Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER*

YAŞAM HAKKININ VAZGEÇİLMEZLİĞİ VE ÖTANAZİ

THE INALIENABLE RIGHT TO LIFE AND EUTHANASIA

ÖZET

Bu çalışmanın temel amacı yaşam hakkının vazgeçilmezliğine dair farklı düşüncelerden yola çıkılarak, ötanazinin yaşam hakkı ya da diğer haklar kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine yanıt aramaktır. Yaşam hakkı diğer hakların kullanılabilmesinin koşuludur. Doğal hukuk doktriniyle birlikte yaşam hakkının vazgeçilmezliği ortaya konmuştur ve bu anlayışın yansıması halen bazı hukuk metinlerinde yer almakta; vazgeçilmezlik, doktrinde savunulmaya devam etmektedir. Onurlu bir biçimde ölme hakkı çerçevesinde ötanazi olgusunun karşımıza çıkmasıyla birlikte yaşam hakkının vazgeçilmezliği görüşü esnetilmekte ya da vazgeçilebilirliği savunulmaktadır. Bu bağlamda ötanazi -farklı türleri dikkati alınarak- özel yaşam üzerinde hak, özerklik hakkı veya yaşam hakkı kapsamında görülebilmektedir. Çalışmamızda bu konudaki farklı görüşlere ve mahkeme kararlarına yer verilmesinin ardından Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan yaşam hakkı ve diğer temel haklar çerçevesinde Türk Hukukunda ötanaziye ilişkin durumu değerlendirdik. Türk Hukuku açısından ötanazinin yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ancak belirli koşullarda farklı temel haklar kapsamında kabul edilebileceği kanaatine vardık. Bununla birlikte ötanaziye ilişkin düzenlemeler için yaşam hakkı sınır oluşturacak ya da ötanaziyi kapsayan hak ile yaşam hakkı birlikte değerlendirilerek dengelenecektir. .

Anahtar Kelimeler: Yaşam hakkı, ötanazi, vazgeçilemez haklar, ölme hakkı.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to seek answers to whether euthanasia (the right to die) can be considered within the scope of the right to life or other rights. The right to life is a requirement for the enjoyment of other rights. With the natural law doctrine, the inalienability of the right to life has been revealed and the reflection of this understanding still takes place in some legal texts; inalienability continues to be defended in the doctrine. With the emergence of the phenomenon of euthanasia, the view of the inalienability of the right to life is stretched or its alienability is defended. In this context, euthanasia can be seen within the scope of the right to private life, the right to autonomy or the right to life. In our study, after examining this issue in the light of doctrine and Court decisions, we evaluated the situation regarding euthanasia in Turkish Law within the framework of the right to life and other fundamental rights in the Constitution of the Republic of Turkey. We have come to the conclusion that it is not possible to evaluate euthanasia within the scope of the right to life in terms of Turkish Law, but it can be considered within the scope of different fundamental rights under certain conditions. However, the right to life will create a limit for the regulations regarding euthanasia, or the euthanasia will be evaluated and balanced together with the right to life..

Keywords: Right to life, euthanasia, inalienable rights, right to die.

Araştırma Makalesi
Makale Geliş Tarihi: 10.05.2022 **Kabul Tarihi:** 26.08.2022
* **ORCID ID:** https://orcid.org/0000-0002-1944-1186
Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
tijen.sezer@deu.edu.tr,

GİRİŞ

Günümüzde ötanazi uygulaması -bir diğer deyişle ölme hakkı- açık bir şekilde herhangi bir Anayasada ya da uluslararası insan hakları sözleşmesinde temel hak olarak garanti edilmemektedir. Ötanazi, bir insan hakkının/temel hakkın kapsamında değerlendirilebilir mi? Ya da onurlu bir biçimde ölme hakkının bağımsız bir insan hakkı olduğu ileri sürülebilir mi? Ötanazi dediğimiz zaman öncelikle akla gelen insan hakkı hiç kuşkusuz yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı doğal hukuk doktrininin ortaya koyduğu en temel insan hakkıdır ve doktrinin ortaya konduğu 17.-18. yüzyıllardan bu yana insan haklarının yanı sıra yaşam hakkının da vazgeçilmezliği ileri sürülmüştür. Günümüzde de insan haklarının vazgeçilmezliği gerek bazı uluslararası insan hakları belgelerinde gerek 1982 Anayasası'nda yer almaktadır. Yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin mutlak olduğu kabul edildiğinde, ötanazinin herhangi bir türünün yaşam hakkı kapsamında kabul edilememesi bir yana, bir başka hak kapsamında değerlendirildiğinde yaşam hakkıyla bağdaşması mümkün görünmemektedir. Çalışmamızda, öncelikle insan haklarından vazgeçme ve özelde yaşam hakkından vazgeçme konusundaki görüşlere yer verilerek, vazgeçmenin ne anlama geldiği ortaya konmaya çalışılmıştır. Ardından ötanazi kavramının anlamı ve türleri kapsamında, ötanazinin bir insan hakkının/temel hakkın kapsamına girip girmeyeceği ya da ölme hakkının müstakil bir hak kabul edilip edilemeyeceği doktrin ve yargı kararları ışığında tartışılmıştır. Son olarak Türk Hukuku açısından ötanazinin herhangi bir türünün Anayasamızda yer alan temel haklar kapsamında kabul edilip edilemeyeceği ve sınırı yaşam hakkı ışığında değerlendirilmiş ve sonuçlara varılmıştır.

I. YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇME SORUNU

İnsanların doğuştan, devredilmez, vazgeçilmez insan haklarına sahip oldukları düşüncesi 17. ve 18. yüzyıllarda doğal hukuk düşüncesi içinde ortaya konmuştur.[1] Doğal hukuk düşüncesi içinde bazı yazarlar savlarını kanıtlamak için "tabiat hali" ve "toplum sözleşmesi" şeklinde

[1] Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi,* (Temel Hak), Ankara-2022, s. 77.

iki temel faraziyeye dayanmışlardı.[2] Bu akımın başlıca temsilcisi olan John Locke'a göre, "tabiat hali"nde yaşayan insanlar birtakım haklara sahiptiler ve bu hakların en başında hayat, hürriyet ve mülkiyet hakları gelmekteydi; ayrıca cezalandırma hakkına da sahiptiler. Ancak tabii kanunların uygulanmasında karışıklıklar çıkmasından dolayı bir toplum sözleşmesi ile üstün bir otorite -devlet- kuruldu ve bu otoriteye tabiat halinde sahip olunan haklardan "cezalandırma hakkı" devredildi. Devlet öncesinde sahip olunan hakların en esaslı olanları ise devlete devredilmedi. Bu bağlamda, devlet her daim, kendisinden önce var olan, kendisi tarafından bağışlanmamış olan tabii haklarla bağlıdır, onlara saygı göstermek zorundadır ve bu hakları ortadan kaldıramaz. Devletin oluşturulmasındaki temel amaç, devlet öncesinde insanların sahip oldukları hakların korunmasıdır.[3] Doğal hukuktan kaynaklanan bu görüşler ışığında, insan hakları doğuştan kazanıldığı ve insan kişiliğine doğrudan bağlı olduğu için bu haklara ilişkin devredilemezlik ve vazgeçilemezlik özellikleri ortaya konmuştur.[4]

Doğal hukuktan kaynaklanan insan hakları düşüncesi Amerikan ve Fransız insan hakları bildirilerine doğrudan etki etmiştir. Bu bildiriler herkesin doğuştan, devredilmez ve vazgeçilmez insan haklarına sahip olduklarını teyit etmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi[5] de doğal hukuktan kaynaklanan vazgeçilmez haklar görüşüne yer vermektedir.[6]
Bugün insan haklarının temellendirilmesinde doğal hukuktan kaynak-

2 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri,* Ankara-1993, s. 141.

3 Kapani, s. 31, 32; Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul-2003, s. 54, 55.

4 Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,* Ankara- 2010, s. 42; Halil Kalabalık, İnsan *Hakları Hukuku*, Ankara-2017, s. 41.

5 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Genel Kurulunda 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ve ilan edilmiştir.

6 Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde geçen kavram "unalienability" iken daha sonra "inalienability" ifadesi kullanılmıştır. Her ikisi de vazgeçilmezlik/devredilmezlik anlamını taşımaktadır. İnsan hakları belgeleri hem vazgeçilmezlik hem devredilmezliği içermek üzere tek bir kavrama (inalienability) yer vermektedirler. 1982 Anayasası ise bilindiği gibi, 12. maddesi ile (kanaatimce anlamı tam karşılamak üzere) hem vazgeçilmezlik hem de devredilmezlik ifadesine yer vermektedir. "Inalinenability" kavramının vazgeçilmezlik ve devredilmezlik anlamını taşıdığı konusunda bkz. Akıllıoğlu, s. 42 vd.

lanan görüş dışında farklı fikirler de kabul edilmekle[7] birlikte, halen pek çok anayasada bu görüşün izlerine rastlanmakta, özellikle insan haklarının vazgeçilmezliğine gönderme yapılmaktadır. Bir diğer deyişle, insan haklarının kaynağı konusunda artık doğal hukuk görüşü eski önemini yitirmiş olsa bile, insan haklarının ve bu bağlamda yaşam hakkının vazgeçilmezliği konusunda temel düşünce ve tartışma varlığını sürdürmektedir.

Günümüzde her ne kadar insan haklarının kaynağının pozitif hukuk olduğu yolunda görüş ağırlık kazansa da "herkesin kişiliğine bağlı, doğuştan, devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu" söylemi etkisini devam ettirmektedir.[8] Bu söylem, iktidarların pozitif hukukla da olsa, insan haklarını ortadan kaldıramayacağı düşüncesine yapılan bir vurgu niteliğini taşımaktadır. Pozitif hukukla temellendirilse de halen insan haklarının kutsal, doğuştan, devredilmez ve vazgeçilmez olduğunun belirtilmesi, bu hakların daha güçlü bir şekilde korunması için etkili bir ifade şekli olarak da değerlendirilebilir.[9] Bir şekilde mistisize edilerek, insan haklarının daha güçlü/kalıcı kılındığını, ahlaki ve felsefi temellere dayandırılarak çoğunluğun uzlaşısının sağlandığını görmekteyiz.[10]

7 Kuşkusuz doğal haklar öğretisine yönelik en önemli eleştiri pozitivist hukuka bağlı hukukçular tarafından yapılmıştır. Bu akımın savunucularına göre, toplumdan önce, toplu yaşama dışında bir hak düşünülemez. Kişisel hakları da kamu özgürlüklerini de toplumun ortaya koyduğu kurallar yaratır. Haklar ve özgürlükler, ancak yasaların ortaya koyduğu ölçüde vardır. İlhan Akın, *Kamu Hukuku, Devlet Doktrinleri, Temel Hak ve Özgürlükler,* Ankara-1980, s. 380.

8 Akın, s. 383.

9 Çalışmamızda "insan hakları" ve "temel hak" kavramlarına yer verilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, insan haklarının kaynağına ve temellerine yönelik farklı görüş ve anlayışlar bulunmaktadır. Çalışmamızda yer alan "insan hakları" kavramı, pozitif hukuktan bağımsız olarak Anayasalar ya da uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınsın ya da alınmasın, salt insan olmak sıfatıyla sahip olunan, herkesin insan onuruna uygun yaşamasını sağlayan haklar bütününe ve bir ideale işaret etmektedir. "Temel hak" veya "temel hak ve özgürlük" ise Anayasalar veya uluslararası sözleşmeler tarafından garanti edilen insan haklarını ifade etmektedir. Bu bağlamda belirli insan hakları pozitif hukuk tarafından temel hak olarak garanti edilmiş olmakla birlikte, henüz ileri sürülme aşamasında olan ve temel hak niteliği kazanmamış insan hakları da bulunmaktadır. Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, İstanbul-2014, s. 481; Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,* Ankara-2004; Kapani, s. 14; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa-2020, (Avrupa), s. 94 vd; Aydan Surlu, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2010, S. 87, s. 150.

10 Uygun, s. 492, 493.

Gerek insan hakları düşüncesinde gerekse pozitif hukuk metinlerindeki haklar içinde en başta sayılan yaşam hakkına ilişkin olarak da bu hakkın vazgeçilmezliği pek çok yazar ve düşünür tarafından savunulmaya devam etmektedir.

Çalışmamızda bu bağlamda ilk olarak insan haklarının ve yaşam hakkının vazgeçilmezliğine yer veren başlıca hukuk metinleri belirtilecek, insan haklarının vazgeçilmezliğine ilişkin görüşler ile vazgeçilmezliğin ne anlama geldiği ortaya konmaya çalışılacak ve ardından spesifik olarak yaşam hakkının vazgeçilmezliğine ilişkin görüşler ele alınacaktır.

A. İnsan Haklarının ve Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliğine Yer Veren Hukuksal Metinler

Gerek Amerikan kurucu babaları gerekse Fransız Devrimi'ni yapanlar doğal hukuktan kaynaklanan insan hakları düşüncesini benimsemişlerdir ve vazgeçilmez insan hakları düşüncesi Amerikan insan hakları belgeleri ile Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'ne yansıtılmıştır. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde *"kişilerin vazgeçilmez/devredilmez (unalienable) hakları olduğu ve bunların arasında yaşam özgürlük ve mutluluğu elde etmenin bulunduğu"* belirtilmektedir. 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi'nin 1. maddesi "*bütün insanlar (…) topluluk haline geçtikleri zaman hiçbir sözleşme ile gelecek nesiller adına vazgeçemeyecekleri ve onları yoksun bırakamayacakları, yaratılıştan bir takım haklara sahiptir; bunlar başlıca hayat ve hürriyetten yararlanma, mülkiyet (…) haklarıdır.*" hükmünü içermektedir. 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin başlangıcında "*insanların doğal, vazgeçilmez/devredilmez (unalienable) kutsal haklarının önemi*"ne yer verilmektedir. 2. madde uyarınca "*Her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır.*"

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin başlangıç bölümünde, "insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve onların eşit ve vazgeçilmez (inalienable) haklarının tanınmasının dünyada öz-

gürlük, adalet ve barışın temeli olmasına" ifadesine yer verilmektedir. 1. maddede ise, "*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar"* hükmü bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin başlangıç kısımlarında *"(…) insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve vazgeçilmez (inalienable) haklarını tanımanın, yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu dikkate alınarak"* ifadelerine yer verilmiş; Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan *"Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir*" hükmü ile doğal hukuk düşüncesine gönderme yapılmıştır. Yaşam hakkı, Sözleşme'de "doğuştan" kazanıldığı belirtilen tek haktır.[11]

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 12. maddesinde "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"* hükmü bulunmaktadır. İnsan haklarının vazgeçilmezliği/devredilmezliği (inalienable rights) pek çok anayasada düzenlenmektedir: Arnavutluk Anayasası'nın 15., Alman Anayasası'nın 1., Azerbaycan Anayasası'nın 24., Bulgaristan Anayasası'nın 57., Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 1., Ekvator Anayasası'nın 11., Etiyopya Anayasası'nın11., Gabon Anayasası'nın 1., Macaristan Anayasası'nın 1., Kazakistan Anayasası'nın 12., Kosova Anayasası'nın 21., Kırgızistan Anayasası'nın 16., Liberya Anayasası'nın 11., Rusya Federasyonu Anayasası'nın 17., Senegal Anayasası'nın 7., Sırbistan Anayasası'nın 3., Slovakya Anayasası'nın 12., Ukrayna Anayasası'nın 21. maddelerinde insan haklarının vazgeçilmezliği farklı ifadelerle yer almaktadır. Belize ve Seyşeller anayasalarının başlangıç bölümünde insan haklarının vazgeçilmezliği düzenlenmektedir. Haiti Anayasası'nın başlangıç bölümünde yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama hakkının vazgeçilmezliği, Saint Lucia Anayasası'nın başlangıcında hakların ve insan onurunun vazgeçilmezliği, Andora Anayasası'nın 4. ve Polonya Anayasası'nın 30.

11 Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 26; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Germany-2005, s. 122.

maddelerinde insan onurunun vazgeçilmezliği kayıt altına alınmaktadır.[12]

Ayrıca Liberya Anayasası'nın 11., Etiyopya Anayasası'nın 14., Ukrayna Anayasası'nın 27., Kırgızistan Anayasası'nın 21., Kuzey Makedonya Anayasası'nın 10. ve Özbekistan Anayasası'nın 24. maddesinde *yaşam hakkının* vazgeçilmezliği açıkça garanti edilmektedir.[13]

B. İnsan Haklarının Vazgeçilmezliğinin Anlamı ve İnsan Haklarının Vazgeçilmezliğine İlişkin Farklı Görüşler

İnsan haklarından vazgeçilememesi ne anlama gelmektedir? Anayasa ve uluslararası metinlerde geçen bu genel ifade söz konusu olduğunda, insan hakkına sahip olan bireyin bu hak sahipliği üzerinde tasarruf edip edemeyeceği ya da ne derece tasarruf edebileceği önem taşımaktadır.

Vazgeçilemez hak, hak sahibi tarafından kesinlikle feragat ve transfer edilemeyen hak anlamına gelmektedir.[14] Günümüzde, bir doğal hakka, vazgeçilmezlik niteliği vermek bir sosyal politika olarak da değerlendirilebilir. Bu bağlamda vazgeçilmez nitelik taşıyan haklara yapılan müdahalelerin meşruiyet kazanması farklılaşmaktadır.[15]

Savcı'ya göre, "*Kişi olmaya son vermedikçe, insan bu hak ve özgürlüklerini kendisi bile feda edemez. Bunlardan kendisi bile vazgeçemez. Kendisi istese bile buna ne kendisi ne de başkası dokunamaz*".[16] Akıllıoğlu'na göre,

12 https://www.constituteproject.org/constitutions?key=inalrght&lang=en, 30.04.2022 Söz konusu Anayasaların İngilizce metinleri esas alınmıştır. Yukarıda yer alan Anayasalar ve ilgili maddelere, bu dipnotta yer alan web sitesinde yapılan taramada, "inalienable rights"/"inalienable" anahtar kelimeleriyle ulaşılmıştır.

13 https://www.constituteproject.org/constitutions?key=inalrght&lang=en, 30.04.2022. Yukarıda yer alan Anayasalar ve ilgili maddelere, bu dipnotta yer alan web sitesinde yapılan taramada, "inalienable rights"/"inalienable" anahtar kelimeleriyle ulaşılmıştır.

14 Terrance McConnell, "The Nature and Basis of Inalienable Rights", *Law and Philosopy*, April- 1984, s. 25.

15 McConnell, s. 59.

16 Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı, Felsefi Açıdan Pratiğe Doğru,* Ankara-1980, s.11.

doğal hukuktan kaynaklanan insan haklarının vazgeçilmezliği ilkesi uyarınca, kişi hakları bağlamındaki temel haklardan vazgeçme yasağı mutlak nitelik taşır.[17] Erdoğan'a göre, *"insan haklarının vazgeçilmez veya devredilmez olduğunu iddia etmek onlardan gönüllü olarak bile vazgeçilemeyeceğini ve onların sözleşmelerle ortadan kaldırılamayacağını iddia etmektir. Çünkü insan hakları doğrudan bizim kişiliğimize bağlıdır."* Bununla birlikte yazar, ötanaziyi hakların vazgeçilmezliğini ilgilendiren kafa karıştırıcı bir sorun olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, acılı ve ölümcül hastalarla ilgili birçok durumda hastanın hayatına son vermesinin hukuken imkânsız olması, onun haklarını ortadan kaldıracaktır. Kişinin yaşamına devam edip etmemesine izin vermek, onu tercihler yapabilen, rasyonel bir hukuk öznesi olarak görmek anlamına gelir; ancak ötanaziyi yasaklamak ve acının sürmesine neden olmak, belirli bir tür ahlak yasasının bireysel özerkliğe ve ona eşlik eden haklara üstün tutulduğu anlamını taşır.[18]

Gören, anayasalarda geçen felsefi ve şiirsel anlatımın temel haktan vazgeçmenin meşru olup olmadığı konusunda bir dayanak vermediğini, bu yüzden temel hakların fonksiyonu konusundaki genel görüşlere başvurmanın gerekli olduğunu belirtmektedir. Yazar söz konusu görüşleri şöyle sıralamaktadır: Klasik temel hak anlayışına göre, *"temel hak statülerinden vazgeçmek, özgürlüğün bir kullanım biçimi olarak görülebilir. Temel haktan vazgeçmek de bir temel hak kullanımıdır."* Bir diğer görüş uyarınca, *"temel haklar,* içinde tüm hukuk düzeninin değer yargısı niteliğini taşıyan ilke normları *olarak* görülür ve temel haklar vatandaşları korumaktan öteye giden içerikleri nedeniyle vazgeçilebilir değillerdir." Yazara göre, bireyin tasarruf yetkisi tümden bir vazgeçme anlamını taşıyacak kadar öteye gitmemeli ve vazgeçmenin belirgin bir şekilde anlaşılır ve serbest irade ile yapılması gereklidir. Ayrıca, eğer temel hak kişiliği serbestçe geliştirme özgürlüğüne hizmet ediyorsa vazgeçmenin meşru olduğu konusunda bir hipotez bulunmaktadır. Vazgeçmenin meşruluğunun değerlendirilmesi için; saldırının ağırlığı ve devamı, vazgeçme

17 Akıllıoğlu, s. 44.

18 Mustafa Erdoğan, İnsan *Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara-2007, s. 85, 86; Norman Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Erdoğan, Mustafa, Ankara-2003, s. 265, 266.

olanağının kötüye kullanılma tehlikesi ile serbestçe geri alınabilen bir vazgeçmenin söz konusu olup olmadığı hususlarının da dikkate alınması gereklidir.[19]

Feinberg, vazgeçilemez haklar söz konusu olduğunda haktan tümüyle vazgeçme ile geçici olarak vazgeçme arasında fark bulunduğunu ve geçici olarak haktan vazgeçilebileceğini belirtir. Örneğin fiziksel özgürlük hakkınızdan bir süre vazgeçebilir ve fakat tamamen elinizden alınmadığı için bu hakkı tekrar kullanabilirsiniz. Yaşam hakkı konusunda bu mümkün olmamakla birlikte; yazar, -aşağıda belirtileceği üzere- yaşam hakkı kapsamında yaşama son vermeye izin verilebileceği sonucuna varmıştır.[20]

Mc Connell'e göre, vazgeçilemeyen haklar söz konusu olduğunda, hak sahibinin izin vermiş olması, o hakka yapılan müdahaleyi başlı başına meşru kılmamaktadır. Müdahalenin meşru kılınması için iznin yanı sıra farklı unsurların da söz konusu olması gereklidir.[21] McConnell ayrıca, vazgeçilemez hakların kime ödevler yüklediğini, bu ödevlerin neler olduğunu ve kime karşı yerine getirileceğini sorgulamaktadır. Eğer vazgeçilemez haklarla kişinin kendisine ödev yükleniyor ise paternalist (babasal/koruyucu) tez[22] haklı çıkmaktadır. Bunun dışında ödev yüklenen

19 Gören, Temel Hak, s. 77-82.

20 Joel Feinberg, "Voluntary Euthanasia and Inalienable Right to Life", *The Tanner Lecture on Human Values* delivered at Michigan University, 01.04.1977, https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf, 30.12.2021, s. 246 vd- 255 vd.

