



Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı

The Turkish Annual of the Studies on Medical Ethics and Law
Türkisches Jahrbuch für Studien zu Ethik und Recht in der Medizin

Ekim / October / Oktober 2009 - 2010

Vol.2-3. N.2-3

ISSN: 1308-691X



Editörler: Hanzade Doğan, Fatih Selami Mahmutoğlu, Arın Namal



Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı
The Turkish Annual of the Studies on Medical
Ethics and Law
Türkisches Jahrbuch für Studien zu Ethik und
Recht in der Medizin

Editörler/Editors

In alphabetical order

Hanzade Doğan
Fatih Selami Mahmutoğlu
Arın Namal

© 2011 Nobel Tıp Kitabevleri Ltd. Şti.

TÜRK TIP ETİĞİ VE TIP HUKUKU ARAŞTIRMALARI YILLIĞI

Editörler/Editors: *In alphabetical order*

Tıp Etiği/Medical Ethics: Hanzade Doğan, Arın Namal

Hukuk/Law: Fatih Selami Mahmutoğlu

Sahibi: Öztan Usmanbaş

Yazı İşleri Müdürü: İbrahim Başağaoğlu

ISSN: 130-691X

Bu kitabın 5846 ve 2936 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası Hükümleri gereğince yazarın yazılı izni olmadan kitabın bir bölümünden alıntı yapılamaz; fotokopi yöntemiyle çoğaltılamaz; resim, şekil, sema, grafik, vb. ler kopya edilemez. Her hakkı Nobel Tıp Kitabevleri Ltd Şti'ne aittir.

Düzenleme : Nobel Tıp Kitabevleri

Kapak Resmi-

Cover Picture : Jale Yavuz

Kapak : Özkan Kaya

Baskı / Cilt : Nobel Matbaacılık,
Hadımköy-İSTANBUL



NOBEL TIP KİTABEVLERİ LTD. ŞTİ.

ÇAPA

Millet Cad. No:111 Çapa-İstanbul
Tel: (0212) 632 83 33 Fax: (0212) 587 02 17

CERRAHPAŞA

Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Karşısı
Park içi Cerrahpaşa-İstanbul
Tel: (0212) 586 17 58

KADIKÖY

Rıhtım Cad. Derya İş Merkezi No: 7
Kadıköy-İstanbul
Tel: (0216) 336 60 08

SAMSUN

Ulugazi Mah. 19 Mayıs Bulvarı 16/6
Tel: (0362) 435 08 03

ELAZIĞ

Yahya Kemal Cad. Üniversite Mah. No: 36/B
Tel: (0424) 233 43 43

ANTALYA

Meltem Mahallesi, Dumlupınar Bulvarı
Falez Sit. Toros Apt. No:183/2
Tel: 0 (242) 238 15 55

BURSA

Altıparmak Cad. Burç Pasajı, Bursa
Tel: (0224) 224 60 21

Ankara

MN MEDİKAL & NOBEL TIP KİTABEVİ

Halk Sok. No: 5 Sıhhiye-Ankara
Tel: (0312) 431 16 33

İzmir / Bornova

İZMİR GÜVEN KİTABEVİ

168. Sok. No: 10/1 Bornova-İzmir
Tel: (0232) 339 16 96

İzmir / Konak

İZMİR GÜVEN KİTABEVİ

SSK İş Hanı P/36 Konak-İzmir
Tel: (0232) 425 27 58

Adana

ADANA NOBEL KİTABEVİ

Adnan Kahveci Bulvarı 31/C Adana
Tel: (0322) 233 00 29

Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı
The Turkish Annual of the Studies on Medical Ethics and Law
Türkisches Janrbuch für Studien zu Ethik und Recht in der Medizin
Vol.2-3 No. 2-3 / Ekim / October / Oktober 2009-2010

Founder / Gründerin

Ayşegül Demirhan Erdemir

Uludağ University Medical Faculty Department of Medical Ethics and Medical History

Editörler/Editors (In alphabetical order)

Hanzade Doğan

Istanbul University Cerrahpaşa Medical Faculty Department of Medical Ethics and Medical History

Fatih Selami Mahmutoğlu

Istanbul University Faculty of Law Department of Criminal Law, Criminal Procedure Law

Arın Namal

Istanbul University Istanbul Medical Faculty Department of Medical Ethics and Medical History

Yardımcı Editörler / Assistant Editors / Schriftleitung (In alphabetical order)

Elif Atıcı

Uludağ University Medical Faculty Department of Medical Ethics and Medical History

Murat Civaner

Uludağ University Medical Faculty Department of Medical Ethics and Medical History

International Advisory Board / Internationaler Beirat (In alphabetical order)

Osman Faruk Akyol (Turkey)

Nevzat Alkan (Turkey)

Ayten Altıntaş (Turkey)

Berna Arda (Turkey)

Erdem Aydın (Turkey)

Jayapaul Azariah (India)

İbrahim Başağaoğlu (Turkey)

Koksal Bayraktar (Turkey)

Gerhold Becker (Thailand)

Erwin Bernat (Austria)

Nikola Biller-Andorno (Switzerland)

Cengiz Cakmak (Turkey)

Mebrure Değer (Turkey)

Ahmet Dinççağ (Turkey)

Gunnar Duttge (Germany)

Dietrich v.Engelhardt (Germany)

Akile Gürsoy (Turkey)

Hamit Hancı (Turkey)

John Harris (U.K.)

Hakan Hakeri (Turkey)

Caris Petra Heidel (Germany)

Esin Kahya (Turkey)

Ingrid Kästner (Germany)

Christian Kopetzki (Austria)

Adem Koyuncu (Germany)

Ulrich Körtner (Austria)

Gisela Bockenheimer Lucius (Germany)

Darryl Macer (Japan)

Yasemin Oğuz (Turkey)

Öztan Öncel (Turkey)

Zuhal Özaydın (Turkey)

Henning Rosenau (Germany)

Nil Sarı (Turkey)

Hans Ludwig Schreiber (Germany)

Yıldız Silier (Turkey)

Dieter Sturma (Germany)

Sevgi Şar (Turkey)

Brigitte Tag (Switzerland)

Jochen Taupitz (Germany)

Verena Tschudin (U.K.)

İlter Uzel (Turkey)

İsmail Yakıt (Turkey)

Claudia Wiesemann (Germany)

Urban Wiesing (Germany)

Yazı Takip Sekreteri / Editorial Secretary)

Redaktionssekretariat

Sezer Erer

Uludağ University Medical Faculty Department of
Medical Ethics and Medical History

e-mail: sezistan@yahoo.com

İçindekiler/Contents/Inhalt

Rechte, Pflichten und Tugenden in der Medizin im Zeitalter der Aufklärung – der Kranke, der Arzt, die Gesellschaft Rights, Responsibilities, Virtues in the Enlightening Period of Medicine – The Patient, The Physician, The Society	1
<i>Dietrich v. Engelhardt</i>	
Historische Kenntnis und ethisches Reflektieren. Das Beispiel Tierexperiment Reasoning of Historical Information and Ethics: An Example of Animal Experimentation . . .	21
<i>Ingrid Kästner</i>	
Die Deutsche Psychiatrie, der Patientenmord im Nationalsozialismus, die Juristischen Folgen und die Erinnerungspolitik Alman Psikiyatrisi, Nasyonal Sosyalizmde Hasta Katli, Hukuki Sonuçları ve Hatırlatma Politikası	29
<i>Thomas Müller, Jörg Kinzig, Thomas Stöckle</i>	
Licht und Schatten in der Geschichte der Seelenheilkunde im Mittelosten* Lights and Shadows in the History of Psychiatric Medicine in the Middle-East	61
<i>Günsel Koptagel-İlal</i>	
Der assistierte Suizid aus rechtlicher Sicht Assisted suicide from a legal perspective	69
<i>Gunnar Duttge</i>	
Türk ve Alman Hukukunda Embryonsal Kök Hücre Araştırmalarına İlişkin Yasal Durumların Karşılaştırılması Comparison of Legal Statuses Concerning Embryonal Stem Cell Researches in Turkish and German Law	83
<i>Mehmet Demir</i>	
Ethische Aspekte bei der Setzung von Therapiezielen Ethical Aspects Set for the Main Goals of Psychotherapy	97
<i>Leonore Kottje-Birnbacher, Dieter Bimbacher</i>	
İnsan Klonlanması ve Medikal Etik Human Cloning and Medical Ethics	111
<i>H.Hüsrev Hatemi</i>	
Bioethics in Germany, Historical back-ground, mayor debates, philosophical features Bioethik in Deutschland. Historischer Hintergrund, Hauptdebatten, Philosophische Aspekte	117
<i>Michael Fuchs</i>	

INFORMED CONSENT: Universell oder Individuell? Informed Consent: Universal or Individual?141 <i>Ayşen Yavru</i>
Organ Nakillerinde Tıbbi Müdahaleye Uygunluk ve Rıza Ehliyeti Eligibility for Medical Treatment and the Capacity to Consent in Organ Transplantation145 <i>Z.Gönül Balkır</i>
Organ Bağışlamanın Dini Boyutu The Religious Aspect of Organ Donation153 <i>İsmail Yakıt</i>
Physicians' Ethical Dilemma of Profit-Making Medicine: On American and Taiwanese Experiences of Healthcare Reform and about Trusting a Leadership Hekimlerin Kazanç Sağlama - Tıbbi Hizmet Arasındaki Etik İkiilemleri: Amerika ve Tayvan Sağlık Reformları Deneyimleri159 <i>Bing Tang</i>
Hekimlerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı ile TCK Madde 280'deki Suçu Bildirmeme Suçu Çelişiyor Mu? Does the Right of Refraining From Testimony of Medical Doctors Conflict with the Crime of Failure of the Health Personnel in Notification of An Offence169 <i>A.Batuhan Baytaz</i>
Geriatric Merkezinde Çalışan Sağlık Profesyonellerinin Tıp Etiği Sorunlarıyla İlgili Deneyimleri ve Görüşleri The Opinions and Experiences Regarding Medical Ethics Issues of Health Professionals Working in a Geriatric Center177 <i>Rana Can, Rabiye Erenoğlu, Selim Kadioğlu, Funda Kadioğlu</i>
Bilimde ve Hekimlikte Ahlaki ve Etik Kurallar (Bilimde, Akademik Yaşamda ve Tıp Mesleğinde Etik Sorunlar) Morality and Ethical Principles in Science and Medicine (Ethical Problems in Science, Academic and Medical Professions)189 <i>Günsel Koptagel-İlal</i>
The Ethical and Deontological Problems in Emergency Treatment and Care in Turkey Ethische und Deontologicshe Probleme der Notfallmedizin und -pflege in der Türkei ...199 <i>Ayşegül Demirhan Erdemir</i>
Dünyadan ve Türkiyeden Örneklerle Etik Açından Hekim Grevleri Ärztstreiks aus ethischer Sicht mit Türkischen und Internationalen Beispielen221 <i>Arın Namal</i>

İçindekiler/Contents/Inhalt

Çocuk Düşürtme Suçu Kapsamında Karşılaşılan Sorunlar Issues in the Context of Abortion243
<i>Elif Bekar</i>	
Kısırlaştırma Suçu ve Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi Meselesi The Crime of Sterilization and the Matter Relating to Castration of Perpetrator of Sexual Crimes251
<i>Can Canpolat</i>	
Osmanlı Hukuk Sistemi İçinde Tıp ve Hekimlerin Yeri The Role of Medicine and Doctors in Judge Records During Ottoman Period259
<i>Ömer Düzbakar</i>	
Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İncelemeler ile İlgili Düzenlemelerin Türk ve Alman Hukuku Açısından Değerlendirilmesi Die Beurteilung der Türkischen und Deutschen Regelungen Bezüglich der Körperlichen Untersuchungen, der Entnahme der Körperzellen, der Molekulargenetischen Untersuchungen267
<i>Aykut Ersan</i>	

Değerli Okuyucular,

2004 yılında kurulan Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği'nin süreli yayını olan TÜRK TIP ETİĞİ VE TIP HUKUKU ARAŞTIRMALARI YILLIĞI'nın ikinci sayısını sizlere sunmanın mutluluğu içindeyiz. Yıllığımız, Türkçe, Almanca ve İngilizce makaleleri yayına kabul etmekle, ülkemizde tıp etiği ve tıp hukuku alanında oluşturduğu bilimsel platformu, uluslar arası katılıma daha geniş ölçüde açmak ve daha geniş bir çevrenin desteğini almak istemişti. İlk sayımız gibi, ikinci sayımızda da beklentimize ulaştığımızı belgeleyebilmek, bizi onurlandırıyor. Bu sayımızda ülkemizden, Amerika Birleşik Devletleri'nden ve en çok da Almanya'dan katkı yapan değerli bilim adamlarının makaleleri ile buluşacaksınız. Yıllığımızı değerli makaleleri ile güçlendiren ülkemizin seçkin bilim insanlarına teşekkürlerimizi sunarız. Bilim alanında uluslar arası dayanışmanın güzel bir örneğini ortaya koyarak ilk sayımız için bizi kutlayan, yayın hayatındaki ilk yıllarında yıllığımızı makaleleri ile destekleyen yabancı ülkelerin seçkin bilim insanlarına ayrıca kalpten teşekkür ederiz.

Tıp etiği ve tıp hukuku disiplinleri, insana daha çok yaraşan bir dünya, insanlara daha yaraşacak yaşamlar için çalışıyor, düşünce üretiyor. Bu anlamlı uğraşın uluslararası platformlarından biri olmakla gurur duyan yıllığımızda, ülkemizin seçkin bilim adamlarını başka ülkelerin seçkin bilim adamları ile buluşturmaktan, böylelikle birbirinden değerli düşünceleri bir araya getirmekten gurur duyuyoruz.

Editörler Kurulumuz, yıllığımızın gelecek sayısından itibaren her sayıda ayrı bir konuya odaklanmayı, böylelikle aynı konuda ülkemizdeki yaklaşımlar ile yurt dışındaki yaklaşımları mukayese yapılacak şekilde bir araya getirmeyi kararlaştırmıştır.

Derneğimiz, 2-3 Aralık 2010 tarihinde İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Tıp Etiği ve Tıp tarihi Anabilim Dalı ile birlikte "Psikiyatride Etik ve Hukuki Sorunlar" başlığıyla uluslar arası katılımlı 4. Sempozyumunu düzenleyecektir. Yıllığımızın üçüncü sayısında, bu sempozyumun davetli konuşmacılarının bildirimlerini ve yanı sıra, aynı konuya katkı yapmaları için davet edeceğimiz seçkin bilim adamlarının yazılarını bir araya getirerek, sizlere birbirinden güzel renklerden oluşmuş kocaman bir buket sunacağız.

Tıp etiği ve tıp hukukunun ilgi alanına giren sorunların daha çok tartışılması dileklerimizle saygılar sunarız.

Doç. Dr. Hanzade Doğan

Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu

Doç. Dr. Arın Namal

Dear Readers,

We are genuinely happy to present you the second issue of THE TURKISH ANNUAL OF THE STUDIES ON MEDICAL ETHICS AND LAW, which is a periodical of the Society for Medical Ethics and Law established in 2004. Accepting articles in Turkish, German and English, we aimed to broaden the scientific platform we generated in the field of medical ethics and law and receive the support of a wider circle. As was the case in our first issue, we are proud to be able to prove that the second one has met our expectations too. In it, you can find the articles of eminent scientists from our country, the USA and especially Germany. We would like to express our warmest thanks to the distinguished scientists of our country who have strengthened our annual with their articles and the eminent people of science from other countries who have set a good example of international cooperation by celebrating us for our first issue and supporting us with their articles in the first years of our annual.

The disciplines of medical ethics and medical law work and create ideas for a better world and life for people. In our annual making us proud as an international platform of those efforts, we are truly happy to bring together the views of our country's distinguished scientists with those of other countries'.

Our editorial board has decided to focus on a different subject in each issue to come out from now on and thus to compare the approaches from our country and abroad to the same subjects.

On December 2nd and 3rd, 2010 and together with Istanbul University, Istanbul Medical Faculty, Medical Ethics and Law Department, our society is going to hold its 4th international symposium with the name of "Ethical and Legal Issues in Psychiatry". In the third issue of our annual, we are going to offer you a huge bouquet of brilliant colors by bringing together the papers of the speakers of the symposium and the articles of the distinguished scientists invited to contribute to the proceedings.

Wishing that the problems concerning medical ethics and law could be discussed more, we pay you utmost respect.

Assoc. Prof. Dr. Hanzade Doğan
Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu
Assoc. Prof. Dr. Arın Namal

Verehrte Leserinnen und Leser,

das Türkische Jahrbuch für Studien zu Ethik und Recht in der Medizin wird von dem 2004 gegründeten Verein Ethik und Recht in der Medizin herausgegeben. Wir freuen uns, Ihnen die zweite Ausgabe präsentieren zu können. Unser Jahrbuch nimmt Artikel in türkischer, deutscher und englischer Sprache auf, um das wissenschaftliche Forum, das er auf dem Gebiet von Ethik und Recht in der Medizin in unserem Land schuf, breiter internationaler Beteiligung zu öffnen und die Unterstützung breiterer Kreise zu gewährleisten. Es freut uns außerordentlich, belegen zu können, dass die zweite Ausgabe wie schon die erste unsere Erwartungen erfüllt. In dieser Ausgabe werden Sie Beiträge von Wissenschaftlern aus unserem Land, aus den Vereinigten Staaten von Amerika und vor allem aus Deutschland finden. Wir danken den herausragenden Wissenschaftlern unseres Landes, die Artikel zu unserem Jahrbuch beisteuerten. Ganz besonders danken wir den hervorragenden Wissenschaftlern aus dem Ausland, die als wunderbares Beispiel internationaler Solidarität auf dem Feld der Wissenschaften uns zu unserer ersten Ausgabe gratuliert und unser nun im zweiten Publikationsjahr stehendes Jahrbuch mit ihren Beiträgen unterstützt haben.

Die Disziplinen der medizinischen Ethik und des Rechts in der Medizin bemühen sich in Tat und geistiger Produktion um eine lebenswertere Welt und ein menschenwürdigeres Leben. Wir sind stolz darauf, eines der internationalen Foren dieses sinnvollen Bestrebens zu sein, in unserem Jahrbuch hervorragende einheimische Wissenschaftler mit ebensolchen anderer Länder zusammenzubringen und damit in ihrer Bedeutung einander in nichts nachstehende Gedanken und Beiträge einander nahe zu bringen.

Die Herausgeber haben beschlossen, ab der nächsten Ausgabe unseres Jahrbuchs für jede Ausgabe ein Schwerpunktthema zu wählen und damit die Möglichkeit zu einem Vergleich des Umgangs mit ein und demselben Thema in unserem Land und in anderen Ländern zu bieten.

Am 2.-3. Dezember 2010 hält unser Verein sein IV. Symposium mit internationaler Beteiligung unter dem Titel „Rechtliche und ethische Fragen in der Psychiatrie“ in Zusammenarbeit mit dem Fachbereich Ethik und Geschichte der Medizin der medizinischen Fakultät Istanbul der Universität Istanbul ab. In der dritten Ausgabe unseres Jahrbuchs werden wir die Symposiumsbeiträge der geladenen Referenten mit Artikeln von Wissenschaftlern, die wir um Beiträge zu demselben Thema bitten werden, zu einem großen bunten Strauß zusammenstellen.

Wir wünschen uns, dass die Fragen und Problematiken der medizinischen Ethik und des Rechts in der Medizin noch in weit größerem Umfang diskutiert werden.

Doz. Dr. Hanzade Doğan
Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu
Doz. Dr. Arın Namal

Rechte, Pflichten und Tugenden in der Medizin im Zeitalter der Aufklärung – der Kranke, der Arzt, die Gesellschaft

Dietrich v. Engelhardt

Institut für Medizingeschichte und Wissenschaftsforschung Universität zu Lübeck /Institut für Geschichte
und Ethik der Medizin der TU München
v.e@imgwf.uni-luebeck.de

Rights, Responsibilities, Virtues in the Enlightening Period of Medicine —The Patient, The Physician, The Society

Summary

Medical ethics of the present is dominated by the asymmetrical and unrealistical distribution of rights to the patient and duties to the physician; virtues are only rarely taken into consideration. In the history of medicine, as it is shown in this contribution for the 18th century, duties, rights and virtues were ascribed to the physician as well as to the patient and to the society, the family and friends. Medical ethics is substantially dependent not only on principles (justice, beneficence, non-maleficence, autonomy), but also on virtues (prudence, justice, fortitude, temperance, faith, love, hope) in disease, therapy and social assistance.

Keywords

Rights, duties, virtues, patient, physician, society, 18th century

I. Zusammenhänge

Gegenwärtige Medizinethik wird von einer asymmetrischen oder einseitigen Verteilung von Rechten und Pflichten sowie einer Vernachlässigung der Tugend bestimmt. Der Kranke soll Rechte besitzen, der Arzt hat Pflichten zu erfüllen; von Tugenden wird seltener oder kontrovers – vor allem im Verhältnis zur Bedeutung ethischer Prinzipien und Normen – gesprochen.¹ In der Geschichte der Medizin war stets von Rechten und Pflichten sowohl des Kranken als auch des Arztes die Rede, im übrigen wurde die Auffassung vertreten, daß Kranker und Arzt sich auch von Tugenden leiten lassen können und auch sollen. Rechte, Pflichten und Tu-

genden sollten schließlich ebenfalls für Angehörige und Freunde sowie Vertreter anderer gesellschaftlicher Gruppen gültig sein.

Medizinische Ethik oder Ethik in der Medizin ist nicht nur Arztethik, sondern ebenfalls Ethik des Kranken und Ethik der Gesellschaft, steht auch nicht nur für sich, sondern in einem soziokulturellen Kontext. Medizinische Ethik setzt sich aus einer Binnenstruktur und Außenbedingungen zusammen. Die Binnenstruktur besteht aus den drei Zentren: der Kranke, der Arzt und die Gesellschaft sowie den zwischen diesen Zentren bestehenden neun Relationen, da jedes Zentrum auch eine Relation zu sich selbst besitzt; der Kranke zur Krankheit und anderen Kranken, der Arzt zur Medizin, den Kollegen und Pflegekräften, die Gesellschaft zu gesellschaftlichen Untergruppen (Familie, Freunden, Arbeitskollegen etc.) und zu anderen Staaten. Die Außenbedingungen sind materieller und ideeller Natur, beziehen sich auf die Bereiche Politik, Recht, Wirtschaft einerseits, Künste, Philosophie und Theologie andererseits sowie den Fortschritt der Medizin in Diagnostik und Therapie, die sich auf den Kranken, den Arzt und die Gesellschaft in ihrem theoretisch-praktischen Umgang mit der Krankheit und dem Kranken auswirken. Sinn und Funktion der Rechte, Pflichten und Tugenden in der Medizin lassen sich nach dieser Struktur der medizinischen Ethik angemessen gliedern, beschreiben und interpretieren.

Rechte, Pflichten und Tugenden haben in der Geschichte der Philosophie, Theologie und Medizin seit der Antike bis in die Gegenwart unterschiedliche Definitionen und Begründungen mit abweichenden Auswirkungen auf den Umgang mit Gesundheit und Krankheit, Geburt und Tod, Diagnostik und Therapie sowie die Beziehung zwischen Arzt und Patient erfahren.²

Rechte können als Ansprüche definiert werden, die der Rechtsordnung und Autonomie des Menschen entsprechen und die sich juristisch einklagen lassen; in einem weiteren Sinne wird von Rechten aber auch als Ansprüchen jenseits von Gesetz und Gericht gesprochen. Keine Einigkeit besteht in der Gegenwart über die Frage der Rechte von Kindern, Säuglingen und selbst von Tieren und Pflanzen. Recht meint hier aber meist nur Respekt vor dem Eigenwert und den spezifischen Bedürfnissen des Individuums oder der Spezies und weniger oder überhaupt nicht die bewußte und vernunftorientierte Selbstverantwortung.

Rechten werden im allgemeinen Pflichten zugeordnet; über dieses reziproke Verhältnis konstatiert Hegel (1770-1831): "Dasselbe, was ein Recht ist, ist auch eine Pflicht, und was ei-

¹ George J. Annas: Patients rights, I. Origin and nature of patients' rights, in: Stephen G. Post, Hg.: Encyclopedia of Bioethics, Bd. 4, New York 2004, S. 1995-1997; Martin Benjamin: Lay obligations in professional relations, in: The Journal of Medicine and Philosophy 10(1985)S.85-103; Howard Brody: Patients' responsibilities, I. Duties of patients, in: Stephen G. Post, Hg.: Encyclopedia of Bioethics, Bd. 4, New York 2004, S. 1990-1992; Stanley M. Hauerwas: Virtue and character, in: Stephen G. Post, Hg.: Encyclopedia of Bioethics, Bd. 5, New York 2004, S.2550-2556; Richard T. Hull: Patient rights and responsibilities, in: John E. Thomas, Hg.: Matters of life and death. Crises in bio-medical ethics, Toronto 1978, S. 277-297; Louis E. Kopolow: Patients rights, II. Mental patients' rights, in: Stephen G. Post, Hg.: Encyclopedia of Bioethics, Bd. 4, New York 2004, S. 1997-2004; Karen Lebacqz: The virtuous patient, in: Earl E. Shelp, Hg.: Virtue and medicine, Dordrecht 1985, S. 275-288; Henk Leenen, Sjef Gevers u. Geneviève Pinet: The rights of patients in Europe. A comparative study, Deventer 1993; Michael J. Meyer: Patients' duties, in: The Journal of Medicine and Philosophy 17(1992)S.541-555; Edmund D. Pellegrino u. David C. Thomasma: The virtues in medical practice, New York 1993; Earl E. Shelp, Hg.: Virtue in medicine, Dordrecht 1985; Max W. Wartofsky: Virtues and vices: The social and historical construction of medical norms, in: Earl E. Shelp, Hg.: Virtue in medicine, Dordrecht 1985, S. 175-199.

² Günther Birtsch: Rechte des Menschen, Menschenrechte, in: Joachim Ritter u. Karlfried Gründer, Hg.: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, Basel 1992, Sp. 241-251; Otto Friedrich Bollnow: Wesen und Wandel der Tugenden, Frankfurt a.M. 1958; Romano Guardini: Tugenden, Würzburg 1963, Mainz Judith Jarvis Thomson: The realm of rights, Cambridge 1990; James D. Wallace: Virtues and vices, London 1978.

ne Pflicht ist, ist auch ein Recht.“³ Eine asymmetrische Verteilung könne nur negative Folgen für Gesellschaft, Staat und Menschheit haben: „Wären auf einer Seite alle Recht, auf der anderen alle Pflichten, so würde das Ganze sich auflösen.“⁴ Die Vielfalt möglicher Pflichten gliedert Hegel in Pflichten gegenüber sich selbst, gegenüber der Familie, gegenüber dem Staat und gegenüber der Menschheit. Von Kant (1724-1804) wird der Unterschied zwischen einem pflichtgemäßen oder legalem Handeln einerseits und einem sittlichen Handeln aus Pflicht oder Nötigung durch die praktische Vernunft und ohne äußeren Zwang andererseits hervorgehoben: *“Pflicht ist Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz.”*⁵

Tugenden schließlich können als Fähigkeit des einzelnen Menschen verstanden werden, der Stimme seines Gewissens zu folgen oder sittliche Prinzipien und Normen nicht nur zu kennen, sondern auch zu verwirklichen. Kant bestimmt deshalb Tugend als *“Stärke in der Selbstbeherrschung und Selbstüberwindung in Ansehung der moralischen Gesinnung.”*⁶ Sind sittliche Verhältnisse in der Realität vorhanden, haben nach Hegel Tugenden im allgemeinen ihre Bedeutung verloren, werden nur noch in besonderen Situationen notwendig sein. *“Unter einem vorhandenen sittlichen Zustande, dessen Verhältnisse vollständig entwickelt und verwirklicht sind, hat die eigentliche Tugend nur in außerordentlichen Umständen und Kollisionen jener Verhältnisse ihre Stelle und Wirklichkeit.”*⁷ Tugend hält Hegel nicht für eine Frage der Begabung oder Genialität, Tugend könne vorgelebt und gelernt werden: *“denn die Tugend ist etwas Allgemeines, von allen Menschen zu Forderndes, und nichts Angeborenes, sondern etwas in dem Individuum durch dessen eigene Thätigkeit Hervorzubringendes.”*⁸ Tugend verbindet individuelle Subjektivität mit sittlicher Substanz oder in anderen Worten: *“Die sittliche Persönlichkeit, d.i. die Subjectivität, die von dem substantiellen Leben durchdrungen ist.”*⁹

Rechte, Pflichten und vor allem Tugenden stehen in einer inneren Verbindung mit dem Gewissen als innerer Stimme des Guten und Bösen im Menschen. Das Gewissen ist eine wesentliche, allerdings keineswegs immer verlässliche Instanz - in akuten Situationen eben so wenig wie in der Beurteilung zukünftiger Situationen. Ethik hängt entscheidend auch von juristischen Sanktionen ab, da sich in der konkreten Realität ethisches Gewissen, ethische Forderungen und ethische Prinzipien nur zu oft als zu schwach erweisen, um sittliches Verhalten zu garantieren oder hervorzubringen. Einstellungen, Haltungen und Verhalten stehen nicht in einer notwendigen Verbindung. Aber auch Gesetze können nicht alles regeln oder sichern, was ethisch für notwendig gehalten wird.

II. Historische Voraussetzungen

Vorstellungen über die Ethik nicht nur des Arztes, sondern auch des Kranken, seiner Angehörigen, Freunde und der Gesellschaft finden sich bereits in der Antike. Die Kardinaltugenden Weisheit, Gerechtigkeit, Tapferkeit und Bescheidenheit sollen für alle Menschen leitend sein,

³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel: System der Philosophie. Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes, 1830, Sämtliche Werke, Bd. 10, Stuttgart-Bad Cannstatt 41965, § 486, S. 383.

⁴ Georg Wilhelm Friedrich Hegel.: Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Sämtliche Werke, Bd. 7, Stuttgart-Bad Cannstatt 41964, § 155, Zusatz, S. 236.

⁵ Immanuel Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Hamburg 1994, S.18.

⁶ Paul Menzer, Hg.: Eine Vorlesung Kants über Ethik, Berlin 1924, S. 91.

⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Anm. 4, § 150, Zusatz, S. 231.

⁸ Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Anm.3, § 395, Zusatz, S. 89.

⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Anm. 3, § 515, S. 398.

so auch für den Kranken und den Arzt. Platos (427 v. Chr. – 348/47 v. Chr.) Unterscheidung eines Arztes für Freie und eines Sklavenarztes hat Konsequenzen für den Kranken wie den Arzt; dem freien Kranken steht der Sklavenkranke gegenüber.¹⁰ Aufklärung und Einwilligung kennzeichnen das Verhältnis zwischen dem Arzt für Freie und dem freien Patienten, Anweisung und Gehorsam dagegen das Verhältnis zwischen dem Arzt als Tyrannen und dem Kranken als Sklaven. Aufgeklärte Einwilligung – heute informed consent genannt – ist bereits eine Vorstellung der Antike und nicht erst des 20. Jahrhunderts; der Arzt soll nach Plato den Kranken belehren, von ihm auch lernen und ihm nicht eher eine Therapie verschreiben, "bis er ihn irgendwie davon überzeugt hat."¹¹ Wahrhaftigkeit, Eigenverantwortung und Kooperation müssen vom Kranken aber auch gewollt und realisiert werden, was bekanntlich damals wie heute keineswegs immer der Fall ist. Seit der Antike durchzieht die Geschichte der Medizin der Gegensatz vom Willen des Kranken (*voluntas aegroti suprema lex*) und dem Wohl des Kranken (*salus aegroti suprema lex*) als obersten Gesetzen ärztlichen Handelns. Nach Aristoteles kann jeder Mensch medizinische Kenntnisse erwerben und damit Verantwortung für seine Gesundheit und Krankheit übernehmen; als Arzt könne auch der in der Medizin "fachlich Gebildete"¹² bezeichnet werden, der keine entsprechende Ausbildung absolviert habe.

Im Corpus Hippocraticum wird aus ärztlicher Sicht an die Mitarbeit des Kranken appelliert und kategorisch festgestellt: "Der Arzt ist der Diener der Heilkunst. Der Kranke muß zusammen mit dem Arzt sich gegen die Krankheit wehren."¹³ Der Kranke soll sich als Freund des Arztes um des Arztes und nicht um seiner eigenen Krankheit willen verstehen; Ärzte sind keine Dienstleister und Kranke keine Kunden. In diesem Sinne heißt es auch bei dem Philosophen Seneca (4 v. Chr. – 65 n. Chr.): "Warum schulde ich sowohl einem Arzt als auch einem Lehrer etwas mehr und komme nicht mit dem bloßen Lohn davon? Weil sie vom Arzt, vom Lehrer zum Freund werden und uns nicht durch ihr Berufswissen, das sie uns verkaufen, verpflichten, sondern durch ihre zugewandte und freundschaftliche Gesinnung (*benigna et familiaris voluntas*)." ¹⁴ Wer als Arzt dagegen sich nur technisch professionell verhalte und keine emotionale Anteilnahme zeige, verdiene auch nur das Honorar und keine weitere Dankbarkeit.

Transzendenz bestimmt im Mittelalter Ethos und Ethik des Kranken wie des Arztes und der Mitmenschen. Krankheit und Schmerz werden auf Erbsünde, individuelle Schuld, Besessenheit oder Prüfung durch Gott zurückgeführt und keineswegs nur auf die Schuld des einzelnen Menschen. Hiob steht für die Prüfung durch Gott; in seiner Klage über sein Kranksein verbinden sich physischer Schmerz, soziale Isolierung, individuelle Trauer und religiöse Verlassenheit. "Ich schreie zu dir, aber du antwortest mir nicht; ich stehe da, aber du achtest nicht auf mich. Du hast dich mir verwandelt in einen Grausamen und streitest gegen mich mit der Stärke deiner Hand.. Ich gehe schwarz einher, doch nicht von der Sonne; ich stehe auf in der Gemeinde und schreie. Ich bin ein Bruder der Schakale geworden und ein Geselle der Straße." (*Hiob*, 30,20-31) Kraftgebende und trostbringende Gestalt für jeden Kranken und jeden Sterbenden ist Christus mit seinem Leiden und seiner Zuversicht im Gang in den Tod (*Passio Christi*).

Die antiken Kardinaltugenden Weisheit, Gerechtigkeit, Tapferkeit und Bescheidenheit wer-

¹⁰ Fritz Wehrli: Der Arztvergleich bei Plato, in: Museum Helveticum 8(1951)S.177-184, erneut in: Wehrli: Theoria und Humanitas, Zürich 1972, S.206-214.

¹¹ Plato: Gesetze, Buch IV, 720d, in: Werke, Bd.8, 1. Teil, Darmstadt 1977, S.269.

¹² Aristoteles: Politik, Buch III, Kap. 11, in: Werke, Bd.9, Berlin 1991, S.68.

¹³ Hippokrates: Epidemienbücher, I 11, n. Walter Müri, Hg.: Der Arzt im Altertum, München 31962, S.11.

¹⁴ L. Annaeus Seneca: Über die Wohltaten, in: Philosophische Schriften, Bd.5, Darmstadt 1989, S.471.

den durch die christlichen Tugenden Glaube, Liebe und Hoffnung ergänzt und erweitert, sie sollen für jeden kranken und sterbenden wie ebenfalls jeden helfenden Menschen Maßstab und Hilfe sein können. Der Kirchenvater Origenes fordert vom Arzt ein körperlich-seelisches Mit-Leiden, das über jede Empathie weit hinausgeht: "mit dem Kranken erkranken, mit dem Weinenden weinen" ("infirmari cum infirmante, flere cum flente").¹⁵ Daß Laster wie Stolz, Neid, Zorn, Verzweiflung, Geiz, Genußsucht und Ausschweifung ebenfalls beim Kranken, Arzt und Mitmenschen anzutreffen sind, ist auch dem Mittelalter vertraut. Die Äbtissin, Naturforscherin und Ärztin Hildegard von Bingen (1098-1179) stellt mit ihrem Leben ein bewegendes Beispiel für den gelingenden Umgang mit Kranksein und Sterben im christlichen Geist dar. In einer zeitgenössischen Biographie dieser stets von Schmerzen geplagten Frau wird gesagt: "Doch wie sich im Feuerofen das Gefäß des Töpfers bewährt, so gelangt im Leiden die Tugend zur Vollendung. Beinahe von Kindheit an hatte sie fast ständig an schmerzlichen Krankheiten zu leiden, so daß sie nur selten gehen konnte. Und da ihr ganzer Körper ununterbrochen Schwankungen unterworfen war, glich ihr Leben dem Bild eines kostbaren Sterbens. Was aber den Kräften des äußeren Menschen abging, das wuchs dem inneren durch den Geist der Weisheit und Stärke zu."¹⁶ Franz von Assisi (1181/82-1226), der ebenfalls ständig qualvolle Krankheiten zu erdulden hat, fordert dazu auf, die Menschen zu bewundern, die an Krankheit und Trübsal nicht zerbrechen und ihren Mitmenschen verzeihen können. Der Kranke soll das eigene Leid vor der Umwelt verbergen, um sie nicht zu betrüben: "Warum zeigst du nach außen deine Trauer und deinen Schmerz über das, was dich innerlich quält? Deine Schwermut soll nur zwischen dir und Gott stehen."¹⁷

Mit der Säkularisierung, Naturalisierung und Individualisierung der Neuzeit werden neue Orientierungen vertreten, die tiefgreifende Folgen für den Umgang mit Gesundheit, Krankheit und Sterben haben; das Paradies wird verweltlicht, bereits im Diesseits und nicht erst im Jenseits sollen ewiges Leben, Jugend, Schönheit und Gesundheit erreicht werden können. Naturwissenschaften und Medizin erhalten mit diesen Zielen eine machtvolle innere Dynamik, die kaum gebremst oder dirigiert werden zu können scheinen. Gleichzeitig behalten christliche und philosophische Traditionen für viele Menschen bis in die Gegenwart ihr Gewicht. Der Theologe Blaise Pascal (1623-1662) sieht in der Krankheit den "natürlichen Zustand des Christen" ("état naturel des chrétiens")¹⁸, da man nun aller Güter und Sinnesfreuden ledig sei und sich auf die wahren Fragen des Lebens konzentrieren könne. Der Philosoph und Politiker Michel de Montaigne (1533-1592) spricht, abweichend von der heute verbreiteten Definition der Gesundheit der Weltgesundheitsorganisation als „Zustand vollständigen physischen, sozialen und geistigen Wohlbefindens“ ("a state of complete physical, mental, and social well-being") von "heilsamen Krankheiten" ("maladies salutaires")¹⁹ und will von den eigenen Kolikschmerzen den Gewinn gehabt haben, "daß sie vollenden wird, was ich selbst nicht über mich vermocht hatte, mich völlig mit dem Tode auszusöhnen und zu befreunden."²⁰

Die Auffassungen in der Philosophie, Pädagogik und Theologie des 18. Jahrhunderts über

¹⁵ Origenes: Selecta in psalmos, XXXVII, 6, in: Jacques-Paul Migne, Hg.: Patrologia graeca, Bd.12, Paris 1862, S.1386

¹⁶ Adelgundis Führkötter: Das Leben der Heiligen Hildegard von Bingen, Düsseldorf 1968, S.48.

¹⁷ Franz von Assisi: Der Spiegel der Vollkommenheit, oder der Bericht über das Leben des Heiligen Franz von Assisi, München 1953, S.180.

¹⁸ Blaise Pascal: Oeuvres complètes, Paris 1963, S.32.

¹⁹ Michel de Montaigne: Essais, Zürich 1953, S.868.

²⁰ Michel de Montaigne: Anm.19, S.571.

Rechte, Pflichten und Tugenden sind nicht einheitlich. Bei aller Vielfalt und allem Wandel hat sich das Konzept der traditionellen Tugenden aber erhalten: die platonischen vier Kardinaltugenden Weisheit (*prudentia*), Maß (*temperantia*), Tapferkeit (*fortitudo*) und Gerechtigkeit (*justitia*) und die drei christlichen Kardinaltugenden Glaube, Liebe und Hoffnung. Veränderungen zeigen sich gegenüber der Welt des Barock; bürgerliche Tugenden ergänzen oder verdrängen aristokratische Tugenden der Großzügigkeit und Muße. Arnald Geulincx (1624-1669) stellt Fleiß, Gehorsam, Gerechtigkeit, Demut in den Vordergrund. Die Pädagogen Johann Bernhard Basedow (1724-1790), Christian Gotthilf Salzmann (1744-1811), Johann Heinrich Campe (1746-1808), Johann Heinrich Pestalozzi (1746-1827) betonen Tugenden wie Ordnung, Sparsamkeit, Reinlichkeit und Fleiß. Ordnungsliebe wird bei Campe sogar zur "Muttertugend"²¹ erhoben. Tugend besitzt allgemein gegen Ende des 18. Und Beginn des 19. Jahrhunderts eine hohe Anziehungskraft; der 1808 in Königsberg gegründete *Tugendbund* ist ein charakteristisches Dokument.

Die Medizin der Aufklärung steht unter dem Einfluß der philosophischen Strömungen dieser Epoche, zugleich distanzieren sich die Mediziner dieser Epoche von der Philosophie des Descartes (1596-1650) und der Philosophie des Leibniz (1646-1716)²². Metaphysische Systeme werden für die therapeutische Praxis für überflüssig oder gefährlich gehalten. Beispielhaft für diese Einstellung ist die Kontroverse zwischen Leibniz und dem Arzt Georg Ernst Stahl (1659-1734) über die Leib-Seele-Beziehung, die zu dem Werk *Negotium otiosum seu skiamachia* des Mediziners führt, das 1720 – nach dem Tode des Philosophen – im Druck erscheint. Entscheidend sind für Stahl empirisch nachweisbare Zusammenhänge zwischen der Physis und Psyche, nicht aber ihre philosophische Erklärung. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung des Mediziners Johann Peter Eberhard (1727-1779), eines Schülers von Hermann Boerhaave (1668-1738), aus dem Jahre 1750: "Man mag ein Harmonist seyn oder das Systema causarum occasionalium oder den physikalischen Einfluß annehmen, das ändert in der ausübenden Arzneiwissenschaft nichts. In der Metaphysik haben solche Untersuchungen freilich ihren großen Nutzen."²³ Ebenso erklärt Boerhaave selbst in diesem Sinne die Suche nach metaphysischen und ersten Ursachen für die Medizin für weder nützlich noch notwendig und möglich ("Ultimae quoque metaphysicae et primae physicae causae medico investigatu necessariae, utiles vel possibiles non sunt.")²⁴

Rückkehr wird zum hippokratischen Denken gefordert, Sensualismus und Populärphilosophie gewinnen an Bedeutung, der Materialismus findet kaum Anerkennung, für zentral werden empirische Fortschritte und auch eine empirische Wissenschaftstheorie und Forschungsmethodologie erklärt. Ein zutreffendes Dokument für die Resonanz der Populärphilosophie ist die Zeitschrift *Der Arzt* (1759-1764) des Mediziners Johann August Unzer (1727-1799). Die Auffassungen sind aber keineswegs einheitlich. In Anlehnung an Kants (1724-1804) berühmte

²¹ Johann Heinrich Campe: *Theophron oder der erfahrene Rathgeber für die unerfahrene Jugend*, Hamburg 1783, Braunschweig 71819, S.97.

²² Dietrich v. Engelhardt: *Medizin in ihren Beziehungen zur Philosophie im Zeitalter der Aufklärung*, in: *Mitteilungen der Technischen Universität Carolo-Wilhelmina zu Braunschweig* 18(1983)(1)S.59-65; Lester S. King: *The philosophy of medicine. The early eighteenth century*, London 1978; Gunter Mann: *Medizinische Aufklärung. Begriff und Abgrenzung*, in: *Medizinhistorisches Journal* 1(1966)S.63-74; Hans Joachim Maurer: *Medizin der Aufklärung*, in: Hans Joachim Schoeps, Hg.: *Zeitgeist der Aufklärung*, Paderborn 1972, S.173-197.

²³ Johann Peter Eberhard, in: *Herman Boerhaave, Physiologie*, Halle 21780, § 28, S. 170.

²⁴ Herman Boerhaave, *Institutiones medicae*, Leyden 1708, *Prolegomena* § 28.

Formel von der Aufklärung als „Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit“ bestimmt 1798 der Mediziner Johann Carl Osterhausen (1765-1839) medizinische Aufklärung als "Ausgang eines Menschen aus seiner Unmündigkeit in Sachen, welche sein physisches Wohl betreffen."²⁵ In der Tradition von John Locke (1632-1704) und David Hume (1711-1776) hält der Mediziner Melchior Adam Weikard (1742-1803) dagegen die transzendente Philosophie Kants für eine "Grillenjägerei" und "konvulsivische Krankheit."²⁶ Johann Georg Zimmermanns (1728-1795) medizintheoretische Schrift *Von der Erfahrung in der Arzneykunst* (1763/64, ³1831), mehrfach in andere Sprachen übersetzt, findet nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland zustimmende Beachtung. Der italienische Mediziner Giovanni Battista Prato Longo (1747-1810) studiert, wie er dem Arzt Heinrich Matthias Marcard (1774-1817) mitteilt, Zimmermanns Studie in der französischen Übersetzung von 1774.²⁷ Im Zeitalter der Romantik um 1800 bemühen sich dann – vor allem unter dem Einfluß von Friedrich Wilhelm Joseph Schelling (1775-1854) – Mediziner wieder um metaphysische Grundlegungen der Medizin, die auch unter den Ärzten weite Beachtung finden.²⁸

Die Mediziner des Jahrhunderts der Aufklärung setzen sich intensiv mit den Rechten, Pflichten und Tugenden des Kranken, des Arztes und der Mitwelt auseinander. Die antiken Kardinaltugenden und christlichen Tugenden tauchen auf, ebenso läßt sich ein Fortwirken der sieben körperliche und sieben geistigen Werke der Barmherzigkeit (*opera misericordiae*) beobachten, ohne daß diese Werke explizit genannt werden. Erinnert wird an den Doppelsinn von *arete* als technischer Fähigkeit und ebenfalls moralischer Vollkommenheit, aufgegriffen wird die Bestimmung der Tugend durch Aristoteles (384-322 v. Chr.) als Mitte zwischen zwei Extremen, Zustimmung finden Ciceros (106 v. Chr. - 43 n. Chr.) Wort von der ehrenhaften und mitleidvollen Lüge wie ebenfalls die stoische Auffassung vom inneren Zusammenhang und der Naturgemäßheit der Tugenden sowie die Deutung der Krankheit als Sühne und Prüfung durch Augustinus (354-430).

In einer Fülle medizinischer Publikationen, Dissertationen, Aufsätzen und Monographien werden die Rechte, Pflichten und Tugenden des Kranken, des Arztes und der Gesellschaft während des 18. Jahrhunderts behandelt, der Zeit entsprechend oft in lateinischer Sprache. Die Konzentration dieses Beitrages auf deutsche Beiträge des 18. Jahrhunderts soll die internationalen Verbindungen nicht übergehen: Thomas Bartholin (1616-1680), Herman Boerhaave (1668-1738), Hieronymus David Gaub (1705-1780), August Tissot (1728-1797), Benjamin Rush (1745-1813) und John Gregory (1724-1773) werden mit ihren Beiträgen neben vielen anderen ausländischen Medizinern, die über ethische Fragen geschrieben haben, wiederholt angeführt und diskutiert. Stets ist auch die historische Tradition gegenwärtig, wird aus dem *Corpus Hippocraticum*, werden Galen (um 129- um 199), Avicenna (um 980-1037) und Paracel-

²⁵ Johann Carl Osterhausen: Ueber medicinische Aufklärung, Zürich 1798, S. 8.

²⁶ Adam Melchior Weikard: Philosophische Arzneykunst, Frankfurt a. M 1799, S. IV.

²⁷ Johann Matthias Marcard: Reise durch die französische Schweiz und Italien, Hamburg 1799, S.264.

²⁸ Andrew Cunningham u. Nicholas Jardine, Hg.: Romanticism and the sciences. Cambridge 1990; Dietrich von Engelhardt: Naturwissenschaft und Medizin im romantischen Umfeld, in: Friedrich Strack, Hg.: 200 Jahre Heidelberger Romantik, Heidelberg 2008, S.499-516; Werner Leibbrand: Die spekulative Medizin der Romantik., Hamburg 1956; Stefano Poggi u. Maurizio Bossi, Hg.: Romanticism in science. Science in Europe, 1790-1840, Dordrecht 1994; Karl E. Rothsuh: Naturphilosophische Konzepte der Medizin aus der Zeit der deutschen Romantik, in: Richard Brinkmann, Hg.: Romantik in Deutschland, Stuttgart 1978, S. 243-266; Urban Wiesing: Kunst oder Wissenschaft? Konzeptionen der Medizin in der deutschen Romantik, Stuttgart 1995.

sus (um 1493-1541) angeführt zitiert. Wesentliche Mediziner in der Perspektive dieser Studie sind zu Beginn des 18. Jahrhunderts der Epoche Georg Ernst Stahl, Johann Storch (1681-1751) und Friedrich Hoffmann (1660-1742), mit den Mediziner Samuel Gottlieb von Vogel (1750-1837), Franz Anton May (1742-1814) und Christoph Wilhelm Hufeland (1782-1836) wird der Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert vollzogen.

III. Der Kranke

Der kranke Mensch hat nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten und kann ebenfalls Tugenden zeigen. Er steht in einem Verhältnis zur Krankheit, zum Arzt und zur Gesellschaft. Patienten haben nach Unzer "sowohl gegen sich selbst, als gegen andere Menschen, besonders aber gegen die Aerzte, gewisse Pflichten zu beobachten."²⁹ Wie der Arzt soll auch der Kranke von einer philosophischen und religiösen Haltung erfüllt sein und sich - bei allem Angewiesensein auf Hilfe - in seinem Verhältnis zur Umwelt von Höflichkeit und Rücksicht leiten lassen; Conduite, wie es in der Sprache der Zeit heißt, soll auch vom Kranken erwartet werden können. Johann Daniel Longolius (1677-1740) wünscht sich einen 'philosophischen' und 'galanten' Patienten.³⁰

Der Kranke muß eine angemessene Einstellung zu seiner Krankheit finden; er soll sich weder für krank ausgeben, wenn er gesund ist, noch Gesundheit vortäuschen, wenn er leidet. Der Mensch heuchelt nicht selten Gesundheit, weil er befürchtet, so Longolius, daß im Zustande des Krankseins "seine Sicherheit, sein Vergnügen, oder seine Ehre Noth leidet."³¹ Das Verheimlichen der Krankheit behindert den Arzt in der Erkenntnis der Ursache und nimmt der Umwelt die Möglichkeit des Beistands - "und also die höchst-nöthige Genesung auf allen Seiten."³² Eben so wenig tugendhaft verhalten sich jene Menschen, die mit präbendierten Krankheiten die Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen suchen und bei jeglicher Gelegenheit von ihren Leiden sprechen. Diese "Patienten-Masquen" riskieren, daß ihnen im Falle einer wirklichen Erkrankung nicht geglaubt wird. Welche Krankheiten simuliert werden, hängt auch von sozialen Verhältnissen und Moden ab. Im 17. und 18. Jahrhundert werden vor allem Podagra, venerische Krankheiten und Hypochondrie gewählt – nach Unzer Podagra als Leiden der Reichen und Mächtigen, venerische Krankheiten als Folgen lasterhaften Lebens, Hypochondrie als Merkmal der Gelehrten: "Denn, weil man diese Krankheit gemeinlich bey Gelehrten findet, so geben die dümmsten Leute am meisten vor, daß sie hypochondrisch wären."³³

Der Kranke soll seine Krankheit akzeptieren, wenn sie sich nicht überwinden läßt. Christliche und stoische Tugenden sollen eine Hilfe sein können und Kraft verleihen. In der Bewältigung der Schmerzen und des Leidens kann der Kranke einen höheren Zustand erreichen als der Gesunde. Geduld und Hoffnung sollen den Kranken leiten; Geduld gegenüber den Schmerzen, Geduld bei erfolgloser Therapie, Geduld gegenüber verständnislosen Ärzten, Geduld in chronischen Erkrankungen. Patientia, gegründet im Glauben und in der Vernunft, wird zur zentralen Tugend des Kranken, des *homo patiens*. Im Umgang mit Krankheit und Tod of-

²⁹ Johann August Unzer: Der Arzt. Eine medicinische Wochenschrift 1(1769)S. 13.

³⁰ Johann Daniel Longolius: Galanter Patient, Budissin 1727.

³¹ Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 13.

³² Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 18.

³³ Johann August Unzer: Anm. 29, 2(1769) S. 407.

fenbart sich der moralische Charakter des Menschen: "Bey Noth und Elende, im Kummer und Krankheit wird sichs entscheiden, wer eine edle Seele besitze,"³⁴ heißt es bei Unzer.

Der Kranke hat das Recht der Arztwahl, er kann durch falsche Wahl aber die Anzahl der wahren oder falschen Ärzte vermehren. Immer wieder wird von Ärzten des 18. Jahrhunderts die Unfähigkeit der Menschen beklagt, sich ein zutreffendes Urteil über die Ärzte zu bilden und die richtigen Ärzte aufzusuchen. Liegt Krankheit vor, soll ein Arzt konsultiert werden. Der Kranke hat, wenn er sich zu einem Arzt begeben hat, die Pflicht, diesem seinen wahren Zustand zu schildern; er soll auch überzeugt sein, daß dieser ihm helfen kann. Vor allem Angehörige der unteren Schichten sollen oft zur Erfüllung dieser Anforderungen nicht in der Lage sein; als wesentliche Ursachen gelten Unwissenheit und Geldmangel. Erfolgreiche Therapie setzt frühzeitigen Kontakt mit Ärzten voraus. Unter den Reichen und Armen sündigen nach Sklerander (Pseudonym für Philipp Jakob Hartmann, 1648-1707) die ersteren "meist in excessu, die letzteren in defectu in Erwählung der Medicorum."³⁵ Nur zu oft zögen auch Kranke die schmeichelnden den aufrichtigen Ärzten vor.

Der Kranke muß den Arzt über die Art und Entstehung seiner Krankheit, über seine Lebensweise aufklären, er soll nach Unzer dem Arzt seine Beobachtungen "seiner Natur, seiner Lebensordnung und seiner Empfindungen bey dem ersten Ursprunge und bey dem Fortgange der Krankheit"³⁶ wahrheitsgemäß mitteilen. Die Schweigepflicht des Arztes wird ihm diese notwendige Offenheit möglich machen, die nach Friedrich Henning (1767-1840) allerdings immer wieder verletzt wird: "Freylich ist wohl die willige Ausübung des Zutrauens in dieser Hinsicht, durch das schlechte Betragen so mancher geschwätzigten und leichtsinnigen Aerzte gehindert worden."³⁷ Der Kranke muß bereit sein, sich wirklich untersuchen zu lassen, was im 18. Jahrhundert besonders von Frauen als unangenehm empfunden wird. Bezeichnend ist die Anekdote einer Frau, die sich den Puls mit einem Tuch bedeckt fühlen ließ, worauf ein Arzt seine Hand ebenfalls umwickelt und gesagt haben soll: "Ein leinwandtener Puls erfordere einen tuchenen Medicum."³⁸

Eine weitere Pflicht des Kranken dem Arzt gegenüber liegt in der Einhaltung der therapeutischen Anweisungen, was heute mit dem Begriff *Compliance* umschrieben wird. Der Arzt ist für die Therapie verantwortlich, der Patient ist zum Gehorsam verpflichtet und hat nicht das Recht, dem Arzt Vorschriften zu machen. Nie darf nach Henning vergessen werden, daß der Arzt das Interesse an einem unkooperativen Patienten verlieren kann.³⁹ Seine Schwierigkeiten mit der Arznei soll der Kranke dem Arzt sofort mitteilen, damit ein anderer Weg überlegt werden kann. Nicht selten lassen sich nach Longolius aber auch Kranke beobachten, "welche mit dem Arzte, als mit der Arzney, umzugehen wissen."⁴⁰ Der Kranke muß sich aber auch selbst kritisch prüfen, ob seine Abneigung nicht übertrieben ist, da sich "Einbildung und Zärtlichkeit gar leicht unter eine natürliche Aversion verstecket."⁴¹ Eitelkeit spielt im Verhalten der Kranken eine Rolle, wenn kostspielige und seltene Medikamente für wirksamer gehalten werden als

³⁴ Johann August Unzer: Anm. 29, 1(1769) S. 626.

³⁵ Sklerander: Der Einfältige Patient, Görlitz 1733, S. 16.

³⁶ Johann August Unzer: Anm. 29, 1(1769) S. 125.

³⁷ Friedrich Henning: Von den Pflichten der Kranken gegen die Aerzte, Leipzig 1791, S. 50.

³⁸ Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 50.

³⁹ Friedrich Henning: Anm. 37, S. 61).

⁴⁰ Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 51).

⁴¹ Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 52.

preiswerte und gebräuchliche. Tapferkeit erweist sich immer wieder als notwendig. Ängste lösen chirurgische Eingriffe aus, die in jener Zeit ohne die heute zur Verfügung stehenden Schmerzmittel durchgeführt werden müssen, zu deren Entwicklung es erst nach der Mitte des 19. Jahrhunderts kommen wird. Bescheidenheit ist gleichermaßen notwendig. Der Kranke soll vom Arzt und der Medizin nicht zu viel verlangen; Zeit und Natur müssen respektiert werden, da auch "der geschickteste Medicus nichts mehr thun kan, als daß er diese Zeit wohl in acht nehme, und in derselben der Natur gebührend zu Hülfe komme."⁴²

Prävention, Kuration und Rehabilitation verlangen die Beachtung der Diätetik, die im 18. Jahrhundert noch am übergreifenden Konzept der antiken „sechs nicht- natürlichen Dinge“ ("sex res non naturales") mit dem Umgang mit Luft und Licht, Bewegung und Ruhe, Wachen und Schlaf, Essen und Trinken, Ausscheidungen und Affekten orientiert ist.⁴³ Traditionelle Vorstellungen verbinden sich mit einer Hochschätzung der Ordnung und Reinlichkeit, wie sie für die Aufklärung charakteristisch ist. Haushalt wird zur Leitmetapher für den Umgang mit der inneren wie äußeren Welt, der Gesundheit des Individuums wie der Gesundheit des Staates. Langwieriges Rasonieren und heftige Gemütsbewegungen soll der Kranke vermeiden, da er weitaus empfindlicher als der Gesunde ist, der sich in dieser Hinsicht auch zurückhalten soll.

Der Kranke ist schließlich zur Dankbarkeit gegenüber dem Arzt verpflichtet, das bezieht sich auf ein freundliches Verhalten ebenso wie die Honorierung der ärztlichen Bemühungen. Vom Patienten kann der Arzt nach Longolius erwarten, daß er "ihn nicht nur, als einen besonderen Freund menschlichen Geschlechts, besonders lieb habe oder hoch achte, sondern auch seine Mühe nach Vermögen belohne."⁴⁴ Im Kontakt mit dem Arzt soll der Kranke sich auch nach dem Arzt richten, in den Gesprächen etwa, die stets über das rein Medizinische hinaus gehen werden, sich auf den Charakter und die Neigungen des Arztes einstellen. Zu den Pflichten des Kranken gehört es ebenfalls, Rücksicht auf die Gesundheit des Arztes zu nehmen, ihn nicht häufiger als nötig zu sich zu rufen, ihm in reinlicher Kleidung und Umgebung zu begegnen. Das Konzept der Diätetik prägt auch das Verhältnis zwischen Patient und Arzt.

Wenn von Pflichten und Tugenden des Kranken gesprochen wird, soll aber die anthropologische Differenz zwischen der Krankheit und Gesundheit nicht übersehen werden. Jeder Arzt darf, wie Henning betont, nicht vergessen, daß er beim Kranken nicht jene Heiterkeit erwarten kann, "die in den Tagen der blühenden Gesundheit den Gesellschafter so sehr empfiehlt."⁴⁵ Auch in der Krankheit bleibt der Kranke noch ein soziales Wesen.

Auch gegenüber seiner Umwelt hat der Kranke nicht nur Rechte, sondern ebenfalls Pflichten und kann sich von Tugenden leiten lassen - gegenüber den Pflegepersonen, gegenüber den Angehörigen, gegenüber dem Staat. Die Gesunden haben ihrerseits Rechte, die auch der Kranke zu respektieren hat, auch von ihm können im Zustand der Krankheit Verständnis, Rücksicht und Bescheidenheit erwartet werden. Der Kranke soll sich weder zu ängstlich ge-

⁴² Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 57.

⁴³ Ludwig Edelstein: Antike Diätetik, in: *Medizinhistorisches Journal* 1(1966)S.162-174.; Dietrich v. Engelhardt: *Krankheit, Schmerz und Lebenskunst*, München 1995; Leland J. Rafter: The „six things non-natural“. A note on the origin and fate of a doctrine and a phrase, in: *Clio Medica* 3(1968)S.337-347; Heinrich Schipperges: *Geschichte und Entwicklung der Diätetik*, in: *Physikalische Medizin und Rehabilitation* 9(1968)S.274-278; Wolfram Schmitt: *Diätetik*, in: Bettina von Jagow u. Florian Steger, Hg.: *Literatur und Medizin. Ein Lexikon*, Göttingen 2005, Sp.172-175.

⁴⁴ Johann Daniel Longolius: Anm. 30, S. 58; vgl.a. Sklerander: Anm. 35, S. 80.

⁴⁵ Friedrich Henning: Anm. 37, S. 45.

ben, noch zu sorglos tun, dankbar soll er die Hilfe annehmen und nicht zu ungeduldig werden, wenn diese seinen Wünschen nicht entspricht, nicht subtil, schnell und dauerhaft genug ausfallen sollte. Gegenüber Personen, die ihn aus unterschiedlichen und keineswegs immer selbstlosen Motiven aufsuchen, soll der Kranke seine Beherrschung nicht verlieren. Kranke können für Verwandte und Freunde sogar ein beeindruckendes Beispiel der Zurückhaltung und Beherrschung abgeben, sie sollen Geistlichen schon zu einem Vorbild geworden sein und diese, wie Heinrich Christian August Osthoff (geb. 1772) zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu berichten weiß, durch ihr Verhalten "auf die Bahn der Tugend und Pflichten"⁴⁶ zurückgeführt haben.

IV. Der Arzt

Kaum ein Beruf soll nach Überzeugung der Mediziner der Aufklärung so auf Tugenden neben Rechten und Pflichten angewiesen wie die Medizin. Bei keinem Stand außer dem Militär soll die Mortalität so hoch sein wie bei den Ärzten. Die Grundlage des medizinischen Berufes wird in einer philosophischen und religiösen Haltung gesehen. Aus dieser Grundlage soll sich erst das wahre Wissen als eine Verbindung von Erfahrung und Vernunft sowie das wahre Handeln als eine Verbindung von Mitleid und Gerechtigkeit ergeben. Wissen und Handeln gelten als Pflicht wie Tugend des Arztes und sind zugleich mit Rechten verbunden.

Zu Beginn des Jahrhunderts zählen Stahl und Storch zu den Tugenden des Arztes Frömmigkeit (pietas), Gelehrsamkeit (eruditio), Bereitschaft (alacritas, promptitudo), Fleiß (diligentia), Höflichkeit (humanitas), Geduld (patientia), Mut (animositas), Klugheit (prudentia), Wahrheit (veritas). Wenig später um 1738 bezeichnet Hoffmann Demut, Verschwiegenheit, Barmherzigkeit, Freundlichkeit als die wesentlichen ärztlichen Tugenden. Gegen Ende des Jahrhunderts um 1797 rechnet Wilhelm Gottfried Ploucquet (1744-1814) Menschenliebe, Mitleid, Sanftmut, Geduld, Bescheidenheit, Höflichkeit, Ordnungsliebe und Fleiß zu den Haupttugenden des Arztes, die in rechtem Maß vorhanden sein müßten, würden sie fehlen, hätte das schlimmere Folgen als ihre Übertreibung. Das Fundament der Tugenden sei die Liebe zu Gott und zum Nächsten, ihre psychologische Grundlage werde nicht selten dem sanguinisch-melancholischen Temperament zugeschrieben.

Unterschieden werden von den Medizinnern wesentliche und außerwesentliche Eigenschaften und Tugenden, getrennt wiederum in physische und geistige; für außerwesentlich hält Stark die kulturelle Bildung.⁴⁷ Tugenden stehen immer auch Laster gegenüber, die keineswegs übergangen werden. Allgemeine Charakteristiken des Arztes entwerfen unter anderem Georg Ernst Stahl (1707), Johann Storch (1728), Friedrich Hoffmann (1738), Johann August Unzer (1759), Johann Friedrich Rübel (1758 u. 1766), Franz Anton Mai (1777), Johann Christian Stark (1784), Friedrich Hildebrandt (1795), Wilhelm Gottfried Ploucquet (1797).

