşhis metodları araştırılmaya başlandı. İleri sürülen metodlardan biri, röntgen yardımı ile beyindeki kan dolaşımının durup durmadığını tesbit etmektir. İleri sürülen diğer bir yol da, beyine kan götüren damarlarla, beyinden kan getiren damarlar içindeki kanın oksijen miktarını ölçmektir. Ancak her iki yol da tek başına yeterli olmayıp, ek klinik araştırmalara ihtiyaç gösterir. Ayrıca hukuki açıdan da bu müdahaleler mahzurludur. Zira müdahale edilen kişinin ölüp ölmediği henüz belli değildir ve yapılan müdahale şahsı iyileştirmek için değil, organ alıcıya organ nakledebilmek için ölüm olayını mümkün merteye çabuk tesbit gayesi ile yapılmaktadır. Böyle bir müdahaleyi haklı gösterecek hüküm ise Alman hukukunda mevcut değildir. İnsan vücudunu araç olarak kullanmaya insan haysiyeti bakımından imkân yoktur.

Mevcut bu zorluklar sebebi ile bazı müellifler ölüm kavramının ve ölüm kriterlerinin kanun yoluyla saptanmasını istemişlerdir. Ancak bu yol hatalı olur. Zira, tıp ilmi dahi henüz bu konuda son sözünü söylememiştir. Heran yeni buluşlar ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden tıbbî deneylerin kesin olmayan şimdiki durumlarını kanun şeklinde dondurmak yanlış olacaktır. Böyle bir kanun, daha ilâni anında eskimiş olur. Aynı zamanda da hukukun tıbbın ilerlemesi ile birlikte yürümesi imkânını baltalar.

Şimdiki durumda hukuken mevcut açık kavram, tıbbi bilgi ve hukukî yorumlarla doldurularak, günün ilmi gelişmelerine uyma imkânına sahiptir.

Kanun yapıcının şimdilik yapması gereken, ölümü tesbit edecek heyetin ne şekilde teşkil edileceği gibi usuli sorunlar ile organ ücreti gibi maddi meselelerin tanzimi olmalıdır.