21 McConnell, s. 31; Oysa ki, vazgeçmenin mümkün olduğu haklarda, salt izin verilmesi müdahaleyi meşru kılar.
Yazar vazgeçilemeyen haklar doktrinine ilişkin olarak, dar ve geniş olmak üzere iki farklı yorum bulunduğunu belirtmektedir. Birinci yorum uyarınca, vazgeçilemeyen hak söz konusu olduğunda hak sahibinin izin vermiş olması, hakka yapılan müdahaleyi başlı başına meşru kılmaz. Müdahalenin meşru olması için farklı koşulların devreye girmesi gerekir. Geniş yorum uyarınca ise, hak sahibinin izni hakka yapılan müdahaleyi meşru kılmak için ne gereklidir ne de yeterlidir. (Örneğin bilinci açık olmayan bir hasta için, ağır hastalıktan dolayı biyolojik ölüm kaçınılmaz ise, ailesinin izni ile pasif ötanazinin uygulanması gibi). Yazar, -özellikle yaşam hakkı söz konusu olduğunda- birinci yorumu benimsemektedir ve izin şartını mutlaka gerekli görmektedir.

22 Paternalist görüş uyarınca, yaşam hakkı emredici bir haktır; ölme hakkı bulunmamaktadır ve fakat sadece yaşamı sürdürme hakkı bulunmaktadır. "Yaşam hakkı" hak biçiminde formüle edilmiş de olsa temelde bir ödevdir. Söz konusu hak yerine getirilmeli ve asla kendisinden vazgeçilmelidir. Bu haktan vazgeçmek isteyen kişi, kendisi için neyin iyi olduğunu bilmeyen bir kimsedir. Bu bağlamda yaşam hakkı/ödevi, çocukların okula gitme ödevine ya da hükümlünün ceza çekme yükümlülüğüne benzetilebilir. Ayrıntılı bilgi konusunda bkz. Feinberg, s. 254. Bu yaklaşım, kişilerin ölüm kararının, kendileri için kötü bir karar olacağını ortaya koyar ve devletin koruyucu rol üstlenmesini, insanların kendi menfaatlerini koruyamadıkları zamanlarda onların menfaatlerini koruması gerektiğini savunur. İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 109.

diğer kişiler hak sahibine mi yoksa topluma karşı mı yükümlüdür sorusu da hak sahibinin talebini dikkate alan üçüncü kişiler açısından önem taşımaktadır.[23] Bu bağlamda yazar, vazgeçilemez hakların sahibine bir ödev yüklemediği, başkalarına ödev yüklediği sonucuna varmıştır. Ödev yükümlüsü olan üçüncü kişiler ise, salt hak sahibinin iznine/talebine dayanarak hakka müdahale etmemek ödevi ile yükümlüdür. Taleple birlikte, başka unsurların bulunması ise müdahaleyi meşru kılabilir.[24]

C. Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliği

1. Yaşam Hakkı ve Kapsamı

Yaşam hakkı, doğal hukuk düşüncesi içinde devlet öncesinde kişilerin sahip olduğu ileri sürülen hakların başta gelenidir. Bu düşünce sistemi içindeki insan hakları kataloğu -yaşam, hürriyet, mülkiyet, mutluluğu arama hakkı gibi hakları içerecek şekilde- son derece sınırlıydı. Yaşam hakkı gerek ilk insan hakları bildirileri ve anayasalarda gerekse günümüz anayasaları ile uluslararası sözleşmelerde en başta garanti edilen insan hakkıdır. Yaşam hakkı diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasının koşulu olduğundan, bazı yazarlarca, diğer insan haklarından hiyerarşik olarak da üstün görülebilmektedir.[25]

Yaşam hakkının öne sürülen temel özellikleri, hiyerarşik olarak diğer hakların üzerinde kabul edilebilirliği,[26] onların önkoşulu olması,

23 McConnell, s. 41.

24 McConnell, s. 56.

25 İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul-1998, s.154.

26 Her ne kadar yaşam hakkının hiyerarşik olarak diğer hakların üzerinde olduğu uzun yıllar genel olarak kabul görmüş olsa da özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin kabulünden itibaren tüm insan haklarının birbirlerini tamamladığına işaret eden insan haklarının bütünselliğine ilişkin anlayış ön plana çıkmaya başlamıştır. BM Genel Kurulu kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik ve sosyal hakları iki ayrı Sözleşme içinde garanti etme kararı alsa da eşzamanlı olarak insan haklarının bütünselliğine ilişkin karar almıştır. Akabinde Genel Kurul, insan haklarının bütünselliğine vurgu yapan farklı kararlar almıştır.(bkz. BM Genel Kurul Kararı 543(IV), 1952; BM Genel Kurul Kararı 41/181, 1986); 1969 yılında Uluslararası İnsan Hakları Konferansı sonucunda kabul edilen "Ekonomik Gelişme ve İnsan Hakları"na ilişkin Karar'da, 1969 tarihli Tahran Bildirisi'nde ve 1993 yılında 171 ülke temsilcilerinin katıldığı Dünya Konferansında kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda bütün insan haklarının bölünmezliği ilkesi teyit edilmiştir.

evrenselliği, insanları eşitleyici özelliği ve vazgeçilmezliği şeklinde karşımıza çıkmaktadır.[27]

Günümüzde insan haklarının dinamik bir kavram olduğu kabul edilmektedir. Bir yandan yeni insan hakları ileri sürülerek pozitif hukuk metinlerine geçirilmekte, diğer yandan hakların kapsamları doktrin ve yargı kararları ile daha geniş olarak yorumlanmaktadır. Yaşam hakkı ilk ortaya konuş biçimi ile ve negatif/pozitif/aktif statü hakları ayrımı uyarınca uzun yıllar salt dokunulmaması gereken bir hak olarak görülmüştür. Yaşam hakkı konusunda devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu olgusu 20. yüzyılın sonlarına doğru kabul edilmiştir.[28]

Bu bağlamda yaşam hakkının kapsamı konusunda üç temel görüş bulunmuştur. Birinci görüş yaşam hakkını salt öldürülmeme hakkı olarak yorumlarken, ikinci görüş uyarınca devletin salt öldürmeme yükümlülüğü dışında yaşam hakkının sağlanması konusunda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Üçüncü görüşü savunanlara göre, yaşam hakkının kapsamında, beslenme hakkı, sağlık hakkı, iyi bir çevrede yaşama hakkı, konut hakkı gibi yaşamı onurlu bir biçimde sürdürmek için gerekli olan haklar da bulunmaktadır.[29]

1990'lardan itibaren yargısal içtihat uyarınca yaşam hakkının salt öldürülememezlik hakkı olduğu anlayışı terkedilmiştir ve hukuksal metinlerde pozitif yükümlülüklere ilişkin düzenleme olmasa da; devletlerin yaşamı koruma, yaşam hakkı ihlallerini önleme, soruşturma yapma, cezalandırma ve tazmin etme yükümlülükleri olduğu anlayışı kademeli olarak kabul edilmiştir.[30] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat-

27 Tijen Dündar, *Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı,* Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Zafer Gören), İzmir-1998, s. 7 vd.

28 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaşam hakkı konusunda devletin pozitif yükümlülüklerini ortaya koyan ilk kararları için bkz. Dündar, s. 37 vd.

29 Ayrıntılı bilgi için bkz. Dündar, s. 3 vd.; Feinberg, s. 224.

30 BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin 2018 tarihli ve 36 no'lu Genel Yorumu Sözleşme'nin 6. maddesinde garanti edilen yaşam hakkına ilişkindir. Genel Yorum'da, yaşam hakkının kapsamının dar yorumlanmaması gerektiği belirtilerek, devletlerin pozitif önlemler alması gerektiği belirlenmiştir. p. 7, 21 vd; Bu konuda geniş bilgi için bkz. Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests,* Oxford-2010, s. 67 vd.

ları doğrultusunda devletlerin yaşamı koruma konusundaki yükümlülükleri bir sonuç değil bir araç ve imkân yükümlülüğüdür.[31] Yaşam hakkının kapsamı henüz üçüncü görüş doğrultusunda kabul edilmese de yargısal kararlarla gün geçtikçe yaşam hakkının -sağlık, çevre, konut haklarının farklı unsurlarını da içinde barındıracak şekilde- daha geniş yorumlandığını görmekteyiz.[32]

Yaşam hakkı -çoğu kez düşünülenin aksine- mutlak haklar arasında değildir.[33] Mutlak haklar (örneğin, işkence yasağı, kölelik yasağı) herhangi bir şekilde sınırlandırılamayan ya da müdahale edilemeyen haklardır. Yaşam hakkına ilişkin olarak ise uluslararası sözleşmeler ve anayasalarda -meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi durumlarında meydana gelen öldürme fiilleri ve hatta ölüm cezası gibi- sınırlar/istisnalar yer almaktadır.[34]

Yaşam hakkı açısından gelinen son noktada karşımıza çıkan durum, yaşam hakkının onurlu bir yaşam sürme bağlamında ölme hakkını içerip içermeyeceği ya da ötanazi ile yaşam hakkının bağdaşıp bağdaşmayacağıdır. Yaşam hakkının vazgeçilmezliği mutlak olarak kabul edildiğinde, bu hususların kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

2. Yaşam Hakkından Vazgeçilebilir mi?

İnsan haklarının vazgeçilmezliği söz konusu olduğunda, akla ilk gelen hak, doğal hak olarak ortaya konulan ve devlet üstü haklar arasında sayılan yaşam hakkı olmaktadır.

31 Feyyaz Gölcüklü, İnsan Hakları ve İnsancıl hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Tebliğ, *İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Araştırmaları Merkezi Yay.*, İzmir-1997, s. 45.

32 Bkz. Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler,* Y. 2020, C.7, S.27, s. 121 vd.

33 McConnell s. 29, 30.

34 Bkz. Dündar, s. 137 vd.

a. Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliğine İlişkin Görüşler

Yaşam hakkının vazgeçilemez nitelikte olduğu özellikle bu hakkın doğasından kaynaklanan nedenlerle savunulmaktadır. İnsan haklarından vazgeçilemeyeceğini ortaya koyan düşünürlerden John Locke, kimsenin kendisine ait yetkilerden fazlasını başkasına veremeyeceğini; kişinin kendi hayatına son verme yetkisinin bulunmadığı gibi, öldürülmesine izin vermesinin de mümkün olmadığını belirtmişti.[35] Hobbes'a göre, kişinin kendi hayatına zarar vermesi veya onu korumaması yasaktır ve bu durum akıl yoluyla tespit edilebilecek genel bir kuraldır.[36]

Savcı'ya göre, *"kişinin kendisi bile bireysel kişilik hakkı kuramının bu, ilki ve sonsuzluğu kapsayan yaşam ve yaşamını sağlık bütünlüğü içinde sürdürme olgusuna zarar verecek hiçbir eylemde bulunamaz", "*İnsan insan olarak kaldıkça böyle bir vazgeçme ve rıza söz konusu olamaz. Hukuk insan*ı kendisine karşı da korur", "Birey kendini öldürme yoluyla kişiliğinden tümden vazgeçemez"*.[37] Akıllıoğlu'na göre, yaşam hakkı gibi kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklardan vazgeçilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte yazar, insan haklarının vazgeçilmezliği ile insan onuru ve ölümcül hastaların durumu gibi konularda çatışma yaşandığını da tespit etmektedir.[38]

Kişinin bedeni üzerinde sahip olduğu bu hak kendi vücut varlığını sona erdirme yetkisi vermemektedir. Hayat üzerinde tasarruf hiçbir surette caiz değildir.[39] Kişi, kendi yaşam hakkını gözetmek zorundadır. İnsanın yaşama hakkına son verme özgürlüğü bulunmamaktadır.[40]

35 John Locke, Two Treatise of Government, London-1823, s. 114, https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf, 19.08.2022; Ayrıca bkz. Mc Connell, s. 45.

36 Thomas Hobbes, *Leviathan,* Reprinted version of 1651, Oxford, 1965, s. 99. https://files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf, 19.08.2022; Ayrıca bkz. John Fleming, "Euthanasia: Human Rights and Inalienability", *The Linacre Quarterly*, Y. 1996, V. 63, N.1, s. 48.

37 Savcı, s.18, 19, 32.

38 Akıllıoğlu, s. 44.

39 Aytekin Ataay, "Vücut (Beden) ve Ceset Üzerindeki Hak", *İÜ- Mukayaseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Y. 1996, C. 20, s. 23, 25.

40 Ahmet Mumcu, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri,* Ankara-2003, s. 147; Fleming, s. 44, 53; Rajesh Kumar Pathak, Right to Die: International Perspective, Criminal Law Journal, Y. 2009, V. 2, s. 92; Arzu Beşiri, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", *Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2009, S. 86, s. 202.

Gürcan, çeşitli insan hakları arasında vazgeçilmezlik bakımından alt sınıflandırma yapılmasının mümkün olduğu kabul edilse bile, yaşam hakkı açısından vazgeçilmezlik/devredilmezlik özelliğinin genel olarak kabul edildiğini, bu konuda fazla bir itiraz bulunmadığını belirtmektedir.[41]

Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi açısından da *"kimse hak ve ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz"*. Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca kişilik haklarından vazgeçmek mümkün değildir ve yaşam hakkı kişilik haklarının en başta gelenidir. Bu madde uyarınca kişi kendi yaşamına son verme hakkına sahip olmadığı gibi, kendisinin öldürülmesine rıza da gösteremez. Yaşam hakkı gibi kişilik haklarından veya kişiliğe sıkıca bağlı haklardan vazgeçilmesi mümkün ve geçerli değildir.[42] Medeni Kanun'un 23. ve Anayasamızın 17. maddesi karşısında iyileşmesi mümkün olmayan hastaların kendi rızaları dahi olsa, ötanazinin kabul edilmesi mümkün değildir.[43]

Yaşam hakkının vazgeçilmez oluşu, toplumdaki her insanın hayatının hiçbir kıymetle ölçülemeyecek derecede önemli olmasının yanında, toplumun menfaatlerinin korunması açısından da gerekli görülmüştür. Türk Ceza Kanunu'ndaki insan öldürmeye ilişkin normlar ile sadece kişilerin yaşam hakkı değil, aynı zamanda toplumsal bir değer olan insan hayatı korunmaktadır. Hukuk düzeni, hayat varlığının kaldırılması konusunda rızaya etki tanımamaktadır. Fiziki bütünlük sadece bireyin kendisi için değil, aileye, topluma ve devlete olan görevlerin yerine getirilmesi açısından da önem taşımaktadır.[44] İlgilinin rızasının hukuka

41 Ertuğrul Cenk Gürcan, "Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2011, C. 60, S. 2, s. 263.

42 Aysun Altunkaş, "Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi" içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, s. 84.

43 Jale Akipek-Turgut/Akıntürk-Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, İstanbul-2014, s. 360, 361.

44 Muhtar Çağlayan, "Ötanazi ve İntihar", *Adalet Dergisi*, Y. 57, 1966, S. 1, s. 3, 4; Nevzat Toroslu, Ceza *Hukuku Genel Kısım*, Ankara- 2008, s. 176-178.

uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle kişinin mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkının söz konusu olması gereklidir. Yaşam hakkı, vazgeçilmez olup, üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak değildir.[45] Türk Ceza Hukuku'nda ağırlıklı olarak, kişinin yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin kapsamına yaşam hakkına karşı gerçekleştirilecek fiillere rıza göstermenin girmediği ve yaşam hakkına son verilmesine gösterilen rızanın geçerli olmadığı kabul edilmektedir.[46] Yaşam hakkı en üstün değerdir ve bu hakka yapılan her müdahale hakkın özünü ortadan kaldıracağı için, üzerinde başkasının fiiline rıza göstererek tasarruf etmeye elverişsiz bir haktır.[47]

Anayasamızın 17. maddesinde de yaşam hakkının istisnaları sınırlı olarak sayılmaktadır. Burada sayılan nedenler arasında kişinin rızası ile başkası tarafından yaşamına son verilmesi yer almamaktadır. Yaşam hakkı başkalarından gelecek saldırılara karşı mutlak surette korunmaktadır.[48]

Yaşamın kutsallığı ya da dokunulmazlığı tezi uyarınca, insan onura, iradeye sahip olduğu için doğadaki diğer varlıklardan farklıdır ve insan yaşamının dokunulmaz, üstün bir anlamı bulunmaktadır. İnsan olmanın özel değeri, insan yaşamının ve bedeninin korunmasını zorunlu kılmaktadır. İnsan bedeninin varlığı diğer hakların kullanılması için de vazge-

45 Toroslu'ya göre, yaşam hakkının tasarruf edilemez olduğuna hiç kuşku yoktur. Zira Ceza Kanunu öldürülenin rızasına herhangi bir etki tanımamıştır. Toroslu, s. 162; Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul-2012, s. 120; Özge Demirörs/Sevinç Arslan Hızal, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1505, 1510: Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." hükmü uyarınca, kişinin ancak üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak geçerli bir şekilde rızasını açıklayabilir. Yaşam hakkı kişinin üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hak değildir.

46 Ekici Şahin, s. 122, 123: Yaşam hakkına rıza ile son verilmesi, pek çok hukuk sisteminde normal adam öldürme suçlarından ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmektedir. Genellikle talep üzerine adam öldürme olarak isimlendirilen bu suç tiplerinde, rıza fiili hukuka uygun hale getirmez ancak rıza cezayı hafifleten bir neden olarak ele alınır.

47 Ekici Şahin, s. 263.

48 Ekici Şahin, s. 262.

çilmezdir.[49] Söz konusu tez, özet olarak, yaşam hakkının diğer haklardan önemli olduğunu ve hiçbir gerekçeyle bu haktan vazgeçilemeyeceğini öngörmektedir.[50]

b. Yaşam Hakkının/Yaşamın Vazgeçilebilirliğine İlişkin Görüşler

Yaşam hakkının vazgeçilebilirliğini savunan yazarlardan Güven, kişinin kendisi dahil herkesin, bu hakka saygı göstermek ve onu ihlal etmemekle yükümlü kılındığını belirtmiştir.[51] Bununla birlikte, Güven'e göre, hak ve özgürlüklerin olumlu yönleri olduğu gibi olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Hangi felsefi düşünce benimsenirse benimsensin, yaşam hakkının olumsuz yönünü oluşturan yaşamama hakkı da kişinin özerklik alanına dahil sayılmalıdır.[52] Devletin yaşam hakkını koruma konusundaki görevinin sınırı, bir kimsenin açık iradesi aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır. Kişinin yaşam hakkının korunmamasındaki menfaati ile devletin yaşamı koruma konusundaki menfaati karşılaştırıldığında, kişinin menfaatine ağırlık verilmelidir.[53] Güven ayrıca, Medeni Kanun'daki kişilik haklarından feragat yasağının, Anayasa'nın 12. maddesi doğrultusunda yorumlanması gerektiğini ve 12. maddenin iki fıkrasının[54] beraber değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. 12. maddenin ikinci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları da ihtiva edeceğini düzenlemektedir. Yazara göre, bu fıkra uyarınca, temel hak ve özgürlükler kişinin kendisine karşı değil, üçüncü şahıslara karşı ödev yüklemektedir. Hak ve özgürlükler, sahibine başkalarına zarar vermeyecek ödev ve sorumluluklar yüklemektedir. Bu bağlamda yazar,

49 Bkz. İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 65.

50 İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 112.

51 Kudret Güven, Kişilik *Hakları ve Ötanazi*, Ankara-2000, s. 2, 5.

52 Güven, s. 96.

53 Güven, s. 109.

54 Anayasa md. 12: *Temel hak ve hürriyetlerin niteliği* "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.
Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

yaşama hakkının yaşama ödevi doğurmadığı sonucuna varmaktadır. [55]

Eroğul'a göre, "özgürlük insanın kendisini belirleyen koşulların bilincine ulaşarak, bu koşulların elverdiği çerçevede kendi yazgısını belirlemesidir". Yazara göre, kişinin kendi doğumunu belirlemesi söz konusu olamaz; buna karşılık yaşamını sürdürme ya da yaşamına son verme olanağına sahiptir. Ölümün zamanını ve biçimini seçmek her birey için bir özgürlük sorunudur.[56]

Ünver, yaşamak bir hak ise bunun üzerinde tasarruf edilebileceğini; bir hakkın bireye sıkı sıkıya bağlı hak olmasının o hak üzerinde tasarruf edilmeyeceği anlamını taşımadığını belirtmektedir.[57] Yazar, TCK md. 26/2[58] üzerinden tartışmaya katkı sağlamaktadır. Yazar, Türk Hukuku'nda bu hükme dayanılarak kişinin kendi yaşamı üzerinde mutlak surette tasarruf hakkının bulunmadığının savunulduğuna dikkat çekmektedir. Bununla birlikte yazara göre, TCK Md. 26/2'de yar alan ifade, daha çok suçla korunan hukuksal değerin taşıyıcısının toplum ve devlet olduğu, bireyin rızasının hukuken geçerli olmadığı suçların maddi konusunu ifade etmek için kullanılmıştır ve bu nedenle, yaşam hakkının -salt bu maddedeki ifade nedeniyle- tasarruf edilemeyecek bir hak olmadığını belirtmektedir.[59] Yaşamak bir hak ise, onun üzerinde tasarruf etmek de mümkündür. Hukuken geçerli rıza, üçüncü kişinin eylemini de hukuka uygun hale getirir.[60] Farklı yazarlara göre, yaşam hakkı üze-

55 Güven, s. 98, 99.

56 Cem Eroğul, "Ölüm Hakkı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1993, C. 48, S.1, s. 53.

57 Ünver, s. 67.

58 Md. 26/2: "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Bu bağlamda Yazar, pasif ötanazinin yanı sıra aktif ötanaziye ilişkin eylemlerin de cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Ünver, s. 42.

59 Ünver, s. 40, 41.