Kenntnisse soll der Arzt in den Naturwissenschaften und klinischen Fächer besitzen, er soll in der Philosophie, besonders Logik und selbst in den schönen Künsten bewandert sein. Für notwendig wird die Beherrschung des Lateinischen und Griechischen und einiger moderner Sprachen erklärt sowie der Besitz historischer Kenntnisse. Als wesentlich gelten Selbsterkenntnis und eine Erweiterung des Bewußtseins durch Kontakte und Reisen. Auf Vernunft, Wissen, Beobachtung, Gedächtnis und Urteilskraft soll der Arzt nicht verzichten können. Zimmermanns

⁴⁶ Heinrich Christian August Osthoff: Briefe über Ärzte und ärztliches Wesen, Sulzbach 1810, S. 301.

⁴⁷ Johann Christian Stark: Versuch einer wahren und falschen Politik der Aerzte, Jena 1784, S. 198.

Von der Erfahrung in der Arzneykunst (1763/64, ³1831) gilt als überzeugende Darstellung dieser theoretischen Eigenschaften. Grundsätzlich soll der Arzt sein Wissen aber auch nicht überschätzen und sich auf keinen Fall über andere Menschen erheben: "Ein Medicus soll nicht hofmäßig noch stolz, sondern demüthig seyn,"⁴⁸ fordert Rübel. Gelehrsamkeit erhält eine entscheidende Ergänzung im Glauben, ohne den die Tugenden des Arztes stets gefährdet sind.

Einen großen Raum nimmt die Auseinandersetzung mit dem Aberglauben und der Charlatanerie ein, sie sind eine Gefahr sowohl für den Arzt wie auch für den Kranken, sie sind Grund der immer wieder anzutreffenden Verachtung der Medizin, ihnen gilt der Kampf der Ärzte in der Aufklärung als dem Zeitalter des Überganges in das naturwissenschaftliche 19. Jahrhundert. Der Weg der bloßen Erfahrung ist gefährlich und trügerisch, er wird von den unterschiedlichsten Betrügern gewählt, von Schäfern, Roßärzten und Henkern, von Apothekern, Chirurgen, Badern, Mönchen, alten Frauen und Hebammen: "die Welt erliegt unter der Last gutherziger Mörder des Lebens",⁴⁹ klagt Stark, der keine Wissenschaft und Kunst für so anfällig für Puscherei hält wie die Arzneiwissenschaft. Der richtige Weg dagegen wird über die wissenschaftliche Ausbildung an der Universität und die eigene Erfahrung erworben, nur so kann es zu einer vernünftigen Praxis kommen und die Angriffe gegen die Medizin wie zum Beispiel die Kritik von Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) hinfällig werden lassen. Unsicherheit und Einschränkungen müssen in der Medizin aber auch anerkannt werden; der Arzt kann sich über Zeit und Natur nicht hinwegsetzen, in der Respektierung dieser Grenzen zeigt sich sein Maß (*temperantia*).

Die Tugend des Maßes und der Bescheidenheit beweist der Arzt auch in seiner Höflichkeit und Selbstbeherrschung, in seiner gepflegten Sprache, zurückhaltenden Gestik und Mimik und seiner dezenten Kleidung. Schwelgerei, Trunksucht, Gewinnspiele und schändliche Reden soll er meiden, aber auch nicht in Geiz, Kleinlichkeit und Schweigsamkeit verfallen. Die im 16. und 17. Jahrhundert gepriesene Generosität des Arztes wird im 18. Jahrhundert durch eine stärkere Hervorhebung der Bescheidenheit relativiert oder ersetzt. Das Auftreten des Arztes wird ebenso wie das des Kranken mit galant umschrieben; er soll kein Misanthrop sein, kein Sonderling, sondern als gesellschaftliches Wesen die Formen der Gesellschaft beherrschen, *Conduite* soll er wie der Kranke besitzen. Der Arzt soll seinen Beruf ernst nehmen; Sorgfalt, Fleiß und Arbeit erhalten, wie Stark bemerkt, in der Medizin eine zeitübliche Hochschätzung: "die Klugheit befiehlt uns arbeitsam und fleißig zu seyn und die Bequemlichkeit zu verabscheuen."⁵⁰ In seiner Therapie darf der Arzt weder zu furchtsam, noch zu verwegen sein, er muß auch hier die rechte Mitte einhalten, die zum Handeln befähigt, aber auf gefährliche Experimenten mit Menschen verzichtet.

Der Arzt soll von Humanität und Hilfsbereitschaft geleitet werden. Er soll als Mensch auch im Kranken einem Menschen begegnen und nicht nur gestörten Organen oder einer defekten Maschine gegenüberstehen. Er muß, was Longolius im Verständnis der Anthropologie der Zeit besonders unterstricht, "bey allen Leibes=Zufällen eines lebendigen Menschen ein beständiges Augenmerk auf Leib und Seele zugleich haben."⁵¹ Übereinstimmend heißt es auch bei Ernst Platner (1744-1818): "Der Mensch ist weder Körper noch Seele allein, er ist eine Harmo-

⁴⁸ Johann Friedrich Rübel: *Das wahre Porträt eines geschickten Arztes*, Frankfurt a.M. 1766, S. 7.

⁴⁹ Johann Christian Stark: *Anm.* 47, S. 149.

⁵⁰ Johann Christian Stark, *Anm.* 47, S. 10.

⁵¹ Johann Daniel Longolius: *Anm.* 30, S. 43.

nie von beiden und der Arzt darf sich, wie mir dünkt, ebenso wenig auf jenen beschränken, als der Moralist auf diese." (*Anthropologie für Aerzte und Weltweise*, 1772).

Der Arzt will dem Patienten gefallen und sein Vertrauen gewinnen. Der Kranke muß nicht nur vom Wissen, sondern auch vom moralischen Charakter des Arztes überzeugt sein. Bedeutende Ärzte sollen allein über das Vertrauen schon geheilt haben. Glaube und Hoffnung wachsen mit dem Vertrauen. Der Arzt soll aber umgekehrt das Recht besitzen, sich gegen, wie Ploucquet ausführt, "auffahrendes, unhöfliches Betragen des Kranken und seiner Angehörigen"⁵² zu wehren, will er nicht auf die Stufe schmeichlerischer Charlatane herabsinken. Kränkungen soll der Arzt, wie Christian Gottlieb Wedekind (1761-1831) betont, aber nicht mit Kränkungen begegnen, sondern Verständnis für die Situation des Kranken aufbringen: "so schwindet unsere Leidenschaft, und Mitleid mit dem *irrenden* Bruder tritt an ihre Stelle."⁵³ Mit welchen Belastungen und Widerständen der Arzt immer zu rechnen hat, wird ausführlich in der anonymen Schrift *Medicus afflictus*. Oder: der wohl-geplagte Medicus aus dem Jahre 1718 behandelt; der Arzt kann selbst zu einem Leidenden, zu einem Patienten werden.

Zu den klassischen geistigen Werken der Barmherzigkeit gehört die Fähigkeit, Lästige zu ertragen (*molestos patienter sustinere*) und Beleidigern zu vergeben (*offensas remittere*) wie ebenfalls Verzweifelte zu trösten (*afflictos solari*) und Unwissende zu belehren (*ignorantes instruere*). Vom Arzt wird moralische Erziehung des Kranken erwartet, er soll den Kranken beeinflussen, soll ihm eine wahre Haltung gegenüber der Krankheit beibringen und zu einer sinnvollen Lebensführung bewegen. Der Arzt ist für die Diätetik des Kranken im weitgespannten Konzept der antiken "sechs nicht-natürlichen Dinge" ("sex res non-naturales") verantwortlich. Von den entsprechenden Vorschlägen Stahls und Hoffmanns spannt sich der Bogen diätetischer Schriften über Anregungen bei Unzer bis hin zu Mays *Medicinischen Fastenpredigten* (1739/94) und Hufelands *Kunst, das menschliche Leben zu verlängern*, später mit dem Titel *Makrobiotik* (1796, ⁵1824). Den Medizinern scheint es aus einer Fülle von Beispielen unzweifelhaft zu sein, daß Tugenden das Leben verlängern, Laster dagegen verkürzen: "Die Tugenden befördern die Gesundheit, und stellen sie wieder her. Die Laster sind bössartig und ungesund."⁵⁴

Der Arzt muß darauf achten, ob der Patient die Therapie einhält, ihm auch behilflich sein, wenn Probleme auftauchen, die Arznei etwa aus Ekel nicht eingenommen werden kann. Stets wird seine Hilfe durch psychologische Kenntnisse über die Einfluß der Affekte und ihre Stellung zwischen Physiologie und Ethik verbessert werden. Das *sçavoir faire* des Arztes bezieht Samuel Gottlieb Vogel (1750-1837) auf den Umgang mit dem Patienten und den Kollegen; faktisches Wissen und Moralität ergänzen Psychologie – "die schönsten Talente und Tugenden."⁵⁵ Die Hilfsbereitschaft des Arztes hat ihre Basis in der Liebe zu Gott und zum Menschen und soll im Grunde keine Grenzen kennen. Der Arzt hat nach Rübel die Pflicht, "sowohl Tag als Nacht seinem nothleidenden Nächsten, ohne Unterschied der Person, noch Stands, noch des Vermögens, mit Hülf und Rath"⁵⁶ beizustehen.

⁵² Wilhelm Gottfried Ploucquet: Der Arzt, oder über die Ausbildung, die Studien, Pflichten, Sitten und die Klugheit des Arztes, Tübingen 1797, S. 138.

⁵³ Christian Gottlieb Wedekind: Vom Zutrauen, Mainz 1791, S. 20.

⁵⁴ Johann August Unzer: Anm. 29, 1(1769)S.692.

⁵⁵ Samuel Gottlieb Vogel: Noch einige Bemerkungen über das Scavoir faire in der medicinischen Praxis,in: Journal der Practischen Heilkunde 8(1799)(3) S. 86.

⁵⁶ Johann Friedrich Rübel: Anm. 48, S. 13.

Rechte, Pflichten und Tugenden manifestieren ihre Bedeutung vor allem auch im Umgang mit Sterben und Tod. Die Auffassungen über das entsprechende Arztverhalten können abweichend ausfallen. Bei unheilbaren Erkrankungen und vor allem in der Sterbesituation kann dem Arzt empfohlen und ihm das Recht zugesprochen werden, sich des Besuches, wie Hoffmann feststellt, zu enthalten: "abstineat ergo Medicus circa tempus mortis a visitatione."⁵⁷ Die bereits im Corpus Hippocraticum ausgesprochene Warnung wird allerdings verschiedentlich von Medizinern, so auch von Ploucquet, ausdrücklich zurückgewiesen: "auch dem Sterbenden weihet man noch seine Bemühungen, sollte es auch nur seyn, um die Summe seiner Leiden zu mindern."⁵⁸ Allgemein soll der Arzt nicht berechtigt sein, aktiv den Tod eines Kranken herbeizuführen, sei es durch eigenes Tun, sei es, daß er geeignete Mittel zur Verfügung stellt. Euthanasie als aktive Lebensbeendigung soll der höchsten und heiligsten Pflicht der Medizin widersprechen, Leben zu erhalten. In diesem Sinn wird Hufeland zu Beginn des 19. Jahrhunderts in der Verletzung dieser Pflicht größte Gefahren für die Zukunft befürchten: "Ist einmal die Linie überschritten, so giebt es *keine Grenzen mehr*."⁵⁹ Glaube und Moral verbieten jede aktive Sterbehilfe, sie verlangen ebenfalls höchste Vorsicht bei Experimenten an Menschen, die nach Hufeland der Arzt am besten auch zunächst an sich selbst durchführen sollte.

Ärztliches Handeln wird im 18. Jahrhundert ausdrücklich unter die Schweigepflicht gestellt. Arzt und Priester sind sich im Wissen um die Geheimnisse der Mitmenschen gleich. Was der Kranke dem Arzt anvertraut, soll nach Georg Christian Gottlieb Wedekind (1761-1831) ein "heiliges Depositum"⁶⁰ in dessen Brust sein und dürfe anderen Menschen nicht mitgeteilt werden. Der Arzt soll verschwiegen und zugleich offen sein. Konflikte und Kompromisse sind nicht zu vermeiden. Die Schweigepflicht endet dort, wo andere Menschen gefährdet sind. Prostitution und Abtreibung setzen der Schweigepflicht ebenfalls Grenzen.

Neben der Schweigepflicht wird die Aufklärungspflicht für zentral erklärt, sie soll jedoch nicht absolut gelten. Der Arzt soll aufklären, aber auch die Freiheit des Patienten anerkennen, die in der Ablehnung der Wahrheit und sogar in der Selbstzerstörung liegen kann. Rübel hält das Verschweigen für die "Tugend, die Wahrheit nicht zu sagen, wenn sie keinen Nutzen, aber gewiß Schaden bringt."⁶¹ Diese Zurückhaltung beziehe sich auf das Verhältnis zum Kranken wie zur Umwelt. Illusion und Täuschung können gerechtfertigt sein. Der Arzt müsse gewissenhaft prüfen, was der Kranke vertragen kann; der drohende Tod könne und müsse gelegentlich dem Kranken verschwiegen werden. Kann der Kranke diese Mitteilung nicht vertragen, sollten aber wenigstens die Angehörigen benachrichtigt werden, wenngleich auch hier in manchen Fällen Zurückhaltung angebracht sei. Mehrfach setzen sich Mediziner dafür ein, den Patienten im Ungewissen zu lassen. Bei gefährlichen Krankheiten schlägt Hoffmann sogar eine Information vor, "aus welchem die Fragenden nicht klug werden, was sie daraus schließen sollen."⁶² Wer als Arzt nicht simulieren könne, sei auch auch zur Therapie unfähig ("Qui nescit simulare nescit etiam curare"⁶³). Nach Stark wird der Kranke dagegen "oft nach Leib und Seel unglück-

⁵⁷ Friedrich Hoffmann: *Medicus politicus*, Leyden 1738, S.219, dt. Leipzig 1753, S. 183.

⁵⁸ Wilhelm Gottfried Ploucquet: Anm. 52, S. 114.

⁵⁹ Christoph Wilhelm Hufeland: Von dem Rechte des Arztes über Leben und Tod, in: *Journal der practischen Heilkunde* 56(1823) S. 20.

⁶⁰ Christian Gottlieb Wedekind: Anm. 53, S. 23)

⁶¹ Johann Friedrich Rübel: Anm. 48, S. 12.

⁶² Friedrich Hoffmann: Anm. 57, S. 188.

⁶³ Friedrich Hoffmann: Anm. 57, S. 183.

lich⁶⁴, wenn ihm das Wissen über sein bevorstehendes Ende vorenthalten wird. Wiederholt wird schließlich betont, daß die Prognose des Todes nie eine absolute Gewißheit über Art und Zeitpunkt sein, sondern nur eine hohe Gefährdung meinen könne.

Der Arzt hat das Recht, für seine Tätigkeit vom Kranken ein Honorar zu erwarten. Zugleich steht für ihn die Bezahlung in einer Spannung zur nahezu heiligen Aufgabe der Medizin, die sich finanziell nicht erfassen lassen soll. Weder wird der Arzt als Dienstleister, noch der Kranke als Kunde verstanden. Ein christlicher Arzt soll seine Tätigkeit aus Barmherzigkeit und Humanität ausüben und nicht oder weniger wegen des Geldes. Vom Arzt wird deshalb wiederholt auch verlangt und erwartet, vom Armen kein Honorar anzunehmen. Der Arzt soll das Honorar nicht durch unnötige Krankenbesuche vermehren, die Höhe soll er vom Vermögen des Kranken abhängig machen.

Die Standesunterschiede, die sich auch auf seine Rechte, Pflichten und Tugenden auswirken können, müssen vom Arzt anerkannt und beherrscht werden. Arme und reiche, weltliche und geistliche Menschen wollen abweichend behandelt werden. Behutsamkeit, Diskretion, Beweglichkeit und Festigkeit sind wichtige und notwendige Eigenschaften oder Fähigkeiten. Der obere Stand ist für seine Empfindlichkeit bekannt. "Schmerzen schicken sich viel besser für gemeine Leute",⁶⁵ weiß Rübel aus seiner Praxis zu berichten und hält diese Auffassung auch aus physiologischen Gründen für berechtigt, Menschen von niedrigem Stande hätten nämlich eine "starke, dicke und zehere Haut."⁶⁶ Bei vornehmen Personen empfiehlt Stark Zurückhaltung, die bei einfachen Personen, die scheu und wortarm seien, weniger angebracht seien.⁶⁷ Aus sozialen Gründen kann für eine Aufhebung oder Einschränkung der Schweigepflicht plädiert werden. Luetische Erkrankungen von Bediensteten soll ihren vornehmen Herren, wie Stahl und Storch erlebt haben, mitgeteilt werden, da sie einen größeren Ekel und Abscheu als normale Menschen empfinden würden und beim unerwarteten Anblick dieses Leidens sogar erkranken könnten.⁶⁸

Besondere Herausforderungen ergeben sich für Ärzte bei Kindern und Frauen, sie gelten als Klippen jeder Medizin: "Zwey schwere Dinge sind in der Medicin, nemlich Kinder und Schwangere curiren"⁶⁹, konstatiert Hoffmann. Aber stets soll der Arzt standhaft bleiben und sich nur von seinem Wissen und seiner Humanität leiten lassen, unbeirrt von Mode und Mitleid, Belohnung, Schmeichelei und Zwang, nie im Widerspruch zu seinem Gewissen. Stets soll der Arzt im Kranken den Menschen sehen, der sein Mitleid und seine Hilfe verdient, wie Stark emphatisch fordert: "Er geht mit Menschen als Menschen um, behandelt sie als Menschen, liebt sie als seine Brüder, dient ihnen willig als Freund, sucht ihre Schicksale zu erleichtern."⁷⁰ Der Arzt soll im Grund keine Unterschiede des Alters, des Geschlechts, des sozialen Standes, der Bildung oder der Religion machen, vor ihm sollen alle Menschen gleich sein.

Das Verhältnis zu den Kollegen ist seinerseits Thema Ausführungen über die Rechte, Pflichten und Tugenden des Arztes während des 18. Jahrhunderts. Streitsucht und Konkurrenz

⁶⁴ Johann Christian Stark: Anm. 47, S. 349.

⁶⁵ Johann Friedrich Rübel: Anm. 48, S. 72.

⁶⁶ Johann Friedrich Rübel: Anm. 48, S. 73.

⁶⁷ Johann Christian Stark: Anm. 47, S. 13.

⁶⁸ Johann Christian Stark: Anm.47; Johann Storch: Praxis Stahlianiana, Leipzig 1728, 21732.

⁶⁹ Friedrich Hoffmann: Anm. 57, S. 169.

⁷⁰ Johann Christian Stark: Anm. 47, S. 236.

der Ärzte sind nicht ohne Grund ein beliebter Gegenstand der zeitgenössischen Literatur und Satire. Höflichkeit und Achtung, Kameradschaft und Hilfe sollten dagegen die Beziehungen unter den Ärzten leiten. Besondere Aufmerksamkeit wird dem Verhältnis zum Chirurgen, zum Apotheker und zur Hebamme gewidmet. Medizinischer Beruf und Leiden des Kranken sollten nach Johann Stieglitz (1767-1840) den Arzt dazu verpflichten, "die Ehre der Consultation aufrecht zu erhalten."⁷¹ Zugleich hat der Arzt das Recht und die Pflicht, betrügerische Kollegen anzuzeigen: Wahrheit wird der Kollegialität übergeordnet. Kann dem Kollegen nicht zugestimmt werden, so soll dieser aber nicht vor den Kranken und öffentlich beschimpft oder kritisiert werden. Fachliche und patientenbezogene Erörterungen am Krankenbett gelten überhaupt als ungehörig. Der Arzt soll sich mit seinen Kollegen beraten und stets bereit sein, Unwissenheit und eigene Fehler auch zuzugeben. Konsultationen schützen vor Fehlschlüssen und gewagten Therapien, sie dienen nicht nur dem Kranken, von ihnen hängt auch der Fortschritt der Medizin ab. Notwendig ist der Kontakt zwischen Arzt und Chirurg und zwar für beide Seiten. Der Arzt soll nicht mehr Medikamente verschreiben als wirklich notwendig, um den Verdienst des Apothekers nicht zu erhöhen. Die Rezepte sollen der Norm entsprechen, das Therapieren der Apotheker soll, soweit als möglich, eingeschränkt werden, da sie nach Rübel "die erforderliche Principia zum vernünftigen practiciren"⁷² nicht besäßen.

Einstellungen und Haltungen des Arztes wirken sich nicht nur auf seine Beziehung zum Kranken, sondern auch auf sein Verhältnis zur Umwelt des Kranken, zu anderen Gesellschaftsgruppen, zum Staat aus. Schweigepflicht und Aufklärungspflicht greifen über den Kranken hinaus in das Leben anderer Menschen ein. Meint der Arzt, die Prognose dem Kranken nicht mitteilen zu können, hat er allein das Recht und die Pflicht der Entscheidung, ob er Angehörige oder Freunde aufklären soll. Bei ansteckenden Krankheiten kommt es zur Kollision der Schweigepflicht mit der allgemeinen Pflicht des Arztes, Gesunde vor der Erkrankung zu schützen. Der Arzt muß deshalb, so Rübel, sehr behutsam und überlegt handeln, "weil davon nicht etwann nur die Wohlfahrt eines Menschen, sondern öfters das Heil und die Glückseligkeit einer ganzen Republick abhängt."⁷³

Mit der Geistlichkeit kann es zu mannigfaltigen und nicht immer einfachen Kontakten kommen. Über das Angebot der Seelsorge und vor allem des Sakraments muß eine Verständigung hergestellt werden, wobei die Auswirkungen des Sakraments keineswegs nur für negativ gehalten werden. Manche Ärzte haben sogar die Erfahrung gemacht, daß diese Handlung emotional beruhigt hat und zu Heilungen geführt haben sollen. Seelsorge wird für wichtig gehalten, da Krankheit und Gesundheit stets mit psychischen und geistigen Aspekten verbunden sind, Diätetik von Religion auch nicht vollständig zu trennen ist. Wiederholt verlangen Ärzte aber auch von Priestern und Pfarrern Zurückhaltung und Behutsamkeit sowie grundsätzlich Anerkennung ihrer medizinischen Unwissenheit.

Hinzukommt die Beziehung zum Staat, für der Arzt Gutachten erstellen muß. Auf der einen Seite werden von ihm bei entsprechenden Prozessen sorgfältige Beobachtungen der Tatsachen und vernünftige Schlußfolgerungen verlangt, auf der anderen Seite soll er die Grenzen der Medizin anerkennen, der die letzte juristische Entscheidung nicht zusteht, da er, wie Hoffmann betont, "die rationem decidendi denen Rechtsgelehrten"⁷⁴ zu überlassen hat. Stets hat der Arzt

⁷¹ Johann Stieglitz: Ueber das Zusammensein der Aerzte am Krankenbett, Hannover 1798, S. 72.

⁷² Johann Friedrich Rübel: Anm. 48, S. 24.

⁷³ Johann Friedrich Rübel: Anm. 48, S. 31.

⁷⁴ Friedrich Hoffmann: Anm. 57, S. 85.

in der Unterrichtung der Öffentlichkeit die Pflicht, darauf zu achten, daß der einzelne Kranke so wenig wie möglich in seiner Ehre gekränkt wird, die Gesellschaft zugleich sich so weit wie möglich in Sicherheit fühlen kann und nicht unnötig in Ängste versetzt wird.

V. Die Gesellschaft

Medizinische Ethik ist nicht auf das Verhältnis zwischen Patient und Arzt beschränkt, sondern schließt das Verhältnis zur Familie, zur Gesellschaft und Staat ein, die ihrerseits Rechte und Pflichten besitzen und Tugenden im Umgang kranken und sterbenden Menschen zeigen können. Der Staat beeinflusst und regelt Prävention, Therapie und Rehabilitation. Von Angehörigen und Freunden sowie anderen sozialen Gruppen hängen unterschiedliche Formen der Unterstützung und unmittelbaren Hilfe ab.

Der Gesunde soll Anteilnahme zeigen; Verständnis, Mitleid, Takt und Treue gelten als seine wesentlichen Tugenden gegenüber dem leidenden Menschen. In den Besuchen und in den Berichten über das alltägliche Leben jenseits der Krankenvelt sollen Angehörige und Freunde Zurückhaltung beweisen. Das Bedürfnis des Kranken nach Einsamkeit und zugleich auch Gesellschaft kann vor allem in vornehmen Kreisen von etablierten Regeln abweichen; Krankenbesuche können, wovon Unzer berichtet, für den Kranken auch zu einem Martyrium werden.⁷⁵

Der Gesunde hat die Pflicht, den Kranken zu bewegen, zum Arzt zu gehen und Pfsucher zu meiden, dem Arzt gegenüber aufrichtig zu sein und seine therapeutischen Anweisungen einzuhalten. Vom Gesunden soll auch wesentlich abhängen, mit welcher Kraft und Geduld der Kranke sein Leiden ertragen kann. Diese Pflicht haben vor allem Eltern gegenüber ihren Kindern. Neben der Familie sind aber auch andere Gruppen der Gesellschaft von der Krankheit betroffen und können in ihrer Haltung gegenüber dem Kranken wie ebenfalls dem Arzt zu einer überzeugenden Form finden oder auch versagen.

Der Gesunde soll sich für seine eigene Gesundheit im Sinne des platonisch-aristotelischen Arztes als medizinisch gebildeten Laien selbst verantwortlich fühlen und durch seine Lebensweise Krankheiten zu vermeiden suchen, er soll auch nicht jede Belastung gleich für eine Krankheit halten. Immer wieder zeigt sich die präventive Bedeutung der antik-weitgespannten Diätetik, die zur allgemeinen Bildung oder Lebenskunst gerechnet wird. Für unsinnig und schädlich hält Hoffmann, der eine Reihe diätetischer Studien verfaßt hat, die Auffassung, daß für die Gesundheit nur der Arzt verantwortlich sei; jeder Mensch müsse vielmehr "sein eigener Arzt" sein, müsse sich selbst beobachten und selbst wissen, was ihm schade und was ihm wohltue. Gesundheit ist nach Unzer teils eine natürliche Gabe, teils ein Ergebnis des Verhaltens, ist Anlage wie Umwelt, nur zu sehr vernachlässigten die Menschen die Regeln der Lebensordnung, viel zu sehr werde Gesundheit nur insofern für ein Glück gehalten, "als man sie umsonst haben kann."⁷⁶ Die Affekte als sechster Bereich der Diätetik bringen Moralität und Krankheit in eine unmittelbare Verbindung, insofern Emotionen und Leidenschaften mit Tugenden zusammenhängen sollen.

Laster gefährden die Gesundheit des einzelnen Menschen und das Wohl der Gesellschaft. May ist davon überzeugt, daß sich „die Laster einzelner Menschen nicht nur an der Gesund-

⁷⁵ Johann August Unzer: Anm. 29, 1(1769) S. 675.

⁷⁶ Johann August Unzer: Anm. 29, 2(1769) S. 5)

heit, sondern öfters an der Wohlfahrt des Staates und der bürgerlichen Gesellschaft selbst rächen."⁷⁷ Tätigkeit und Bewegung erhalten mit einer neuen Bewertung von Arbeit und Fleiß eine neue Akzentuierung. Arbeit soll aber in einem Gleichgewicht zur Muße stehen und nicht einseitig betont werden; Untätigkeit ist für Erholung notwendig. Das rechte Maß erklärt Unzer zu einer Haupttugend des Menschen, "wodurch wir vermögend sind, unser Leben sogar über das gewöhnliche Ziel der Sterblichen zu verlängern."⁷⁸

=Der Gesunde soll sich auch dem Arzt nicht nur in der medizinischen Perspektive nähern und davon ausgehen, dieser wolle stets nur über Krankheit und Therapie sprechen. Wie sich der Gesunde dem Arzt gegenüber verhält, bestimmt nach Sklerander die Form der späteren Betreuung: "Begegne du erst bey gesundem Leibe deinem Medico höflich, so wird er dich, wenn du krank bist, auch zeitig besuchen und so viel ihm möglich, je eher, je lieber von deinen Schmerzen befreien."⁷⁹

Der Staat hat die Aufsicht über das Medizinalwesen. Er bekämpft die Sterblichkeit, die Seuchen, den Selbstmord, er wacht über die Hospitäler und Gefängnisse, er trägt die Verantwortung für Höhe und Verbreitung der Krankheiten; im Volkselend erkennt Johann Peter Frank (1745-1821) die "Mutter der Krankheiten."⁸⁰ Die Medizinalordnungen legen Ausbildung und Tätigkeit der Ärzte fest, auch das Tun der Apotheker und Hebammen wird von ihnen geregelt. In diesen Ordnungen finden sich ebenfalls Aussagen über die Pflichten des Arztes gegenüber dem Kranken, gegenüber den Kollegen und gegenüber dem Staat. Die Schweigepflicht kann zu Konflikten mit der Zeugnispflicht führen. Die Auffassungen der Mediziner sind allerdings nicht einheitlich. Wedekind setzt sich dafür ein, daß gegen den Willen des Kranken, abgesehen von besonderen Deliktarten, der Arzt nicht gezwungen werden könne, vor Gericht Aussagen machen zu müssen.⁸¹ In der Anzeigepflicht ansteckender Krankheiten muß der Arzt ebenfalls die Schweigepflicht verletzen.

Vom Staat wird im Zeitalter der Aufklärung verlangt, daß er sich für die Ausbreitung und Einhaltung der Tugenden und Pflichten auf Seiten des Arztes wie des Kranken einsetze. Unwissende wie inhumane Ärzte sollen verdrängt werden, der Regierung muß nach Unzer "daran gelegen seyn, daß ihre Aerzte einen rechtschaffenen, gesetzten, menschenfreundlichen, mitleidigen Charakter besitzen."⁸² Franks *System einer vollständigen medicinischen Polizey* (1779-1819) ist die theoretisch-systematische Zusammenfassung der vielfältigen sozialen Initiativen, die mit der Aufklärung ihren Anfang nehmen und die Gesundheitspflege zu einer zentralen Aufgabe des Staates machen wollen. Die Zeit selbst kann aber auch Unbehagen über eine zu große Ausbreitung des Staates empfinden. Dem Vorwurf, die Freiheit des Individuums werde von gesundheitspolitischen Entwicklungen gefährdet, entgegnet Frank, daß gesellschaftliches Leben stets auf Einschränkungen beruhe; wer Rousseau folgen wolle, ließe die Menschen bald wieder in die Wälder zu den tierischen "Halbbrüdern"⁸³ zurückkehren.

⁷⁷ Franz Anton May: *Stolpertus*, Bd.1, S. 407.

⁷⁸ Johann August Unzer: Anm. 29, 1(1769) S. 213.

⁷⁹ Sklerander: Anm. 35, S. 37.

⁸⁰ Johann Peter Frank: *Akademische Rede vom Volkselend als der Mutter der Krankheiten*, Marburg 1784, Nachdruck Leipzig 1960.

⁸¹ Christian Gottlieb Wedekind: Anm. 53, S. 23.

⁸² Johann August Unzer: Anm. 29, S. 13.

⁸³ Johann Peter Frank: *System einer vollständigen medicinische Polizey*, Bd.1, Mannheim 1779, S.XIX.

VI. Perspektiven

Rechte, Pflichten und Tugenden werden von den Medizinern im 18. Jahrhundert, dem Zeitalter der Aufklärung intensiv erörtert und auf den Kranken, den Arzt und die Gesellschaft bezogen; eine asymmetrische Verteilung der Rechte auf den Kranken und Pflichten auf den Arzt wird nicht vertreten, zugleich werden die Tugenden nicht übergangen. Stets sollen aber auch die anthropologischen Unterschiede zwischen den Situationen der Gesundheit und Krankheit respektiert werden. Philosophie und Theologie haben Resonanz, auch wenn die Distanz zu ihnen zunimmt. Das traditionelle Schema der sieben Tugenden ist lebendig, das Konzept der vierzehn körperlichen und geistigen Werke der Barmherzigkeit wirkt ebenfalls fort. Innermedizinische Veränderungen, sozialkultureller Kontext und Individualpsychologische Voraussetzungen spielen eine erkennbare Rolle; der Arzt hat noch nicht die soziale Position erlangt, die seit dem 19. Jahrhundert für ihn charakteristisch geworden ist. Tugenden sollen jeweils eine besondere Affinität zu den verschiedenen Berufen haben; Gerechtigkeit gilt als zentrale Tugend des Richters, Liebe als zentrale Tugend des Arztes, als zentrale Tugend des Kranken wird die Geduld angesehen.

In diesem Beitrag wurden die Auffassungen der Mediziner des 18. Jahrhunderts über Rechte, Pflichten und Tugenden behandelt. Einstellung und Verhalten des kranken Menschen selbst kamen eben so wenig zu Wort wie die Beiträge der Philosophen, Theologen, Pädagogen und Rechtswissenschaftler der Zeit. Wie sehr die Realität diesen Überzeugungen und Forderungen der Mediziner entsprochen hat, ist eine weitere und überaus wichtige Frage für zukünftige Untersuchungen. Was selbstverständlich ist, bedarf keiner juristischen oder moralischen Normierung. Werden Charlatanerie und Aberglaube angegriffen, wird über undankbare Kranke geklagt, werden gewissenlose und geldgierige Ärzte verurteilt, werden mitleidslose und egoistische Angehörige und Freunde kritisiert, so werden offensichtlich verbreitete Züge der Wirklichkeit getroffen.

Beachtung verdienen in dieser Hinsicht – bei aller Differenz von Kunst und Wirklichkeit – die satirischen Darstellungen und Deutungen der zeitgenössischen Literatur; von Molière (1622-1673), Jonathan Swift (1667-1745), Lawrence Sterne (1713-1768) und Voltaire (1684-1778) stammen eindrucksvolle Beiträge, die auch bei Medizinern auf Zustimmung stießen. Um 1750 veröffentlicht der Mediziner Ernst Gottfried Kurella (1725-1799) seinerseits *Maximen ohne Zeitverlust und Mühe ein berühmter und reicher Arzt zu werden*; vor allem aus armen Patienten könne der Arzt mancherlei Gewinn ziehen, ohne große Einschränkungen ließen sich an diesen auch therapeutische Experimente durchführen, um zu prüfen, "welche Arznei in diesem oder jenem Falle am besten würde."⁸⁴

Rechte, Pflichten und Tugenden sind gleichermaßen wichtig in der medizinischen Wirklichkeit: für Kranke, Ärzte, Pflegepersonen und Angehörige, in der Prävention, Kuration und Rehabilitation, in der Diagnostik wie Therapie, in akuten und chronischen Krankheiten wie auch im Sterben. Rechte und Pflichten reichen aber nicht aus. Auf Tugenden als Kraft des Menschen, sittliche Überzeugungen nicht nur zu wissen, sondern sich von ihnen auch leiten zu lassen, sie auch zu verwirklichen, wird es immer wieder wesentlich ankommen. Der Tugendethik wird die Prinzipienethik gegenübergestellt; über ihre jeweilige Bedeutung wird in der Medizi-

⁸⁴ Ernst Gottfried Kurella: Entdeckung der Maximen ohne Zeitverlust und Mühe ein berühmter und reicher Arzt zu werden, Berlin 1750, S. 82.

nethik kontrovers diskutiert. Ethische Prinzipien genügen jedoch ihrerseits nicht, sie dienen der Beurteilung des Verhaltens, bringen das Verhalten aber nicht hervor.

Offensichtlich können aber auch weder Tugenden noch Prinzipien für sich schon einen überzeugenden Arzt entstehen lassen und garantieren. Entscheidend ist eine freundliche, verständnisvolle, offene und weitgespannte Persönlichkeit, wesentlich sind Menschenkenntnis, Empathie und Kommunikation. Wissen (knowledge), Fähigkeiten (skills), Haltungen (attitudes) und Verhalten (behavior) müssen gleichermaßen beachtet und verbunden werden. Eine zentrale Frage bleibt, ob und wie oder in welchem Umfang diese Voraussetzungen im Studium der Medizin vermittelt werden können, welche Rolle Begabung, familiärer Hintergrund, schulische Ausbildung und sozialkulturelle Verhältnisse spielen, welche Grenzen zugleich zu akzeptieren sind.

Geschichte ist gelebte, nicht fiktive Wirklichkeit, manifestiert die Möglichkeiten des Menschen, in den Höhen wie in den Tiefen, im Gelingen wie Versagen. Die Vorstellungen der Mediziner der Aufklärung sind Fortführung der Vergangenheit und weisen in die Zukunft - in die Zukunft einer sich etablierenden naturwissenschaftlichen Medizin, deren eindrucksvoller Fortschritt Krankheit und Leid überwunden und zugleich negative Formen der Technisierung und Anonymität hervorgebracht hat. Das gegenwärtige Interesse an philosophischen Fragen und ethischen Aspekten der Medizin lenkt den Blick auch zurück in die Vergangenheit, kann Anregungen und Perspektiven aus zurückliegenden Positionen, Überzeugungen und Erfahrungen schöpfen.

Historische Kenntnis und ethisches Reflektieren- Das Beispiel Tierexperiment

Ingrid Kästner

Universität Leipzig, Medizinische Fakultät, Karl-Sudhoff-Institut für Geschichte der Medizin und der Naturwissenschaften

Ingrid.Kaestner@medizin.uni-leipzig.de

Reasoning of Historical Information and Ethics: An Example of Animal Experimentation

Summary

After a brief introduction on the potential as well as the function of the history of medicine in the training of medical students, the author will show – exemplified by the medical animal experiment – how historical knowledge can help to raise the awareness in dealing with animals. It is not a “for or against” animal experimentation in medicine, but the fundamental question of the relationship between man and animal, animals in biomedicine being often considered as test objects only.

Keywords

Animal experimentation, history of medicine, biomedicine, ethics

Mit seinen "Gedanken zur Funktion der historischen Methode in der Medizin" hat bereits 1975 der damalige Freiburger Ordinarius für Medizingeschichte Eduard Seidler [Seidler, 1975] daran erinnert, dass die Medizingeschichte, welche man "im traditionellen System der Disziplinen gemeinhin in der Requisitenkammer der Heilkunde zu suchen gewohnt war", im Unterricht klinisch zu thematisieren hat. Sie hat sich einzuschalten, wenn es um allgemeine Prinzipien von Diagnostik und Therapie geht, um Grenzsituationen ärztlichen Handelns, um Befund und Befinden, Not und Angst, um Aktion und Reaktion, mithin um das gesamte Beziehungsgefüge innerhalb der Medizin, denn alles Erleben und Handeln in diesem Rahmen ist auch historisch determiniert.

Erst kürzlich hat der Medizinhistoriker Heinz Schott, Ordinarius in Bonn und bis 1978 Mitarbeiter am Freiburger Institut von Prof. Seidler, in seiner Betrachtung über die Situation der „kleinen Fächer“ in der Medizin überzeugend dargestellt, dass es für seine Generation eine ganz selbstverständliche Wechselwirkung zwischen ethischen Implikationen und medizinhistorischer Forschung gab [Schott 2009], bevor in den 1990er Jahren Ethik in der Medizin als ei-

genständiges Fach postuliert und mit der neuen Approbationsordnung (2002) an den Medizinischen Fakultäten der Universitäten in der Bundesrepublik Deutschland das Fach „Geschichte, Theorie und Ethik in der Medizin“ eingeführt wurde, womit eine Trias von eigenständigen Fächern suggeriert wird [vgl. auch Wiesemann 2006]. Schott, der u. a. die gegenwärtigen Arbeitsfelder der Ethik in der Medizin – Grundlagenforschung und Krankenversorgung – untersucht, wendet sich gegen eine „Begleit- oder Vermittlungsethik“, die den wissenschaftlichen Fortschritt nur begleiten und ggf. seine als unerwünscht oder sogar als Zumutung betrachteten Nebeneffekte vermitteln oder regulieren soll. Obgleich sich die klinische Medizin mit gravierenden Problemen konfrontiert sieht – Diskrepanz zwischen ihren Möglichkeiten und der Kostenexplosion, zunehmende Anzahl polymorbider alter Patienten, Pflegenotstand, Mangel an Spenderorganen, Möglichkeiten und Grenzen der Reproduktionsmedizin, um nur einige der Problemfelder zu nennen – können die ethischen Implikationen auf grundlegende Fragen, bei deren Beantwortung die Medizingeschichte eine wichtige Rolle spielen sollte, zurückgeführt werden. Die Forderung nach klinischer Thematisierung des Unterrichts im Fach Medizingeschichte bzw. im Komplex Geschichte, Theorie und Ethik in der Medizin ist dahingehend zu erweitern, dass sich die Medizingeschichte überall dort einschalten muss, wo sie mit ihren wissenschaftlichen Möglichkeiten zum Erkenntnisgewinn beitragen, eine gewisse Orientierungshilfe für medizinisches Denken und Handeln bieten kann (sowohl für die Klinik als auch für die theoretisch-experimentellen Disziplinen). Vor allem aber sollte sie eine kritische Selbstreflexion der Medizin fördern und sich bislang vernachlässigten bzw. ausgeblendet „Fragestellungen, die wir allgemein der medizinischen Anthropologie zurechnen können“, [Schott, 2009, S. 937] zuwenden. Dass dafür Fachkompetenz vorauszusetzen und richtig einzubringen ist, sollte sich von selbst verstehen. [Wiesing, 1995]

Zu den Problemen, die in der Medizin und damit auch bei der Ausbildung des Ärztenachwuchses kaum grundlegend thematisiert werden, gehört das Verhältnis des Menschen zur umgebenden Natur, seine Verwandtschaft mit dem Tier, das in der Medizin vor allem als Versuchstier gesehen wird. Wie können hier historische Kenntnisse bei der Entwicklung moralischer und ethischer Kompetenz helfen? Wie können sie eine Sensibilisierung gegenüber den moralischen Problemen im Umgang mit Tieren erreichen, zur Reflexion der eigenen moralischen Grundhaltung motivieren, die Pluralität der Auffassungen erkennen lassen, dabei helfen, eine begründete Entscheidung zu treffen und moralisch kompetent zu handeln?

Die Frage der ethischen Berechtigung des Tierexperiments scheint heute weniger relevant, da die naturwissenschaftliche Medizin, in der Tradition des 19. Jahrhunderts, auf die nicht zuletzt mittels des Tierexperiments erreichten Fortschritte verweisen kann. Albert Schweitzers (1875-1965) Forderung einer uneingeschränkten „Ehrfurcht vor dem Leben“ wird daher bestenfalls als frommer Wunsch angesehen. Für den Experimentator, der selbstverständlich – und das sei vorausgesetzt - strengen Einschränkungen durch das Tierschutzgesetz (vgl. dazu auch die Übersicht „Legislation controlling animal experimentation in Western Europe“ [Rupke 1987, S. 324-331]) und die Richtlinien forschungsfördernder Institutionen und wissenschaftlicher Zeitschriften-Redaktionen unterliegt sowie vom Placet der Ethikkommissionen abhängt [Binder, 2009], wird das Versuchstier, vor allem, wenn es sich „nur“ um Ratte oder Maus handelt, leicht nur als Hilfsmittel bei der Lösung eines wissenschaftlichen Problems oder bei der Erstellung eines vom Gesetzgeber geforderten Gutachtens angesehen.

Trotz z. T. spektakulärer Aktionen von Tierschützern (darunter Gallionsfiguren wie die französische Filmschauspielerin Brigitte Bardot), die mit entsprechender Medienpräsenz verbun-

den sind, gibt es sicher wenige Menschen, die wissen, dass jährlich 80-150 Millionen Tiere weltweit (die Schätzungen schwanken allerdings stark) in Versuchslabors, vor allem der Industrie, verwendet werden.

Als Pharmakologin, die selbst 16 Jahre lang tierexperimentell auf dem Gebiet der Epilepsieforschung in einem psychopharmakologischen Hochschullabor gearbeitet hat, kennt die Verfasserin die Problematik aus eigener Anschauung. Es scheint etwas ungewöhnlich, auf ein persönliches Erlebnis zu verweisen, doch will ich damit zeigen, dass es mehr als eines Anstoßes bedarf, um über die ethische Dimension des Tierexperiments nachzudenken. Als Medizinstudentin (vor fast einem halben Jahrhundert) fand ich, so wie alle meine Kommilitonen, die Versuche in der Physiologie (z. B. an Fröschen die Demonstration des "Straub-Herzens") interessant und als eine selbstverständliche, anschauliche Vermittlung physiologischer Kenntnisse über die Herzaktion. Später, beim Vorstellungsgespräch im Pharmakologischen Institut, an dem ich mich als approbierte junge Ärztin um eine Stelle beworben hatte, fragte mich der Direktor, Prof. Fritz Hauschild (1908-1974), nach meiner Einstellung zu Tieren. Ich war einigermaßen verwirrt. Er verwies auf den neben seinem Schreibtisch liegenden großen Hund, eine alte Dogge namens Rena, und meinte: „Ich versuche, an Rena ein wenig das wieder gut zu machen, was ich so vielen Versuchstieren antun musste.“ Ich antwortete tapfer und ziemlich unbedarft: „Aber Herr Professor, das haben Sie doch für die Wissenschaft und zum Nutzen der Menschen getan!“, worauf der alte Ordinarius nur milde lächelte. Die Assistentenstelle erhielt ich wohl vor allem wegen meiner guten Examensnoten und der richtigen Antworten auf seine Fragen zur Chemie; über das Tierexperiment lernte ich erst später nachzudenken.

Ist man durch eigenes Erleben oder andere Anstöße auf das Problem aufmerksam geworden, so genügt es nicht, eine rein emotionale Entscheidung – pro oder contra Tierexperiment - zu treffen. Die historische Kenntnis der Diskussionen um die Berechtigung des Tierexperiments beinhaltet Argumente, welche - wiederum auch von der jeweiligen historischen Situation abhängig - die eigenen Entscheidungen und eigenes Handeln begründen helfen können.

In der Einleitung zu „Vivisection in Historical Perspective“ diskutiert der Herausgeber [Rupke, 1987] die Lehren aus der Geschichte und stellt fest, „...that the self-presentation by the scientists as humanitarian seekers after beneficial truth must be counterbalanced by a picture of science as a profession with self-serving purposes. The claim by scientists that vivisection produces useful results is undoubtedly true; but to say that this has been the motivation for pursuing vivisectional research is at best a half-truth. To the physiologists and to many other biomedical scientists, vivisection meant the experimental legitimation of their career ambitions and social aspirations.“ Und auf die Frage, ob wirklich äußere Regulative nötig und die Wissenschaftler nicht selbst ihrer Verantwortung den Versuchstieren gegenüber gerecht werden können, antwortet Rupke weiter: „The lesson from history is unequivocally clear on this point. Yes, there have been scientists who have drawn up codes of good laboratory behaviour. But no, self-regulation has not worked, in the sense that the profession as a whole has never been led to comply.“ [Rupke, 1987, S. 9]

Die Frage nach der Berechtigung des Tierexperimentes spielte bis ins 18. Jahrhundert kaum eine Rolle, obwohl bereits aus dem Altertum (so bei Galenos von Pergamon, um 129-216) vor allem anatomische Untersuchungen an Tieren überliefert sind. Im 16. Jahrhundert galten Vivisektionen (Sectio corporis vivi) als grausam und gottlos, Tierversuche dagegen als nützlich für den Menschen. Damit wurde das Tier erstmals in einer Stellvertreter-Rolle für den Menschen gesehen.

Anfang des 17. Jahrhunderts hatte das Tierexperiment bereits ein beeindruckendes Ergebnis erbracht: Mit einem genialen Experiment konnte der englische Arzt und Anatom William Harvey (1578-1657) nachweisen, dass das Blut sich in einem Kreislauf bewegt [Harvey, 1628]. Der französische Philosoph und Mathematiker René Descartes (1596–1650), der den Körper mit einer Maschine verglich und alle Organfunktionen nur unter mechanisch-physikalischen Gesichtspunkten betrachtete, sprach Tieren jegliche Empfindungs- und Denkfähigkeit ab, da ihnen die Seele fehle. [vgl. Finger, 2000] Doch finden sich im 17. und 18. Jahrhundert bereits auch Formen moralischer Kritik am Tierexperiment [Maehle, 1992]: Die erste Form gründet sich auf die pythagoreische und neuplatonische Seelenwanderungslehre, die aber zu dieser Zeit kaum mehr von Bedeutung war. Größeres Gewicht kommt dem Verweis auf das biblische Gebot der Tierschonung zu, und ein drittes Argument gegen das Tierexperiment gründet sich auf die Annahme, dass Tierexperimente den Arzt verrohen und ihn dadurch auch mitleidlos gegen seine Patienten werden lassen.

Experimentatoren, die einen radikal anthropozentrischen Standpunkt vertraten, sahen den Menschen als vernunftbegabtes und vollkommenstes Geschöpf Gottes, dem dieser die Erde mit allen Tieren zur freien Verfügung gestellt hatte. So heißt es bei dem Kirchenlehrer Augustinus (354-430): „Das ist's, was die natürliche Ordnung vorschreibt, und so hat Gott den Menschen geschaffen. Denn Gott sprach: ‚Er herrsche über die Fische des Meeres und über die Vögel des Himmels und über alles Gewürm, das auf Erden kriecht‘. Vernünftig und nach seinem Ebenbild erschaffen, sollte der Mensch nur über die vernunftlosen Geschöpfe herrschen, also nicht Mensch über Mensch, sondern Mensch über Tier.“ [Augustinus, 2007, S. 557] Auf die Kritik Dritter wurde nicht nur mit dem Hinweis auf die durch das Experiment erreichten Erfolge, sondern auch mit einer "physikotheologischen" Argumentation geantwortet, dass man nämlich durch das Studium des Körperbaus der Tiere die wunderbaren Taten Gottes erkennen und seine Weisheit umso lauter preisen könne. Zwar drückten die Forscher im 17. und 18. Jahrhundert gelegentlich Mitleid mit der gequälten Kreatur aus, aber die Berufung auf den Auftrag Gottes, über die Tierwelt zu herrschen, diente in der Endkonsequenz als Rechtfertigung für die "Benutzung" des Tieres. Immerhin finden sich in der tierexperimentellen Literatur Ansätze zu einer Selbstrechtfertigung, indem immer wieder der Nutzen für den Menschen hervorgehoben wird. Das ist retrospektiv verständlich, wenn man die sehr geringen Möglichkeiten der Medizin jener Zeit betrachtet.

Als Folge der Lehre Descartes, dass das vernunftlose Tier auch rechtlos sei, wurde bis weit ins 18. Jahrhundert hinein in der deutschen philosophischen Literatur über den Status der Tierseele diskutiert. Dies war jedoch vor allem eine Diskussion unter theologisierenden Gelehrten, mit der angesichts der Leiden der Tiere sowohl Gott als auch die menschlichen Handlungen gerechtfertigt werden sollten, doch erwies sich die Tierseele auch „als ein Vehikel zur Artikulierung grundsätzlicher Standpunkte zum menschlichen Selbstverständnis.“ [Ingensiep, 1995, S. 117]

Den Höhepunkt der ethischen Diskussion um das Tierexperiment finden wir in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, und die Ursachen dafür sollen hier nur kurz erwähnt werden. Die Veränderungen in Lebenswelt und Medizin beeinflussten die Öffentlichkeit und machten auch medizinische Laien auf die Problematik des Tierexperiments aufmerksam.

1. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts hatte sich die Medizin auf ein naturwissenschaftliches Fundament gestellt und sich von Spekulationen und metaphysischen Erklärungen abgekehrt. Dies weckte starkes Unbehagen in einigen religiösen und politisch konservativen Kreisen. So wurde der Physiologe Emil Heinrich du Bois-Reymond (1818-1896) beschul-

dig, die menschliche Willensfreiheit und das Dasein Gottes zu leugnen.

2. Mit der Institutionalisierung der theoretisch-experimentellen Disziplinen, vor allem der Physiologie und Pharmakologie, stieg die Zahl der in Experimenten verwendeten Tiere enorm an.
3. Infolge verstärkter Urbanisierung und Industrialisierung wurde das Tier nicht mehr, wie in der Landwirtschaft, nur unter dem Aspekt der Nützlichkeit gesehen, sondern Tiere dienten jetzt auch als Haustiere dem Städter zur Befriedigung emotionaler Bedürfnisse.

In verschiedenen europäischen Ländern erstarkte eine Antivivisektionsbewegung, welche hauptsächlich von Laien und nur von wenigen, die naturwissenschaftliche Medizin ablehnenden Ärzten getragen wurde. Diese Bewegung lässt sich einfügen in die medizinkritischen Massenbewegungen des 19. Jahrhunderts mit der Entstehung zahlreicher „unkonventioneller“ Therapieverfahren, die sich als Alternative zur „Schulmedizin“ verstanden. [Jütte 1996] Auch beim Streit um das Tierexperiment bedeutete die Konstellation hauptsächlich Laien versus Fachwissenschaftler. Im viktorianischen England nahm das Parlament 1876 eine "Cruelty to Animals Act" an, die starke Restriktionen für die experimentelle Forschung mit sich brachte. In Deutschland wurde die Antivivisektionsbewegung vor allem durch das Buch des Barons Ernst von Weber "Folterkammern der Wissenschaft" gefördert. [von Weber, 1879] Dieses für medizinische Laien bestimmte Buch, gespickt mit tendenziösen Zitaten aus der physiologischen Literatur, suggerierte, dass Tierversuche stets grausam und aus ethischen und medizinischen Gründen generell abzulehnen seien.

Doch selbst dann, wenn die Befürworter des Tierexperiments den Erkenntnisgewinn durch das Experiment anerkannten, mussten sie sich doch der Frage stellen, ob der Mensch berechtigt ist, die Integrität des tierischen Organismus zu verletzen, dem Tier Schmerz zuzufügen und es den menschlichen Interessen zu opfern. In dieser Auseinandersetzung begegnen uns im 19. Jahrhundert Argumente, die z. T. auch heute durchaus bedenkenswert sind.

1. In der Philosophie wurden entweder die Unterschiede zwischen Tier und Mensch betont, dann aber war das Leiden von Tieren um des Menschen willen zu vermeiden; betonte man aber die Gemeinsamkeiten, dann waren die Leiden um des Tieres willen nicht zu rechtfertigen.

2. Der Vergleich der Religionen im Hinblick auf das Tierexperiment zeigte starke Unterschiede, vom tierfreundlichen Buddhismus über den Taoismus, der den Menschen zu Güte und Rücksicht gegenüber allen Lebewesen verpflichtet, bis zum Katholizismus, der das Tier dem Gebrauch des Menschen anheimstellte.

3. Gegner und Befürworter des Tierexperiments polemisierten zwar heftig und attackierten oft unsachlich die Gegenpartei, doch waren manche Argumente durchaus nicht von der Hand zu weisen. Dem Gebot „Du sollst nicht töten!“ wurde das allgemein akzeptierte Töten von Tieren als Nahrung oder das Töten von Raubtieren entgegengehalten; der angeblichen Nutzlosigkeit des Tierexperiments entgegnete man mit den Fortschritten in Diagnostik und Therapie, wobei auch bloßes Erkenntnisstreben als hinreichender Grund für Experimente angeführt wurde; schone man die Tiere, so müsse man das mit Menschenleben bezahlen, und zwar durch Unkenntnis und Hilflosigkeit gegenüber Krankheiten; verzichte man auf die vorherige Testung von Arzneimitteln am Tier, so sei das dann "Tierquälerei am Menschen". Den Vorwurf der Grausamkeit des Experimentes versuchte man mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Narkose abzuwehren, und man verwies gerne auf alltägliche Grausamkeiten von Tierversuchsgegnern, wie Hahnen- und Stierkämpfe, Jagd, Kupieren und Kastrieren („Tu quoque“-Argumentation). Sprach man im 18. Jahrhundert davon, dass der Tierversuch die Wunder Gottes erkennen las-

se, so ersetzte man dann im 19. Jahrhundert „Gott“ durch „Natur“. Dabei hatte gegen Ende des 19. Jahrhunderts, auch in der Medizin, die Abstraktion des Naturbegriffes einen Höhepunkt erreicht. Das „ungeheure Streben nach Realität“ führte zum „Verlust der Mitte in der Medizin“ mit einem „Schwund der Begriffe: Mensch, Geschichte, Gestalt, Leben, Natur, Gesellschaft“. [Jacob, 1967, S. 211] Der ethische Imperativ ärztlichen Handelns wurde am Krankenbett selbstverständlich vorausgesetzt.

Im Preußischen Abgeordnetenhaus führten vor allem die Diskussionen um die englischen „Cruelty to Animals Acts“ (1835, 1849 und schließlich 1876 [List of Acts of the Parliament of the United Kingdom, 39&40 Vic., Public Acts, c. 77] zu einer Enquête an allen preußischen Universitäten, in deren Ergebnis der Kultusminister Gustav von Goßler (1838-1902) im Jahr 1885 die in den Instituten bereits geübte Praxis des Tierexperiments in einem Erlass festschrieb. Immerhin waren es die Experimentatoren selbst, welche (anders als in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als z. T. Versuche von heute kaum vorstellbarer Grausamkeit durchgeführt wurden) sich für eine möglichst schonende Behandlung der Tiere und eine Begrenzung der Versuche auf das ihrer Ansicht nach Nötige aussprachen.

Ende 19. Jahrhunderts kam es zum Abklingen des Streites, auch aufgrund offenkundiger Erfolge der Medizin (Arzneimittelentwicklungen, z. B. Aspirin 1899; Heilseren, z. B. Behring'sches Diphtherie- und Tetanusserum 1890; etc.).

Es gibt verschiedene Hypothesen, weshalb sich in anderen Ländern die Einstellung zum Tierexperiment bzw. eine Antivivisektionsbewegung erheblich anders als in England oder in Deutschland entwickelten. Einige der in diesem Zusammenhang gestellten Fragen lauten: Weshalb war die Antivivisektionsbewegung gerade in Großbritannien so mächtig? Welche Rolle spielten Protestantismus oder Katholizismus? Hängt es mit sozialen Strukturen zusammen? Gab es politische Interessen, die eine Entscheidung für oder gegen das Tierexperiment förderten? Welche Rolle spielten Stellung und gesellschaftliches Ansehen der Professoren resp. Experimentatoren? Unter den Universitäten im Deutschen Reich, an denen die experimentellen Fächer und insbesondere die Physiologie einen prominenten Platz einnahmen, stand die Leipziger Universität an vorderer Stelle. Hier hatte Carl Ludwig (1816-1895), der mit seinem Kymographion die Voraussetzung für exakte, quantifizierende Messungen in das physiologische Experiment einführte, mit seiner Physiologischen Anstalt ein Mekka für tierexperimentell arbeitende Wissenschaftler aus aller Welt geschaffen. Carl Ludwig, der von seinen zahlreichen Schülern nicht nur als überragender Wissenschaftler, sondern auch als selbstloser, gütiger Mensch beschrieben wird, setzte sich sowohl für den Tierschutz als auch für das Tierexperiment ein. Wahrscheinlich war er der Verfasser einer in der Tagespresse veröffentlichten Stellungnahme der deutschsprachigen medizinischen Fakultäten zur Notwendigkeit von Tierversuchen, die auch als Entgegnung auf Ernst von Webers „Folterkammern der Wissenschaft“ gedacht war. [Heinecke, 1997] Es gab auch Ansätze zu sachlichen Diskussionen der Tierversuchsgegner und –befürworter, doch endeten solche Versuche oft mit der resignierenden Einsicht, dass eine so große Differenz in den Anschauungen bestand, dass eine Diskussion kaum möglich schien. [Aussprache, 1929]

Zwischen den beiden Weltkriegen wurden Tierschutz und Tierexperiment weniger hitzig diskutiert. Die deutschen Nationalsozialisten nutzten den Tierschutz propagandistisch, obgleich das Reichstierschutzgesetz von 1933 keineswegs im Sinne der militanten Tierschützer war. Mit den konsequenten Kriegsvorbereitungen Nazi-Deutschlands kam auch die zuerst verket-

zerte "Schulmedizin" gegenüber den z. T. fragwürdigen Ansätzen der "Neuen Deutschen Heilkunde" wieder zu Ehren, und Tierexperimente wurden – nicht nur in der Militärforschung – auch weiterhin in großer Anzahl durchgeführt.

Nach 1945 existierte eine positivistische Wissenschaftseinstellung, welche das Tierexperiment als selbstverständliches Mittel zum Erkenntnisgewinn betrachtete, und erst in den 70er Jahren, etwa zeitgleich mit der ökologischen Bewegung der „Grünen“, kam es zu einem erneuten Höhepunkt im Streit um das Tierexperiment. Mitte der 70er Jahre wurde die Diskussion um den moralischen Status der Tiere besonders durch Singers Buch „Animal Liberation“ erneut entfacht. [Singer, 1996] Nach Singer ist die Spezieszugehörigkeit „an sich“ nicht moralisch relevant. Für ihn sind die Empfindungsfähigkeit eine notwendige Bedingung für einen direkten moralischen Status und das Selbstbewusstsein eine hinreichende Bedingung für das Lebensrecht eines Lebewesens. Auf die heftigen Auseinandersetzungen, die seine daraus für den Menschen gezogenen Schlussfolgerungen auslösten, soll hier nicht eingegangen werden. Für die moderne Tierschutzbewegung bleibt sein Buch ein Klassiker.

