

Friedrich-Christian Schroeder

## Hayatın Sonunda Ceza Hukukuna İlişkin Sorunlar

### I. Giriş

Hayat korunması gereken en yüksek hukuki menfaattir. Yok edilmesi en yüksek cezaya çarptırılır.

Hayat, başlangıcından sonuna kadar aynı şekilde korunur. Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi genç ve umutla dolu bir hayatın sona erdirilmesi ile yaşlı ve kısa bir ömrü kalmış bir hayata son verilmesi arasında ceza yaptırımını açısından bir ayırım yapılmasına hukuken izin vermemiştir. (NJW 1974,250 m. Anm. Schroeder).

Hayat, sadece aktif bir sonlandırma davranışı ile değil, aynı zamanda ihmal ile sonlandırılmasına karşı da korunmaktadır.

Öldürülmeye rıza gösterilmesi dikkate alınmaz ve suçun hukuka aykırılığını ve cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmaz. Hatta, Alman hukukunda mağdurun açıkça öldürülmeyi istemesin dahi fail cezalandırılabilir. Ancak, bu durumda ceza daha hafiftir.

Diğer yandan ölmek çoğu zaman acı verici ve ıstıraplıdır, ölüm için „can çekişmeden“ bahsedilir. Bu sebepten, ölecek olan kişiye yardım edilmesi, acılarının dindirilmesi arzulanır. Eskiden bu amaç Yunanca bir kavram olan ve güzel bir ölümün sağlanması anlamına gelen „ötanazi“ kelimesiyle ifade edilirdi. Ancak, nasyonal sosyalistlerin bu kavrama sığınarak, bakım masraflarından kar etmek amacıyla 100.000'i aşkın ruh hastasını öldürmeleri sebebiyle, bu kavram Almanya'da büyük bir itina ile kullanılıyor. Bunun yerine daha çok „Ölme Yardımı“ndan bahsedilir.

Sonunda yeni tıbbi teknolojik icatlar, beyin fonksiyonları ileri derecede sona ermiş olan insanların dahi, yaşamaya devam etmesi sağlanabiliyor. Ancak, bu durumda artık „yaşamak“tan bahsedilebilip bahsedilemeyeceği de çok tartışmalıdır.

## II. Olaylar

Bu konu ile alakalı söz konusu problemlerin terminolojik olarak sınıflandırılmıştır: doğrudan, dolaylı, aktif ve passif ötonaziden bahsedilir. Ancak, ben bunun yerine gerçek sorunlar açısından şu şekilde bir ayırım yapmak istiyorum:

1. Ağrıların dindirilmesi
2. Karar verme ehliyetine / yetkisine sahip olanların davranışları
3. Başkasının intihar eylemine müdahale etmeme

### 1. Ağrıların Dindirilmesi

Öldürme suçları dışında, ölecek olan kişinin bilinçli ve ızdıraplı bir şekilde ölüm kalım savaşı vermesini engelleyecek, ağrıların dindirilmesi ve kişinin bilincini uyuşturan maddelerin verilmesi suç değildir. Bilakis, hekim ve diğer bakım personeli bunu yapmakla yükümlüdürler, aksi takdirde ihmalleri nedeniyle, yaralama suçu söz konusu olurdu.

Ancak, bununla ilgili de bir takım sorunlar mevcuttur. Çünkü, bir çok ağrı kesici ve bilinç uyuşturucu madde aynı zamanda direnme gücünü de azaltıp ve duruma göre ömrü kısaltabilmektedir. Doktrindeki hakim görüş, etkinin fail tarafından amaçlanmadığı sadece bu etkiyi göze aldığı hallerde, bu durumu hukuken kabul edilir olarak değerlendirmektedir. Sübjektif unsurlarda yapılan bu ayırım yetersizdir. Kanaatimce, hayatı önemsiz ölçüde kısaltmasını haklı gösteren ve ağır ağrıların dindirilmesine yönelik hareketler esas alınmalıdır.

Ağrıları dindirmek için aktif olarak bir kimsenin öldürülmesine hukuken izin verilmemiştir. Ancak, istisnai durumlarda aktif bir öldürme de hukuka uygun olarak kabul edilebilmelidir. Örneğin, bir yol kenarında yanan bir araçta sürücünün kendisini kurtaramadığını ve sizden kendisini yanarak ölmekten kurtarmanızı istediğini düşünün. Kanaatimce, korunması gereken hukuki bir menfaat olan ağır ağrılardan kurtulma hakkı geriye kalan ağırlı ve kısa bir ömürden daha üstün değerlendirilebilir, yani burada daha değersiz bir menfaat lehine değerli bir menfaat kurtarılır.