60 Ünver, s. 66. Öztürk ve Erdem, Türk Ceza Kanunu'nda ilgilinin rızasının düzenlenmekle, ötanaziye yasal bir zemin hazırlanmış olduğunu belirtmektedirler. Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara- 2015, s. 231; Ünver, TCK md. 26/2'deki "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere" ifadesinin anlamının ne olduğun öğretide tartışmalı olduğunu, genel olarak yaşam üzerinde mutlak surette tasarruf hakkının bulunmadığının ifade edildiğini belirtir. Ancak yazara göre, 26/2'de yer alan ifadeden yaşam hakkı üzerinde bireyin tasarruf edemeyeceği sonucu çıkarılamaz. Maddede yer alan ifade, daha çok ilgili suçla

rinde tasarruf edilemeyeceğini söylemek, devletin ve toplumun bu hakkı kişi adına elinde tuttuğunu söylemek anlamına gelecektir.[61]

Feinberg, ötanazi söz konusu olduğunda kişilerin, -18. yüzyıl doktrininin ortaya koyduğu vazgeçilmez haklar fikrini reddetmek ya da ahlaken makul gelmesine rağmen ötanaziyi savunmaktan vazgeçmek şeklinde- bir ikilemle karşılaştığını belirtmektedir. Yazar ölme hakkı ile yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin uygun bir yorumla uzlaştırılarak, iki alternatif arasında orta bir yol bulunabileceğini savunmaktadır.[62] Ölme hakkı ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği konusunda üç temel görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, paternalist görüştür. Bu görüş uyarınca, yaşam hakkı vazgeçilmez ve emredici bir haktır. Yaşam hakkı, -eğitim hakkının bir çocuğa okula gitme görevi yüklemesi gibi- sahibine görev yükler. Takdire dayalı haklarda yapma ve yapmama hakkı bir arada bulunmaktadır. Ancak, yaşam hakkı emredici hak olduğu için, hak sahibinin yaşamını sürdürme hakkı vardır; yaşamına son verme hakkı yoktur.[63] İkinci görüş uyarınca yaşam hakkı takdire dayalı bir haktır. Ölme hakkı, -bir paranın iki yüzü gibi- yaşamı sürdürme hakkının bir diğer görünüm biçimidir. Yaşam hakkı, diğer kişilere nasıl öldürmeme yükümlülüğü veriyorsa, ölmeye ilişkin seçimi engellememe görevi de yüklemektedir. Kişi ölme konusunda kendi seçimini gerçekleştirdiğinde yaşam hakkından vazgeçmemekte, yaşam hakkının bir başka görünüm biçimini gerçekleştirerek hakkını kullanmaktadır. İntihar eden kişi, diğer kişilerin müdahale etmemesini talep etmektedir. Kişi kendisini öldüremediği durumda ise, bir başka kişinin kendisini öldürmeme ödevini kaldırmakta ve ölme hakkını gerçekleştirmek için yaşam hakkı bırakılmaktadır (waive). Haktan vazgeçmek, hakka ilişkin takdir hakkını bırakmak anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, yaşam hakkından yani takdir hakkını kullanmaktan

korunan değerin taşıyıcısının toplum veya devlet olduğu suçların maddi konusunu belirtmek için kullanılmıştır. Yener Ünver, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi" içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, s. 41.

61 Ünver, s. 68; Erika Biton Serdaroğlu, "Ötanazi-Ölme Hakkı", *Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 487.

62 Feinberg, s. 223.

63 Feinberg, s. 254.

vazgeçilemez ancak yaşamdan vazgeçilebilir.[64] Feinberg'e göre, Amerikan kurucu babalarının yaşam hakkının vazgeçilmezliği ile kastettikleri anlam da bu idi.[65] Üçüncü görüş olan aşırı antipaternalist görüşe göre de yaşam hakkı takdire dayalı (emredici olmayan) bir haktır. İkinci görüşten farkı yaşamdan vazgeçebilmenin yanı sıra yaşam hakkından da vazgeçileceğini ortaya koymasıdır. Bu görüş uyarınca, özgür ve özerk bir kişi tam olarak bilgilendirilmiş ve etki ya da baskı altında kalmamış ise herhangi bir hakkından vazgeçebilir. Böylelikle Feinberg, vazgeçilmez yaşam hakkına ilişkin son iki yorum uyarınca, isteğe bağlı ötanazinin yaşam hakkını ihlal etmediğini ileri sürmektedir.[66] Yazar ikinci görüşü benimsenmekte ve *isteğe bağlı* ötanazi yoluyla yaşam hakkından vazgeçilmediğini ve yaşam hakkının ihlal edilmediğini belirtmektedir.[67]

Mc Connell, Feinberg'ın görüşünün aksine, yaşam hakkından vazgeçmek için sadece kişinin isteğinin/izninin olmasını yeterli görmemektedir. Yaşam hakkına yapılan müdahalenin meşru olması için izin dışında farklı unsurların da eklenmesi gereklidir. Yaşama son verme/ötanazi söz konusu olduğunda, yaşam hakkına yapılan müdahaleyi sadece kişinin izni meşru kılmaz, ağır hastalık durumunda doğal ölümün çok yakın olması gibi unsurların da bulunması gereklidir.[68] Yaşam hakkı söz konusu olduğunda sadece hak sahibinin talebinin öldürmeyi meşru kılmaması genel olarak topluma verilen *zarar*la da açıklanmaktadır. Bu bağlamda yaşam hakkı diğer haklardan farklıdır ve özel bir yere sahiptir. Yazar, yaşam hakkının haklı olarak vazgeçilemez hak olarak nitelendiğini vurgulamakta ve vazgeçilmez yaşam hakkı söz konusu olduğunda, hak sahibinin talebine eklenen (dayanılmaz acılar ve ölümcül hastalık

64 Bu görüş uyarınca, vazgeçilemez hakları tamamen bırakmak/bu haklardan feragat etmek (relinquish) mümkün değildir; ancak bu hakları geçici olarak bırakmak mümkündür. Örneğin tüm mülkünüzü satabilir, paranızı başkasına bağışlayabilirsiniz; ancak bu durum tekrar mülk edinmenizi engellemeyecektir. Bu akıl yürütme yaşam hakkı söz konusu olduğunda kolay işletilememekle birlikte, yazar yaşam hakkı söz konusu olduğunda ve intihar ya da ötanazi gerçekleştiğinde yaşam hakkından değil yaşamdan vazgeçildiğini savunur. Feinberg, s. 249, 255.

65 Feinberg, s. 254, 255.

66 Feinberg, s. 254-257.

67 Feinberg, s. 257.

68 Mc Connell, s. 32.

gibi) şartların varlığı halinde ötanazinin meşru olduğu sonucuna varmaktadır.[69] Bu halde toplum zarar görmeyecek midir? Örneğin, ötanazi kabul edildiğinde, yaşlılar ve ağır hastalar ölümlerinin istendiğini hissedebileceklerdir. Yazar, hukuk kurallarıyla sıkı tedbirlerin alınması durumunda zararın ortaya çıkmayacağını savunmaktadır.[70]

Benatar, yaşam hakkının vazgeçilemez hak olduğu kabul edilse dahi bu haktan feragat edilebileceğini (waive) belirtmektedir. Yaşam hakkı öldürülmemeyi talep etmeyi içerir ve bu durum üçüncü kişilere ödev yükler[71]. Ancak kişi öldürülmemeyi talep etmekten feragat edebilir. Bu bağlamda bir mal bağışlanırken mülkiyet hakkından feragat edilir ya da ameliyata izin verilirken kişisel bütünlük hakkından feragat edilir.[72] Vazgeçilemez kabul edilen yaşam hakkı üçüncü kişiler açısından öldürmeme yükümlülüğü yüklemektedir; çünkü yaşamakta çıkarımız bulunmaktadır. Bununla birlikte, acılar içinde yaşayan bir kişinin yaşamak konusunda yararı/çıkarı bulunmayabilir. Yazara göre, yaşamın ne zaman dayanılmaz hale geleceğinin kararını ise kişi kendisi vermelidir. Yazar, hakların menfaatleri koruduğunu ve bir haktaki güç unsurunun hak sahibinin menfaati olduğunu belirtmektedir.[73] Yazar, intihara yardım ve ötanazinin ahlaki olarak izin verilebilir olduğunu belirtmekte ve belirli koşullarla yasal olarak düzenlenmesini önermektedir.[74]

Yaşamın dokunulmazlığı/vazgeçilmezliği tezine karşı ortaya konan yaşamın niteliği tezi uyarınca ötanazi farklı temellere dayanılarak savunulmuştur ve savunulmaktadır. Bu bağlamda kişinin özerklik hakkı ve insan onuru kavramları ön plana çıkmaktadır.[75]

69 Mc Connell, s. 54-56, 57.

70 Mc Connell, s 58.

71 David Benatar, "Assisted Suicide, Voluntary Euthanasia, and the Right to Life" in: *The Right to Life and the Value of Life,* (Ed. Jon Yorke), England-2020, s. 296, 298.

72 Benatar, s. 298.

73 Benatar, s. 296, 298.

74 Benatar, s. 293.

75 İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 83 vd; s. 103.

Günümüzde, ABD'deki eyaletlerden başlayarak farklı ülkelerde ötanazi uygulamalarının içtihat ve yasalarla kabul edilmesi; en azından bu hukuk sistemleri açısından yaşam hakkının vazgeçilemez bir hak olmaktan çıkması anlamını taşımaktadır.[76]

II. ÖTANAZİ

Ötanazi, farklı biçimleriyle yüzyıllardır gündeme gelmiş ve çok farklı açılardan tartışmaların konusu olmuştur. Ötanaziyi tartışmalı hale getiren en önemli faktör yaşam hakkıyla ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği ile bağdaşmadığına dair düşüncedir. Yukarıda yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin pek çok yazar tarafından mutlak olarak yorumlanmadığını gördük. Şu hâlde ötanazi yaşam hakkının/bir diğer hakkın kapsamında ya da müstakil bir hak olarak kabul edilebilir mi? Bu sorunun yanıtını vermeden önce ötanazi kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konmak durumundadır. Bugün farklı ülkelerde yasal hale getirilmiş ötanazi olgusuna bakıldığında, farklı ötanazi tanımlarının bulunduğu ve ötanazinin gerçekleşebilmesi için farklı koşulların arandığı görülmektedir.[77]

A. Tanım ve Koşullar

Ötanazi, Yunanca kökenli bir sözcüktür ve "eu" ve "thanatos" kelimelerinden oluşmaktadır. "Eu" iyi, tatlı; "thanatos" ise ölüm anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ötanazinin Türkçe karşılığı iyi ölüm ya da tatlı ölüm anlamına gelmektedir.[78] Ötanazi, Nazi döneminde Almanya'da, değerli görülmeyen hayatlara son verilmesi anlamında kullanılarak tamamen negatif bir anlama bürünmüştür.[79]

76 İnceoğlu Ölme Hakkı, s. 113.

77 Benatar, s. 303.

78 Eroğul, s. 49; Eroğul, Türkçe karşılık olarak, "gönüllü ölüm" kavramını önermektedir.; Irena Shala/Gilda Gusha, "The Debate Over Euthanasia and Human Rights", *European Scientific March*, Y. 2016, V. 12, N. 8, s. 74.

79 Mariana Parreiras Reis De Castro/Guilherme Cafure Antunes and Others, "Euthanasia and Assisted Suicide in Western Countries: A Systematic Review", *Revista Bioetica*, Y. 2016, C. 24, N. 2, s. 356.

Yukarıda da belirtildiği gibi ötanazi çok farklı şekillerde tanımlanıp, günümüzde farklı biçimleriyle çeşitli ülkelerde uygulamaya konmuştur; genel olarak şu şekilde tanımlanmaktadır: *"Ötanazi, tıp biliminin verilerine göre, iyileşme olanağı bulunmayan hastaların, dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarılması için açıkça rıza göstermeleri üzerine, hekim tarafından yaşamlarına son vermek, ölmelerini kolaylaştırıcı yöntemler uygulamak ya da tıbbi yardımı keserek ölüme terk etmektir."*[80] Bir başka deyişle dayanılmaz ağrılar çeken hastanın, istemi üzerine ihmali ya da icrai bir davranışla, acılarına son verme amacıyla, yaşamına son verilmesidir.[81] Çalışmamızda ötanazi bu anlamıyla kullanılmaktadır.

Bu tanım kapsamında, ötanazinin söz konusu olması için belirli koşulların gerçekleşmesi gereklidir.

İlk olarak, tedavi edilemez ve ölümcül nitelikte hastalığın söz konusu olması gereklidir. Sağlıklı bir insanın karşılaştığı -trafik kazası gibi- bir olay da tedavisi imkânsız ve ölümcül bir duruma yol açabilir.[82] Tedavi edilmesi mümkün olan kişiler ötanazi kapsamında değildir; örneğin depresyon geçiren bir hastanın ötanazi kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün olmamalıdır.[83]

İkinci koşul, hastalığın dayanılmaz ağrı ve acı vermesidir.[84] Acıların devamlı olması şart olmayıp, kuvvetli olması yeterlidir.[85]

80 Mehmet Emin Artuk/Caner Yenidünya, "Ötanazi", *Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan,* DEU Yay., 2001, (Ötanazi 1), s. 298; Muharrem Özen/Meral Ekici Şahin, "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi,* Y. 68, 2020, S. 4, s.17; Violeta Besirevic, "The Discources of Autonomy in the International Human rights Law: Has the Age of Right to Die Arrived?", *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Ceriol,* N. 62/63, s. 21.

81 De Castro/Antunes and Others, s. 356.

82 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 303.

83 Dündar, s. 110.

84 Eroğul, s. 49.

85 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 303; Mehmet Emin Artuk/Caner Yenidünya, "Ötanazi" içinde: Centel, Nur (Der.), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi,* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul-2011, (Ötanazi 2), s. 119.

Üçüncü koşul, hastanın ölüm istemini herhangi bir kuşkuya bırakmayacak şekilde açıkça dile getirmesidir. Örneğin herhangi bir sancı nöbeti sırasında ortaya çıkan ölüm isteği kabul edilemez. Hasta, bütün bilgiler kendisine tam olarak verildikten sonra, ölüm istemini tam bir bilinç içinde ve düşüncesini değiştirmesine olanak tanınarak birkaç kez yenilemiş olmalıdır.[86] Bu bağlamda, acı içinde kıvranan kişilerin ne kadar sağlıklı düşünebilecekleri tartışmaya açıktır.[87] Bilinci kapalı ya da temyiz kudretine sahip olmayan kişilerin yaşam destek ünitelerinin kapatılması ya da beslenmelerinin kesilerek ölümlerine yol açılması da tartışmalı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu duruma tekrar yer verilecektir. İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'da görülen özürlü, hasta, yaşlı veya çingenelerin sistematik bir şekilde öldürülmesi ve bunun ötanazi olarak meşrulaştırılması kabul edilemez olduğundan, bu tarz dezavantajlı kişilerin öldürülmesi her şekilde tartışma ve konu dışında kalmaktadır.[88]

Son koşul ötanaziyi kimin yerine getireceği ile ilgilidir. Ötanaziyi sadece hekim gerçekleştirebilmelidir.[89] Hekim dışında, -akrabalar gibi- kişilerin ölüme neden olması ötanazi kapsamında değerlendirilmez.[90]

B. Türleri

Öncelikle, hastanın iradesinin bulunup bulunmadığı esas alınarak iradeye/isteme bağlı ötanazi ve irade/istem dışı ötanazi ayrımı yapılmaktadır. Ötanazinin tanımı gereği hastanın iradesi ötanazinin bir ko-

86 Eroğul, s. 49.

87 ÖzlemYenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,* İstanbul-2002, s. 153.

88 Özen/Ekici Şahin, s. 18.

89 John Keown, *Euthanasia, Ethics and Public Policy, An Argument Against Legislation*, Cambridge-2002, s. 10; Eroğul, s. 49; Yenerer Çakmut, s. 153.

90 Besirevic, s. 21; Özen/Ekici Şahin, s. 17.

şuludur.[91] Hastanın bilincinin tamamen kapalı olduğu,[92] temyiz kudretinin olmadığı veya yaşının küçük olduğu durumlarda, ailenin, hastayı kanunen temsil eden kişinin veya hastanın varsayılan istemi üzerine gerçekleşen ötanazi irade dışı ötanazi olarak adlandırılmaktadır[93]. Yaşam destek ünitelerine bağlı hastaların, destek ünitesinin kapatılması durumunda çoğunlukla irade dışı ötanazi söz konusudur.

Ötanazi konusunda yapılan en yaygın tasnif, aktif ötanazi ve pasif ötanazi ayrımıdır. Aktif ötanazi, iyileşme olanağı bulunmayan hastaları dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak amacıyla icrai bir hareketle öldürmek anlamına gelmektedir.[94] Burada hareketin niteliği de önemlidir; hareket, -öldürücü bir ilacın iğne yapılarak verilmesi gibi- hekimlik faaliyetleri sırasında gerçekleştirilecek bir eylem olmalıdır.[95]

Pasif ötanazide ise hastanın iradesine uygun olarak yaşamı uzatan bir tedavinin uygulanmasını veya buna devam edilmesini ihmal etmek söz konusudur. Hayatı uzatan müdahale yapılmayarak hastanın ölümü gerçekleşmektedir. Pasif ötanazide ölüm, bir şey yapmamanın sonucu iken, aktif ötanazide somut olarak bir öldürme söz konusudur.[96] Yaşam destek sistemlerinin çekilmesi ya da beslenmenin kesilmesi de çoğunlukla pasif ötanazi kapsamında değerlendirilmektedir.[97] Ancak, yaşam

91 Nuno Ferreira, Euthanasia, Latest Legal and Social Developments in the Euthanasia Debate: Bad Moral Consciences and Political Unrest, *Medicine and Law, Medicine and Law*, Y. 2007, N. 26, s. 390; De Castro/Antunes and Others, s. 356; Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul-2019, s. 286, 287.

92 Andrea Nakaya, *Thinking Critically: Euthanasia,* San Diago-2015, s. 6.

93 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 301; Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 115; Biton Serdaroğlu, s. 465; İrade dışı ötanazi, hastanın irade açıklamasında bulunamayacağı durumlarda (ör. Hastanın bilincinin kapalı olması, temyiz kudretine sahip olmaması, yaşının küçük olması gibi), yakınlarının irade açıklamasıyla gerçekleştirilen ötanazidir. Bkz. Bilal Kılınç, Mukayeseli *Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu,* Ankara- 2019, s. 33; Berat Özsarı, *Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu,* Adalet-2017, s. 61.

94 Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, (Anayasa), Ankara-2020, s. 514.

95 Özen/Ekici Şahin, s. 19.

96 Eroğul, s. 49-51

97 Besirevic, s. 22; Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 3, 4; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Ötanazi ve Yaşam Desek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu, 21. Yüzyıl Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler", *II. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Bildiri Kitabı*, Ankara 2009, s. 4; Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 302;

destek ünitesinin çekilmesi bir icrai hareketi gerektirdiği için bu uygulamanın aktif ötanazi olduğunu belirten yazarlar da vardır.[98] Hastanın bilincinin kapalı olması, temyiz kudretinin olmaması ya da yaşının küçük olması durumunda yaşam destek sistemlerinin çekilmesi durumu ise, hastanın iradesi olmadığı için daha sorunlu bir durum ortaya çıkartmaktadır.

Belirtmek gerekir ki pasif ötanazi ağırlıklı olarak kabul edilen bir uygulama olup, pek çok ülkede yasal niteliktedir. Günümüzde pasif ötanazi tedaviyi reddetme hakkı kapsamında da değerlendirilmekte[99] ve tedaviyi reddetme hakkı kişisel özerklik alanı içinde kabul edilmektedir.[100] Aktif ötanazi söz konusu olduğunda ise durum değişmektedir ve bu ötanazi türü sadece birkaç ülkede yasal kabul edilmiştir.[101] Aktif ötanazinin yasal olduğu ülkeler Hollanda, Belçika, İspanya ve Lüksemburg'dur.[102] Aktif ötanazi ile pasif ötanazi arasında kabul edilebilirlik açısından bir fark bulunmadığı da bazı yazarlar tarafından savunulmakta, hatta aktif

Özen/Ekici Şahin, s. 19; Arın Namal, "Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları- Neden Henüz Küçük Bir Alev": Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, (Türk Tıp), s. 77; Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 117.

98 Altunkaş, s. 65, 66; Biton Serdaroğlu, s. 467; Demirörs/Hızal s. 1509; Metin, *Biyo-Tıp,* s. 389: Metin'e göre, ismi kadar pasif olmayan pasif ötanazi bir örtmeceden ibarettir. Bir kalp-akciğer cihazının kapatılması, zehir enjekte etmekten daha az bir aktiflik gerektirmemektedir. Bir respiratörün kapatılması aktif olarak bir şey yapmak olarak anlaşıldığında, aktif ötanazi söz konusudur ancak yabancı doktrinde bu durumun cezalandırılmayacağı düşüncesi hakimdir; ayrıca bkz. Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 117; Keown, s. 12.

99 Kutluhan Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 14, N. 2, s. 250.

100 Besirevic, s. 23; Bozkurt, s. 245; Biton Serdaroğlu, s. 467; Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 302.

101 Besirevic, s. 24.

102 Hollanda, Belçika, İspanya ve Lüksemburg'ta aktif ötanazi yasal olmakla birlikte, hekim yardımlı ya da destekli intihar daha yaygın olarak yasal kabul edilmektedir. Ör. İsviçre'nin yanı sıra Kanada, Yeni Zelanda ve ABD'de bazı eyaletlerde destekli intihar kabul edilmiştir. Destekli intiharın hangi ülkelerde kabul edildiği konusunda bkz. https://www.bma.org.uk/media/4402/bma-where-is-pad-permitted-internationally-aug-2021.pdf.03.03.2022;
Ayrıca bkz. Lings/ Danimarka, no. 15136/20, 12.04.2022, p. 28; Nataliia Akhtyrska/Yuriy Grodetskiy, The Right to Life From the Point of View of Personal Autonomy in Decision-Making on Euthasania, *Wiad Lek,* Y. 2021, 74 (11 p.2), s. 3109; Aktif ötanazinin Hollanda ve Belçika'da kabul edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. John Griffiths-Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe,* Oxford-2008.

ötanazi durumunda acılara hemen son verildiği için, bu türün de yasal kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.[103] Kanaatimizce, aktif ötanazi ile pasif ötanazi farklı koşullar taşıdığı için tasnif yerindedir ve ikisi ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Dolaylı ötanazi söz konusu olduğunda zorunlu olarak kullanılan ağrı dindirme yöntemleri hastanın yaşamını kısaltmaktadır. Hekim, ağrıyı dindirme amacıyla, hastasına danışarak ölümün çabuklaşmasına yol açacak yöntemler kullanabilir. Hastaya bu durum mutlaka açıklanmalıdır. Bu uygulama ahlaken haklı bulunmakta ve hastanın rızasının hekimin eylemini meşru kıldığı kabul edilmektedir.[104]

Ötanazi ile ilgili bir kavram olan destekli intihar[105] (assisted suicide) söz konusu olduğunda, kişi kendisini bizzat öldürmekle birlikte, medikal bilgiye sahip bir kişi tarafından yardım almaktadır. İntihara yardım eden kişi intihar için gerekli olan bilgi ve malzemeyi hasta olan kişiye vermektedir.[106] Avrupa'da bazı ülkelerde aktif ötanazinin yanı sıra destekli intiharın da yasal kabul edildiği görülmektedir. İsviçre'de aktif ötanazi suç olmakla birlikte, destekli intihar cezalandırılmamaktadır. Bu ülkede, intihara yardım eden birtakım kuruluşlar bulunmakta; bu kuruluşlar intihar isteminin özgür iradeye dayalı olup olmadığını araştırmakta ve intihara yardım etmektedir. İsviçre uygulamasında intihar edecek kişinin ölümcül hasta olması ya da dayanılmaz ağrı çekmesi ve intihara yardım eden kişinin hekim olması şartları da aranmamaktadır.[107] ABD'de bazı eyaletlerde hekim destekli intihar yasal olarak mümkündür.[108] Bu bağlamda genel olarak destekli intiharın ötanazinin şartlarını taşımadığını ve ötanazi olarak kabul edilmediğini[109] ancak bazı durumlarda ortak noktalarının bulunduğunu söyleyebiliriz.

103 Biton Serdaroğlu, s. 467.

104 Artuk/Yenidünya, s. 302; Özen/Ekici Şahin, s. 21.

105 Yardımlı (destekli) ölüm ise daha üst bir kavram olup hem ötanaziyi hem de destekli intiharı kapsamına almaktadır. De Castro/Antunes and Others, s. 356.