Eine gewissenhafte Auseinandersetzung mit den Argumenten ist freilich nur möglich, wenn man versucht, das Problem zu entemotionalisieren. Warum z. B. empfinden wir für Ratten, Mäuse oder Frösche weniger Mitleid als für Katzen, Hunde oder Affen? Seit Darwin kann der Mensch nicht mehr als die „Krone der Schöpfung“ angesehen werden, sondern nur als das Ende einer Entwicklungsreihe, und wir Menschen fühlen uns den uns "Näherstehenden" in dieser Reihe solidarischer, denn sie sind „Unsere nächsten Verwandten“. [Fouts u. Mills, 1998] Eine Folge aus der modernen Diskussion um die ethische Vertretbarkeit des Tierexperiments soll noch erwähnt werden: Die Bemühungen um alternative Methoden haben bereits die Anzahl der insbesondere in der Industrieforschung eingesetzten Versuchstiere erheblich reduziert. [7th World Congress, 2009]

Aus einer inzwischen großen Anzahl an Arbeiten zu ethischen Problemen des Tierexperiments soll hier eine Auffassung wiedergegeben werden, der sich die Autorin dieses Beitrages anschließen kann. Wolf, die sich bereits seit längerem mit dem „Tier in der Moral“ beschäftigt hat [Wolf, 1990], folgert aus den Überlegungen zur ethischen Vertretbarkeit von Tierversuchen, dass diese nur dann zu vertreten sind, wenn sie kein Leiden verursachen. Ein schmerzhafter Versuch darf also nur unter Narkose stattfinden; sind Schmerzen oder Beeinträchtigungen nach dem Erwachen nicht zu vermeiden oder nicht rasch zu beheben, darf das Tier nicht mehr aus der Narkose erwachen. [Wolf, 2009]

Unbestreitbar ist: Die Diskussion um das Tierexperiment hat – nicht zuletzt in Berücksichtigung der historischen Entwicklung – zu Regulativen in der Forschung geführt, zu Beschränkungen und der Suche nach alternativen Methoden und zur Ausarbeitung ethischer Richtlinien, welche dem Problem weitgehend Rechnung zu tragen versuchen. Doch muss jeder Arzt bzw. Wissenschaftler für sich entscheiden, ob er Tierexperimente befürwortet und sie selbst durchführen will. Dabei ist zu akzeptieren, dass die Entscheidung ablehnend sein kann. Albert Schweitzer hat für die Ethik in der Medizin Grundsätzliches gesagt (Luther, 2010), und auch diese Aussage bleibt aktuell: „Nur die Ethik der Ehrfurcht vor dem Leben ist vollständig. [...] Die Ethik, die nur mit dem Verhalten des Menschen zu seinem Mitmenschen zu tun hat, kann sehr tief und lebendig sein. Sie bleibt aber unvollständig.“ [Schweitzer, 2006, S. 82]

Literatur

- 7th World Congress on Animal Use and its Alternatives, Rome 2009. Abstracts. Spektrum Akademischer Verlag: [Heidelberg ; Berlin] 2009.
- Augustinus, Aurelius. Vom Gottesstaat (De civitate Dei). Deutscher Taschenbuch-Verlag: München 2007.
- Aussprache zwischen Vertretern der experimentellen Medizin und Vivisektionsgegnern über die Zweckdienlichkeit und Zulässigkeit des wissenschaftlichen Tierversuches. Separatabdruck aus dem „Tierfreund“, Organ der deutsch-schweizerischen Tierschutzvereine. [o. O.] 1929, Hefte 6, 7 und 8.
- Binder, Regina: „Rechtliche Rahmenbedingungen für die Prüfung der ethischen Vertretbarkeit tierexperimenteller Vorhaben in Deutschland, Österreich und der Schweiz“. In: Borchers, Dagmar; Luy, Jörg (Hrsg.): Der ethisch vertretbare Tierversuch: Kriterien und Grenzen. Mentis Verlag GmbH: Paderborn 2009, S. 53-76.
- Finger, Stanley: Minds behind the Brain. A History of the Pioneers and their Discoveries. Oxford University Press: Oxford 2000.
- Fouts, Roger; Mills, Stephen Tukul: Unsere nächsten Verwandten. Von Schimpansen lernen, was es heißt, ein Mensch zu sein. Limes Verlag GmbH: München 1998.
- Harvey, William: Exercitatio Anatomica de Motu Cordis et Sanguinis in Animalibus. William Fitzer: Frankfurt 1628.
- Heinecke, Horst: „Stellung der Jenaer und Halleschen medizinischen Fakultät zur ‘Erklärung der medizinischen Fakultäten Deutschlands, Österreichs und der Schweiz’ zur Vivisektionsfrage vom März 1879“. In: Kiefer, Jürgen; Heinecke, Horst (Hrsg.): Aufsätze zur Geschichte der Medizin und ihrer Grenzgebiete in Mitteldeutschland. Akademie gemeinnütziger Wissenschaften: Erfurt 1997, S. 185-203 (Akademie gemeinnütziger Wissenschaften zu Erfurt. Sonderschriften; 30).
- Ingensiep, Hans Werner: „Tierseele und tierethische Argumentationen in der deutschen philosophischen Literatur des 18. Jahrhunderts“. NTM. Internationale Zeitschrift für Geschichte und Ethik der Naturwissenschaften, Technik und Medizin N. S. 4 (1996), 103-118.
- Jacob, Wolfgang: Medizinische Anthropologie im 19. Jahrhundert. Mensch – Natur – Gesellschaft. Ferdinand Enke Verlag: Stuttgart 1967 (Beiträge aus der allgemeinen Medizin; 20).
- Jütte, Robert: Geschichte der Alternativen Medizin. Von der Volksmedizin zu den unkonventionelle Therapien von heute. C. H. Beck: München 1996.
- Luther, Ernst: Albert Schweitzer. Ethik und Politik. Karl Dietz Verlag: Berlin 2010.
- Maehle, Andreas-Holger: Kritik und Verteidigung des Tierversuchs. Die Anfänge der Diskussion im 17. und 18. Jahrhundert. Franz Steiner: Stuttgart 1992.
- Rupke, Nicolaas A. (Hrsg.): Vivisection in Historical Perspective. Routledge: London, New York 1987.
- Schott, Heinz: „Die Situation der ‚kleinen Fächer‘ am Beispiel der Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin“. Bundesgesundheitsblatt 52 (2009), 933–939.
- Schweitzer, Albert: Ehrfurcht vor den Tieren. München: Beck 2006.
- Seidler, Eduard: „Gedanken zur Funktion der historischen Methode in der Medizin“. Medizinische Klinik 70 (1975), 726-731.
- Singer, Peter: Animal Liberation. Die Befreiung der Tiere. Rowohlt Taschenbuchverlag: Hamburg, 1996 (englische Erstausgabe 1975).
- Weber, Ernst von: Die Folterkammern der Wissenschaft. Eine Sammlung von Thatsachen für das Laien-Publikum. 6. Auflage. Hugo Voigt: Berlin und Leipzig 1879.
- Wiesemann, Claudia: „Die Beziehung der Medizintechnik zur Medizingeschichte und Medizintechnik“. Ethik in der Medizin 18 (2006), 337–341.
- Wiesing, Urban: „Zum Verhältnis von Geschichte und Ethik in der Medizin“. NTM. Internationale Zeitschrift für Geschichte und Ethik der Naturwissenschaften, Technik und Medizin N. S. 3 (1995), 129-144.
- Wolf, Ursula: Das Tier in der Moral. Frankfurt am Main 1990.
- Wolf, Ursula: „Zum Problem der ethischen Vertretbarkeit von Tierversuchen“. In: Borchers, Dagmar; Luy, Jörg (Hrsg.): Der ethisch vertretbare Tierversuch: Kriterien und Grenzen. Mentis Verlag GmbH: Paderborn 2009, S. 77-87.

Die deutsche Psychiatrie, der Patientenmord im Nationalsozialismus, die Juristischen Folgen und die Erinnerungspolitik*

Thomas Müller, Jörg Kinzig, Thomas Stöckle

Dr. med. Thomas Müller, M.A., Leiter des Forschungsbereichs Geschichte und Ethik in der Medizin, Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie I der Universität Ulm / Zentrum für Psychiatrie Südwürttemberg
th.mueller@uni-ulm.de

Prof. Dr. jur. Jörg Kinzig, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Tübingen

Joerg.Kinzig@jura.uni-tuebingen.de

Thomas Stoeckle, M.A., Leiter der Gedenkstätte und Dokumentationszentrum Grafeneck für die Opfer der "Euthanasie"-Verbrechen im Nationalsozialismus, Baden-Württemberg

thomas.stoeckle@gedenkstaette-grafeneck.de

Alman Psikiyatrisi, Nasyonal Sosyalizmde Hasta Katli, Hukuki Sonuçları ve Hatırlatma Politikası

Summary

This study firstly offers an insight into German National Socialist health politics during the 1930s and its impact on psychiatry and psychiatric patients. A main focus is put on the connection between the murder of patients and the murder of European Jews by National Socialist Germans. In a second part, the attitude and position of the post-war juridical authorities towards the medical perpetrators is portrayed by a regional analysis from Wuerttemberg. The third and fourth part of this study deal with the geographical place and space of murder, and the way these have been integrated into both a memorial site and rituals of memory.

Keywords

Germany – National Socialism – Patient murder – Grafeneck lawsuit - Memory

* Für Unterstützung in der Erstellung der verschiedenen Teile dieses Beitrags danken die Autoren Alexander Baur und Uta Kanis-Seyfried.

1. Der Nationalsozialismus, der Holocaust und die deutsche Psychiatrie

Der Jahrestag der Befreiung des sog. Konzentrations- und Vernichtungslagers Auschwitz am 27. Januar 1945 wurde im Jahr 1996 und auf Initiative des damaligen deutschen Bundespräsidenten Roman Herzog offizieller deutscher "Gedenktag für die Opfer des Nationalsozialismus". Der 27. Januar ist kein Feiertag im üblichen Sinn. Er soll vielmehr ein "Denk-Tag" sein: Gedenken und Nachdenken über die Vergangenheit sollen Orientierung schaffen - für die Zukunft. Denn zur engagierten Verhinderung von zukünftigem Völkerverhass, Totalitarismus, Faschismus und ideologisch vermeintlich gerechtfertigtem Mord gehört die lebendige Erinnerung an den Nationalsozialismus, die aktive Auseinandersetzung mit diesem Teil der deutschen Geschichte. Am 1. November 2005 erklärte die Generalversammlung der Vereinten Nationen (UNO) den 27. Januar zum internationalen Holocaustgedenktag. Die US-amerikanischen "Days of Remembrance" lehnen sich im Datum an den israelischen Yom HaShoah an, der, allerdings aus der Perspektive der Opfer, seit dem Jahr 1959 begangen wird und dem jüdischen Kalender folgt. Auch der Zusammenhang zur Entwicklung ethischer Codices und internationaler Erklärungen wie der "Universal Declaration of Human Rights" ist offensichtlich.¹

Auschwitz, als Name, zugleich als Ort und als Ereignis, wurde zum Synonym für den Mord der Nazis an den europäischen Juden, zeitgenössisch bereits ein "offenes Geheimnis".² Auschwitz ist Ausdruck des "Rassenwahns" in der deutschen Geschichte und "Sinn"-Bild für das Leid, das Menschen anderen Menschen zugefügt haben. Zum 65. Mal jährte sich in diesem Jahr, am 27. Januar 2010, die Befreiung des Konzentrations- und Vernichtungslagers Auschwitz durch die "Rote Armee". Diese so genannten Konzentrationslager, einer der vielen Euphemismen der NS-Zeit, dienten von dem Jahr 1933 an dem Zweck, Andersdenkende, Gegner des Regimes und die als Nicht-Zugehörige zur national-sozialistischen Gesellschaft Definierten auf vielfältige Weise zu stigmatisieren, zu entrechten, zu verfolgen, zu quälen, zum Verschwinden zu bringen - zu vernichten. Spätestens seit dem Jahr 1941 waren Konzentrationslager Orte der unfassbaren Vernichtung von Millionen Menschen, eine Vernichtung, die wir zu Recht wesentlich mit dem Europäischen Judentum und seiner Geschichte verbinden. Die Zahl der jüdischen Opfer alleine wurde auf 6 Millionen Menschen berechnet.³

Was nun, verbindet Auschwitz mit der Geschichte der Psychiatrie?⁴

Zweierlei, muss man, insbesondere für den deutschen Südwesten, feststellen:

- Einerseits stellen geistig Behinderte und psychisch Kranke auch in diesem Teil Deutschlands eine Opfergruppe der nationalsozialistischen Politik dar. Rechnete man nach früheren Forschungen noch mit ungefähr 200.000 Opfern der nationalsozialistischen

¹ Siehe z.B. Winter, Jay: The Universal Declaration of Human Rights (1948). In: Themenportal Europäische Geschichte (2009), URL: <<http://www.europa.clio-online.de/2009/Article=381>>.

² Bajohr, Frank und Pohl, Dieter: Der Holocaust als offenes Geheimnis. Die Deutschen, die NS-Führung und die Alliierten. C.H. Beck Verlag, München 2006; siehe auch Bajohr, Frank und Wildt, Michael (Hrsg.): Volksgemeinschaft. Neue Forschungen zur Gesellschaft des Nationalsozialismus. S. Fischer Verlag, Frankfurt, 2009.

³ Freilich zeigt sich in der eher abgerundeten Zahl von 6 Millionen eine moralisch zweifelhafte Verdinglichung der Opfer, eine Ent-Individualisierung. Dies rechtfertigt und verlangt, im Rahmen zukünftiger Forschung auch Einzelschicksale zu untersuchen und zu betonen.

⁴ Vgl. hierzu auch: Schmuhl, Hans-Walter: Vom Krankenmord zum Judenmord. Verschüttete Verbindungslinien zwischen zwei nationalsozialistischen Vernichtungsaktionen. In: Müller, Roland (Hrsg.): Krankenmord im Nationalsozialismus. Grafeneck und die „Euthanasie“ in Südwestdeutschland. Hohenheim Verlag, Stuttgart 2001, S. 71-84, 91-93.

Psychiatrie, müssen wir nach aktuellen Untersuchungen von mehr als 300.000 ermordeten Menschen ausgehen,⁵ die im Vorfeld der Tötungen als geistig behindert oder psychisch krank bezeichnet wurden.

- Zum Anderen ist in der medizinhistorischen Forschung heute offensichtlich und gilt als belegt, dass die Ermordung psychisch Kranker durch Gas, die im Jahr 1939/40 unter anderem in Grafeneck,⁶ auf der Schwäbischen Alb, und an weiteren 5 Orten im Kerngebiet des Deutschen Reiches systematisch durchgeführt wurde, als bewusst initiiertes Experiment zur geplanten Ermordung einer weit höheren Zahl an Menschen in den Folgejahren zu interpretieren ist.

Neben der Chronologie dieser schrecklichen Taten und den administrativen Zusammenhängen in politischen Kreisen belegt dies auch die Tatsache, dass die Mordkommandos aus den sechs Tötungsanstalten für psychisch Kranke zum Teil personelle Kontinuität zum Personal der sog. Vernichtungslager aufwiesen, für die der Name Auschwitz steht.⁷

Die folgenschweren Entwicklungen in der Psychiatrie und Psychotherapie im Nationalsozialismus in Deutschland basierten auf Konzepten der Rassenhygiene, entwickelt aus sozialdarwinistischen Anschauungen, die teilweise bereits im 19. Jahrhundert entstanden.⁸ Zu nennen wäre auch die Sozialhygiene, deren sozialmedizinische Wurzeln bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zurückreichen, die sich in den Weimarer Jahren ausdifferenzierte, und die von den Konzepten der Rassenhygiene im Jahr 1933 abgelöst wurde. Die Grundlagen der Eugenik, die biologischer und politischer Natur sind, lassen sich in ihrer Entstehung nicht erst in den 1930er Jahren lokalisieren, sondern reichen bis mindestens ins 19. Jahrhundert zurück.

Indem auf der Basis sozialdarwinistischer Konzepte diejenigen der Rassenhygiene entwickelt wurden, erhielten Maßnahmen zur "Ausgrenzung" und "Ausmerzung schwacher und frem-

⁵ Wie beispielsweise bei Fuchs, Petra et al. (Hrsg.): *Das Vergessen der Vernichtung ist Teil der Vernichtung selbst. Lebensgeschichten von Opfern der nationalsozialistischen „Euthanasie“*. Wallstein Verlag Göttingen, 2007, 2. Aufl. 2008.

⁶ Zu Grafeneck siehe neben der bereits erwähnten Literatur auch: *Diakonisches Werk Württemberg (Hrsg.): Wohin bringt Ihr uns? Euthanasiemorde in Württemberg. Gedenkort der Diakonie*. Schwarz, Stuttgart 2009, sowie *Samariterstiftung (Hrsg.): Ort des Lebens. 75 Jahre Samariterstift Grafeneck*. Raisch Druck, Reutlingen 2005.

⁷ *Jüdisches Museum Berlin (Hrsg.): Tödliche Medizin. Rassenwahn im Nationalsozialismus*. Wallstein Verlag, Göttingen 2009. Zur Standardliteratur siehe u.a.: Weindling, Paul J.: *Health, race and German politics between national unification and Nazism 1870-1945*. Cambridge: Cambridge University Press 1993. Kater, Michael H.: *Doctors under Hitler*. Chapel Hill: University of North Carolina Press 1989. Lifton, Robert J.: *The Nazi Doctors. Medical Killing and the Psychology of Genocide*. London: Macmillan 1986. Für eine jüngere Monographie siehe Nadav, Daniel: *Medicine and Nazism*. The Hebrew University Magnes Press, Jerusalem 2009, S. 31-40; sowie Fritz Bauer Institut, Werner Konitzer und Raphael Gross (Hrsg.): *Moralität des Bösen. Ethik und nationalsozialistische Verbrechen* (=Jahrbuch 2009 zur Geschichte und Wirkung des Holocaust). Campus Verlag, Frankfurt 2009. Zur Medizin im Nationalsozialismus siehe auch den Essay Review mit breiterer geographischer Relevanz von Heinz-Peter Schmiedebach: *Kollaborationsverhältnisse, Ressourcenmobilisierung und der „Missbrauch der Medizin“*. In: N.T.M. 17 (2009) S. 219-233.

⁸ Müller, Thomas und Beddies, Thomas: *Psychiatrie und Psychotherapie im nationalsozialistischen Deutschland. Teil I: Die Psychiatrie*. *Psychologische Medizin. Österreichische Fachzeitschrift für medizinische Psychologie, Psychosomatik und Psychotherapie* 15 (2004a) S. 16-23; Müller, Thomas und Beddies, Thomas: *Psychiatrie und Psychotherapie im nationalsozialistischen Deutschland. Teil II: Die Psychotherapien*. *Psychologische Medizin. Österreichische Fachzeitschrift für medizinische Psychologie, Psychosomatik und Psychotherapie* 15 (2004b) S. 6-14. Für eine konzise Zusammenfassung dieser beiden Arbeiten in englischer Sprache siehe: T. Müller and T. Beddies: 'Life unworthy of living'. *Psychiatry in National Socialist Germany*. *International Journal for Mental Health*, vol. 35, 3 (2006) S. 94-104

der Elemente“ aus dem „Volkskörper“ den Status naturgesetzlicher Unausweichlichkeit, der bei Nichteinhaltung die Strafe des Unterganges des eigenen Volkes folgen würde. Für die medizinische Wissenschaft hatte die Durchsetzung dieses rassenhygienischen Paradigmas schwerwiegende Folgen, indem der individuelle Körper zugunsten des sogenannten „Volkskörpers“ entwertet wurde. Als „negative eugenische Maßnahmen“ wurden, wie das Beispiel von Alfred Hoche zeigt,⁹ schon vor dem Ersten Weltkrieg und nicht nur in Deutschland die Marginalisierung, Asylisierung, Sterilisierung und auch Tötung der wesentlich (wenn auch nicht ausschließlich) von Psychiatern als „lebensschwach“ und „lebensunwert“ identifizierten Elemente des „Volkskörpers“ diskutiert und praktiziert.¹⁰ August Forel (1848-1931), Anstaltsdirektor im schweizerischen Burghölzli, forderte für die soziale Hygiene eine totale Umwälzung der Anschauungen und sprach sich für die menschliche Zuchtwahl und gegen den rein quantitativen Neo-Malthusianismus aus.¹¹ Sein Schüler und Nachfolger Eugen Bleuler (1857-1939) stellte fest, „daß diejenigen, welche das Parvenüleben einer Großstadt führen, dabei einen Rassen-selbstmord begehen“, und dass der Weg vom Normalen bis zum Aussterben zumindest zum Teil über „geistige Degeneration“ führe.¹² Zur Behandlung der Geisteskrankheiten im Allgemeinen schlug er vor, dass „schwerer Belastete sich nicht fortpflanzen“ sollten.¹³

Vor dem Hintergrund dieser Tendenzen in Wissenschaft und Medizin stellte der als Katastrophe erlebte Erste Weltkrieg in zweierlei Hinsicht einen entscheidenden Einschnitt für die weitere Entwicklung dar: Zum einen starben zwischen den Jahren 1914 und 1918 in den deutschen und österreichischen Heil- und Pflegeanstalten nach aktuellem Kenntnisstand mindestens 65.000 Patienten an den unmittelbaren und mittelbaren Folgen mangelhafter Versorgung und Pflege.¹⁴ Im Bewusstsein einer ganzen Psychiatergeneration wurde so die Antastbarkeit der körperlichen Unversehrtheit ihrer Schutzbefohlenen ohne rechtliche Konsequenzen zugunsten vermeintlich höherer Werte als Handlungsoption real. Wie folgenreich diese zäsurhafte Erfahrung für die deutsche Psychiatrie des 20. Jahrhunderts war, wurde offenbar unterschätzt.

Zum anderen wurden die zahllosen Menschenopfer des Kriegsgeschehens selbst unter dem Gesichtspunkt der Eugenik als verhängnisvoll wahrgenommen, indem gerade die als die tüchtigsten einer Generation Bezeichneten ihr Leben gelassen und die sogenannten untauglichen, „psychopathischen Elemente“ komfortabel überlebt hätten. Unter dem Eindruck dieses als „Gegenauslese“ verstandenen Phänomens wurde nach langer Vorarbeit im Jahr 1920 die

⁹ Zu Hoche siehe den Essay Review von Thomas Müller: Walter Müller-Seidel: *Alfred Erich Hoche. Lebensgeschichte im Spannungsfeld von Psychiatrie, Strafrecht und Literatur*. (Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte Jahrgang 1999, H. 5). Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften / C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München (1999) in Literaturwissenschaftliche Rezensionen, Rubrik Kriminalität und Medien. http://www.iasonline.de/index.php?vorgang_id=2285 [02.07.2008] sowie der junge und ausführliche Beitrag von Hans-Georg Hofer: Aus Krieg, Krise und Kälte: Alfred Hoche über „lebensunwertes Leben“. In: Gadebusch Bondio, Mariacarla und Stamm-Kuhlmann, Thomas (Hrsg.): *Wissen und Gewissen. Historische Untersuchungen zu den Zielen von Wissenschaft und Technik*. LIT Verlag, Berlin 2009, S. 47-89. Zur weiteren Literatur über Hoche siehe dort.

¹⁰ Schmuhl, Hans-Walter: *Rassenhygiene, Nationalsozialismus, Euthanasie. Von der Verhütung zur Vernichtung ‚lebensunwerten Lebens‘, 1890 – 1945*. Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen 1987, 2. Aufl. 1992.

¹¹ Forel 1935, S. 156, s.a. Forel 1911.

¹² Bleuler, Eugen: *Lehrbuch der Psychiatrie*. Springer Berlin, 1896. 2. Aufl. 1918, S. 151.

¹³ Bleuler, Eugen 1918, a.a.O. S. 155.

¹⁴ Faulstich, Heinz: *Hungersterben in der Psychiatrie 1914-1949*. Lambertus Verlag, Freiburg 1998, S. 67f.

allseits bekannte Schrift des Juristen Karl Binding und des Psychiaters Alfred Hoche publiziert. Hoche sprach sich darin für die Tötung der "geistig Toten" aus, da der materielle und pflegerische Aufwand für sie nicht zu rechtfertigen sei - im Zitat: "Unsere Lage ist wie die der Teilnehmer an einer schwierigen Expedition, bei welcher die größtmögliche Leistungsfähigkeit aller die unerlässliche Voraussetzung für das Gelingen der Unternehmung bedeutet, und bei der kein Platz ist für halbe, Viertels- und Achtels-Kräfte".¹⁵ Mit der Schrift Bindings und Hoches und den darin geprägten Begriffen vom "lebensunwerten Leben" und von "Ballastexistenzen" wurde die ursprüngliche Diskussion um "Sterbehilfe" oder "Tötung auf Verlangen" auf die Patientinnen und Patienten der Heil- und Pflegeanstalten ausgedehnt: lebensfähige, nicht körperlich kranke Menschen sollten vor allem aufgrund der Lasten, die sie der Allgemeinheit auferlegten, getötet werden.

Der "reform"-psychiatrischen Ära der 1920er Jahre war nur ein kurzer Höhenflug beschieden. Die Ende der Zwanziger Jahre einsetzende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, die mit politischer Radikalisierung und Polarisierung einherging, wirkte sich auch auf die Situation der psychisch Kranken und Behinderten aus. Sparvorschläge betrafen besonders den Bereich der Fürsorge- und Sozialpolitik und somit auch den Sektor der "unproduktiven" und kostenintensiven Geisteskrankenfürsorge. Im Ergebnis kann man sagen, dass die verordneten Maßnahmen (Verringerung der Neuaufnahmen) sowie die Folgen des psychiatrischen Sparwillen dazu führten, dass das Niveau der Anstaltsversorgung - vom Erhalt der baulichen Substanz der Anstalten bis zur Ernährung der Patienten - auf ein Mindestmaß (und darunter) abgesenkt wurde und auch in den weiteren Jahren der nationalsozialistischen Psychiatrie nicht wieder auf ein Niveau von vor 1933 gebracht wurde, wie es zur Zeit der Weimarer Republik bereits erreicht worden war. Obwohl beispielsweise die sog. Offene Fürsorge und die Psychiatrische Familienpflege als günstige Verpflegungsformen galten, stagnierten auch sie oder wurden eingeschränkt. Die Beschäftigungstherapie nach Hermann Simon,¹⁶ einem Reformator der Arbeitstherapie, wurde in Arbeitszwang umgedeutet.

Auch in anderen Bereichen hatten sich durch die Reformansätze unbeabsichtigt Möglichkeiten ergeben, die den Machthabern nach 1933 den schnellen Zugriff auf die Instrumente der "Reform"-Psychiatrie erleichterten und ihre Diskreditierung und Umdeutung möglich machte. So hatten die Anstaltspsychiater durch die Ausweitung ihrer Zuständigkeit auf nicht anstaltspflegebedürftige Patientinnen und Patienten und durch die Erfassung aller "geistig Abnormen" einer Region ihr Tätigkeitsfeld beträchtlich erweitert. Die Infrastruktur für diese neuen Aufgaben war vielerorts vor 1933 durch die Abstellung sog. "Fürsorgeärzte" mit entsprechender Personal- und Sachausstattung geschaffen worden.

Nach 1933 war es dann ein Leichtes, die vorhandenen Strukturen für die "erbbiologische Erfassung" und die Durchsetzung der Zwangssterilisation zu nutzen. Häufig mussten nicht einmal die ausführenden Personen ausgetauscht werden. Hinzu trat, dass "durch die gesteigerte Beschäftigung mit der offenen Fürsorge" zwar ein gewisses Verständnis "für die tieferen Zusammenhänge zwischen den sozialen Verhältnissen und der psychischen Auffälligkeit" ge-

¹⁵ Binding, Karl und Hoche, Alfred E.: Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form. Meinel Verlag, Leipzig 1920, S. 55.

¹⁶ Zu H. Simon ergaben sich zuletzt mehr offenen Fragen als Gewissheiten hinsichtlich seiner berufspolitischen Orientierung. Vgl. hierzu u.a. auch Walter, B.: Hermann Simon – Psychiatriereformer, Sozialdarwinist, Nationalsozialist? Nervenarzt 73 (2002) S. 1047-1054.

weckt worden war.¹⁷ Doch wurden seit Beginn der 1930er Jahre diese Fragen des Zusammenhanges von sozialer Devianz und psychischer Erkrankung/geistiger Behinderung zunehmend unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Vererbbarkeit diskutiert und damit in eine therapeutische Sackgasse geführt. Auch die Bevölkerung wurde – wenn man so sagen kann - auf die NS-Mordprogramme “vorbereitet”: “Aufklärende” Plakate, Rechenaufgaben in der Grund- und Mittelschule, Broschüren für Erwachsene usw. vermittelten für verschiedene Altersgruppen bzw. Zielgruppen der Bevölkerung die aus Sicht der nationalsozialistischen Planer notwendige “Befreiung von den Ballastexistenzen” (A. Hoche).

Im Oktober 1939 ordnete Hitler den sog. “Gnadentod” der “psychisch Kranken” und “geistig behinderten” Patienten an. Ein Dekret, geschrieben auf seiner persönlichen Schreibmaschine, nicht zufällig mit dem Datum des Überfalls auf Polen versehen, erweiterte die Befugnisse zu bestimmender Ärzte darüber zu entscheiden, ob Personen, die nach menschlichem Ermessen “unheilbar” seien, nach “sehr vorsichtiger” Diagnose ihrer Erkrankung der sog. Gnadentod “gewährt” werden sollte. *An die psychiatrischen Einrichtungen, Krankenhäuser und anderen Institutionen zur Versorgung chronisch kranker Menschen* wurden nachfolgend Fragebögen verteilt. Es musste darüber Bericht erstattet werden, ob Patienten, die als “produktivitätseingeschränkt” diffamiert wurden bspw. an Schizophrenie, Epilepsie, senilen Störungen, therapie-resistenter Paralyse, Retardierung, Enzephalitis, Huntington’scher Chorea oder anderen Krankheitsbildern litten. Auch alle diejenigen, die für mindestens fünf Jahre kontinuierlich in einer der oben genannten Institutionen aufgenommen gewesen waren, mussten gemeldet werden, genauso wie diejenigen, die sich seinerzeit in Behandlung befanden und als Kriminelle galten, oder keine deutsche Staatsbürgerschaft besaßen, oder nicht “von deutschem Blut” waren, besonders wenn es sich bei diesen Menschen um Juden, Sinti, Roma oder Menschen schwarzer Hautfarbe handelte.

Der Massenmord wurde in Berlin, in der Tiergartenstrasse 4 organisiert, woraus der auch in der medizinhistorischen Literatur weiterhin Verwendung findende Terminus “T 4” resultiert. Insgesamt weiß man nach aktuellem Forschungsstand von sechs Einrichtungen, die der gezielten Ermordung der Patienten dienen sollten und definitiv dienten: zunächst in Brandenburg¹⁸ und Grafeneck, dann in Hartheim, Pirna, Bernburg und Hadamar. In Brandenburg an der Havel wurde beispielsweise ein ehemaliges Gefängnis in eine solche Einrichtung umgewandelt, deren Zweck von Anfang an einzig in der Ermordung von Patienten bestand. Hier wurden auch erste Experimente mit Gas durchgeführt. Die Patienten wurden von Ärzten ausgewählt und von den Krankenhaus-Einrichtungen in die genannten Mordstätten überführt. Zu jeder dieser Mordstätten gehörte ein Krematorium. Nach der Ermordung wurden die Angehörigen bzw. Familien der Ermordeten über die angebliche Todesursache unterrichtet, bei der es sich regelmäßig um eine zunächst einigermaßen plausibel erscheinende, jedoch frei erfundene, also nicht zutreffende Diagnose handelte.

Auch aus dem Bodenseeraum wissen wir aufgrund aktueller Recherchen, dass diese Benachrichtigungen zum Teil sogar mit offenen Postkarten zugestellt wurden. Für den Tod wurde jedenfalls eine medizinische, zumeist somatische Ursache, wie beispielsweise ein Herzfehler oder eine Lungenentzündung, angegeben.

Am 24. August 1941 ordnete Hitler den Abbruch der sog. “Aktion T4” an. Bis heute fehlt uns

¹⁷ Tramer, Manfred: Zur Analyse der psychotherapeutischen Bedeutung der Familienpflege, Anstalt Rosegg (Solothurn). In: Psychiatrisch-Neurologische Wochenschrift 30 (1928) S. 321-324.

die letzte Sicherheit darüber, ob dies aufgrund von Protesten einzelner Mitglieder der Kirchen beziehungsweise prominenter Personen des öffentlichen Lebens geschah, oder ob der Abbruch der Tötungen auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass man eine kühl geplante Zahl an Patienten früher als erwartet getötet hatte, und deswegen der für die vorgesehene Funktion von Militärlazaretten benötigte Raum, gerade an der Ostgrenze des Reiches sowie im Grenzgebiet zu Frankreich, bereits zur Verfügung stand. In Südwestdeutschland erfolgte der Abbruch im Dezember 1940. Hier waren die Gründe, so kann geschlossen werden, ideologieimmanent überwiegend organisatorischer Art. Das Soll der Mordplanung bzw. die Planziffern waren weit überschritten worden. Zu diesem Zeitpunkt waren allein durch diese Tötungsaktionen ungefähr 70.000 Menschen ermordet worden.

Die nationalsozialistischen "Euthanasie-Programme" wurden, wenn auch unsystematisch, zum Teil dennoch weitergeführt (sog. "wilde Euthanasie"). Nun wurden Medikamente und der Hungertod zur hauptsächlichen Bedrohung der zu diesem Zeitpunkt noch lebenden Patientinnen und Patienten.¹⁹ Zwischen den Jahren 1939 und 1945 wurden nach aktuellem Forschungsstand also ungefähr 300.000 hilflose Menschen ermordet. Soviel zunächst zur Verbindung zwischen Psychiatrie und NS-Administration. Doch wer waren die Täter, wer waren diese Ärztinnen und Ärzte, Pfleger, Verwaltungsbeamte und politischen Funktionsträger, die die beschriebenen übergeordneten Entscheidungen auf regionaler Ebene umgesetzt hatten? Und wie wurden ihre Taten aus Sicht der deutschen Nachkriegs-Gerichtbarkeit beurteilt?²⁰

2. Der Grafeneck-Prozess vor dem Landgericht Tübingen – Anmerkungen aus strafrechtlicher Sicht*

*"Die Frage der Vernichtung lebensunwerten Lebens ist schon vor der Machtübernahme durch Hitler wiederholt in juristischen, medizinischen und theologischen Kreisen erörtert worden. Wenn die Vernichtung lebensunwerten Lebens auch meistens aus weltanschaulichen und rechtspolitischen Gründen abgelehnt wurde, so fanden sich doch auch namhafte Vertreter, die sie befürworteten."*²¹

Mit diesen beiden Sätzen beginnt die Begründung des Urteils, das das Landgericht Tübingen

¹⁸ Ley, Astrid: Der Beginn des NS-Krankenmords in Brandenburg an der Havel. Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 58 (2010) S. 321-331.

¹⁹ Hinsichtlich der Problematik des Hungertods verweisen wir, insbesondere für den südwestdeutschen Raum, auf die Arbeiten von Heinz Faulstich.

²⁰ Erste Arbeiten zur biographischen Untersuchung der an Anklage und Verteidigung beteiligten Juristen in den Kriegsverbrecherprozessen, u.a. zur Medizin, liegen bereits vor. Neben den biographischen Erkenntnissen, die Ernst Klees Arbeiten beitrugen, sowie den Ergebnissen der Recherchen der Zentralen Stelle zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen in Ludwigsburg, liegen u.a. inzwischen auch erste regionalhistorische Arbeiten vor, siehe u.a. zu Sachsen: Fiebrandt, Maria: Biografische Studien zu Vertretern der Verteidigung. In: Böhm, Boris und Hacke, Gerald (Hrsg.): Fundamentale Gebote der Sittlichkeit. Der „Euthanasie“-Prozess vor dem Landgericht Dresden 1947. Dresden, 2008, S. 130-142. Der nachfolgende Teil des Beitrags stellt eine Studie zur Regionalgeschichte Württembergs dar.

* Dieser Teil des Beitrags ist eine überarbeitete Fassung des am 8. Juni 2009 von Jörg Kinzig auf Schloss Hohentübingen im Rahmen des Symposiums „60 Jahre Tübinger Grafeneck-Prozess – Betrachtungen aus historischer, juristischer, medizinischer und publizistischer Perspektive“ gehaltenen Referats. Die Beiträge dieses Symposiums sollen im Jahr 2010 in einem von Jörg Kinzig und Thomas Stöckle herausgegebenen Sammelband erscheinen.

²¹ Urteil des LG Tübingen vom 5.7.1949, Ks 6/49 vom 5.7.1949, S. 1f. Dieses und andere Urteile, soweit nicht anders angegeben, zitiert nach Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer

gen am 5. Juli 1949 im so genannten Grafeneck-Prozess gefällt hat. Selbiger begann am 8. Juni 1949, also vor etwas mehr als 60 Jahren, im Schloss Hohentübingen.

Auch wenn diese beiden Eingangssätze historisch nicht als falsch bezeichnet werden können,²² irritieren sie aufgrund ihres apologetischen Untertones am Beginn des Urteils im Grafeneck-Prozess: ein Verfahren, das die Ermordung von 10.654 Personen im Schloss Grafeneck auf der Schwäbischen Alb gelegen, zum Gegenstand hatte.²³

Zugleich deutet sich in dieser gerichtlichen Overtüre bereits der Prozessausgang an, sollte das Verfahren für die insgesamt acht Angeklagten doch erstaunlich glimpflich enden. So wurden gleich fünf der acht Beschuldigten freigesprochen. Eine Angeklagte wurde mit 1 _ Jahren Gefängnisstrafe, ein weiterer Angeklagter mit 2 Jahren Freiheitsentzug belegt. Und selbst der Haupttäter, der Obermedizinalrat Otto Mauthe, erhielt nur eine angesichts der ihm vorgeworfenen Straftaten als überaus milde zu bezeichnende Gefängnisstrafe von lediglich 5 Jahren.

Wie kam es zu diesem Urteil?

Der Grafeneck-Prozess im historischen Kontext der juristischen Aufarbeitung des Euthanasie-Unrechts

Wichtig ist, sich zunächst vor Augen zu führen, dass im Tübinger Prozess nicht die Hauptverantwortlichen der Tötungsaktionen an den mehr als 10.000 nach Grafeneck deportierten Personen abgeurteilt wurden.²⁴ Selbige waren zum großen Teil bereits tot:

Phillip Bouhler und Karl Brandt,²⁵ die Hitler im Oktober 1939 per Geheimerlass beauftragt hatte, *„die Befugnisse namentlich zu bestimmender Ärzte so zu erweitern, dass bei kritischster Beurteilung ihres Krankheitszustandes der Gnadentod gewährt werden kann“*, und die damit die NS-„Euthanasie“ durchführten, waren nicht mehr am Leben. Bouhler beging im Mai 1945

Tötungsverbrechen 1945-1966, Amsterdam 1970, Band V, Redaktion: Bauer / Bracher / Enschede / Jescheck / Langemeijer / Offringa / Rüter / Schöffers; zu weiteren Nachweisen von Euthanasie-Verfahren vgl. Rüter, C.F./de Mildt, W.: Die westdeutschen Strafverfahren wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1997. Eine systematische Verfahrensbeschreibung mit Karten und Registern, Verlagsort Amsterdam und München 1998.

²² Gleich anschließend verweist das Urteil auf die einflussreiche im Jahre 1920 erschienene Schrift des Strafrechtlers Karl Binding und des Psychiaters Alfred Hoche mit dem Titel „Die Frage der Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form“; zur Vorgeschichte des Umgangs mit behinderten Menschen und zum Einfluss des Werkes von Binding/Hoche vgl. Welti, Felix: Die Benachteiligung und Ermordung behinderter Menschen im Nationalsozialismus und ihre rechtliche Aufarbeitung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hoyer, Andreas/Hattenhauer, Hans/Meyer-Pritzl, Rudolf/Schubert, Werner (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, Baden-Baden 2008, S. 985-1004; Baader, Gerhard: Heilen und Vernichten: Die Mentalität der NS-Ärzte, in: Ebbinghaus, Angelika/Dörner, Klaus: Vernichten und heilen. Der Nürnberger Ärzteprozeß und seine Folgen, Berlin 2001, S. 275-294 (284 ff.). Zur Entwicklung der so genannten Euthanasie-Gesetzgebung vgl. Große-Vehne, Vera: Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB): „Euthanasie“ und Sterbehilfe: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, Berlin 2005.

²³ Allgemein zu Grafeneck vgl. Stöckle, Thomas: Grafeneck 1940. Die Euthanasie-Verbrechen in Südwestdeutschland, Tübingen 2002. Ein einzelnes Beispiel einer Euthanasie findet sich im Beitrag von Lang, Hans-Joachim: „Ich erstatte Anzeige von einem außergewöhnlichen Verbrechen, das an mir verübt wird“. Wie Kolomann K. aus Tübingen ein Opfer der „Euthanasie“ wurde, in: Pretsch, Hermann J. (Hrsg.): „Euthanasie“. Krankenmorde in Südwestdeutschland, Zwiefalten 1996, S. 128-135.

²⁴ Laut mündlicher Urteilsbegründung sprach der Vorsitzende Richter, durchaus fragwürdig, „von der 4. und 5. Garnitur“ (vgl. Schwäbische Zeitung vom 6.7.1949); Kindsvater, Rolf: Euthanasie in Grafeneck/Münsingen - 1940, in: Pflieger, Klaus: Die Geschichte(n) der württembergischen Staatsanwaltschaften, Vaihingen 2009, S. 288-292 (290) geht dagegen von der „3. oder 4. Garnitur“ aus.

²⁵ Schmidt, Ulf: Karl Brandt. The Nazi doctor. Medicine and power in the Third Reich, London 2007.

nach seiner Verhaftung Selbstmord. Hitlers Begleitarzt Brandt wurde im August 1947 im Nürnberger Ärzteprozess von einem US-amerikanischen Militärgericht zum Tode verurteilt und im Juni 1948 hingerichtet.²⁶

Eugen Stähle, der im Innenministerium Württemberg als Ministerialrat das Gesundheitswesen leitete und für die Auswahl Grafenecks als Ort der Tötungsaktionen und die Durchführung derselben in Württemberg verantwortlich zeichnete, starb im Jahr 1948 als Untersuchungshäftling im Kreiskrankenhaus Münsingen.

Anders erging es allerdings Horst Schumann, der Grafeneck als verantwortlicher Arzt aufbaute und von Januar bis Juni 1940 die Tötungsaktionen leitete. Schumann, später auch mit Menschenversuchen im Konzentrationslager Auschwitz tätig, konnte zunächst nach dem Krieg unbehelligt in Gladbeck als Arzt praktizieren, bevor er sich im Jahre 1951, aufgrund Haftbefehls der Staatsanwaltschaft Tübingen gesucht, nach Afrika absetzte. Erst im Jahr 1966 nach Deutschland ausgeliefert, wurde er bereits im Jahre 1972 wegen Verhandlungsunfähigkeit aus der Untersuchungshaft entlassen. Er starb elf Jahre danach, im Mai 1983 in Frankfurt.²⁷

Ernst Baumhardt, Nachfolger Schumanns als leitender Arzt in Grafeneck bis zur Auflösung des Lagers im Dezember 1940, verrichtete, ebenso wie sein Stellvertreter Günther Hennecke, später Kriegsdienst als Marinearzt auf U-Booten. Beide kamen im Jahr 1943 bei U-Boot-Angriffen ums Leben.²⁸

Dieser Überblick zeigt, dass das Landgericht Tübingen nicht über die Hauptverantwortlichen der Anstaltsmorde zu befinden hatte. Dennoch repräsentierten die acht Angeklagten unterschiedliche Hierarchiestufen und Verantwortungsbereiche der Geschehnisse in Grafeneck und stellten insoweit eine heterogene Gruppe strafrechtlich relevanter Personen dar.

Der Tübinger Grafeneck-Prozess war ein frühes, aber nicht das erste Verfahren, das die Tötungsaktion T 4 zum Gegenstand hatte.²⁹ Abgesehen vom Nürnberger Ärzteprozess hatten sich zum Zeitpunkt des Tübinger Verfahrens schon andere deutsche Gerichte mit der Aufarbeitung der Euthanasie-Verbrechen zu befassen gehabt. So hatte das Landgericht Frankfurt/M. im März 1947 elf Personen der hessischen Anstalt Hadamar, die Anfang Januar 1941 Grafeneck nach seiner Schließung als Vernichtungsort ablöste, verurteilt. Dabei erhielten der zeitweilige Leiter Hadamars, Adolf Wahlmann, und der Tötungsarzt Hans Bodo Gorgaß, jeweils Todesstrafen, wurden aber später begnadigt.³⁰

Und schon im November 1948, also rund ein halbes Jahr vor dem Tübinger Prozess, hat-

²⁶ Zum Nürnberger Ärzteprozess vgl. den Sammelband von Ebbinghaus/Dörner a.a.O. sowie Ebbinghaus, Angelika: Mediziner vor Gericht, in: Henke, Klaus-Dieter: Tödliche Medizin im Nationalsozialismus. Von der Rassenhygiene zum Massenmord, Köln 2008, S. 203-224 (217 ff.); zu Brandt vgl. auch Schmuhl, Hans-Walter: Die Patientenmorde, in: Ebbinghaus/Dörner a.a.O., S. 295-328.

²⁷ Vgl. auch Lang, Hans-Joachim: Der Grafeneck-Prozeß vor dem Tübinger Landgericht, in: Pretsch a.a.O., S. 143-145 (144 f.).

²⁸ Bastian, Till: Furchtbare Ärzte: Medizinische Verbrechen im dritten Reich, München 2001, S. 55.

²⁹ Vgl. zu einer zahlenmäßigen Bilanz Dreßen, Willi: NS-„Euthanasie“-Prozesse in der Bundesrepublik Deutschland im Wandel der Zeit, in: Loewy, Hanno/Winter, Bettina: „NS-„Euthanasie“ vor Gericht. Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung, Frankfurt a.M. 1996, S. 35-58 (58 Fn. 25); zu den Verfahren gegen die Tötungsärzte Greve, Michael: Die organisierte Vernichtung „lebensunwerten Lebens“ im Rahmen der „Aktion T 4“ dargestellt am Beispiel des Wirkens und der strafrechtlichen Verfolgung ausgewählter NS-Tötungsärzte, Pfaffenweiler 1998, S. 99.

³⁰ Vgl. Urteil des LG Frankfurt/M. vom 21.3.1947 und Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 20.10.1948. Zu diesem Prozess vgl. auch: Dreßen, Willi: Die bundesrepublikanische Rechtsprechung in Sachen NS-„Euthanasie“, in: Kopke, Christoph (Hrsg.): Medizin und Verbrechen, Münster und Ulm 2001, S. 288-299 (288 f.); Ebbinghaus a.a.O., S. 212, Greve a.a.O., S. 101 ff.; zu Gorgaß vgl. auch Greve a.a.O., S. 18 f.

te das Landgericht Freiburg den Arzt Ludwig Sprauer, der als Kollege Stähles im Badischen Innenministerium für die Verlegung der badischen Anstaltsinsassen nach Grafeneck verantwortlich zeichnete, zu einer Zuchthausstrafe von elf Jahren verurteilt. Gegen Sprauers Mitangeklagten Josef Arthur Schreck verhängte das Landgericht Freiburg eine Zuchthausstrafe von zwölf Jahren. Schreck war einerseits Leiter der Anstalt Rastatt, andererseits führte er für die Berliner Zentrale in 8.000 Fällen so genannte Begutachtungen durch, die die Auswahl der Patienten zur anschließenden Tötung zur Folge hatte.³¹ Auf dieses Urteil ist zu Vergleichszwecken zurückzukommen. Insgesamt dauerte die Aufarbeitung der strafrechtlichen Relevanz des "Euthanasie"-Programms der Nationalsozialisten bis Ende der 1980er Jahre.

Die Angeklagten des Tübinger Prozesses und die ihnen vorgeworfenen Straftaten

Doch kehren wir nach Tübingen zurück. Acht Personen waren im Grafeneck-Prozess angeklagt. Eigentlich nicht allzu viele, wenn man bedenkt, dass sich im Hadamar-Prozess vor dem Landgericht Frankfurt/M. allein 25 Personen vor Gericht wieder fanden.³²

Werfen wir nun einen Blick auf die einzelnen Angeklagten und die ihnen vorgeworfenen Straftaten. Zunächst zu den Medizinern:³³

Hauptangeklagter war Otto Mauthe, den man als Schreibtischtäter bezeichnen kann. Er wurde im Jahr 1892 in Derdingen als Sohn eines Forstmeisters geboren. Mauthe war als Obermedizinalrat "*Sachbearbeiter für das Irrenwesen*" im Württembergischen Innenministerium und dort direkt dem bereits genannten Ministerialrat Eugen Stähle unterstellt. Da die Euthanasieaktion seinen Zuständigkeitsbereich betraf, war er in großem Umfang an der Organisation und Durchführung der Euthanasie in Württemberg beteiligt. "*Er hat die auf diesem Gebiet erforderlichen Verwaltungsmassnahmen bearbeitet, die Erlasse vorbereitet und sie zum Teil auch ... selbst unterzeichnet.*" Unter anderem gab Mauthe innerhalb seiner Tätigkeit Transportlisten an die Anstalten heraus, mit deren Hilfe die Patienten nach Grafeneck verbracht wurden.³⁴

Der Mediziner Alfred Stegmann war der jüngste angeklagte Arzt. Er wurde im Jahr 1908 in Granheim/Landkreis Ehingen geboren. Von November 1939 bis August 1940 fungierte er als stellvertretender Leiter der Heil- und Pflegeanstalt Zwiefalten. Seine Nachfolgerin wurde die Mitangeklagte Martha Fauser. Stegmann fertigte in Zwiefalten Transportlisten an und ließ Kranke an die Transportführer ausliefern, die diese nach Grafeneck verbrachten. Daneben wählte er auch selbst Kranke für die spätere Tötung aus.³⁵

Die Psychiaterin Martha Fauser wurde im Jahr 1889 in Stuttgart geboren.³⁶ Fauser wurde im September 1940 als Nachfolgerin von Stegmann die stellvertretende Leitung der Heil- und Pflegeanstalt Zwiefalten übertragen, die sie bis zum August 1945 bekleidete. Aus ihrer vorangegangenen Tätigkeit als Assistenzärztin in der Heilanstalt Weissenau wusste Fauser von der

³¹ Urteil des LG Freiburg vom 16.11.1948; aufhebende Revisionsentscheidung des OLG Freiburg vom 13.10.1949; rechtskräftiges Urteil des LG Freiburg vom 2.5.1950.

³² Vgl. Urteil des LG Frankfurt/M. vom 21.3.1947. Kindsvater a.a.O., S. 290 nennt 27 nach den Ermittlungsakten Beteiligte.

³³ Zur Verstrickung der Medizin im Dritten Reich, vgl. Klee, Ernst: *Auschwitz, die NS-Medizin und ihre Opfer*, Frankfurt a.M. 1997.

³⁴ LG Tübingen, S. 6 ff.

³⁵ LG Tübingen, S. 8 f. Zur „Aktion T4“ in den Anstalten Zwiefalten und Schussenried vgl. die Beiträge im Sammelband von Pretsch a.a.O.

³⁶ Am Forschungsbereich Geschichte und Ethik in der Medizin in Ravensburg ist ein Forschungsprojekt von Iris Pollmann zur Rolle Martha Fausers im Rahmen der südwürttembergischen Psychiatrie in Umsetzung begriffen.

Euthanasieaktion und fertigte dennoch in Zwiefalten Transporte ab. Im Dezember 1940 wohn- te sie selbst einer Tötung in Grafeneck bei.³⁷

Der Facharzt für Psychiatrie Max Eyrich kam im Jahr 1897 in Stetten am kalten Markt zur Welt. Seit April 1933 war er Landesjugendarzt in Württemberg. Er besuchte auf Bitte von Otto Mauthe mit diesem zusammen Einrichtungen, um die dort untergebrachten Kranken zu erfassen und dem Transport nach Grafeneck zuzuführen.³⁸

Neben diesen vier Ärzten befanden sich auf den Tübinger Anklagebänken auch zwei Krankenpfleger und zwei als Standesbeamte eingesetzte Polizisten.

Der Krankenpfleger Heinrich Unverhau wurde im Jahr 1911 im Landkreis Goslar geboren. Im Jahre 1939 wurde er, wie das Urteil feststellt, in Berlin *“notdienstverpflichtet”* und nach Grafeneck versetzt. Dort hatte er Krankentransporte zu begleiten und die den Getöteten abgenommenen Kleidungsstücke zu verwalten. Nach der Schließung Grafenecks übte er dieselbe Aufgabe in Hadamar und in weiteren Vernichtungslagern aus. Dennoch wurde Unverhau nie verurteilt.³⁹

Die Krankenpflegerin Maria Appinger, geboren 1903 in Nürnberg, war genauso wie Unverhau *“notdienstverpflichtet”* und nach Grafeneck versetzt worden. Dort begleitete sie die Krankentransporte. Später wurde sie in derselben Tätigkeit in der Vernichtungsanstalt Sonnenstein eingesetzt. Ob Appinger auch Kranke in die Gaskammer geführt hat, ist unklar.⁴⁰

Schließlich waren zwei als Standesbeamte eingesetzte Polizisten angeklagt, die an der Verschleierung der in Grafeneck begangenen Verbrechen mitgewirkt hatten. Der im Jahre 1897 in Steinheim im Kreis Heidenheim geborene Kriminalkommissar Jakob Wöger wurde im Dezember 1939 vom Inspekteur der Sicherheitspolizei aus Stuttgart nach Grafeneck abkommandiert. Dort hatte Wöger in der Funktion eines Standesbeamten falsche Todesursachen, Sterbedaten und Sterbeorte einzutragen, um die Euthanasieaktion zu verheimlichen. Sterbebücher wurden von ihm zur Verschleierung immer wieder neu mit einer niedrigen Sterbezahlnummer begonnen. Ob Wöger daneben polizeiliche Aufgaben in Grafeneck wahrnahm, konnte nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden. Nach seiner eigenen Einlassung, der das Gericht aber nicht folgte, will er erst im Laufe der Zeit die tatsächlichen Vorgänge in Grafeneck bemerkt haben.⁴¹

Der letzte der Angeklagten, der Kriminalsekretär Hermann Holzschuh wurde im Jahre 1907 in Stuttgart geboren. Holzschuh wurde von der Kriminalpolizei in Stuttgart nach Grafeneck abkommandiert. In Grafeneck erfüllte er weitgehend dieselben standesamtlichen Aufgaben wie sein Kollege Wöger.⁴²

Die juristische Bewertung der Geschehnisse durch das Landgericht Tübingen

Der Prozess selbst währte nur knapp einen Monat, was angesichts der vorgeworfenen Straftaten und der Zahl der Angeklagten für heutige Verhältnisse als sehr kurz erscheint. Die Urteilsurkunde, auf der die folgenden Ausführungen basieren, umfasst in einem Nachdruck 29

³⁷ LG Tübingen, S. 9. Vgl. über Martha Fauser auch: Breucker, Dorothee: Dr. Martha Fauser – eine Ärztin im Nationalsozialismus, in: Pretsch a.a.O., S. 115-127.

³⁸ LG Tübingen, S. 8.

³⁹ LG Tübingen, S. 9. Vgl. auch den interessanten Wikipedia-Artikel zu seiner Person (Stand: 14. Januar 2010).

⁴⁰ LG Tübingen, S. 9 f.

⁴¹ LG Tübingen, S. 10.

⁴² LG Tübingen, S. 10 f.

Seiten. Am Ende des Prozesses wurden außer den drei Ärzten Mauthe, Stegmann und Fauser alle Angeklagten freigesprochen. Im Übrigen wurden, wie erwähnt, vergleichsweise niedrige Gefängnisstrafen verhängt.

Der Umstand, dass die *„rechtliche Beurteilung der Aktion“*, wie es in den Urteilsgründen heißt, fast die Hälfte des gesamten Urteilstextes ausmacht, zeigt, dass eine genaue Betrachtung der juristischen Fragen, die der Tübinger Strafprozess aufwirft, hier nicht einmal annähernd geleistet werden kann. Dennoch seien kurz die Gründe skizziert, die das Gericht zu seiner Entscheidung führten.

Wie in den meisten Verurteilungen nationalsozialistischer Euthanasie sahen sich auch die Tübinger Strafrichter mit vier rechtsdogmatischen Fragen konfrontiert, die mit den vier damals verwendeten Schlagworten *„anzuwendende Strafvorschriften“*, *„Rückwirkung“*, *„Nötigungsnotstand“* und *„Pflichtenkollision“* zusammengefasst werden können.⁴³

Zuvor hatte das Landgericht Tübingen aber im ersten Drittel des Urteils den Sachverhalt und den jeweiligen Beitrag der Angeklagten herauszuarbeiten. Dabei ging es vom Allgemeinen zum Besonderen vor, indem es zunächst *„Die Tötung von Geisteskranken durch den Nationalsozialismus“*, dann *„Die Durchführung der Aktion in Württemberg“* und schließlich *„Die Mitwirkung der einzelnen Angeklagten an der Aktion“* beschrieb. Dies erscheint als der verdienstvollste Abschnitt des Urteils, zumal er die in Grafeneck Getöteten auf exakt 10.654 Personen beziffert, eingeliefert aus württembergischen, badischen, bayerischen Anstalten sowie aus der im Rheinland gelegenen Anstalt Bedburg-Hau.⁴⁴ 10.654 Personen: eine erschreckende Zahl, die noch heute Gültigkeit besitzt.

Die erste schwierige rechtliche Aufgabe, mit der sich das Landgericht Tübingen auseinandersetzen hatte, bestand in der Bestimmung der Rechtsgrundlage, auf der die Taten abzuurteilen waren.

Das in diesem Fall anzuwendende Recht ist in den Urteilen zur NS-Euthanasie uneinheitlich. In Betracht kam zum einen das seit dem Jahre 1871 gültige deutsche (Reichs-) Strafgesetzbuch, dort die Tötungsdelikte, insbesondere der Tatbestand des Mordes, § 211 RStGB. Diese Vorschrift war ihrerseits im Jahr 1941 durch die Nationalsozialisten neu gefasst worden.⁴⁵ Mord hatte dabei grundsätzlich die Todesstrafe zur Folge, in *„besonderen Ausnahmefällen“* aber auch lebenslanges Zuchthaus (§ 211 Abs. 3 RStGB). Für den Gehilfen galt nach §§ 44, 49 RStGB ein Strafraum von einer Zuchthausstrafe zwischen drei und 15 Jahren. Ganz konkret bejahte das Tübinger Gericht die Mordmerkmale Heimtücke, Grausamkeit und niedrige Beweggründe.⁴⁶

Dennoch bestrafte das Landgericht Tübingen weder wegen Mordes noch wegen Beihilfe hierzu. Der Grund lag darin, dass das Gericht das seit Dezember 1945 geltende Kontrollratsgesetz Nr. 10⁴⁷ als vorrangig ansah.⁴⁸ Dieses regelte die *„Bestrafung von Personen, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden oder gegen die Menschlichkeit“* schuldig ge-

⁴³ vgl. Ebbinghaus a.a.O., S. 215; Benzler, Susanne: Justiz und Anstaltsmord, in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.): Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staates, Baden-Baden 1998, S. 383-411 (385 ff.).

⁴⁴ Zu den Geschehnissen in Bedburg-Hau, vgl. Hermeler, Ludwig: Die Euthanasie und die späte Unschuld der Psychiater. Massenmord, Bedburg-Hau und das Geheimnis rheinischer Widerstandslegenden, Essen 2002.

⁴⁵ Gesetz vom 4. September 1941 (RGBl. I S. 549).

⁴⁶ LG Tübingen, S. 12. Dagegen sahen die Freiburger Richter nur Heimtücke und Grausamkeit als einschlägig an (vgl. LG Freiburg vom 16.11.1948, S. 27).

⁴⁷ vom 20.12.1945, in Kraft getreten am 24.12.1945.

⁴⁸ Grundsätzlich gegen eine Bestrafung auf Basis des StGB mit sehr beachtenswerten Argumenten Werle, Gerhard,

macht hatten. Artikel II Nr. 1c des Kontrollratsgesetzes erfasste unter der Bezeichnung *“Verbrechen gegen die Menschlichkeit“* auch *“Gewalttaten und Vergehen“* einschließlich Mord und zwar *“ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen“*. Artikel II Nr. 3 dieses Gesetzes stellte als Sanktion einen ungewöhnlich und problematisch weiten Strafraumen zur Verfügung, der von Geldstrafe bis ebenfalls zur Todesstrafe reichte. Denkbar unpräzise hieß es in Nr. 3 Satz 1 des Kontrollratsgesetzes zur Strafzumessung, dass der Verurteilte *“mit der Strafe belegt werden (sc. konnte), die das Gericht als angemessen bestimmt“*.

Diese weite Option und vor allem die Vermeidung der Strafuntergrenze von drei Jahren, die bei einer zusätzlichen tateinheitlichen Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord gedroht hätte, dürfte der Hauptgrund dafür gewesen sein, dass die Tübinger Richter dem Kontrollratsgesetz den Vorrang einräumten.

So heißt es denn auch im Urteil explizit: *“Durch den weiten Strafraumen (sc. des Kontrollratsgesetzes) wird die Möglichkeit gegeben, den untergeordneten Teilnehmer zu bestrafen, ohne den für diese Fälle oft nicht passenden Strafraumen des StGB zugrundelegen zu müssen.“*⁴⁹

Das Landgericht Tübingen führt daneben Beweisprobleme an, die sich ergeben würden, müsste den Angeklagten ihre jeweilige Beteiligung an der Vielzahl der einzelnen Tötungen nachgewiesen werden.⁵⁰ Der Verzicht auf eine tateinheitliche Bestrafung nach dem deutschen StGB erstaunt um so mehr, als sich die Tübinger Richter, wie sie selbst in ihrem Urteil betonten, damit gegen die ganz herrschende Meinung der Oberlandesgerichte stellten.⁵¹ Und auch das Landgericht Freiburg hatte in seinem Verfahren ein gutes halbes Jahr zuvor die Angeklagten tateinheitlich auch wegen Beihilfe zum Mord verurteilt.⁵² Die fehlende Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord war denn auch ein Grund für die Staatsanwaltschaft Tübingen gegen das Urteil Revision einzulegen. Das Oberlandesgericht, das damals seinen Sitz für das Gebiet

Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992, 2529-2535 (2533 ff.); dagegen wiederum Förster, Michael: Rechtsschutz für Behinderte im Dritten Reich? Wie die führenden Köpfe der Justiz den Massenmord an den Behinderten deckten, in: Loewy/Winter a.a.O., S. 59-79 (75 ff.).

⁴⁹ LG Tübingen, S. 14.

⁵⁰ LG Tübingen, S. 13 f.: „Ebenso wenig kennt das StGB eine Teilnahme am vielfachen Mord, sondern nur eine mehrfache Teilnahme an einzelnen Morden. Diese Individualität der Straftat gegen das Leben muss sich folgerichtig auch im Strafprozess auswirken. [...] Eine zusammenfassende rechtliche Würdigung der Tötungen ist nach deutschem Strafrecht ausgeschlossen. [...] Diese Schwierigkeiten bei der Anwendung des StGB beweisen zwar nicht den Ausschluss des deutschen Rechtes, zeigen aber treffend die besondere rechtliche Eigenart des Massenverbrechens gegen grundlegende Menschenrechte als den Hauptfall des Verbrechens gegen die Menschlichkeit.“ Daneben ist zu beachten, dass Art II Nr. 4a KRG den Einwand, dass jemand in einer amtlichen Stellung gehandelt hatte, ebenso abschnitt wie das Rückwirkungsverbot (Art. II 4b); zum Handeln auf Befehl: v. Weber, Hellmuth, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34-42.

⁵¹ LG Tübingen, S. 12 f. entgegen OGHZ v. 5.3.1949, SJZ 1949, Sp. 347 (lediglich Bejahung einer Beihilfe zur rechtswidrigen Tötung), OLG Braunschweig v. 28./29.11.1947, SJZ 1948, Sp. 268 (Annahme von Tateinheit), OLG Schwerin v. 25.8.1947, NJW 1948, 147 (Tateinheit). Die Fundstellen OLG Braunschweig, SJZ 1948, S. 353 sowie OLG Düsseldorf, SJZ 1948, Sp. 438 sind dagegen Fehlzitate. Wie das LG Tübingen aber auch LG Konstanz v. 28.2.1947, SJZ 1947, Sp. 342 mit zur Recht abl. Anm. Radbruch Sp. 345. Die alleinige Anwendung des KRG Nr. 10 war auch sonst eher ungewöhnlich, vgl. Eichmüller a.a.O., S. 633.

⁵² LG Freiburg, Urteil vom 16.11.1948, S. 44. Ausführlich wird die Tateinheit mitsamt ihren Konsequenzen für die Strafzumessung dann in dem Urteil des LG Freiburg vom 2.5.1950 auf S. 2 f. begründet. Vgl. zur Rechtsprechung zum Verhältnis von KRG 10 und StGB auch Laage, Clea: Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, in: Redaktion Kritische Justiz a.a.O., S. 265-297 (285 ff.).

Südwürttemberg-Hohenzollern ebenfalls in Tübingen hatte,⁵³ verwarf jedoch den Antrag der Staatsanwaltschaft. Doch auch die vom Oberlandesgericht Tübingen gegebene Begründung für die Nichtanwendung des StGB, die *“zu beurteilenden Ereignisse entsprechen nicht dem Bild, das sich der Gesetzgeber vorstellte, als er die Vorschrift gegen Mord schuf”*⁵⁴, überzeugt nicht. Zudem treten damit auch die Einzelschicksale der Opfer in unangemessener Weise in den Hintergrund.

Interessanterweise von keinem Gericht thematisiert wurde die Täterschaftsform. Das Landgericht Tübingen verurteilte die Angeklagten Mauthe und Stegmann wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit in Form der Beihilfe.⁵⁵ Dagegen konstatierte das Landgericht Freiburg in seinem Fall ein täterschaftliches Handeln.⁵⁶ Mit dem Tübinger Urteil deutet sich bereits die spätere ständige Rechtsprechung der deutschen Gerichte an, Beteiligte an den NS-Verbrechen nur wegen Gehilfenschaft zu belangen. *“Ein Täter und 60 Millionen Gehilfen oder: das deutsche Volk, ein Volk von Gehilfen.”* So charakterisierte der bekannte Tübinger Strafrechtler Jürgen Baumann dieses Phänomen später.⁵⁷

Immerhin hatte die Anwendbarkeit des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 den Vorzug, dass das Gericht den Einwand der Angeklagten, sie hätten auf Befehl gehandelt oder nicht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit besessen, in knapper Form zurückweisen konnte. Denn Nr. 4b des Gesetzes schloss ein solches Verteidigungsvorbringen aus.⁵⁸ Bereits zuvor hatte das Gericht in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung eine rechtliche Bedeutung des *“Euthanasie”*-Erlasses Hitlers aus dem Jahr 1939 verneint.⁵⁹ Doch auch abgesehen von formellrechtlichen Gründen, so das Landgericht mit (für das spätere milde Urteil) bemerkenswert viel Pathos, sei *“diese Ausrottungsaktion ... in ihrer ganzen Heimtücke und Verlogenheit ... eine so schwere Verletzung der primitivsten Rechte und Pflichten der Menschheit gewesen, dass keine Macht imstande ist, ihr den Stempel des Rechts zu geben.”*⁶⁰

Recht bündig wurde auch der gegen das KRG Nr. 10 gerichtete Einwand des Verbots rückwirkender Anwendung, des so genannten *“nulla poena sine lege”*, entkräftet, der kurz vor der

⁵³ <http://www.olg-stuttgart.de/servlet/PB/menu/1190164/index.html>, zuletzt abgerufen am 12.7.2010.