Bu arada madde 212 kişinin kendisini öldürmesi durumunu kapsamaz. 212'nci maddenin unsurlarında *bir başkasının* öldürülmesi aranmaktadır.

Bu aşamada kavramsal bir açıklama yapmam gerekiyor. Kendini öldürme Almanya'da alışılmış bir kavramla „intihar“ (Kendine karşı *nitelikli öldürme*) olarak ifade edilmişti ve hala da sıkça bu kavram kullanılıyor. Bunun sebebi önceden öldürmenin „nitelikli adam öldürme“ ifadesiyle bağdaştırılmasıydı. Ancak, 1941 yılında „nitelikli öldürmenin“ psikolojik bir şekilde tanımlanmasından vazgeçilmiş ve etik bir tanımlama kabul edilmiştir. Bu etik tanımlamaya göre nitelikli öldürme, alçakça saik ile işlenen bir suçtur. Buna göre eskiden kullanılan „kendine karşı nitelikli öldürme suçu“ ifadesi uygun değildir ve „kendini öldürme“ şeklinde ifade edilmesi gerekir. Bayan Tellenbach'da Türk Ceza Kanunu'nun Almanca'ya tercümesinde „nitelikli öldürme“ ifadesini kullanmıştır. Ancak, Türkçe metnin bu tercüme gerektirmediğini bilemiyorum.

Kendini öldürme, yani intihar, Alman hukukunda cezalandırabilir olmadığı için, bu suça azmettiren veya yardım eden de şerik olarak cezalandırılmıyor. Bu da, dayanılmaz ağrılar sebebiyle ölmek isteyen hastalara yardım etme imkanını tanımaktadır.

Bir olaya göre, 1984 yılında Münih'li bir hekim olan Profesör Hackenthal'ın yüzü bir cilt tümörü sebebiyle büyük ölçüde zarar görmüş olan bir bayan hastası vardı. Kadının dayanılmaz ağrıları vardı ve yüzü büyük ölçüde zarar görmüş olduğu için ağrı kesiciler de etkili olmuyordu. Hackenthal hastasına kiyanus asidi bulunan bir bardak verip ve kendisiyle, artık neredeyse yutkunamadığı için, yutkunma egzersizleri yapmıştır. Bu aşamaları bir kamera ile kayda alıp odadan ayrılmıştır. Kısa bir süre sonra kadın zehirlenip ölmüş. Savcılık öldürme suçu sebebiyle dava açmıştır. Yüksek Eyalet Mahkemesi de 1987 yılında davayı reddetmiştir.

Alman hükümeti titiz bir ayırım yapılmasını zorunlu kılıyor. Hekimin hastaya iğneyi tutması ancak enjekte etme kısmını hastaya bırakması hali suç olarak değerlendirilmeyen yardım olarak değerlendirilmektedir.

Bu şekilde, bir adam psikiyatri alanında uzman doktor olan hasta (vom Verstarkungstod bedroht) amcasına ölümcül bir enjeksiyon hazırlamıştır. Amcası iğneyi kendisi enjekte etmiştir. Hemen ölmediği için yeğeni ikinci bir iğne yapmıştır. Ve bu ikinci enjeksiyon için cezalandırılmıştır. Ancak, sonradan ilk

enjeksiyonun ölümcül olup olmadığı tespit edilemediği için sadece öldürmeye teşebbüsten ceza almıştır.

Somut olaylarda ayırım yapması güç olsa da, Alman hukukundaki düzenleme isabetli gözüküyor: kendi hayatını sonlandırmak isteyen kişi bunu kendisi yapsın, başkasını yetkilendirmesin.

Bilidniği üzere Türk hukuku daha farklıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesine göre başkasını intihara azmettiren veya yardım edene 2 ila 5 yıl hapis cezası hükmolunur ve hatta intiharın gerçekleşmesi durumunda ise ceza 4 ila 10 yıldır. Ancak, Türk hukukunda da sorunlar mevcuttur. Cezalandırılmayan bir davranışa azmettirme nasıl cezalandırılabilir? Herhalde Türk hukuku, intihar edene, intihara iştirak edenler için tanımadığı, bir özür kabul etmiş.