106 Bozkurt, s. 246.

107 Bozkurt, s. 246.

108 Bozkurt, s. 247.

109 Biton Serdaroğlu, s. 464.

Ötanazi türlerini birbirinden ayırmak önem taşımaktadır. Günümüz itibariyle pasif ötanazi, tedavinin iradi olarak reddedilmesi bağlamında ağırlıklı olarak yasal kabul edilmekle birlikte, asıl tartışmalar aktif ötanazi üzerinde yürütülmektedir.[110]

C. Ötanaziyi Reddeden ve Savunan Görüşler

Ötanazi söz konusu olduğunda bazı yazarlar hem pasif hem de aktif ötanaziyi reddetmekte, bazı yazarlar ise sadece aktif ötanaziye karşı çıkmaktadır ve fakat pasif ötanaziyi makul bulmaktadır. Ötanazinin iki biçimini aynı nitelikte görerek savunan yazarlar da bulunmaktadır.
Ötanazinin lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşlerden başlıcaları şunlardır:[111]

1. Ötanaziyi Reddeden Görüşler

Ötanazinin reddedilmesinin temel sebebi yaşam hakkının vazgeçilmezliği prensibi ve ötanazinin yaşam hakkını ihlal etmesidir.

Bu olgunun dışında, ötanazinin şartlarının tespitine yönelik itirazlar da yapılmaktadır. Örneğin, ötanazinin şartlarından bir tanesi ölümcül ve tedavisi mümkün olmayan hastalığın olması iken, bugün tedavi edilemez nitelikte bir hastalığın kısa süre içinde bile tedavisinin bulunması mümkündür. Ayrıca yaşamından ümit kesilen hastaların iyileşebilmesi de olasıdır. Bu bağlamda, hastalığın tedavisinin imkânsız olduğunun mutlak olarak tespit edilemeyeceği, ayrıca teşhiste hataların yapılabileceği ileri sürülmüştür.[112]

Ağrı ve ıstırabın ortadan kaldırılması için ötanazinin uygulanması karşısında ise, günümüzün tıbbi olanakları ile ağrının giderilmesinin ya da azaltılmasının mümkün olacağı belirtilmektedir. Hekimin görevi hastanın hayatını uzatmaya çalışmaktır.[113]

110 Besirevic, s. 22.

111 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tarık Gündüz/Öner Setenay/Tuncay Çınar/Hasan Din, "Hekimler Ötanaziyi Savunuyor mu?", *Adli Tıp Bülteni,* Y. 1996, C. 1, S. 2, s. 86-87.

112 Çağlayan, s. 9, 10.

113 Adnan Öztürel, "Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1957, C. 14, Sayı: 1-4, s. 268.

Ötanazinin bir diğer unsuru olan hastanın açık iradesi konusunda da sıkıntılar yaşanacağı doktrinde ileri sürülmektedir. Kişiler aile üyelerinin baskısı altında kalabilecekleri gibi, başkalarına yük olmamak için ya da acının etkisi altında karar verebilirler. Hastaların ümitsizlik anında ölüm kararı verebilmesi ya da hastalıktan ötürü akli melekelerini kaybetmesi mümkündür.[114] Ölüm korkusu içindeki bir kişinin özellikle aktif ötanazi isteğinin geçerliliğinden hiçbir zaman emin olunamayacağı; ölümün korku, yalnızlık, işe yaramama duygularından dolayı istenebileceği belirtilmektedir.[115] Acı çeken insanların iradesi daima belirsizlik içereceği için ötanazinin yasallaşmasına karşı çıkılmaktadır. Acı çekmek, o andaki koşullar sebebiyle kişinin ölümü istemesine yol açmaktadır. Ötanazinin yasallaşmasıyla, aslında gerçekten ölmeyi istemeyen kişilerin de ölmesi beklenecek ve bu durum kişiler üzerinde baskı oluşturacaktır.[116]

Ötanaziyi kötüye kullanabilecek hasta yakınları ve doktorlar olabilir.[117] Kişilerin yardım almadan da ölebilecekleri ve vatandaşlardan toplanan vergilerin ötanazi için kullanılacak olması diğer itirazlardır.[118] Bunların yanı sıra, ötanaziye karşı kaygan zemin argümanı ileri sürülmektedir.[119] Bu argüman uyarınca, iradeye bağlı ötanazi kendisi yanlış olmasa da yasal hale getirilmesi doğru değildir. Bu argümanı savunanlar, ötanazinin yasalaşmasıyla birlikte, zamanla aslında ölmek istemeyen kişilerin de farklı nedenlerle ötanaziye mahkûm olacaklarını ya da ötanazinin kapsamının zamanla makul olmayan koşulları içerecek şekilde genişletileceğini ileri sürmektedir. Örneğin, ötanazi uygulaması zaman içinde ölümcül hastalardan psikolojik sorunları olanlara, iradesini açıkça belirten yetişkinlerden çocuklara uzanacaktır. Hollanda ve Belçika'da bunun örnekleri şimdiden görülmektedir.[120]

114 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 306; Öztürel, s. 269.

115 Namal, Türk Tıp, s. 84.

116 Benatar, s. 306.

117 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 306; Çağlayan, s. 8; Özen/Ekici Şahin, s. 25.

118 Bkz. Eugine Anne Gifford, "Artes Moriendi: Active Euthanasia and The Art of Dying", *UCLA Law Review*, Y. 1993, C. 40, N. 6, s. 1579 vd.

119 Kaygan zemin argümanı ve savunusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keown, s. 70 vd; 170.

120 Keown, s. 149, Keown özellikle Hollanda'da uygulanan aktif ötanazi uygulamasını kaygan zemin ar-

Ötanazi karşıtları, günümüz koşullarında, hastaların karşı karşıya olduğu dayanılmaz ağrılar için tıbbın çözüm olanakları sunabileceğini, hastalara yatıştırıcı tedaviyle, kaliteli bir yaşam sonu bakımı sağlanabileceğini belirtmektedirler.[121] Bu bağlamda palyatif bakımın önemine dikkat çekilmekte[122] ve palyatif bakım ile ötanazi taleplerinin azaltıldığı belirtilmektedir.[123]

2. Ötanaziyi Savunan Görüşler

Ötanaziyi savunanlar, acılar içinde yaşamaktansa, yaşama son vermenin kişisel özerklik ve özel yaşam alanı içinde olduğunu[124] ve insan onuruna uygun ölmenin bir hak olduğunu savunmaktadır.[125] Modern tıp tedavi edilemeyecek bir hastalığı, -özellikle ilerleyen safhalarda- tespit edebilir.[126] Ötanazinin kötüye kullanılabileceği görüşüne karşı, hasta yakınlarının istediği sonuca ötanaziye başvurmadan da ulaşabilecekleri ve bu kurumu kötüye kullanacak hekimlerin yalnızca istisna olacağı belirtilmiştir.[127] Whiting, ötanaziye ilişkin hukuksal ve ahlaki tartışmalar süredursun, gerçek hayatta ötanazinin yasal düzenleme olmadan fiilen uygulandığını belirtmektedir.[128] Ötanaziye ilişkin yasal düzenleme yapılması, uygulamada fiilen gerçekleşen ötanazilere ilişkin kötüye kullanımı engelleyecek, yasalar çerçevesinde daha güvenceli bir zemin oluşacaktır.[129] Kişinin kendi kendisini öldürmesinin ise ağır hastalık

gümanına destek olarak göstermektedir; Benatar, s. 301- 303; Ayrıca bkz. Nakaya, s. 10, 11, 21; Aynı yönde bkz. B.V. Ostrovska, Should Euthanasia be a Solution to the Problem of Decent Death? (On the Example of the Case Lambert and Others v. France, *Actual Problems of International Relations*, Y. 2019 (141), s. 59.

121 Ötanaziye muhalif tezler için bkz. Metin, *Biyo-Tıp*, s. 288, 289.

122 Nakaya, s. 47.

123 Namal, Türk Tıp, s. 84;

124 Raymond Whiting, A *Natural Right to Die, Twentey-Three Centuries of Debate*, London-2002, s. 155-158; Keown, s. 53.

125 Bkz. Gifford, s. 1585; Gündüz/Öner/Çınar/Din, s. 87.

126 Gündüz/Öner/Çınar/Din, s. 87.

127 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 309.

128 Whiting, s. 169; Aynı yönde bkz. Griffiths/Weyers/Adams, s. 520, s. 520.

129 Benatar, s. 305; Bu bağlamda kaygan zemin argümanına yönelik karşı görüş için bkz. Griffiths/Weyers/Adams, s. 513 vd.

durumunda çoğu kez gerçekleşemeyeceği tespit edilmiş ve buna çeşitli somut örnekler verilmiştir. Ayrıca yardım almadan hastanın kendisini öldürmesini beklemek, hasta için ölümü adeta işkenceye dönüştürecektir.[130] Ötanazi için yapılacak harcamaların vergilerden karşılanacak olmasına yönelik olarak, eğer vergi mükelleflerinin tartışmalı konulara itirazlarının bunları geçersiz kıldığı farz edilse idi, hükümetlerin karar alamaz hale geleceği belirtilmiştir.[131] Ötanazinin yasalaşmasının kaygan zemin yaratacağı argümanına karşı ise Benatar, arabaların kullanılmasının da kazalara ve ölümlere yol açmakla birlikte yasal olduğu ve buna karşı önlemler alındığı örneğini vermektedir.[132]

Son tahlilde, kişilerin acı çekmemek ve sevdiklerine acı çektirmemek isteğine, insan onuruna uygun ölme arzusuna saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.[133] İnsanlar sadece yaşam hakkına değil, onurlu bir şekilde yaşam hakkına sahiptir. Yaşam hakkının içeriğini onurlu bir şekilde yaşamak oluşturur.[134] Ölme hakkının yaşam hakkını ihlal etmediği ve bağımsız bir hak olduğu; yaşam hakkının bir diğer görünüm biçimi olduğu ya da özerklik hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiğine dair farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bu bağlamda, günümüzde, insana verilen değerin artmasıyla, tedavisi mümkün olmayan ve acı çeken hastaların istemli ölme taleplerine yönelik olarak sınırları iyi belirlenmiş kurallar çerçevesinde, ötanazinin suç olmaktan çıkarılması gerektiği savunulmaktadır.[135]

130 Gifford, s.1579 vd.

131 Gifford, s. 1581.

132 Benatar, s. 305.

133 Gündüz/Öner/Çınar/Din, s. 87.

134 Özen/Ekici Şahin, s. 22; Biton Serdaroğlu, s. 470.

135 Whiting, s. 160-170; Özen/Ekici Şahin, s. 18.

III. ÖTANAZİNİN YAŞAM HAKKI VE DİĞER HAKLAR KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yaşam hakkının vazgeçilmezliği prensibinin pek çok yazar tarafından mutlak olarak değerlendirilmediğini ortaya koyduktan sonra, birbirinden farklı ötanazi tanımlarının ve türlerinin bulunduğunu belirttik. Söz konusu ötanazi türleri yaşam hakkının ya da bir başka insan hakkının kapsamında görülebilir mi? Ölme hakkı müstakil bir hak olarak kabul edilebilir mi? Bu sorun, aşağıda, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında değerlendirilmektedir.

A. Ötanazi ve Yaşam Hakkı

1. Doktrin

Bazı yazarlar yaşam hakkının ölme hakkını içerdiğini savunmaktadır. Nasıl derneğe üye olma özgürlüğü üye olmama hakkını, çalışma hakkı çalışmama hakkını içeriyor ise yaşam hakkının ölme hakkını içerdiği de iddia edilebilir.[136] Yaşam hakkından feragat edebilmenin kabul edilmesinin nedeni, yaşam kalitesinin çok kötüleştiği durumlarda kişinin ölümü yaşama tercih etmesinin haklı bulunmasına ilişkin ahlaki dayanaktır.[137] Haklar menfaatleri gerçekleştirmenin aracı olduğuna göre, eğer yaşamakta kişinin menfaati bulunmuyorsa (yaşam kişinin menfaatine olmaktan çok kişiye zarar veriyorsa) ötanazi, yaşam hakkının kapsamında kabul edilmelidir; bu bağlamda yaşam hakkından bağımsız olarak ölme hakkı ileri sürmek gereksizdir.[138] Biton Serdaroğlu, yaşam hakkını savunurken bunun kapsamına ölme hakkının girmeyeceğini savunmanın, devletin ve toplumun bu hakkı kişi adına tuttuğunu söylemek anlamına geleceğini belirtmektedir.[139] Ayrıca ötanazinin yaşam hakkına aykırı olmadığı çünkü yaşam hakkının yaşam veya ölümün tercih edil-

136 Benatar, s. 294; Biton Serdaroğlu, s. 483.

137 Benatar, s. 295.

138 Benatar, s. 308.

139 Biton Serdaroğlu, s. 487.

mesine ilişkin koruma getirdiği belirtilmektedir.[140] Bu bağlamda, kişinin yaşamının kendisine rağmen korunmaması gereklidir. Kişi yaşam hakkı üzerinde tasarruf edemeyecekse, bu durum hakkın reddedilmesi anlamını taşır. Yaşam hakkı bireye devlet veya toplum tarafından verilmemiş olduğu için, bu hak üzerindeki tasarruf da yasaklanamaz. Ünver, ölme hakkını yaşam hakkının mütemmim cüzü olarak görmektedir.[141]

Ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında görülemeyeceğini belirten yazarlar,[142] yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin yanı sıra yaşam hakkı söz konusu olduğunda devletin yaşamı koruma görevi bulunduğunu vurgulamaktadır.[143] Özellikle aktif ötanazi söz konusu olduğunda, yaşama son verilmesini talep etmek, yaşam hakkı kapsamında kabul edilemez.[144]

Özen ve Şahin, yaşam hakkının vazgeçilemez nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Kişinin yaşamına son verilmesini başkasından talep etme gibi bir hakkı yoktur. Bu noktada yazarlar, pasif ve aktif ötanazi arasında ayrım yapmaktadır. Pasif ötanaziye ilişkin olarak, salt insan olduğu için saygıyı hak eden insanın kendi yaşamına ilişkin verdiği kararlara saygı gösterilmelidir. Devletin yaşatma hakkı bulunmakla birlikte, kişi açıkça tedaviyi reddediyorsa, hastanın kararına saygı gösterilmelidir. Bedeni, sağlığı ve yaşamı konusunda kararı verecek olan kişinin kendisidir.[145] Aktif ötanazi söz konusu olduğunda ise, kişi yaşam hakkı üzerinde bu hakkı ihlal eden fiile rıza gösteremeyeceğinden, rıza aktif ötanaziyi meşru hale getirmemektedir. Ötanazi talep etmek, yaşam hakkı kapsamında değerlendirilemez. Ancak, cezalandırma ve hekim açısından, ötanazinin talep edilmiş olması, takdiri bir indirim nedeni olabilir.[146]

140 Shala/Gusha, s. 78.

141 Ünver, s. 57-68, 69.

142 Wicks, yaşam hakkının ölme hakkını kapsamadığını belirtmektedir. Wicks, s. 242.

143 Biton Serdaroğlu, s. 486.

144 Özen/Ekici Şahin, s. 32, 33.

145 Özen/Ekici Şahin, s. 31.

146 Özen/Ekici Şahin, s. 32, 33.

2. Uluslararası Belgeler

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi 2018 yılında, Sözleşme'nin 2. maddesinde garanti edilen yaşam hakkına ilişkin 36 no'lu Genel Yorum kabul etmiştir.[147] Buna göre *"Sözleşmeci devletler, insan onurunun ve kişisel özerkliğin merkezi önemini tanımakla birlikte, özellikle kırılgan durumdaki kişilerin Sözleşmedeki diğer hakları ihlal etmemek koşuluyla- intihar etmelerini önlemekle yükümlüdür. Ciddi şekilde fiziki ya da psikolojik acı çeken ve insan onuruna uygun bir şekilde ölmek isteyen ölümcül hastalar için, hekimler tarafından uygulanacak yaşama son verilmesini kolaylaştıran tıbbi yöntemlere izin veren devletlerin; hastaların baskı ve istismardan korunması amacıyla özgür, açık, bilgilendirilmiş şekilde karar vermelerine ilişkin katı ve kurumsal güvenceler getirmeleri gereklidir"*.[148] Söz konusu Genel Yorum ile devletler tarafından ötanazinin kabul edilmesi, belirli şartlara uyulması şartıyla, meşru kabul edilmektedir. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde insan haklarının vazgeçilmezliğine ve yaşam hakkının doğuştan kazanılan bir hak olduğuna ilişkin açık düzenleme bulunması karşısında, Genel yorumun ötanaziye ilişkin düzenleme yapılabileceğine yer vermesi, İnsan Hakları Komitesi'nin yaşam hakkının vazgeçilmezliğini mutlak olarak kabul etmediğini göstermektedir.

BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin, BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan sağlık hakkına ilişkin 2000 tarihli 14 no'lu Genel Yorumu'nda yaşlıların sağlık hakkı söz konusu olduğunda, alınması gereken önlemler arasında şunlar sayılmıştır: Kronik ve ölümcül hastalığı olan kişilere dikkat ve özen gösterilmesi, onların önlenebilir acılardan korunarak onurlu bir şekilde ölmelerinin sağlanması.[149]

147 Genel Yorumlar bağlayıcı özellik taşımamakla birlikte, Sözleşme bu Genel Yorumlar yoluyla Komite tarafından açıklanmakta ve yorumlanmaktadır.

148 p. 9.

149 p. 24.

3. Yargı Kararları

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinin birinci fıkrasında yaşam hakkı garanti edilmekte, ikinci fıkrada ise yaşam hakkının istisnaları sayılmaktadır.[150]

AİHM'nin Pretty/İngiltere[151] kararına konu olan olayda, tedavisi olmayan ve kaslarını etkileyen motor nöron hastalığı olan başvurucu[152] kendisi intihar edemediği için, eşinin yardımını istemiş ancak eşinin ceza almamasının garanti edilmemesi nedeniyle AİHM'e başvuruda bulunmuştu. AİHM, öncelikle yaşam hakkının öldürülmemeye karşı koruma sağlamasının yanı sıra, yaşamın korunması konusunda devlete pozitif yükümlülük yüklediğini hatırlatmaktadır. AİHM, yaşam hakkının ne bu hakkın tam tersi olan ölme hakkını kapsayacak ne de bireye yaşamayı değil ölmeyi seçme konusunda bir yetki verecek şekilde yorumlanabileceğini belirtmiştir. Üçüncü kişinin ya da kamu otoritesinin yardımıyla ölme hakkı, 2. maddeden çıkarılamaz.[153]

Görüldüğü üzere, Pretty kararı ile ölme hakkı yaşam hakkının kapsamı içinde görülmemekte[154] ve ölmeye yardımın cezasız bırakılması yaşam hakkı bağlamında değerlendirilmemektedir.

150 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.
2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması

151 Pretty/İngiltere, başvuru no. 2346/02, 22.01.2002.

152 Başvurucunun hastalığı nedeniyle boyundan aşağısı tutmamakta ve yaşam beklentisi çok kısadır. Buna karşılık karar verme yetisinde bir problem bulunmamaktadır.

153 Kararda yaşam hakkının kutsallığına da gönderme yapılmaktadır. p. 65.

154 Wicks, s. 197. Wicks, ölme hakkını yaşam hakkının kapsamında görmemektedir. İntihara yardımın ise özerklik hakkı kapsamında görülebileceğini ancak yaşamın korunması yükümlülüğü ile bağdaşmadığını belirtmektedir. İntihara yardımın yaşam hakkıyla bağdaşması için söz konusu olabilecek tek ve tartışmalı istisna ise, ölmek isteyen kişinin dayanılmaz acılar içinde olup kendi kendine intihar edememesi durumudur. Bu durumu meşrulaştıracak değer ise yaşamın kalitesidir. s. 197.

Lambert ve Diğerleri/Fransa[155] başvurusunda, başvurucular bir motosiklet kazasında başından yaralanan ve tetrapleji durumunda bulunan (hareket edemeyip konuşamayan ve herhangi bir iletişim kuramayan) Vincent Lambert'in anne babası ve kardeşidir. Ulusal mahkemenin esas aldığı rapora göre, Lambert bitkisel hayattadır. Lambert'in eşi, beslenme ve sıvı alma ünitelerinin çekilmesini talep etmektedir. Bu ünitelerin çekilmesi Lambert'in yaşamının son bulmasına neden olacaktır. Üç doktordan oluşan heyet, eşin talebi yönünde karar vermiş ve bu karar -her ne kadar idare mahkemesi yaşam hakkının ihlal edildiği yönünde karar verse de- Fransız Danıştayı tarafından haklı bulunmuştur. Danıştay kararında, Lambert'in eşi ve kuzeninin Lambert'in kazadan önce, bu şekilde yaşamını sürdürmek istemeyeceğine dair ifadeleri olduğunu belirtmeleri dayanak teşkil etmiştir. Danıştaya göre, beslenme ve sıvı alınmasına son verilmesi kararı, kanunun öngördüğü şartlara uygun olarak alınmıştır. Ancak başvurucular, Lambert'in bakım ve acı karşısında bazı tepkiler verdiğini belirtmektedir. Başvuruculara göre, Fransa 2. maddeden kaynaklanan yaşam hakkı konusundaki yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Beslenme ve sıvı alımına ilişkin ünitelerin çekilmesi 3. ve 8. maddeleri[156] de ihlal edecektir.

AİHM, Vincent Lambert'in yaşam destek ünitelerinin çekilmesine izin verilmesine ilişkin olarak, esasa ilişkin kararında sırasıyla üç hususu değerlendirmiştir. Birinci husus Fransız Hukuku'nda konuya ilişkin bir yasal çerçeve bulunup bulunmamasıdır. İkinci nokta, konuyla ilgili tarafların iradelerinin karar aşamasında dikkate alınıp alınmamış olmasıdır. Üçüncü nokta ise yargıya başvurma imkanının bulunup bulunmamasıdır.[157] AİHM, Sözleşmeci devletlerde yaşam desteğinin çekilmesine yönelik koşullar konusunda konsensüs olmadığını ve devletlere bir taktir marjı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.[158] AİHM kararı uyarınca, söz konusu üç koşul değerlendirildiğinde Fransa'da 2005 tarihli kanun, konu-

155 Lambert ve Diğerleri/Fransa, başvuru no. 4603/14, 05.06.2015.

156 İşkence ve kötü muamele yasağı ile özel yaşam üzerindeki hak.

157 Akhtyrska/Grodetskiy, s. 3110.

158 AİHM, 2. maddenin sözleşmedeki en önemli haklardan birisi olduğunu hatırlatmış, bununla birlikte, devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda, özellikle yaşamın başına ve sonuna ilişkin kompleks bilimsel, hukuki, etik konularda ve Sözleşmeci devletler arasında konsensüs bulunmadığında devletlerin belirli bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. p. 144. Bu bağlamda konsensüs olmadığı tespit edildiğinde, devletlere daha geniş takdir marjı verilmektedir. Julia Kapelanska-Pregowska, European Court of Human Rights, Case of Lambert and Others v. France, *Comparative Law Review*, Y. 2016, V. 21, s. 169.

ya ilişkin düzenleme getirmekte ve hastaların yaşamlarının korunmasını sağlamaktadır. Karar verme sürecinde -her ne kadar Lambert'in yazılı bir beyanı/vasiyeti bulunmasa da- tarafların iradeleri dikkate alınmıştır. Üçüncü hususa ilişkin olarak ise, yargıya başvurma yolları bulunmaktadır.