⁵⁴ OLG Tübingen, S. 4.

⁵⁵ Der Sinn der Begründung auf S. 14 des Urteils ist nicht wirklich zu erschließen. Wörtlich heißt es dort: „Das KRG Nr. 10 kennt nicht den Begriff der Teilnahme im Sinne der §§ 47-49 StGB. Die Beihilfe und Begünstigung sind vielmehr nur Begehungsformen der in Art. II 1 aufgezählten Verbrechen, die keine unterschiedliche Behandlung zulassen. Das geht aus der Aufzählung in Art. II 2 KRG Nr. 10 hervor.“

⁵⁶ Das LG Freiburg verurteilte die zwei Angeklagten in beiden Urteilen wegen Verbrechens gegen die Menschlichkeit in Tateinheit mit Beihilfe zum Mord.

⁵⁷ Baumann, Jürgen, Beihilfe bei eigener voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963, 561-565 (561), vgl. zu dieser Entwicklung in den „Euthanasie“-Fällen auch Ebbinghaus a.a.O., S. 215 f.; Benzler, Susanne/Perels, Joachim: Justiz und Staatsverbrechen. Über den juristischen Umgang mit der NS-„Euthanasie“, in: Loewy/Winter a.a.O., S. 15-34 (25 f., 28 f.); Greve a.a.O., S. 87 ff.; Freudiger, Kerstin: Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 117 ff., 230 ff.

⁵⁸ LG Tübingen, S. 14 f. Siehe auch LG Tübingen, S. 15: *“Verstößt ein Gesetz, ein Erlass oder ein Befehl so offensichtlich gegen die einfachsten Gesetze der Menschlichkeit wie in diesem Fall, so können die Beteiligten auch die Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit desselben erkennen.”* Zum vorhandenen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vgl. auch OLG Tübingen, S. 5: *“Jedem mit gesundem Rechtsgefühl [sic!] begabten, einsichtigen Menschen musste sich die Widerrechtlichkeit der Tötung der Kranken ohne weiteres aufdrängen.”*

⁵⁹ Vgl. etwa auch OGHBJ SJZ 1949, Sp. 348, BGH NJW 1953, 513. Die Rechtsprechung resümierend Dreßen a.a.O., S. 288; Benzler a.a.O., S. 385 ff.

⁶⁰ LG Tübingen, S. 11. Freilich kontrastiert dies in gewisser Weise mit den eingangs erwähnten beiden Einleitungssätzen der Gerichts.

Entscheidung des Gerichts Eingang in das neu geschaffene Grundgesetz gefunden hatte. Denn es bestehe, so die Richter, *„ein Bedürfnis, Taten, die in ihrer Scheusslichkeit einmalig sind, zu sühnen. Das verlangt die Gerechtigkeit.“*⁶¹

Kommen wir nun zu einem Gesichtspunkt, dem die angeklagten Krankenpfleger und Polizeibeamten ihren Freispruch verdanken⁶²: Alle vier beriefen sich darauf, dass ihnen im Fall der Weigerung an einer Mitwirkung an den Tötungen mit dem Konzentrationslager und damit mit dem Tode gedroht worden sei. Damit ist juristisch die Frage eines Nötigungsnotstandes aufgeworfen, der in § 52 RStGB geregelt war. Dieser hatte zur Voraussetzung, dass diese Angeklagten durch Drohungen mit einer Gefahr für Leib oder Leben zum Mitmachen genötigt worden waren.⁶³

Das Gericht bejahte in dubio pro reo einen solchen Nötigungsnotstand.⁶⁴ Aus dem Freiburger Urteil wissen wir übrigens, dass so etwas wie passiver Widerstand ohne die behaupteten gravierenden Konsequenzen durchaus möglich, wenngleich mit persönlichen Nachteilen verbunden war. So ist vom Leiter der Psychiatrie Illenau bei Achern, Hans Römer, bekannt, dass er sich anfangs um einen geschlossenen Widerstand deutscher Psychiater bemühte. Nach dessen Scheitern ging Römer zunächst in einen dreimonatigen Krankheitsurlaub, um sich schließlich in den vorzeitigen Ruhestand versetzen zu lassen.⁶⁵ Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass zuvor andere Gerichte die Annahme eines Nötigungsnotstandes im Falle der Beteiligung des Pflegepersonals abgelehnt hatten.⁶⁶

Wurden damit die vier nur nachrangig Beteiligten wegen Nötigungsnotstandes freigesprochen, hatten die Richter nunmehr für die vier angeklagten Ärzte das Vorliegen einer so genannten Pflichtenkollision zu prüfen. Das entsprechende Verteidigungsvorbringen lautete in den Worten des Landgerichts Tübingen wie folgt: *„Hätten sie [die Angeklagten] ihre Mitwirkung ver-*

⁶¹ LG Tübingen, S. 12. Vgl. zur Diskussion um das im KRG 10 aufgehobene Rückwirkungsverbot auch Laage a.a.O., S. 289 ff.

⁶² Anders als die drei übrigen angeklagten Ärzte machte auch Otto Mauthe einen Nötigungsnotstand für sich geltend, drang damit im Gegensatz zu den Angeklagten Unverhau, Appinger, Wöger und Holzschuh allerdings nicht durch. Das Gericht (vgl. LG Tübingen, S. 15 f.) sah die Aussage Mauthes, ihm sei vom verstorbenen Stähle für den Fall einer Verweigerung der Mitwirkung an der Euthanasieaktion die Todesstrafe oder das Konzentrationslager angedroht worden, als widerlegt an.

⁶³ § 52 RStGB 1871 lautete: *„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib und Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist. Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Verschwägte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte.“*

⁶⁴ Insoweit heißt es im Urteil des LG Tübingen auf S. 16 f.: *„Sie [die beiden Krankenpfleger] seien aber immer wieder darauf hingewiesen worden, dass sie auf ihrem Posten zu bleiben hätten und der Weg aus Grafeneck nur über das KZ ginge ... ein „weg“ gebe es nicht, es sei denn durch den Tod ... Diese Drohungen seien allein dafür bestimmend gewesen, dass sie für die Aktion in Grafeneck tätig gewesen seien [...] Immerhin erscheinen die[se] Angaben ... nicht unglauhaft und können ihnen deshalb nicht widerlegt werden [...] Die Angeklagten Unverhau, Appinger, Wöger und Holzschuh waren daher mangels Beweises freizusprechen.“*

⁶⁵ LG Freiburg, Urteil vom 16.11.1948, S. 9 f. mit weiteren Beispielen eines gelungenen Widerstands. Vgl. auch BGH NJW 1953, 513 (514).

⁶⁶ Vgl. die Entscheidung des LG Frankfurt/Main vom 21.3.1947 gegen Pflegepersonal der Anstalt Hadamar, insbesondere S. 46-49, in der Revision bestätigt von OLG Frankfurt/M. vom 20.10.1948, S. 8 f. Auch in einem weiteren Urteil vom 28.1.1948 gegen Schwestern und Pflegepersonal in den Anstalten Grafeneck, Hadamar und Irrsee hielt das LG Frankfurt/M. fest (S. 22), dass keine Fälle bekannt geworden seien, „in denen Angehörige des Personals wegen der Weigerung sich an Tötungen zu beteiligen, in ein Lager gekommen wären.“ Vgl. auch Benzler a.a.O., S. 389.

sagt, so hätten sie die Aktion in keiner Weise dadurch verhindert oder eingeschränkt, sondern sie hätten im Gegenteil nur anderen wahrscheinlich gefügigeren Ärzten Platz gemacht, die rücksichtsloser vorgegangen wären.“ Anders formuliert: Man musste scheinbar mitmachen, um in Wahrheit Widerstand zu leisten und noch größeren Schaden abzuwenden. Juristisch stand damit ein Rechtfertigungs- oder zumindest ein Entschuldigungsgrund im Raum.⁶⁷

Während das Landgericht Tübingen das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes mit der Begründung verneinte, dass man nicht Menschenleben gegeneinander aufwiegen könne,⁶⁸ hielt es das Eingreifen eines Entschuldigungsgrundes unter engen Prämissen für möglich.⁶⁹

Irritierend wirkt es allerdings, wenn das Gericht, diese Passage einleitend, einem Widerstand jede Erfolgchance abspricht: *“Die Macht des nationalsozialistischen Staates war damals viel zu gross, als dass ein solcher Widerstand auch nur die geringste Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.”*⁷⁰

Unter Zubilligung einer solchen Pflichtenkollision wurde der Landesjugendarzt Eyrich freigesprochen. Ihm sei nicht zu widerlegen, dass er alle vorhandenen Möglichkeiten zur Rettung von Kranken genutzt habe.⁷¹ Eyrich war nach dem Jahr 1950 gar wieder als Landesjugendarzt tätig.⁷²

Auch der Angeklagten Martha Fauser wurde ein solcher Schuldausschließungsgrund zugestanden. Sie habe, so das Landgericht Tübingen, zwar nicht sehr nachhaltig Widerstand geleistet; dass sie sich ständig bemüht habe, Kranke freizubekommen, sei ihr aber nicht zu widerlegen.⁷³ Martha Fauser wurde dennoch verurteilt, allerdings “nur” noch wegen dreier von ihr eigenhändig begangener so genannter Einzel-“Euthanasien”, zwei davon im November 1940, eine weitere im November 1944 in Zwiefalten verübt. Selbige, so das Landgericht Tübingen,

⁶⁷ LG Tübingen, S. 17.

⁶⁸ LG Tübingen, S. 17; vgl. später etwa auch BGH NJW 1953, 513 (514).

⁶⁹ Die fünf Voraussetzungen lauteten (S. 18 f.) vereinfacht (vgl. auch OGHZ SJZ 1949, Sp. 355/356):

1. „Es muss eine echte Zwangslage in dem Sinn vorliegen, dass ... die Rettung eines Teils der Betroffenen nur dadurch erfolgen kann, dass man den anderen Teil preisgibt ...“;
2. Der Gehilfe muss der Überzeugung sein, dass gerade nur durch sein Verbleiben oder Eingreifen diese Rettung möglich ist;
3. Der Gehilfe muss in der Absicht gehandelt haben, zu retten ...“;
4. Er muss während der ganzen Zeit seiner Mitwirkung alle Möglichkeiten zur Rettung bis an die Grenze des irgend Erreichbaren ausgeschöpft haben ...“;
5. Seine Mitwirkung muss sich auf der anderen Seite auf das äusserste Mindestmaß beschränken.“

Andere Gerichte konnten aber nachweisen, dass die Angeklagten jeweils freiwillig handelten, vgl. Ebbinghaus a.a.O., S. 215; zur Pflichtenkollision früh von Weber, Hellmuth: Die Pflichtenkollision im Strafrecht, in: Festschrift für Wilhelm Kiesselbach, 1947, S. 233-250 (248 ff.); kritisch zur Pflichtenkollision und zu ihrer extensiven Annahme durch die Rechtsprechung: Benzler/Perels a.a.O., S. 24 f., 27 f.; Perels, Joachim, Die Restauration der Rechtslehre, in: Redaktion Kritische Justiz a.a.O., S. 237-264 (254 f.); Benzler a.a.O., S. 394 ff.; zur heutigen Beurteilung in der Strafrechtsdogmatik vgl. Kühl, Kristian: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 12 Rdnr. 92 ff. unter der Überschrift „übergesetzlicher entschuldigender Notstand“ (kritisch wäre danach das Vorliegen eines „Gefahrabwendungswillens“ der „Euthanasie“-Ärzte).

⁷⁰ LG Tübingen, S. 18.

⁷¹ LG Tübingen, S. 24.

⁷² Castel, Rolf u.a.: Geschichte der Kinder- und Jugendpsychiatrie in Deutschland in den Jahren 1937 bis 1961, 2003, S. 509.

⁷³ Im Übrigen, so das Urteil weiter, dürfe man *“bei der Angeklagten bezüglich des schuldbefreienden Widerstands keine zu strengen Maßstäbe anlegen. Einmal handelt es sich um eine Frau; denn die Leitung einer so grossen Anstalt wie Zwiefalten und dann noch in einer solchen Zeit und unter solchen Umständen ... wäre schon für einen erfahrenen männlichen Anstaltsleiter zu viel gewesen.”*

seien nicht unter das Kontrollratsgesetz Nr. 10, sondern unter das Strafgesetzbuch zu subsumieren, da die Taten in *“keinerlei Verbindung zu den verbrecherischen Aktionen des nationalsozialistischen Staates”* gestanden hätten.⁷⁴

Für diese drei Einzeltötungen wurde Martha Fauser viel Nachsicht zuteil. Denn das Gericht erkannte gar auf mildernde Umstände im Sinne des § 213 StGB,⁷⁵ da sie primär aus Mitleid und *“Nächstenliebe”*⁷⁶ (sic!) gehandelt habe. Damit war der Weg offen für eine äußerst geringe Gesamtstrafe von nur 1 _ Jahren, so dass die Angeklagte nach vorangegangenen vier Jahren Untersuchungshaft umgehend entlassen werden konnte.⁷⁷

Den beiden verbleibenden Ärzten Otto Mauthe und Alfred Stegmann wurde dagegen keine solche Pflichtenkollision zugebilligt. Stegmann sei, so die gerichtliche Feststellung, kein ausgesprochener Gegner der *“Euthanasie”* gewesen und habe ihr jedenfalls gleichgültig gegenübergestanden. Er habe sich in einschlägigen Situationen, genannt wird die Verladung von Kranken, sogar *“kühl und geradezu zynisch verhalten”*. Auch habe er die Tötungsaktionen noch in besonderer Weise unterstützt.⁷⁸ Das Landgericht verurteilte Stegmann daher wegen Beihilfe zu einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Im Rahmen der Strafzumessung hielten die Richter Stegmann zugute, dass seine Mitwirkung verhältnismäßig gering gewesen sei. Zudem sei er als junger Arzt – nebenbei bemerkt war er zum Tatzeitpunkt immerhin schon Anfang 30 – mit den Euthanasieverbrechen konfrontiert worden. Daher sei, so das Gericht, *“ein grosser Teil Schuld seiner vorgesetzten Dienststelle zuzumessen”*. Obwohl seine innere Gleichgültigkeit und *“Herzeshärtigkeit”*⁷⁹ strafscharfend gewertet wurden, kam Stegmann mit zwei Jahren Gefängnisstrafe davon.⁸⁰ Von einem Berufsverbot sah das Gericht ab. Bereits am 5. November kam Stegmann wieder auf freien Fuß.⁸¹

Auch dem Hauptangeklagten Otto Mauthe wurde die Zubilligung einer Pflichtenkollision versagt. Mauthe habe sich an der Euthanasie nicht beteiligt, um zu retten, sondern aus Furcht vor persönlichen Nachteilen.⁸² Alles in allem charakterisieren die Tübinger Richter Mauthes Verhalten wie folgt: *“Seine Rettungsaktion fand stets dort ihre Grenze, wo ein auch noch so geringes Risiko damit verbunden war. Er hat darüber hinaus sogar in einer Reihe von Fällen aus seiner bürokratischen Einstellung heraus mehr für die Aktion getan als unbedingt nötig gewesen wäre.”*⁸³ Damit war auch Otto Mauthe wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit in Form der Beihilfe zu verurteilen.

Dass nach diesen Feststellungen das Gericht für Mauthe gleich eine Reihe strafmildernder

⁷⁴ LG Tübingen, S. 27.

⁷⁵ Durchaus nahe liegende Mordmerkmale wie Heimtücke, Grausamkeit und niedrige Beweggründe verneinte das LG Tübingen recht lapidar, Heimtücke mit dem fragwürdigen Argument, dass die „drei Kranken dem Tode bereits verfallen“ gewesen seien (S. 26 f.). Eine Martha Fauser nachgewiesene Tötung auf Verlangen war verjährt (S. 27).

⁷⁶ So das OLG Tübingen, S. 6. Vgl. dagegen heute BGH NSStZ-RR 2006, 270 mit der eindeutigen Aussage, dass eine „eingeschränkte Lebenserwartung“ oder „ganz erhebliche Behinderungen“ bei der Strafzumessung außer Betracht zu bleiben hätten; vgl. auch Welti a.a.O., S. 1000 f.

⁷⁷ LG Tübingen, S. 29: *“Sie hat dadurch ihre Verfehlungen reichlich abgebusst.”*

⁷⁸ LG Tübingen, S. 24.

⁷⁹ OLG Tübingen, S. 6.

⁸⁰ LG Tübingen, S. 28 f.

⁸¹ Lang a.a.O., S. 144. Nicht vollständig klar ist, ob dies noch im Jahre 1949 oder erst im Jahre 1950 war.

⁸² LG Tübingen, S. 19. Die dritte Voraussetzung fehlte also.

⁸³ LG Tübingen, S. 24.

Umstände ins Feld führte, verwundert.⁸⁴ So habe Mauthe bei der Euthanasie *“keine führende Rolle gespielt”*, er habe die Aktion nicht gebilligt, ja, es sei ihm auch nicht zu widerlegen gewesen, dass er *“ein Gegner des Nationalsozialismus und auch der Tötungsaktion”* gewesen sei. Strafschärfend führte das Gericht im Wesentlichen nur an, dass Mauthe *“als gehobener Ministerialbeamter eine erhebliche Verantwortung”* getragen habe.⁸⁵ Somit erachtete das Landgericht Tübingen eine Gefängnisstrafe von nur 5 Jahren für Mauthe als angemessen. Die erlittene Untersuchungshaft von mehr als einem Jahr wurde auf die Strafe angerechnet. Mauthe trat seine Strafe freilich nie an; im Sommer 1958 sah die Justiz endgültig von der Strafvollstreckung ab: aus gesundheitlichen Gründen.⁸⁶ Dennoch starb Mauthe erst 25 Jahre nach dem Urteil, im Jahre 1974.

Das Grafeneck-Urteil des Landgerichts Tübingen: ein kurzes Fazit

Wie ist das Urteil des Landgerichts Tübingen zu bewerten? Zum einen zeigt der Grafeneck-Prozess exemplarisch alle Schwierigkeiten, die mit der strafrechtlichen Aufarbeitung staatlichen Unrechts verbunden sind: Der Konflikt zwischen positiv gesetztem, aber ungerechtem Recht einerseits und überpositivem Naturrecht andererseits bzw. die Zulässigkeit einer rückwirkenden Bestrafung staatlichen Unrechts sowie das Problem der Zumutbarkeit des Widerstandes des Einzelnen im Falle staatlichen Terrors: Dieser Widerspruch beschäftigt Gerichte in vergleichbaren historischen Situationen weltweit bis in die heutige Zeit. Offensichtlich stößt eine justizförmige Vergangenheitsbewältigung staatlich organisierter Gräueltaten, wie sie uns in Grafeneck begegnen, schnell an ihre Grenzen. Das beweisen die Urteile zum Nationalsozialismus⁸⁷ ebenso wie in der jüngeren deutschen Geschichte die Aufarbeitung des (im Übrigen selbstverständlich im Ausmaß nicht zu vergleichenden) DDR-Unrechts, oder die vor UN-Gerichten zu verhandelnden Straftaten.⁸⁸

Zum anderen stimmt es nachdenklich, wenn am Ende des Verfahrens 10.654 in Grafeneck getöteten Personen acht Angeklagte und gar nur drei Verurteilte gegenüberstehen, die schließlich nicht einmal eine weitere Zeit im Gefängnis verbringen mussten. Die durchaus sehr problematischen Gründe für dieses überaus milde Urteil des Landgericht Tübingen⁸⁹, das die später in der Bundesrepublik einsetzende weiche Linie gegen NS-Täter quasi vorweggenommen hat,⁹⁰ wurden hier darzulegen versucht.⁹¹

Zu beurteilen, welches Urteil für die acht Angeklagten am Ende angemessen gewesen

⁸⁴ Bei der milden Beurteilung mag die Verstrickung der Justiz selbst in das NS-Unrecht eine nicht unerhebliche Rolle gespielt haben, vgl. Lang a.a.O., S. 143, Welti a.a.O., S. 992.

⁸⁵ LG Tübingen, S. 28.

⁸⁶ Lang a.a.O., S. 144.

⁸⁷ Klassisch die Untersuchung von Rückerl, Adalbert: NS-Verbrechen vor Gericht: Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, 2. Aufl. 1984.

⁸⁸ vgl. zum Ganzen Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999, S. 3289-3297; allgemein: Wertgen, Werner: Vergangenheitsbewältigung, Interpretation und Verantwortung. Ein ethischer Beitrag zu ihrer theoretischen Grundlegung, Paderborn 2001.

⁸⁹ Zum ersten Male erhielten Ärzte deutlich geringere Strafen, nachdem die vorangegangenen Urteile fast ausschließlich auf Todesstrafe oder lebenslang lauteten (Ebbinghaus a.a.O., S. 212). Vgl. zur Höhe der Urteile bei NS-Taten insgesamt Eichmüller a.a.O., S. 636.

⁹⁰ Vgl. die negative Bilanz bei Dreßen a.a.O., S. 288 ff., 296 ff.; ders. aaO, S. 35 ff.; Benzler/Perels a.a.O., S. 29 ff., Greve a.a.O., S. 83 ff.

⁹¹ Diese wird zum Teil auf eine Wiedereinsetzung alter Funktionseliten zurückgeführt, vgl. etwa Benzler/Perels a.a.O., S. 21 ff.; Greve a.a.O., S. 90; Welti a.a.O., S. 995; Dreßen a.a.O., S. 54 ff.

wäre, fällt aus heutiger Sicht schwer. Davon unabhängig steht die Nachgiebigkeit des Gerichts gegenüber den Angeklagten in einem eigenartigen Kontrast mit den teilweise deutlichen Formulierungen (*„eine so schwere Verletzung der primitivsten Rechte und Pflichten der Menschheit“*), mit denen die Richter die grauenhaften so genannten *„Euthanasie“*-Verbrechen charakterisieren.⁹² Letztere werden aber im Ergebnis eher entpersonalisiert, indem das Gericht, wie erörtert, z.B. von der *„Tötung von Geisteskranken durch den Nationalsozialismus“* spricht und damit die Angeklagten in gewisser Weise entlastet.

So ist das Hauptverdienst des Verfahrens in der Nachzeichnung der historischen Geschehnisse und der Feststellung einer genauen Zahl der Getöteten zu sehen.⁹³ Darüber hinaus muss es bei diesen staatlich organisierten Großverbrechen um die Äußerung eines strafrechtlichen Unwerturteils gehen, darum, Distanz zu den geschehenen Taten sowie eine Ächtung der Verbrechen generell zu signalisieren. Hier hätte man sich eine noch deutlichere Sprache der Tübinger Richter gewünscht. Genauso wünschenswert wäre ein größeres Interesse der Tübinger Bevölkerung an dem Grafeneck-Prozess gewesen. Denn aus heutiger Sicht ist es kaum nachvollziehbar, dass das Schwäbische Tagblatt am 9. Juni 1949 titeln konnte: *„Der Fall der 10.654 Tötungen hat 35 Zuhörer in den Rittersaal gelockt.“*⁹⁴

3. Die nationalsozialistischen »Euthanasie«-Morde in Grafeneck und die Rolle der Heil- und Pflegeanstalten Weissenau, Zwiefalten und Schussenried

Die „Planungsfahrt Württemberg“ 1942

Zwischen dem 21. Oktober und dem 12. November 1942 bereiste eine dreiköpfige, dem Reichsinnenministerium in Berlin unterstehende Kommission die württembergischen Anstalten der Psychiatrie und der Behindertenhilfe. Die Kommission, die aus einem Dr. med. Becker, einem Oberinspektor Trieb und einem Fotografen namens Wagner bestand, legte ihre Eindrücke in einem 22-seitigen *»Bericht über die Planungsfahrt Württemberg«*⁹⁵ nieder. Die Fahrt erfolgte in enger Absprache und in Abstimmung mit dem Württembergischen Innenministerium in Stuttgart, dem die Heil- und Pflegeanstalten in Württemberg unterstanden. Der erste Tag der Planungsfahrt, der 21. Oktober 1942, begann mit einer Vorbesprechung in der Medizinalabteilung des Stuttgarter Innenministeriums, die von Ministerialrat Dr. Eugen Stähle und seinem

⁹² Eine eigene Untersuchung wert wäre die Rolle der Richter im Grafeneck-Prozess. Nachdem der Präsident des Landgerichts Tübingen mit einer EntschlieÙung vom 22. Februar 1949 festgestellt hatte, dass die an sich zuständigen Richter des Landgerichts Tübingen teils durch begründete Selbstablehnung teils aus dienstlichen Gründen verhindert seien, bestellte er zu den drei Berufsrichtern des aus insgesamt neun Personen (darunter sechs Geschworenen) bestehenden Gerichts als Vorsitzenden den Vorstand des Amtsgerichts Calw, Oberamtsrichter Alfred Dieterich, und als Beisitzer die Amtsgerichtsräte Rietschel aus Neuenbürg und Dreger aus Tübingen. Dieterich, der seine Unbelastetheit als Grund für dieses Vorgehen vermutete, wehrte sich gegen seine Verpflichtung mit einer Gegenvorstellung vom 24. Februar 1949, hatte aber keinen Erfolg (vgl. die Erinnerungen seines Sohnes Dieterich, Wilhelm: Grafeneck – ein dunkles Kapitel und die Schwierigkeit, es strafrechtlich zu bewältigen – Aus Tübinger Gerichtsakten, in: Horn, Klaus/Jeggle, Utz: Verblässende Erinnerung, Stuttgart 2002, S. 167-173).

⁹³ In diese Richtung, was die strafrechtliche Aufarbeitung generell angeht, auch Werle, Gerhard, Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992, 2529-2535 (2535), Greve a.a.O., S. 983.

⁹⁴ Lang a.a.O., S. 144, Fn. 496.

⁹⁵ Bundesarchiv (BA) Berlin R 96 I, 15.

Stellvertreter, dem *Hauptberichterstatte*r für das Irrenwesen, Obermedizinalrat Dr. Otto Mauthe, geleitet wurde.

Warum ein solch immenser Aufwand in einer Zeit, als das Kriegsgeschehen für das nationalsozialistische Deutschland eine negative Wendung genommen hatte und dramatische Entwicklungen zu verzeichnen waren? Im Oktober 1942 hatten die britische Gegenoffensive in Nordafrika eingesetzt und der deutsch-italienische Rückzug begonnen, im November wurde die 6. Deutsche Armee bei Stalingrad eingeschlossen. In dieser Situation bereisten nun Ärztekommisionen das gesamte Reich. Allein in Württemberg wurden hierbei, wie aus dem Bericht mit dem Abschlussdatum 25. November 1942 hervorgeht, über 20 Anstalten angefahren, akribisch beschrieben, fotografiert und kategorisiert – darunter auch das frühere Samariterstift Grafeneck ebenso wie die drei südwürttembergischen Heil- und Pflegeanstalten Weissenau, Zwiefalten und Schussenried. Grafeneck wird in diesem Bericht keine besondere Bedeutung beigemessen. Nur wenige Zeilen werden Grafeneck gewidmet. Unter der Überschrift »Völlig anderen Zwecken wurden von Württemberg [...] folgende Anstalten zugeführt« heißt es lapidar: »Grafeneck. [...] Seit 1941 HJ. zur Verfügung gestellt.«⁹⁶

Wesentlich ausführlicher geht der Bericht aber auf die oben genannten südwürttembergischen Heil- und Pflegeanstalten ein. Über die Weissenau wird vermerkt, dass die Anstalt eine Normalbettenzahl von 1050 und eine Höchstbettenzahl von 1100 aufweist, von denen aber lediglich 472 belegt seien. Vier Bauten dienten als Gemeinschaftslager für Rüstungsarbeiter, ein Haus als Revier für dieselben und ein kleines Haus werde als Kindergarten genutzt. »Die Geisteskranken sind jetzt nur noch im alten Klosterbau untergebracht. Zur Erhaltung der Anstalt wollte die Württembergische Innenverwaltung die Geisteskranken nach Schussenried und Zwiefalten verlegen und dafür den Rest des Hauses als Reserve-Lazarett vergeben. Dies hat sich aber zerschlagen.« Abschließend heißt es: »Die Anstalt sollte evtl. Krankenhaus für Ravensburg oder Katastrophenhaus für Friedrichshafen werden. Als Krankenhaus eignet sich der Klosterbau nicht, nur evtl. die jetzt von Rüstungsarbeitern belegten Häuser. Diese werden aber in absehbarer Zeit nicht frei werden. Verwendungsvorschlag: Heilanstalt.« Für Schussenried lautete der Verwendungsvorschlag Heil- und Pflegeanstalt, für Zwiefalten lediglich Pflegeanstalt. Betrachtet man den Abschlußbericht im Ganzen, so wird die dahinterstehende Absicht klar: Zum einen war er eine Art Bestandsaufnahme, zum anderen diente er als Planungsgrundlage für die Nachkriegszeit. Ziel war es, das Anstaltswesen im Sinne des nationalsozialistischen Staates neu zu ordnen. Zu diesem Zweck wurde durch die Kommission eine statistische Datenbasis geschaffen und Vorschläge für ein Anstaltswesen in Württemberg nach dem Krieg gemacht. Hiermit zogen die Planer die Konsequenzen aus einem radikalen Eingriff in die südwestdeutsche, württembergische und badische Anstaltslandschaft, wie er größer nicht zu denken war. Denn was der Bericht verschweigt, ist die Tatsache, dass in den beiden Jahren 1940 und 1941 nahezu 11.000 Menschen, Männer, Frauen und Kinder, aus süddeutschen Heil- und Pflegeanstalten ermordet worden waren. Allein in Grafeneck, der zentralen Tötungsstätte für Südwestdeutschland, 65 Kilometer südlich von Stuttgart gelegen, waren zwischen Januar und Dezember 1940 über 10.654 Opfer aus Heil- und Pflegeanstalten zu verzeichnen.⁹⁷ Genau das verschweigt der oben genannte Bericht über die *Planungsfahrt Württemberg*. Die Morde von

⁹⁶ BA Berlin R 96 I 15, S. 4.

⁹⁷ Stöckle, Thomas: Grafeneck 1940. Die Euthanasie-Verbrechen in Südwestdeutschland, Tübingen, 2. Aufl. 2005; »Euthanasie«. Krankenmorde in Südwestdeutschland, hrsg. von Hermann J. Pretsch, Zwiefalten 1996.

Grafeneck waren aber Teil eines reichsweiten Geschehens, eines der größten Verbrechen, die das nationalsozialistische Deutschland hervorgebracht und ermöglicht hat: Die eingangs dieses Beitrags beschriebene Ermordung von über 70.000 Menschen mit geistigen Behinderungen und psychischen Erkrankungen in den Jahren 1940 und 1941, genannt »Aktion T4«⁹⁸. Was der Bericht ebenso unerwähnt lässt, ist, dass ein großer Teil der Opfer von Grafeneck aus den staatlichen südwürttembergischen Heil- und Pflegeanstalten Weißenau, Zwiefalten und Schussenried stammte. Gerade der südwürttembergische Raum wies eine große Zahl von so genannten Heil- und Pflegeanstalten auf. Zu diesen zählten nicht nur die drei bereits erwähnten staatlichen württembergischen Anstalten, sondern noch weitere in der Hauptsache konfessionelle Einrichtungen. Diese gehörten entweder dem Caritasverband an, wie Heggbach, Ingerkingen und die Liebenau, oder dem Landesverband der evangelischen Inneren Mission, wie die Gustav Werner Stiftung Reutlingen, Mariaberg und Wilhelmsdorf.

Grafeneck 1940

Durch die Verbrechen der »Euthanasie«-Morde des Jahres 1940 besitzt Grafeneck eine nationale Bedeutung und weist weit über regionale oder lokale Bezüge hinaus. Zu einer Vernichtungs- und Tötungsanstalt umfunktioniert und mit einer Gaskammer ausgestattet, war Grafeneck der Ort, an dem am 18. Januar 1940 die systematische, man könnte auch sagen industrielle Ermordung von Menschen, im nationalsozialistischen Deutschland, zusammen mit Brandenburg an der Havel, begann. Das Datum – Januar 1940 – markiert den Beginn der so genannten »Euthanasie-Aktion« in Deutschland. Von den über 10.654 Opfern des Jahres 1940 stammten 4.000 aus Anstalten in Württemberg und Hohenzollern, 4.500 aus Anstalten in Baden und über 2.000 aus bayerischen sowie nicht-süddeutschen Heil- und Pflegeanstalten (Hessen und preußische Rheinprovinz).⁹⁹ Zu den Opfern zählten diejenigen Menschen in den Heil- und Pflegeanstalten, die in den Augen der Täter – und dies nicht erst seit der Zeit des Nationalsozialismus, sondern bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts – als »lebensunwertes Leben« galten. Dies waren in erster Linie Menschen in Einrichtungen, deren Arbeits- und Leistungsfähigkeit nicht mehr vorhanden oder stark gemindert waren, Menschen, die als »Langzeitpatienten« angeblich die öffentlichen Haushalte des Landes, der Kreise und der Kommunen belasteten, sowie Menschen, die von NS-Gerichten als »Kriminelle« in Heil- und Pflegeanstalten eingewiesen waren. Mit der gleichzeitigen Erfassung aller jüdischen Patienten in den psychiatrischen Einrichtungen Württembergs und Badens und ihrer Ermordung in Grafeneck sowie der späteren Übernahme der Technologie und des Personals der Gasmordanstalten begann der zuvor beschriebene Weg, der in den »Holocaust«, die Ermordung der deutschen und europäischen Juden, mündete. Die Spuren der Täter und der von ihnen entwickelten Tötungsverfahren führen von Grafeneck in die Vernichtungslager im Osten: Belzec, Treblinka, Sobibor und Auschwitz-Birkenau.

Industrieller Mord: NS-»Euthanasie« in Grafeneck

⁹⁸ Götz Aly (Hrsg.), Aktion T4 – 1939-1945. Die »Euthanasie«-Zentrale in der Tiergartenstraße 4, 2. Aufl. Berlin 1989; Henry Friedlander, Der Weg zum NS-Genozid. Von der Euthanasie zur Endlösung, Berlin 1997; Ernst Klee, »Euthanasie« im NS-Staat. »Die Vernichtung lebensunwerten Lebens«, Frankfurt/M. 1989 (1. Aufl. 1983); Ernst Klee, Dokumente zur »Euthanasie«, Frankfurt/M. 1986 (1. Aufl. 1985); Ernst Klee, Was sie taten – Was sie wurden. Ärzte, Juristen und andere Beteiligte am Kranken- oder Judenmord, Frankfurt/M. 1990 (1. Aufl. 1986); Hans-Walter Schmuhl, Rassenhygiene, Nationalsozialismus, Euthanasie. Von der Verhütung zur Vernichtung _lebensunwerten Lebens_ 1890–1945, 2. Aufl. Göttingen 1992.

⁹⁹ Staatsarchiv (StA) Sigmaringen, Wü 29/3, Nr. 1756, Aktenband 23.

Die Wahl Grafenecks als Standort für die reichsweit erste Vernichtungsanstalt ging auf das enge Zusammenwirken der Berliner »T4«-Behörde mit dem Württembergischen Innenministerium in Stuttgart zurück. Schloss Grafeneck, im heutigen Kreis Reutlingen sechs Kilometer von der Stadt Münsingen entfernt, entsprach hierbei in nahezu idealer Weise den Organisations- und Geheimhaltungskriterien der »Euthanasie«-Planer, lag es doch abgeschieden und leicht abzuschirmen auf einer langgestreckten Anhöhe der Schwäbischen Alb. Daneben – und dies spielte eine ebenso große Rolle – war das im Jahr 1929 von der Samariterstiftung Stuttgart erworbene und seither als Behindertenheim genutzte Schloss gerade keine staatliche, sondern eine konfessionelle Einrichtung. Die Planer im Württembergischen Innenministerium wollten bewusst verhindern, dass beispielsweise eine so bedeutende Institution wie die Heil- und Pflegeanstalt Zwiefalten mit den bevorstehenden »Euthanasie«-Morden in Verbindung gebracht wurde. Daneben bot das Schloss Grafeneck die Logistik – von räumlichen Unterbringungs- und Arbeitsmöglichkeiten für die große Zahl der Täter wie für deren Bürokratie. Die Unterbringung des Tötungspersonals, das von Berlin und Stuttgart aus rekrutiert wurde, erfolgte ab Oktober 1939. Es setzte sich aus etwa 100 Personen zusammen. Der eigentliche Tötungskomplex, das heißt der Ort, an dem die Morde stattfanden, befand sich etwa 300 Meter vom Schloss entfernt und bestand aus dem mit einer Gaskammer versehenen Tötungsschuppen, dem Krematorium mit zwei mobilen Verbrennungsöfen, einer Aufnahmebaracke, in der die Opfer entkleidet, fotografiert und einer oberflächlichen ärztlichen Begutachtung unterzogen wurden, sowie einer Garage für die in Grafeneck stationierten und zum Transport der Opfer eingesetzten "grauen Busse".

Die landes- und regionalgeschichtliche Bedeutung

Grafeneck besitzt neben seiner nationalen Bedeutung ebenfalls eine herausragende Bedeutung für die südwestdeutsche Landesgeschichte und für die Geschichte des heutigen Bundeslandes Baden-Württemberg mit all seinen Landesteilen, seinen Städten und Ortschaften. Im Oktober 1939 wurde hierbei die bestehende Behinderteneinrichtung vom Württembergischen Innenministerium in Stuttgart »für Zwecke des Reichs« beschlagnahmt und ab Januar 1940 zum ersten Ort der systematisch-industriellen Ermordung von Menschen im nationalsozialistischen Deutschland. Nach heutigem Wissensstand waren es exakt 48 Behinderteneinrichtungen und psychiatrische Einrichtungen, davon 40 in Baden-Württemberg (22 württembergische, 17 badische und mit Sigmaringen eine hohenzollerische), sechs in Bayern und jeweils eine in Hessen und Nordrhein-Westfalen, aus denen die Opfer in die Tötungsanstalt Grafeneck gebracht wurden. Des Weiteren wurden nach der Schließung Grafenecks im Dezember 1940 noch über 500 Menschen aus badischen und württembergischen Anstalten in das hessische Hadamar bei Limburg an der Lahn deportiert und dort ebenfalls in einer Gaskammer ermordet. Die untenstehende Auflistung zeigt die württembergischen Heil- und Pflegeanstalten und deren Opfer in Grafeneck 1940 und Hadamar 1941.

»EUTHANASIE«-OPFER AUS WÜRTEMBERGISCHEN UND HOHENZOLLERISCHEN ANSTALTEN IN GRAFENECK (1940) UND HADAMAR (1941)

	Grafeneck 1940	Hadamar 1941
A. Staatliche Heil- und Pflegeanstalten	2076	77
1. Weißenau	558	12
2. Zwiefalten	352	7
3. Schussenried	317	-

Die deutsche Psychiatrie, der Patientenmord im Nationalsozialismus, die juristischen...

4. Weinsberg	422	4
5. Winnenden (Winnental)	356	35
6. Sigmaringen	71	19
B. Städtische Kliniken	2	-
1. Bürgerhospital Stuttgart	2	-
C. Privatheilanstalten	322	32
1. Rottenmünster	178	-
2. Christophsbad/Göppingen	137	31
3. Kennenburg/Esslingen a.N.	7	1
D. Landesfürsorgeanstalten	277	2
1. Markgröningen	120	-
2. Rabenhof/Ellwangen	30	2
3. Riedhof/Ulm	55	-
4. Rappertshofen/Reutlingen	72	-
E. Konfessionelle Anstalten	1230	156
Innere Mission/Landesverband Württemberg (evang.)		
1. Pfingstweide/Tettngang	24	3
2. Stetten i.R.	324	-
3. Gottlob-Weisser-Haus/Schwäbisch Hall	87	86
4. Marienberg/Reutlingen	61	1
5. Samariterstift Obersontheim	-	4
6. Paulinenpflege Winnenden	1	7
7. Gustav Werner Stiftung/Loßburg-Rodt	-	19
8. Gustav Werner Stiftung/Bleiche bei Urach	-	1
9. Gustav Werner Stiftung/Dettingen-Reutlingen	-	2
10. Gustav Werner Stiftung/Fluorn-Rottweil	-	2
11. Fürsorgeheim Tempelhof/Crailsheim	-	3
12. Zieglersche Anstalten Wilhelmsdorf	-	18
Caritas (kathol.)		
1. Liebenau	463	6
2. Heggbach/Biberach a.d.R.	173	3
3. Ingerkingen	72	-
4. Rosenharz/Ravensburg	26	-
5. Erziehungsanstalt Heiligenbronn/Rottweil	-	1
GESAMT	3905	268

Die stadt- und ortsgeschichtliche Bedeutung

Es stellt sich auch die Frage nach der Herkunft der Opfer (aber auch der Täter und der Tatbeteiligten). Ihr jeweiliger Geburts- oder Wohnort eröffnet neben der nationalen und der regionalen auch eine stadt- und ortsgeschichtliche Perspektive. Bereits eine oberflächliche Betrachtung der Akten zeigt, dass die über 10.600 Opfer aus allen großen und mittleren und einer nahezu unüberschaubaren Zahl auch kleiner und kleinster Gemeinden des heutigen Baden-Württembergs stammten.

Jeder der vier Regierungsbezirke in Baden-Württemberg, jeder der Stadt- und Landkreise, alle größeren, aber auch eine ungeheure Zahl mittlerer und kleiner Gemeinden Baden-Württembergs haben Opfer der NS-»Euthanasie« zu beklagen. An dieser Stelle sollen lediglich die Heimatorte der Opfer **einer einzigen** Einrichtung, der Anstalt Zwiefalten, aufgezählt werden:

Afaltrach, Altenstadt, Altheim, Bad Cannstatt, Bad Canstatt, Bartenbach, Belsen/Tübingen, Betzingen, Betzingen, Binsdorf/Balingen, Bitz, Bobruisk/Russland, Bodelshausen, Böhmenkirch, Böttingen, Bollingen/Ulm, Böttingen/Tutlingen, Braunsbach/Hall, Breisach, Burgberg, Busch, Calw, Dagersheim, Degerloch, Degerloch, Deggingen/Göppingen, Deisslingen, Deisslingen, Deisslingen, Denkingen/Tutlingen, Dettingen, Dettingen/Erms, Dettingen/Tübingen, Dintenhofen/Ehingen, Dornstetten, Dotternhausen, Dürbheim, Ebingen, Ebingen, Ebingen, Ebingen, Ebingen, Ebingen, Ebingen/Balingen, Eglingen, Ehingen, Eichstätt/Bayern, Engelhardshausen, Ergenzingen, Ertingen, Fluorn/Rottweil, Freudenstadt, Freudenstadt, Freudenstadt, Freudenstadt, Freudenstadt, Friedrichsfeld, Gärtringen, Gestemünde, Gingen, Gmünd, Gmünd, Gmünd, Göttingen, Goffingen, Gönningen, Granheim, Griesingen, Haardorf, Hailfingen, Hard/Voralberg, Hardt/Rottweil, Hausen, Hausen/Allmendingen, Hayingen, Hayingen, Hedelfingen-Stuttgart, Heilbronn, Heilbronn, Heilbronn, Herbertshofen, Heubach, Hofen/Spaichingen, Hopfau, Igstheim, Indelhausen, Kaltental/Stuttgart, Karlsruhe, Köngen, Königsbronn, Kohlstetten, Königsberg, Kornwestheim, Laichingen, Langenberg, Lauterbach, Leinzell/Gmünd, Lübeck, Mahlstetten, Marschalkenzimmern, Meran/Südtirol, Meßstetten, Meßstetten/Balingen, Metzlingen, Mindersbach/Calw, Mössingen, Mögglingen/Gmünd, Möhringen, Munderkingen, Munderkingen, Munderkingen, Münsingen, Münsingen, Mutlangen, Mutlangen, Nagold/Calw, Nasgenstadt, Nellingen, Neuenbürg/Calw, Niedernau, Nürtingen, Oberbettringen, Oberjesingen, Oberndorf, Oberurbach/Waiblingen, Onstmettingen/Balingen, Osterhauderfehn, Ostheim/Stuttgart, Owen, Pfeffingen, Pforzheim, Pfullingen, Pfullingen, Pfullingen, Pirmasens, Poltringen, Randegg, Reute am Stockach, Reutlingen, Reutlingen, Reutlingen, Reutlingen, Reutlingen, Reutlingen, Reutlingen, Rexingen, Riedlingen, Riedlingen, Ringingen, Ringingen, Ringingen, Römlinsdorf, Rottenburg, Rottenburg, Rottweil, Rottweil, Rudersberg, Rüsselsheim, Scheer, Schramberg, Schwäbisch Gmünd, Schwenningen, Schwenningen, Schwieberdingen, Sigmaringendorf, Sonderbuch/Münsingen, Spaichingen, Sternenfels/Vaihingen, Strassburg, Streichen/Balingen, Stuttgart, Stuttgart, Stuttgart, Stuttgart, Stuttgart, Stuttgart, Stuttgart, Stuttgart/Zuffenhausen, Stuttgart-Berg, Sulz, Sulz, Tailfingen, Tarnow, Trichtigen, Trailfingen, Trailfingen, Trossingen, Tübingen, Tailfingen, Tuningen, Tutlingen, Tutlingen, Uhingen, Uigendorf/Ehingen, Ulm, Unterbettingen, Unterhausen, Unterjesingen, Urach, Urach, Venningen, Weilstetten/Balingen, Weinheim, Winterlingen, Winterlingen, Wolfshaus/Wangen, Würtlingen/Reutlingen, Wurmlingen, Würzburg, Zimmern, Zuffenhausen

Eine Aufstellung für alle 48 Einrichtungen oder auch nur für die südwürttembergischen steht noch aus, aber Ergebnisse zeichnen sich in Umrissen ab. Die Liste der Städte und Gemeinden, aus denen die Opfer stammten, also geboren waren oder gelebt hatten, umfasst bereits jetzt über 1.000 Einträge. Darunter mehrere hundert baden-württembergische Städte und Gemeinden – dies bei einer Zahl von 1.111 Städten und Gemeinden insgesamt. Auch für die baden-württembergische Landeshauptstadt Stuttgart lässt sich die Zahl der Opfer noch nicht präzise bestimmen, sie liegt aber in einer Größenordnung von mehreren hundert Menschen. Zu den Opfern von Grafeneck zählen aber auch Menschen anderer Länder und Regionen, wie beispielsweise der benachbarten Schweiz (Zürich, St. Gallen, Chur usw.), aber auch so weit entfernte oder exotische wie die der Vereinigten Staaten (New York), der Ukraine (Charkow) oder der Südsee (Samoa).

Die Dimension der Angehörigen

Zuletzt ist Grafeneck nicht nur ein Faktor der nationalen Geschichte und der Landesgeschichte, sondern auch einer, der in 10.654 Familiengeschichten hineinragt. Das Leben von exakt so vielen Menschen wurde im Jahr 1940 gewaltsam beendet, die Opfer grausam ermordet. Dieses historische Faktum wirkt fort bis in die Gegenwart. Jede Woche wenden sich Verwandte der Opfer, sowohl Angehörige der Opfergeneration(en) als auch Jüngere, an die Gedenkstätte und suchen um Auskünfte nach. Dies ist ein oftmals jahrzehntelanger verdrängter und tabuisierter Teil der familiären Geschichte. Rückblickend auf das letzte Jahrzehnt erkennt man, dass die Zahl der anfragenden Nachkommen und Angehörigen beständig angestiegen

ist. Eine Erklärung hierfür mag sein, dass erst die Zeit Barrieren und Hemmungen beseitigt hat und paradoxerweise dadurch die Vergangenheit näher an die Gegenwart herangerückt ist – eine Vergangenheit, die nicht vergeht.

Vorgeschichte und Erklärungsversuche

Das in seiner Tragweite unvergleichliche Menschheitsverbrechen, die systematische Ermordung der schwächsten und hilfsbedürftigsten Glieder einer Gesellschaft, nämlich psychisch erkrankter und geistig behinderter Menschen, lässt zunächst verstummen. Jedoch macht das Entsetzen eine genaue Analyse der Vorgänge nicht überflüssig – ganz im Gegenteil. Eine solche führt ins Zentrum nationalsozialistischer Gesundheits-, Sozial- und Rassenpolitik.¹⁰⁰ Ihr Ziel war die Verwirklichung eines umfassenden Programms zur, wie es hieß, *„Reinigung des deutschen Volkskörpers“*. Mit Kriegsbeginn in den Jahren 1939 bis 1941 war ein Radikalisierungsgrad erreicht, der prozessual – ohne jedoch eine Zwangsläufigkeit, beziehungsweise einen Automatismus behaupten zu wollen – über die zwangsweise Sterilisierung und Zwangsabtreibung schließlich zur so genannten »Ausmerze« und zur »Vernichtung lebensunwerten Lebens« geführt hatte. Eine unterstellte erbbiologische und gesellschaftliche »Minderwertigkeit« machte gerade Anstaltspatienten in den Augen von Rassehygienikern, Psychiatern, Medizinalbeamten und Ökonomen zu Opfern eines medizinisch verbrämten Massenmordes, der »EUTHANASIE«¹⁰¹ oder, wie es in der berühmten Ermächtigung Hitlers vom Oktober 1939 ausgedrückt ist, »Gnadentod«.

Die »Vernichtung lebensunwerten Lebens« wurde in letzter Konsequenz als eine Maßnahme gedeutet, deren Ziel die Stärkung und Gesundheit des »Volkskörpers« und der Rasse waren. »Heilen und Vernichten« stehen somit innerhalb dieses Gedankengebäudes nicht nur in einem untrennbaren Zusammenhang, sondern sie werden vielmehr identisch.¹⁰²

Andererseits tauchen zeitlich parallel dazu andere Begründungsmuster auf, welche die »Vernichtung lebensunwerten Lebens« zu legitimieren suchen. Der Ermordung von Anstaltspatienten in den Jahren 1940/41 in der »Aktion T4« lag im Kern aber eine utilitaristische, zweckrationale Vernunft zugrunde. Finanzielle und wirtschaftliche, ernährungspolitische und militärische Begründungen wurden ins Feld geführt und waren in letzter und tödlicher Konsequenz unmittelbarer Anlass für die »Euthanasie«-Morde. Die »Logik« der Planer bei der Ermordung der »nutzlosen Esser« lag in deren Augen in

- der Entlastung der öffentlichen Finanzen¹⁰³,
- der Einsparung von Nahrungsmitteln¹⁰⁴,
- der Freisetzung von Ärzten und Pflegepersonal¹⁰⁵,

¹⁰⁰ Herbert, Ulrich: Traditionen des Rassismus, in: Niethammer, Lutz et al.: *Bürgerliche Gesellschaft in Deutschland. Historische Einblicke, Fragen, Perspektiven*, Frankfurt/M. 1990, S.484 ff. und Diner, Dan: *Die Wahl der Perspektive. Bedarf es einer besonderen Historik des Nationalsozialismus?*, in: Schneider, Wolfgang (Hrsg.): *„Vernichtungspolitik“*. Eine Debatte über den Zusammenhang von Sozialpolitik und Genozid im nationalsozialistischen Deutschland, Hamburg 1991, S. 68.

¹⁰¹ Schmuhl, Hans-Walter 1992.

¹⁰² Klee, Ernst: *Was sie taten – Was sie wurden. Ärzte, Juristen und andere Beteiligte am Kranken- oder Judenmord*. Frankfurt 1986/1995. Dörner, Klaus und Angelika Ebbinghaus: *Vernichten und Heilen. Der Nürnberger Ärzteprozess und seine Folgen*. Berlin 2002.

¹⁰³ Ebd. und Hauptstaatsarchiv (HStA) Stuttgart, E 140, Bü. 61, fol. 1.; vgl. Wuttke, Walter: *Medizin, Ärzte, Gesundheitspolitik*, in: *Das Dritte Reich in Baden-Württemberg*. Hrsg. v. Otto Borst, Stuttgart 1988, S. 229.

¹⁰⁴ Vgl. *Interne Statistik der „T4“*, so genannte Hartheim-Statistik, vgl. Klee, 1989, S. 24.

¹⁰⁵ Vgl. Wuttke, Walter 1988, S. 229.

- der Umwandlung von Heil- und Pflegeanstalten in Militärlazarette, Kasernen, Hilfskrankenhäuser oder andere kriegswichtige Einrichtungen¹⁰⁶,
- der Möglichkeit zur Umstrukturierung der Anstaltswesens insgesamt, organisatorisch hin zur Verdrängung kirchlicher und privater Träger und damit verstärkter staatlicher Kontrolle und Aufsicht, inhaltlich zur intensiveren Betreuung therapiefähiger, das hieß arbeitsfähiger Anstaltspatienten.¹⁰⁷

Die »Euthanasie« in Südwürttemberg

Ab September 1939 erfolgte in einem Erlass des Reichsinnenministeriums in Berlin an alle Landesregierungen. Der Erlass umfasste zwei Meldebogen und ein Merkblatt. Der erste Meldebogen erfasste neben dem Grad der Arbeitsfähigkeit und der Art der Erkrankung auch die »Rassezugehörigkeit« und die Dauer des Anstaltsaufenthalts. Ein dazugehöriges Merkblatt legte die Kriterien für die zu meldenden Patienten exakt fest. Meldebogen 2 bezog sich auf die Anstalt selbst. Dabei wurden Größe, Zustand, Bauart, Zahl der Betten usw. erfasst, um eine langfristige Planung des Anstaltswesens in Württemberg und Baden zu ermöglichen und die Umwidmung von Anstalten für militärische oder andere Zwecke zu erleichtern. Die Meldebogen, die von den Anstalten auszufüllen waren, mussten an die Abteilung IV des Reichsinnenministeriums zurückgesandt werden. Von dort gelangten sie in die Zentrale der _T4_, wo sie kopiert und an jeweils zwei Gutachter und einen Obergutachter weitergeleitet wurden. Diese entschieden anhand der Meldebogen über Leben und Tod tausender Patienten und Heimbewohner. Ende November 1939 ging den württembergischen Heilanstalten ein Runderlass der Gesundheitsabteilungen des Württembergischen Innenministeriums in Stuttgart zu. Angekündigt wurde die kommende »Verlegung einer größeren Zahl von in Heil- und Pflegeanstalten untergebrachten Kranken«:

*Betreff: Verlegung von Insassen
der Heil- und Pflegeanstalten
0 Beil.*

Die gegenwärtige Lage macht die Verlegung einer größeren Anzahl von in Heil- und Pflegeanstalten untergebrachten Kranken notwendig. Im Auftrag des Reichsverteidigungskommissars werde ich die notwendig werdenden Verlegungen von Fall zu Fall anordnen.

Die Kranken werden nebst ihren Krankenakten in Sammeltransporten verlegt. Der Abgabeanstalt entstehen aus dem Transport keine Kosten; die Krankenakten werden ihr nach Einsichtnahme durch die Aufnahmeanstalt wieder zurückgegeben. Die Benachrichtigung der Angehörigen über die Verlegung erfolgt durch die Aufnahmeanstalt. Die Kostenträger sind von der Abgabeanstalt davon in Kenntnis zu setzen, dass mit weiteren Zahlungen über den Tag der Verlegung hinaus insolange einzustellen sind, bis sie von der Aufnahmeanstalt angefordert werden.

¹⁰⁶ Vgl. Übersicht über die Verteilung der in Heil- und Pflegeanstalten nicht mehr verwendeten Betten vom 3. August 1943: BA Berlin - R 95 I/6, Teilabdruck bei Petter, Wolfgang: Zur nationalsozialistischen »Euthanasie«: Ansatz und Entgrenzung, in: Michalka, Wolfgang (Hrsg.): Der Zweite Weltkrieg. Analysen – Grundzüge – Forschungsbilanz, München 1988, S. 819; vgl. Schmuhl, Hans-Walter: Reformpsychiatrie und Massenmord, in: Nationalsozialismus und Modernisierung. Hrsg. v. Rainer Zitelmann und Michael Prinz, Darmstadt 1991, S. 257 f.

¹⁰⁷ Schmuhl; Hans-Walter 1987, S. 258.

Die Zentralleitung für das Stiftungs- und Anstaltswesen wird ersucht, den Erlaß den ihr unterstellten Anstalten bekanntzugeben.

Im Auftrag gez. Dr. Stähle.«¹⁰⁸

Die Direktoren der staatlichen Anstalten wurden offiziell am 16. Februar 1940 von Dr. Eugen Stähle, dem Leiter des Württembergischen Gesundheitsdienstes im Innenministerium, von der anlaufenden ‚Euthanasie‘-Aktion unterrichtet. Der Oberarzt der Heilanstalt Weißenau, Dr. Wilhelm Weskott (1877-1959), beschrieb dies wie folgt:

»Im Februar 1940 wurde ich zusammen mit anderen Oberärzten oder Anstaltsleitern der staatlichen Anstalten zu Dr. Stähle nach Stuttgart berufen. Ich erinnere mich an die Anwesenheit von Dr. Joos, Weinsberg, Dr. Stegmann, Zwiefalten, und Dr. Götz, Schussenried. Vielleicht war auch Dr. Gutekunst, Winnental, anwesend. Dr. Stähle rief uns Ärzte einzeln in sein Zimmer, und zwar Dr. Götz und mich, offenbar weil wir die letzten waren, gemeinsam. [...] Von Grafeneck hat Stähle kein Wort geredet. Er machte jedoch Ausführungen über die Technik des Tötens dahingehend, man habe es zuerst mit Morphiumspritzen versucht, sei aber davon abgekommen, man setze die Kranken unter Kohlenoxydgas [...]«¹⁰⁹

Die Deportationen nach Grafeneck und Hadamar

Die Deportationen aus den staatlichen württembergischen Anstalten begannen am 25. Januar 1940, also exakt eine Woche nach dem Beginn der Morde in Grafeneck. Die erste staatliche Heil- und Pflegeanstalt, aus der Menschen nach Grafeneck verlegt wurden, war Weinsberg. Danach vergingen in etwa drei Monate bis erstmals aus Südwürttemberg Verlegungen stattfanden: Zwiefalten machte hierbei den Anfang am 26. April 1940, danach folgten die Weissenau am 20. Mai, Winnenden am 30. Mai und Schussenried am 7. Juni.

VERLEGUNGSBEGINN IN DEN STAATLICHEN HEIL- UND PFLEGEANSTALTEN WÜRTEMBERGS

DATUM	ANSTALT	ZAHL DER PATIENTEN
25. Januar	Weinsberg	55
26. April	Zwiefalten	25
20. Mai	Weissenau	78
30. Mai	Winnenden	75
07. Juni	Schussenried	75

Im Dezember 1940 wurde die Vernichtungsanstalt Grafeneck geschlossen und das Personal nach Hadamar bei Limburg an der Lahn versetzt. Dort gingen die Krankenmorde mit unverminderter Brutalität und Intensität bis in den August 1941 hinein weiter.

Was die obigen Zahlen nicht aussagen, ist das unermessliche Elend, welches über die Patienten der Heil- und Pflegeanstalten kam. Aus ihren Lebenszusammenhängen herausgerissen, in drängender Enge, bei schlechter Ernährung und mangelnder medizinischer Versorgung ist deren Situation kaum vorstellbar oder beschreibbar. An der Verlagerung der Anstalt Rastatt mit ihren über 500 Patienten nach Zwiefalten, eine Anstalt, die für 800 Patienten ausgelegt, aber mit nahezu 1000 belegt war, lässt sich dies verdeutlichen. Wie andernorts war auch hier

¹⁰⁸ Archiv der Gedenkstätte Grafeneck, Abschrift.

¹⁰⁹ StA Sigmaringen, Wü 29/3.

eine Vielzahl der Ärzte und Pfleger zur Wehrmacht eingezogen, gleichzeitig waren die staatlichen Pflegesätze für Patienten in Württemberg wie in Baden sehr stark vermindert worden. Die Patienten wussten oder ahnten zumindest von dem ihnen zugedachten Schicksal. Die grauen Busse verbreiteten Angst und Schrecken, der auch nach dem Ende der Deportationen in die Vernichtungsanstalten nicht enden sollte. Die Zustände, wie sie in Zwiefalten nach 1940 herrschten, sind hinreichend bekannt. Die Anstalt, bis dahin eine *Heil- und Pflegeanstalt*, wurde im Verlauf des Jahres 1941 in eine reine *Pflegeanstalt* umgewandelt. Zwiefalten war von den Planern in Berlin und Stuttgart damit eine ganz spezifische Aufgabe zugedacht. Dorthin sollten besonders schwere Pflegefälle aus den anderen württembergischen Anstalten verlegt werden. In der Folge waren damit Kapazitäten freigesetzt für die Aufnahme von Menschen aus kriegs- und bombenkriegsgefährdeten oder -betroffenen Gebieten und Regionen. In Zwiefalten hatte die neue Verlegungspraxis eine hoffnungslose und katastrophale, aber gezielt herbeigeführte Überbelegung zur Folge. Die Sterblichkeitsziffern stiegen von 1941 bis 1945 kontinuierlich an. Im Jahr 1945 verzeichnete die 800-Betten Anstalt, die zu diesem Zeitpunkt mit über 1.100 Menschen belegt war, exakt 571 Todesfälle. »Ihr Tod wurde eingeplant. [...] Insgesamt sind von 1941 bis 1945 mehr als 1.500 Patienten in Zwiefalten umgekommen.«¹¹⁰

Der Tod dieser Menschen wurde gezielt durch eine Vielzahl von Maßnahmen herbeigeführt. Zu der katastrophalen Überbelegung kamen Unterernährung, gravierende Mängel in der medizinischen Versorgung und bei der Pflege, aber auch gezielte Tötungen als Ursachen hinzu. Dr. Martha Fauser, seit 1940 kommissarische Leiterin, später Direktorin Zwiefaltens, sagte hierzu im Grafeneck-Prozess aus, dass Dr. Stähle, der Leiter der Medizinalabteilung des Württembergischen Innenministeriums, ihr habe ausrichten lassen, »daß jetzt, wo die Grafeneck-Aktion aufgehört habe«, er es für selbstverständlich halte, »daß die Direktoren selbst Euthanasie weitertreiben würden«¹¹¹. Dr. Fauser räumte im Grafeneck-Prozess ein, diese Aufforderung befolgt zu haben. Sie »tötete Patienten durch Überdosierungen mit Luminal und Scopolamin«¹¹². Das Tübinger Schwurgericht verurteilte sie, wie bereits erwähnt, »wegen vorsätzlicher Tötung« zu einer Gefängnisstrafe von anderthalb Jahren, die zu diesem Zeitpunkt wegen der Anrechnung der Untersuchungshaft bereits als verbüßt galt.

Bei Kriegsende ordnete der leitende Medizinalbeamte, Ministerialrat Dr. Eugen Stähle, als eine seiner letzten Amtshandlungen überhaupt, die Vernichtung derjenigen Akten an, die sich auf die *planwirtschaftlichen Maßnahmen* und damit die *Verlegungen* nach Grafeneck bezogen. Ein Großteil des Aktenmaterials war damit tatsächlich vernichtet oder war in Folge von Kriegseinwirkungen zerstört worden und ist somit unwiederbringlich verloren.

Jedoch ist dies mit Sicherheit nicht der einzige Grund, dass bisher eine eingehende Darstellung der »Euthanasie«-Verbrechen in Baden-Württemberg fehlt. Erst in den letzten Jahren war es möglich das Geschehen in Ansätzen zu rekonstruieren. Auch die vorliegende Darstellung kann nur vorläufige Ergebnisse vermitteln. Sie versteht sich als Versuch einer Annäherung an ein bis heute schwieriges Kapitel deutscher Zeitgeschichte.

*Ein historischer Rückblick - Der 70. Jahrestag der Beschlagnahme Grafenecks:
14. Oktober 2009-14. Oktober 1939*

¹¹⁰ Rüdénburg, Bodo 1996, S. 46

¹¹¹ Zit. nach Rüdénburg, Bodo 1996, S. 44

¹¹² Rüdénburg, Bodo 1996, S. 44.

Die deutsche Psychiatrie, der Patientenmord im Nationalsozialismus, die juristischen....

Grafeneck ist ein Ort mit einer ungeheuren Symbolkraft. Seine Geschichte steht für knapp eintausend Jahre deutscher Geschichte. Gleichzeitig symbolisiert das Jahr 1940 – mit der Ermordung von über 10.600 Menschen – einen zivilisatorischen Rückschritt in die Barbarei, einen Zivilisationsbruch. Vorbereitet und eingeleitet wurde dieses Menschheitsverbrechen durch die Beschlagnahme Grafenecks am 14. Oktober 1939.