Ancak, Alman hukukunda da intihar edenin iradesi hür değilse, yani zorlanırsa veya iradesi depresyon hastalığı sebebiyle oluşmuşsa, artık intihara azmettirmeden değil, başkasını öldürme suçunda dolaylı faillikten bahsedilir. Doktrinde yaygın bir görüş bunu büyük ölçüde kabul etmektedir. Benim kanaatimce bunun nedeni intiharın eskiden etik olarak kınanmasından kaynaklanıyor.

Bir süredir İsviçre'de örgütler kurulmuştur. Hukuki durumun zorluğu nedeniyle bu örgütler, kısmen otobanlarda dinlenme tesislerinde ölmek isteyenlere intihar eylemini organize ediyorlar. (Dignitas und Exit). Bu tür örgütler, güzel bir ortam hazırlayarak ölüm korkusunun üstesinden geldikleri için, tehlikelidirler. Aynı zamanda bunları suçlu olarak değerlendirmekte zordur. Alman kanun koyucu uzun süredir bu tür örgütlere ilişkin düzenlemeler yapmaya hazırlanıyor. Ancak, artık ticari bir faaliyeti yeterli görmeyip, bu faaliyetin meslek olarak, yani bir gelir elde etmeye yönelik olması gerektiği şartını arıyor.

## **2. Karar vermeye yetkili kişilere karşı davranış**

Hayatı koruma yükümlülüğü hayatın sonlanmasına kadar geçerlidir. Ancak, hekim, hayatı, ömrü uzatan veya maddeler kullanarak hastasının ömrünü kısa süreliğine uzatmakla yükümlü olmamalıdır.

Öte yandan, yeni hukuki gelişmeler kapsamında, hekimin hastanın rızası dışında, kurtarma tedbirleri alamayacağı da anlaşılmıştır. Çünkü bir çok tıbbi tedavi, özellikle tıbbi aletlerin kullanılması ve ilaç verilmesi halleri, vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eder ve bu sebepten hastanın rızasını gerektirir.

Fakat, burada en çok rastlanan sorun, ölümcül hastanın bilincinde olmaması ya da irade beyan edememesi durumudur. 20 yıl önce Kempten şehrinde gerçekleşen ve „Kempten Olayı“ diye de bilinen bir olay büyük sansasyon yaratmıştı. Bu olayda, 70 yaşındaki bir kadında gelişmiş bir beyinsel psiko sendromu ve alzheimer şüphesi bulunan demans hastalığı vardı. Kalbinin durması ve ardından tekrar hayata döndürülmesi sebebiyle kalıcı beyinsel hasarlar oluşmuştu. Yutma yetetengi olmadığı için sonda ile suni besleniyordu. Bu öncelikle bir burun sondası ile yapılıyordu. Ancak, bu yöntem de komplikasyonlara yol açınca, bir mide sondası aracılığıyla beslenme doğrudan cilde verilerek yapılmaya başlanmıştı. Kadın irade beyan edemiyordu, yürüyemiyordu, yutamıyordu, görsel ve işitsel uyarılara ve dokunmalara sadece mimikleri ile ve hırıldayarak tepki verebiliyordu. Eklemlerinde ağır kontraksiyonlar (kasılmalar) vardı; çarpık elleriyle çıktığı fotoğrafı o zamanlar bir çok resimli Alman gazetelerinde yer almıştır. Bu durumun iki buçuk yıl devam etmesinden sonra, doktor kadının oğluna sondalar ile beslemeyi kesip sadece çay verilmesini tavsiye etti. Oğlu bu tavsiyeyi kabul etmiştir. Annesi 8, 10 yıl önce televizyonda eklemleri kasılmış, bakıma muhtaç bir hasta gördüğünde, böyle yaşamak istemeyeceğini belirtmiş. Bu sebepten doktor ve oğlu beslenmenin kesilmesi ve sadece çay verilmesi konusunda talimat vermişlerdir. Ancak, bakım personeli bu talimata uymamıştır ve durumu Vesayet Mahkemesine bildirmiştir. Bunun üzerine Vesayet Mahkemesi beslenmenin kesilmesine izin vermemiştir. Kadın iki ay sonra akciğer ödemi sebebiyle ölmüştür. Doktor ve kadının oğluna karşı öldürmeye teşebbüsten dava açılmıştır ve bunlara yargılandıkları Eyalet Mahkemesi tarafından sadece adli para cezasına hükmolunmuştur. İki hükümlü de Federal Mahkemesine temyize gitmişlerdir. Federal Mahkeme „ölme yardımı“nın söz konusu olmadığını ve ölme sürecinin henüz başlamamış olduğunu tespit etmiştir. Bunun için gerçek veya olası rızanın tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. „Doktor tedavisi“ söz konusu olduğu için Vesayet Mahkemesi'nin rızasının bulunması gerektiği belirtilmiştir (BGH 40,257). Bu çok tartışılan bir yorumdu. Çünkü kişinin ölmesi için beslenmenin kesilmesi güçlükle „doktor tedavisi“ olarak kabul edilebilir. Sonra dava Kempten Eyalet Mahkemesine geri gönderilmiştir. Eyalet Mahkemesi de sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir.