Sonuç olarak, AİHM konunun tıbbi, etik ve hukuki açılardan karmaşık olduğunu belirtmekte; tedavinin sona erdirilmesinin ulusal kanunlara ve sözleşmeye uygunluğunu belirlemenin öncelikle ulusal makamların görevi olduğunu tespit etmektedir. Sözleşmeci devletin öldürmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak, yaşam destek ünitelerinin çekilmesinin yaşama son verme kastı taşımadığı, aksine acı çekmenin önlenmesi amacına yönelik olduğu belirlenmiştir. Sözleşmeci devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak AİHM, Ulusal Mahkemenin Lambert'in eşinin ve kuzeninin ortaya koyduğu Lambert'in iradesini yeterli derecede açık bulduğuna vurgu yapmıştır; ayrıca Pretty/İngiltere kararında yaptığı, yaşamı kısaltsa ya da ölümcül sonuçlara yol açsa dahi, tedavinin reddedilmesine ilişkin yaptığı tespiti hatırlatmıştır. (Bu tespit uyarınca, sonucu ölümcül dahi olsa tedavinin reddedilmesi durumunda, akli melekeleri yerinde bir hastanın rızası olmadan tedavi uygulanması 8. maddede garanti edilen kişisel bütünlük hakkına müdahale oluşturacaktır.) AİHM, doktorların karar verme sürecinin ve ulusal mahkeme tarafından yorumlanan yasal çerçevenin 2. maddenin gereklerine uygun olduğu ve ulusal mahkeme kararının yerine getirilmesinin 2. maddeyi ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır.[159]

AİHM kararında yaşam destek ünitelerinin çekilmesi konusunda, yaşamın kutsallığı ile yaşamın niteliği ve özerklik hakkı arasında denge kurulmaya çalışıldığı gözlenmektedir.[160] Nitekim, kararda, her ne kadar 2. maddeye ilişkin değerlendirme yapılsa da sözleşmenin bütünlüğü

159 Ayrıca bkz. Arend Corneils Hendriks, End of Life Decisions. Recent Jurisprudence of the European Convention on Human Rights, *ERA Forum,* 2019, 19, s. 568.

160 https://strasbourgobservers.com/2015/07/06/from-therapeutic-abstention-to-the-right-to-die-the-case-of-lambert-and-others-v-france/, 01.12. 2021

çerçevesinde 8. maddeye de referans yapılmıştır.[161] Karar, ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında değerlendirildiğini göstermemekte, yapay beslenme araçlarının çekilmesinin 2. maddeden kaynaklanan olumlu yükümlülükleri ihlal etmediğini tespit etmektedir.

Kararda on iki yargıç yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmederken beş yargıç muhalif kalmıştır. Muhalif yargıçlar, Lambert'in ölme iradesine ilişkin yeterli delil bulunmadığının, katı ve sıvı beslenmenin olağan bakım kapsamında olduğunun ve bilinci kapalı olan bir hastanın yaşamının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğunun altını çizmişlerdir.

Kararda özellikle Fransız mevzuatı uyarınca, karara konu olan durumun ötanazi ya da intihara yardım olmadığı ve fakat makul olmayan uzunluktaki tedavinin sürdürülmemesine ilişkin olduğu vurgulanmaktadır.[162] Ancak karşı oy yazan yargıçlar, mahkemenin önüne gelen olayın ötanazi olduğunu belirtmişlerdir.

Kararda iradeye dayalı olmayan pasif ötanazi düzenlemesi ve uygulaması devletin takdir marjı içinde görülmüştür. AİHM, yaşam desteğinin çekilmesine ilişkin koşul ve usuller konusunda Avrupa devletleri arasında konsensüs bulunmadığını ancak hastaların iradelerinin göz önüne alınması konusunda konsensüs olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, belirtmemiz gerekir ki pasif ötanazi kural olarak bilinci açık kişilerin açık iradesi var ise söz konusu olmaktadır. Bilincin kapalı olması durumunda hastanın en yakın akrabalarının görüşlerine başvurulması[163] ya da yaşarken açık bir beyanının bulunup bulunmadığına bakılması da söz konusu olabilmekle birlikte[164], somut olayda hastalık öncesi ortaya konulan yazılı bir irade beyanı bulunmadığı gibi anne babanın ötanazi

161 p. 142.

162 p. 141; Ancak başvurucular, kanundaki kriterlerin gerçekleşmediğini ve mevcut durumun ötanaziye tekabül ettiğini belirtmektedir. p. 119.

163 Arın Naman, "Pro ve Contra Argümanlarla Etik Açıdan Ötanazi", içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), III. Ulusal Sağlık Hukuku, *Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, (Pro ve Contra), s. 17; bkz. Dünya Hekimler Birliği Venedig Bildirisi (1983).

164 Özen/Ekici Şahin, s. 22, 32.

uygulanmasına açıkça karşı çıktıkları görülmektedir. Lambert'in iradesini ortaya koymasının mümkün olmaması karşısında, beslenme ve sıvı alımının kesilmesinin 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklere uygun görülmesi tartışmaları da beraberinde getirmiştir. AİHM, kararını gerekçelendirirken özellikle prosedürel gerekliliklere uyulup uyulmadığını tespit etmiş,[165] yasanın gereken açıklıkta olması ve ulusal mahkeme önündeki işleyişin değerlendirilmesi kararın temellendirilmesi için yeterli bulunmuştur.[166]

Kanaatimizce, ölme hakkı özerklik hakkı kapsamında kabul edilse dahi, Lambert'in iradesini açıkça ortaya koymamış olması ve acı çektiğinin tespitinin mümkün olmaması olgusu karşısında,[167] beslenme ve sıvı verilmesinin kesilmesi, devletin yaşam hakkından ve 3. maddeden kaynaklanan yükümlülükleriyle bağdaşır görünmemektedir. Kararın, daha önce Haas kararında ortaya konan prensibe uygun olmadığı da söylenebilir. Bu prensip, 2. madde uyarınca devletlere, kırılgan kişileri -özgürce almadıkları kararlara karşı- koruma yükümlülüğü yüklemektedir.[168]

Kararda devletin takdir marjı kapsamında, yaşam hakkı ile özerklik hakkı arasında bir denge kurması gerektiği belirlenmektedir. Ancak daha önce hemşire olan Lambert'in önceden verilmiş yazılı bir beyanı bulunmamaktadır. Karşı oy yazısında belirtildiği gibi, iradesini ortaya koyamayan kırılgan kişiler için yaşam hakkı söz konusu olduğunda devlete bırakılan takdir marjının daralacağını düşünmekteyiz.[169] Kopelanska-Pregowska, bu kararda, adil bir denge kurulup kurulmadığı, mü-

165 Sartori, s. 38.

166 Kapelanska-Pregowska, s. 174.

167 Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının söz konusu olması için kendi kararının verebilecek durumda olması hakkında bkz. Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, s. 45 vd.

168 Haas/İsviçre, başvuru no. 31322/07, 20.01.201, p. 54.

169 Ostrovska, böylesi önemli bir konuda, AİHM'nin Sözleşmeci devletler arasında bir konsensüs bulunmaması nedenine dayanarak Lambert'i açlık ve susuzlukla ölüme mahkûm etmesini eleştirmektedir. Ostrovska, s. 63.

dahalenin gerekli/oranlı olup olmadığı konusunda AİHM'in tespitine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir.[170]

Gard ve Diğerleri/İngiltere[171] kararına konu olan olayda henüz bir yaşını doldurmamış olan Charlie Gard'ın mahkeme kararı ile yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verilmesi söz konusudur. AİHM'e başvuruyu bebek için anne ve babası yapmıştır. Charlie Gard'da doğumunu takiben çok nadir görülen bir hastalık ortaya çıkmış ve beyin kasları ile solunum yeteneği ciddi şekilde etkilenmiştir. Bebek, zaman içinde hareket edemez, gözlerini açamaz, uyarıcılara tepki veremez hale gelmiştir. Zaman içinde, diğer organları da hastalıktan etkilenmiştir ve bebek yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşayabilmektedir.

Hastane Yönetimi, mahkemeye başvurarak yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verilmesini istemiştir. Anne ve baba ise ABD'de uygulanan deneysel bir tedaviye başlamak istemektedir. Süreç içinde mahkeme, çocuğun yüksek yararını objektif bir şekilde gözetmesi için, bebeğe bir vasi atamıştır. İngiliz mahkemeleri, uzman kuruluş ve kişiler ile çocuğun vasisinin görüşüne başvurarak deneysel bir tedavinin uygulanmasının İngiliz kanunları ve Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca çocuğun yüksek yararına olmayacağına kanaat getirmiştir. Ölümcül bir hastalığı olan Charlie Gard için tedavinin uzatılması onun daha fazla acı çekmesine neden olacaktır. Böylelikle yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi de çocuğun yararı ile ailenin yararı çatıştığında çocuğun yararının üstün tutulacağını belirtmiştir.

Başvurucular (ikinci ve üçüncü başvurucu), bebeğin yaşam destek ünitesinin çekilmesinin, onun yaşam hakkı ile kişi güvenliği hakkını ihlal edeceğini iddia etmektedir; ayrıca, yaşam destek ünitesinin çekilmesi konusunda kendi iradelerinin dikkate alınmamasının ebeveyn haklarını koruyan Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvuruculara göre, İngiliz mahkemelerinin çocuğun önemli bir acı çekip çekmediğini değerlendirmesi gerekirdi.

170 Kapelanska-Pregowska, s. 173.

171 Gard ve Diğerleri/İngiltere, Başvuru No. 39793/17, 27.06.2017.

AİHM, Lambert ve Diğerleri Kararı'nın bir emsal karar olduğunu ve o kararda ortaya konulan ilkelerin uygulanacağını belirtmiş ve tıbbi tedavinin sonlandırılmasında, ilgili kararda ortaya konan üç ilkenin dikkate alınacağını belirlemiştir. Tekrar belirtmek gerekirse bu ilkeler:

1. Sözleşmenin 2. maddesiyle uyumlu bir düzenleyici çerçevenin ve uygulamanın bulunması;

2. Tıbbi personelin fikirlerinin yanı sıra, başvurucunun önceden ortaya konan iradesinin ve yakınlarının görüşlerinin dikkate alınmış olması.

3. Hastanın yararını sağlayacak en iyi kararın ne olacağı konusunda şüphe duyulduğunda mahkemeye başvurma imkanının bulunmasıdır.

AİHM, sözleşmeci devletlerin hem yaşam destek ünitesinin çekilmesi ve buna ilişkin düzenlemeler hakkında hem de hastanın yaşam hakkı ile özel yaşam hakkı ve kişisel özerkliği arasında denge kurulması yolları konusunda geniş bir takdir marjına sahip olduklarını da hatırlatmıştır. Kuşkusuz bu takdir marjı sınırsız değildir ve Sözleşme'nin 2. maddesine uygun kullanılıp kullanılmadığı Mahkeme tarafından denetlenmektedir.[172]

Bu bağlamda AİHM birinci koşul çerçevesinde İngiliz kanunlarının ve uygulamasının[173] yaşamın korunması yükümlülüğü konusunda bir açık içermediğini tespit etmiştir. İkinci koşul çerçevesinde, bebeğin iradesini ortaya koyamaması karşısında, ulusal mahkemelerce, bu amaçla bebek için mahkeme tarafından atanan bağımsız ve profesyonel vasi aracılığıyla dileklerinin ortaya konulmasının sağlandığı kaydedilmiştir. Ayrıca, tıbbi görevlilerin görüşleri ayrıntılı biçimde değerlendirilmiştir. Hem ülke içindeki hem de başka bir Avrupa ülkesindeki uzmanların

172 p. 84.

173 AİHM kararında BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde (Oviedo Sözleşmesi) düzenlenen rızaya ilişkin hükme gönderme yapılmıştır. Biyotıp Sözleşmesi md. 6/2 uyarınca "*müdahaleye izin verme ehliyeti bulunmayan küçük söz konusu olduğunda, müdahale yasal temsilcilerinin ya da kanunun yetki verdiği kişinin izniyle yapılabilir.*"

görüşleri ile ABD'deki doktorun ve anne babanın fikirleri değerlendirilmiştir. Üçüncü koşula ilişkin olarak, sorunun çözümü için mahkemeye başvurma olanaklarının sağlandığı belirlenmiştir. Böylelikle, her üç koşulun da gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Bundan dolayı, devletin takdir marjı ışığında, başvuru 2. madde açısından açıkça temelsiz kabul edilerek, kabul edilmezlik kararı verilmiştir.

Söz konusu karar, iradesini ortaya koyamayan bir yaşındaki bebeğin yaşamının sona erdirilmesine ilişkin olup, karara konu olan olayda anne babanın yaşamı sona erdirme iradesi de bulunmamaktadır. Devletin atadığı vasi ile uzman görüşlerine dayanarak yaşamın sona erdirilmesi Lambert ve Diğerleri Kararı'nın da bir adım ötesine geçildiğini göstermektedir. Anne-babanın iradesinin dahi bulunmaması karşısında pasif ötanazinin uygulanmasının yaşam hakkıyla bağdaşmasının çok zor olduğunu düşünmekteyiz.[174] Karar verme yeteneği bulunmayanlar konusunda kimin yaşayıp kimin yaşamayacağını toplumun karar verme noktasına getirme, istemsiz ötanazi uygulamasına kapı aralayabilecektir.[175] Kararda, başvuruya konu olan olayda devletin takdir marjına sahip olduğu ve bu takdir marjı kullanılırken yaşam hakkı ile kişisel özerklik arasındaki dengenin gözetileceği belirtilmişti. İradesini ortaya

174 Biton Serdaroğlu'na göre, temyiz kudreti olmayan küçük veya kısıtlı için ölme hakkının temsilci kanalıyla kullanılması zor hatta imkansızdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar temsilci kanalıyla kullanılamaz. Ötanazi sadece kişilerin kendi özerklik hakkı çerçevesinde kabul edilebilir. Kaldı ki Hasta Hakları Yönetmeliği'nin de 24/1 maddesi uyarınca tıbbi müdahalelerde veli ya da vasinin izni aranırken, Yönetmelik uyarınca hayati tehlike bulunduğunda tedaviye başlamadan veya tedaviye başladıktan sonra tedaviyi reddetmek konusunda veli veya vasiye yetki tanınmamıştır. Biton Serdaroğlu, s. 466; Türk Hukukunda veli ya da vasinin izni olsa dahi çocuklar ve akıl hastaları için ötanazinin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Veli ya da vasinin talebi üzerine çocuk veya akıl hastasına müdahalede bulunmayarak hastanın ölmesinin talep edildiği durumlarda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/4 maddesi uyarınca hekimin Mahkemeye başvurması gereklidir. Aksi halde hekimin TCK md. 83 uyarınca ihmal suretiyle insan öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Bkz. Altunkaş, s. 94. Artuk /Yenidünya'ya göre, Türk Hukuku açısından iradesini ortaya koyamayan kişiler için yaşam destek ünitelerinin çekilmesi, açık bir düzenleme bulunmadığı için kasten adam öldürme suçunu oluşturur. Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 140; Mahmutoğlu'na göre, bilinci kapalı olan kişiler için hasta yakınları yaşam destek ünitelerinin çekilmesine karar veremezler. Yaşam hakkı başkasına devredilemez ve bu haktan vazgeçilemez. Hasta, bilincini kaybetmeden önce vekaletname verse dahi, bu vekaletname yokluk sebebiyle geçersiz sayılacaktır. Mahmutoğlu, s. 9, 10.

175 Namal, Pro ve Contra, s. 31.

koyamayan bir bebek için özerklik hakkından söz edilmesi doktrinde eleştirilmiştir.[176]

Bu kararın ardından geri dönüşü bulunmayan ölümcül hastalığı olan iki çocuğun daha, yaşam destek ünitelerinin çekilmesi kararları AİHM önüne getirilmiştir. Her iki başvuruda da anne-babanın, çocuklarının yaşatılmasını istemesi söz konusudur. Başvurular, Gard ve Diğerleri kararı doğrultusunda kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanmıştır.[177] Gard ve Diğerleri ve onu izleyen aynı yöndeki kararlarda Lambert ve Diğerleri kararında ortaya konan prensipler uygulanmıştır.[178] Böylelikle prosedürel garantilere uyulup uyulmadığı konusundaki belirleme, bu kararların da temelini oluşturmuştur.[179]

b. Ulusal Düzeyde Seçili Kararlar

Ulusal düzeyde verilen bazı kararlara baktığımızda, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 2015 tarihli kararı[180] önem taşımaktadır. Karara konu olan olayda, ölümcül nitelikte neurodegenerative hastalığı bulunan kişinin hekim yardımlı intihar talebi Ceza Kanunu'ndaki yasaklayıcı hüküm uyarınca reddedilmiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar kanunun amacı, kırılgan durumdaki kişileri korumak olsa da hekim yardımlı intiharın

176 Nitekim İngiliz Mahkemeleri özerklik hakkından ziyade yaşamın niteliğine vurgu yapmışlardı. AİHM, ötanaziye ilişkin kararlarında, hastaların isteklerinin dikkate alınacağı konusunda Avrupa devletleri arasında konsensüs olduğunun altını çizmektedir. Gard ve Diğerleri kararında bu isteğin bebeğin vasisi aracılığıyla ortaya konabileceği kabul edilmiş olmaktadır. Bkz. Sartori, s. 42.

177 Afiri ve Biddarri /Fransa, başvuru no.1828/18, 21.01.2018; Haastrup /Birleşik Krallık, başvuru no.9865/18, 06.03. 2018; Ayrıca bkz. Hendriks, s. 569.

178 Sartori, s. 42; Gard ve Diğerleri kararına ilişkin olarak Hammond-Browning, bu zor konuda karar vermek için sosyal medyaya değil, yasal sisteme bakmanın doğru olacağını belirtmektedir. Yazara göre, ulusal Mahkeme böylesine hassas bir konuda, çocuğun yararını gözetmek için arabulucu görevi görür. Mahkeme tüm ilgililerin görüşünü almakla birlikte bebeğin çıkarlarını ön plana çıkartmıştır. Natasha Hammond-Browning, When Doctors and Parents Don't Agree: The Story of Charlie Gard, *Bioethical Inquiry*, Y. 2017, V. 14, s. 468.

179 Sartori, devlete bırakılan geniş taktir marjı ışığında, Lambert ve Diğerleri kararında (ve daha sonra Lambert ilkelerinin uygulandığı kararlarda) esasa ilişkin meseleden ziyade prosedürel garantilere uyulup uyulmadığının denetlendiğini tespit etmektedir. Sartori, s. 38 vd.

180 Supreme Court of Canada, Carter v. Canada (Attorney General), No. 35591, 6 February 2015; Ayrıca bkz. Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 24.

tümüyle yasaklanmış olması her zaman amaca hizmet etmemektedir. Yasa, mahkeme tarafından oransız görülmüş ve düzenlemenin Kanada Haklar Şartı'nın 7. maddesinde yer alan yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal ettiği tespit edilmiştir. Yaşam hakkının ihlal edilmesinin sebebi, intiharın acemice ve daha sonra intihar edilemeyeceği kaygısıyla daha önceden yerine getirilebilecek olmasıdır. Bireyin, ağır tıbbi duruma tepkisi, insan onuru ve özerklik açısından kritik bir meseledir. Kanunun getirdiği yasak, bu durumdaki kişilerin vücut bütünlükleri ve tıbbi bakımları ile ilgili karar verme haklarını reddetmekte ve dolayısıyla kişi güvenliğini ihlal etmektedir. İlgili yasanın iptal edilmesinin ardından, 2016 yılında intihara tıbbi yardım, belirli durumlarda -Ölüme Tıbbi Yardım Kanunu ile- yasal hale getirilmiş ve 2021 yılında çıkarılan kanunla intihara yardımın alanı genişletilmiştir.[181]

Kanada Yüksek Mahkemesi 2015 tarihli kararına konu olan kanunu 1993 yılında verdiği Rodriquez davasında[182] anayasaya uygun bulmuştu. O dönemde karar, yaşamın kutsallığına ve devletin insan yaşamını korumadaki yararına dayanmaktaydı. Karar uyarınca, hekim yardımlı intiharın kabul edilmesi beraberinde -özellikle kırılgan kişilere karşı- kötüye kullanılmaları da beraberinde getirebilecekti. Bununla birlikte, mahkemenin 1993 tarihli kararında da yardım almadan intiharın mümkün olmadığı durumlarda, böyle bir yasak getirilmesinin, hastayı özerklikten mahrum bırakacağı tespit edilmişti.[183]

Güney Afrika Pretoria Yüksek Mahkemesi'nin 2015 tarihli bir kararına konu olan olayda[184], başvurucu 4. evre kanser hastası olup, birkaç hafta ömrü kalmıştır ve bakanlıktan ölümüne yardım etmesi için doktor veya intihar edebilmek için öldürücü dozda ilaç talep etmektedir. Mah-

181 https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/rodriguez-case-1993, 02.12.2021.

182 Rodriguez v. Attorney General of Canada, 1993. Ayrıca bkz. Shala/Gusha, s. 79; Heirwegh Tess, *Euthanasia, One's Final Human Right, The Case of Euthanasia For Children*, Uppsala University, European Master's Degree in Human Rights and Democratesation. (Supervisor: Lind Anna-Sara), Uppsala-2016, s. 28.

183 Bkz. Besirevic, s. 25.

184 Pretoria High Court, Stransham-Ford v. Minister of Justice and Correctional Services and Others, no. 27401/15, 04.05.2015.

keme, yaşam hakkının insan onuruyla güçlü bir bağının olduğunu; insan onurunun soyut bir kavram olmakla birlikte, kanserin son aşamalarının onurlu bir şekilde ölmeye izin verdiğine inanıldığını belirtmektedir. Mahkemeye göre, yaşam hakkı, yaşamın kalitesine hiç bakılmaksızın, yaşamaya zorunlu olmak anlamına gelmemelidir. Mahkemenin kararı uyarınca, ölümcül ve acı çeken hasta, doktorunun yardımıyla intihar edebilir ve doktor herhangi bir cezai ya da idari yaptırıma uğratılamaz. Karar uyarınca, isteğe bağlı aktif ötanazi ya da hekim yardımlı intihar belirli durumlarda meşru kabul edilebilir.