Der Geschichtsort Grafeneck

Grafeneck blickt auf eine fast tausendjährige Vergangenheit zurück. In der Zeit der Renaissance Mitte des 16. Jahrhunderts trat an die Stelle der mittelalterlichen Burg das Jagdgeschloss der Herzöge von Württemberg. Im 18. Jahrhundert ließ Herzog Karl Eugen Grafeneck zu einer eindrucksvollen barocken Sommerresidenz erweitern. Das 19. Jahrhundert aber brachte den Niedergang des Schlosses. Grafeneck zerfiel und einzelne Gebäude wurden "auf Abbruch verkauft". Das Schloss diente schließlich als Forstamt bis es schließlich zu Anfang des 20. Jahrhunderts in Privatbesitz gelangte.

Das Samariterstift Grafeneck

Im Jahr 1928 erwarb die evangelische Samariterstiftung Stuttgart das Schloss und wandelte es in ein Behindertenheim für "krüppelhafte" Männer um. Kurz nach Beginn des Zweiten Weltkrieges, am 14. Oktober 1939, wurde Grafeneck für "Zwecke des Reichs" im Auftrag von Berlin durch das Württembergische Innenministerium beschlagnahmt. Vorausgegangen war diesem hoheitlichen Akt des Staates, der sich hierbei auf das am 1. September 1939, also dem Tag des Kriegsbeginnes, in Kraft getretene 'Reichsleistungsgesetz'. Die rechtliche Verfügung, die im Oktober 1939 Stadtpfarrer Fischer, dem Vorstand der Samariterstiftung und ehemaligen Stadtpfarrer der Stiftskirche in Stuttgart zuzuging, stammte hierbei vom zuständigen Landrat Richard Alber in Münsingen. Grafeneck, so hieß es im dem Schreiben werde ab dem 14. Oktober 1939 für "Zwecke des Reichs" in Anspruch genommen und sei von der Samariterstiftung zu räumen. Erwähnt wurde ausdrücklich, dass sich dies auf "Insassen und Pflegepersonen" bezog, während "die gesamte zur Anstalt gehörende Einrichtung sowie die Vorräte" zurückzulassen waren. Wenige Tage vor dem 14. Oktober war diese, Inanspruchnahme' Pfarrer Fischer auf dem Württembergischen Innenministerium angekündigt worden. Die Grafenecker Heimbewohner kamen in den ersten Kriegsjahren im oberschwäbischen Kloster Reute bei Bad Waldsee, später in der Heil- und Pflegeanstalt Schussenried und im Samariterstift Obersontheim unter. Nicht alle sollten den Krieg überleben, aber keinen der über 100 Bewohner sollte das grausame Schicksal der Ermordung in der Gaskammer von Grafeneck ereilen.

Grafeneck 1940 – Geschichte und Erinnerung

Am 18. Januar 1940 begannen auf dem Gelände des Schlosses Grafeneck die NS-"Euthanasie"- Morde. Es waren damit die ersten reichsweit und damit der Auftakt der so genannten "Aktion T4", der in Deutschland 1940 und 1941 über 70.000 Menschen aus Heil- und Pflegeanstalten zum Opfer fielen. In Grafeneck wurden 1940 von Mitte Januar bis Mitte Dezember 10.654 Männer, Frauen und Kinder ermordet. aus 48 Behinderteneinrichtungen und psychiatrischen Kliniken. Die Opfer, in der Regel Menschen mit geistiger Behinderung oder psychischer Erkrankung, stammten aus 48 Heil- und Pflegeeinrichtungen des heutigen Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Nordrhein-Westfalen.

Nach der Beendigung der Morde im Winter 1940/41 wurde Grafeneck für die "Kinderland-

verschickung“, später von der französischen Besatzungsbehörde genutzt und 1946/47 wieder an die Samariterstiftung zurückgegeben. Die bei Kriegsbeginn aus Grafeneck vertriebenen behinderten Menschen, die den Krieg überlebten, zogen erneut ins Schloss ein. Grafeneck ist seither wieder ein von der Samariterstiftung genutzter Ort - Lebensraum, Wohnort und Arbeitsplatz für behinderte sowie psychisch erkrankte Männer und Frauen. Spuren, die an die “Euthanasie“-Morde erinnern, wurden bereits in den 1950er und 1960er Jahren sichtbar: Zwei Urnengräber, ein früher Gedenkort auf dem Friedhof der Einrichtung und schließlich 1982 die erste Texttafel, die an die Verbrechen von 1940 erinnert. Der eigentliche Ort des Mahnens und Gedenkens, eine offene Kapelle, entstand 1990 unter dem Leitgedanken: “*Das Gedenken braucht einen Ort*“. Die Ergänzung hierzu, ein “Ort der Information“, ist seit Oktober 2005 mit dem Dokumentationszentrum Gedenkstätte Grafeneck geschaffen. Gerade diese Gleichzeitigkeit von Einrichtung und Gedenkstätte lassen Grafeneck nicht nur in Baden-Württemberg, sondern weit darüber hinaus zu einem einzigartigen Ort werden.

Gedenkstätte Grafeneck Dokumentationszentrum Aufgaben und Ziele

Die Gedenkstätte Grafeneck ist heute Erinnerungs- und Mahnstätte (1) für die über 10.600 Opfer der nationalsozialistischen “Euthanasie“-Verbrechen in Südwestdeutschland – und damit für viele tausende Menschen ein Ort individueller Trauer und kollektiven Gedenkens. Die Gedenkstätte Grafeneck versteht sich als *Dokumentations- und Forschungsstätte* (2). Sie bewahrt das historische Wissen und macht es der Öffentlichkeit zugänglich. Dies geschieht in erster Linie durch Veröffentlichungen, Vorträge, Lesungen, durch eine Wanderausstellung sowie insbesondere durch das 2005 geschaffene Dokumentationszentrum. Träger der Gedenkstättenarbeit, die in enger Zusammenarbeit mit der Samariterstiftung Nürtingen und dem Samariterstift Grafeneck geschieht, ist der 1994 gegründete Verein Gedenkstätte Grafeneck e.V. Die Gedenkstätte erfüllt *öffentliche und humanitäre Aufgaben* (3) als Auskunfts- und Informationsstelle für Städte und Gemeinden ebenso wie für Gerichte in Sachen Entschädigung und Nachlass. Durch eine verstärkte Wahrnehmung der Gedenkstätte in der Öffentlichkeit nimmt seit einigen Jahren auch die Zahl der Verwandten und Nachkommen der Opfer von 1940 zu, die sich an die Gedenkstätte wenden. Nach einer jahrzehntelangen verweigerter Erinnerung, aber auch Verdrängung und Tabuisierung dieses Teils der NS-Verbrechen bahnt sich hier ein Wandel an. Die Aufgaben bleiben somit auch in der Zukunft: die Bewahrung und Zugänglichmachung der Dokumente des damals Geschehenen, das Gespräch mit Angehörigen der Opfer, die Weitergabe der Erinnerung an Besucher – nicht nur als Information über ein historisches Ereignis, sondern im Sinne einer kritischen Bildungsaufgabe. Themen wie die Bioethik- und neue “Euthanasie“-Debatte aber auch politischer Extremismus, Rassismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit unterstreichen die Wichtigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Denken und den Vorgängen, die zur Ermordung von 10.654 Menschen in Grafeneck geführt haben.

Aus diesen Gründen heraus entwickelte sich die *Gedenkstätte Grafeneck* zur *Bildungsstätte* (4) mit den Schwerpunkten historische und politische Bildungsarbeit. Informiert wird hierbei über das Denken sowie die konkreten Mechanismen, die nach einer langen Vorgeschichte zu den Verbrechen von 1940 führten. Dass Erinnerung nicht zum Selbstzweck erstarrt, macht der Besuch von fast 20.000 Besuchern in Grafeneck, darunter viele Angehörige und Verwandte von Opfer, Vertretern von Einrichtungen und Verbänden, von Landkreisen und

(Kirchen-) Gemeinden deutlich. Gedenkstättenarbeit in Grafeneck meint nicht zuletzt eben auch historisch-politische Bildungsarbeit mit heute über 200 Besuchergruppen, darunter vielen Jugendlichen und Schülern. Denn gerade die Verbrechen des NS-Staates machen deutlich wofür es lohnt, sich in der Gegenwart und Zukunft zu engagieren: für Demokratie und Freiheit, für Menschenrechte und Menschenwürde aller Menschen.

4. Psychiatrie im Nationalsozialismus und die lange Zeit des Schweigens in der deutschen Medizin

Die Psychiatrie im Nationalsozialismus und ihre Folgen wurden direkt nach Kriegsende für einen Zeitraum von wenigen Jahren, so beispielsweise im Rahmen der Nürnberger Prozesse bzw. Ärzteprozesse thematisiert.¹¹³ In den verschiedenen Besatzungszonen lassen sich retrospektiv Entwicklungen feststellen, das Geschehene erfahrbar und transparent zu machen und die Schuldigen zu identifizieren. Abhängig von den divergierenden Entwicklungen in den verschiedenen Besatzungszonen wurden diese Versuche der Aufklärung jedoch von der politischen Situation auf die eine oder andere Art und Weise überlagert beziehungsweise verhindert. Anfänglich waren durchaus strenge Untersuchungen bzw. Entnazifizierungsmaßnahmen und zugehörige Interrogationen festzustellen. Mitunter ließen jedoch Personalmangel in der einen oder anderen Berufsgruppe oder neue Interessenlagen seitens Region und jeweiliger Besatzungsmacht — maßgeblich in der Entwicklung zum ‚Kalten Krieg‘ — diese in den Hintergrund treten. Hinsichtlich des erwähnten Personalmangels betraf diese Entwicklung neben dem hier relevanten medizinischen Personal auch Lehrer und Juristen. Dienstsuspendierungen aufgrund nationalsozialistischer Ideologie und Involviertheit mussten so zum Teil rückgängig gemacht werden, wie dies für einige Regionen bekannt ist.

Mindestens ebenso unerklärlich wie der Schrecken der NS-Zeit ist jedoch, wie es dazu kommen konnte, dass nach 1947/48 die kriminelle Vergangenheit der deutschen Psychiatrie in beiden deutschen Staaten als Thema wenn nicht verhindert wurde, so zumindest nicht als erkennbarer Gesprächs- und Diskussionsgegenstand existent war. Über diesen Aspekt deutscher Medizingeschichte, im Besonderen der nationalsozialistischen Gesundheitsgesetzgebung in der Psychiatrie, dessen Dauer man im engeren Sinne mit sechs, weiter gefasst mit einem Dutzend Jahren beziffern kann, wurde der Mantel des Schweigens gelegt. Von den wenigen Jahren nach Kriegsende abgesehen, in denen von mancher Seite ein authentisches Erkenntnisinteresse hinsichtlich innermedizinischer Ereignisse nachzuzeichnen ist, dauerte es ca. 30 Jahre, ehe sich ein Teil der deutschen medizinischen Fachkräfte mit dem Thema der Medizin und speziell der Psychiatrie im Nationalsozialismus auseinandersetzte. Der erste „Deutsche Gesundheitstag“ - eine medizinkritische Veranstaltung mit Protestcharakter gegen das etablierte medizinische Feld und seine Vertreter in der Bundesrepublik - beschäftigte sich im Jahr 1980 in Berlin zentral mit diesem Thema.¹¹⁴ Es war das erste Mal, dass eine öffentliche Veranstaltung diesen Themenkomplex überhaupt zum Gegenstand hatte.¹¹⁵

¹¹³ Müller, Thomas und Ricken, Désirée: Alexander Mitscherlichs ‚politische‘ Psychoanalyse, seine Beziehungen zur Humanmedizin und die Wahrnehmung der bundesdeutschen Öffentlichkeit, in: Zuckermann, Moshe (Hrsg.): Geschichte und Psychoanalyse. Tel Aviv Jahrbuch für deutsche Geschichte 32 (2004) S. 219-257.

¹¹⁴ Zu den ersten Publikationen zählen: Baader, Gerhard und Ulrich Schultz (Hrsg.): Medizin und Nationalsozialismus. Tabuisierte Vergangenheit - ungebrochene Tradition. Dokumentation des Gesundheitstages Berlin. Berlin 1980, sowie Tübinger Verein für Volkskunde e.V. (Hrsg.): Volk und Gesundheit. Heilen und Vernichten im Nationalsozialismus.

Vor diesem Hintergrund ist die Beschäftigung mit diesem Thema noch verhältnismäßig jung und die professionelle Forschung darüber in mancherlei Hinsicht gar noch am Anfang, auch wenn Teilbereiche bereits gut bearbeitet zu sein scheinen. Eine Integration dieser historischen Forschungsinhalte in die medizinische Ausbildung wie auch in diejenige anderer Berufsgruppen sowie die Integration dieses Unterrichts mit der im dritten Teil beschriebenen Dokumentations- und Unterrichtsarbeit einschlägiger Gedenkstätten und medizinhistorischer Museen müsste nach Auffassung der Autoren forciert werden.¹¹⁶ Forschungsergebnisse sollten in einen breiteren Zusammenhang akademischer Forschung und zivilgesellschaftlicher Diskussion Eingang finden. Dass das Verhältnis zwischen dem Gedächtnis der beteiligten kollektiven Gruppen einerseits und der Geschichtswissenschaft andererseits äußerst spannungsreich ist, da beide Bereiche unterschiedlichen Logiken folgen, sollte sich hierbei bereichernd auswirken, ohne dass sich die Bereiche im kommunikativen Prozess gegenseitig verdrängen.¹¹⁷ Beide Bereiche bewirken darüber hinaus Eigenes, das auch in der Vergangenheit zu gegenseitigen Anstößen und Einflussnahmen führte. Diese wechselseitigen Beziehungen verfügen bereits über eine eigene Geschichte.¹¹⁸

mus. Begleitbuch zur gleichnamigen Ausstellung im Ludwig-Uhland-Institut für Empirische Kulturwissenschaft der Universität Tübingen. Gulde Druck, Tübingen, 1982.

¹¹⁵ Müller, Thomas und Schmidt-Michel, Paul-Otto: Die Langzeitfolgen der NS-Psychiatrie. In: Benz, Wolfgang und Benz, Ute (Hrsg.): Gewalt zwischen den Generationen. Metropol Verlag Berlin, 2010 (in Druck).

¹¹⁶ Hier scheint die Arbeit noch nicht getan, wie neuere Umfragen zum Wissen von Studierenden oder Schülern signalisieren wollen. Siehe u.a. Kühl, Richard; Ohnhäuser, Tim und Westermann, Stefanie: Umfrage zum Nationalsozialismus. Mangelnde Grundkenntnisse. Deutsches Ärzteblatt 106, Heft 40 (2009) S. C1663-1664; sowie: Goddar, Jeanette: Neue Konzepte statt Tabus. Die Tageszeitung, 26./27. Sept. 2009, S. 15. Andererseits bietet inzwischen selbst die israelische Gedenkstätte Online-Kurse für deutschsprachige Unterrichtseinheiten und die sie Ausüben den an.

¹¹⁷ Vgl.: Die Tränen der Erinnerung. Überlegungen zum Verhältnis von Geschichtsschreibung und Gedächtnis. Neue Zürcher Zeitung 82, 10. April (2010) S. 57. Zur Standardliteratur vgl. u.a. Frei, Norbert: Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit. München 2003. Leggewie, Claus und Meyer, Erik: 'Ein Ort, an den man gerne geht'. Das Holocaust-Mahnmal und die deutsche Geschichtspolitik nach 1989. München 2005. Assmann, Aleida: Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik. München 2006.

¹¹⁸ Bösch, Frank und Goschler, Constantin (Hrsg.): Public History. Öffentliche Darstellungen des Nationalsozialismus jenseits der Geschichtswissenschaft. Campus Verlag, Frankfurt und New York, 2009, sowie: Reichel, Peter; Schmid, Harald und Steinbach, Peter (Hrsg.): Der Nationalsozialismus – Die zweite Geschichte. C.H. Beck, München 2009 (Lizenzausgabe für die Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2009).

Licht und Schatten in der Geschichte der Seelenheilkunde im Mittelosten

Günsel Koptagel-Ilal

Em.Prof.Dr.med., Psychiatrische Klinik der Cerrahpaşa Medizinische Fakultät der Universität Istanbul.
gkoptagel@superonline.com

Lights and Shadows in the History of Psychiatric Medicine in the Middle-East

Summary

Psychiatry is a science most vulnerable to social environmental and ideological effects. While its theories and practice can develop and flourish positively in an environment of enlightenment, they can get easily distorted under conditions where liberalism and respect to individual human rights become restricted. Like in many other parts of the world, this can be observed also in the history of psychiatry in the middle-east.

During the middle ages, between the 10th and 12th centuries, scientific thinking and medicine enjoyed a brilliant flourishing in the Islamic countries of the Middle East. Farabi, Rhazes, Biruni and Avicenna are the well-known important scientists who had a wide and long lasting influence upon the development of medical sciences, including psychiatric theories and practice. As this development began to stagnate in the Arabic countries during the 13th century, the Sufitic philosophy emerged as a reaction to the rigid and conservative practice of the religious concepts. The development then moved over to the Turkish countries under the Ottoman Empire. The treatment of the mentally sick was performed mainly in the Sufitic houses dispersed all over the country. The teachings of the Sufitic philosophy and the practice of the rituals were integrated in the therapy and had a psychotherapeutic effect that helped in the recovery and rehabilitation of the patients. In the big hospitals, built in various parts of the country, there were special departments for psychiatric patients. The Edirne hospital built in 1486 by Sultan Beyazıt was exclusively for psychiatric patients and is the first of its kind. The psychiatric patients were accommodated luxuriously and treated with drugs as well as water baths, music and good aroma. The treatment method followed the teachings of the old masters, where the concept of "love disease" formulated by Avicenna kept its place in the nosologie until the recent centuries.

The introduction of modern trends into medicine began during the 19th century with the foundation of a modern medical school in Istanbul. The modernisation of psychiatry followed somewhat later. Although the modern medical foundations are now dispersed all over the country, the deeply rooted popularity of the ancient methods motivate especially the more traditionally bound lower class population to seek the aid of these methods in case of psychological disorders. Quite frequently, they fall into the hands of charlatans who pretend to be healers and abuse these people. The fundamentalist religious political movements in some middle-east countries encourage such activities performed under the pretence of nostalgic admiration for "traditional medicine" and threaten the well-being and liberal development of some po-

pulation groups. Under these conditions, the theories of the old masters which were once a "light" upon mankind tend to become a "shadow" upon the well-being of people in psychiatric practice.

Keywords

Psychiatry, History, Middle East, Medicine

Psychiatrie ist eine sozialempfindliche Wissenschaft. Sie wird beeinflusst von sozialpolitischen, ideologischen und weltanschaulichen Faktoren schneller als andere Wissenschaften. Während sich ihre Praxis und Forschung in einer Milieu mit zunehmender Aufklärungstendenz blühend entwickeln, werden sie beeinträchtigt und verzerrt sobald der Geist der Aufklärung einem obskuranten, chauvinistischen oder sonstwie reaktionären Klima weicht und damit ein liberales Menschenbild untergeht. In der Geschichte der Seelenheilkunde sind dafür genügend Beispiele zu finden¹.

Im Mittelalter, waren die mittelöstlichen Länder, durch ihrer geographischen Stellung zwischen den östlichen und westlichen Kulturen, ein günstiger Boden gewesen für die Kombination dieser Kulturansammlungen, die sie dann zur Entwicklung eigener wissenschaftlichen Aktivitäten benutzen könnten. Die Zeit zwischen den 10.-12.Jh, genannt als die "Islamische Renaissance", war, von der wissenschaftlichen Entwicklung her, eine prachtvolle Ära im Mittelosten. Die früher von den indischen und chinesischen Denkern ausgedrückten und später von den griechischen und hellenistischen Gelehrten noch ausführlicher beschriebenen Ideen über den Zusammenhang von Leib und Seele wurden nun von den islamischen Wissenschaftlern mehr realistisch verarbeitet und in die Praxis eingeführt. Das monotheistische und unitarische Prinzip des Islamismus, wo der Mensch als eine komplette Einheit aufgefasst wird, und die in dieser Religionslehre vertretenen mehr realistischen und materialistischen Auffassung der weltlichen Phänomenen haben sie dabei unterstützt².

Farabi, Rhazes, Biruni und Avicenna sind die bekanntesten Wissenschaftler dieser Ära. Sie haben auf den medizinischen Konzepten und Praxis einen weit über ihrer Zeit hinaus dauernden Einfluß gehabt. In ihren Lehren, haben sie die einheitliche systemische Auffassung betont. Sowohl den körperlichen und seelischen Geschehen als auch den alltäglichen weltlichen Phänomenen haben sie mit einer sehr positiv wissenschaftlichen Einstellung interpretiert³.

Farabi hat seine Lehre von den im Koran beschriebenen Prinzipien der menschlichen Existenz ausgehend formuliert. Er hat alles in der Natur klassifiziert. Zuerst hat er sie, wie Aristoteles, als die Natürlichen und die Künstlichen von einander unterschieden dann hat er den Natürlichen als die Einfachen und die Komplexen weiter geordnet. Für *Farabi*, ist der Verstand der Essenz des menschlichen Daseins. Der Verstand entwickelt sich aus der geistlichen Welt des Individuums und ist, je nach den Eigenschaften seiner Geist (seines Selbst), gestuft, aber niemals vom Körper getrennt⁴. Der Hauptziel des menschlichen Daseins ist das Wiedererreichen des ursprünglichen Objekts nachdem das materielle Dasein den verschiedenen Phasen des weltlichen Lebens durchgelebt hat.

Biruni* und **Avicenna**** waren Zeitgenossen und lebten in den Übergangsjahren vom 10. zum 11. Jahrhundert. Sie entwickelten, im Mittelosten, den Grundprinzipien des Wandels vom Mittelalter in den Neuen Alter. Das charakteristische Merkmal dieses Wandels ist das Verlassen der rigiden abergläubischen Denkungsart und die Übernahme der Einstellung wo Gedan-

kenfreiheit in den Vordergrund gestellt, unrealistische, abergläubische Denkungsart, als irrational, ungesund und unwissenschaftlich abgelehnt wird.

Diese Eigenschaft lässt sich im Lebenslauf und in den Arbeiten von *Biruni* deutlich merken. *Biruni* war 974 n.Chr. in einem von Türken bewohnten Dorf in West Harezm geboren. Während seines langen Lebens, hat er sich mit verschiedenen Wissenschaften beschäftigt, aber seinen letzteren Lebensjahren widmete er ausschließlich zur medizinischen Tätigkeit und verfasste zahlreichen Werke über Pharmakologie, Ethnologie und medizinische Praxis^{6,7,8}. Seine umfassenden Kenntnisse von westlichen und östlichen Kulturen und Lehren, haben es ihm ermöglicht diese leicht mit einander zu kombinieren und durch seinen Folgerungen auf die Entwicklung moderner ärztlichen Praxis bahneleitend zu wirken. Er hat Menschen als einzelnen Individuen aufgenommen und versuchte, durch eingehende Untersuchungen, die gemeinsamen Eigenschaften der Menschen aus unterschiedlicher soziokulturelle und nationale Herkunft festzustellen. Er war der Meinung, dass Wissenschaft aus menschlichen Lebensbedürfnissen zustande kommt und für das wissenschaftlichen Vorgehen es deshalb unbedingt nötig ist die sozialen und psychologischen Struktur der Menschen zu erforschen um das menschlichen Organismus und seinen Krankheiten richtig verstehen zu können. Aus diesem Grunde, setzte er sich an das Studium der historischen, geographischen und ethnologischen Eigenschaften von Menschen. In seiner Beschreibung des menschlichen Organismus, hat er den fünf Sinnen betont und auf die Wichtigkeit der Wechselwirkung zwischen den psychologischen Struktur und humoralen somatischen System hingewiesen. Er war der Meinung, dass eine Änderung im Gleichgewicht dieser Wechselwirkung, Änderungen im psychischen und/oder körperlichen Bereich veranlassen würde. Die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung dieses Gleichgewichts sollte, deshalb, die Hauptaufgabe der Heilkunst sein. Mit diesen Ansichten, hat er, im Grunde genommen, die, heute in der Medizin als Hauptprinzip geltende, Systemtheorie zum Ausdruck gebracht und indem er wiederholt betonte, dass man den Kranken samt seiner soziokulturellen Hintergrund, psychosozialer Entwicklung und den auf das Organismus wirksamen inneren und äußeren Faktoren in die Hand nehmen soll, hat er den heute in der Arzt-Patient-Beziehung vorherrschenden Konzept des bio-psycho-sozialen Modells entworfen^{2,3}.

In seiner Erklärung der menschlichen Seele, war *Biruni* der Meinung, dass der Mensch, vom Natur aus, geneigt ist zum aggressiven, asozialen und rebellischen Verhalten was er aber unterdrücken muss um seine Existenz in der sozialen Umwelt ungestört führen zu können. Diese Meinung entspricht der gegenwärtigen psychoanalytischen Triebtheorie. Im Bezug auf Traumdeutung, hatte er eine realistische Einstellung. Er sagte, dass Menschen Traumdeutungen und Wahrsagerei meistens in Zuständen von Schwäche und Hoffnungslosigkeit aufsuchen, mit der Hoffnung, durch solchen mystischen Akt, eine Wunscherfüllung oder Lösung ihrer Probleme zu erlangen. In seiner Lehre, sind ebenfalls ethische Konzepten eingeschlossen. Er sagte, dass Rivalität und Eifersucht unter Menschen aus Ungleichheit ihrer materiellen Vermögen zustande kommen und eine soziale Krankheit verursachen. Auch intolerantes Verhalten und das Glauben an die Überlegenheit eigener Rasse oder Religion seien wichtige, zur zwischenmenschlichen Missverständnissen und Streiten führenden und damit eine soziale Krankheit verursachenden Faktoren^{7,8}.

Biruni war ein Materialist und ein Realist der, unnachgiebig, gegen die mystischen, unwissenschaftlichen Konzepte seiner Zeit kämpfte. Bei jeder Gelegenheit, versuchte er, durch objektiven, positiven Methoden, die Absurdität der mystischen Akten und Glauben zu beweisen. In seinem, nach einer Indienreise verfassten Buch, *“Die unglaublichen, betrügerischen Taten*

in Indien“, schrieb er, dass die dort mit giftigen Schlangen und anderen Tieren geführten magischen Schaufvorstellungen nur ein Betrug sind und mit der hypnotisierenden Effekt der gleichzeitig gespielten eintönigen Musik erklärt werden können. Eine Änderung des Musikrhythmus würde den hypnotischen Effekt aufheben und die Tiere wieder in freie Bewegung setzen. Auch Alchimie war für ihm nichts mehr als ein Kniff des Zauberers. Der Wandel vom Silber ins Gold sei bloß eine Vergoldung des Silbers. Die Wolle ins Gold zu verwandeln wäre absolut unmöglich und deshalb nur ein illusionistischer Kniff des Zauberers^{7,8}.

Avicenna ist der andere wichtige Figur dieser Zeit und hatte einen breiten Einfluss auf die wissenschaftlichen Entwicklung im Osten und Westen. Er war 980 n.Chr. in Buchara geboren, war ein Schüler von Farabi und lebte bis zum 1037 n.Chr. Unter seinen zahlreichen Büchern, weit bekannt ist das 12 bändige *Canon*, das in vielen anderen Sprachen, einschließlich Latein, übersetzt wurde und, bis zum 17.Jahrhundert, auch in den westeuropäischen Universitäten als Textbuch galt. Wie die anderen Wissenschaftler seiner Zeit, auch er beschäftigte sich mit verschiedenen wissenschaftlichen Fächern, aber seine Hauptinteressengebiete waren Philosophie, Medizin und Mathematik. Während *Biruni* sich mehr auf Beobachtung und Deutung von Lebensphänomenen konzentrierte, hat *Avicenna* Methodologie in die Wissenschaft eingeführt. Er war zum großen Teil als praktizierender Arzt tätig und hat, mit seinen medizinischen Prinzipien, zur Genese, Symptomatologie und Behandlung von Krankheiten viel beigetragen. Die vom Empedocles im 5.Jh.v.Chr. eingeführten „Humorale Theorie“ mit den vier Grundelementen Feuer, Erde, Luft und Wasser, war, seitdem, zur Erklärung vieler natürlichen und pathologischen Lebensgeschehen überall akzeptiert gewesen. Von diesen Grundprinzipien ausgehend, brachte Avicenna eine mehr realistische Einstellung zur Diagnose und Behandlung körperlicher und seelischer Krankheiten^{9,10,11,12}. Der von ihm formulierte Begriff „Liebeskrankheit“ gehörte, über Jahrhunderte hinaus, zur medizinischen Nosologie¹¹. Eine von ihm durchgeführte, unserer heutigen psychosomatischen und psychoanalytischen Theorien sehr naheliegende, Untersuchungs- und Behandlungsmethode gehört zu den klassischen Fallbeispielen in der Medizingeschichte:

“Er hat die Krankheit eines als unheilbar krank aussehenden, therapieresistenten Prinzen, der für längere Zeit jegliche Nahrung ablehnte, stumm und bewegungslos im Bett lag, damit diagnostiziert indem er, während des mit ihm geführten Gesprächs, seinen Puls hielt und durch die Änderung des Pulsschlags feststellte, dass der Prinz in einem Mädchen verliebt war aber seinen Gefühlen nicht äußern konnte. Nachdem dieser verdrängte Wunsch zum Tageslicht kam und durch Avicennas Vermittlung erfüllt wurde, war der Prinz geheilt.“ (Bild 1)

Die Wirkung von emotionalen Faktoren auf körperlichen Krankheitserscheinungen war schon vor Avicenna auch von **Rhazes** erkannt gewesen^{2,4,5,6}, aber Avicenna brachte eine mehr konkrete Einstellung in die ärztliche Praxis.

Nach dem 12. Jahrhundert, ist, in diesen Ländern, im Bezug auf schriftlichen Beweisen wissenschaftlicher Aktivitäten, eine verhältnismäßig stille Epoche eingetreten. Diese Stille mag einerseits daran liegen, dass der freien Ausdruck von Gedanken und, damit zusammenhängend, die wissenschaftliche Entwicklung unter den zunehmend konservativ und unterdrückend gewordenen religiösen Einstellung und sich danach richtenden Staatsführung zu leiden hatte, es mag aber, andererseits, auch daran liegen, dass, während der fortdauernden Kriegen, die Bibliotheken zerstört worden und vielen der schriftlichen Werken verloren gegangen sind^{2,3}.

Die Lehren dieser prominenten Wissenschaftler sind jedoch unter den medizinischen Kreisen lebendig geblieben und der Volksheilkunde integriert worden. Während der stillen Epoche

zwischen den 13. - 15. Jahrhunderten, entwickelte sich die *sulfidische Philosophie* in den islamischen Ländern. Die Entstehung dieser Philosophie war, gewissermaßen, eine Reaktion auf die konservative, radikale Ausübung islamischer Vorschriften. Der Hauptgedanke dieser Philosophie ist Liebe und Einheit mit dem ewigen Liebesobjekt. (Dieses Liebesobjekt ist Gott.) Die ganze materielle Existenz entsteht aus diesem Objekt, ist ein Teil von Ihm, wird, eines Tages, zu Ihm zurückkehren und sich mit Ihm wiedervereinigen. Das ewige Liebesobjekt befindet sich überall und in jedem Individuum. In dieser Philosophie, sind jedoch die realen Existenz und die materiellen Wirklichkeiten des Lebens nicht abgelehnt worden. Liebe ist ein allgemeiner Begriff um emotionellen Erlebnissen auszudrücken und gewinnt, mit dem unitarischen Prinzip, eine breitere Ausdruckskraft. Unter der türkischen Bevölkerung im osmanischen Reich und unter der neuen osmanischen Staatsführung, hat sich die sulfidische Philosophie weiter entwickelt. Die im ganzen Lande weit verbreiteten sulfidischen Häusern (auch bekannt als die *Haus der Derwischen**) erwarben einen anerkannten sozialen Status und wirkten gleichzeitig als psychosoziale Versorgungs- und Heilstätten für Geisteskranken. Toleranz war das Hauptprinzip in diesen Häusern. Die Behandlungstechnik beruhte sich auf einer Kombination von sulfidische Philosophie und Heilkunst aus verschiedenen Quellen die sich von den vormaligen hellenistischen und fernöstlichen Gebräuchen bis auf die Lehren der neueren islamischen Wissenschaftlern dehnten^{14,15}. Seit der Seldjukian Zeiten, hatten die Türken in Anatolien große Krankenhäuser und Medizinschulen aufgebaut (*Bilder 2,3 u.4*). In einigen dieser Krankenhäuser, waren auch spezielle Abteilungen für Geisteskranke, aber die Behandlung und Pflege der Geisteskranken wurden vorwiegend von den sulfidischen Häusern übernommen^{15,16,17}.

Für Störungen die wir heute als Neurosen, psychosomatischen Erkrankungen und depressiver Verstimmungen erkennen, bewahrte der Begriff "*Liebeskrankheit*" seine Stellung in der medizinischen Nosologie bis zum 19. Jahrhundert und wurde mit weiteren Erklärungen ergänzt. Diese Erklärungen beruhten sich auf dem Gesichtspunkt, dass eine Hemmung im Wege zum Zielobjekt eine Krankheit mit seelischen oder körperlichen Erscheinungen verursachen würde, falls für diesen Objekt keinen adäquaten Ersatz gefunden oder der Wunsch nicht sublimiert werden konnte. Die Heilung dieser Krankheit wäre möglich entweder durch körperlich erotische Befriedigung oder durch Sublimierung mittels der höheren Konzepte des Sufismus. Die geistige und körperliche Bewegungen und Übungen der sulfidischen Ritualen zielten die Befreiung der Geist und Körper von Bosheiten und Krankheiten.

In den sulfidischen Häusern, war die Behandlung der Kranken geleitet vom Hausherrn, der gleichzeitig Leiter des sulfidischen Ordens seiner Gruppe war. Die männlichen Kranken wurden meistens von ihm selber und die weiblichen von seiner Ehefrau übernommen. Die Heilkunst lief über Generationen in der Familie vom Vater zum Sohn und von der Schwiegermutter zur Schwiegertochter*. Psychotische Kranken in Verwirrungs- oder Erregungszuständen wurden zuerst isoliert, vom Hausherrn oder von der Hausfrau täglich besucht und mit beruhigenden Gesprächen zur Ruhe gebracht. Nachdem sie einigermaßen zugänglicher und ruhiger geworden waren, wurden sie in die Gruppe der Hausbewohner aufgenommen wo sie, neben der alltäglichen häuslichen Aktivitäten, sich auch an den sulfidischen Ritualen beteiligten. Es erfolgten, mit den Hausleitern oder anderen erfahrenen älteren Mitgliedern des Hauses, individuelle und Gruppengespräche wo man mit ihnen ihren Problemen diskutierte, mögliche Lösungen fand und passenden Ratschläge gab. Sowohl durch diese Gespräche als auch durch das Beibringen der sulfidischen Philosophie und Ausübungen der musikalischen und tänze-

rischen Ritualen, wurden ihnen ebenfalls Sublimierungsmöglichkeiten angeboten. Alle Menschen mit seelischen oder anderen Lebensproblemen könnten sich an diesen Häusern wenden und Hilfe bekommen. Sie galten dann als Angehörige des Hauses. Selbst wenn sie nicht mehr im Hause wohnten, dürften sie bei den Aktivitäten, bzw. Ritualen, weiterhin teilnehmen und sich jeder Zeit daran wenden wenn sie Hilfe brauchten. Diese Häuser waren selbstständige Stiftungseinrichtungen die ihren Diensten dem Volke kostenlos angeboten haben^{14,18}.

Obwohl es, in manchen der schon in den früheren Jahrhunderten in Kairo, Damaskus, Aleppo und Anatolien gebauten Krankenhäusern* spezielle Abteilungen für Geisteskranke gab, das im Jahre 1486 vom osmanischen Sultan Bayazid in Edirne aufgebautes Krankenhaus hat eine Sonderstellung, weil es das erste ausschließlich psychiatrische Krankenhaus ist. Der Bausstil ist spezifisch für Geisteskranke geplant mit getrennten Abteilungen für schweren und leichten Kranken, gut gepflegten Gärten für Spaziergänge der Patienten und speziellen Therapieräume für Musik- und Wasserbadtherapie (Bild 5). Als Medikament, wurden vorwiegend Heilpflanzen und Opium benutzt. Die neurotischen und psychosomatischen Patienten wurden getrennt von den psychotischen Patienten untergebracht und nicht nur mit Medikamenten und Musik, sondern, je nach ihren Symptomen, auch mit Sonderdiät und Blumenduft behandelt¹⁸ (Bild 6)

Diese Behandlungstechnik dauerte in der Türkei noch mehrere Jahrhunderte. Im 17. Jahrhundert, auf Befehl des Sultans Mehmet IV., schrieb der Hofarzt *Hayatizade Mustafa Feyzi* ein Buch über „*Sorgenkrankheiten*“. Dieser, mit den Werken von westeuropäischen Medizinern ziemlich gut vertrauten Arzt hat den Syndromen ähnlicher Weise erklärt. Vielen der seelischen Störungen wurden auf eine Funktionsstörung der Bauchorgane und eine Entzündung im humoralen System zurückgeführt. Der Begriff „*Sorgenkrankheit*“ ist nicht sehr weit von *David Sennert's* Begriff „*Hypochondria*“. In den folgenden Jahren, erschienen Bücher anderer Medizinern die ebenfalls von den Entwicklungen in den westeuropäischen medizinischen Kreisen informiert waren und diese Kenntnisse bei ihrer Erklärungen benutzten. So finden wir, im 18. Jh., in den Büchern von *Abbas Vesim*, *Ibrahim Hakki aus Erzurum u.a.* der Weltzeit entsprechenden Erklärungen und Ratschlägen für manche organischen Krankheiten und hygienischen Maßnahmen. In der Seelenheilkunde, ist jedoch die altgewohnte Behandlungstechnik noch länger anhaltend geblieben. Neben der Anwendung von manchen Heilpflanzen, war Suggestionenwirkung immer noch das bevorzugte Heilmittel. Für Musiktherapie, wurde, im 18. Jahrhundert, vom Hofarzt *Gevrekzade Hasan Efendi* die Musik Moden aufgelistet mit Beschreibung ihrer Wirkung auf verschiedenen Krankheiten, worunter sich auch rein organische Krankheiten befinden^{19,20,21,22,23,24}.

Wie die politische und sozialwirtschaftliche Lage des osmanischen Reichs, begann sich weitgehend zu verschlechtern, kam es, u.a. auch im gesundheitlichen Versorgungssystem zu einer Regression. Die neuen wissenschaftlichen Fortschritte in der Welt wurden nicht mehr näher befolgt. Die psychiatrischen Krankenhäuser waren weitgehend vernachlässigt und verfallen. Auch die sulfidischen Einrichtungen haben ihren vormaligen Eigenschaften verloren und gewannen einen ausbeuterischen Charakter. Die menschlichen Entwicklung unterdrückenden, mit mystischen Handlungen gemischten suggestiven Heilmethoden sind in den Vordergrund gerückt worden. Mitte des 19. Jahrhunderts, wurde zwar eine medizinische Reformbewegung eingesetzt mit Eröffnung einer modernen Medizinschule in Istanbul und Anstellung von renommierten Professoren aus den westeuropäischen Ländern^{18,25,26,27,28}, die Aufmerksamkeit war aber vorwiegend auf den organischen Körperkrankheiten konzentriert. Die Reformbewegung

in der Psychiatrie begann erst Ende des 19.Jahrhunderts²⁹. Da die Modernisierungsarbeiten und der westlich orientiert aufgeklärte Lebensstil nur in den wenigen Großstädten geführt waren und sowohl die modernen Einrichtungen als auch die ausgebildeten Ärzten sich hier versammelten, waren sie für die Mehrheit des Volkes nicht immer leicht erreichbar. Wie überall, in allen Gesellschaften, erlebt worden ist, neigen die Menschen dazu den psychischen Krankheiten möglichst heimlich zu halten und sie durch altgewöhnliche Methoden heilen zu lassen. Heute, sind moderne psychiatrische Behandlungsmöglichkeiten im Lande weit verbreitet und für allen Volksschichten leicht erreichbar, aber gerade die ungebildeten Menschen, die den religiös gefärbten mystischen Konzepten noch näher stehen, können sich von den in ihnen eingewurzelten Tradition der volkstümlichen Praktiken nicht immer leicht trennen. Es kommt nicht selten vor, dass sie in den Händen der sich als religiöse und heilende Autoritäten vorstellenden Scharlatanen fallen und dem Arzt erst dann aufsuchen nachdem die Krankheit fortgeschritten ist, oder sie wenden sich, während der ärztlichen Behandlung, gleichzeitig auch an diesen Heiler die dann, mit ihren absurden Einwirkungen, den Krankheits- bzw. Behandlungsverlauf stören. Aus Erfahrung ist es klar und deutlich bekannt, dass selbst die primitivsten und eng traditionsgebundenen Sozialschichten wollen ihre Krankheiten mit den modernsten technischen Mitteln durchgeführten effektiven Methoden behandeln lassen. Wenn sie sich immer noch an den traditionellen Methoden wenden, liegt es meistens an mangelhaften Sozialversicherungsdiensten oder an ungeschickter Herstellung der Arzt-Patient-Beziehung.

Die heute in manchen der Mittelostländer auftretende und von manchen politischen Gruppen unterstützte religiös fundamentalistische Bewegung ist für die seelische Gesundheit des Volkes und damit für die Seelenheilkunde als eine wichtige Gefahr zu sehen. In den Händen von Scharlatanen und anderen eigennützigen Personen werden die Lehren der alten Gelehrten, weit von ihren eigentlichen Sinn entfernt umgewandelt und, mit dem Begriff "traditionelle Medizin", als Machtmittel benutzt. Unter diesen Umständen, werden die, einst auf die Entwicklung der Menschheit als "Licht" wirkenden Theorien der alten Gelehrten, in den Händen von Scharlatanen ein "Schatten" auf die Seelenheilkunde sein.

Anschrift der Verf.: Prof.Dr.med.Günsel Koptagelllal, Ebekızı sokak .14/9, Ebekızı Apt. Osmanbey 34363 Istanbul/Türkei. Tel.: +90-212-2461613 Fax:+90-212-2256429, E-Mail: gkoptagel@superonline.com

Literatur

1. Koptagelllal G (1997) Sosyopolitik devinimler karşısında psikiyatri, Tıp Tarihi Araştırmaları 6, 47-62.
2. Koptagelllal G, Kazancıgil A (1981) Historical backgrounds of scientific thinking and the concept of psychosomatic medicine in the middleeast, Proc.13th Europ.Conf.on Psychosom. Research, Sept.1980, G.Koptagelllal, Ö Tunçer(Eds) Istanbul, 2133.
3. Koptagelllal G, Kazancıgil A (1981) Orta doğu ve islâm dünyasında bilimsel düşünce ve psikosomatik hekimlik kavramının tarihsel temeli, Cer Tıp Fak Der 12:4, 621633
4. Ate? A (1955) Ihsas ul Ulum: İlimlerin sayımı (Farabi'den çeviri), İstanbul, MEB Yay.
5. Duralı T (1977) Çağdaş Düşüncede Canlı Sorunu, İstanbul, İ.Ü.Edeb.Fak. Doktora Tezi
6. Adivar A (1970) Tarih Boyunca İlim ve Din, İstanbul, Remzi Kitabevi.
7. Olgun I (1974) Beyruni'nin kişiye ve topluma bakışı, Beyruni'ye Armağan, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yay. 61,6855.
8. Sayılı A (1974)Doğumunun 1000inci yılında Beyruni, Beyruni'ye Armağan, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yay. VII,68, 140.
9. Ammar S (1971) Avicenne (9801037) Med.Hyg. 29:581584, 616618.
10. Demirhan A (1979) Ibn Sina's Canon and some patterns, Med Bull Istanbul 12:158162.

11. Ünver S (1963) Mecazi aşkın tedavisi reçetelerinden örnekler, Eczacı Yıllığı
12. Ülken HZ (1937) İbni Sina'nın Tabiiyeti, Büyük Türk Filozofu ve Tıp Üstadı İbn Sina, Böl.1,s.1,İstanbul.
13. Ammar S (1970) Rhazes (850923) psychosomatique et déontologie, Med.Hyg. 28:479483.
14. Koptagel İlal G (1974) Die Sozialpsychiatrie in der alten türkischen Gesellschaft und deren Einflüsse auf die heutige Praxis, Gütersloher Fortbildungswoche 1974, 112,Lippe, Landschaftsverband Westfalen
15. Koptagel G (1971) Rehabilitation of the mentally handicapped in Turkey: Past and present, Soc.Sci.Med. 5:603606.
16. Talbot Rice T (1966) The Seldjuks, London, Thames and Hudson.
17. Ünver S (1965) Türkiyede eski ruh sağlığı tarihi üzerine bir deneme, Türk Folklor Araştırmaları Der. 196:39113914.
18. Ünver S (1960) Türkiyede psikiyatri tarihi üzerine, İ.Ü.Tıp Fak.Mec. 22:11981215.
19. Adivar A (1970) Osmanlı Türklerinde İlim, İstanbul, Remzi Kitabevi.
20. Demirhan A (1976) The theriacs in the history of medicine and pharmacy. Acta Congr.Intern.,XXIV Historiae Artis Medicinae, 2531 Augusti 1974, Budapest ,10471057.
21. Erzurumlu İbrahim Hakkı (1754) Marifetname, (6.Aufl.) Hasankale İbrahim Hakkı Hz.Der.Yay. İstanbul, Elif Ofset Matbaası 1979.
22. Eşref bin Muhammed (1460) Hazâ'inüs Saâdat, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yay. XI:9,1961.
23. Kazancıgil A, Solok V (1981) Türk Bilim Tarihi Bibliyografyası (18491981) İstanbul, İstanbul Matbaası.
24. Ünver S (1936) 17.ci asırda Hekim Salih Efendi ve aşkın tedavisi, Tıp Dünyası 9:101.
25. "Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Eğitim Hastanesinin 79. Kuruluş Yılı" 124126, Ankara 1977.
26. Irmak S (1973) Pozitif bilim kuruluşları ve darülfünundan üniversiteye geçiş, Cumhuriyetin 50. Yılında İstanbul Üniversitesi, II:57145, İstanbul.
27. Sağlam T (1981) Nasıl Okudum? İstanbul, İ.Ü.Cer.Tıp Fak. Atatürkün 100. Doğum Yılı Kutlama Yay. Özel Seri 4.
28. Stern B (1903) "Spitäler,Irrenhäuser und Aussätzigen Asyle," Medizin, Abergläube und Geschlechtsleben in der Türkei, 100123, Berlin, Verlag v.H.Barsdorf.
29. Koptagel İlal G (1981) Son 100 yılda Türkiyede genel çizgileriyle psikiyatri ve psikosomatik hekimliğin gelişimi, Cer.Tıp.Der 12:özel ek sayı, 356372.

Der assistierte Suizid aus rechtlicher Sicht

Gunnar Duttge

Mitglied des Instituts für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät und geschäftsführender Direktor des Zentrums für Medizinrecht an der Georg-August-Universität Göttingen
gduttge@gwdg.de

Assisted suicide from a legal perspective

Summary

Assisted suicide, a potential “new way to die humanely,” has found its way to the fore-front of current public interest as euthanasia groups such as Dignitas have received widespread attention and subsequently brought the legality of such acts into question, specifically the role of the attending physician. Assessment from a legal perspective requires exact knowledge of current legal positions as well as their underlying assumptions regarding the option of “deliberate suicide” and its evaluation. From this legal limbo rises demur against attempts to criminalize the “commercial” or “organized” mediation of suicide. The obligation of physician participation calls into question the hierarchy of decisive power, juxtaposing law and medicine.

The author comes to the conclusion that clarification of the role played by the physician is imperative when fears of “dying unworthily” commence; coinciding with the limits of “reasonable” prolongation of life.

Keywords

Assisted suicide; legislation; medical profession; right-to-die-organizations

I. Neuer Weg “menschewürdigen Sterbens” oder neue “Unwürdigkeit” des Sterbens?

Die Anzeichen verdichten sich: Nach den erregten Debatten der 1980er und 1990er Jahre um eine “Freigabe” der aktiv-direkten Tötung “unheilbar Leidender”, die den Befürwortern nicht den gewünschten rechtspolitischen Erfolg beschieden haben, und den ermüdenden Kon-

^{*} Der Verfasser ist Mitglied des Instituts für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät und geschäftsführender Direktor des Zentrums für Medizinrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Statt vieler etwa *Hoerster*, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, insbes. S. 36 ff.; vorläufig letzte “Nachwehen” bei *Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 367 ff., 409; *Lindner*, JZ 2006, 373 ff.; *Lüderssen*, JZ 2006, 689 ff.; *Wolfslast*, in: Schreiber-FS, 2003, S. 913, 922 ff.

troversen der letzten Jahre um die Patientenverfügung als vermeintlichem Königsweg aus dem Dilemma, in das die moderne Intensivmedizin mit ihrem Potential zur "künstlichen Lebensverlängerung" Arzt und Patienten geführt hat, konzentriert sich das öffentliche Interesse immer stärker auf den assistierten Suizid als "neuen Weg des menschenwürdigen Sterbens", freilich mit unterschiedlicher Zielrichtung: Einerseits verheißt diese Option eine effektive Vorsorge vor einem viele Menschen offenbar ängstigenden Szenario, im Zustand der Hilflosigkeit und Ohnmacht einer als unpersönlich und "unnatürlich" empfundenen "Apparatemedizin" ausgeliefert und als leidendes Objekt in "unwürdiger" Lage zum "sinnlosen" Weiterleben gezwungen zu werden.² Andererseits artikuliert sich deutliches Unbehagen und Missfallen am Wirken von Dignitas bzw. Dignitate Deutschland wie auch des früheren Hamburger Justizsenators Roger Kusch, das Initiativen zur Etablierung eines strafrechtlichen Verbots ausgelöst hat, wahlweise den Aspekt des "Kommerziellen" oder den des "Organisatorischen" hervorhebend. Um einem "kommerziellen Wildwuchs" Einhalt zu gebieten und die Menschen mit ihren Angehörigen nicht auf sich alleine gestellt zu lassen, erschallte jüngst von rechtlicher Warte aus die nachdrückliche Forderung, Ärzten die Mitwirkung am Suizid ihrer Patienten im Sinne einer höchstpersönlichen Gewissensentscheidung freizustellen, weil sie einem Berufsstand angehören, der den Menschen insbesondere in der letzten, bedrängenden Lebensphase – auch bezogen auf die notwendigen Medikamente – fachkundig beistehen (...) und die Eigenverantwortlichkeit des Handelns fachgerecht überprüfen" könne.³ Schon zuvor hatte der 66. Deutsche Juristentag – das dahingehende Votum eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (sog. "Alternativ-Professoren") aufgreifend⁴ – einer ausnahmslosen standesrechtlichen Missbilligung des ärztlich assistierten Suizids widersprochen und für eine "differenzierte Beurteilung" plädiert, "welche die Mitwirkung des Arztes an dem Suizid eines Patienten mit unerträglichem, unheilbarem und mit palliativmedizinischen Mitteln nicht ausreichend zu lindernden Leiden als eine nicht nur strafrechtlich zulässige, sondern auch ethisch vertretbare Form der Sterbebegleitung toleriert"⁵. Dem unter der verführerischen Formel des "Ärztevorbehalts"⁶ spürbar wachsenden Druck sucht die verfasste Ärzteschaft dadurch zu entgehen, dass sie die schon in ihren "Grundsätzen zur ärztlichen Sterbebegleitung" (2004) unter Bezugnahme auf den "ärztlichen Ethos"⁷ enthaltene kategorische Ablehnung emphatisch bekräftigt, zuletzt in ihren Beschlüssen anlässlich des 112. Deutschen Ärztetages.⁸

Die aus straf- und medizinrechtlicher Perspektive erhobenen Forderungen stützen sich er-

² Hierin dürfte der Kern der vielfach erhobenen Forderung nach "menschenwürdigem Sterben" liegen, dazu näher Duttge, in: *Biomedical Law & Ethics* 2009, S. 81 ff.

³ *Taupitz*, Sind Ärzte geeignete Suizidhelfer?, in: *Der Spiegel* v. 9.3.2009, S. 58; Streitgespräch, in: *Deutsches Ärzteblatt* v. 10.4.2009, A-693 ff.; Vortrag v. 6.5.2009 anlässlich eines Symposiums des Niedersächsischen Justizministeriums und der Ärztekammer Niedersachsens zum Thema: Begleiteter Suizid" (<http://www.mh-hannover.de>).

⁴ *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553, 580 f., 586: "Ein Arzt darf auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen eines tödlich Kranken nach Ausschöpfung aller therapeutischen Möglichkeiten zur Abwendung eine unerträglichen und unheilbaren Leidens Beihilfe zur Selbsttötung leisten" (§ 4 Abs. 1 des Entwurfs eines Sterbebegleitungsgesetzes).

⁵ Beschluss IV., 5. des 66. DJT 2006 (online abrufbar: <http://www.djt.de/index.php>).

⁶ Siehe o. Fn 3.

⁷ *BÄK*, Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung, in: *Deutsches Ärzteblatt* v. 7.5.2004, A-1298 f.: "Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung widerspricht dem ärztlichen Ethos und kann strafbar sein."

⁸ Beschlussprotokoll, S. 86 f.: "Eine ärztlich assistierte Beihilfe zum Suizid ist abzulehnen, weil sie nicht nur mit dem tradierten Arztbild unvereinbar ist, sondern weil das Vertrauensverhältnis, auf dem jede Arzt-Patienten-Beziehung beruht, letztlich zerstört würde" (www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.2.6499.7184).

sichtlich auf drei Prämissen, die es im Folgenden näher zu prüfen gilt: Erstens ist unverkennbarer Ausgangspunkt die These von der Rechtmäßigkeit und insbesondere gänzlichen Straflosigkeit jedweder Suizidbeihilfe nach geltendem Recht in Abgrenzung zum strikten Verbot des § 216 StGB (anschließend II., 1.). Zweitens soll sich hieraus von Rechts wegen auch eine Mitwirkungsbefugnis von Ärzten ergeben, die – soweit es um “unheilbar erkrankte”, trotz Ausschöpfung aller therapeutischen Möglichkeiten “unerträglich leidende” Patienten gehe – nicht standesrechtlich konterkariert werden dürfe, soweit eine patientenseitig “ausdrücklich und ernstlich verlangte” Suizidassistenz in Rede stehe (II., 2.). Drittens begründe die in Aussicht genommene Pönalisierung der “organisierten” bzw. “gewerbsmäßigen Sterbehilfevermittlung” hierzu keinen Wertungswiderspruch, den zu vermeiden der 66. Deutsche Juristentag doch eigens angemahnt hat (II., 3.).⁹ Das Postulat der Widerspruchsfreiheit beansprucht danach freilich Geltung für “den Gesamtbereich (potentiell) lebensverkürzender Maßnahmen”, so dass den gewonnenen Einsichten auch Bedeutung zukommt für die strittige Frage einer erlaubten bzw. gebotenen Therapiebegrenzung (III.).

II. Grund- und Zweifelsfragen des assistierten Suizids

1. Rechtlicher Rahmen der Suizidbeihilfe

Prima vista scheint die Rechtslage eindeutig zu sein: Da die Strafbarkeit der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) eine vorsätzliche und rechtswidrige “Haupttat” im strafrechtlichen Sinne voraussetzt (§§ 26, 27 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB)¹⁰, der (versuchte) Suizid aber kein Strafgesetz verletzt, verwirklicht auch die Mitwirkung eines anderen hieran unabhängig von der “Lauterkeit” seiner Motive¹¹ kein Strafunrecht. Dem Gesetzgeber wäre es zwar unbenommen gewesen, hierfür – etwa in Anlehnung an § 78 öStGB¹² oder Art. 115 schwStGB¹³ – einen den Teilnahmebereich ganz oder teilweise erfassenden eigenen Straftatbestand zu schaffen; davon hat er aber (bisher)¹⁴ keinen Gebrauch gemacht. Das ist – wie schon der rechtsvergleichende Blick zeigt¹⁵ – keineswegs selbstverständlich und erschiene restlos unverständlich, wollte man die Selbsttötung unabhängig vom Willen des einzelnen aus “übergeordneten” Gründen stets und unabdingbar mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit versehen; dies gilt um so mehr, als jene Erwägungen, die zu Nachsicht und Milde gegenüber dem Suizidwilligen ermuntern, nicht auf den Gehilfen oder gar den Anstifter übertragbar sind. Wenn jedoch nach geltendem Recht auch der Teilnehmer (grundsätzlich) nicht mit Strafe bedroht wird, obgleich das Leben eines anderen Menschen auf dem Spiele steht (und deshalb bei Rechtswidrigkeit der Tat eine Strafandrohung zu erwarten wäre), so zeigt dies, dass der Suizid nach dem Willen des Gesetzgebers – unabhängig von einer evtl. Moralwidrigkeit jenseits des Rechts – nicht (unter allen Umständen) rechtswidrig sein kann.

⁹ Beschluss I., 3. des 66. DJT 2006 (o. Fn 5).

¹⁰ Sog. Grundsatz der “limitierten Akzessorietät” – limitiert deshalb, weil jeder Tatbeteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen allein nach dem Ausmaß eigener Schuld bestraft wird, vgl. § 29 StGB.

¹¹ Allgemeine Meinung und st. Rspr., vgl. BGHSt 2, 150, 152; 32, 367, 371.

¹² “Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.”

¹³ “Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.”

¹⁴ Zu den Kriminalisierungsbestrebungen in Bezug auf die “organisierte Sterbehilfevermittlung” näher u. IV.

¹⁵ Siehe auch *Wernstedt*, Sterbehilfe in Europa, 2004, S. 36 ff., 46 f.

Der Bundesgerichtshof in Strafsachen hat dies allerdings bisher immer anders gesehen und noch in einem jüngeren Urteil aus dem Jahre 2001 unter Verweis auf die "Werteordnung des Grundgesetzes" behauptet, dass "die Rechtsordnung eine Selbsttötung – von äußersten Ausnahmefällen abgesehen – als rechtswidrig" werte.¹⁶ Ein halbes Jahrhundert zuvor hatte der Große Strafsenat noch unnachgiebiger sogar das "Sittengesetz" in Anspruch genommen, um die Unbeachtlichkeit des Suizidwillens zu dekretieren, gleichgültig, ob dieser "gesund oder krank, entschuldbar oder unentschuldbar war, ob der Selbstmörder die [...] entstandene Gefahrenlage noch beherrscht oder ob er sie, etwa weil er inzwischen bewusstlos geworden ist, nicht mehr beherrscht"¹⁷. Dies war der Verstehenshorizont, vor dem der 3. Strafsenat im Jahre 1984 im Dr. Wittig-Fall die Rspr. zum berüchtigten "Tatherrschaftswechsel" entwickelt hat:¹⁸ Danach werde die im Arzt-Patienten-Verhältnis gründende und fortdauernde Garantenstellung "lediglich überlagert durch die gesetzgeberische Entscheidung, die Hilfe gegenüber einem freiverantwortlich handelnden Selbstmörder straflos zu lassen". Sobald der Suizident "die tatsächliche Möglichkeit der Beeinflussung des Geschehens (die sog. "Tatherrschaft") endgültig verloren hat", wachse diese Beherrschungsmacht gleichsam automatisch dem ortsanwesenden Garanten zu und begründe bei dessen garantenpflichtwidriger Untätigkeit seine Unterlassungstäterschaft (gem. §§ 212, 13 StGB). Diese Rspr. ist gewiss schon deshalb unplausibel, weil das Recht des Patienten zur Ablehnung selbst einer vital indizierten Behandlung¹⁹ nicht durch Verfallen in einen Zustand der Bewusstlosigkeit verloren geht. So entspricht es bereits heute kraft Richterrechts – unabhängig vom Erfolg der Bemühungen um eine gesetzliche Regelung – der geltenden Rechtslage, dass frühere schriftliche oder mündliche Erklärungen im Sinne eines Behandlungsvetos (sog. "Patientenverfügungen") fortwirken und strikte²⁰ Beachtung oder jedenfalls mit einigem Gewicht im Rahmen des mutmaßlichen Willens²¹ Berücksichtigung finden müssen.

Gleichwohl ließe sich erwägen und wird von der ganz herrschenden Auffassung in der Strafrechtswissenschaft in gleicher Weise wie vom Nationalen (heute: Deutschen) Ethikrat²² auch tatsächlich angenommen, dass diese Rspr. bei aller Kritikwürdigkeit (über die in der Lehre weitreichender Konsens besteht)²³ bis zu ihrer expliziten Änderung Teil des geltenden Rechts ist. Dementsprechend haben der Alternativentwurf (AE)-Sterbebegleitung 2005 sowie der 66. Deutsche Juristentag hierin einen der wesentlichen Gründe für die Schaffung einer gesetzlichen Rahmenregelung im StGB (mit entsprechender "Freistellung des nichthindernden Garanten" von Strafe) gesehen.²⁴ Eine genauere Analyse der Entscheidungsgründe des 3. Strafsenats zeigt jedoch, dass diese allein Geltung beanspruchen für den angenommenen Regelfall einer *nicht freiverantwortlich* in Gang gesetzten Selbsttötung. So wird die dem solida-

¹⁶ BGHSt 46, 279, 285 (m. insoweit abl. Anm. Duttge, NStZ 2001, 546, 547).

¹⁷ BGHSt 6, 147, 153: "Der Satz »volenti non fit iniuria« verliert hier um deswillen seinen Sinn, weil der Selbstmörder nicht befugt ist, aus eigenem Willensentschluss über sein Leben zu verfügen."

¹⁸ BGHSt 32, 367, 373 ff.

¹⁹ Anerkannt seit BGHSt 11, 111 ff.

²⁰ So die zivilrechtliche Sichtweise seit BGHZ 154, 205 ff.; BGH NJW 2005, 2385 f.

²¹ So die strafrechtliche Position seit BGHSt 40, 257 ff.; siehe zuletzt auch GenStA Nürnberg NStZ 2008, 343 f.

²² Stellungnahme: Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 66 ff., 83, 99 f.

²³ Statt vieler nur Duttge et al., Preis der Freiheit, 2. Aufl. 2006, S. 91 ff.; Münchener Kommentar zum StGB (MK)/Schneider, Bd. 3, 2003, Vor §§ 211 ff. Rn 73; Roxin, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl. 2007, S. 313, 329 ff. und 343.

²⁴ Vgl. Schöch/Verrel, GA 2005, 553, 580 und 585 (§ 215 StGB-E); Beschluss IV., 1 des 66. DJT (o. Fn 5).

rischen Lebensschutz dienende Strafnorm der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) nur deshalb als einschlägig betrachtet, weil die Freiverantwortlichkeit des Willensentschlusses “innerhalb der kurzen Zeitspanne [...] kaum jemand ohne psychiatrisch-psychologische Fachkenntnisse und ohne sorgfältige Abklärung der äußeren und inneren Motivationsfaktoren zuverlässig beurteilen” könne.²⁵ Daraus folgt aber im Umkehrschluss, dass im Falle der Feststellbarkeit eines freiverantwortlichen Suizidwillens kein Raum mehr für eine Strafbarkeit bestehen kann, und zwar weder nach § 323c StGB noch – erst recht – gem. §§ 212, 13 StGB. Deutlich tendiert hierzu auch der 2. Strafsenat, der die Verurteilung eines (wohl Haus-)Arztes wegen unterlassener Krankenhauseinweisung nach patientenseitiger Einnahme einer Überdosis Tabletten aufhob mit der Erwägung, dass “einem ernsthaften, *freiverantwortlich gefassten* Selbsttötungsentschluss eine stärkere rechtliche Bedeutung beizumessen” sei.²⁶ Ist hiermit aber jener “äußerste Ausnahmefall”²⁷ vom “grundsätzlichen”²⁸ Rechtswidrigkeitsurteil bezeichnet, so bedeutet dessen Anerkennung zugleich, dass ein religiös oder sozialetisch motiviertes oder – wie das Kantsche Argument des (vermeintlichen) Selbstwiderspruchs²⁹ – im Wege einer Verabsolutierung der Selbstbestimmungsidee als Selbstzweck oder des Selbsterhaltungstriebes als “Naturgegebenheit” begründetes Pauschalverdict der Selbsttötung³⁰ jedenfalls im geltenden Recht keine Grundlage findet. Um es nochmals in aller Deutlichkeit festzuhalten: Die Moralphilosophie mag Gründe finden, dem Menschen die Dispositionsbefugnis über die Beendigung seines Lebens von Grund auf zu bestreiten;³¹ ausweislich der grundsätzlichen Straflosigkeit der Suizidteilnahme wäre eine solche “Tugendpflichtwidrigkeit”³² aber jedenfalls ohne rechtliche Relevanz; denn das (Straf-) Recht kennt keine unbedingte Pflicht zum Weiterleben. Entsprechende Argumentationen im Rahmen der aktuellen Debatten verkennen daher die Trennlinie zwischen Recht und Moral!³³

Wenn der Gesetzgeber aus der (straf-)rechtlichen Irrelevanz der freiverantwortlichen (versuchten) Selbsttötung nahtlos auf die Straffreiheit der Suizidteilnahme schließt, so kann dies seinen tieferen Grund nur darin haben, dass der freiverantwortliche Suizidwille als Ausdruck individueller “Selbstbestimmung” selbst im Rahmen eines Rechtsverhältnisses (und nicht lediglich innerhalb der Selbstbezüglichkeit) Respekt beanspruchen darf und dies auf die Bewertung der Beihilfetat “ausstrahlt”. Nach dem Grundverständnis des (jedenfalls Straf-)Rechts

²⁵ BGHSt 32, 367, 376.