Bu olay sebebiyle 2009 yılında Medeni Kanun değiştirilmiştir ve „Hasta İrade Beyanı“ diye adlandırılan bir düzenleme getirilmiştir (Medeni Kanun m. 1901a). Bu beyanla kişi, bilinçli bir şekilde karar vermekten yoksun olması olasılığı için, ağır hastalıklarda tıbbi tedavi istemediğini belirleyebilecektir.

Hemen bir yıl sonra çok problemlili ve karmaşık bir olay daha gerçekleşmiştir. Bu olayda bir kadın irade beyanı açıklayamama olasılığı için ömrünü uzatacak tedbirler alınmasını reddetmişti. Beş yıl boyunca uyanık bir koma halinde bulunmuş olduktan sonra, vasileri olan çocukları suni beslenmenin kesilmesini istemişlerdir. Yurt yönetimi bunu katı bir şekilde reddedince, çocukları palyatif (yaşam kalitesini artırmayı hedefleyen) tıpta uzmanlaşmış bir avukata danışmışlardır. Avukatları da suni beslenmeyi sağlayan hortumu gizlice çekmelerini önermiştir. Ancak bakım personeli durumu anlayıp yeni bir sondanın takılmasını sağlamışlardır. Bunun üzerine avukata karşı öldürmeye teşebbüsten dava açılmıştır ve Fulda Eyalet Mahkemesi tarafından dokuz ay hapis cezasına hükmedilmiştir.

Burada da görüldüğü gibi, hiç bir profesör gerçek hayatta yaşanan olaylar kadar ilginç ve karmaşık olaylar bulamaz. Sadece faillik ve şeriklik konusu bile karmaşık. Avukat, sadece bir öneride bulunmuştur ve görünüşte sadece azmettirendir. Ancak, verdiği hukuki bilgi ile bu bilginin hukuki boyutu hakkında bilgi sahibi olmayan çocuklara hakim olmuştur ve bu sebepten dolayı faildir.

Bunun yanı sıra, öncelikle meşru müdafanın söz konusu olduğu düşünülebilir, kadının kendi kaderini belirleme hakkının ve vücut bütünlüğünün kendi başına hareket eden yurt personeline karşı savunulması öne sürülebilir. Burada da ufak bir problem vardır: Kadının kendisi meşru müdafaa da bulunamaz. Ancak meşru müdafaa bir başkası lehine de mümkündür, bu da meşru müdafaya yardımdır. Ancak, Federal Mahkeme bunu kendi kaderini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğüne gerçekleşen saldırının söz konusu kişinin yaşam hakkına müdahale edilerek hukuka uygun hale gelmeyeceği gerekçesi ile reddetmiştir (BGH 55,191). Federal Yargıtay hukuka uygunluk sebebi olarak Anayasa'nın 1'inci maddesinde tanınmış olan kendi kaderini belirleme hakkına dayanan rıza sebebiyle bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olduğunu kabul etmiştir.

Bunun yanı sıra Federal Yargıtay, sanığın davranışının aktif bir davranış mı yoksa ihmal ile mi gerçekleştiği sorusunu da yorumlamıştır. Ötonazide aktif bir davranışa, ihmale göre daha az izin verilmiştir. Bu problem de söz konusu

olaydaki gibi şüphelidir. Öte yandan, hortumun kesilmesi şüphesiz aktif bir davranıştır. Ancak diğer yandan da bu davranış ile aslında suni beslenme sonlandırılıyor. Bu sebepten Federal Mahkeme bu zor ayırımın yapılmasından vazgeçmiş ve bunun yerine kapsamlı bir şekilde „tedavinin sonlandırılması“ ifadesini oluşturmuştur.

Bu olayda da „Kempton Olayı“ndaki gibi personel ve hastane yönetimi ilgilinin hayat uzatan tedavisinin sonlandırılmasına ilişkin isteğini dikkate almamış olmaları dikkat çekicidir.