Macaristan Anayasa Mahkemesi 2003 tarihinde *ötanazi*ye ilişkin bir karar vermiştir.[185] Sağlık Kanunu'nun 15. maddesi tedavinin reddedilmesi hakkını düzenlemekte, ayrıca yaşam destek ünitelerinin çekilmesini belirli şartlarla mümkün kılmaktadır. Yasa, pasif ötanaziye ilişkin belirli şartlar getirdiği/ aktif ötanaziyi mümkün kılmadığı için anayasada garanti edilen insan onuruna aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüştür. Macaristan Anayasası'nın 54. maddesinde yaşam hakkı ve insan onuru, 8. maddesinde ise kendi kaderini belirleme hakkı düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre yaşam hakkı ve insan onuru mutlak haklar iken insan onurundan türetilen kendi kaderini belirleme hakkı sınırlandırılabilen bir haktır. Yaşam hakkı ve insan onuru birbirinden ayrılamaz ve ikisi de mutlak haktır. Bu bağlamda yasa ile pasif ötanazinin şartlara bağlanarak, aktif ötanazinin öngörülmemiş olması Anayasaya uygun bulunmuştur.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi 1997 tarihinde verdiği bir kararla[186] aktif ötanaziyi kasten insan öldürmeye göre daha düşük biçimde cezalandıran kanunu anayasaya uygun görmüştü. Başvuruda, ilgili düzenlemenin yaşam hakkına ve eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülmüştü. Başvurucuya göre, söz konusu düzenleme uyarınca, devlet yaşamın ko-

185 HUN-3003-2-003; http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2003-2-003?fn=document-frameset.htm$f=templates$3.0, 14.11.2021.

186 https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9214, 12.01.2022; Ayrıca bkz. Bertil Emrah Oder s. "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme" içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, (Ötanazi), s. 5 vd.

runması konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmeyecektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre hastanın açık rızası ile acısını dindirmek ve acıma saikiyle öldürülmesi durumunda ceza indirimi uygulanması yaşam hakkına aykırılık oluşturmaz. Mahkemeye göre, yaşam hakkı, elverişli ve saygın koşullarda yaşamayı içeren bir haktır ve bundan dolayı yaşamaya devam etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer bir kişi yaşamına son vermek istiyorsa ve yaşamını değersiz buluyorsa, sınırlama olmaksızın bunu gerçekleştirme hakkına sahiptir. Bu noktada devletin yükümlülüğü hastanın aydınlatılmış onamı ve onura uygun ölmeyi istemesine odaklıdır. Bu koşulların sağlanması durumunda saygın koşullarda yaşama temel hakkı onurlu bir şekilde ölme hakkını içermektedir. Bir kişiyi acı içinde yaşamaya zorlamak, bu kişinin onur ve özerkliğini yok ederek, ona kötü muamelede bulunmak anlamını taşır. Anayasa Mahkemesi, aydınlatılmış ve açık onam üzerine yaşama son verecek kişinin hekim olması gerektiğine de kararında yer vermektedir. Kararda hekimin sadece daha az ceza alması değil, hiç ceza almamasının da -yasa çıkarılması şartıyla- Anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmiştir.[187] Kolombiya Anayasa Mahkemesi Anayasanın yaşamın ve sağlığın korunmasına ilişkin hükümlerini bireysel özerklik ve insan onuru ile bağlantılı olarak yorumlamıştır. Yaşam hakkına ilişkin koruyucu düzenlemeler mutlak değil, bu düzenlemelerle çatışan diğer haklar ile uyumlu ve bağlantılı olarak değerlendirilmiştir.[188] Oder, Mahkemenin yaşam hakkının sınırlarına ilişkin olarak, yaşam hakkı ile özerklik hakkı arasında, her iki hakka da optimal yürürlük imkânı sağlayan pratik uyum yöntemine benzeyen bir yorum yapıldığı sonucuna varmıştır. Burada devletin yaşamı koruma yükümlülüğü ihlal edilmemektedir. Yaşam hakkından, acı çeken insanlar için yaşama zorunluluğu türetilemez; aksi halde kötü muamele yasağı ihlal edilmiş olur. [189]

187 Kolombiya Anayasa Mahkemesi, yasa koyucuya altı kez ötanazi konusunda düzenleme yapma çağrısında bulunmuştur. Bu çağrı son olarak, 16 Ekim 2021 tarihinde ötanaziye ilişkin yasal düzenlenin reddedilmesi ile olumsuz sonuçlanmıştır. Kolombiya'da ötanaziye ilişkin şartları Sağlık ve Sosyal Koruma Bakanlığı ilk kez 2015 tarihinde belirlemiştir. Bakanlığın son düzenlemesi 2021 tarihlidir. (Resolution of 917 of 2021) https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20971%20de%202021.pdf,12.1.2022.

188 Oder, Ötanazi, s. 7.

189 Oder, Ötanazi, s. 7, 8.

Yukarıda örnekleri verilen yargısal kararlarla, günümüzde yaşam hakkı vazgeçilmez bir hak olmaktan çıkmıştır.[190]

c. Değerlendirme

Ötanazi ve yaşam hakkı birlikte değerlendirildiğinde pek çok tartışmalı husus karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle doğal hukuktan kaynaklanan yaşam hakkının vazgeçilmezliği pek çok yazar tarafından savunulduğu gibi, bu husus yukarıda belirtilen bazı pozitif hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Doğal hukuk kaynaklı vazgeçilmezliği/devredilmezliği savunmak, aslında iktidarların insan haklarını ortadan kaldırmalarına bir kalkan vazifesi de görmektedir. Ancak bugün gelinen noktada vazgeçilmezlik çoğu kez mutlak olarak yorumlanmamaktadır.[191] Onurlu bir şekilde ölme hakkı söz konusu olduğunda yaşam hakkından vazgeçilebileceği, yaşam hakkının onurlu biçimde ölme hakkını içerdiği ya da yaşam hakkından vazgeçmenin söz konusu olamamasına rağmen yaşama son vermeye izin verilerek yaşamdan vazgeçilebileceğine ilişkin görüşlere yukarıda yer vermiştik.

Şu hâlde, birkaç farklı soru/sorun karşımıza çıkmaktadır. Birinci sorun; ötanazinin yaşam hakkı kapsamında kabul edilip edilemeyeceği, farklı ve daha spesifik ifade edecek olursak yaşam hakkının, ölümcül ve acı çeken hastalar için hekim yardımlı olarak insan onuruna uygun biçimde ölme hakkını içerip içermeyeceğidir.

AİHM kararlarına bakıldığında ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte AİHM, iradesini ortaya koyamayanlar açısından yaşam destek ünitelerinin çekilmesini- yakınlarının istemi ya da mahkeme kararı var ise- belirli koşullarda yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklere aykırı görmemektedir. Bu konuda 2. maddenin 8. madde ile birlikte değerlen-

190 İnceoğlu, s. 113.

191 Diego Zannoni, "Right or Duty to Live, Euthanasia and Assisted Suicide From the Perspective of the European Convention On Human Rights", European Journal of Legal Studies, Y. 2020, V. 12, N. 2, s. 182, 183.

dirildiğini de görmekteyiz.[192] Avrupa'da yaşam desteğinin çekilmesine ilişkin koşullar konusunda konsensüs bulunmaması devlete geniş takdir marjı bırakılmasının gerekçesini oluşturmuştur.

Seçili mahkeme kararlarına bakıldığında -Kolombiya Anayasa Mahkemesi ya da Güney Afrika Pretoria Yüksek Mahkemesi gibi- ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında değerlendirildiği ifadeler göze çarpmaktadır.

Kanaatimizce, yaşam hakkının kapsamının yaşam hakkının tam tersi olan ölme hakkını içerecek biçimde yorumlanması mümkün değildir. Yaşam hakkı kişilerin yaşamlarını sürdürmesini mümkün kılan bir haktır. Yaşamın sürdürülmesi konusunda devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Ölme hakkı gerek AİHS'de gerekse anayasamızda yaşam hakkına getirilmiş istisnalar arasında da yer almamaktadır. Bize göre, yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin mutlak olmaması kabul edilse dahi, bu durum ölme hakkının yaşam hakkının kapsamında kabul edilmesi ya da istisnaları arasına sokulmasını yine de mümkün kılmaz.

Bununla birlikte yaşam hakkını bir anayasada ya da uluslararası insan hakları sözleşmesinde diğer haklardan bağımsız düşünmek mümkün değildir. Bu bağlamda ölme hakkı başka hakların kapsamında kabul edilebilir mi? Onurlu biçimde ölme hakkı başka hakların kapsamında kabul edilirse bu durum yaşam hakkı ve devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün kabulü ile bağdaşabilir mi? Söz konusu sorunlar aşağıda tartışılmaktadır.

B. Ötanazi ve Diğer Haklar

Günümüzde pasif ötanazi -tedavinin reddedilmesi bağlamında- tüm Common Law ülkeleriyle diğer ülkelerin büyük bir bölümünde özerklik hakkı/ kişinin kendine ilişkin kararları alması kapsamında tanınmaktadır.[193]Ancak, konu aktif ötanazi olduğunda, konu kişisel

[192] p. 142.

[193] Besirevic, s. 23.

özerklik kapsamında değerlendirilse bile, yaşam hakkı ile çatışma söz konusu olmaktadır. Çünkü devletin yaşamı ve kırılgan grupları, kötüye kullanmalara karşı koruma görevi bulunmaktadır.[194] Bu bağlamda ötanazinin genel olarak özel yaşam üzerindeki hak/özerklik hakkı kapsamında kabul edilip edilmeyeceği veya kabul edilse bile yaşam hakkı ile çatışma sorunu karşımızı çıkmaktadır.

Bir diğer husus, ölme hakkının tanınmamasının ve kişilerin acı içinde ölmesinin, işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edip etmeyeceği ya da ölme hakkının kötü muamele görmeme hakkı kapsamında kabul edilip edilmeyeceği konusudur.

Belirtmek gerekir ki devletlerin hem özel yaşam üzerinde hak hem de işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin olarak negatif yükümlülüklerinin yanı sıra pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.

1. Doktrin

Ötanazinin suç olmaktan çıkarılmasını savunan görüşler, ağırlıklı olarak kişinin kendi kaderini kendisinin belirleme hakkı olduğuna veya özel yaşam üzerindeki hakka dayanmaktadır.[195] Günümüzde pek çok yazar, istemli ötanazi taleplerinin kişi özerkliği kapsamında kabul edilmesi gerektiğini savunulmaktadır.[196]

Kişinin yaşamına ne zaman son vereceğine dair kararı vermesinin insan onuru ile de ilişkisi kurulmaktadır.[197] Bir diğer argüman ötanazinin yasaklanmasının kötü muamele yasağını ihlal edecek olmasıdır.[198]

194 Besirevic, s. 26; Wicks, s. 243.

195 Gifford, s. 1575; Ekici Şahin, s. 270.

196 Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. III, S. 2, Özel Sayı: Türk Alman Hukuku Sempozyumu, (İnsan Hakları), s. 290; Shala/Gusha, s. 79.

197 Shala/Gusha, s. 79.

198 Shala/Gusha, s. 80; Güven, s. 115.

Gören, intiharın yaşam hakkı kapsamına girmemekle birlikte, Anayasamızın 17. maddesinde garanti edilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının kapsamına girdiğini belirtmektedir. Yazar, insan onuruna yakışır bir ölüm konusunda kişinin hak sahibi olup olmadığının, anayasamızın Başlangıç kısmında güvence altına alınmış olan insan onurunun korunması ilkesine göre değerlendirileceğini belirtmektedir.[199]

Özen ve Şahin, pasif ötanazi konusunu -kişinin iradesi olmak koşuluyla yaşam destek ünitelerinin çekilmesi dahil- kişinin kendi kaderini belirlemesi ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı kapsamında görmektedir. Bu hakların ihlal edilmesi, hiçbir mesleki görev düşüncesi ile kabul edilemez. Hatta, hekim, hastanın tedaviyi reddetme beyanına rağmen tedaviye devam ederse, cezai sorumluluğu ortaya çıkacaktır.[200] Ünver, hastanın tedaviyi reddetme hakkını hastanın beden bütünlüğü üzerindeki hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında görmektedir.[201] Bilinci yerinde olmayan kişilerin, rıza ehliyeti olmayan küçüklerin ve akıl hastalarının durumu ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu noktada bazı yazarlar, hastanın kendi kaderini belirleme hakkının ortadan kalkmadığını, ancak ehliyetsiz kişi adına kanuni temsilcisinin karar vereceğini belirtirler. Rıza ehliyetinin sonradan yitirilmesi halinde, kişinin rıza ehliyetini kaybetmeden önce kendisine bir vekil bırakıp bırakmadığına bakılır. Bununla birlikte, yetkili kılınan kişi kararı neye göre verecektir? Bu kişinin hastanın bilinci yerinde olsa idi, nasıl karar vereceğini ve hastanın iyiliğinin neyi gerektirdiğini objektif olarak değerlendirmesi gereklidir. Eğer hastanın tedaviyi reddedeceğine dair bir bilgi var ise buna göre davranılmalıdır.[202]

Metin'e göre ötanazinin bireysel otonomi kapsamında değerlendirilmesi isabetlidir. Ancak bunun için hastanın bilincinin açık olması ön koşuldur.[203]

Oder, 1982 Anayasası bağlamında, ötanazinin kişinin maddi ve ma-

199 Gören, Anayasa, s. 514.

200 Özen/Ekici Şahin, s. 21, 31.

201 Ünver, s. 39.

202 Özen/Ekici Şahin, s. 22, 32; Ekici Şahin, s. 271.

203 Metin, *Biyo-Tıp*, s. 291.

nevi varlığını geliştirme hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı veya özel yaşama saygı hakkı haklarının norm alanlarına girebileceğini belirtmektedir.[204]

Whiting, devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün bulunduğuna dikkat çekmekle birlikte, yaşamı ağır biçimde tehdit eden pek çok faaliyetin devlet tarafından yasaklanmadığını belirtmektedir. Motor yarışları, yüksekten atlama ya da sigara içilmesi gibi. Yaşam hakkının vazgeçilmezliğiyle bu faaliyetlerin bağdaşabilmesinin sebebi ise kişinin kişisel özerkliği ve özel yaşam üzerindeki hakkıdır. Özel yaşam üzerindeki hak, başkalarının hakları etkilenmediği sürece, kişileri devlet müdahalelerine karşı korur. Yazar, iradesini ortaya koyabilen kişiler açısından yaşama son vermeyi de bu bağlamda değerlendirmektedir.[205]

2. Yargı Kararları

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM'in verdiği Pretty/İngiltere[206] Kararı'na konu olayda, yukarıda belirtildiği gibi, İngiltere'de yardımlı intiharın reddedilmesi durumu söz konusu idi. Başvurucu, ölmeye ilişkin yardım alamamasının 3. maddeyi (işkence ve kötü muamele yasağı) ihlal ettiğini belirtmektedir. Başvurucuya göre, 3. madde mutlak bir hak olduğundan, diğer haklarla bir denge kurulması mümkün değildir; denge kurulsa dahi, kendisine uygulanan muamelenin oransız olduğunu ileri sürmektedir. AİHM, 3. maddeye ilişkin olarak, bu maddenin 2. maddeyle uyum içinde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Her ne kadar başvurucunun ölümü acı verecek şekilde gerçekleşse de devlet yaşama son veren eylemleri cezalandırma yükümlülüğü altında olup, pozitif yükümlülük ihlal edilmemiştir. Mahkemenin 3. maddeye ilişkin vardığı sonuç değerlendirildiğinde, 3. madde mutlak bir hak olmakla birlikte yine de 2. madde ile birlikte değerlendirildiği, bir dengeleme yapıldığı görülmektedir.

204 Oder, Ötanazi, s. 22.

205 Whiting, s. 155, 156.

206 Pretty/İngiltere, başvuru no. 2346/02, 22.01.2002.

Başvurucu, 8. maddeye (özel yaşam üzerindeki hak) ilişkin olarak, bu maddenin, ne zaman öleceğine karar vermeyi içermek üzere bedeni üzerinde karar vermeyi kapsadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, devletin 8. maddeye ilişkin müdahalesi oranlı değildir çünkü içinde bulunduğu durum göz önüne alınmamıştır. AİHM, "özel yaşam"ın geniş bir kavram olduğunu ve kişisel özerkliğin bu hakka ilişkin garantilerin altını çizen önemli bir ilke kabul edildiğini belirtmiştir. Ayrıca özel yaşam üzerindeki hak, yaşamın niteliğine ilişkin kavramları da içermektedir. Bu bağlamda, yetişkin ve temyiz kudreti olan bir hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, yaşam süresini kısaltsa ve ölümcül sonuçlara yol açsa dahi, hastaya müdahale edilmesinin onun 8. maddede korunan kişisel bütünlük hakkına müdahale oluşturacağı tespit edilmiştir. Karara konu olan olayda, tıbbi tedavi söz konusu olmasa dahi, başvurucunun hastalığı kendisinin artarak daha fazla acı çekmesine neden olmaktaydı. Mahkeme, Sözleşme'nin özünün insan onuru ve özgürlüğüne saygı göstermek olduğunu vurgulamış; yaşam hakkının kutsallığına saygı göstermenin yanı sıra, 8. madde uyarınca yaşamın kalitesinin de dikkate alınacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda mahkeme, 8. maddeye ilişkin bir müdahale olduğunu kabul etmektedir ve müdahalenin meşru olup olmadığı değerlendirmeye alınmıştır. Son tahlilde, intihara yardımın suç kabul edilmesine ilişkin müdahale, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına hizmet etmesi ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması nedeniyle haklı bulunmuştur. Pretty/İngiltere Kararı'nda, insan onuruna uygun biçimde ölme, yaşam hakkı kapsamında değil ama özel yaşam üzerindeki hak kapsamında değerlendirilmiştir.[207] Bununla birlikte, devlet özel yaşam üzerindeki hakka ilişkin yükümlülükleri kapsamında ölüme yardımı serbest bırakma yükümlülüğü altında değildir.[208]

Haas /İsviçre[209] başvurusuna konu olan olayda bipolar olan başvurucu intihar etmek için gerekli olan özel bir maddenin reçete ile yazılması için psikiyatristlere başvurmuş ancak talebi reddedilmişti. Başvurucu

207 Oder, Ötanazi, s. 16.

208 Wicks, s. 197.

209 Haas/İsviçre, başvuru no. 31322/07, 20.01.2011.

8. maddede yer alan özel yaşam üzerindeki hakka haksız müdahale edildiğini ileri sürmektedir. AİHM, bir kişinin hangi yollarla ve ne zaman yaşamına son vereceğine karar vermenin, özgürce karar verme yeteneğine sahip olma şartıyla, özel yaşam üzerindeki hakkın görünüm biçimlerinden birisi olduğunu belirtmektedir. Ancak bu kararın Pretty/İngiltere kararından ayrılan yönü, kişinin kimseden yardım almadan intihar edecek olmasıdır. AİHM, 8. maddeye ilişkin olarak, devletin onurlu bir intihar için bazı önlemler alma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilse dahi, İsviçre otoritelerinin takdir marjı bulunduğunu ve sözleşmenin ihlal edilmediğini belirtmiştir. İsviçre makamları başvurucuya intihar için farklı alternatifler sunmuştur; başvurucunun istediği spesifik ilacın başvurucuya verilmemesinin sebebi, tehlike arz eden söz konusu maddenin farklı amaçlarla da kullanılabilecek olmasıdır. Son tahlilde mahkemeye göre, sözleşmeci devletin onurlu bir şekilde ölme konusunda pozitif yükümlülüğü olduğu kabul edilse dahi, bu yükümlülük ihlal edilmemiştir. Haas başvurusunun koşulları ötanazinin koşullarından ziyade intihara ilişkindir ve Mahkeme, devletin geniş takdir marjı[210] göz önüne alındığında, onurlu bir intihar konusunda 8. maddenin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır. Her ne kadar ötanazinin unsurları olayda bulunmasa da fiziksel acı ve ölümcül hastalık bulunmaması durumunda bile, onurlu bir ölümün koşullarının sağlanmasına yönelik "karar hakkının" 8. madde kapsamında görülmesi dikkat çekicidir. 8. maddeye ilişkin değerlendirme yapılırken, Sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gereği vurgulanarak, sözleşmenin 2. maddesine gönderme yapılmış[211] ve haklar arasında dengeleme yapılmıştır.[212]

Koch/Almanya kararına konu olan olayda, başvurucu bedeni toptan felç olan eşi için ulusal makamlardan intihara yönelik ilaç talep et-

210 p. 55.

211 Kararda 2. Maddeye ilişkin şu tespit yapılmıştır: 2. Madde devlet otoritelerine, kendi hayatlarını tehlikeye atmaları söz konusu olsa bile, yine de kırılgan kişileri koruma yükümlülüğü yüklemektedir. 2. madde bu kişileri, özgür iradeleri ile alınmayan kararlara karşı korumaktadır. p. 54.

212 Sartori'ye göre, kararın iki önemli yönünden birisi yaşama ne zaman ve ne şekilde son verileceğine dair karar hakkının 8. madde kapsamında görülmesidir. Mahkeme kararında açıkça "karar alma hakkı" ifadesi bulunması, diğeri ise yaşam hakkı ve özel yaşam üzerindeki hak arasında dengeleme yoluna gidilmesidir. Daria Sartori, End-of-Life Issues and the European Court of Human Rights, The Value of Personal Autonomy a "Proceduralized" Review, *Questions of International Law*, Y. 2018, V. 52, s. 30.

miş ancak talebi reddedilmiştir. Alman yargısal makamları başvurucunun talebini esastan incelemeyi reddetmiştir. Sonrasında başvurucu ve eşi İsviçre'ye giderek intihar için yardım almıştır. AİHM, bu kararda da kendi iradesini ortaya koyabilmesi koşuluyla kişinin hangi yollarla ve ne zaman yaşamına son vereceğine karar verme hakkının 8. maddenin görünüm biçimlerinden birisi olduğunu belirtmiştir. Başvurucuyla eşinin yakın ilişkisi göz önüne alındığında, Alman yargısal makamlarının başvuruyu incelemeyi reddetmesinin, intihara yardıma izin verilsin ya da verilmesin, 8. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Gross/İsviçre[213] başvurusunda, ölümcül hastalığı bulunmayan başvurucu İsviçre otoriteleri tarafından kendisine ölümcül dozda ilaç verilmediği için 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM ilgili dairesi, 8. maddenin ihlal edildiğini çünkü İsviçre kanunlarında hangi hallerde intihara yardıma izin verildiğinin belirli olmadığını tespit etmiştir. Ancak başvuru Büyük Daire'nin önüne geldiğinde, başvurucunun mahkemeye yanlış bilgi verdiği anlaşılmış ve başvuru hakkının kötüye kullanımı sebebiyle başvuru reddedilmiştir.

Yukarıda yer alan tüm kararlar değerlendirildiğinde, başvuruculaın ölüme ilişkin kararlarının 8. madde kapsamında kabul edilerek incelendiği ve bu kararların özel yaşam üzerinde hak[214] kapsamında kabul edildiği görülmektedir. Müdahalelerin ihlal oluşturup oluşturmamasını ise, hem 8. maddede yer alan kriterler hem de 2. madde ile yapılan dengeleme belirlemektedir. Son tahlilde, yardımlı intiharın Sözleşme kapsamında kabul edilmesi gerektiğine dair bir sonuç ortaya çıkmamıştır.

AİHM'in Lings/Danimarka[215] kararında "yardımlı intihar" düşünceyi açıklama özgürlüğü açısından değerlendirme konusu olmuştur ve

213 Gross/İsviçre, başvuru no. 67810/10, 14.05.2013.

214 Özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı, AİHS'nde yer alışı ve Sözleşme kapsamında devletin yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi ile bireyin tedaviyi reddetme ve ölme hakkı konusunda bkz. Sultan Üzeltürk, *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı,* İstanbul- 2004, s. 4 vd; s. 157 vd. ve 187.