²⁶ BGH NJW 1988, 1532.

²⁷ Oben Fn 16.

²⁸ BGHSt 32, 367, 375: “...hat den Willen des Selbstmörders für *grundsätzlich* unbeachtlich erklärt”.

²⁹ Zu dessen mangelnder Überzeugungskraft näher *Schöne-Seifert*, in: Kaminsky/Hallich (Hrsg.), Verantwortung für die Zukunft (= Birnbacher-FS), 2006, S. 163 ff.; *Wittwer*, Kant-Studien 92 (2001), 180 ff.

³⁰ In diesem Sinne z.B. *Auer*, in: Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 250 ff.; *Eibach*, Autonomie, Menschenwürde und Lebensschutz in der Geriatrie und Psychiatrie, 2005, S. 66 ff.; ebenso bereits ders., in: Zeitschrift für medizinische Ethik 1997, 215 ff.; ZfL 2004, 38 ff., insbes. 48; *W. Schluchter*, in: Knopp/Schluchter (Hrsg.), Sterbehilfe – Tabuthema im Wandel, 2004, S. 3, 7.

³¹ Diese Frage ist bekanntlich seit Anbeginn der Philosophiegeschichte stets umstritten gewesen (weiterführend *Bormuth*, Ambivalenz der Freiheit, 2008; Decher, Die Signatur der Freiheit, 1999); vieles spricht aber für die sorgfältig untermauerte Annahme *Wittwers*, dass sich auch insoweit kein striktes Selbsttötungsverbot begründen lässt, vgl. in: Selbsttötung als philosophisches Problem, 2003, S. 297 ff.

³² Bekanntlich begründet *Kant* sein Verdict über den Suizid allein in seiner Tugend- und nicht in seiner Rechtslehre.

³³ Im Ergebnis ganz wie hier auch *Roxin* (o. Fn 23), S. 330: “Die sittliche, meist aus religiösen Vorgaben hergeleitete Missbilligung des Freitodes [...] kann eine solche Folgerung [scil.: einer generellen Unbeachtlichkeit des Suizidwillens] in einer Rechtsordnung, die keinen Glaubens- und Gewissenszwang kennt, nicht tragen”.

setzt "Selbstbestimmung" in einer konsequent *personalen* Unrechtslehre aber nicht nur die "freie Urheberchaft" insbesondere im Rahmen der Willensbildung, sondern die "Rückführbarkeit" des Gesamtereignisses auf eine Person als "Subjekt dieses Geschehens"³⁴, d.h. eine sog. "Steuerungsherrschaft" über den gesamten Tathergang voraus. Dieser Gedanke liegt der gesamten Täterlehre, der gesetzlichen Differenzierung in Täterschafts- und Teilnahmeformen (§§ 25-27 StGB) und – konkretisiert auf die "Herrschaft über den letzten, unwiderruflich zum Tode führenden Akt" – nicht zuletzt auch der diametral abweichenden Bewertung der Fremdtötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zugrunde, mag in Grenzfällen – man denke nur an das Zuordnungsproblem beim Einflößen des Giftes durch den Außenstehenden und Schlucken des Präparats durch den Suizidwilligen³⁵ – die Scheidelinie mitunter nicht so leicht zu ziehen sein. "Zentralgestalt" des Tatgeschehens kann der Außenstehende trotz eines äußerlich als Selbsttötung erscheinenden Verlaufs auch dann sein, wenn er die Tat durch sein überlegenes Wissen³⁶ oder seinen überlegenen Willen beherrscht und den sich eigenhändig Tötenden gleichsam zum "Werkzeug gegen sich selbst" macht (mittelbare Täterschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Dies bedingt aber das Fehlen einer hinreichenden "Freiverantwortlichkeit" auf Seiten des Suizidenten, das in klassischen Konstellationen der Suizidbeihilfe für andere erst die Solidaritäts- und ggf. gesteigerte Rettungspflicht kraft Garantenstellung auslöst. Insoweit besteht also, wie seit dem "Fall Hackethal" geklärt, kein kategorialer Unterschied zwischen Suizid- und "Normalpatienten".³⁷

Unter welchen Voraussetzungen allerdings von der nötigen "Freiverantwortlichkeit" ausgegangen werden darf, darüber besteht (auch) innerhalb des (Straf-)Rechts noch längst keine Klarheit. Hierin zeigt sich der erste von zwei "blinden Flecken" aus der Perspektive jener, die im Rahmen der aktuellen Debatte der Ärzteschaft ein Mitwirken am Suizidgeschehen – soweit auf eine gehilfenschaftliche Beteiligung beschränkt – nahelegen. Der zweite "blinde Fleck" resultiert aus dem Umstand, dass vorschnell die Rechtslage im Strafrecht für die Rechtsordnung insgesamt genommen wird, obgleich doch die vorherrschende Interpretation der Polizei- und Unterbringungsgesetze der Länder dazu neigt, den Suizid generell – unabhängig von seiner evtl. Ernstlichkeit – als "Tat in Unfreiheit" und damit als tauglichen Anknüpfungspunkt für erlaubtes hoheitliches Einschreiten zu betrachten.³⁸ Rechtstheoretisch wäre das Zusammentreffen von außerstrafrechtlicher (hier: Polizei-) "Rechtswidrigkeit" und strafrechtlicher Liberalität keineswegs ungewöhnlich, da dem Strafrecht aus Gründen der Freiheitlichkeit der Rechtsordnung das Prinzip der Subsidiarität immanent ist: Jedenfalls seinem normativen Selbstverständnis nach bildet Strafrecht stets nur die ultima ratio des Rechtsgüterschutzes (vgl. auch Art. 103 Abs. 2 GG).³⁹ Nichtsdestotrotz verstieße die Annahme einer Polizeirechtswidrigkeit selbst bei definitiver Feststellung eines "freiverantwortlichen" Suizids – sollten Selbsttötun-

³⁴ Statt vieler z.B. *Otto*, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn 44; vertiefend *Duttge*, in: *Otto-FS 2007*, S. 227 ff. und in: *Benakis-FS 2008*, S. 155 ff., jew. m.w.N.

³⁵ Zu weiteren denkbaren Grenzfällen siehe *Roxin*, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht (= Pötz-FS), 1993, S. 177, 183 ff. mit dem zutreffenden Ergebnis: "Die Trennung ... ist sehr wohl durchführbar".

³⁶ Klassiker: "Sirius"-Fall, vgl. BGHSt 32, 38 ff.

³⁷ Näher OLG München NJW 1987, 2940, 2944 f.

³⁸ Vgl. BayVerfGH NJW 1989, 1790; BayObLG NJW 1989, 1815; VG Karlsruhe NJW 1988, 1536 ff.; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, S. 25; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2007, Rn 137; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, § 3 Rn 57; a.A. *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Rn C 48.

³⁹ Statt vieler nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn 97 ff.

gen nicht von vornherein als "pathologisch" eingestuft werden müssen – allein um der Lebenserhaltung des Suizidenten willen gegen das verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht: Denn einem Recht ist denknotwendig die Freiheit der Wahl inhärent; wer nicht zwischen Alternativen wählen kann, von dem kann auch nicht als einem Berechtigten gesprochen werden.⁴⁰ Für das Lebensrecht besteht insoweit – entgegen einer bis heute nachwirkenden althergebrachten Ansicht – keinerlei Besonderheit. Ganz in diesem Sinne hat zuletzt auch das Verwaltungsgericht Hamburg die Unterstützungshandlungen von *Roger Kusch* nur deshalb als "Störung der öffentlichen Sicherheit" bewertet und demzufolge untersagt, weil diese als "sozial unwertige Kommerzialisierung des Sterbens" und damit als Verstoß gegen "allgemein anerkannte sittliche und moralische Wertvorstellungen"⁴¹ betrachtet wurden; für den Suizid als solchen gebe es hingegen keine polizeiliche Interventionspflicht, wenn sich hierin die "persönliche Gewissensentscheidung eines Menschen (...) bei klarem Bewusstsein" manifestiere.

Diese vergleichsweise geringen Anforderungen an einen "freiverantwortlichen" Suizid sind bezeichnend für eine im rechtlichen Kontext vielfach anzutreffende Haltung, die das Dogma vom "mündigen Bürger" – obgleich im Staat-Bürger-Verhältnis zwecks Befestigung grundrechtlicher Freiheit entwickelt – auf die lebensweltlichen Verhältnisse im sozialen Kontext überträgt und vorbehaltlich von konkret feststellbaren Zwängen die Befähigung zur Selbstbestimmung einfach als "naturegegeben" postuliert.⁴² Dem entspricht innerhalb der strafrechtlichen Dogmatik die sog. "Exkulpationslehre", nach der es an der nötigen Freiverantwortlichkeit nur bei Bestehen einer Situation ähnlich wie in den Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen der § 3 JGG (jugendliche Unreife), § 19 (Strafunmündigkeit unter 14 Jahren), § 20 (manifeste geistige Erkrankung, schwere seelische Störung), § 35 StGB (akute Notstandslage) beschrieben fehlen soll.⁴³ In diesem Sinne hat auch die überwältigende Mehrheit der Stimmen bei der Beschlussfassung zum 66. DJT eine "ausdrückliche oder sich aus den Umständen ergebende (!) ernstliche, nicht auf einer voraussichtlich nur vorübergehenden Stimmung beruhende Entscheidung" genügen lassen und lediglich mit dem Volljährigkeitsalter eine klare Mindesthürde aufgestellt.⁴⁴ Diese Haltung des *laissez-faire* ist aber für den Fall einer ärztlichen Beteiligung am Suizidgeschehen schon medizinrechtlich höchst unschlüssig, weil doch selbst bei ärztlichen Heileingriffen geringerer Intensität die Befähigung zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch Abgabe einer wirksamen Einwilligungserklärung die Kenntnis von "Wesen, Bedeutung und Tragweite" des bevorstehenden Geschehens wenigstens "im Großen und Ganzen" voraussetzt,⁴⁵ mithin die Frei- oder Eigenverantwortlichkeit ohne entsprechende Maß-

⁴⁰ In diesem Sinne bereits *Duttge*, ZfL 2004, 30, 32 f. – Der in der Verfassungsrechtslehre z.T. vertretenen Auffassung, wonach das Lebensrecht abweichend von den anderen Grundrechten (Meinungs- Versammlungs-, Religionsfreiheit) keine negative Dimension kenne, bliebe zur Begründung der damit statuierten *Lebenspflicht* nur der Rückgriff auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG – mit allen damit behafteten argumentativen Schwierigkeiten!

⁴¹ Beschluss des VG Hamburg v. 6.2.2009 – 8 E 3301/08 – abrufbar unter: http://lrha.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=ha&nr=2214&Blank=1.

⁴² Zur Kritik bereits *Duttge*, in: Zeitschrift für Palliativmedizin 2006, 48 ff.

⁴³ In diesem Sinne – "aus Gründen der Rechtssicherheit" – *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 248 ff.; *Dölling*, GA 1984, 76 ff.; *Hirsch*, JR 1979, 432; *Roxin*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 178 f.; *MK/Schneider* (o. Fn 23), Vor §§ 211 ff. Rn 54 ff.

⁴⁴ Beschluss IV., 2 a) und b) des 66. DJT 2006 (o. Fn 5).

⁴⁵ Dazu näher etwa *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn 243 ff.; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: Edition 13 (1.5.2009), § 823 Rn 604 ff.

nahmen der "Freiheitsvorsorge"⁴⁶ lebensweltlich nicht die Regel, sondern die Ausnahme darstellt. Um so mehr muss das Fehlen der nötigen Voraussicht im Falle einer Entschließung zur zielgerichteten Herbeiführung des eigenen Todes angenommen werden, weshalb die innerhalb der Strafrechtsdogmatik "strengere" Auffassung den positiven Nachweis hinreichender Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw. "Ernstlichkeit" hinsichtlich der Irreversibilität des Selbsttötungsentschlusses (nach Maßgabe der rechtfertigenden Einwilligung bzw. des § 216 StGB, sog. "Einwilligungslösung") verlangt.⁴⁷

Auf diese Weise soll den Erkenntnissen und Annahmen der modernen Suizidforschung und der Psychiatrie als hierfür kompetentere Fachdisziplinen Rechnung getragen und nicht eine "fiktive Freiverantwortlichkeit" postuliert werden, wo in Wahrheit keine besteht.⁴⁸ Blickt man allerdings schärfer auf die vorhandenen Einsichten, so stellen sich erhebliche Zweifel ein, ob es den im juristischen Diskurs überwiegend mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit von ca. 5 % prognostizierten "freien" bzw. "Bilanzsuizid"⁴⁹ überhaupt gibt.⁵⁰ Eingeräumt wird zwar allgemein, dass "die Möglichkeit eines solchen Bilanzsuizids aus freiem Willen *in der Theorie* existiert"⁵¹, also nicht prinzipiell ausgeschlossen werden könne; in der Praxis bestehe jedoch nachweislich eine "häufige Verbindung mit z.T. erheblichen psychischen Erkrankungen (insbesondere Depressionen)"⁵²; fordert man zudem im Unterschied zu den sog. "Appell- oder Kurzschluss-suiziden" das Vorausgehen einer "reiflichen", nicht affekt- oder sonst emotional bedingten "Überlegung"⁵³, eine nüchtern kalkulierende Planung "von langer Hand"⁵⁴ so wird es wegen der wohl so gut wie immer (jedenfalls mit-) bestimmenden Antriebe von Hoffnungslosigkeit und Verzweiflung⁵⁵ und der gerade auch bei sog. "Bilanzsuiziden" regelmäßig vorhandenen und tauschlösenden äußeren "Stressfaktoren" wie "Verlust von Beziehungen, schwerwiegende Konflikte ..., sozialer Abstieg, finanzieller Ruin"⁵⁶ oder eben gravierende, nicht mehr heilbare Erkrankungen sowie unerträgliche Leiden meist schwerfallen, von einer noch im Mindestmaß "selbstbestimmten Entscheidung" und nicht – wie die *Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde* für den Regelfall annimmt – von einer Situation auszugehen, in der durch "adäquate Behandlung der Erkrankung erst die Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Ur-

⁴⁶ Zum Verständnis von Belehrungspflichten, Lebensaltersgrenzen etc. als Maßnahmen der sozialstaatlich motivierten "Freiheitsvorsorge" näher *Damm*, MedR 2002, 375 f.

⁴⁷ Vgl. *Geilen*, JZ 1974, 145 ff.; Herzberg, NJW 1986, 1637; *Otto*, in: Wolff-FS 1998, S. 395, 401; Schönke/Schröder/Eser (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 211 ff. Rn 36; *Schreiber*, in: Jakobs-FS 2007, S. 615, 619 f.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 29. Aufl. 2005, Rn 48 f.

⁴⁸ Treffend *Schreiber* (wie vorstehende Fn).

⁴⁹ Z.B. *Kutzer*, in: Wolfslast/Schmidt (Hrsg.), Suizid und Suizidversuch. Ethische und rechtliche Herausforderung im klinischen Alltag, 2005, S. 181, 186.

⁵⁰ Zum Folgenden ausführlich *Fenner*, in: Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen, 2006, S. 247 ff.

⁵¹ *Eichhorn*, in: Sucht-Magazin 5/2003, S. 9.

⁵² Vgl. *Erlemeier*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), S. 65 ff., 86; ähnlich *Netz*, in: Wolfslast/Schmidt (o. Fn 49), S. 81, 82 f.; Stellungnahme der *Nationalen Ethikkommission der Schweiz im Bereich Humanmedizin* Nr. 9/2005, S. 27: "Meist ist aus psychiatrischer Sicht die Freiheit der Entscheidung bei Suizidalität nur bedingt vorhanden", sowie ebd., S. 28: psychische Erkrankungen als "wichtigster Risikofaktor"; *Ringele*, *Der Selbstmord*, 1997, S. 1: ca. 90-95 %.

⁵³ So z.B. *Wittwer* (o. Fn 31), S. 382 f.

⁵⁴ *Bundesamt für Gesundheit der Schweiz*, Suizid und Suizidprävention in der Schweiz (Bericht), 2005, S. 17.

⁵⁵ *Finzen*, Suizidprophylaxe bei psychischen Störungen, 1989, S. 35: "Psychisch Kranke suizidieren sich aus den gleichen Gründen wie andere Menschen auch: Sie nehmen sich das Leben, weil sie keinen anderen Ausweg sehen".

⁵⁶ *Petermann*, in: Aktuelle Juristische Praxis 9/2004, S. 1111, 1116.

teilsfähigkeit wiederhergestellt werden muss⁵⁷. Gewiss finden sich nicht weniger eindrucksvolle Plädoyers gegen eine pauschale "Psychiatisierung" von Suizidwilligen und regelrechte "therapeutische Verbissenheit"⁵⁸; doch muss mit Blick auf die aktuelle rechtspolitische Debatte ernüchtert festgestellt werden, dass die Kernvoraussetzung jedweder Toleranz gegenüber Unterstützungshandlungen bei Selbsttötungen – das Vorliegen eines freiverantwortlichen Suizids – innerhalb der einschlägigen Fachdisziplinen ungeklärt und damit als bloßes Gedankenkonstrukt ohne greifbare lebensweltliche Anbindung ist. Vor diesem Hintergrund besteht daher dringender Anlass, den für zweifelhafte Suizidgeschehen zugrunde zu legenden "Voreiligkeitsschutz" (im Zweifel zugunsten einer Intervention)⁵⁹ auch für rechtspolitische Ermunterungen zur Erweiterung des Kreises von Suizidhelfern anzumahnen.

2. Ärztlich assistierter Suizid

Die Nichterkennbarkeit eines rationalen, hinreichend transparenten Maßstabes zur Beurteilung dessen, was von einem Suizidwilligen an "ernstlicher", "wohlerwogener", "belastbarer" Entscheidungsfindung erwartet und an welchem Punkt seine Absicht respektiert und jedenfalls hingenommen (wenn auch nicht notwendig unterstützt) werden soll,⁶⁰ lässt das der Ärzteschaft zugeschriebene Alleinstellungsmerkmal der nötigen Sachkunde zur Feststellung der Freiverantwortlichkeit⁶¹ weitgehend ins Leere laufen. Denn gefunden werden kann schließlich stets nur dasjenige, wonach zuvor auch gesucht wurde. Für die im Falle einer standesrechtlichen Freistellung sich beteiligenden Ärzte ergäbe sich damit die schwierige Aufgabe, die zugrunde zu legenden Anforderungen selbst zu entwickeln. Leicht bestünde dabei die Gefahr, entweder dem einzelnen Suizidwilligen Kriterien gleichsam aufzuokroyieren, die nur einer allgemeinen "Vernünftigkeit" entspringen (nach der Devise: "Wer nicht ins Bild passt, fällt durch"), oder sich am Ende doch wieder – in Widerspruch zum eigentlich angenommenen Regel-Ausnahme-Verhältnis – auf die Feststellung manifester Pathologien zu beschränken.⁶² Wie dieser Spagat bewältigt werden könnte, ist bisher noch nicht einmal in Ansätzen zu erkennen.

Nahe läge, dass dann zur Vermeidung von Willkür und Ungleichbehandlung im Rahmen der jeweils getroffenen "Gewissensentscheidungen" alsbald die Notwendigkeit für eine allgemeinverbindliche, abstrakt-generelle Festlegung durch die verfasste Ärzteschaft zutage treten würde. Gerade diese Entwicklung war in den letzten Jahren in der Schweiz sehr gut zu beobachten. Zunächst zog die *Schweizer Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)* ihre zuvor ablehnende Haltung zurück und sprach in ihrer Richtlinie von einer schwer auflösbaren "Dilemmasituation", die eine "persönliche Gewissensentscheidung des Arztes" erfordere, welche – sofern sie zugunsten der Suizidassistenz ausfalle – "als solche zu respektieren" sei.⁶³ Als unabdingbare Mindestbedingungen legte sie dabei zugleich fest: die Urteilsfähigkeit

⁵⁷ Presse-Information Nr. 11 v. 27.6.2006, http://www.dgppn.de/medien/presseinfo/2006/pdf/PM11_Suizid-Nat-Ethik-rat.pdf.

⁵⁸ Z.B. *Bondolfi*, Ethik in der Medizin 2000, 262 ff.

⁵⁹ *Duttge*, ZfL 2004, 30, 34.

⁶⁰ Siehe nur die abweichenden Beurteilungen zu einem konkreten Fallbeispiel in: Zeitschrift für Palliativmedizin 2006, 123 ff.

⁶¹ Siehe o. bei Fn 3.

⁶² So nach dem Eindruck seines Vortrages offenbar *Spittler* im Rahmen seiner Begutachtung für Dignitas, Vortrag am 6.5.2009 anlässlich eines Symposiums des Niedersächsischen Justizministeriums und der Ärztekammer Niedersachsens zum Thema: "Begleiteter Suizid" (<http://www.mh-hannover.de>).

⁶³ Schweizer Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, 2004, S. 6 (<http://www.samw.ch/de/Ethik/Lebensende.html>).

des Patienten ("wohlerwogener" Wunsch, ohne äußeren Druck entstanden und von Dauer), ein nahes Lebensende sowie die Erörterung und ggf. der Einsatz "alternativer Möglichkeiten der Hilfestellung"⁶⁴. Wenig später ergänzte die *Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin* (NEK) diese Bedingungen trotz der von ihr eigens herausgestellten Unverzichtbarkeit einer an der jeweils individuellen Person ausgerichteten und deshalb nicht abstrakt-generell antizipierbaren Beurteilung noch um weitere, sowohl verfahrens- als auch indikationsbezogene Vorgaben wie insbesondere den Ausschluss einer psychischen Erkrankung, das Vorausgehen mehrerer Kontakte vor Erbringen der Suizidassistentz, das Einholen einer ärztlichen Zweitmeinung und das Anfertigen einer hinreichenden Dokumentation; die Indikation wurde dabei auf das Vorliegen eines krankheitsbedingten schweren Leidens erweitert.⁶⁵ Auf diese Weise entstanden somit der eigenen Intention zuwider doch allgemeinverbindliche Regeln, auf die sich seither jeder Patient gegenüber seinem Arzt berufen kann. Das gedachte singuläre, von den Besonderheiten des Einzelfalls geprägte Szenario kann sich so zu einem neuen Bereich ärztlichen Wirkens entwickeln, für das sich sicherlich ebenso "Dienstleister" finden werden wie etwa im Falle des Schwangerschaftsabbruchs. Zugleich ist damit das Entstehen von patientenseitigen Ansprüchen in die Wege geleitet, zwar nicht gegenüber dem einzelnen Arzt (dem ein Verweigerungsrecht aus Gewissensgründen nicht streitig gemacht werden dürfte, vgl. § 2 I MBO-Ärzte⁶⁶), wohl aber gegenüber dem Gesundheitssystem bzw. der Ärzteschaft im Ganzen.⁶⁷ Und da die begrenzenden Kriterien und insbesondere der Indikationsbereich nicht objektiv vorgegeben, sondern erst einer gesonderten Festlegung vorbehalten sind, unterliegen diese Anforderungen zwangsläufig demselben Druck zur Erweiterung bzw. Absenkung wie seit Jahren die "Sorgfaltsregeln" für eine erlaubte Tötung von Patienten in Belgien und in den Niederlanden.⁶⁸ Schon die unterschiedliche Fassung der Indikationen in den Dokumenten einerseits der SAMW und andererseits der NEK zeigt dies in aller Deutlichkeit. Für sich spricht ebenso der Umstand, dass die SAMW sich zuletzt noch einmal dazu aufgerufen gesehen hat, eindringlich die Vorrangigkeit von Palliative Care zu betonen und das Ansinnen abzuwehren, wonach Ärztinnen und Ärzte gleichsam "Experten für den freiwilligen Tod" seien.⁶⁹

In diesem Lichte ist, wenn medizinischer Beistand "Fürsorge zum Leben" und nicht "Beistand zu dessen Beendigung" bedeutet,⁷⁰ die abwehrende Haltung der Bundesärztekammer nur allzu verständlich, mag auch der Verweis auf das "tradierte Arztbild" weniger überzeugen als die Sorge um das "Vertrauensverhältnis" zwischen Arzt und Patient.⁷¹ So ist einer Suizidbeihil-

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ SAMW (o. Fn 63), S. 52 ff.

⁶⁶ § 2 I MBO-Ärzte: "Ärztinnen und Ärzte üben ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus".

⁶⁷ Begründung hierfür bei *Birnbacher*, Aufklärung und Kritik, Sonderheft 11/2006, 7, 13: "...überzeugend, für die Situation des Sterbehilfeverlangens nicht nur ein moralisches Recht, sondern eine moralische *Pflicht* des Arztes zu postulieren, den Patienten in der Verwirklichung seiner autonomen Entscheidung zu unterstützen...".

⁶⁸ Siehe etwa die Forderungen bei *Schwarzenegger*, Schweizerische Ärztezeitung 2007, 843 ff.

⁶⁹ SAMW, Schweizerische Ärztezeitung 2007, 1051 f.

⁷⁰ *Nationale Ethikkommission*, Beihilfe zum Suizid. Stellungnahme 9/2005, S. 74 (<http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>): "Was zum ärztlichen Auftrag gehört, misst sich an den Zielen, auf welche die ärztliche Tätigkeit gerichtet ist. Ziele und Tätigkeit bestehen in der Heilung, Linderung und Begleitung. Auch dann, wenn ein Arzt bei einem assistierten Suizid von seinen ärztlichen Kompetenzen Gebrauch macht, gilt doch, dass er nicht im Sinne dieser Ziele und folglich im Sinne des ärztlichen Auftrags tätig ist".

⁷¹ Oben Fn 8.

fe doch dieselbe unmittelbar auf Herbeiführung des Todes gerichtete Zwecksetzung eigen wie einer aktiv-direkten Tötung, wenngleich mit dem Unterscheid, dass sich der Suizidgehilfe in der Ausführung etwas zurücknimmt und den letzten und definitiven Akt allein dem Suizidenten überlässt. Aus Sicht der Rechtsordnung macht dies gewiss den entscheidenden Unterschied aus, nicht aber für eine Profession, die ihre Aufgabe und ihr Selbstverständnis grundsätzlich in der Lebenserhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit sieht. Mit dieser Aufgabenstellung lässt sich gedanklich sehr wohl vereinbaren, einen nicht mehr sinnvoll beeinflussbaren Verlauf zum Tode hin durch Therapiebegrenzung nicht mehr zu bekämpfen, sondern leidensmindernd zu begleiten; wenn jedenfalls einzelne Ärzte jedoch darüber hinaus auch an einer gezielten Selbsttötung mitwirken, kann sich der Patient nicht mehr sicher sein, in welcher Funktion und mit welchem Selbstverständnis ihm sein Arzt gegenübertritt. Solche Rollenkonfusion mag im Einzelfall kommunizierbar sein und sich dadurch als unschädlich erweisen; wie lässt sich aber die Sorge entkräften, dass ein Arzt, der zur Suizidassistenz bereit ist, sich womöglich nicht mehr mit der nötigen Intensität für eine noch denkbare Lebenserhaltung einsetzt? Wie sollte sich effektiv ausschließen lassen, dass die Eröffnung der legalen Option einer Suizidbeihilfe etwa bei handlungs- oder einwilligungsunfähigen Person über kurz oder lang (*de lege ferenda*) aus Gründen der logischen Folgerichtigkeit für den bereits als "lebensunwert" gekennzeichneten Zustand ("aussichtslose Lage", "unerträgliche Leiden")⁷² nicht auch den Ruf nach ausnahmsweiser Zulassung der ärztlichen Tötung "aus Gewissensgründen" nach sich zieht? Wenn die verfasste Ärzteschaft solchen Entwicklungen und Gefahren vorbeugen und sich deshalb von einer Suizidbeihilfe fernhalten möchte, so ist das von der Rechtsordnung ebenso zu respektieren wie etwa die zahlreichen Festlegungen in Leitlinien zum jeweils spezifischen ärztlichen Standard. Die Präsidentin der Niedersächsischen Ärztekammer lag daher ganz richtig, als sie unlängst die Feststellung traf: "Die Ärzteschaft hat das Recht zu sagen, was zu ihrem Standesrecht gehört und was nicht"⁷³. In der Tat lassen sich Arztethik und Recht als jeweils eigenständige normative⁷⁴ Kreise verstehen, die sich wechselseitig anregend und mitunter fordernd befruchten, aber dadurch ihren Geltungsanspruch nicht verlieren, solange sie nicht in den Kernbereich des jeweils anderen eingreifen. Ebenso wie also das ärztliche Standesrecht nicht rechtlich Verbotenes als Teil ärztlichen Handelns ausweisen kann, steht es auch dem Recht nicht zu, zum Selbstverständnis ärztlichen Wirkens eigene Festlegungen zu treffen; derartige Inpflichtnahmen wie etwa auch die Forderung nach einer Änderung des Standesrechts⁷⁵ sind daher Kompetenzanmaßungen des Rechts, denen die verfasste Ärzteschaft nach eigenem sachkundigen Befinden die Gefolgschaft verweigern darf.⁷⁶ Sie wäre aber gut beraten, ihre Haltung nicht mehr nur unter Verweis auf ihre Tradition einfach zu verkünden, sondern "in einer für die Gesellschaft nachvollziehbaren Weise zu begründen"⁷⁷.

⁷² Siehe bereits *Duttge*, GA 2006, 573, 585: Ärztlich assistierter Suizid als "trojanisches Pferd" für die aktiv-direkte Tötung "unheilbar erkrankter" und "unerträglich leidender" Patienten.

⁷³ *Wenker*, Vortrag v. 6.5.2009 anlässlich eines Symposiums des Niedersächsischen Justizministeriums und der Ärztekammer Niedersachsens zum Thema: Begleiteter Suizid" (<http://www.mh-hannover.de>).

⁷⁴ Zum defizitären Charakter einer Beschreibung medizinischen Handelns und Entscheidens allein anhand naturwissenschaftlicher Kategorien bereits *Schreiber*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, in: Göttinger Universitätsreden, Heft 71, 1984, S. 29 ff.

⁷⁵ Siehe o. bei Fn 4 f.

⁷⁶ Vgl. *Duttge*, in: Kettler/Simon u.a. (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende, 2006. S. 36, 46; *Schildmann/Vollmann*, DMW 131 (2006), 1405, 1408.

⁷⁷ Zutr. *Bosshard*, Schweizerische Ärztezeitung 2008, 406 f.

3. Organisierte Sterbehilfevermittlung

Im Lichte jener Unklarheiten, die sich mit der "Freiverantwortlichkeit" von Suizidaten verbinden, sind die rechtspolitischen Bestrebungen gegen eine "geschäftsmäßige"⁷⁸ bzw. "organisierte Förderung von Selbstmord"⁷⁹ leicht begreiflich. So hat sich insbesondere die frühere niedersächsische Justizministerin *Heister-Neumann* nachdrücklich gegen das Wirken des "Sterbehilfevereins Dignitas" gewandt mit der Begründung, dass man "mit dem Leid anderer Menschen [...] keine Geschäfte machen dürfe"⁸⁰. Der Aspekt der Kommerzialisierung, wie er auch in den Stellungnahmen des Nationalen Ethikrats,⁸¹ des Alternativ-Entwurfs Sterbebegleitung 2005⁸² und den Beschlüssen des 66. Deutschen Juristentages⁸³ in verschiedenen Varianten hervorgehoben wird, kann aber in einer Marktwirtschaft jedenfalls für sich allein wohl kaum ein geeigneter und schon gar nicht ein ausschlaggebender Gesichtspunkt sein, um die Unwertigkeit solcher Unterstützungsleistungen zu begründen, die einen freiverantwortlichen Suizid befördern. Die Annahme eines Verstoßes gegen "allgemein anerkannte sittliche und moralische Wertvorstellungen" wie zuletzt vom Verwaltungsgericht Hamburg postuliert⁸⁴ entbehrt mit ihrem Appell an Evidenz nicht nur jedweder rationalen Begründung, sondern versieht diesen Teil der Suizidassistentz wiederum mit jenem ideologiegetränkten Makel, den lange Zeit auch die Selbsttötung als solche traf. Für den Fall eines freiverantwortlichen Suizids lässt sich aber gar nicht einsehen, warum der Suizidwillige sich die nötige Hilfe nicht durch Einsatz finanzieller Mittel verschaffen können soll analog der Beschaffung von Tatwerkzeugen, solange er dabei selbstbestimmt handelt. Entgegen mancherlei Behauptung liegt hierin auch keineswegs per se das "Ausnutzen einer Notlage". Aber auch der Aspekt des "Organisierten" vermag für sich das Unwerturteil nicht zu tragen, da doch ein "unorganisiertes" Prozedere noch viel schlechter kontrollierbar wäre und die Missbrauchsgefahr deutlich erhöhen würde. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang nur an das schon erwähnte Bedürfnis nach Schaffung von "Sorgfaltskriterien", um "Wildwuchs" und Willkür zu verhindern.

In Wahrheit ist es also die Sorge vor leichtfertigen und voreiligen Unterstützungsleistungen im jeweiligen konkreten Einzelfall ohne sorgfältige und fachkundige Prüfung der zwingend erforderlichen "Freiverantwortlichkeit" und daneben u.U. auch der weiteren Bedingung, die Grenzlinie zur verbotenen Tötung auf Verlangen hin strikt zu wahren,⁸⁵ die dazu motivieren, das fortgesetzte, nicht durch einen spezifischen Einzelfall etwa im Angehörigenkreis motivierte Wirken von nicht-ärztlichen Einzelpersonen oder gar Organisationen mit größtem Argwohn zu verfolgen. Nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind darüber hinaus auch Sorgen in Richtung einer Herabsetzung der Schwelle zur Selbsttötung durch Institutionalisierung und Normalisierung der Suizidbeihilfe jedenfalls auf längere Sicht,⁸⁶ wengleich derartige Dammbrec-

⁷⁸ Gesetzesantrag der Länder Saarland, Thüringen und Hessen v. 27.3.2006 (BR-Drucks. 230/06).

⁷⁹ Empfehlung des Rechtsausschusses und des Gesundheitsausschusses v. 04.08.2008 (BR-Drucks. 436/08).

⁸⁰ Pressemitteilung des Niedersächsischen Justizministeriums v. 27.9.2005; siehe auch *dies.*, in: RuP 2006, 39 ff.; *Lütting*, ZRP 2008, 57 ff.; *Müller-Piepenkötter*, ZfL 2008, 66 ff.

⁸¹ Stellungnahme (o. Fn 22), S. 50: "gewerbsmäßig auf Gewinnerzielung ausgerichtete Suizidbeihilfe".

⁸² *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553, 582 und 585: "Suizidbeihilfe aus Gewinnsucht".

⁸³ Beschlüsse IV., 3., b) und c) des 66. DJT 2006 (o. Fn 5): "Handeln aus Gewinnsucht" und "Ausbeutung einer Zwangslage in Bereicherungsabsicht"; siehe auch *Schroth*, GA 2006, 549, 570 f.: "wucherähnlicher Tatbestand".

⁸⁴ Siehe o. Fn 41.

⁸⁵ So der Bundesärztekammerpräsident *Hoppe*, zit. nach Deutsches Ärzteblatt v. 26.9.2005.

⁸⁶ Ergänzendes Votum von *Losinger*, *Radtke* und *Schockenhoff* zur Stellungnahme des Nationalen Ethikrats (o. Fn 22), S. 58.

herwägungen für sich allein ohne empirisches Fundament (“konkrete Anhaltspunkte” bzw. Erfahrungstatsachen) eine eher brüchige Grundlage für ein – noch dazu (straf-)rechtliches – Verbot bilden.⁸⁷ Um solchen Befürchtungen zu begegnen, bedarf es jedoch keines neuen Straftatbestands, der nur zu erheblichen Anwendungsschwierigkeiten und Friktionen führen würde.⁸⁸ Bei Überschreiten der Grenze zu § 216 StGB ebenso wie bei Förderung nicht freiverantwortlicher Suizidaten ist schon de lege lata strafbares Verhalten gegeben, das mit den bekannten Ermittlungsbefugnissen aufgeklärt werden kann. Für das Wirken von Sterbehilfevereinen bietet das Vereinsrecht hinreichende Möglichkeiten der regelmäßigen staatlichen Aufsicht.⁸⁹ Die darüber hinausreichenden rechtspolitischen Ambitionen sind daher – auch mit Blick auf ihre voraussichtlich praktische Nutzlosigkeit, gemessen an den Erfahrungen in der Schweiz⁹⁰ – eher symbolischer Natur.

III. Die eigentliche Aufgabe: Reichweite der Therapiebegrenzung

Wesentlich bedeutsamer ist die Frage, ob die Palliativmedizin die Sorge der Menschen vor einem “würdelosen Sterben” hinreichend zerstreuen kann. Wer könnte, sollte dies zumindest in Einzelfällen nicht möglich sein, den betroffenen Menschen dann zu einem raschen Ende verhelfen, wenn Ärzte hierfür ausscheiden und eine Inanspruchnahme nicht-ärztlicher “Dienstleistungen” nicht ohne Risiken ist? In Erinnerung an die eingangs skizzierte Janusköpfigkeit der modernen Medizin⁹¹ sollte eigentlich nicht mehr zweifelhaft sein: Die Fürsorge gegenüber dem Patienten ist eine genuin ärztliche Aufgabe, der sich die Ärzteschaft nicht entledigen darf. Wenn das Leiden der Menschen unerträglich zu werden droht, steht die Aufgabe der effektiven Schmerzlinderung bis zu den Grenzen des rechtlich Erlaubten und medizinisch Vertretbaren im Vordergrund. Hat die Erkrankung einen irreversiblen Verlauf angenommen, so muss die (Intensiv- und Notfall-)Medizin Kriterien wie auch Verfahrensweisen entwickeln und transparent machen, inwieweit die Fortführung der lebenserhaltenden Therapie noch “sinnvoll” erscheint.⁹² Die Verantwortung für diese zentrale Aufgabe der Gegenwart und Zukunft hat die Medizin selbst zu tragen und darf diese Bürde nicht mit Hilfe des Instruments der Patientenverfügung – noch dazu in der jetzt verabschiedeten, die hippokratische Idee einer vertrauensvollen Arzt-Patienten-Beziehung weiter untergrabenden Form⁹³ – auch noch jenen auferlegen, die ohnehin schon schwer genug zu tragen haben.

⁸⁷ Dazu eingehend *Hegselmann*, in: ders./R. Merkel (Hrsg.), *Zur Debatte über Euthanasie*, 1991, S. 197 ff.

⁸⁸ Das gilt auch für den jüngst vorgelegten Vorschlag von *Kubiciel*, der die Nichtbeachtung spezifischer “Umgangstandards” gegenüber dem Todeswilligen im Sinne der Feststellung “objektiv valider Gründe” (?) zum Ausgangspunkt für einen eigenständigen Straftatbestand nehmen will (JZ 2009, 600, 608).

⁸⁹ In diesem Sinne bereits *Duttge et al*, *Preis der Freiheit*, 2. Aufl. 2006, S. 100 f.; ähnlich *Hilgendorf*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 15 (2007), S. 479 ff., der allerdings eine stärkere rechtliche Regulierung im Sinne von “Sorgfaltsanforderungen” fordert.

⁹⁰ Siehe z.B. *Tag*, in: Härle (Hrsg.), *Ethik im Kontinuum*, 2008, S. 267, 282 f.

⁹¹ Siehe o. bei Fn 2.

⁹² Zur Problematik näher *Duttge*, *NStZ* 2006, 479 ff.

⁹³ Beschluss des Deutschen Bundestages v. 18.6.2009, BR-Drucks. 593/09.

Türk ve Alman Hukukunda Embriyonsal Kök Hücre Araştırmalarına İlişkin Yasal Durumların Karşılaştırılması

Mehmet Demir

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Mehmet.Demir@law.ankara.edu.tr

Comparison of Legal Statuses Concerning Embryonal Stem Cell Researches in Turkish and German Law

Summary

Main aim of current paper is to compare the legal status of embryonal stemcell researches in Turkish and German Law. The close relation between biological and legal boundries in the obtainment and usage of embryonal stemcells is especially being mentioned. Intensive discussions on the legal status of embryo in uterus, being in the first place in vitro fertilization on human organisms, are being made while conducting human cloning and assisted-reproduction treatment technique studies in this cross section which is closely related to the fields biomedicine and law. In the course of these discussions, reflecting interaction process of the terms such as embryo, stemcell and human embryonal stemcell, which solely includes biological meanings and which criminologically become prominent, to basic legal concepts like person, personal rights in positive legal arrangements becomes more vital. To that end, legal status and protection of embryo was arranged in Embryo Protection Act in German Law which is being in force as from 1990. In stated specific legal document, artificial insemination and utilization limits of human embryos are arranged. Besides, a part from this specific legal arrangement, important rules are also set forth in Stemcell Act which came in to force on 2002. Yet, with this 2002 dated Legislation, which has a supplementary feature to 1990 dated Act, the legal protection of embryo in the importation and usage of human originated embryonal stemcells has become more safer. In Turkey, however, scientific studies regarding stemcell researches are remained limited only to the fields related to bio-ethics and medical science. Thus, for stated reasons, it is obvious that specific legal arrangements which should arrange not only the legal protection of embryos but also the legal boundaries of human originated embryonal stemcell researches are urgently and vitally required.

Keywords

Embryo, stemcell, legal status of embryo, embryonal stemcells, boundaries of medical researches, protection of person and personal integrity

I. Genel Olarak

Bilimin temel amacı, bilimsel ve teknolojik alandaki araştırmaların verileri ışığında, toplumsal stratejilerin belirlenmesini ve geniş bir tartışma ortamının oluşmasını sağlamaktır. Bilim alanındaki tıbbî ve genetik araştırmalar ise, insan yaşamının ve onurunun korunması, hastalıkların tedavi edilmesi amaçları bakımından, her zaman olduğu gibi günümüzün en güncel konuları arasında yer almaktadır. Genelde sağlık ve tıp bilimlerinde; özeldede ise, gen teknolojisi, genom analizi ve gen terapisi araştırmalarında yaşanan hukuksal sorunların, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeylerde hukuk ve etik alanlarda gittikçe önem kazandığı bilinen bir gerçektir¹. Bu bağlamda, bir yandan insan üzerinde yapılan tıbbi araştırma özgürlüğünün sınırları ve bu araştırmaların denetimi; diğeryandan, özellikle embriyonsal kök hücrelerin kaynağı olan embriyonun hukuksal statüsünün belirlenmesi çerçevesinde insanın temel yaşam hakkının korunması ve insanlık onuruna saygının garanti altına alınması gibi temel sorunlar, hem ulusal hukuk düzenlerinde hem de uluslararası hukuk alanında çözümlenmeye çalışılmaktadır².

Embriyonsal kök hücrelerin elde edilmesi ve kullanılmasının biyolojik kaynakların ne olduğu hususu tartışmalıdır. Bu kaynaklar arasında, insanda tüp bebek uygulamalarından geriye kalan, kullanılmayan embriyolar ya da gebeliğin sonlandırılmasıyla ceninden elde edilen doku örnekleri yer almaktadır. Bu türden insansal doku ve hücrelerin araştırma amaçlı kullanılmasına karşı bilim adamları değişik tepkiler göstermekte; özellikle de embriyo hakları bağlamında, insan yaşamının başlangıç anına ilişkin farklı görüşler nedeniyle de etik³ ve hukuk alanlarında yoğun tartışmalar görölmektedir. Kök hücrelerin araştırılması, elde edilmesi, aktarılması (nakli) ve tedavi amaçlı kullanımlarına bağlı sorunlara etik bakışlar ve hukuksal çözümler sürecinde, değişik ülke mevzuatlarına göre farklı görüş ve yaklaşımlar sergilenmektedir. Hatta, kimi zaman aynı ülkede dahi, izleyen zaman sürecinde birbirine tamamen zıt görüşler ileri sürülebilmektedir.

Modern tıp ve gen araştırmaları alanında, embriyonsal kök hücre araştırmaları ve özellikle klonlama çalışmaları, en çok tartışılan ve temel stratejik önemi olan konulardan biridir. Bu arada, insan kopyalamasının (klonlama)⁴ embriyonsal kök hücre tedavilerinden ayrı ele alınması gerekir. Özellikle, embriyonsal kök hücre araştırmaları sayesinde, kök hücrelerin doku ve or-

¹ TÜBA (Türkiye Bilimler Akademisi), *Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları*, Türkiye Bilimler Akademisi Bilim Etiği Komitesi, Ankara, Mayıs-2002, 55 f.; Üye, Saim: *Genetik Testler ve Etik Sorunlar Üzerine*, HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 17. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, 120 vd.

² Dünya Hekimler Birliği'nin Helsinki Bildirgesi, insan üzerinde yapılan tıbbi araştırmalarla ilgili olarak mevcut hekimlik mesleği anlayışını yansıtan önemli bir belgedir. Biyotıp araştırmalarına yönelik olan söz konusu bu bildirgenin hekimlik etiği ve ulusal mevzuatlar üzerindeki etkileri konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu konudaki tartışmalı görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz.: *Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin, Zur geplanten Revision der Deklaration von Helsinki*, Hrsg.: Erwin Deutsch und Jochen Taupitz), Göttingen 2000.

³ İnsan üzerindeki tıbbi araştırmalarda dayanak yapılması gereken temel etik ilkeler konusunda bkz.: **Ulus**, İsmail H.: *Tıbbi Araştırmalarda İnsan Katılımcıların Korunması ve Etik İlkeler*, TÜBA (Türkiye Bilimler Akademisi), Birinci Basım: Ankara, Aralık-2007.

⁴ İnsan üzerinde deneysel çalışmalar arasında yer alan insan klonlaması, bir başkade insanla aynı çekirdek genomu taşıyan ikinci bir insan yaratılması olup; bu durum, tıbbi araştırmalarda tamamen ayrı bir kategoride ele alınmalıdır. Bu konuda daha geniş olarak bkz.: **Saliger**, Frank: *Das Verbot des reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen*, in: KHukA 2(2005), Kurucu Yayın Kurulu: Doç.Dr. İlyas Doğan – Doç.Dr. Ramazan Yıldırım – Doç.Dr. Hakan Hakeri, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, 154; Lilie, Hans: *Forschung an Menschen in Deutschland – Rechtsgrundlagen und Rechtsentwicklung*, in: *Forschung am Menschen* (Hrsgg. von Hans-Dieter Lippert, Wolfgang Eisenmenger), Berlin 1999.

ganları yenileyebilme işlevi bağlamında, doku bozulmaları ve/veya yitilmesi sonucunda oluşan pek çok hastalığın tedavisi gerçekleşmektedir. Bu hastalıklar arasında örnek olarak, kan kanseri başta olmak üzere değişik kanser hastalıkları, diyabet, omurilik hasarı⁵ ve ağır yanıklar dahil cilt rahatsızlıkları, alzheimer ve parkinson hastalığı gösterilmektedir.

Henüz doğmamış ana rahmindeki embriyonun hukuksal statüsü ve tıbbi araştırmalara konu yapılması hakkında, karşılaştırmalı hukukta ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde açık ve tatmin edici kurallar bulunmamaktadır⁶. Almanya'ya baktığımızda, embriyonun hukuksal durumunun korunması ve embryonsal kök hücre araştırmaları konularında daha önceden çıkarılmış ve halen yürürlükte bulunan yasal düzenlemelerin bulunduğunu görüyoruz. Bu yasalardan, hem embriyonun korunması yasası (*Embryonenschutzgesetz*) hem de embryonsal kök hücre yasası (*embryonalen Stammzellgesetz*) ile birlikte, tıbbi embriyo araştırmaları ve embriyonun hukuksal durumu belli bir ölçüde açıklığa kavuşturulmak istenmiş ve bu suretle embriyonun yasal temellerde korunması amaçlanmıştır⁷. Buna karşılık, Türkiye'de her iki konu da henüz herhangi anayasal ve yasal bir düzenlemeye gidilememiş olması dikkat çekicidir. Ülkemizde bu konuya ilişkin olarak, T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılmış bulunan ve sadece düzenleyici yönetsel işlem niteliğini haiz; ne yazık ki, anayasal ve yasal dayanaklardan da yoksun iki Genelge⁸ ve sonraki tarihli genelgeye ek bir Kılavuz⁹ bulunmaktadır. Söz konusu edilen ilk genelgede, konu ile ilgili çalışmalar sonuçlanıncaya kadar, embriyonik kök hücrelere ilişkin tıbbî araştırmaların durdurulmuş olması ayrıca dikkat çekmektedir.

Bu makalede, öncelikle, genel olarak konuya ilişkin temel bazı kavramlar ele alınmış; bunu takiben, Almanya'da embriyonun korunması ve embryonsal kök hücre araştırmalarını düzenleyen yasal sistemin temel amacı, sistematik içeriği ve terminolojisi üzerinde durulmuştur. Daha sonra, Almanya'daki bu özel yasalardan hareketle, embriyonun hukuken korunması ve embryonsal kök hücre araştırmalarının yasal temelde düzenlenmesi bağlamında Türk hukukundaki yasal düzenleme boşluğunun varlığına önemle işaret edilmektedir. Bu suretle, yasal düzenlemelere konu olabilen gen etiği ve kök hücre araştırmalarının değişik açılardan (anayasa

⁵ A.B.D.'de, beyin sinir cerrahisi (nöroşirurji) alanında, omurilik zedelenmelerinin tedavisi amacıyla, ilk kez embriyonik kök hücre çalışmaları onaylanmıştır. *Geran* adlı bir biyoteknoloji araştırma şirketi tarafından, embriyonik kök hücrelerinin belden aşağısı felçli olan 8-10 hastalara enjekte edilmesine ilişkin alınan izin çerçevesinde, izlenecek olan süreç ve yöntemlerin güvenilirliğinin testine yönelik çalışmalara yakında başlanacağı bildirilmiştir. (Cumhuriyet Gazetesi, 24.01.2009, S.9).

⁶ Daha geniş bilgi için bkz.: **Taupitz**, Jochen: *Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich*, 2003.

⁷ Bu konuda bkz. **Brewe**, Manuela: *Embryonenschutz und Stammzellgesetz, Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzelle*, Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, 2006, 51 vd.. Buna karşılık, doktrinde, kök hücre araştırmalarını düzenleyen yasanın araştırmacılar yönünden son derece ağır koşullar getirdiği, hatta neredeyse olanaksız kıldığı görüşü dahi ileri sürülmüştür. Bu görüşte bkz.: **Deutsch**, Erwin / **Spickhoff**, Andreas: *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, Fünfte, neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-Heidelberg 2003, 525, Rdnr. 805.

⁸ T.C. Sağlık Bakanlığı'nın kök hücre çalışmalarına etik ve hukuksal zemin hazırlamaya yönelik çabalarından olan bu genelgelerden ilki, 19.09.2005/17972, 2005/141 sayılı 'Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları Genelgesi'; diğeri ise, 01.05.2006 tarihli ve 2006/51 sayılı 'Kök Hücre Çalışmaları Genelgesi'dir. Bu genelgelerin metinleri için bkz.: <http://www.saglik.gov.tr/TR/MevzuatGoster.aspx?> (12.01.2010).

⁹ Ek bir kılavuz içeren bu 2006/51 sayılı genelde doğrultusunda, kök hücre nakli çalışmalarını yapacak kişi ve kuruluşlarla ilgili olarak, çalışmanın yapılacağı kurum bünyesinde gerekli altyapının oluşturulması ve çağdaş bilimin gereklerine uygun olarak uygulama yapılabilmesi amacıyla bir 'Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu' oluşturulmuş; ve bu Kurul tarafından, "Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu" hazırlanmıştır.

hukuku, medenî hukuk-kişiler hukuku, tıbbî sorumluluk hukuku ve tıp etiği bağlamında) taşıdığı hukuksal anlam ve çerçevenin göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmaktadır.

II. Kök Hücrelerle İlgili Temel Bazı Kavramlar¹⁰

a) Embriyo

Embriyo kavramı (=rüşeym, oğulcuk, döllenmiş yumurta hücresi), insan genetiği ile ilgili tıbbî araştırmalar ekseninde yer alan temel kavramların en başında gelmektedir. Yumurtanın döllenmesinden sonra oluşan ve bir canlı taslağı (insan çekirdeği) anlamında embriyo, yumurtadan meydana gelen, yumurta zarı ve kabuğu ile korunan ya da vücudun içinde bulunan ve bebek gelişiminin erken evrelerinde olan en genç insan organizmasıdır¹¹.

Öte yandan, Alman Embriyo Koruma Yasasında (*Embryonenschutzgesetz: ESchG*), embriyo kavramı yasal temelde tanımlanmıştır. Bu yasa maddesi (§ 8) anlamında olmak üzere, daha önceden döllenmiş ve gelişime elverişli olan yumurta hücreleri embriyo olarak kabul edilmektedir. Döllenmiş bri yumurta hücresinin gelişime elverişli olması ise, hücre kaynaşması / bileşimini (*Kernverschmelzung*) izleyen 24 saatlik zaman içerisindeki yumurta hücresidir (§ 8 Abs. 1 StZG). Ayrıca, yasal açıdan, kendi başına ve tamamen bağımsız birey olarak bir gelişim gösterebildiği takdirde, bizzatı kendinden bir embriyo alınabilen hücrelerin (*Totipotenz*) de embriyo olarak kabulü söz konusudur.

Embriyonun hukuksal statüsü ve bu canlı varlığa tanınan haklar bağlamında olmak üzere, insan yaşamının ne zaman başladığına ilişkin farklı görüşlerin ileri sürülmesi, etik ve hukuksal açılardan ciddi tartışmalara yol açmaktadır. Bilindiği gibi, biyotıp, biyoetik ve tıp hukuku bakımlarından asıl bilimsel tartışmalarda öne çıkarılan embriyonlar insan kaynaklı embriyonsal kök hücreler konusunda yaşanmaktadır¹². Kişilik hakkının korunması temelinde çocuğun hak ehliyeti, sağ ve tam doğması koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamaktadır. Bu nedenle, tedavi veya araştırma amaçlı tıbbi müdahaleler sonucu kişilik hakkına saldırılar arasında, embriyonsal kök hücre çalışmalar öne çıkmaktadır. Bu bakımdan, embriyonsal kök hücreler elde etmek ve/veya aktarmak amacıyla, embriyon üzerinde gerçekleştirilen uygulamaların hukuksal sınırlarının yasayla açıkça ortaya konması gerekmektedir. Hukuksal sınırların en başında ise, kişilik hakkının korunmasına konu temel değerler olarak insan onuruna saygı ve yaşam hakkının korunması ile kişisel varlığın geliştirilmesi zorunluluğu gelmektedir.

b) Kök Hücreler ve İnsan Kaynaklı Embriyonsal Kök Hücre

Tıp ve embriyoloji bilimi anlamında ele alınan kök hücreler, temel işlev ve yapısal özellikleri gereği pek çok farklı özel hücreye ayrılabilme ve çoğalabilme kapasitesine sahiptir. İnsan vücu-

¹⁰ Kök hücrelerle ilgili güncel kavramlar ve özel terminoloji konusunda bkz.: Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, *Kök Hücre Araştırmalarında Güncel Kavramlar*, Sayı: 7, TÜBA Kök Hücre Araştırmaları Çalışma Grubu: Dr. Meral Bektaş / Dr. Sahir Çörtoğlu / Dr. Emin Kansu (Yürütücü) / Dr. Mehmet Öztürk, Birinci Basım Ekim-2004; İkinci Basım Mayıs 2005, Ankara.

¹¹ <http://www.anlambilim.net/embriyo-nedir-21145.htm> (08.02.2010).

¹² Doğan, İlyas: *İnsan Genetiği Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalar ve İnsan Onurunun Korunması*, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslar arası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Prof.Dr. Ayşegül Demirhan Erdemir, Prof.Dr. Öztan Öncel, Doç.Dr. Zafer Zeytin Yard.Doç.Dr. Hafize Öztürk Türkmen, Arş.Gör.Vet.Hek. Sezer Erer,Uz.Dr. Hakan Ertin, Uz.Dr. Elif Atıcı, İstanbul 2007, 283 vd.

dundaki diğer hücrelerden farklı olarak, tekil halde bulunmayan çoklu ve temel hücrelerdir. Kök hücre (*stammzelle*) kavramı ise, kısaca, sonsuz hücresel bölünmeler sonucunda sürekli çoğalabilen ve çoğaldıkça da farklılaşabilme yeteneğinin etkisiyle yavru hücreleri üreten ana hücreyi ifade etmektedir. Kök hücrelerin, değişik hücre türlerine göre farklılaşabilme özelliği (plastite) vardır. Bu nedenle, kök hücreler elde edildikleri kaynak dokulara göre de tanımlanabilmektedir¹³. Kök hücreler, kapasiteleri ve işlevsel etkileri bakımından ele alındığında ise, *totipotent*, *pluripotent* ve *multipotent* kök hücre olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁴. Ancak, söz konusu bu kavramlar, doğa bilimleri literatüründe aynı anlamda ve yeknesak biçimde kullanılamamakla birlikte; bunlarla ilgili ayrıntılı terminolojik tanımlamalara gidildiği hususu da bilinmektedir. Keza, terminolojik anlamda ele alındığında, en fazla farklılaşabilme kapasitesine sahip kök hücreler (*totipotent Stammzellen*)¹⁵, kaynağı döllenmiş yumurta hücresinden olanlardır. Tam ve çok yönlü farklılaşma yetkinliğindeki *Totipotent* hücrelerden türeyen *pluripotent* hücreler ise, plesanta dışında vücuttaki hücrelerin tamamına dönüşebilme işlevinde ve organizmadaki bir çok dokunun oluşumuna kaynaklık yapabilecek güçte kök hücrelerdir. Embriyonik üremeler tedavisinde kullanılan kök hücreler de çok yönlü farklılaşma yetkinliğine sahip (*pluripotent*) yeteneklidir¹⁶. Geleneksel embriyoloji bilimi anlamında *Totipotent* teriminden ise, bireyi bütünsel bir oluşum biçiminde ortaya çıkarma yeteneğine sahip kök hücreler anlaşılmaktadır. *Totipotent* hücrelerin gerçekte yaşama yeteneğine sahip bireyi oluşturabilip oluşturamayacağı hususu (ki, bu durumla ilgili olarak, pek çok ülkenin mevzuatında insan klonlanması yasayla mutlak yasak konusudur) kesin olarak denetlenemeyeceğinden, sadece hayvan embriyonları üzerindeki deneylerden elde edilen sonuçların, insan üzerine aktarılabilmesi gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir¹⁷.

Totipotent ve *pluripotent* kök hücreler arasındaki fark ise, işlevsel yetenekler yönünden söz konusudur. Ancak, bu iki tip kök hücrenin temel ayrım, bağımsız bir birey olarak kendisini geliştirebilme etkinliğine sahip olma noktasında belirleyicilik gösterir.¹⁸ Bu ikisi dışında kalan ve en farklılaşabilen kök hücreler olan *multipotent* kök hücreler ise, bir organizmadaki bütün hücre tiplerinden ibaret olmayan biçimdeki bir kök hücre yeteneğini taşıdıklarından, daha farklı işlev ve sahiptir.

Öte yandan, kök hücrelerin, erken (embryonsal), fetal ve yetişkin dönemler olması bakımından, elde edildikleri kaynaklar itibarıyla insan biyolojisinde üç türü vardır. Bunlar, embryonsal kök hücreler, fetal kök hücreler ve yetişkin kök hücreleridir. Embryonsal kök hücre, döllenmeden 4-5 gün sonra *blastosit* adı verilen bir yapının iç tabasındaki hücrelerden elde edilir; bu hücreler, tam bir insan organizması oluşturmamakla birlikte, farklı dokulara dönüşebilir. Kendilerini sınırsız olarak yenileyebilme işlevi nedeniyle bir bok hastalığının tedavisinde kullanılabilirler. Fetal kök hücreler, kök hücrelerin göbek kordonundan elde edilebilen türüdür. Erişkin kök hücreler ise, erişkin dokularda bulunan ve tam farklılaşmamış türden kök hücrelerdir. Bunlar,

¹³ Quaas, Michael / Zuck, Rüdiger: *Medizinrecht – Öffentliches Medizinrecht – Pflegeversicherungsrecht – Arzthaftpflichtrecht – Arztstrafrecht*, 2. vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2008, § 68, Rdnr. 92.

¹⁴ TÜBA Raporları (7), 9-10.

¹⁵ '... *Totipotent* kök hücreler, bölünmeye elverişli, farklılaşmayan, yani insan üzerinde gelişimini gerçekleştirebilen türden hücrelerdir...' (Quaas / Zuck, *Medizinrecht*, § 68, Rdnr. 90 ; TÜBA Raporları (7), 9.

¹⁶ Bunun için bkz.: *Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuk Boyutuna İlişkin Rapor Taslağı*, Türkiye Biyoetik Derneği-Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu, Hazırlayanlar: Şefik Görkey, Nüket Kutlay, R.Tamay Başaşağaç Gül, Tolga Güven, Gürkan Sert, Can Erzik, Mukadder Gün, Kasım 2008, 3-12.

¹⁷ <http://www.zellux.net/m.php?sid=71> (08.11.2009).

¹⁸ Quaas / Zuck, *Medizinrecht*, § 68, Rdnr. 91.

organizma yaşadığı sürece kendilerini yenileyebilirler; ancak, her hangi bir hücreye dönüşmezler.

Gen terapisi, teknolojisi ve genom analizinde, yetişkin kök hücrelerin kullanımı tıp etiği ve hukukunda genel kabul gördüğünden, ciddi bir tartışma yaratmamaktadır. Ancak, embriyonal ve fetal kök hücreler üzerinde yapılan tıbbî araştırmalar hukuk ve etik açılarından değişik boyutlarda tartışılmaktadır.

Özellikle, insan kaynaklı embriyonal kök hücreler (*die menschliche embryonale Stammzelle*) söz konusu olduğunda, tıp etiği ve gen hukukunda çok yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Bunun nedeni, bu türden kök hücrelerin fetal ve yetişkin kök hücrelere nazaran çok yönlü ve sınırsız işlevlere sahip olmasıdır¹⁹. Genel olarak, kök hücrelerin temel işlevsel özelliğinin, insandan embriyon keseciği olarak ifade edilen kabarcıkların (*blastocyst*)²⁰ insan yumurtasının döllenenmesinden itibaren alınabilme yeteneğini taşıdıkları ve kendi başlarına tam bir insan organizmasına dönüşemeyen çok potansiyelli hücreler olduğu bilinmektedir. Bunlar, hasarlı organ ve dokuların fizyolojilerini düzeltmek veya iyileşmelerini çabuklaştırmak işlevini yerine getirirler. Bu temel işlevi gerçekleştirmek amacıyla, kök hücrelerden üretilmiş yeterli sayıda normal hücre kolonisi, hasarlı organ ve doku içerisine yerleştirilir ya da uygun yapıdaki kök hücreler, yeniden yapılanmak üzere hasta organ ve dokunun yerine konulmaktadır.

b) Embriyonal Kök Hücrelerin Alınması-Taşınması (İthal)

Aktarım (ithal, nakil) amacıyla kullanılacak olan embriyonik kök hücrelerin elde edilme yöntemi hukuken önemlidir. Zira, embriyonik kök hücrelerin elde edilme yöntemlerinde birbirinden çok daha farklı tekniklerin kullanımı söz konusudur. Farklılık yaratan bu durum ise, kök hücre araştırmalarının hukuksal sınırını gösteren özel kuralların konulmasında belirleyicidir. Buna göre, embriyonik kök hücre ya tüpte (*in vitro*) döllenmeyle geliştirilmiş ve ihtiyaç fazlası olarak görülebilen embriyonlardan ya da istem üzerine sonlandırılmış gebeliklerdeki embriyondan elde edilmektedir²¹. Bu bağlamda, tüp bebek uygulamalarına yönelik olarak embriyonik kök hücre elde edilmesine izin verilmesi mümkün görülmekte iken; tedavi amaçlı kürtaj uygulamaları sonucunda elde edilecek kök hücre örneklerinden yararlanılmasının engellenmesi gerektiği hususu önemle belirtilmelidir.

III. Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler: Embryonenschutzgesetz (ESchG) ve Stammzellgesetz (StZG)

Embriyonun yasal statüsü ve hukuksal bakımdan korunması, özellikle de insan embriyosu üze-

¹⁹ TÜBA Raporları (7), 26.

²⁰ *Blastosit* (embriyo keseciği, *blastocyst*), insan yumurtasının, döllenenmesinin yaklaşık 5-6 gün içerisindeki durumuna verilen addır. Karşılaştırmalı hukukta, bazı ülke yasaları (örneğin, İskoçya, İsveç, Danimarka, Finlandiya ve Hollanda gibi) tedavi amaçlı olmak üzere, embriyonun döllenenmesinden itibaren 14. güne kadarki dönemde (embriyo öncesi dönem) kullanılmasına izin verilmekte; 14. günden sonraki aşamada ise, embriyo hukuksal korunma altına alınmaktadır. Ancak, bazı ülkelerde (örneğin, Norveç ve İrlanda gibi) embriyonlar üzerindeki tıbbi araştırmalara kesin yasal yasakların konulmuş olduğu da bilinmektedir. **Rosenau**, Henning, *Embryonenforschung und therapeutisches Klonen nach der Biomedizin-Konvention des Europarates*, KHUKA 2(2005), Kurucu Yayın Kurulu: Doç.Dr. İlyas Doğan – Doç. Dr. Ramazan Yıldırım – Doç.Dr. Hakan Hakeri, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, 131-132.

²¹ TÜBA Raporları (7), 12.

rindeki kök hücre araştırmalarının etik ve hukuksal boyutu konusunda, Alman kamuoyunda ve konu ile ilgili çevrelerde yoğun tartışmalar yaşanmıştır²². Bu tartışmaların sonucunda, insan kaynaklı embriyonal kök hücrelerin alınması ve kullanılması (ithali ve nakli) hususlarını düzenleme amacı güden embriyonun korunması tasarıları²³ izlenmesi gerekli yasama süreçleri tamamlandıktan sonra, Alman Federal Meclisi tarafından kabul edilmiştir²⁴. Bu süreçte ortaya çıkarılan ve 1990 yılından beri yürürlükte olan Embriyo Koruma Yasasında (§8 II ESchG) yer bulan '*kendi başına gelişme yeteneğine sahip embriyo*' (*sich zu einem Individuum entwickeln können*) ifadesinden hareketle, embriyonal kök hücre araştırmalarına yasal dayanak oluşturma fikri dahi ileri sürülmüştür²⁵. Bu temel yaklaşıma göre, gelişme yeteneği olan embriyo ile kastedilen, tüp bebek elde etmek amacıyla yönelik kullanılan ve sayıca en fazla üç olan embriyo tipidir. Bu suretle, yapısal yönden zayıf güçteki veya işe yaramaz embriyolar yasanın korunma kapsamı ve uygulanma alanı dışında bırakılmıştır. Bu durumda, tüp bebek elde etme amacı dışında, sayıları üçü aşan embriyolar ana rahminde bağımsız gelişemeyeceğinden, bu özel yasanın mutlak yasaklarına tabi tutulmaması ve bunlar üzerinde tıbbi araştırmalar yapılabilmesi gerektiği ifade edilmelidir

Yukarıda sözü edilen 13.12.1990 tarihli embriyonun korunması yasası (*ESchG: Embryonenschutzgesetz*)²⁶ ile birlikte, 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve özgün kurallar içeren 28.06.2001 kabul tarihli kök hücre yasası (*StZG: Stammzellgesetz*)²⁷ da Almanya'da önemli birer pozitif hukuk kaynağı olarak halen yürürlüktedir. Aşağıda, genel olarak Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz:GG*) konuya ilişkin pozitif temel düzenlemesi belirtildikten sonra, söz konusu bu özel yasaların sistematiği ve içeriği hakkında önemli bazı açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın konuya ilişkin hükümlerinde (Art. 1-5 GG), diğer anayasal haklarla da bağlantılı olarak, devletin pozitif hukuk sistemi ve temel normatif değer hükümleri açık bir biçimde belirlenmiştir.

Embriyonun korunmasına ilişkin yasada, esas itibariyle, yapay döllemeye ve insan embriyonlarının kullanımını düzenlemeye yönelik özel kurallar öngörülmektedir. Bu bağlamda, Yasa, insan yaşamının ana rahmine düşme ile birlikte başlayan ilk başlangıç anından itibaren korunması amacını gütmektedir. Keza, bu koruyucu özel yasa (*ESchG*) ile birlikte, embriyonlar ve totipotent türü kök hücrelerden alınmış; ve bağımsız birey olarak geliştirilmeye elverişli yapıya sahip bir embriyo arasında hukuksal anlamda tam bir ayniyet ilişkisi kurulmuş olmaktadır.

Yasanın birinci paragrafı hükmünde (§1 ESchG), embriyonların tıbbî üretim amaçlı kötüye kullanımlardan hangilerinin ceza yaptırımına bağlı tutulacağı sayılmaktadır. Özellikle, bu durumlar arasında, örneğin, sperm hücrelerinin gebelik sonucunu yaratma dışında kalan başka bir amaçla yapay dölleme işlemine konu yapılması sayılmaktadır (§ 1 Abs. 1, Nr. 2). Ayrıca, bir

²² Alman Federal Meclisi Kök Hücre Alt Komisyonu Raporu (Deutscher Bundestag: Enquête-Kommission, *Recht und Ethik der modernen Medizin:Stammzellforschung und die Debatte des Deutschen Bundestags zum Import von embryonalen Stammzellen*), (2002), S. 121 f.; Federal Tabip Odası Merkezi Etik Kurulu Yayını (*Zentrale Ethik-Kommission bei der Bundesärztkammer, DÄBl.*), 2001, A-3249.

²³ Bu konuda bkz.: 23.4.2002 tarihli Kök Hücre Yasa Tasarısı, (Bundestags-Drukcs. 14/8846); 27.2.2002 tarihli Kök Hücre Yasa Tasarısı (Bundestags-Drukcs. 14/ 8394).

²⁴ Brewe, 54-57.

²⁵ Lilie, Hans : *Neue Probleme bei der In – Vitro – Fertilisation "Embriyoselektion"?*, 112 vd.

²⁶ Bundesgesetzblatt I, S. 2746 vd..

²⁷ Bundesgesetzblatt I, S. 227 vd..

kadına bir dizi biçiminde taşınabildiği durumlarda da sperm hücrelerinin döllenebileceği yasa-
sada açıkça belirtilmiştir. Bu suretle, yasa koyucu, ana ve çocuğun yaşamlarını tehlikeye so-
kabilecek türden, yüksek ölçülerdeki çoklu gebeliklerin ortaya çıkmasının önlemek istemiştir.
Azami miktarda taşınabilecek embriyon sayısı ise, yasal sayısal üst sınır olarak üç rakamı ile
belirlenmiştir (§ 1 Abs. 1 Nr. 3).

Yasanın ikinci paragrafında (§ 2 ESchG), insan kaynaklı embriyonların hukuk dışı ve ahlaka
de kötü amaçlarla kullanılmasını yasaklayan bir düzenlemenin konusu yapılmaktadır. Bu
hüküm çerçevesinde, embriyon ticareti açıkça yasaklanmıştır (§ 2 Abs. 1). Ayrıca, bir embriyo-
nun ana rahmi (döl yatağı) dışında yeniden bir işleme tabi tutulabilmesi ise, embriyonun ancak
ilk işlemi müteakiben anaya yerleştirilmesi durumunda mümkün ve caiz görülmüştür (§ 2 Abs.
2).

Ayrıca, Alman Kök Hücre Yasası'nın asıl bilimsel tartışmaların odak noktasını oluşturduğu
bilinen insan kaynaklı embriyonal kök hücrelerin ithali ve kullanımı bağlamında, embriyonun
hukuken korunmasını güvence altına almaya yönelik bir yasa olduğu kabul edilmektedir.

Almanya'da kök hücre araştırmalarının temel hukuksal esasları, izlenecek süreç ve yöntem-
ler kök hücre yasasında ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir²⁸. Yasanın temel amacı, embriyonal
kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının yasayla düzenlenmesinde anayasa hukukunun ilke-
lerini kabul etmek suretiyle, bir yandan, insanın yaşam hakkına ve onuruna saygı göstermek
ve bunları korumak; diğer yandan, bilimsel araştırma özgürlüğünü güvence altına almaktır²⁹ (§
1 StZG).

Yasa koyucu, kök hücre yasasının uygulanma alanını, sadece, embriyonal kök hücrelerin
alınması, aktarılması ve kullanılması etkinlikleri ile sınırlı tutmuştur (§ 2 StZG).

Yasanın üçüncü paragrafında (§ 3 StZG), bu yasa anlamında ele alınan belli bazı kavram-
lar (özellikle, en başta *kök hücreler* olmak üzere, *embriyonal kök hücreler*, *embriyonal kök
hücre dizisi*, *totipotent hücre gibi*) tanımlanmaktadır.

Yasal düzenleme kapsamında öne çıkan dördüncü paragraf hükmü gereğince, kural olarak,
embriyonal kök hücrelerin ithal edilmesi ve kullanılması yasaklanmıştır (§ 4 Abs. 1 StZG).

Öte yandan, söz konusu bu özel Yasa, kök hücre çalışmalarını ciddi derecede sınırlayıcı ve
yasaklayıcı kurallar içermektedir. Nitekim, bu amaçlarla yasal düzenleme gereğince, yapılacak
kök hücre araştırmalarında resmi izin kararını verme yetkisi münhasıran kurulan özel bir ko-
misyona aittir. Söz konusu Komisyon, esasen, temel insan haklarının korunmasına dayanan
sebepler çerçevesinde hareket etmektedir. Komisyon'da görev alan yetkili kurul üyeleri disiplin-
lerarası alanlardan temsil olunmakta; sayı itibarıyla de, toplam dokuz üyeden oluşmaktadır.
Komisyon bünyesinde tamamen bağımsız çalışan bu merkez kurulun üyeleri ise, biyoloji, etik,
tıp ve ilahiyat (teoloji) alanlarında uzman bilirkişilerden seçilmektedir. Ayrıca, bu kurul üyelerin-
den dört üye etik ve ilahiyat; beş üye ise, biyoloji ve tıp alanından atanmak suretiyle temsil edil-

²⁸ Quaas / Zuck, *Medizinrecht*, § 68, Rdnr. 95-96.

²⁹ Alman Kök Hücre Yasasının düzenlenme amacı ilgili paragraf hükmünde (§ 1 StZG) şu biçimde belirtilmiştir: "...Dev-
letin, İnsan onuruna ve yaşama hakkına saygı gösterme ve bu hakları koruma, araştırma özgürlüğünü güvence al-
tına alma yükümlülüğü bakımından,

1. Kural olarak, embriyonal kök hücrelerin alınması ve ithalinin yasaklanması;
2. Almanya tarafından, embriyonal kök hücrelerin ticari yollarla kazanılması ya da kazanç elde etme amaçlı em-
briyon üretimi etkinliklerinden kaçınılması ve
3. İstisnai olarak, bilimsel araştırma amaçlı embriyonal kök hücrelerin kullanımı ve taşınmasına cevaz verilmesine
ilişkin koşulların belirlenmesi..."

mektedir. Komisyon, kendi üyeleri arasından bir Komisyon Başkanı ve Temsilci üye seçmektedir (§ 8 StZG Abs.1).

Öte yandan, yasal düzenleme gereği doğrultusunda, 'Kök Hücre Araştırmaları Merkezî Etik Komisyon', Federal Hükümet tarafından üç yıllık bir süreyle görevlendirilmektedir. Komisyon üyelerinin tekrar atanabilmesi mümkün olup, her bir komisyon üyesinin temsilci sıfatıyla atanması söz konusudur (§ 8 StZG Abs. 2).

IV. Türk Hukukunda Yasal Durum

a) T.C. Anayasası (Madde– 17)

7 Kasım 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' üst başlığını taşıyan ikinci bölümünde, kişisel varlığın korunması ve geliştirilmesi, kişi güvenliği ve kişinin kendi geleceğini belirme hakkı (bireysel özerklik) anayasal güvence altına alınmıştır (1982 Anayasası, Madde 17)³⁰. Bu bağlamda, anayasa koyucu tarafından, insanın yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması temel alınmış ve her bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Özellikle, Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasında, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin, sadece tıbbi zorunluluklar ve yasada belirtilen durumlar gerçekleştiğinde söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm sayesinde, insanların rızası dışında bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı yazılmak suretiyle, insanın onuruna saygı ve yaşama hakkının korunması amacıyla temel anayasa güvencesi sağlanmış olmaktadır. Bu durumda, Türk anayasa hukuku yönünden, insan üzerinde gerek salt bilimsel amaçlı kök hücre araştırmaları gerekse embriyonsal kök hücre üretimi ve kullanılmasına yönelik çalışmalarda kişilik hakkının hukuksal korunmasında anayasal dayanağın oluşturulmuş olduğu kolaylıkla kabul edilebilir.

b) Organ ve Doku Nakli Hakkındaki Yasa

Türk pozitif hukukunda bilindiği gibi, organ aktarma (transplantasyon) konusunu değişik açılardan düzenleyen 2238 sayılı özel bir yasal düzenleme yürürlükte³¹. Uygulamada, kısaca 'Organ Nakli Yasası' (ONY) olarak da ifade edebileceğimiz bu özel yasa çerçevesinde, modern transplantasyon tıbbındaki gelişmelere de paralel olarak, canlı ya da ölüden organ ve dokula-

³⁰ 1982 Anayasası'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı ikinci bölümünde yer alan 17. madde hükmü :

"I. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı

MADDE 17.– Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

(Değişik: 7.5.2004-5170 / 3 md.) *Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."*

³¹ 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı Yasanın özgün adı, 'Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun' biçimindedir. Bu özel yasada, daha sonradan 21.01.1982 tarih ve 2594 sayılı Yasa ile, 2238 sayılı Yasanın 14. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü değiştirilmek; ayrıca, yine söz konusu bu madde hükmüne bir fıkra hükmü daha eklenmek suretiyle, kısmî de olsa bir yenilenme yapılmıştır. Bu yasanın tam metni için bkz.: 03.06.1979 tarih – 16655 sayılı Resmî Gazete.

rın alınması, saklanması, aşılması ve nakli işlemleri gerçekleştirilmektedir. Yasa koyucu, söz konusu bu yasada, insanlararası organ aktarımını temel almak suretiyle, “canlı vericiden organ aktarma” ve “ölü vericiden organ aktarma” olmak üzere iki türünü düzenlemiştir. Bu bakımdan, canlı bir insandan alınacak bir organın gereksinimi olan bir başka insanın bedenine yerleştirilmesi ile vericisi bir ceset olan organ aktarma arasında, gerekli yasal koşullar arasında önemli farklar aranmaktadır. Hem canlı vericiden hem de ölü vericiden organ aktarmanın hukuka uygun olabilmesi için bu yasal koşulların gerçekleşmesi gerekir. Yasa sistematigi içerisinde, canlı vericiden organ aktarma için aranan yasal koşullar, ölüden organ aktarımına göre daha ağır tutulmuştur. Buna göre, canlıdan organ aktarımının hukuka uygun olabilmesi için, şu yasal koşullar aranmaktadır: 1) Organ aktarmanın tedavi amacına yönelik olması, 2) 18 yaşını tamamlamış olan canlı vericinin rızasını açık ve geçerli bir biçimde açıklaması, 3) Canlı vericinin aydınlatılmış bulunması, 4) Verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı yönünden ortaya çıkabilecek tehlikelerin ortadan kaldırılması için gerekli tıbbi tahlillerin mutlaka yapılması (2238 sayılı ONY, md. 3-9). Ölüden organ aktarılabilmesi için ise, tıbben beyin ölümü geri dönülemez biçimde gerçekleşmiş olan bir kişinin sağlığında, vücudunun tamamını ya da belirli organ veya dokularını, teşhis, tedavi ya da bilimsel amaçlarla bıraktığını açıklamış olması gerekir. Ancak, ortada böyle bir ölüme bağlı organ aktarımı açıklaması yoksa, ölenin yanında bulunan yakınlarından birinin izniyle ölüden organ alınabilir. (ONY. md. 14)

2238 sayılı Yasa (ONY), kök hücre nakli yönünden tek yasal dayanak olarak görülmesi bakımından ciddi önem taşımaktadır. Buna karşılık, bu yasanın çıkartıldığı tarihte tıbbi araştırmalar ve gen tekniği uygulamalarının düzeyinin günümüze kadar uzanan süreçte yaşanan gelişmeler karşısında, kapsam ve içerik açısından yetersiz kalması kaçınılmaz olmuştur. Zira, özellikle kök hücre araştırmalarında ulaşılan bilimsel gelişme düzeyi dikkate alındığında, gerek kök hücre araştırmalarına özgü temel kavramların içeriğinin anlaşılması gerekse embriyonsal kök hücre üretimi, alınması ve nakline bağlı etik ve hukuk sorunları, yaşanan modern değişimler sonucunda güncel bir hal almıştır.

c) Türkiye’de Kök Hücre Araştırmaları ile İlgili Hukuksal Çabalar

Ülkemizde, genel olarak kök hücre araştırmalarına etik ve hukuksal zemin oluşturabilecek nitelikte temel ilkeler ve pozitif düzenlemeler henüz tam bir açıklık kazanmış değildir³². Ancak, hem bilimsel etkinliklerde hem de resmî çalışmalarda izlenen stratejik süreçlerde ne yazık ki koordinasyon ve işbirliğinin sağlanamaması karşısında, verimli ve başarılı sonuçlar elde edilememektedir.

Bu bağlamda, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) tarafından, 4 Kasım 2004 tarihinde kök hücre araştırmalarının yasal düzenlemeye gidilmesi konusunda ciddi bir önlem uyarısı yapılmıştı. Bu uyarıyı içeren resmî bir raporu, söz konusu Akademi bünyesinde oluşturulan ‘TÜBA Kök Hücre Araştırmaları Çalışma Grubu’ hazırlamıştır³³. Bu raporda aynen yer alan şu cümleler çok dikkat çekicidir: “Ülkemiz, yaşam bilim ve teknolojileri alanlarında ulaştığı birikimin ve ilerici konularda yürütülen araştırmalara yönelik olarak toplumumuzun genelde sergilediği anlayışlı, akılcı ve hoşgörülü tutumun ışığında (son dönem tüp bebek ve doğum öncesi tanı uygulamalarında toplumumuz gerçekten uygun bir tavır sergilemiştir), kök hücre araştırmalarında

³² Kök hücre çalışmalarına biyotıp ve etik bağlamındaki yaklaşımları için bkz.: Aydın, Erdem: *Kök Hücre Çalışmalarında Etik*, Hacettepe Tıp Dergisi, 2005; 36 (4): 198-202.

³³ Söz konusu bu rapor için bkz.: <http://www.tuba.gov.tr/haber.php?id=155>. (12.12.2009).

ciddi bir atılım yapmak için uygun bir konumda gözükmektedir. Karar vericilerin kök hücre araştırmalarına kaynak ve insan gücünü odaklayabildikleri ölçüde ülkemizin, Batıdaki tartışmalardan doğan boşluğu, Güney Kore örneğinde olduğu gibi, doldurabilmesinin ve stratejik bir alanda önüne çıkan bir fırsatı gerektiğince değerlendirerek öne çıkmasının mümkün olacağına inanıyoruz...". Çalışma grubunun hazırladığı söz konusu bu rapordan aynen alınan ifadelerden de açıkça anlaşıldığı gibi, kök hücre araştırmalarında, insan onuru, yaşamı ve sağlığının korunması sürecinde, etik ve hukuksal açılardan sağlam pozitif dayanakların temel alınması sonucunda kuşkusuz çok yönlü yararlar elde edilebilecektir.

TÜBA tarafından yapılan bu akademik çalışmadan ayrı olarak, T.C. Sağlık Bakanlığı'nın, yukarıda da belirtildiği gibi³⁴, kök hücre konusunda etik ve hukuksal zemin oluşturma amacına yönelik çabaları olmuştur. Bu yönde olmak üzere, Sağlık Bakanlığının çıkarttığı ilk genelge, embriyonik kök hücre araştırmalarıyla ilgilidir. Diğer genelge ise, genel olarak kök hücre çalışmalarına ilişkin uyulması gerekli usul ve esasları belirlemeye yönelik olmuştur³⁵.

Embriyonik kök hücre araştırmaları konusu ile ilgili ilk genelgede, öncelikle, kök hücrelerin tıpta kullanımı konusunda dünyada ve ülkemizde halen yoğun araştırmaların olduğuna işaret edilmiştir. Bu genelgede, kök hücre araştırmalarıyla ilgili sonuçların, birçok hastalığın tedavisi hakkında gelecek için umut verici olmakla beraber, kullanılan kök hücrenin kaynağına bağlı olarak farklı tartışmaların gündeme geldiği vurgulanmaktadır. Genelgede, somatik kök hücre nakli ile tedavi konusundaki araştırmaların dünya genelinde kabul görmekte iken; embriyondan elde edilen kök hücrelerin kullanılması konusunda hukuksal ve etik açılardan ciddi tartışmaların yaşandığı hususu üzerinde durulmaktadır. Ayrıca, adı geçen genelgede, embriyonik kök hücre araştırmalarının, çağdaş bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin sonuçlandırılması amacıyla çalışmaların sürdürüldüğü ve ülkemizde kök hücre çalışmalarının AB mevzuatına uyumu kapsamında, hukuksal, kültürel ve etik yönleriyle ele alındığı da ifade edilmiştir.

Kök hücre çalışmalarına yönelik ikinci genelgeye ek olarak yer alan '*Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuz*'unda ise, kök hücre araştırmalarında uyulması gerekli yöntem ve esaslar çerçevesinde önemli bazı koşullar getirilmektedir. Söz konusu Kılavuz, klinik amaçlı ve embriyonik olmayan kök hücre kürce çalışmalarını düzenleme amacını ortaya koymakta ve deneysel tedavi girişimleri ile ilgili çalışmalar için aşağıdaki koşulları getirmektedir:

- a) Benzer çalışmanın öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması;
- b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması;
- c) Çalışmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması.

Buna göre, kök hücre çalışma sonuçlarını içeren bir rapor düzenlendikten sonra, Bakanlığa bildirilmelidir. Altı aylık bir çalışma döneminin sonucunu gösteren gelişme raporlarının da bildirilmesi gerekli olan söz konusu bu raporda, kök hücre kaynağı, miktarı, uygulama yolu dahil diğer verilerin ayrıntılı olarak belirtilmesi zorunludur. Keza, Genelge uyarınca, hastada ciddi yan

³⁴ Bunun için bkz. makalenin dipnot 8-9 metinleri.

³⁵ Doğan, 283 vd..

etkilerin veya ölüm durumunun ortaya çıkması halinde, yedi gün içinde sebeplerine yönelik bilgilerle, komplikasyonların ayrıntılı dökümü Bakanlığa bildirilmesi gerekmektedir.

Genelge, klinik kök hücre çalışması tamamlanıp, sonuçları bilimsel bir ortamda veya hakemli bilimsel bir dergide yayınlanmadıkça, söz konusu çalışma ile ilgili verilerin kamuoyunu yönlendirecek/yanıltacak biçimde açıklanmasını yasaklamaktadır.

Ayrıca, söz konusu Genelge'de, hasta hakları ve insan onuruna saygının bir gereği olarak, hastalarla ilgili bilgilerde mahremiyet hakkının gözetilmesi ve tıp etiğine uyulması esası da öngörülmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Türk hukukunda, kök hücre araştırmalarını düzenleyen her hangi bir temel yasa düzenlemesi henüz çıkarılmamıştır. Yasal çerçevesi henüz çizilmediği halde, Sağlık Bakanlığı tarafından Genelge ve ekli Kılavuz ile konunun düzenlenmesi, hiyerarşik kural zincirini izleme yöntemi ve yasama tekniğine aykırı bir durumdur. Bu nedenle, anayasal ve yasal temelde kök hücre araştırmalarını ve tedavi uygulamalarını düzenleme yoluna mutlaka gidilmelidir. Bu bağlamda, bir yandan, insan onurunu ve temel yaşam hakkının sınırlarına uygun olarak kişilik haklarının korunması; diğer yandan, tıbbi araştırma özgürlüğünün usul ve esaslarının sağlam hukuksal güvenceye kavuşturulması zorunludur³⁶.

Türkiye'de embriyonal kök hücre çalışmalarında pozitif hukuk dayanağı olarak belirtilmesi gereken önemli bir düzenleme de, ÜYTE (*Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği*)'dir³⁷. Bu yönetmeliğin 17. maddesine eklenmesi tasarlanan bir fıkra hükmü dikkat çekicidir. Embriyonik kök hücrelerin tedavi amaçlı kullanımını için gerekli koşulları göstermeye yönelik tasarlanmış olan bu fıkra hükmünde öngörülen düzenleme şu biçimdedir: "*Eşlerden alınan fazla embriyo başlangıçta izin vermişlerse ve süre dolduktan sonra herhangi biri tarafından aksine bir beyanda bulunulmadığı takdirde, beş yıllık süre sonunda etik sınırlar içinde kalarak embriyonik kök hücre araştırma / tedavi amacıyla kullanılabilir. Yapılacak araştırma insan embriyosu üretmeye dönük olamaz. Embriyonun araştırma amacıyla kullanılabilmesi için araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan uygunluğunun bilimsel bir kurul tarafından önceden gözden geçirilerek kabul edilmesi ve Sağlık Bakanlığının onayı zorunludur.*" Normatif düzenleme öngörme amacı güden bu pozitif hukuk kaynağı temelinde, insan üretimi (kopyalanması, klonlanması) amacıyla kök hücre kullanımını yasaklayan söz konusu ÜYTE adlı *Yönetmelik*'te gerçekleştirilen bir değişimle birlikte, eşlerden her birinin rızasıyla, embriyonun bir başka kadında kullanımına dahi izin verilebilmektedir. Ancak, tedavi amaçlı kök hücre kullanımı için, öngörülen beş yıllık süre dolduktan sonra, sadece çocuk elde edilmesiyle sınırlı olarak, kök hücre oluşturulması amacına yönelik kullanımlara izin verilmiş olduğu hususunu da ayrıca belirtmek gerekir³⁸.

³⁶ Doğan, *Menschenwürde*, in: KHukA. (2005) 2, 284-285.

³⁷ Söz konusu bu Yönetmelik (ÜYTE), esas olarak, 21 Ağustos 1987 tarih ve 19551 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; ancak, sırasıyla: 19 Kasım 1996 tarih ve 22822 sayılı Resmi Gazete'de, 11 Ocak 1998 tarih ve 23227 sayılı Resmi Gazete'de, 28 Ocak 1998 tarih ve 23244 sayılı Resmi Gazete'de, 31 Mart 2001 tarih ve 24359 sayılı Resmi Gazete'de ve 08 Temmuz 2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan şekilleriyle değiştirilmiştir. (<http://www.saglik.gov.tr>).

³⁸ Bu konudaki ayrıntılı açıklama için bkz. ve krş., Cin, Onursal: *Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması*, Hukuki Yorum ve Haber Dergisi HPD, Sayı: 5, Aralık 2005, 31 vd..

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Biyo-teknoloji ve gen etiği alanlarında görülen sürekli modern tıp araştırmaları sonucunda gerçekleşen ve esasen de, canlı bir insan organizması yaratma yetkinliğine sahip olan kök hücrelerin, üretilip çoğaltılabilmesi etkinliği, yakın geçmişimizin en ileri düzeydeki gelişmelerinden biri olarak bilimsel araştırmalar gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle, kök hücre araştırmalarının, her türlü hastalığın tedavisinden öte, insanların kopyalanmasına kadar varabileceği korkusu, kişi olmaya aday embriyonun, hukuksal statüsünün belirlenmesi ve insan haklarının bir boyutu olarak yasal temelde korunmasını zorunlu kılmaktadır. İşte, mevcut bu durum, karşılaştırmalı ulusal hukuk düzenlerinde ve uluslararası hukukta, yoğun tartışmalara konu olan insan kaynaklı embriyonal kök hücre araştırmalarına, insan onurunun ve bireysel kişilik haklarının korunması amacıyla önemli bazı hukuksal sınırların getirilmesine neden olmaktadır.

Başta A.B.D ve İngiltere olmak üzere, Kıta Avrupası ülkeleri arasında, embriyonun hukuken korunması ve kök hücre araştırmaları konusunda farklı yasal düzenlemelere rastlanmaktadır.³⁹ Örneğin, İngiltere’de embriyo üzerinde çalışmalarla ilgili olarak, ‘İngiliz Döllenme ve Embriyoloji Denetim Dairesi’, erken embriyo döneminde (döllenmenin 14. gününden sonra) hukuksal denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Buna karşılık, Avusturya, Norveç ve İrlanda’da embriyonun biyo-teknolojik yöntemlere dayanan çalışmalara konu yapılması açıkça yasaklanmıştır. Keza, Almanya’da da, ABD⁴⁰ ve İngiltere’den farklı olarak, embriyo çalışmaları doğrudan insan onuru ve temel yaşam hakkı ile bağlantılı ele alınmıştır. Alman yasa koyucusu, ‘Kök Hücre Yasası’ ve ‘Embriyo Koruma Yasası’nda embriyo, döllenme anından itibaren koruma altına almakta ve bu yasalarda insan onurunu ve temel yaşam hakkını korumaya yönelik önemli yasaklar getirmektedir. Gerçekten, Alman Embriyo Koruma Yasası’nda, tedavi amaçlı kopyalamayı açıkça yasaklayan bir kural yer almaktadır. Ancak, kök hücre çalışmalarına ve embriyonal kök hücre araştırmalarına kısmen de olsa izin verilmektedir. Özellikle, Alman Kök Hücre Yasası’nda, embriyonal kök hücrelerin alınması ve kullanılmasına ilişkin olarak ayrıntılı kurallar öngörülmüştür.

İnsan embriyosu üzerinde yapılacak biyo-teknoloji çalışmalarının ve tıbbi araştırmaların etik ve hukuksal açılardan çok tartışılabilir ve hassas yönleri bulunmaktadır. Bu nedenle, özellikle, yasal sisteme uygunluk taşıma koşuluyla, embriyonal kök hücreler konusundaki tıbbi araştırmalarla ilgili olarak, usul ve esas yönünden yasal koşullar getirilmesi, insanın onuruna saygı ve temel yaşam hakkının korunması temelinde olması gereken uygun ve pozitif bir çözümdür. Bu bağlamda, embriyonal kök hücre çalışmaları ile ilgili yasal çerçevenin belirlenmesinde, üç önemli noktaya dikkat etmek gerekir. Bunlar:

- Ana rahmi içerisindeki döllenmiş yumurta hücresinin (embriyo, fetus) hukuksal konumunun henüz doğmamış insan olarak kabulü;

³⁹ Avrupa’daki karşılaştırmalı yasal duruma ilişkin genel bakış konusunda bkz.: Rosenau, KHUKA (2005) 2, 133-134.

⁴⁰ Amerika Birleşik Devletleri (ABD.)’nde, 2001 yılında kök hücre araştırmaları ile ilgili olarak kısıtlayıcı nitelikteki şu temel ilkeler kabul edilmiştir: – Embriyonik kök hücre elde etmek amacıyla geliştirilmiş yöntemlerden sadece tüp bebek uygulamaları kullanılabilir. – Mevcut 65 adet kök hücre dizisine yenileri eklenemez. – Gebelik süresince gelişen sağlıklı bir canlının dokularının embriyonik kök hücre elde etmek için kaynak olarak kullanılamaz. – Kök hücre araştırmalarından önce, mutlaka embriyo sahibi ve vericilerden bilgilendirilmiş yazılı onay alınmalıdır. – Erişkin kök hücreler ve kordon kanı kök hücreleri üzerinde tıbbi araştırma çalışmalarının yürütülmesi desteklenmelidir. – Özellikle, embriyonik kök hücrelerin klonlanması ve kök hücre vericisi embriyo üzerindeki araştırmalar devletin ilgili resmi kurumunun denetimi ve gözetimi altında desteklenmez. (TÜBA Raporları – 7, 19-20).

- Ana rahmi dışındaki embriyonların tıbbi araştırma amaçlı kullanımına izin verilebilmesi;
- Doğal yöntemler dışında salt araştırma amaçlı embriyon oluşturulamaması.

Türk gen ve tıp hukukunda, genelde sōmatik gen tedavilerine; ōzelde ise, kōk hūcre arařtırmalarına baēlı hukuksal sorunların, mutlaka yasal temelde hukuksal çōzömlere kavuřturulması gerekir. Őlkemizde bu konuda yařanan sūrecin, Dūnya'da gen ve kōk hūcre tedavilerindeki mevcut biyoteknolojik uygulamalar ve bilimsel ilerleme dūzeyi gōz ōnünde tutulduēunda, ne bilimsel etik ne de pozitif hukuksal temeller bakımından, henūz olması gereken durumda bulunmadıēı gōzlenmektedir. Őzellikle, embriyonsal kōk hūcrelere yōnelik teorik arařtırmaların ve pratik uygulama alanlarının tıp etiēi ve gen hukuku yōnünden aēıklıēa kavuřturulmasına acilen gereksinim vardır. Bu amaēla, ulusal ōzerk yapısı olan bir 'Tūrkiye Kōk Hūcre Arařtırma ve Uygulamaları Kurulu' daha fazla zaman geēirilmeden mutlaka yasal temelde oluřturulmalıdır. Őrneēin, Almanya'daki yasal sisteme paralel olarak, sōz konusu bu Kurula tanınacak hukuksal yetkiler çerēevesinde, ařaēıdaki yasal gōrevleri yerine getirmesi ōdevi yūklenebilir:

- Her tūrlū kōk hūcre arařtırmalarının plan ve projelerinin yapılması, izninin verilmesi ve denetlenmesi konularına iliřkin usul ve esasların belirlenmesi;
- Őzellikle, embriyonsal kōk hūcre araştırmalarının etik ve hukuksal yōnleri ile ilgili temel kavramsal çerēveyi gōsteren tanımlayıcı ve yorumlayıcı kuralların somutlaştırılması;
- Biyoteknolojik kurum ve kuruluřlara gen hukukuna ōzgū her tūrlū danıřmanlık hizmetinin verilmesi;
- Kōk hūcre arařtırmaları ve uygulamaları konusunda ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluřlarla iletiřimi saēlama ve Őlkemizin temsil edilmesi.

Yukarıda belirtilen Kurul'un geniř tabanlı temsil esasına dayandırılmak suretiyle, Saēlık Bakanlıēı, Tūrkiye Bilimler Akademisi (TŪBA), ūniversitelerin 'Biyoteknoloji Enstitūleri' ve ilgili kurum ve kuruluřlardan temsilcilerden oluřturulmalıdır. Ayrıca, bu ulusal kurulun temsilcilerinin, tıp, hukuk, etik, felsefe ve ilahiyat alanlarında genetiēi konularında uzmanlařmıř kiřiler arasından seēilmeleri gerekir.

Sonuç olarak belirtilmelidir ki; ileride yapılacak bir yasama faaliyetinde, embriyonsal kōk hūcre arařtırmaları ve teknolojisi konusunda ileri sūrūlen gōrūřlerin hukuksal dayanaēı ne olursa olsun, karřılařtırmalı hukuktaki yasal dūzenlemeler gōz ōnünde tutulmalıdır. Bu suretle, Őlkemizde artık daha fazla zaman geēirilmeden, en bařta uygun ve sistemli bir ōzel yasanın çıkarılması olmak ūzere, gerekli tūm pozitif hukuk dūzenlemeleri mutlaka gerēeēleştirilmelidir.

Ethische Aspekte bei der Setzung von Therapiezielen

*Leonore Kottje-Birnbacher**
*Dieter Birnbacher***

* Düsseldorf

** Philosophisches Institut Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Dieter.Birnbacher@uni-duesseldorf.de

Ethical Aspects Set for the Main Goals of Psychotherapy

Summary

The contribution argues that ethical reflection on the aims of psychotherapeutical treatment should become a standard component of therapeutical practice. Since type, direction and depth of psychotherapeutical treatments are neither self-evident nor given by generally accepted social definitions of mental health an explicit agreement between therapist and patient on the aims of treatment is called for. This presupposes that the therapist has gained a clear understanding of the values and norms of the patient as well as of his own personal values and the values implicit in his favoured therapeutical approaches. Both the service model (according to which the aims are primarily set by the patient) and the paternalistic model (according to which the aims are primarily set by the therapist) are rejected in favour of a consensus model according to which patient and therapist lay open their respective values, weigh the pros and cons of alternative approaches and agree on a definition of aims acceptable to both. Four criteria are specified which should be observed in this process.

Keywords

Aims of therapy, ethics

Der Wertpluralismus und die Aufgabe der Ethik

Anders als den meisten Bereichen der somatischen Medizin sind die Ziele der Psychotherapie nicht eindeutig vorgegeben. Zwar gelten die primären Ziele der somatischen Medizin, Heilung, Linderung und Prävention, auch als Ziele der Psychotherapie. Aber im Vergleich zur somatischen Medizin sind in der Psychotherapie Art, Richtung und Tiefe der heilenden, lindern- den und präventiven Bemühungen weniger durch "die Natur der Sache" bzw. durch allgemeingültige gesellschaftliche Normen fixiert. Eine allseits verbindliche Definition von seelischer Gesundheit, "richtigem" Leben und psychischer Lebensqualität ist bei dem in unserer Gesellschaft herrschenden Wert- und Normpluralismus kaum möglich, noch weniger als entsprechen-

de Definitionen von körperlicher Gesundheit, gesunder Lebensführung und körperlichem Wohlbefinden.

Entsprechend groß ist die Unsicherheit darüber, welche Ziele und Erfolgsmaße für die Psychotherapie angemessen sind, und Konflikte zwischen den Zielbestimmungen der verschiedenen beteiligten gesellschaftlichen Gruppen, Patienten, Therapeuten, Angehörige und Kostenträger sind vorprogrammiert. Während in der somatischen Medizin die Ziele der verschiedenen Gruppen gewöhnlich konvergieren, insofern in der Regel alle ein Interesse an der Wiederherstellung der körperlichen Funktionsfähigkeit haben, weichen in der Psychotherapie die Ziele der verschiedenen Gruppen öfter voneinander ab. Während den Patienten zumeist an Symptombeseitigung bzw. -linderung und Wiederherstellung des subjektiven Wohlbefindens gelegen ist, geht es den Therapeuten darüber hinaus möglicherweise um Ziele der Persönlichkeitsentwicklung und Beziehungsgestaltung, den Arbeitgebern und Krankenkassen möglicherweise um die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit. Diese Ziele sind in der Praxis nicht zwangsläufig unvereinbar. Aber faktisch ergeben sich immer wieder Konflikte: Therapeuten fühlen sich nur wenig an die Wünsche der Patienten gebunden, wenn diese ihnen unvernünftig erscheinen; Patienten sind nicht unbedingt an einer so tiefgreifenden Persönlichkeitsveränderung interessiert, wie sie den Therapeuten vorschwebt; die Krankenkassen wollen keine Therapie bezahlen, die lediglich der Steigerung des Wohlbefindens oder der Persönlichkeitsentwicklung Gesunder dient.

Je tiefgreifender und unauflöslicher die Konflikte zwischen konkurrierenden Wertorientierungen, desto lauter gewöhnlich der Ruf nach Ethik als einer vermeintlich eindeutigen und verbindlichen Urteilsinstanz. Diese Erwartung ist nicht nur unerfüllbar, sie wurzelt ihrerseits in einem ethisch bedenklichen Autoritätsdenken. Weder kann die Ethik eine Garantie dafür geben, daß ihre Antworten die "richtigen" sind, noch kann sie, ohne ihre eigenen Voraussetzungen zu verraten, dem verbreiteten Verlangen nach "Orientierung" nachkommen. Ethik ist kein elitäres, sondern ein zutiefst demokratisches Unternehmen. Sie stützt sich nicht auf höheres Wissen, sondern auf dieselbe "gemeine Menschenvernunft", die im Prinzip jedermann zu Gebote steht, und kann das Selbstdenken allenfalls anleiten, nicht ersetzen. Was man von der Ethik erwarten kann, sind keine verlässlichen Orientierungen im Sinne "ewiger Werte" oder eines unumstößlichen Kanons ethischer Prinzipien, sondern etwas viel Bescheideneres: die Klärung von Problemlagen und möglichen Problemlösungen im Hinblick auf die in ihnen enthaltenen Norm- und Wertgehalte, die Verbesserung des *Verständnisses* und *Selbstverständnisses* hinsichtlich der an Entscheidungen, Zielbestimmungen und Konfliktlösungen beteiligten Normen und Werte und die Bereitstellung der begrifflichen, argumentativen und methodischen Grundlagen für eine offene und rationale Wertdiskussion.

Ein Teil dieser Grundlagen ist die Unterscheidung zwischen drei grundsätzlich verschiedenen Zugangsweisen zu Werten und Normen, von denen jede im moralischen Alltagsdenken eine Rolle spielt und an den individuellen und kollektiven Wertsystemen in jeweils unterschiedlichen "Mischungen" beteiligt ist: die konsequentialistische, die deontologische und die prozedurale.

Der *konsequentialistische* Ansatz begründet moralische Normen und moralische Werte von ihren zu erwartenden Folgen her. Als moralisch richtig gilt ein Verhalten, das möglichst positive Folgen für das als wünschenswert angesehene Ziel hat, und als moralisch gut ("tugendhaft") gelten die Motive, Charaktereigenschaften und Verhaltensbereitschaften, die zum richtigen Verhalten geneigt machen. Da unterschiedliche Zieldimensionen angestrebt werden kön-

nen (subjektives Wohl-befinden, Glück, Leidensminderung, Leben, Schönheit, Erkenntnis, Kultivierung usw.), nehmen konsequentialistische Ethiksysteme außerordentlich vielfältige Erscheinungsformen an. Die bekannteste konsequentialistische Ethik ist der Utilitarismus, der als Kriterium der Folgenbewertung "Glück" oder "Bedürfnisbefriedigung" annimmt und als oberste Norm die Herstellung "des größten Glücks der größten Zahl" postuliert.

Der *deontologische* Ansatz geht von einem anderen Begründungsmodell aus. Nach ihm sind zumindest einige Verhaltensgebote und -verbote unabhängig von den Folgen ihrer Befolgung oder Geltung gültig. Danach ist etwa eine Lüge "an sich" und unabhängig von ihren individuellen und gesellschaftlichen Folgen moralisch falsch (und Verlogenheit "an sich" moralisch schlecht). Eine Position, die sich charakteristischerweise nur deontologisch begründen läßt, ist der Pazifismus, der es verbietet, einen Menschen zu töten, auch wenn dadurch viele andere Menschen gerettet werden könnten. Deontologisch angelegt sind die alttestamentarischen "Zehn Gebote", die für bestimmte typisierte Konflikt-situationen (Aus-sagen vor Gericht, Ehebruch, Verhältnis zu den Eltern usw.) eindeutige und folgenunabhängige Verhaltensgebote und -verbote aufstellen. Im Gegensatz dazu läßt sich das im Neuen Testament dominierende Gebot der Nächstenliebe eher konsequentialistisch deuten.

Der *prozeduralistische* Ansatz ist aus der Not heraus entstanden, angesichts des moralischen Pluralismus zunächst Minimalnormen für eine geregelte Normen-diskussion zu entwickeln. Die prozeduralistische Ethik - ihre bekannteste Variante ist die "Diskursethik" - beschränkt sich darauf, Verfahrensregeln für ein konsensorientiertes Gespräch über Werte und Normen anzugeben, bei der jeder Teilnehmer eine faire Chance hat, seine Wertüberzeugungen und Interessen angemessen geltend zu machen. Während die Diskursregeln selbst zumeist deontologisch - z. B. durch Gleichheits- und Fairneßprinzipien - begründet werden, wird die Begründung konkreter Normen dem Verfahren selbst überlassen. Deshalb ist der prozeduralistische Ansatz anders als die meisten konsequentialistischen und deontologischen Ethikansätze nur begrenzt in der Lage, aus sich heraus konkrete Normen zu begründen.

Deontologische Denkweisen sind charakteristisch für die Gesetzesmoral der monotheistischen Religionen. Rigide, religiös geprägte deontologische Patientennormen provozieren bei Therapeuten, die zu konsequentialistischen Denkweisen neigen, gelegentlich Unverständnis und Irritation. Diese Therapeuten haben z. B. Mühe, Schuldgefühle nachzuvollziehen, die die Patienten wegen der Verletzung von konsequentialistisch schwer begründbaren Verhaltensnormen empfinden. (Warum etwa an einer "unauflöselichen" Ehe festhalten, wenn diese beide Partner nur unglücklich macht und eine verlockende Alternative in Sichtweite ist?) Man sollte aber nicht vergessen, daß deontologische Normen gerade durch ihre relative Starrheit wichtige Stützungs- und Entlastungsfunktionen übernehmen können. Sie vermitteln ein höheres Maß an Verhaltenssicherheit, verlangen keine präzisen Folgenabwägungen und entlasten von schwierigen Überlegungen, ob bedenkliche Mittel zur Erreichung guter Zwecke gerechtfertigt sind.

Zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Therapeut und Patient kann es allerdings nicht nur darüber kommen, *wie* ein bestimmtes Verhalten moralisch zu bewerten ist, sondern auch darüber, *ob* es überhaupt unter moralische Beurteilungskategorien fällt. Was aus der einen Sicht als moralisches Fehlverhalten, Schuld, Sünde, Perversion oder Verbrechen erscheint, erscheint aus der anderen als Krankheit, Störung oder - noch wertneutraler - als Auffälligkeit oder statistische Abweichung. Für Wittgenstein war Homosexualität eine Sünde, für Freud eine behandlungsbedürftige Perversion, für die Psychopathologie lange eine Krankheit, für das

Strafrecht bis vor ganz kurzen noch ein Verbrechen, für viele heute eine mögliche Variante der Sexualität. Ein Alkoholiker kann sich für moralisch schwach halten und sich schämen, er kann sich auch für kriminell halten, weil er sein Geld für Alkohol ausgibt und seine Kinder darunter leiden, oder er kann sich für krank halten und unterschiedliche Theorien darüber haben, ob und wie eine Gesundung möglich ist. In früheren Jahrhunderten hätte er sich der Sünde der Völlerei bezichtigt, gebeichtet und eine Buße auf sich genommen. Je nach Etikettierung des abweichenden Verhaltens kommen unterschiedliche Kategoriensysteme ins Spiel und werden unterschiedliche Zuständigkeitszuweisungen (an Moral, Religion, Recht, Medizin) vorgenommen (vgl. Engelhardt, 1986, S. 157). Die Schwierigkeit anzugeben, welche Etikettierung *richtig* und *angemessen* ist, weckt Zweifel, ob es eine "richtige" Etikettierung hier überhaupt geben kann. Der Therapeut wird unter pragmatischen Gesichtspunkten womöglich gut daran tun, jeweils diejenige Etikettierung zu bevorzugen, die eine befriedigende Problemlösung erlaubt.

Instrumentelle und finale Ziele, unterschiedliche Grade der Zieltiefe

Ein lohnender Gegenstand ethischer Klärungsbemühungen ist zunächst der Begriff "Ziele der Psychotherapie" selbst. Wir unterscheiden zwischen Zielen, die der Erreichung wiederum anderer Ziele dienen, und Zielen, für die das nicht gilt. Einige sprechen im ersten Fall von Zwischen-, im zweiten von *Endzielen* (so Perrez, 1982, S. 460). Diese Terminologie erscheint unrat-sam, weil sie ein *zeitliche* Reihung nahelegt, die nicht in jedem Fall vorliegen muß. Ziele, die als Mittel zum Zweck, und Ziele, die als "letzte" Zwecke angestrebt werden, können durchaus auch gleichzeitig realisiert werden. Wir sprechen deshalb im folgenden bei Zielen, die als Mittel zu anderen Zielen angestrebt werden, von instrumen-tellen, andernfalls von *finalen* Zielen. Die Steigerung der Autonomie eines Patienten ist ein *instrumentelles* Ziel, wenn sie angestrebt wird, um die Symptome des Patienten zum Verschwinden zu bringen, sie ist ein *finales* Ziel, wenn der Patient an dem Mangel an Autonomie leidet, dies also das Problem ist, das behan-delt werden soll. Zwischen instrumentellen und finalen Zielen besteht dabei nur selten ein Ein-zu-Eins-Verhältnis. Instrumentelle Ziele sind vielfach mehreren finalen Zielen zugeordnet und finale Ziele auf unter-schiedlichen instrumentellen Wegen erreichbar.

Instrumentelle und finale Ziele sind in vielen Kontexten einer Dynamik unter-worfen, die Mit-tel zu Zwecken und Zwecke zu Mittel werden läßt: Geldverdie-nen als instrumentelles Ziel wird zum finalen Ziel, das um seiner selbst willen angestrebt wird ("funktionale Autonomie der Mo-tive"), Konsum von Wirt-schafts-gütern als finales Ziel zu einem instrumentellen Ziel in Bezug auf ein neu hinzukommendes finales Ziel Prestigegewinn ("Heteronomie der Zwecke"). Oder instrumentelle Ziele (Bau der Atombombe) werden nach Wegfall ihres ursprünglichen finalen Ziels (Kapitulation des Kriegsgegners Deutschland) neuen finalen Zielen (Kapitulation des Kri-egsgegners Japan) zugeordnet. Neben diesen dynamischen, sich im Zeitverlauf ändernden Beziehungen zwischen instrumentellen und finalen Zielen werden instru-mentelle und finale Ziele aber oft auch synchron miteinander kombiniert. Eine Therapie kann Selbsterkenntnis und Bewußtmachen unbewußter Motive einerseits als instrumentelle Ziele zur Besserung neuro-tischer Beschwerden anstreben, andererseits aber auch als finales Ziel, etwa als Moment per-sönlicher Reife. Steigerung der Autonomie kann als Selbstzweck angestrebt sein, zugleich aber auch als Mittel zur Lösung aus überstarken Bindungen und zur Wahrnehmung neuer Le-bens-möglichkeiten.

Weiterhin lassen sich Therapieziele nach ihrer jeweiligen *Zieltiefe* unterscheiden. Die Zieltiefe eines Therapieziels bemisst sich danach, wie tief die Realisierung des Ziels in die Persönlichkeit und die Lebensführung eines Patienten eingreift. Als Beispiele für Therapieziele von relativ geringer Zieltiefe können diejenigen dienen, die aus dem akuten *Leidensdruck* des Patienten abgeleitet sind, etwa die Beseitigung oder Linderung eines akuten Symptoms. Dieser Ebene können Ziele zugeordnet werden wie Leidensminderung, Besserung des Wohlbefindens, das Einüben alternativer Verhaltensweisen zu Problemverhalten, die Verbesserung von Kommunikationsfertigkeiten und die Hilfe bei Entscheidungs-konflikten und Zukunftsplanung. Eine weitergehende Zieltiefe ist kennzeichnend für Therapieziele, die aus *Krankheitstheorien* abgeleitet sind. Subjektive Beschwerden, psychische Veränderungen und Verhaltens-auffälligkeiten werden hier als kausal bedingte Symptome einer zugrundeliegenden Erkrankung oder Störung aufgefaßt, und die Behandlung zielt nicht nur auf Symptom-besserung, sondern auf die Änderung ihrer tieferliegenden kausalen Bedingungen. Typische Zielsetzungen auf dieser Ebene sind die Aufdeckung und Bearbeitung von inneren Konflikten, das Bewußtmachen von unbewußt ablaufenden Empfindungs- und Verhaltensregelmäßigkeiten anhand von Träumen und Phantasien, das Bearbeiten früherer Traumata und Kränkungen oder die Ver-änderung von Interaktionsstrukturen. Einer dritten Ebene der Zieltiefe können Therapieziele zugeordnet werden, die aus einer Gesundheits-theorie abgeleitet sind, bei der nicht mehr einzelne Krankheiten und Störungen im Vordergrund stehen, sondern die Krankheits- und Störungs*anfälligkeit*. Auf dieser Ebene bewegen sich Ansätze wie Antonowskis Konzeption der "Saluto-gene-se", die statt nach einzelnen psychischen Krankheitsbildern nach den Dispositionen für psychische Krankheit oder Gesundheit fragt. Das Ziel ist dann die Erhöhung der Widerstandskraft gegen Stressoren insgesamt und damit die Verringerung der Wahr-scheinlichkeit von Wiedererkrankungen. Am tief-greifend-sten schließlich sind Therapieziele, die aus einem bestimmten *Persönlichkeitsideal* oder normativen *Menschenbild* abgeleitet sind. Derartige Ziele haben in der Regel keinen direkten Bezug zu den Kategorien Krankheit und Gesundheit, sondern stehen kognitiven, affektiven und motivationalen Erziehungs- und Entwicklungszielen näher als im engeren Sinne medizinischen Zielen wie Heilung, Linderung und Prävention. Typische Ziele dieser Art sind Selbsterkenntnis, Einsicht, innere Souveränität, Persönlich-keitsreife, mora-lische Höherentwicklung, Sinn--findung und spirituelle Erfüllung.

Die Notwendigkeit einer methodischen Zielreflexion

Eine Klärung von Therapiezielen nach diesem oder einem anderen Schema ist keine bloß theoretische Übung, sondern zugleich eine praktische Forderung an den Therapeuten. Denn er kann die vielfältigen Wert- und Normensysteme, mit denen ihn seine Patienten konfrontieren, nur dann verstehen, einordnen und mit Differenzen angemessen umgehen, wenn er sich über seine eigenen normativen Orientierungen im klaren ist - sowohl über seine persönlichen Werte als auch über seine professionellen Prioritäten, Ziele und Loyalitäten. Hinzu kommen die Zielbestimmungen, die von den von ihm angewendeten Methoden "mittrans-portiert" werden und die sich von seinen persönlichen Zielen und Werten noch einmal unterscheiden können. Jede der verschiedenen psychotherapeutischen Methodenkonzeptionen basiert auf einer Theorie mit bestimmten Wertannahmen, die ihre spezifische Sichtweise und Interpretation psychischer Phänomene und die daraus abgeleiteten Vorgehensweisen bestimmen (vgl. Mer-

tens, 1990, S. 123 ff.). Dieser Wertannahmen muß sich der Therapeut bewußt sein, wenn er sein therapeutisches Handeln rational, transparent und verantwortbar gestalten will. Besondere Bedeutung kommt dabei der Unterscheidung zwischen instrumentellen und finalen Zielen zu. Denn beide Arten von Zielen unterliegen ganz unterschiedlichen Legitimationsanforderungen. Die instrumentellen Ziele müssen fachlich, die finalen ethisch verantwortet werden. Bei Mitteln stellt sich die Frage nach der effizienten Zielerreichung, bei Zwecken die nach der ethischen Vertretbarkeit.

Die Reflexion der mit der Wahl einer bestimmten Therapiemethode mitgesetzten Therapieziele ist deshalb wichtig, weil die einzelnen psychotherapeutischen "Schulen" sich sowohl in ihren instrumentellen als auch in ihren finalen Zielbestimmungen unterscheiden, diese Ziele aber meist implizit bleiben und von den Vertretern der jeweiligen Methoden nur selten zur Diskussion gestellt werden. Unterschiedliche *instrumentelle* Zielbestimmungen resultieren aus unterschiedlichen Kausalannahmen, aus denen jeweils unterschiedliche therapeutische Strategien abgeleitet werden. So erklärt etwa die Psychoanalyse Depressionen durch ein zu strenges Über-Ich, während die Verhaltenstherapie als Ursache Hilflosigkeitsgefühle wegen Nichtkontrollierbarkeit aversiver Lebensbedingungen oder auch eine kognitiv verzerrte Sichtweise der eigenen Person, der Umwelt oder der Zukunft annimmt (Hautzinger, 1994). Welche Hypothese am ehesten zu einem Behandlungserfolg führt, ist eine Frage an die vergleichende Therapieforschung. Nur diese kann klären, wieweit es auf die genaue Wegbeschreibung und die dahinterstehende Theorie ankommt und wieweit die Tatsache, daß der Patient seine Beschwerden in die ihm vom Therapeuten angebotene Krankheitstheorie einordnet und sich mit dieser Erklärung identifiziert - zusammen mit dem stabilisierenden Effekt einer guten Beziehung zum Therapeuten - schon für sich zur Erreichung des jeweiligen finalen Ziels ausreicht. Zusätzlich zu den instrumentellen Zielen werden aber auch die *finalen* Ziele von den einzelnen Verfahren unterschiedlich bestimmt. Der "Methodenstreit" ist nicht nur ein Streit um Methoden und Techniken, sondern auch ein Streit über die Ziele, die mit diesen erreicht werden sollen.

Diese Ziele unterscheiden sich vor allem in der jeweiligen Zieltiefe. So sind die Ziele in der Verhaltenstherapie, in der systemisch-strategischen Therapie und in der lösungsorientierten Therapie von de Shazer durchweg weniger tiefgreifend als die Ziele in der Psychoanalyse oder in der humanistischen Psychologie. Der Verhaltenstherapie geht es weniger um eine Neustrukturierung der Persönlichkeit des Patienten als um möglichst konkrete Hilfestellungen zur Lebensbewältigung und zur Änderung von Problemverhalten. Typisch ist die Arbeit an begrenzten Problemen mit klaren Erfolgskriterien und klarer Erfolgskontrolle. Dem Patienten wird Hilfestellung gegeben, seine eigenen Präferenzen - soweit diese innerhalb des moralisch Zulässigen bleiben - zu artikulieren, zur Geltung zu bringen und unter realistischen Bedingungen zu verwirklichen. Es wird aber nicht daran gedacht, diese Präferenzen ihrerseits in Frage zu stellen oder an pädagogischen Normen und Idealvorstellungen zu messen (vgl. Kanfer, 1996, S. 275 ff.). Ein genau konträre Position dazu vertreten Adlerianer wie Rattner, der es ausdrücklich zur Aufgabe des Therapeuten erklärt, "die Wertsicht des Patienten zu ändern" (Rattner, 1991, S. 56), da die meisten Neurotiker mit einem "kläglichem Wertentwurf" in die Psychotherapie kämen und ihr Leben vorwiegend "an niederen Werten" ausrichteten, nämlich an Zielen wie "Sicherheit um jeden Preis, Angstvermeidung, Fehlerlosigkeit durch Nichtstun und Herrschen durch Schwächedemonstration" (Rattner 1991, 55). Dies ist sicher eine Extremposition. Aber zumindest als Nebenziel - als instrumentelles und zugleich sekundäres fi-

nales Ziel - vertritt die Tiefenpsychologie durchweg ein emanzipatorisch-selbstreflexives Anliegen. Sie möchte den Patienten nicht nur von seinem Leiden befreien, sondern ihn auch zu einem selbstverantwortlich handelnden Menschen machen. Das Unbewußte ins Bewußtsein zu heben und der bewußten Bearbeitung zugänglich zu machen, ist nicht nur instrumentelles Ziel im Dienste der Heilung von der Neurose, sondern auch ein Teilziel des Globalziels der "Vollendung der Person" und der "Individuation" (C. G. Jung) oder der inneren Souveränität im Sinne von Freuds Diktum "Wo Es war, soll Ich werden". Gleichzeitig wird dem Patienten sehr viel mehr "geboten" als in Therapien, die lediglich auf die Symptomebene zielen: Beziehungserfahrung, Selbsterkenntnis, innere Bereicherung und möglicherweise Sinnfindung. Allerdings wachsen mit den Chancen auch die Risiken. Je tiefer die Ziele reichen, desto größer ist auch im Falle des Scheiterns die Gefahr bleibender psychischer Schäden.

Rahmenbedingungen

Die Setzung von Therapiezielen ist ein gesellschaftlicher Definitionsprozeß und als solcher durch vielfältige deskriptive und normative Bedingungen begrenzt. Die wichtigste *deskriptive* Rahmenbedingung ist die der realistischen Erreichbarkeit. Die Wahl der Therapieziele muß sich an den konkreten äußeren (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Verträglichkeit mit der individuellen Lebensumwelt, gesellschaftliche Rollenerwartungen) und inneren Bedingungen des Patienten (moralische Normen, Rollenverständnis, persönliche Fähigkeiten, Veränderungsmotivation und Belastbarkeit) orientieren und darf ihn intellektuell, emotional oder motivational nicht überfordern. Auch wenn viele Therapeuten verständliche Vorbehalte dagegen haben, sich in ihren Zielsetzungen unbefriedigenden sozialen Rahmenbedingungen anzupassen, sollte doch auch das Risiko einer Befindlichkeitsverschlechterung bedacht werden, das entsteht, wenn ein Patient einer rigiden, aber stützenden sozialen Umwelt entfremdet wird, ohne daß er sich so weit entwickelt, daß er in einem neuen Milieu Fuß fassen kann.

Darüber hinaus wird die Freiheit des Therapeuten zur Setzung von Therapiezielen durch eine Reihe normativer Faktoren begrenzt, darunter

- allgemeine gesellschaftliche Grundwerte
- die spezifischen Werte unseres Gesundheitssystems
- standesethische Richtlinien und
- allgemeine und berufsspezifische Rechtsnormen.

Zu den allgemein zu beachtenden gesellschaftlichen Grundwerten gehören Achtung der Menschenwürde, körperliche und seelische Unversehrtheit, Freiheit der Lebensgestaltung, Schutz der Privatsphäre, Chancengleichheit und soziale Sicherheit ("soziales Netz"). Diese Grundwerte sind in unserer Gesellschaft als "Selbstverständlichkeiten" fest in den Erwartungshorizont und die Lebensplanungen jedes einzelnen "eingebaut". Normativ begrenzt wird die Setzung von Therapiezielen weiterhin durch die spezifischen Zielvorgaben unseres Gesundheitssystems, also Gewährleistung von Versorgungssicherheit und Sicherung von Freiheitsspielräumen (d. h. das Verbot von Zwangsbehandlungen, auf seiten des Patienten freie Arztwahl und Freiheit, eine Therapie abzulehnen oder abzubrechen, auf seiten des Therapeuten die Freiheit, einen Patienten oder eine verlangte Behandlung abzulehnen), ferner das Gebot des gleichen Zugangs zu Behandlungsmöglichkeiten ungeachtet der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und das Gebot eines kompensatorischen Ausgleichs natürlicher und

sozialer Benachteiligungen. Als Akteur innerhalb des Gesundheitssystems ist der Therapeut überdies an die für dieses System geltenden spezifischen Rechtsnormen gebunden.

Wer setzt die Ziele?

Idealtypisch stehen sich zwei Modelle gegenüber, die die Entscheidung über die Ziele - primär oder ausschließlich - dem Patienten bzw. dem Therapeuten zuordnen. Im ersten Fall kann man von einem *Dienstleistungs-*, im zweiten von einem *paternalistischen* Modell sprechen.

Nach dem Dienstleistungsmodell ist es der Patient, der - ganz im Sinne des von Jaspers (1967, S. 113) beschriebenen Ideals des mündigen Patienten - die Ziele der Therapie definiert oder legitimiert, mag es auch der Therapeut sein, der diese Ziele zunächst vorschlägt. Dem Dienstleistungsmodell wird auch dann schon Genüge getan, wenn der Patient den Therapeuten ermächtigt, die Ziele zu setzen. Hier fällt dann gewissermaßen die Wahl der Ziele selbst unter die "Dienstleistungen", die der Therapeut für den Patienten erbringt. In der Regel fallen dem Therapeuten nach diesem Modell jedoch lediglich die Aufgaben der *Beratung* des Patienten (über Art, Chancen und Risiken einer möglichen Therapie) und die *Durchführung* der Therapie zu. Eine eigenständige Indikationsstellung - die Feststellung darüber, was zu tun *erforderlich* ist - erübrigt sich. Die entscheidende Vorgabe für den Therapeuten ist nicht, was für den Patienten (nach eigenen, professionellen oder gesellschaftlichen Standards) notwendig, sinnvoll oder wohlätig ist, sondern was der Patient von sich aus verlangt. Nicht *salus*, sondern *voluntas aegroti* ist das oberste Gebot.