### **3. Bir başkası hakkında ötonazi yapılmasına müdahale edilmemesi**

Yukarıda da ifade edildiği üzere içtihatlar ve doktrin, bir insanın ötonazi isteğinin kabul edilmesi konusunda zorlanıyorlar. Bu durum özellikle, ilgilinin ötonazi eylemini gerçekleştirmiş olması ve ölmeden başkaları tarafından bulunması durumunda zordur. Federal Yargıtay önceden ölümün gerçekleşmesini engellemeyen yakınları ihmal ile öldürme suçundan yargılıyordu (BGH 2, 150). Ancak, Federal Yargıtay daha 1983 yılında çok tartışılan bir karar vermiştir. Dul bir kadın olan U kalp koroner damarlarının yüksek oranda kireçlenmesi nedeniyle yürümekte zorlanıyordu. Kendisinin Peterle diye hitab ettiği eşi 1981 yılında ölünce, yaşamanın bir anlamı kalmadığını düşünmeye başladı. Aile hekimi ve üçüncü kişilere karşı sık sık ölme arzusundan bahsediyordu. Ötonazi konusunu araştırıp bu konu hakkında kitaplar okumuştur. Aciz bir duruma düşüp hastaneye veya bakım evine yatırılmak istemiyordu. Aile hekimi ötonazi düşüncelerinden vazgeçmesi için çok uğraşmıştı, ancak başarısız olmuştu. Kadın „irade beyanı“ başlıklı yazısında „Bilincimin tamamen yerindedir. Doktorumdan hastane veya bakım evine yatırılmamayı, yoğun bakıma alınmamayı ve hayat uzatıcı ilaçlar verilmemesini istiyorum“. Aile hekimi bir gün kadını ziyaret etmek istediğinde, kadın kapıyı açmamıştı. Doktor, bir komşunun verdiği ikinci bir anahtarla eve girdiğinde, kadının koltukta baygın yattığını görmüş. Ellerin içinde bir kağıt bulmuş. Kağıdın üzerinde „Doktoruma, lütfen hastaneye götürmeyin, kurtuluş, 28 Kasım“ ve bir diğer kağıtta da „Peterleme gitmek istiyorum“ (bu ölen eşi idi) yazıyormuş. Doktor kadının aşırı dozda morfin ve uyku ilacı aldığını ve bu sebepten kadının kurtarılması halinde kalıcı ağır zararların oluşacağını anlamış ve bu sebepten hayat kurtarıcı müdahalelerde bulunmamıştır.

Doktor beraat etti, ancak, savcılık istinaf başvurusunda bulunmuştur. Federal Yargıtay beraat kararını onamıştır. Gerekçe olarakta bu istisnai durumda, kadının hayata döndürülmesi halinde giderilmesi imkansız olan kalıcı zararların meydana geleceği durumunun, doktorun yardım etme yükümlülüğünün önüne geçtiği sebebiyle onamıştır (BGH 32,367). Kanaatimce kadının yazısı hasta irade beyanı olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu yasal düzenleme karar tarihinde henüz yoktu.

İctihatlar artık ciddi bir ötonazi isteğini isabetli bir şekilde dikkate alıyor. Sağ topuğunda ağır kan dolaşımı ve hücre ölümü rahatsızlığı bulunan bir kadın, cerrahi müdahalelerden korktuğu için, hastanede yatılı tedaviyi reddetmiştir. Ancak, doktorunun ısrarı üzerine hastaneye yatan kadına, doktorlar sağ bacağına kesilebileceğini açıklamışlardır. Odasında, bir bacağı kesilen ve diğer bacağı da kesilecek olan bir hasta daha yatıyordu. Bunu gören kadın doktor tavsiyesinin aksine hastaneden çıkıp gece ağır bir uyku ilacından 35 hap almıştır. Bu olayda da doktor önce ihmal ile öldürme suçundan yargılanıp sonra Federal Yargıtay kararı ile beraat etmiştir (NStZ 88, 127).

### **III. Sonuç**

Almanya'da ötonazinin hukuken değerlendirilmesi konusunda kanun koyucu ve içtihatlar gün geçtikçe kişinin kendi kaderini belirleme hakkını özellikle de hayatına ilişkin daha fazla kabul etmeye başlamışlardır. Fakat, intihar hala bazı insanlar tarafından reddediliyor ve tabu olarak değerlendiriliyor. Bu insancıl bir yaklaşımdan kaynaklanıyor olabilir. Ancak, gördüğümüz üzere bazı olaylarda da hastaneler hastalarından vazgeçmemişlerdir.