215 Lings/Danimarka, no. 15136/20, 12.04. 2022.

Büyük Daire, Nisan 2022 tarihinde karar vermiştir. Karara konu olan olayda emekli doktor olan başvurucu üç ayrı olay sebebiyle intihara yardım etmek suçundan mahkûm olmuştur. Başvurucu intihara yardım için bir rehber hazırlayıp internet sitesinde yayınlamıştır; ancak mahkûm olmasının sebebi hastalarla birebir ilişki içine girerek tavsiyeler vermesidir. Hastalardan ikisi intihar sonucu ölmüştür. İntihar eden bir diğer hasta ise kurtarılmıştır ve hastalıklarının tedavi edilmesiyle hayatını sürdürmektedir. Başvurucu altmış gün hapis cezası almış ve bu ceza ertelenmiştir. Başvurucu düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmektedir. AİHM, Danimarka'da yer alan intihara yardım yasağına ilişkin kanun maddesini soyut olarak inceleyemeyeceğini ancak kanunun uygulanmasının Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespit edebileceğini belirtmektedir. Kararda, ötanazi ve intihara yardım konusunda sözleşmeci devletler arasında bir konsensüs bulunmadığı ve bu konularda devletlerin geniş bir takdir marjına sahip oldukları hatırlatılmıştır. Başvurucunun cezası -erteleme de göz önüne alındığında- demokratik toplumun gerekleri açısından incelenmiş ve sağlığın/başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması açısından oransız görülmemiştir.

AİHM'in ölme hakkına ilişkin kararlarında, yaşamın sonuna ilişkin meselelerde devletlerin geniş bir takdir marjına[216] sahip oldukları hatırlatılmaktadır ve devletlerin düzenleme ya da uygulamaları -ister ölme hakkı korunsun isterse korunmasın- kural olarak Sözleşme'ye uygun bulunmaktadır. Ölme hakkı, AİHM'in devletlere geniş takdir marjı bıraktığı spesifik bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır[217] ve bu konuda geniş takdir marjı bırakılmasının başlıca sebepleri ahlaki boyutun olması ile devletler arasında konsensüs bulunmamasıdır.[218]

216 Takdir marjı doktrini, AİHM içtihadı ile geliştirilmiştir. Bununla birlikte, 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 no'lu protokol ile, "Sözleşmeci devletlerin takdir marjına sahip oldukları" ibaresi Sözleşmenin başlangıç bölümüne eklenmiştir. Takdir marjı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gölcüklü, Avrupa, s. 146; Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Boston-1996; Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Puman rights Law: Deference and Proportionality,* Oxford-2013.

217 Michaela Simion, Euthanasia, Pros and Cons in the Jurisprudende of the European Court on Human Rights, *Fiat Iustitia,* Y. 2019 (2), s. 174.

218 Lings/Danimarka, no. 15136/20, 12.04.2022, p. 60; Devletlere bu denli geniş takdir marjı bırakılmasının bir sebebi de Simion'a göre, Avrupa'da ötanaziye karşı veya taraftar olan kamuoyunun baskısıdır. Simion, s. 182.

b. Ulusal Düzeyde Seçili Kararlar

ABD'de pasif ötanazi Yüksek Mahkeme kararları ile anayasa kapsamında görülen özel yaşam hakkının (özerklik /kendi kaderini belirleme hakkı) bir parçası olarak görülmektedir.[219] Böylelikle yaşam hakkının vazgeçilmez bir hak olarak kabul edilmemesi söz konusu olmuştur.[220]

Kolombiya Anayasa Mahkemesi aktif ötanaziye kasten adam öldürmeye oranla daha hafif ceza öngören norma ilişkin olarak verdiği -yukarıda yer verilen- kararda[221], yaşamın kutsallığından bağımsız olarak, kişilerin kendi yaşamlarını belirleyebileceklerini tespit etmiştir. Kişiyi acının devamına zorlamak anayasada yer alan kötü muamele yasağı anlamına gelir ki bu durum kişi onurunu ve özerkliğini yok eder. Anayasa Mahkemesi, bireysel özerklik ve insan onuruna dayalı bir kanıtlama ile aktif ötanaziye ilişkin normların anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır.[222] Mahkeme tarafından, devletin yaşam hakkına ilişkin yükümlülüğünü, kişinin onuru ve özerkliğini gözardı ederek yerine getiremeyeceği değerlendirmesi yapılmıştır.[223]

Kanada Yüksek Mahkemesi ise, hekim yardımlı intihara ilişkin ceza öngören kanun hükmünün yaşam hakkının yanı sıra kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını da ihlal ettiğini tespit etmiştir ki sözü edilen ikinci hak özerklik ve yaşam kalitesine ilişkindir.[224] Yasa ile öngörülen müdahale her ne kadar meşru amaca dayanmaktaysa da oransız bulunmuştur.

Macaristan Anayasa Mahkemesi aktif ötanaziyi özerklik hakkı kapsamında bulmamıştır.[225]

219 İnceoğlu, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C.III, S.2, Özel Sayı: Türk Alman Hukuku Sempozyumu, (İnsan Hakları), s. 290; Besirevic, s. 25.

220 İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 113.

221 https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9214, 12.01.2022.

222 Oder, Ötanazi, s. 7.

223 Oder, Ötanazi, s. 8.

224 Supreme Court of Canada, Carter v. Canada (Attorney General), No. 35591, 06.02.2015.

225 Besirevic, s. 25.

3. Değerlendirme

AİHM kararları da dikkate alındığında kişinin kendi yaşamı üzerinde karar alma hakkının özel yaşam üzerinde hak/kişi özerkliği kapsamında kabul edildiği görülmektedir.[226] Ancak bu durum, ötanazinin kabul edilmesi gerektiği anlamını taşımamaktadır.[227] AİHM kararları çerçevesinde, devletin özel yaşama ve özelde ölme istemine yönelik müdahaleleri, meşru amaç bulunması ve müdahalenin oranlı olması durumunda kuşkusuz haklı bulunabilecektir. AİHM özel yaşam üzerinde hak ile yaşam hakkı arasında çatışma bulunduğu için haklar arasında dengeleme/uyumlaştırma yoluna gitmektedir.[228] Öyle ki mutlak hak olan kötü muamele yasağı söz konusu olduğunda dahi, Pretty/İngiltere Kararı'nda 3. madde ile 2. madde arasında dengeleme yoluna gidilmiş ve 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Kararların tümünde -sözleşmeci devletler arasında konsensüs bulunmadığı ve ölme hakkı pek çok açıdan tartışmalı bir konu olduğu için- devletlere geniş takdir marjı bırakılmıştır.[229] AİHM, irade dışı pasif ötanazi düzenleme ve uygulamalarını devletlerin takdir marjı içinde bulmuştur; aktif ötanaziye ilişkin bir karar bulunmamaktadır.

Dünya üzerinde seçili mahkeme kararlarına bakıldığında da onurlu bir biçimde ölme hakkının özerklik hakkı/özel yaşam üzerinde hak kapsamında görüldüğü göze çarpmaktadır. Kuşkusuz ölme hakkının bu hakların kapsamına girmesi, devletin çıkarttığı sınırlayıcı kanunların söz konusu hakları her durumda ihlal edeceği anlamına gelmemektedir.

Ölme hakkı, özerklik hakkı kapsamında kabul edilse dahi, yaşam hakkı daima bu hakka sınır çizmektedir.[230] Kanaatimizce bu sınır çer-

226 Oder, Ötanazi, s. 16.

227 Zannoni, s. 196.

228 Simion, s. 174; Zannoni, s. 183.

229 Simion, s. 174.

230 Yardımlı intiharın özerklik hakkı kapsamında değerlendirilebileceği ancak intihara yardımın devletin yaşam hakkı konusunda pozitif yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Wicks, s. 177 vd. Bu bağlamda yazar, devletin özerklik hakkı konusunda pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmekle birlikte, yaşam hakkıyla birlikte değerlendirildiğinde, bu yükümlülüğün intihara yardımı yasallaştırmayı gerektirmediği sonucuna varmaktadır.

çevesinde, iradeye bağlı pasif ötanazi haklar arasında adil bir denge kurulmasına müsait olmakla birlikte aktif ötanazinin devletin yaşam hakkı konusundaki pozitif yükümlülükleri ile bağdaşması mümkün görünmemektedir.[231] Her ne kadar yukarıda belirtilen bazı ülkelerde aktif ötanazi kabul edilmiş olsa da bu ülkeler sağlık hizmetlerinin ve palyatif bakım hizmetlerinin ileri düzeyde sağlanmış olduğu ülkelerdir[232] ve bu ülkeler açısından da kırılgan grupların yaşam hakkı açısından endişeler varlığını sürdürmektedir.[233]

Belirli durumlarda ötanazinin diğer haklar kapsamında görülmesi ve yaşam hakkı ile dengelemeye gidilmesi, kuşkusuz yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliğinin mutlak olarak kabul edilmemesi anlamına gelmektedir. Ölme hakkı bir başka hakkın kapsamında kabul edilse dahi yaşam hakkı/devletin yaşamı koruma yükümlülüğü ile çatışma olmaması için, ölme hakkına ilişkin düzenlemelerin açık/belirli olması ve güvenceler içermesi gereklidir.

C. Müstakil Bir İnsan Hakkı Olarak Ötanazi

Eroğul, insan haklarının zaman içinde genişleyen bir kavram olduğuna gönderme yaparak, ölme hakkının tıpkı çevre ve barış hakları gibi son zamanlarda belirmeye başlayan bir özgürlük alanı olduğunu belirtmektedir.[234] Metin ise hak/ödev korelasyonu bağlamında, ölme hakkı şeklinde bir hakkın bulunmadığını ve ötanazinin bireysel otonomi kapsamında değerlendirilmesinin daha isabetli olduğunu belirtmektedir.[235] Hollanda'da aktif ötanazi yasal olarak kabul edilmekle birlikte, ölme hakkının bulunup bulunmadığı şeklinde bir formülasyon yapılmamış, ötanazi yasal bir medikal prosedür olarak ele alınmıştır.[236]

231 Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 34, Güven, s. 113.

232 Griffiths/Weyers/Adams, s. 17, 269;

233 Keown, s. 149.

234 Eroğul, s. 53.

235 Metin, *Biyo-Tıp*, s. 291.

236 Besirevic, s. 26.

Ölme hakkı veya ötanazi uygulaması herhangi bir Anayasada/uluslararası belgede müstakil bir hak olarak kabul edilmemektedir. Sadece bazı ulusal hukuklarda yasal düzenlemeler yapılması, ölme hakkının şartlarının belirlenmesi veya ötanazi uygulayan kişilere yönelik cezaların kaldırılması/hafifletilmesi söz konusudur. İnsan hakları dinamik bir kavramdır; ölme hakkının bağımsız bir insan hakkı olarak ileri sürülmesi ve gelecekte pozitif hukuka aktarılması da mümkündür.

IV. 1982 ANAYASASI IŞIĞINDA TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÖTANAZİYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

1982 Anayasası'nın 12. maddesinde herkesin vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmekte, 17. maddede yaşam hakkı garanti altına alınmaktadır. 17. maddenin dördüncü fıkrasında yaşam hakkının istisnaları sayılmakta olup bu istisnalar arasında ölme hakkı ya da insan onuruna uygun biçimde ölme hakkı yer almamaktadır.[237] Yaşam hakkının en temel insan hakkı olması, yaşam hakkının bulunmaması durumunda diğer hakların kullanılmasının mümkün olmaması ve istisnalarının 17. maddede sınırlı olarak sayılı oluşu karşısında, yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliği mutlak kabul edilmese dahi, ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında kabul edilmesini mümkün görmemekteyiz. Devletin yaşam hakkının korunması konusunda pozitif yükümlülükleri bulunmakta olup, en önemli görevi kişilerin yaşamlarının devamının sağlanmasıdır.

Ölümcül ve tedavisi mümkün olmayan hastalar için insan onuruna uygun biçimde ölme hakkı/ötanazi Anayasamızın 20. maddesinde garanti edilen özel yaşam üzerindeki hak veya 17. maddede yer alan maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı kapsamında kabul edilebilir. İnsan haklarının kapsamı zaman içinde genişleyebilmektedir. Ancak bu durum diğer haklar kapsamında görülebilecek insan onuruna uygun ölme hakkının/ötanazinin koşulsuz kabul edileceği ve sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir.

237 Anayasa md. 17/4: "meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

Anayasamızda ötanaziyi kapsayabilecek sözü edilen her iki hakka ilişkin olarak 17. ve 20. maddelerde özel sınırlama sebepleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte temel hakların doğalarına içkin bir takım nesnel sınırları olduğu gibi özel sınırlama sebepleri bulunmayan hakların Anayasada yer alan diğer hüküm veya temel haklarla sınırlı olarak kabul edilmeleri söz konusudur.[238] Bu bağlamda ötanazi, kanuni düzenleme ile ilgili haklar kapsamında görülse dahi, yaşam hakkı düzenlemeye bir sınır oluşturacak[239] ya da ölme hakkını içerecek şekilde yorumlanan ilgili hak (özel yaşam üzerindeki hak ya da maddi manevi varlığın geliştirilmesi hakkı) çatışma yaşanan yaşam hakkı ile birlikte değerlendirilerek dengelenecektir.[240]

Türk Hukuku'nda ötanaziye ilişkin düzenlemelere bakıldığında, öncelikle Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un[241] ve taraf olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin[242] ilgili hükümlerini dikkate almak gereklidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için, hiyerarşik olarak kanunların üzerinde yer almaktadır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi uyarınca *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muva-*

238 Oder, Ötanazi, s. 23; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Çalışma,* İstanbul-2010, (Yorum Yöntemleri), s. 64 vd; Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı,* Y. 2002, C.19, s. 288 vd.; Tijen Dündar Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi,* Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 390 vd; Örnek Anayasa Mahkemesi kararları: Esas Sayısı. 2001/309, Karar Sayısı. 2002/9, K.G. 15.10.2002; Esas Sayısı. 2009/67, Karar Sayısı. 2009/119, K.G. 01.10.2009; Esas Sayısı. 2006/21, Karar Sayısı. 2006/38, K.G. 13.03.2006; Metin Özdemir, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Hukuku Dergisi,* Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 413 vd.

239 Söz konusu sınırların 13. maddedeki ilkelere uygun olması gereklidir.

240 Bkz. Oder, Ötanazi, s. 22, 23.

241 1219 sayılı Kanun. Kabul Tarihi. 11.04.1928, R.G. 14.04.1928.

242 Türkiye Sözleşmeyi 04.04.1997 yılında imzalamıştır. Sözleşme 02.07.2004 tarihinde onaylanmış ve Türkiye açısından 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

fakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"

Kanun tıbbi uygulamalar için onam aramakta, yaşam riski oluştursa dahi başlamış olan bir tedavinin reddedilmesi ya da durdurulması konusunda herhangi bir açıklık getirmemektedir.

İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca: *"Sağlık alanında herhangi bir girişim, ilgili kişinin bu girişime özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza(onam) vermesinden sonra yapılabilir.*

Bu kişiye önceden, girişimin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilecektir.

İlgili kişi, verdiği onamı her zaman, serbestçe geri alabilir"

Sözleşme'nin 6. maddesi rıza verme yeteneği bulunmayanların korunmasına ilişkindir. Maddede, küçükler ile akıl hastalığı ya da başka bir hastalık sebebiyle temsilcisinin veya yasa ile belirlenen kişi veya makamın izni ile girişimde bulunabileceği belirtilmektedir. Onamın geri çekilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

9. maddede ise *"Girişim sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi girişim ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır"* hükmü yer almaktadır.

Sözleşme, tedaviye başlanması için ya da tedavinin devamı için hastanın onamını aramaktadır. Dolayısıyla pasif ötanazi Sözleşme'yle bağdaşmaktadır. Bununla birlikte, küçükler, akıl hastaları ya da bilinci yerinde olmayanlar açısından tedaviden vazgeçilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Tek istisna hastanın bilincini yitirmeden önce iradesini ortaya koymuş olmasıdır.

Tıbbi Deontoloji Nizannamesi[243] md. 13/3 uyarınca "Tabip *ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz."* Bununla birlikte 14. madde uyarınca hekimin, hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükellef olduğu düzenlenmektedir. Nizamnamenin sadece dolaylı ötanaziye cevaz verdiği söylenebilir. [244]

Hasta Hakları Yönetmeliği'ne[245] bakıldığında, Yönetmeliğin 13. maddesi 1. fıkrası uyarınca *"ötanazi yasaktır."* Maddenin 2. fıkrasına göre *"Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez."*

13. madde ile her ne kadar ötanazi yasaklansa da 24. ve 25. maddeler ile tedaviyi ret ve tedaviden vazgeçme hakkı tanınmaktadır. Madde 24/1 uyarınca, *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz"*. 24/5 uyarınca ise, *"Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır"*. 2014 yılından önce rızanın geri alınması tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıydı. Ancak bu hüküm 24. maddeden çıkarılmış ve tedavi sırasında da tedavinin reddedilmesi veya durdurulmasını isteme hakkı verilmiştir.

Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi'ne paralel olarak ister tedavinin başında isterse tedavi sırasında pasif ötanazi Türk Hukuku'nda kabul edilmiştir. Bu bağlamda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde yer alan ötanazi yasağı aktif ötanazi yasağı olarak anlaşılmaktadır. Teda-

243 Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 13.01.1960, No. 4/12578; R.G. tarihi. 19.02.1960, No. 10436.

244 Bkz. Namal, Pro ve Contra, s. 18; Özen-Ekici Şahin, s. 31.

245 R.G. tarihi. 01.08.1998, R.G sayısı. 23420.

vinin reddi bağlamında pasif ötanazi, iradesini açıklayabilenler açısından kabul edilmektedir.

Yönetmelik md. *24/4* uyarınca "*Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346'ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır."* Bu hüküm uyarınca, hastanın veli veya vasisinin müdahaleye rızası yok ise ve hastanın hayatı bakımından derhal müdahale edilmesini gerektiren bir durum var ise hekimin Mahkemeye başvurması gereklidir.[246] Küçük ve mahcurlar için tedavinin başında veli veya vasinin izni aranmakla birlikte, tedavi sırasında veli veya vasinin tedaviden vazgeçmesi Yönetmeliğin 25. maddesinde düzenlenmemektedir.

Sonuç olarak Biyotıp Sözleşmesi, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde en ayrıntılı düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca, iradesini ortaya koyabilen kişiler açısından pasif ötanazi tanınmıştır. Bilinci kapanan kişiler açısından önceden belirtilen istekler dikkate alınmakta; küçük ve mahcurlar için tedaviye izin verilmesinde veli ve vasinin izni aranırken; kanuni temsilcinin izni bulunmaması durumunda Mahkeme kararına başvurulması esası kabul edilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/1 tıbbi müdahalelerde küçük ve mahcurlar için veli ya da vasinin iznini ararken, maddenin 3. ve 4. fıkraları, hayati tehlike olduğunda tedaviye başlamadan veya başladıktan sonra tedaviyi reddetmek konusunda veli veya vasiye herhangi bir yetki tanınmamıştır.[247] Bu durumda ağırlıklı olarak pasif ötanazi kapsamında değerlendirilen yaşam destek ünitelerinin çekilmesi de iradesini ortaya koyabilen kişiler veya önceden iradesini açıklamış kişiler açısından tedavinin reddi bağlamında mümkün olacaktır.[248] Bununla birlikte önceden iradesini ortaya koymayıp bilinci

246 Altunkaş, s. 93.

247 Biton Serdaroğlu, s. 466.

248 Namal'a göre yaşam destek ünitelerinin kapatılması tıbbı müdahaleye izin verilmemesi ya da verilen iznin geri alınması kapsamında değerlendirilir. Namal, Pro ve Contra, s. 15; Karşı görüş için bkz. Altunkaş, s. 66.

kapalı hastalar ile temyiz kudreti bulunmayanlar açısından pasif ötanazinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Türk Ceza Hukuku açısından Türk Ceza Kanunu'nda ötanaziye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ağırlıklı olarak, iradesini ortaya koyabilenler açısından[249] pasif ötanazinin suç teşkil etmediği,[250] bilinci kapalı olanlar açısından daha önce açık bir beyanı ya da vasiyetnamesi bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerektiği,[251] ancak küçükler ve akıl hastaları açısından veli veya vasi istese de ötanazi uygulanamayacağı kabul edilmektedir.[252] Aktif ötanazi ise her halükârda suç teşkil etmektedir.[253]

Her ne kadar Biyotıp Sözleşmesi ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun tedavi için onam öngörse de Hasta Hakları Yönetmeliği, ilgili Sözleşme ve Kanun'da yer alan düzenlemelerin kapsamını genişletmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sı-

249 Rıza gösteremeyecek durumda olanlar açısından yaşam destek ünitesinin çekilmesi hususunda hukukumuzda düzenleme bulunmadığı için, bu durum kasten insan öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Altunkaş, s. 87. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/7 uyarınca: *"Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur."*

250 Ünver, s. 40; Altunkaş, s. 90; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 2016-Ankara, s. 440, 441; Ekici Şahin, s. 279; Özen-Ekici Şahin, s. 19, 31; Türk Hukuku'nda pasif ötanazinin de suç teşkil ettiğine dair görüş için bkz. Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 137. Bu görüşün temel dayanağı, mutlak tasarruf yetkisi bulunmayan yaşam hakkı konusunda mağdurun rızasının hukuka aykırılığı kaldırmayacak oluşudur. Bununla birlikte tedavinin reddedilmesi anlamında pasif ötanazi söz konusu olduğunda hekimin cezai sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. s. 139; Biton Serdaroğlu, s. 482.

251 Ekici Şahin, s. 281; Ünver'e göre, pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi söz konusu olduğunda, rıza ve tıbbi müdahalenin geçerli koşulları söz konusu olduğunda konu tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilmelidir ve bu hususun ceza hukukunu ilgilendiren bir boyutu bulunmamaktadır; burada suç teşkil eden bir durumdan söz etmek mümkün değildir. Ünver, s. 39.

252 Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 140; Altunkaş, s. 94: Veli veya vasinin müdahalede bulunulmayarak ölmeye izin verilmesini talep etmesi durumunda hekimin Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/4 uyarınca Mahkemeye başvurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen hekim açısından TCK md. 83 uyarınca ihmal suretiyle adam öldürme suçu söz konusu olacaktır.

253 Aktif ötanazi TCK md. 81 uyarınca kasten insan öldürme suçunu oluşturacaktır. Altunkaş, s. 87; Ekici Şahin, s. 281; Metin, *Biyo-Tıp*, s. 387; Ünver, s. 39, 67; Namal, Pro ve Contra, s. 26.

nırlandırılabilmesi, yürütmenin işlemlerinin kanuna dayanma zorunluluğu[254] söz konusu olduğundan ve tereddütlerin giderilmesi açısından Türk Hukuku'nda tedavinin reddedilmesi hakkı ile küçük, mahcur ve bilinci kapalı kişiler açısından konuya ilişkin hassas düzenlemeler mutlaka kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.[255]

Kanaatimizce kanuni düzenleme ile getirilecek olan tedavinin reddedilmesi bağlamında ötanazi, Anayasamızda yer alan özel yaşam üzerinde hak ile maddi ve manevi manevi varlığın geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu haklar kapsamında ele alınacak insan onuruna uygun ölme hakkının varlığının kabul edilmesi gerekli olmakla birlikte, kuşkusuz sınırsız olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ötanaziyi içeren haklar (özel yaşam üzerinde hak ile maddi veya manevi manevi varlığın geliştirilmesi hakkı) için yaşam hakkı ve sağlık hakkının sınır getirdiği kabul edilmeli ya da ilgili haklar yaşam hakkı ve sağlık hakkıyla dengelenerek sınırları belirlenmelidir.[256] Getirilen sınırlar ise anayasamızın 13. maddesindeki ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü gibi kriterlere uygun olmalıdır.

Bu bağlamda kanaatimizce iradesini ortaya koyabilenler açısından pasif ötanazi kabul edilmeli ancak küçükler, akıl hastaları ve bilinci kapalı olup önceden iradesini belirtmeyenler açısından[257] pasif ötanazi yasal olmamalıdır.[258] Ötanazi ancak kişinin kendi iradesi kapsamında özerklik haklarından yola çıkılarak kabul edilebilecek bir olgudur. İradesi olma-

254 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Bursa-2021, s. 292. Anayasamızın 124. maddesi uyarınca yönetmelikler kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanuna dayanmadan ve fakat yürütmeye ilişkin konularda çıkarılabilir. Ayrıca Anayasa 104/17 uyarınca Anayasamızın 2. kısmının 1., 2. ve 4. bölümünde yer alan kişi hakları ve siyasal haklar cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenemez.

255 Oder, Ötanazi, s. 24; Metin, *Biyo-Tıp,* s. 388, 389; Biton Serdaroğlu, s. 483.

256 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oder, Ötanazi, s. 22, 23.

257 Şebnem Akipek Öcal, "Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu" içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin-2017, s. 124.

258 Bu noktada bir diğer görüş önceden açıklanmış irade olmasa ya da vasiyetname olmasa bile; yakın akrabaların veya yasal temsilcinin görüşünün dikkate alınmasıdır. Ekici Şahin, s. 281.

yan hastanın yerine geçilerek yaşamına son verilmemesi gerekir.[259] Bu noktada son kararı ise Mahkeme verebilmelidir.

Pasif ötanazinin kabulü ile yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliğinin mutlak olarak kabul edilmediği bir gerçekliktir. Ancak bu noktada kişinin iradesinin yanı sıra, ötanazinin tüm koşullarının sıkı sıkıya aranacağı dikkate alınmalıdır. Ayrıca pasif ötanaziye ilişkin şartları içeren kanun, tedaviyi reddeden hastalar açısından sağlık hakkı güvencelerinin söz konusu olup olmadığının, acı dindiren ve palyatif bakım[260] imkanlarının sağlanıp sağlanmadığının denetimini öngörmelidir. Söz konusu şartların sağlanmadığı hastalar açısından gerçek ve sağlıklı bir iradenin ortaya konamayacağı kanaatindeyiz. İradesini ortaya koyabilenler ve bilinci kapanmadan önce iradesini ortaya koyanlar için yaşam destek ünitelerinin kapatılması söz konusu olduğunda ise hastanın kararının ardından belli bir süre geçmesi, etik kurulun inceleme yapması ve itiraz hakkının bulunması gibi ek güvenceler getirilmelidir.[261] Kanuni düzenleme ile fiilen uygulanan istemsiz ötanazi uygulamalarının da önüne geçilebilecektir.[262]

Aktif ötanazi ise, beraberinde kötüye kullanılmaları getirebileceğinden ve özellikle kırılgan grupların yaşam hakkına tehdit oluşturabileceğinden, kabul edilmemelidir. Kanaatimizce aktif ötanazinin kabul edilmesi ancak sosyal devletin ve sağlık hakkının tam anlamıyla sağlandığı, hastaların fiziksel ve psikolojik açıdan acı çekmemeleri için tüm tedbirlerin uygulandığı, yaşama bağlanma açısından tüm olanakların ortaya konduğu ütopik bir ortamda söz konusu olabilir. Aksi halde yaşamın sonunda acı çeken pek çok kişi yaşam yerine ölümü yeğleyecektir. Bu durumun temel hak ve özgürlüklerin ve yaşam hakkının sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

259 Biton Serdaroğlu, s. 466; İnceoğlu, İnsan Hakları, s. 290.

260 Aktif ötanazinin kabul edildiği Hollanda'da ve Belçika'da sağlık ve palyatif bakım hizmetlerinin diğer ülkelerle kıyasladığında, ileri düzeyde olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Griffiths/Weyers/Adams, s. 17, 269.

261 Önceden belirtilmiş isteklere yönelik hasta talimatnameleri konusunda da kanuni düzenlemeye yer verilmelidir. Bkz. Ünver, s. 66.

262 Türkiye'de fiilen uygulanan istemsiz ötanazi uygulamaları konusunda bkz. Namal, Tıp, s.102, 103.

SONUÇ

Doğal hukuk kaynaklı insan hakları düşüncesinde insan haklarının doğuştan, vazgeçilmez haklar olduğu kabul edilmiş ve başta yaşam hakkının vazgeçilmez bir hak olduğu kabul edilmiştir. İnsan haklarının vazgeçilmezliği bir temel prensip olarak ilk insan hakları belgelerine, bazı insan hakları sözleşmelerine ve anayasalara girmiştir.

Günümüzde yaşam hakkının vazgeçilmezliği konusundaki mutlak görüş, etkinliğini yitirmekte ya da biçim değiştirmektedir. Bu bağlamda yaşam hakkından koşulsuz vazgeçilebileceğini savunanlar olduğu gibi, sadece ötanazinin veya pasif ötanazinin şartlarının gerçekleşmesi durumunda yaşam hakkından veya yaşamdan vazgeçmenin söz konusu olabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.

Çalışmamızda yaşam hakkının vazgeçilebilir bir hak olup olmadığının başlangıç noktası olarak kabul edilmesinin sebebi, vazgeçilmezlik kabul edildiğinde ötanazinin herhangi bir türünün yaşam hakkı kapsamında kabul edilemeyeceği veya başka bir hak kapsamında kabul edilse dahi bu durumun yaşam hakkıyla bağdaşmayacak olmasıdır.

Yaşam hakkından belirli durumlarda vazgeçileceği kabul edilse dahi, hangi durumda vazgeçmenin kabul edilebileceği konusunda ötanazinin içermesi gereken şartlar ve türleri önem taşmaktadır. Aktif ötanazi, ölümcül ve acı içinde olan hastanın açık iradesi üzerine hekimin icrai bir hareketini gerektirmekte iken, pasif ötanazide hastanın iradesi üzerine hekim tedaviye başlamamakta ya da tedaviyi durdurmaktadır. Bu noktada hastalık sebebiyle iradesini açıklayamayan hastalar ile küçükler ve temyiz kudreti bulunmayanların durumu ise ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur ki bu son noktada irade dışı ötanazi söz konusudur.

Bugün geldiğimiz noktada, insan haklarının vazgeçilmezliğini ve yaşam hakkının doğuştan niteliğini tespit eden BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi açısından dahi İnsan Hakları Komitesi'nin bir Genel

Yorumu ile ötanazinin belirli şartlar altında kabul edilebileceği düzenlenmiştir. AİHM kararlarına bakıldığında ise ötanazi yaşam hakkı kapsamında görülmemekle birlikte, kişinin kendi yaşamına son verilmesine karar verme hakkı özel yaşam üzerinde hak kapsamında kabul edilmekte ve bu durumda -aralarında çatışma bulunan- özel yaşam üzerinde hak ile yaşam hakkı arasında dengeleme yapılmaktadır. AİHM, ölme hakkı söz konusu olduğunda devletlere geniş takdir marjı tanımakta; belirli şartlar gerçekleştiğinde, pasif ötanaziyi ve -hatta iradi dışı pasif ötanaziyi- Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır. Bu bağlamda bilinci yerinde olmayan ya da küçük olan ölümcül hastalar açısından yaşam destek ünitelerinin veya beslenme araçlarının çekilmesi yaşam hakkına aykırı görülmemiştir. İlgili AİHM kararlarında devletlere bırakılan geniş takdir marjı içinde prosedürel garantilere uyulup uyulmadığı odak noktası olmuştur. Kanaatimizce, bilincin yitirilmesinden önce iradesini açıkça ortaya koymamış hastalar ile küçükler ve temyiz kudretine sahip olmayanlar açısından yaşam destek ünitelerinin çekilmesi ile devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün bağdaşması çok zordur. Onurlu biçimde ölme hakkı özel yaşam üzerindeki hak kapsamında kabul edilmektedir; -iradesini ortaya koyamayanlar açısından- yapılan dengelemede yaşam hakkına üstünlük tanınmalıdır.

Farklı ülkelerin aktif ve pasif ötanaziye ilişkin yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında da onurlu ölme hakkının yaşam hakkı veya farklı insan hakları kapsamında görülmesi konusunda gelişmeler bulunmaktadır.

Günümüzde dünyadaki ülkelere bakıldığında tedavinin reddedilmesi anlamında pasif ötanazinin ağırlıklı olarak kabul edildiği, aktif ötanazinin ise dünyada sadece birkaç ülkede yasal olduğu görülmektedir. Her halükârda pasif ötanazinin kabul edilmesi yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliği prensibinin mutlak kabul edilmediği anlamını taşımaktadır.

Kanaatimizce her ne kadar günümüzde yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin mutlak olmadığına dair yaklaşım yaygınlaşmakta ise de ya-

şam hakkının ölme hakkını içerecek şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bununla birlikte onurlu biçimde ölme hakkı, başta özel yaşam üzerinde hak, kişinin varlığını geliştirme hakkı, kötü muamele yasağı gibi haklar kapsamında kabul edilebilir. Bu halde dahi yaşam hakkı ile çatışma yaşanacağından, yaşam hakkı göz önüne alınmadan ötanazinin kabul edilmesi düşünülemez. Yaşam hakkı, ötanaziyi içerdiği kabul edilen haklara bir sınır getirecek veya yaşam hakkı ile söz konusu hakların dengelenmesi gerekecektir. Böylelikle ötanazinin her türünün ve biçiminin meşru kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Sadece iradeye bağlı pasif ötanazi ile yaşam hakkının bağdaşabileceğini düşünmekteyiz.

Türk Hukuku'na ilişkin değerlendirme yaptığımızda; onurlu biçimde ölme hakkı Anayasamızda garanti edilen özel yaşam üzerinde hak (md. 20) ya da maddi ve manevi geliştirme hakkı (md. 17) kapsamında değerlendirilebilecektir. Özel sınırlama sebebi içermeyen bu haklar açısından, söz konusu haklar anayasanın bütünü içinde -çatışma yaşanılan- yaşam ve sağlık hakları ile sınırlı olarak değerlendirilecek ya da yaşam ve sağlık hakları ile dengelenecektir.

Türk Hukukunda pasif ötanaziye ilişkin olarak Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirli düzenlemeler bulunmakta ve fakat en ayrıntılı düzenleme Kanun ve Nizamname'nin sınırlarını aşacak şekilde Yönetmelik'te bulunmaktadır. Bu hükümler arasında çelişki ve çatışmalar da bulunmakla birlikte, ağırlıklı olarak hukukumuzda iradeye bağlı pasif ötanazinin hukuka uygun olduğu ve meşru olduğu edilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılabileceği ve yürütmenin işlemlerinin kanuna dayanması gereği göz önüne alındığında, yaşam hakkının korunması ve kötüye kullanmalarının engellenmesi için açık kanuni düzenleme mutlaka yapılmalıdır.

İradeye bağlı pasif ötanazi öngören kanunların ilke olarak Anayasamıza ve yaşam hakkına aykırılık taşımayacağı kanaatindeyiz.[263] Yaşam hakkının vazgeçilmezliği günümüzde mutlak olma özelliğini yitirmiş ve bu hakkın onursuz bir yaşam sürme pahasına her koşulda kabul edilemeyeceği ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte pasif ötanazi durumunda dahi, kanunun öncelikle ölümcül hastalara ağrı giderici ve bakım hizmetleri sağlayan çözümler getirmesi gerektiğini savunmaktayız. İradesini ortaya koyabilen ya da bilinci kapanmadan önce iradesini açıklayanlar açısından yaşam destek ünitelerinin kesilmesi konusunda ise, kanuni düzenleme -hastanın kararının ardından belirli bir süre geçmesi, talebi etik kurulun incelemesi gibi- ek güvenceler getirmelidir. Açık, belirli ve güvenceler içeren kanuni düzenleme ile hem kötüye kullanmalar önlenerek yaşam hakkının korunmasını sağlanacak hem de yaşam hakkı ile özerklik hakkı arasında adil bir denge kurulmuş olacaktır.

263 İradesini ortaya koyamayacak durumda olanlar için pasif ötanazi ile aktif ötanazi öngörebilecek kanunların ise öncelikle yaşam hakkına aykırı olacağı kanaatindeyiz. Onurlu biçimde ölme hakkı, özel yaşam üzerindeki hakkın ya da maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkının kapsamında görülse dahi bu haklara yaşam hakkı sınır çizecek ya da söz konusu hakların yaşam hakkı ile dengelenmeleri söz konusu olacaktır. Kanaatimizce iradesini ortaya koyamayanlar için pasif ötanazi söz konusu olduğunda eğer ölümcül hastalık ve acı çekmeye ek olarak insan onurunun açıkça zedelenmesi söz konusu ise bu konudaki nihai karar Mahkeme tarafından verilebilir.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,* Ankara- 2010.

Akın, İlhan, *Kamu Hukuku, Devlet Doktrinleri, Temel Hak ve Özgürlükler,* Ankara-1980.

Akipek, Jale-Akıntürk/Turgut- Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku,* İstanbul-2014.

Akipek Öcal, Şebnem, "Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu" içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu,* Seçkin- 2017, ss. 112-124.

Altunkaş, Aysun, "Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi" içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu,* Seçkin- 2017, ss. 59- 99.

Akhtyrska, Nataliia/Grodetskiy, Yuriy, The Right to Life From the Point of View of Personal Autonomy in Decision-Making on Euthasania, *Wiad Lek,* Y.2021, 74 (11 p.2), pp. 3108-3112.

Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, "Ötanazi", *Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan,* DEU Yay., 2001, ss. 297-319, (Ötanazi 1).

Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, "Ötanazi" içinde: Centel, Nur (Der.), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi,* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul-2011, ss.107-141, ss. 107-141, (Ötanazi 2).

Ataay, Aytekin, "Vücut (Beden) ve Ceset Üzerindeki Hak", *İÜ-Mukayaseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Y.1996, C. 20, S. 23, ss. 25-29.

Barry, Norman, *Modern Siyaset Teorisi,* Çev. Erdoğan, Mustafa, Ankara-2003.

Benatar, David, "Assisted Suicide, Voluntary Euthanasia, and the Right to Life" in: *The Right to Life and the Value of Life,* (Ed. Jon Yorke), England-2020, pp. 291-310.

Besirevic, Violeta, "The Discources of Autonomy in the International Human Rights Law: Has the Age of Right to Die Arrived?", Cuadernos *Constitucionales de la Catedra Fadrique Ceriol,* N. 62/63, pp. 19-34.

Beşiri, Arzu, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", *Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2009, S. 86, ss. 188-203.

Biton Serdaroğlu, Erika, "Ötanazi -Ölme Hakkı", *Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 465-491.

Bozkurt, Kutluhan, "Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 14, N. 2, ss. 241-270.

Çağlayan, Muhtar, "Ötanazi ve İntihar", *Adalet Dergisi*, Y. 57, 1966, S. 1, ss. 3-33.

De Castro, Mariana Parreiras Reis/Antunes, Guilherme Cafure and Others, "Euthanasia and Assisted Suicide in Western Countries: A Systematic Review", *Revista Bioetica*, Y. 2016, C. 24, N. 2, pp. 355-367.

Demirörs, Özge/Hızal, Sevinç Arslan, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2016, C. 65, S. 4, ss. 1481- 1516.

Dündar, Tijen, *Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Zafer Gören), İzmir-1998.

Dündar Sezer, Tijen, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, ss.375-411.

Ekici Şahin, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul-2012.

Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara-2007.

Eroğul, Cem, "Ölüm Hakkı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1993, C.48, S.1, ss. 47-56.

Feinberg, Joel, "Voluntary Euthanasia and Inalienable Right to Life", *The Tanner Lecture on Human Values* delivered at Michigan University, 01.04.1977,

https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf

Ferreira, Nuno, Euthanasia, Latest Legal and Social Developments in the Euthanasia Debate: Bad Moral Consciences and Political Unrest, *Medicine and Law, Medicine and Law*, Y. 2007, N. 26, pp. 387-407.

Fleming, John I., "Euthanasia: Human Rights and Inalienability", The *Linacre Quarterly*, Y. 1996, V. 63, N.1, pp. 44-56.

Gemalmaz, Semih, *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul-2003.

Gifford, Eugine Anne, "Artes Moriendi: Active Euthanasia and The Art of Dying", *UCLA Law Review*, Y. 1993, C. 40, N.6, ss. 1545-1585.

Griffiths, John-Weyers, Heleen- Adams, Maurice, *Euthanasia and Law in Europe,* Oxford-2008.

Gölcüklü, Feyyaz., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,* Ankara-2004 (Avrupa).

Gölcüklü, Feyyaz., İnsan Hakları ve İnsancıl hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı Seminerinde sunulan Tebliğ, *İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Araştırmaları Merkezi Yay*., İzmir-1997.

Gören, Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi,* (Temel Hak), Ankara-2022.

Gören, Zafer., *Anayasa Hukuku*, (Anayasa), Ankara-2020.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Bursa-2021.

Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku,* Bursa-2020.

Gündüz, Tarık/Setenay Öner/Tuncay Çınar/Hasan Din, "Hekimler Ötanaziyi Savunuyor mu?", *Adli Tıp Bülteni,* Y.1996, C.1, S.2, ss. 82-88.

Gürcan, Ertuğrul Cenk, "Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2011, C. 60, S. 2, ss. 255-280.

Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Ankara-2000.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara-2016.

Hammond-Browning, Natasha, When Doctors and Parents Don't Agree: The Story of Charlie Gard, *Bioethical Inquiry*, Y. 2017, V. 14, pp. 461-468.

Hendriks, Arend Cornelis, "End of Life Decisions. Recent Jurisprudence of the European Convention on Human Rights", *ERA Forum,* 2019, 19, pp. 561-570.

Hobbes, Thomas, *Leviathan,* Reprinted version of 1651, Oxford, 1965. https://files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf.

İnceoğlu S., *Ölme Hakkı, Ötanazi,* İstanbul-1999, (Ölme Hakkı).

İnceoğlu S., "İnsan Hakları Bakımından Ötanazi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y.2006, C.III, S.2, Özel Sayı: Türk Alman Hukuku Sempozyumu, (İnsan Hakları), ss. 289-307.

Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku,* İstanbul-1998.

Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku,* Ankara-2017.

Kapani, Münci, Kamu *Hürriyetleri,* Ankara-1993.

Kapelanska-Pregowska, Julia, European Court of Human Rights , Case of Lambert and Others v. France, *Comparative Law Review,* Y. 2016, V. 21, pp. 157-174.

Keown, John, *Euthanasia, Ethics and Public Policy, An Argument Against Legislation*, Cambridge-2002.

Kılınç, Bilal, *Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu,* Ankara- 2019.

Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Puman rights Law: Deference and Proportionality,* Oxford-2013.

Locke, John, Two Treatise of Government, London-1823. https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Ötanazi ve Yaşam Desek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu, 21. Yüzyıl Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler", *II. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Bildiri Kitabı*, Ankara 2009, ss. 1-10.

McConnell, Terrance, "The Nature and Basis of Inalienable Rights", *Law and Philosopy*, April- 1984, pp. 25-59.

Metin, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk,* İstanbul-2019, (Biyo-Tıp).

Metin, Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler,* Y. 2020, C.7, S.27, ss. 111-132**.**

Mumcu, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri,* Ankara-2003.

Nakaya, Andrea, *Thinking Critically: Euthanasia,* San Diago-2015.

Namal, Arın, "Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları- Neden Henüz Küçük Bir Alev": Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, ss. 71-107, (Türk Tıp).

Namal, Arın, "Pro ve Contra Argümanlarla Etik Açıdan Ötanazi", içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), III. Ulusal Sağlık Hukuku, *Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu*, Seçkin- 2017, ss. 11-45 (Pro ve Contra).

Nowak, Manfred, UN *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Germany-2005

Oder, Bertil Emrah, "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme" içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fa-

kültesi, *Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, (Ötanazi), ss.1-27.

Oder, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Çalışma*, İstanbul-2010, (*Yorum Yöntemleri).*

Ostrovska, B.V., Should Euthanasia be a Solution to the Problem of Decent Death? (On the Example of the Case Lambert and Others v. France, *Actual Problems of International Relations*, Y. 2019 (141), pp. 57-66

Özdemir Metin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Hukuku Dergisi,* Y. 2014, C. 3, S. 5, ss. 413-443

Özen, Muharrem-Meral Ekici Şahin, "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi,* Y. 68, 2020, S. 4, ss. 15-36.

Öztürel, Adnan, "Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.1957, C. 14, Sayı: 1-4.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,* Ankara- 2015.
Özsarı, Berat, *Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Adalet-2017.

Pathak, Rajesh Kumar, "Right to Die: International Perspective", *Criminal Law Journal,* Y. 2009, V. 2.

Sağlam, Fazıl, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, *Anayasa Yargısı*, Y. 2002, C.19, ss. 288-310.

Sartori, Daria, End-of-Life Issues and the European Court of Human Rights, The Value of Personal Autonomy a "Proceduralized" Review, *Questions of International Law*, Y. 2018, V. 52, pp. 23-43.

Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı, Felsefi Açıdan Pratiğe Doğru,* Ankara-1980.

Shala, Irena/Gusha, Gilda, "The Debate Over Euthanasia and Human Rights", *European Scientific March*, Y. 2016, V. 12, N. 8, pp. 73-81.

Simion, Mihaela, Euthanasia, Pros and Cons in the Jurisprudende of the European Court on Human Rights, *Fiat Iustitia,* Y. 2019 (2), pp. 174-182.

Surlu, Aydan, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2010, S. 87, ss. 150-194.

Tess, Heirwegh, *Euthanasia, One's Final Human Right, The Case of Euthanasia For Children,* Uppsala University, European Master's Degree in Human Rights and Democratesation. (Supervisor: Lind Anna-Sara), Uppsala-2016.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara- 2008.

Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, İstanbul-2014.
Ünver, Yener, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi" içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, ss. 27-71.

Whiting, Raymond, *A Natural Right to Die, Twentey-Three Centuries of Debate*, London-2002.

Wicks, Elizabeth, The *Right to Life and Conflicting Interests,* Oxford-2010.

Yenerer Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,* İstanbul-2002.

Yourow, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence,* Boston-1996.

Zannoni, Diego, "Right or Duty to Live, Euthanasia and Assisted Suicide From the Perspective of the European Convention On Human Rights", *European Journal of Legal Studies,* Y.2020, V.12, N.2, ss.181-212.

Üzeltürk, Sultan, *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı,* İstanbul- 2004.

RAPOR

Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016.