Am weitestgehenden ist dieses Modell in der lösungsorientierten Therapie und in der Verhaltenstherapie verwirklicht. Hier stellt sich der Therapeut mit seinen Fähig- und Fertigkeiten für die vom Patienten entwickelten Ziele zur Verfügung. Er übernimmt in der Regel die Problemdefinition des Patienten, ohne sie von vornherein zu "hinterfragen". Dem Patienten wird unterstellt, daß er weiß, was er will - eine Vorgabe, die den Patienten in die Rolle des autonomen Entscheiders einübt und damit ihrerseits bereits eine therapeutische Funktion übernimmt.

Das Dienstleistungsmodell kommt dem moralischen Prinzip der Wahrung der Patientenautonomie (vgl. Birnbacher & Kottje-Birnbacher, 1996, S. 502) am stärksten entgegen und entspricht am ehesten den Grundsätzen einer freien Gesellschaft selbstverantwortlicher Bürger. Es erfüllt am nahtlosesten die auch für die Psychotherapie geltende Bedingung des *informed consent*, nach der der Therapeut erst kraft der informierten Zustimmung des Patienten tätig werden darf. Zur Information des Patienten gehört dabei nicht nur die Information über das geplante Vorgehen, sondern auch die über die Therapieziele. Der Therapeut darf dem Patienten keine -Ziele oktroyieren, denen dieser nicht von sich aus zugestimmt und sie damit zu seinen eigenen gemacht hat.

Dennoch hat das Dienstleistungsmodell Grenzen. Eine Begrenzung liegt darin, daß es der *Hilfspflicht* nicht gerecht wird, die dem Therapeuten ebenso obliegt wie dem Arzt. Im Gegensatz zu anderen Anbietern von Dienstleistungen ist der Therapeut nur bedingt frei, eine Dienstleistung im akuten Bedarfsfall zu verweigern. Eine weitere Grenze des Dienstleistungsmodells liegt darin, daß es zumindest nahelegt, der Therapeut sei damit, daß er die vom Patienten gewünschte Dienstleistung erbringt, aus der *moralischen Verantwortung* entlassen. Das ist aber selbstverständlich nicht der Fall. Die Zustimmung des Patienten zu den Therapiezielen ist

stets nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für ihre Zulässigkeit. Der Therapeut darf sich nicht bedingungslos zum Erfüllungshelfen seines Patienten machen. Er darf den Zielen des Patienten insbesondere dann nicht folgen, wenn er Grund zu der Annahme hat, daß diese seine Probleme eher verschärfen als lindern, also zumindest langfristig nicht in seinem Interesse sind. Insbesondere Patienten mit strukturellen Ich-Störungen sind wegen der Beeinträchtigung wichtiger Ich-Funktionen und dem Vorherrschen primitiver Abwehrmechanismen oft nicht ohne weiteres in der Lage, sinnvolle Ziele für sich selbst zu formulieren, da auf Grund von Verleugnung, Spaltung, Projektion und Introjektion weder die eigenen Gefühle und Impulse noch die Umgebungsfaktoren realistisch wahrgenommen und bewertet werden können. Der Therapeut muß also immer in Betracht ziehen, daß Psychotherapiepatienten zu einer guten Selbstfürsorge nicht in der Lage sind, sondern bei der Reflexion die Hilfe des Therapeuten benötigen.

Unter ethischen Gesichtspunkten sind auch Ziele abzulehnen, die die berechtigten *Interessen Dritter* übergebührlich tangieren. Bei der Festlegung von Therapiezielen muß die Lebensumwelt des Patienten mitgesehen werden, um unbedachtsame Schädigungen zu vermeiden. Gefahren drohen hier vor allem durch eine zu tiefe Identifikation des Therapeuten mit dem Patienten, etwa wenn Partnern oder Eltern die "Schuld" an den Problemen des Patienten gegeben wird oder wenn bei ausgeprägten Abhängigkeiten die Risiken von Ablösungsbemühungen unterschätzt werden. Belastungen für Partner sind ohnehin kaum zu umgehen, wenn Ungleichzeitigkeiten in der inneren Entwicklung durch die Therapie verschärft werden. Die Therapieziele sollten deshalb nicht einseitig aus der Innenperspektive des Patienten heraus festgesetzt werden, sondern sollten eine für alle Beteiligten befriedigende Entwicklung im Blick haben.

Schließlich sind auch allgemeingesellschaftliche Interessen mitzubedenken, besonders bei fremdschädigenden Neigungen. Der Wunsch eines Pädophilen, von seinen Hemmungen befreit zu werden, darf z. B. sicher nicht als Zielsetzung einer Therapie akzeptiert werden (Reiter-Theil, 1988, S. 12). Ein gesellschaftliches Argument, das der Therapeut bei der Setzung von Therapiezielen mitbeachten sollte, ist auch die Kostenbelastung für die Solidargemeinschaft. Therapien mit hoher Zieltiefe sind in der Regel wesentlich kostenaufwendiger als solche mit geringerer Zieltiefe, und es ist zu fragen, welche Kosten der Allgemeinheit zugemutet werden sollten und wie die knappen Ressourcen gerecht verteilt werden können (vgl. Ritschl, 1991, S. 92).

Auch im Dienstleistungsmodell muß also der Therapeut die Zielvorstellungen des Patienten mitreflektieren. Der "informed consent" des Therapeuten zur Behandlung ist nicht weniger wichtig als der des Patienten, und der Therapeut kann eine Behandlung selbstverständlich auch ablehnen, falls die Wertvorstellungen des Patienten mit den eigenen so wenig übereinstimmen, daß es ihn erhebliche Selbstüberwindung kosten würde, sich auf sie einzulassen. Diese Situation, die in kontroversen Moralbereichen wie der Gestaltung von Paarbeziehungen, Umgang mit Sexualität und Seitenbeziehungen, Abtreibungen, Kindererziehung usw. vorkommen kann, sollte dann möglichst so gelöst werden, daß der Patient an einen Kollegen mit größeren Wertaffinitäten überwiesen wird. Zusätzlich gehört es aber vor allem auch zu seinen Aufgaben, seine eigenen Werte zu reflektieren. Denn es ist sicher illusionär, anzunehmen, daß ein Therapeut seine persönlichen Normen, Lebensvorstellungen und Ideale aus einer Behandlung völlig heraushalten und die Therapie gänzlich an den Zielsetzungen des Patienten orientieren kann (vgl. Massing & Schöll, 1992, Welter-Enderlin, 1992 und Ebbecke-Nohlen, 1992).

Das *paternalistische* Modell, bei dem primär der Therapeut die Ziele bestimmt, entspricht wohl nicht mehr dem vorherrschenden therapeutischen Selbstverständnis, dürfte aber dennoch in der Praxis immer noch verbreitet sein. Zudem glauben viele, die dieses Modell unter *normativen* Gesichtspunkten ablehnen, daß es die Wirklichkeit der Therapie besser beschreibt als das Dienstleistungsmodell, da dieses sowohl hinsichtlich der Möglichkeiten des Therapeuten, sich wertneutral auf die Wünsche des Patienten einzustellen, als auch hinsichtlich der Möglichkeiten des Patienten, für sich selbst sinnvolle Ziele festzulegen, von illusionären Voraussetzungen ausgehe. Allerdings ist die Schwierigkeit, eigene Zielvorstellungen und persönliche Wertungen aus dem Therapieschehen herauszuhalten, eher ein Argument *gegen* das paternalistische Modell, denn wegen des beträchtlichen suggestiven Machtpotentials des Therapeuten ist mindestens die Forderung nach normativer Zurückhaltung unabdingbar.

Auch das Argument, daß der therapiebedürftige Patient de facto nur selten über die für eine selbst-bestimmte Setzung von Zielen erforderliche Autonomie verfüge, und daher die Therapie zunächst paternalistisch orientiert darauf zielen müsse, die *Bedingungen* für eine autonome Patientenentscheidung herzustellen, kann eine paternalistische Position ethisch nicht begründen, da in ihm zwei grundverschiedene Begriffe von Autonomie konfundiert werden. Autonomie läßt sich einerseits als *Rechtsanspruch*, andererseits als *Fähigkeit* verstehen (Feinberg, 1986, S. 28). Autonomie als *Rechtsanspruch* auf Selbstbestimmung kommt auch demjenigen zu, der zu einer autonomen Entscheidung im Sinne der *Fähigkeit* zu Autonomie nur beschränkt in der Lage ist. Nur wem Autonomie als Fähigkeit in einem sehr basalen Sinn abgeht (wie im rechtlichen Sinne Unmündige), büßt damit auch Autonomie im normativen Sinn ein. Ansonsten aber gilt das Selbstbestimmungsrecht nicht nur für reife, selbständige Individuen, sondern auch für alle übrigen, die sich in ihren Entscheidungen weitgehend oder gänzlich von ungeprüften Autoritäten, vom Zeitgeist, von Erwartungen anderer oder von spontanen Bedürfnissen und Leidenschaften bestimmen lassen.

Freilich ist die Förderung von Autonomie als Fähigkeit ein legitimes Therapieziel, aber als solches bedarf es der Legitimation durch den Patienten genauso wie andere Therapieziele auch. Im Sinn seines Rechtsanspruchs auf Selbstbestimmung muß der Patient sich darauf verlassen können, daß der Therapeut nur die Ziele verfolgt, in die er eingewilligt hat. Insofern verletzt eine implizite Förderung von Autonomiezielen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht weniger als die implizite Förderung von Anpassungszielen. Die Besonderheit dieses Therapieziels liegt allerdings darin, daß die meisten Therapeuten es für mehr oder weniger selbstverständlich halten. Ob das für die Patienten ebenso zutrifft, ist fraglich. Manchen Patienten mag an Autonomie weniger liegen als an autonomiefernen Werten wie Bezogenheit, friedlich-symbiotischer Atmosphäre oder Religiosität. Falls ihnen daran liegt, ist das nicht zwangsläufig ein Hinweis darauf, daß ihre Entscheidungskompetenz in irgendeiner Weise eingeschränkt ist. Aber selbst dann, wenn sie durch neurotische Störungen eingeschränkt ist, ist das für sich genommen kein Grund, ihnen ein vollwertiges Selbstbestimmungsrecht vorzuenthalten.

Weder das reine Dienstleistungs- noch das reine paternalistische Modell erlauben eine angemessene Berücksichtigung der Wertvorstellungen sowohl des Patienten als auch des Therapeuten. Als Integration bietet sich ein *Verhandlungsmodell* an, bei dem Patient und Therapeut ihre jeweiligen Wert- und Zielvorstellungen offenlegen, die Vor- und Nachteile von Alternativen gemeinsam abwägen und sich auf eine für beide Seiten akzeptable Zieldefinition einigen. Diesem Modell zufolge hat der Patient Gelegenheit, seine ureigensten Zielvorstellungen

einzubringen, sie aber auch im Lichte der vom Therapeuten aufgewiesenen Behandlungsstrategien, Chancen und Risiken zu modifizieren. Der Therapeut auf der anderen Seite ist nicht genötigt, sich den aus seiner Sicht möglicherweise unrealistischen, unfunktionalen oder ethisch problematischen Zielen des Patienten zu fügen, sondern behält die Chance, neben seiner Fachkompetenz und Erfahrung auch eigene Entwicklungskonzepte und ethische Leitbilder geltend zu machen. Eine "Verhandlungsphase" wird der Aufnahme der eigentlichen Therapie ohnehin in den meisten Fällen vorgeschaltet sein, da die Patienten zumeist nur unklare Zielvorstellungen ("in der Partnerschaft glücklich sein", "gesund sein", "mit der Arbeitssituation zurecht kommen" u. ä.) mitbringen und diese zunächst unter Mithilfe des Therapeuten ausformuliert und zu realistisch erreichbaren Global- und Teilzielen konkretisiert werden müssen. Aus der Verhaltenstherapie liegen hierzu klare therapeutische Empfehlungen vor (vgl. Kanfer, 1996, Grawe, 1995). Ergeben sich dabei Differenzen in den Wert- und Zielvorstellungen, müssen sie offen diskutiert werden - mit dem Risiko, daß es auch bei beiderseitigen Zugeständnissen zu keiner Einigung und dann auch zu keiner Therapie kommt.

Angesichts der situativen Asymmetrie der "Verhandlungspositionen" ist die größere Gefahr allerdings weniger, daß man sich *nicht* einigt, sondern daß man sich *zu schnell* einigt. Der Patient in seiner Hilfsbedürftigkeit wird sich dem suggestiven Einfluß des Helfers mit überlegenem Fachwissen und überlegener Erfahrung sehr viel schwerer entziehen können als der Therapeut dem Einfluß des Patienten. Zum Schutz des Patienten vor Überwältigung ist es deshalb von Bedeutung, daß der Therapeut bei seiner Beratung klar zwischen Tatsachenfeststellungen und Wertungen unterscheidet und seine wissenschaftliche und praxeologische Expertise strikt auf den Bereich der Fakten und der Behandlungstechniken beschränkt. Der Anspruch auf Expertise darf nicht so weit gehen, daß er auch die Festlegung der finalen Therapieziele abdeckt. Experte ist der Therapeut stets nur in Bezug auf Wenndann-Aussagen und in Bezug auf die Methoden ihrer technischen Umsetzung. Bei den finalen Zielbestimmungen ist er mit dem Patienten gleichauf. Wenn er hier ausdrücklich oder unausdrücklich Autorität ins Spiel bringt, kann das allenfalls eine persönliche, keine fachliche Autorität sein.

Vier Kriterien für die Setzung von Therapiezielen

Angesichts der rollenspezifischen Asymmetrie von Therapeut und Patient im Verhandlungsmodell ist die Eingrenzung der Machtposition des Therapeuten durch klare fachliche und ethische Kriterien wichtig. Wir möchten vier solche Kriterien anregen:

1. Die Formulierung von Therapiezielen muß auf einer differenzierten Problem- und Ursachendiagnose beruhen, die neben der Analyse der Beschwerden des Patienten auch eine systemische Betrachtung des Umfelds beinhaltet.

Die Einbeziehung von Umfeldvariablen ist für die Festlegung finaler wie instrumenteller Therapieziele unabdingbar. Eine einseitige Orientierung der finalen Ziele am Patienten birgt die Gefahr, daß ethisch problematische Auswirkungen auf Dritte, insbesondere auf Partner und Familie, unberücksichtigt bleiben und das in der Familientherapie entwickelte Gebot der Allparteilichkeit verletzt wird. Nicht weniger bedeutsam ist die Berücksichtigung des familiären und gesellschaftlichen Kontexts für eine angemessene Festlegung von instrumentellen Zielen: Die Ursachen von Beschwerden können mehr auf der intrapsychischen oder mehr auf der interaktionellen Ebene liegen. Entsprechend kann zur Behebung der Beschwerden eher eine in-

trapsychoische Reflexion, Nachentwicklung von Ich-Funktionen oder Klärung von Übertragungsprozessen notwendig sein oder eine Hilfestellung bei der konkreten Problembewältigung mit Ausweitung des Repertoires an Verhandlungs- und Copingprozessen. Je nach Situation muß der Behandlungsrahmen als Einzel-, Paar-, Familien- oder Gruppentherapie mit einer bestimmten Frequenz und Dauer und unter Einsatz spezifischer therapeutischer Methoden so gewählt werden, daß er die gewünschten therapeutischen Prozesse ermöglicht.

2. Der Therapeut sollte nur Therapieziele vorschlagen, die der vom Patienten gewünschten Zieltiefe entsprechen.

Die meisten Patienten wissen recht genau, auf welcher Ebene sie behandelt werden möchten. Vielen Patienten geht es primär oder ausschließlich um die Behebung quälender oder belastender Symptome. Sie kommen mit Angstzuständen, Depressionen, Zwangsgedanken oder psychosomatischen Beschwerden und suchen beim Psychotherapeuten dieselbe Art von Hilfe, wie sie sie bei körperlichen Beschwerden vom Arzt erwarten. Andere Patienten kommen mit weniger symptombezogenen und umfassenderen Fragestellungen und suchen eher Lebenshilfe, Beratung und Wegweisung. Sie sind etwa auf der Suche nach einer Lebensstrategie, die es ihnen ermöglicht, ihren Idealen treu zu bleiben, ohne dafür einen unakzeptabel hohen Preis zu zahlen: Wie kann man z.B. angemessen für seine bedürftigen Eltern sorgen, ohne sich ihnen total zur Verfügung zu stellen und damit das eigene Leben völlig zu opfern? An den Therapeuten ist die Forderung zu richten, sich an die vom Patienten jeweils angedeutete gewünschte Behandlungstiefe zu halten und ihm nicht, wie Breggin (1971, S. 69) es zugespitzt formuliert hat, eine ethische Neubewertung seines Lebens als "medizinische Behandlung zu verkaufen".

3. Die therapeutischen Möglichkeiten müssen realistisch abgeschätzt werden.

Eine wichtige Funktion der Wissenschaft für die Praxis ist nach Max Weber nicht nur die Kritik an Mitteln, sondern auch die Kritik an Zwecken. Nicht nur Mittel lassen sich aufgrund von Fachwissen als untauglich erkennen, sondern auch Zwecke, nämlich dann, wenn sie ohne ernsthafte Realisierungschancen sind. Zielformulierungen sollten von den tatsächlichen Verhältnissen und nicht von Wunschvorstellungen ausgehen. Oft wird von Therapeuten die psychische Bewegungsfreiheit von Patienten überschätzt, während Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse sowie Loyalitäts- und Verpflichtungsbeziehungen unzureichend wahrgenommen werden. Oder es wird - wie bei der "Gleichheitsfiktion" in der Familientherapie - von einem Machtgleichgewicht von Mann und Frau ausgegangen, das real nicht gegeben ist, da mit den wirtschaftlichen und emotionalen Abhängigkeiten der Spielraum an Handlungsmöglichkeiten faktisch oft sehr ungleich verteilt ist.

4. Finale Ziele und instrumentelle Ziele müssen gesondert abgestimmt werden. Dabei müssen jeweils auch die Nebenfolgen zur Sprache kommen.

Die Erfordernis des *informed consent* bezieht sich sowohl auf die finalen als auch auf die instrumentellen Ziele. Bevor die Therapie beginnt, muß der Patient nicht nur das Globalziel, sondern auch die einzelnen Schritte dahin sowie ihre Ausführungsmodalitäten billigen. Für beide gibt es möglicherweise Alternativen, die der Therapeut zusammen mit dem Patienten abwägen muß, wobei jedesmal auch der Aufwand und die Nebenfolgen genannt werden sollten. Zu diesen letzteren gehören vor allem Art und Ausmaß der vom Patienten erwarteten Mitarbeit, die voraussichtliche Erlebnisqualität der Therapie (spannend und erfreulich oder quälend und mühsam?), die voraussichtliche Kostenbelastung (wieviel zahlt die Kasse?) und der erforderliche Zeitaufwand. Psychoanalytische Behandlungen dauern etwa 80 - 240 Stunden, tie-

fenpsychologisch fundierte 50 - 100 Stunden, verhaltenstherapeutische 30 - 50 Stunden und lösungsorientierte ca. 10 Stunden. Wieviel Zeit er für die Therapie aufwenden will, sollte der Patient entscheiden dürfen - auch wenn es de facto zur Zeit weitgehend so sein dürfte, daß das eher von der methodischen Ausrichtung des Therapeuten abhängt, an den der Patient mehr oder weniger zufällig gerät.

Schlußbemerkung

Therapieziele sind keine Lebensziele. Therapieziele sind begrenzt in ihrer zeitlichen wie in ihrer kausalen Reichweite (vgl. Reiter, 1978, S. 104) und müssen zwischen Therapeut und Patient immer wieder neu ausgehandelt werden. Ziele, über die man sich zu Beginn einer Therapie geeinigt hat, können im Lauf der Therapie obsolet werden, entweder weil sie erreicht sind oder weil sich der Patient in eine Richtung entwickelt, wo sie irrelevant werden, oder weil neue Ziele in den Vordergrund treten, wenn sich durch Gesundung oder Identifikation mit Werten des Therapeuten das Wertspektrum des Patienten angereichert hat. Wenn die Ziele etwas Festes sind, an dem der therapeutische Prozeß Halt findet und sich orientiert, dann nur etwas relativ Festes. Wie im Leben ist das Setzen von Zielen auch in der Psychotherapie eher ein Prozeß als ein einmaliger Akt, aber ein Akt, der immer wieder gemeinsam von Patient und Therapeut ausgehandelt werden muß. Dazu ein abschließendes Beispiel:

Eine 28jährige Patientin kommt mit akuten Angstzuständen in die Praxis. Diese haben vor acht Monaten begonnen, nachdem sie sich in einen verheirateten Mann verliebt und mit ihm einige Male geschlafen hatte. Sie selbst ist seit 5 Jahren verheiratet, verträgt sich mit ihrem Mann ganz gut, die Ehe ist jedoch wenig aufregend. Ihr einziges Therapieziel ist zunächst, die Angstzustände loszuwerden oder mindestens auf ein erträgliches Maß zu vermindern. Nach einiger Zeit Therapie kommt das Ziel hinzu, ihre Ehe lebendiger zu gestalten. Als ihr bei ihren intensiven aber vergeblichen Bemühungen um ihren Mann klar wird, daß ihm ganz andere Dinge im Leben wichtig sind als ihr, trennt sie sich. Nun hinterfragt sie ihre Partnerwahl, wobei ihr ihre immer noch bestehende innere Bindung an ihren Vater und ihre Abgrenzung gegenüber dem elterlichen Ehemodell deutlich werden. Ihr neues Therapieziel ist, tragfähige und befriedigende Beziehungen zu Freunden und Kollegen aufzubauen statt der vorher dominierenden einseitigen Helferbeziehungen. Sie möchte gern noch eine Weile in weitmaschigen Abständen bei ihrer weiteren Entwicklung begleitet werden. Zu diesem Zeitpunkt sind aber die Angstzustände längst verschwunden, und es ist zu fragen, ob dieser letzte Teil der Therapie noch als Behandlung von Krankheit angesehen werden kann oder eher mit Zugewinn an Gesundheit und Lebensfreude zu tun hat.

Literaturverzeichnis

- Antonowski, A. (1988). *Unravelling the Mystery of Health*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Birnbacher, D. & Kottje-Birnbacher, L. (1996). Ethik in der Psychotherapie und der Psychotherapeutenausbildung. In W. Senf/M. Broda (Hrsg.), *Praxis der Psychotherapie. Ein integratives Lehrbuch für Psychoanalyse und Verhaltens-therapie* (S. 499-506). Stuttgart/New York: Thieme.
- Breggin, P. R. (1971). Psychotherapy as applied ethics. *Psychiatry*, 34, 59-74.
- Ebecke-Nohlen, A. (1992). Die Geschlechterperspektive in der systemischen Familientherapie. In I. Rückert-Emden-Jonasch & A. Ebecke-Nohlen (Hrsg.), *Balanceakte. Familientherapie und Geschlechterrollen* (S. 152 -187). Heidelberg: Auer.

- Engelhardt, T. (1986). *The Foundations of Bioethics*. New York: Oxford University Press.
- Grawe, K. (1995). Grundriß einer allgemeinen Psychotherapie. *Psycho-therapeut*, 40, 130-145.
- Hautzinger, M. (1994). Kognitive Therapie bei Depressionen. *Psycho-therapeut*, 39, 113 - 123.
- Feinberg, J. (1986). *Harm to Self*. New York: Oxford University Press.
- Jaspers, K. (1967). Die Idee des Arztes. In K. Jaspers, *Philosophische Aufsätze* (S. 111-120). Frankfurt/M.: Fischer.
- Kanfer, F. H., Reinecker, H. & Schmelzer, D. (1996). *Selbstmanagement-Therapie. Ein Lehrbuch für die klinische Praxis*. Berlin: Springer.
- Massing, A. & Schöll, I. (1992). Plädoyer für eine frauenfreundliche Familien-therapie zwischen Utopie und Realität. In I. Rücker-Embsen-Jonasch & A. Ebbecke-Nohlen (Hrsg.), *Balanceakte. Familientherapie und Geschlechterrollen* (S. 63-85). Heidelberg: Auer.
- Mertens, W. (1990). *Einführung in die psychoanalytische Therapie*. Band 1. Stuttgart: Kohlhammer.
- Perrez, M. (1982). Ziele der Psychotherapie. In R. Bastine u. a. (Hrsg.), *Grundbegriffe der Psycho-therapie* (S. 459-463). Weinheim: Edition Psychologie, .
- Pöldinger, W. & Wagner, W. (Hrsg.). (1991). *Ethik in der Psychiatrie. Werte-begründung - Wertdurchsetzung*. Berlin: Springer.
- Rattner, J. (1991). *Tugend und Laster. Tiefenpsychologie als angewandte Ethik*. Frankfurt/M.: Fischer.
- Reiter, L. (1978): Werte, Ziele und Entscheidungen in der Psycho-therapie. In H. Strotzka (Hrsg.), *Psychotherapie: Grundlagen, Verfahren, Indikationen*. 2. Auflage (S. 85-109). München: Urban und Schwarzenberg.
- Reiter-Theil, S. (1988). *Autonomie und Gerechtigkeit. Das Beispiel der Familientherapie für eine therapeutische Ethik*. Berlin: Springer.
- Ritschl, D. (1991). Gerechtigkeit als ethisches Kriterium: Zur konsensfähigen Grundlegung der Ethik in Psychiatrie und Psycho-therapie. In W. Pöldinger & W. Wagner (Hrsg.), *Ethik in der Psychiatrie. Werte-begründung - Wertdurchsetzung* (S. 81-94). Berlin: Springer.
- Rücker-Embsen-Jonasch, I. & Ebbecke-Nohlen, A. (Hrsg.).(1991). *Balanceakte. Familientherapie und Geschlechterrollen*. Heidelberg: Auer.
- Welter-Enderlin, R.. *Familismus, Sexismus und Familientherapie*, In I. Rücker-Embsen-Jonasch & A. Ebbecke-Nohlen (Hrsg.), *Balanceakte. Familientherapie und Geschlechterrollen* (S. 63-85). Heidelberg: Auer.

İnsan Klonlanması ve Medikal Etik

H. Hüsrev Hatemi

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi İç Hastalıkları Anabilim Dalı Endokrinoloji Bilim Dalı
Emekli Öğretim Üyesi
husrevhatemi@yahoo.com

Human Cloning and Medical Ethics

Summary

Human being is not obliged to accept such a technology as human cloning which has naturally sociological, psychological and legal outcomes. The majority of people refuse practising human cloning technology; they would not feel crouched down and try to seem neutral because of being frightened of stigmatised as reactionary or conservative. Refusal of organ transplantation may be accepted as being conservative as saving one's life by way of organ transplantation is consistent with the basic goal of medicine. On the other hand, human cloning is not consistent with medicine, on the contrary, it is a demonstrative example of disuse of medical sciences.

Keywords

Human Cloning, Medicine, Ethics, Medical Sciences.

Giriş

Teknolojinin ve deneysel bilimlerin çok ilerlemiş olduğu 19 ve 20 ci yüzyıllarda Etik'in "normatif" yani "kural koyucu" bir disiplin olduğu zaman zaman göz ardı edilerek, deneysel bilim ve teknoloji normatifleştirmeye çalışılmış ve etik kurallar teknolojinin talepleri ile yönlendirilmek istenmiştir. Bu eğilimin yanlışlığı ortadadır.

Hukuk etik prensiplerine, kanun maddeleri ile hükmedilemeyeceği gibi, medikal etik konuları da ilaç sanayi, uzmanlık dernekleri veyâ "halkın talebi" gibi gerçeklerle yönlendirilmemelidir. Bundan yaklaşık yarım yüzyıl önce, 1963'de, Fransız Akademisi üyesi Maurice Garçon Avukatlık ve Ahlâk makalesinde diyor ki: Avukatlık sanatının kuralları, yüzyıllardan beri çok az değişmiştir. Bununla beraber son yüzyıl içinde dünyâ, bin yıldan beri değiştiğinden daha çok değişmiştir.

Sanayinin, zenaati öldürmüş olduğu bir yüzyılda, Avukat, taleplerin, ekonomik ve sosyal düzenin tamamen değişmiş olduğu bir çağın zenaatkârı gibi kalakalmıştır.

Sorun şuradadır: Avukatlık mesleğinin oluşum şekli ve örgütlenmesinde değişiklik yapmaya gerek var mıdır, yok mudur?

Eğer avukatlık Nizamnamesine kuralları koyduran eski mantık ve sebepler, değerlerini kay-

betmiş iseler, bir değişikliğe gerek vardır. Konmuş olan kurallar keyfî veya sadece örf ve adetlere bir nizam getirmek için konmuş kurallar olmayıp, temel ilkelere bağlı iseler, bu ilkeler değişikliğine göre, kuralların değişmesi için sebep yoktur”¹

Maurice Garçon, bu sözleriyle Etik disiplini'nin temel kurallarının altını çizmiş oluyor. Gerçekten, etik kurallarda, günün şartlarına uyma gereğinin geçerliliği çok düşüktür. Etik kurallar, Evrensel ahlâk (ve hukuk) ilkelerine dayanmalıdır.

Günümüzde medikal etik disiplinin dayanak noktaları olan temel ilkeler yararlılık, özerklik ve adalet ilkeleridir.²

Georgetown Üniversitesinde Felsefe Profsörü Beauchamp Medikal Etik temel ilkelerine “Four Principles=dört prensip” adını veriyor.

1. Beneficence (yararlılık). Amaç hasta olan insanlara yararlı olmak ve risklerle yarar arasında denge olmasını gözetmektir.
2. Zararlı olmamak (Non-maleficence)
3. Bireylerin özerkliğine saygı (Respect for autonomy)
4. Adalet ilkesi (Justice) risklerin ve yararların bireylere dağıtımında adil davranmak

Medikal Etik ilkelik anlayışına “Principlisme” adı verilmiş ve bu görüşü eleştirenler olmuştur. Bu eleştirileri başka bir yazıya bırakarak, Medikal Etik ilkeleri açısından “insan klonlama” konusuna geçmek istiyorum.

Reprodüktif Tıp ve Etik

Etik ilkelerin varlığına rağmen, öyle konular vardır ki medikal bakımdan sorunlu etik bakımdan sorunsuzdur. Bunun tam aksi olan durumlarla da karşılaşılır.⁴

Bir örnek olarak reprodüktif tıp konusunda Schäfer, Baumann ve Kettner'in yorumunu alalım. Yazarlar “Reprodüktif tıbbın, teknolojik doğası gereği, özellikle feminist eleştirmenler bu tıp dalını, patriarkal (ataerkil) biyolojik politikaların, özünde kadına karşı olan bir görünümü olarak görmektedirler⁵” diyorlar.

Klonlama nedir?

Klonlama oldukça yeni bir teknik olmakla beraber, klon kelimesi eski Yunancadan gelmektedir. Klon “filiz, ince dal parçası” demektir. Ağaçların aşılmasında kullanılan dallar için aynı kelime kullanılmıştır.

1970'de bir tek bireyden, “ebeveyn, yani anne-babadan değil) insan ve canlı üretilmesi karşılığında bu terim kullanılmaya başlandı. Son yıllarda, bir canlı varlığın, yapay bir kopyası, o canlı varlığın genetik eşdeğeri için “klon” sözcüğü kullanılmaktadır. Klonaj tekniğinde, yumurtanın (ovül) çekirdeği çıkarılmıştır. Embryon hâline dönüşen ovül sadece donörden (vericiden) alınan genleri içermektedir. Klonlanmış organizmadaki genler vericinin genlerinin kopyası gibidir. Ancak %0.05-0.1 oranında gen, ovülün sitoplazmasından (mitokondrilerden) gelir.

Normal döllenmede ise zigot, ebeveyn genlerinin bir karışımıdır. Klonlamanın başlangıç şeklini, 1930'lu yıllarda Alman embriyolojist Hans Speman denemiştir. Speman, nukleus'u bir somatik hücreden alarak, nukleusu alınmış bir yumurta hücresine yerleştiriyordu.⁶ Speman, Salamander (bir tür kertenkele) üzerinde çalışıyordu. Ovül içine transplante edilen somatik hücre, bölünmeye ve çoğalmaya başlar. Briggs ve King, Philadelphia da çalışan iki biyolog olarak, 1952 yılında, kurbağalar üzerinde, klonlama deneyini tekrar canlandırdılar. Kurbağalarda ve Salamander cinsi sürüngenlerde ve embryo hücrelerinde başarılı olan bu yöntem, daha ge-

İşmiş ve farklılaşmış somatik hücreler kullanınca başarılı olmuyordu. 1970'li yıllarda Britanya'lı biyolog John Gurdon, farklılaşmış olan bir somatik hücreden aldığı nükleus ile bir kurbağayı klonlayınca embryo hücreleri kullanmadan da başarılı klonlamanın mümkün olduğu görüldü. Memelilerde klonlama, daha ciddi sorunlar çıkarıyordu. Memelilerde ovül sayısı, kurbağalara göre çok daha azdı. Ayrıca, ovülleri elde etmek için invazif girişimler ve embryonun gelişmesi için de, bu ovülün bir uterus içine yerleştirilmesi gerekiyordu. Bu durum, 1997 yılında İskoçya'lı bir grupun, yıl içinde klonladıkları bir kuzunun "Dolly" doğumunu haber vermeleriyle değişti. Dolly, beş ay süren normal bir gebelikten sonra doğmuştu. Yapılan genetik testler, Dolly'nin klonlanmış bir canlı olduğunu isbat etti.⁶

Klonlama ve Etik Sorunlar

Klonlama üzerine yapılan tartışmalar hukukçular, din adamları, tıp ve biyoloji bilimi mensupları, kanun koyucular, filozoflar, Sivil Toplum kuruluşları ve diğer örgütleri başta ilgilendirmek üzere, Dolly olayından beri, sürüp gitmektedir. Bu tartışmalardan çıkan sonuç (oybirliği ile değil) bir klon insan yavrusu (bebek) oluşturmanın Etik ilkelere aykırı olduğudur. Dolly deneyini gerçekleştiren Dr. Wilmut, Amerikan Kongresine bizzat yaptığı açıklamada Dolly'nin doğması için 277 embryo oluşturulduğunu, yirmi dokuzunun koyun uteruslarına yerleştirildiğini ancak bu koyunların 1'inden Dolly dünyaya geldiğini bildirmiştir. %90'dan fazla başarısızlık ve yüksek mortalite oranı, ayrıca Dolly'nin 6.5 yaşında iken (normal koyun ömrü 10 yıl) ötanazi yöntemi ile uyutulması gibi sebepler, klonlama işleminin insanlarda yapılmasının insan onur ve değeri (Human Dignity) bağdaşmayacağını düşündürmektedir. Dolly'de ilerleyici akciğer hastalığı ve artrit vardı.

Genel olarak düşünülenin aksine olarak, bir klon, vericisinin (donör) aynı genetik kodunu taşımakla birlikte, farklılıklar da gösterir. Hücre çekirdeğinden gelen genler, donör genleri ile aynıdır. Ovosit (ovum, ovül, yumurta hücresi) genleri ise mitokondrial genlerdir ve embryo genlerinin % 1'inden daha azını oluştursa bile kopya ile asıl arasında bir fark oluşturur. Şimdiki halde, bu durumun ne gibi sonuçlara yol açacağını, nükleustan gelen ADN, ile mitokondrial ADN ve onunla aynı olan sitoplazma ADN arasındaki intrasellüler (hücreler arası) signallerin doğası ve önemini kimse bilmemektedir.⁷ Dolly tecrübesinde gördüğümüze göre 277 ovositten bir koyun doğumu sağlanmıştır. İnsanda ovosit elde etmek için, yumurtalıkları yüksek dozda gonadotropin ile uyarmak, sonra ultrasonografi altında ponksiyon yaparak, ovosit toplamak gerekmektedir. Bir klonlama işlemi için, defalarca yumurtalıkları uyarma işleminin zararsız (benin, benigne, selim) bir işlem olacağı iddia edilemez. Bu bakımdan sırf ovosit toplama işleminin defalarca tekrarlanması bile Medikal Etik'in "zarar vermeme" ilkesine aykırıdır. Ayrıca, kendisine önemli bir mâli çıkar sağlamıyacak olan bir işlemi birçok ovosit vericisi kabul etmeyecektir. Dünyanın birçok ülkesinde kendi bedenini bir ticari kazanç kaynağı haline getirmek, hukuka ve Etik ilkelerine aykırıdır. Fakir ülkelerde ve gelişmekte olan ülkelerde bu gibi davranışlar görülmekte ise de, bu bir "çağdaş kölelik rejimi" dir ve bu uygulamaların eradikasyonu için bir genel eğilim baş göstermiştir.⁷

İnsan klonlanması işlemi iki başlıkta incelenmektedir: Üreme tekniği olarak klonlama (clonage reproductif) ve tedâvi amaçlı klonlama (clonage thérapeutique). Dr. Bléhaut, haklı olarak bu ikisi arasında fark görmüyor. Çünkü, teknikleri aynıdır. Dolayısıyla ovosit kaynağı olan dışı insana, doğuracağı sakıncalar aynıdır.

Dr. Bléhaut, devam ederek şunları söylüyor: "Günümüzde bütün ülkelerde, üretimsel amaç-

lı klonlamanın yasaklanmış olduğu görülüyor. Bu yasaklamaya rağmen bazı bilim adamları, katı bir şekilde, ilk insan klonlanması olayının gerçekleşmesi için ısrar ediyorlar. İnsanı aşağılayan bir yöntem örneği olarak, reproduktif klonlamadan daha iyisi gösterilemez.

Klonlanmış bir Albert Einstein ancak, donörü olan Einstein'ın bir modeli olarak hayatını sürdürür. O halde bu şahısta doğacak kimlik ve kişilik bunalımlarını tahmin etmemek mümkün müdür?

Klonlanmış bir hücre çekirdeğinin ovosit vericisi olan, bu embriyoyu uterusunda taşıyan kadını düşünelim. Klon'un kaynağı kocası ise, çocuğunun kopyası olan bir adam ile, kendisini incest ilişkisi içinde sayabilir. Eğer ovosite yerleştirilen çekirdek, kadının kendi somatik hücresi ise bu defa da çocuğuna anne gibi davranışı, kendisini sevmek, yâni bir narsisizm örneği olacaktır”.

Protestan (Evangelist, Lutheran, Anglikan) görüşü (Denis Müller)

“Ben burada Axel Kahn'ın savunduğu görüşe mütevazî, fakat desteğimi vermekle yetineceğim.”

Axel Kahn ve Ulusal Etik Danışma Konseyi'ne göre, Etik görüş açısından insan klonlanması, insan onuruna, insan saygınlığına aykırıdır. İnsan klonlanması, antropolojik, psikolojik ve sembolik açıdan devâsâ bir uyumsuzluk hâlidir. Bu, narsisistçe kendini çoğaltma arzudur. İnsan klonlama fantazisi ile, tıp destekli üreme metodları arasında büyük fark vardır. Yapay döllendirme metodunda, başkasının (kimliği belli olmayan bir vericinin) spermi kullandığında, bu yöntemin zina sayılacağını savunan Katolik kilisesi kadar konuyu kategorik ele almayan Protestan din adamları, insan klonlanmasına Katolik kilisesi ile aynı şekilde yaklaşmaktadırlar. Çünkü, klonlama yönteminde “kendinden kendini yaratma” söz konusudur.

Henri Bergson zaman içinde sürüp giden “yaratıcı evölüsyon, évolution créatrice” kavramını ortaya atmıştı. Klonlama yönteminde, olumlu anlamda bir yaratıcı gelişme yerine, kendini üretme egoizmi, iki yüzlü bir altruizm (diğerkâmlık) maskesi ile sunulmaktadır. Protestan Etik anlayışı gerici ve bilimsel gelişmeye karşı bir etik anlayışı değildir. Protestan Etik anlayışı ilime şüphe ve yadırgama ile bakmaz. Sâdece antropolojik, psikolojik ve inanç bakımından bir bunalıma düşme yerine birey özgürlüğüne, sosyal adalet, bireylerin saygınlığına değer veren makul, kabul edilebilir bir etik anlayışını savunur.”

Denis Müller, Lausanne (Lozan) Üniversitesi Protestan İlahiyat Fakültesi'nin öğretim üyesidir.⁸

Roman Katolik Kilisesi (Vatikan) klonlama tekniklerinin insanda uygulanmasının insan onuru ve insan saygınlığı ile bağdaşmayacağını savunur. Vatikan'a göre “Bir insanın insani bir şekilde dünyaya gelme hakkı vardır. Devlet yönetimlerinin, hükümetlerin bir an önce gerekli yasaları hazırlayarak insan klonlanmasını yasaklamalarını, hiçbir baskıdan etkilenmemelerini diliyoruz.”

Birleşik Amerika'da Katolik Kardinaller Ulusal Konferansı 1997 Mart'ında birçok temele dayanarak, insan klonlanmasını reddeden bir bildiri yayınlamıştır. Bu bildiri de çocukların gerçek ebeveyn sahibi olma haklarına işaret edilmiş, çocukların kopyalama gibi “imal edilmiş” olmalarının kabul edilemez bir durum olduğu belirtilmiştir.

Newyork Devlet Senatosu'nda görüş bildiren Kardinal O'connor, klonlama yönteminin, hekimlik mesleğinin sınırlarını aştığını, çünkü klonlama olayının, hiçbir hastalığı tedavi etmeye yönelik olmadığını belirtmiştir (13 Mart 1997, New York Eyalet Senatosu). İnsan saygınlığının ya-

rarına olan her bilimsel gelişmeyi teşvik eden Katolik Kilisesi, klonlamayı kabul edemez, çünkü klonlama insanların ebeveynlik sürecine karşıdır, ilerde doğuracağı sonuçlar meçhuldür ve hiçbir hastalığı tedâvi etmeye yönelik değildir. Başka bir Katolik İlahiyatçı olan Richard A Mc. Cormick, insan klonlanmasını evlilik ve aile kurumuna karşıt olan bir yöntem olarak görmektedir. Mc Cormick'e göre böyle yöntemler aileyi kişiliksizleştirir, evlilik aşkını bedensizleştirir, evlilik kurumunun kutsal benliğine taarruz eder.⁹

Ortodoks Görüşü

Ortodoks görüşünde "Tanrı Kendi Suretinde İnsan Yarattı" diyen Bible'dan kaynaklanan "Tanrı Sureti, İmago Dei" kavramı kökleşmiştir. İzdivaç dışı olan bütün üreme teknolojileri, insanı, Tanrı'nın iradesine uygun olarak "Tanrı imajında" üretmek yerine "sadece insan imajında" üretmek denerek Ortodoks görüşünce reddedilmekte, özellikle insan klonlanması "grotesk" bir genetik manipulasyon sayılmaktadır. 11 Mart 1997 tarihinde, Amerika'daki Ortodoks kilisesi yayınladığı bildiriye, klonlama yönteminin kaçınılmaz bir şekilde suistimal edileceği ve ticarileşeceği inancını beyan ederek, Amerikan hükümetinin insan klonlanmasına karşı önlem almasını, bu araştırmalara hiçbir destek sağlamamasını istemiştir.

Amerika Devlet Başkanlığı Bioetik Konseyi Görüşü

2002 yılı Temmuz ayında ABD'de President's Council on Bioethics görüşleri şöyle özetlenebilir: Çocuk dünyaya getirmek için klonlama yönteminin kullanılması, insan genetik birikimine müdahale edecek ve değiştirecek olan yöntemlerin öncüsü olabilir. Şüphesiz ki klonlama yönteminden önce de var olan bazı insan kaynaklı uygulamalar, insan gen deposunda bazı değişimler yapmıştır. Bir örnek olarak: insulinin keşfi, üreme çağına gelemeden ölecek olan birçok diabetik hastanın yaşamasını sağlamış ve böylece diabet geninin artmasına, yaygınlaşmasına yol açmıştır.

Fakat böyle sonuçlara yol açacak düşüncesiyle tedâvi yöntemleri yasaklanamaz. İnsan klonlanması ise daha karmaşık bir konudur. Klonlama, klonlanmış çocuğa karşı bir adaletsiz eylemdir. Biyolojik anne-babadan yoksun oluş, ortaya çıkması muhtemel olan bedeni ve ruhsal patolojiler, devletin bu konuya müdahale edişini meşru kılmaktadır.

Etik ilkeler açısından, insan dünyaya getirme amacıyla klonlama yönteminin kullanılması, sadece güvensiz olmakla kalmayıp, ahlâk açısından da, "kabul edilemez" niteliktedir.¹⁰

İslam Görüşü

Kuranda (4:119) Maide Sûresinin 118-119 no lu ayetinde, Tanrı Şeytan'ı lanetleyince Şeytan "insanları mutlaka saptıracağım, muhakkak onları boş kuruntulara boğacağım. Kesinlikle onlara emredeceğim de hayvanların kulaklarını yaracaklar (putlara adayacaklar) şüphesiz onlara emredeceğim, Allah'ın yarattıklarını değiştirecekler" (dedi).

Kim Allah'ı bırakır da şeytani dost edinirse, elbette apaçık bir ziyana düşmüştür.

Kuran'ın yukarıya aldığımız ayetinde, "Allah'ın yarattıklarını değiştirecekler" ifâdesinin yorumunda "Tabiatın dengesini bozan davranış, kullanma ve teknolojiler de aynı çerçeveye girer" diyen İslam yorumcuları vardır.¹¹ Bu ayet yorumuna göre, üreme teknolojisi olarak insan klonlanmasına İslâm dini karşıdır. Terapötik maksatla insan embriyosu kullanılması konusunda, İslâm ilahiyatçıları değişik görüşler savunmaktadırlar. Bazı İslam ilâhiyatçıları, yumurta zigot hâ-

line girince (döllenince) ruh indiğini, embryoya terapötik bakımdan da dokunulamayacağını ileri sürerken diğer bazı ilâhiyatçılar, embryonun 4 cü ayında cenine (fetusa) ruh indiğini, dört ayı bulmadıkça terapötik amaçla (meselâ kök hücre elde etmek için embryo üzerinde işlem yapılabileceği görüşündedirler.

Sonuç

İnsan klonlanması gibi, sosyolojik, psikolojik ve hukuki sonuçlar doğuracak bir teknolojiyi kabul etmeye, insanlığın hiçbir mecburiyeti yoktur. En azından, bu teknolojiyi reddedenler çoğunlukta oldukları halde, gerici veyâ muhafazakâr sayılmak korkusu ile sinmemeleri ve iki yöne de çökilebilecek yorumlar yapmamalıdır.

Organ transplantasyonunu reddetmek, tutuculuk sayılabilir. Çünkü, bir insan hayatının transplantasyonla kurtarılması, hekimlik mesleğinin başlıca amacına uygundur. İnsan klonlanması ise hekimlik mesleğinin amaçlarına uygun değil, tam aksine kötüye kullanılması örneğidir.

Kaynaklar

1. Maurice Garçon: L'Avocat et la Morale. Buchet/Chastel Mayenne, 1963.
2. Elçioğlu Ö, Kırımoğlu N: Tıp Etiği İlkeleri. Çağdaş Tıp Etiği Nobel Kitabevleri 2003. s:26-40
3. Beauchamp TL: The "Four Principles Approach" in principles of Health Care Etihcs (Edited by Ranaan Gillon) John Wiley and Sons Ltd. 1994. pp:3-12
4. Snowden R and Mitchell GD: The Artificial Family. A consideration of artificial insemination by Donor George Allen and Unwin, London 1981.
5. Schaffer D, Baumann R, Kettner M: Ethics and reproductive medicine. Human Reproduction Update vol 2: 447-456, 1996.
6. Le clonage Humain-Questions Ethiques: Unesco. Printed in France 2004
7. Bléhaut H. Le clonage humaine. Responsabilité Juin 2001 (www.lesoumédical.fr)
8. Müler D: Un point de vue protestant Sur le clonage humain. Le Monde gazetesi. Paris. 3 Avril 1998
9. Cloning Human Beings. Commissioned Paper by Courtney S. Campbell: Oregon State University.
10. Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry. The President's Council on Bioethics. Washington DC. July 2002. www.bioethics.gov
11. Kuran-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali (Hazırlayanlar A. Özek, H. Karaman, A. Turgut, M. Çağrı-cı, İ. Kâfi Dönmez, S. Gümüş) Kral Fehd Mushaf-ı Şerif Basın Kurumu. Medine (Hicri 1412 yılı)

Bioethics in Germany-Historical Background, Mayor Debates, Philosophical Features

Michael Fuchs

Institut für Wissenschaft und Ethik e.V. Bonn
fuchs@iwe.uni-bonn.de

Bioethik in Deutschland. Historischer Hintergrund, Hauptdebatten, Philosophische Aspekte

Zusammenfassung

Der Ausdruck Bioethik fand in Deutschland erst relativ spät breitere Aufmerksamkeit. Es war vor allem die Diskussion um den Entwurf zur Menschenrechtskonvention zur Biomedizin des Europarates, die den Begriff in die Öffentlichkeit brachte. Gleichwohl hat eine interdisziplinäre bioethische Reflexion auch in Deutschland eine längere Vorgeschichte. Der Beitrag versucht, diese Geschichte sehr knapp nachzuzeichnen, um sich dann der neueren Diskussion zuzuwenden.

Dabei wird der Fokus auf die Bedeutung und Deutung des Konzeptes der Menschenwürde gerichtet. Es werden drei Debatten skizziert, in denen die Bezugnahme auf Menschenwürde eine Rolle gespielt hat und noch spielt, um anschließend die Tragfähigkeit dieses Konzeptes zu beurteilen: die Debatte um das Hirntodkriterium in den neunziger Jahren, die Frage der Erzeugung von embryonalen Stammzellen und ihres Importes, die sich zu Anfang des neuen Jahrtausends nachdrücklich stellte und das Problem der Sterbehilfe, das angesichts neuer Gesetze im Ausland oder umstrittener Einzelfälle wiederholt zu einem zentralen Thema in Deutschland wurde.

Die Skizze verdeutlicht, dass der Hinweis auf die Menschenwürde noch nicht die Frage entscheidet, wem die Menschenwürde zukommt und wie eng ihr Schutz und ihre Gewährleistung mit dem Schutz des Lebens verknüpft ist. Für das deutsche Grundgesetz scheint klar zu sein, dass nicht jede Tötungshandlung oder Lebensgefährdung zugleich eine Verletzung der Menschenwürde darstellt. Die Rede von der Unantastbarkeit der Menschenwürde ist daher gerade im herrschenden Verständnis in Deutschland nicht mit der Rede von der Heiligkeit des Lebens zu verwechseln. Auch ist nicht allgemein und vorab zur Betrachtung von Einzelfällen zu entscheiden, wann eine Instrumentalisierung einer Person stattfindet, die sich durch die Würdegarantie verbietet.

Schlüsselwörter

Bioethik, Menschenwürde, Hirntod, Stammzellforschung, Sterbehilfe

I. Introduction

Many questions that concern bioethics today – like those of medical assistance for suicide, the withdrawal of therapeutic measures or the termination of pregnancy – are about the drawing of boundaries between not-yet life, life and death. In this sense they posed the same problems that were faced long ago by the physicians of Antiquity in their scientific approach to medicine. The writings of the *corpus hippocraticum* demonstrate this impressively for the European tradition. These boundaries and the way they should be treated have remained a problem up to the present. With recent progress in science, however, specific questions of biomedical ethics such as the utilisation of embryonic stem cells, the testing of drugs on humans or the reproduction of mammals by means of cloning have become objects of ethical reflection. The term bioethics was first applied in this field of ethics with the realisation that ethical reflection can and should no longer be left entirely to the medical doctors but is a general interdisciplinary task for society as a whole. It is in this sense that the term first occurred around 1970 in the writings of Van Rensselaer Potter and André E. Hellegers, although each using it in a specific way, and since became widely established.¹

In Germany, the term bioethics applied in this way came relatively late to public attention. It was primarily the discussion around the drafting of a Convention on Human Rights and Biomedicine by the Council of Europe that brought the concept into the public domain. The draft, although conceived as a draft of an international law document, was treated as a “bioethics convention” within the Council of Europe and the bodies deliberating on the text and among the wider public. Opponents of this draft convention coupled their critique of the draft with a critique of bioethics as a whole, which they interpreted as a particular direction of ethics or, rather, medical ethics according to which the value and human dignity of the individual should be subordinated to the interests of research and its commercial applications. Although their accusations were unjustified, these groups managed to engender public scepticism in Germany about the convention and build mistrust towards bioethics as such. Bioethics, they argued, was developed wholly under the influence of utilitarianism and largely dominated by positions like those of Peter Singer on infanticide regarding new-born babies with severe disabilities.

Notwithstanding this – not always fairly conducted – public debate, there had already emerged much earlier in Germany an insight that progress in modern medicine and the life sciences and their application throws up or transforms problems of an ethical nature which cannot be left entirely to the medical practitioners or the protagonists of research. This insight could be found back in the 1950s and 1960s in Catholic moral theology and in Protestant ethical theory, and was then in subsequent years taken up in the development of the law governing the conduct of physicians, which later developed into medical law and bio law, and finally this insight could also be found in philosophy.

II. Historical background

Catholic moral theology found itself confronted with a number of challenges in the period before the second Vatican Council, a debate which was taken up in Germany, too. On the one

¹ Reich 1994; id. 1995 and Jonsen 1998.

hand, there were efforts to counter the casuistry and the morality of the confessional by developing a theologically and philosophically rooted ethics; on the other hand, these thinkers were seeking an inductive approach premised on the concrete problems of practical morality. Many shared the conviction that the ethical problems of modernity could only be tackled from an interdisciplinary perspective. The need to reflect in greater depth on medical ethics came not only from the new possibilities being opened up by medical advances, but also from the answers given by official Catholic teaching in response to these possibilities, especially on questions of reproductive medicine and the new hormonal techniques for contraception.²

In those years Protestant theology also became increasingly focused on medical ethics concerning the beginning and end of life.³ And the new technical possibilities of human reproduction also became an object of debate and ethical reflection for the field of jurisprudence.⁴

Yet the issues that were stimulating interdisciplinary interest in Germany soon went beyond reproductive medicine and the question of euthanasia. German scientists and academics, like their colleagues around the world, were confronted with the possibility of genetic interventions in human beings after reading the findings of the famous symposium of the Ciba Foundation entitled "Man and his Future". The papers and discussion appeared in print in 1963 in London and became available in German from 1966. In 1969 a group of biologists, physicists, medical researchers, legal experts, sociologists, theologians and philosophers published a volume of essays that addressed and critically discussed the problem of genetic manipulation of the human being. For all the differences between their various positions, the authors shared one view: "this question of the beginning of human life" is too serious to be left to the geneticists.⁵

With the development of organ transplantation there also appeared to be a need for an interdisciplinary approach. The ethicists responded a short time after the first ever heart transplantation in Cape Town with a series of lectures and contributions on the ethical issues which were brought together in a collection edited by Martin Honecker in 1973. "The phenomenon of organ transfers," wrote Honecker in the forward, "touches on fundamental questions for humanity, bringing old questions back to mind and throwing up new questions."⁶ Central among these is the understanding of death. Theologically it appears in the alternative interpretations of Final Judgement or Salvation; and anthropologically, medically and judicially as further enquiries into brain death as a criterion of death and its adequacy, sufficient certainty and verifiability.

² One of the most important writers to emerge in this context was Franz Böckle. For Böckle, who came from Switzerland and had been a professor of moral theology in Bonn since 1963, the official Catholic teaching on sexual morality and on reproductive medicine raised the question of our understanding of nature and its normative meaning, the role of conscience in the forming of judgements and the role of personal autonomy in classical theology. In Böckle, even more than in his predecessor in Bonn, Werner Schöllgen, the University's research-oriented Medical Faculty found a competent and self-confident partner for discussing various ethical questions. Moreover, the still young German democracy's parliament and government, then based in Bonn, found in Böckle an important advisor on many social and medical-ethical issues. There were also other moral theologians and Catholic social ethicists pushing for new ideas in theology in the wake of the second Vatican Council. Thus, Wilhelm Korff and Alfons Auer helped to prepare the ground for bioethics in Germany with major contributions of their own and through the work of those who studied under them.

³ This direction is apparent, for example, in the work of Hendrik van Oyen, Wilfried Härle, Martin Honecker and Ulrich Eibach.

⁴ Giesen 1963.

⁵ Wagner (ed.) 1969.

⁶ Honecker (ed.) 1973.

Among German philosophers this initially led only to occasional papers reflecting on the normative questions that arise in medical practice.⁷ Only with the work of the Benda Commission (Benda-Kommission) did philosophy, alongside the schools of theology, also become integrated within a systematic reflection. In the spring of the same year in which, in the United Kingdom, Mary Warnock presented the report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Germany saw the formation of the Benda Commission, set up as a joint working group by federal ministers Hans A. Engelhard (justice) and Heinz Riesenhuber (research and technology). Chaired by the former president of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), Ernst Benda, its remit was to consider not only those topics dealt with by the British commission but also genome analysis and gene therapy, and to ascertain the ethically and legally important ramifications and make specific recommendations to the legislature. The composition of this group reflected the interdisciplinary approach as well as the relevance of certain bodies and associations. From this time on, the issues addressed by the commission became a matter of intensive interdisciplinary study and political debate. Thanks to the input of some philosophers,⁸ philosophy took on a permanent role in interdisciplinary discussions and in political consultancy – a role they performed both by presenting their opinions in specific cases and by offering meta-reflections on ethics, science and politics.

Parallel to developments in the United States of America, a characteristic of bioethics in Germany was that its themes have been simultaneously a subject for interdisciplinary academic treatment and a focus of wider social concern. Unlike America, however, we cannot speak of bioethics having partly originated in the civil rights movement. Social discourse and academic treatment are separate spheres and yet each refers to the other. In both, there exist heterogeneous approaches and varying ethical positions. Both the social discourse and academic bioethics have responded to the criticism levelled by some groups in society and some parts of the media against the concept of bioethics and its supposed background and have integrated both questions and ideas of participation into their respective treatment of bioethics.

In the late 1980s and early 1990s the newly emerged culture of interdisciplinary bioethics in Germany led to the founding of a number of institutes, associations and journals which have since had a sustained influence in shaping German bioethics.

If we want to draw out the characteristic features of the debate in a particular country while focusing on general aspects, it is very tempting to exaggerate points of difference with other countries and overlook dissension within that country. And yet it is still necessary and helpful to draw such comparisons because the objective is to arrive at international consensus or at least a better understanding of the approaches taken by the others.

In describing the debate in Germany, I want to concentrate on one single concept, knowing full well that this is important not only in the German context but also in a number of other philosophical traditions and, after all, in every part of the world due to its adoption in international agreements. I am referring here to the concept of human dignity, a concept which is emphasised in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, which plays a major role in the con-

⁷ One could mention here individual contributions by Wolfgang Kluxen and Günther Patzig from the 1970s.

⁸ Alongside Wolfgang Kluxen, as a member of the Benda Commission, and Walther Zimmerli, as the philosopher involved in the hearings leading up to the commission's foundation, other philosophers now became engaged in this interdisciplinary discussion, including Hans-Martin Sass, Dieter Birnbacher and, later, Ludger Honnefelder, Hans Michael Baumgartner, Odo Marquardt, Ludwig Siep, Bettina Schöne-Seiffert and Otfried Höffe.

ventions of the Council of Europe, and which has more recently been included in the Charter of Fundamental Rights drawn up for the European Union. And in considering the disputes over the ethical problems of modern biomedicine in Germany, we notice that this concept also plays a central role in many of these debates. In fact, the definition of the scope of this concept is crucial to attitudes and decisions in the field of German bioethics.

III. Human dignity in Germany's Basic Law

A decisive reason for this is the central role of Germany's constitution, the Basic Law (Grundgesetz), and the great authority, including a moral authority, enjoyed by the Federal Constitutional Court. In its first article the Basic Law pronounces "the dignity of man" to be inviolable. Even a two-thirds majority of the Bundestag, otherwise required for constitutional amendments, cannot remove or undermine the guaranteed protection accorded to human dignity. Human dignity, in a sense, antecedes the norm-setting function of the legislature in its role as the representative of the people. Hence, human dignity is regarded as a yardstick for all decisions that interpret statute law; it is an objective of state action and the foundation of the basic rights of the individual. In its interpretations of the Basic Law for specific cases by the body responsible for this task, the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), human dignity is understood as the "centre of the value system of the constitution"⁹. In the context of philosophical debate, too, it is relatively rare to find anyone who, in response to this superordinate, unchallengeable character of human rights, present the guarantee of human dignity as an empty phrase, more declaratory in character than normative with substantive implications.¹⁰ More frequently we find the argument that this universal and superordinate character means that we should refer to human dignity as a supreme norm only if no apt concrete norm can be found and only if the case in question involves a particularly serious threat to the individual.¹¹ In fact, biomedicine, with its areas of ethical difficulty, shows particularly clearly that there are a number of spheres in which human dignity becomes a point of reference whenever normative boundaries have to be drawn. In the following I shall single out three debates in which the reference to human dignity has played, and still plays, a key role and then go on to assess the feasibility of this concept. There is the debate on the criterion for brain death, in which Germans were engaged in the 1990s (IV.); there is the question of producing embryonic stem cells and the legitimacy of importing them, which became hugely important at the outset of the new century (V.); and there is the problem of euthanasia, which has repeatedly been at the centre of ethical concern in Germany as new laws have been adopted by other countries or as highly contentious individual cases have occurred (VI.).

IV. Brain death and organ transplantation

The ethical debate can take place at three parallel and yet interacting levels: public and media attention, discussion in the wider society, and interdisciplinary scientific treatment. This became very clear in Germany in the debate on the brain death criterion, conducted most intensely in the years 1992 to 1996. It is interesting to note that the definition of brain death had al-

⁹ Bundesverfassungsgericht 1973.

¹⁰ Birnbacher 1996.

¹¹ Enquete-Kommission 2002: 41.

ready been advanced by scientists at Harvard University at the end of the 1960s and had met with broad agreement. In 1992, however, the so-called “Erlangen baby” case aroused new interest in brain death and, to some extent, gave rise to new positions on all three levels. Doctors at the university hospital in Erlangen were treating a woman who was diagnosed as brain dead in her 14th week of pregnancy. They decided to continue the pregnancy by means of artificial respiration until the baby could survive outside the womb, unless severe damage to the foetus was determined. The decision of those involved caused great consternation in various quarters. In particular, it led people to ask whether a pregnant woman can really be regarded as dead. Many critics of the brain death criterion now entered the arena, challenging the validity of this criterion and adopting a stance which had earlier been formulated by Hans Jonas but, at the time, found little support.

The critics claimed that the acceptance of the brain death criterion was an expression either of pragmatic utilitarian considerations or a false conception of human beings derived one-sidedly from cognitive performance and its organic prerequisites, but this was opposed by the philosopher Ludger Honnefelder. Honnefelder agreed with Jonas and many other critics of the brain death criterion inasmuch as they were saying that what we understand by death cannot be a matter of pragmatic definition, whether by law or by policy-makers. He also agreed that a valid understanding of death cannot simply be read off from natural scientific findings. For Honnefelder, however, the acceptance of the brain death criterion had not resulted for the positing of a new position but is in fact consistent with tradition: “Death was, therefore, always death of the living being, never some sort of complete end to all life processes in every cell making up the organism. If we look for the origin of this understanding of life and death in tradition, there can be no doubt that it is to be found in the *Aristotelian philosophy of nature*.”¹² This claim may seem surprising at first sight; after all, it was Aristotle who, countering Plato, had on occasions identified the heart and not the brain as man’s central organ. What is important for Honnefelder, however, is not the arguments in favour of a particular organ as central, but the conception and role allocated to such a body part in terms of the entity that constitutes the organism and the living being. “As this comparison made by Aristotle makes clear, the idea that living beings represent a unity and totality because it is animated by a soul does not contradict the allocation of the function of the soul to a central organ but flows from the fact that there is, in accordance with the structure of the living being, a central organ that controls life as a *self-moving* of the respective organism.”¹³

The phenomenal appearance of continuing life exemplified in the Erlangen baby case does not, in this view, contradict the doctors’ determination of the mother’s death. With this conception of brain death as the criterion of death of the human being Honnefelder was repeating a position already formulated after the international introduction of the criterion to the German-language debate by, among others, Ulrich Eibach, namely that advocacy of the brain death criterion does not have to be associated with a dualistic anthropology but can, on the contrary, be favoured by a holistic anthropology. By explicitly referring back to the European philosophical tradition Honnefelder also made clear that death is not being given a new interpretation on medical utility grounds, as was previously claimed by Hans Jonas and, following the Erlangen case, by a whole number of other critics of the brain death criterion including those in the hig-

¹² Honnefelder 1998: 69.

¹³ Honnefelder 1998: 70.

her ranks of the Catholic clergy in Germany. Thus, those who advocate the brain death criterion are not necessarily arguing for an ethics of interest. Their understanding of death can have a legitimate place within the ethics of human dignity.

We should not underestimate the extent to which Hans Jonas' high reputation influenced the course of this debate. Jonas' reception in Germany was particularly intensive, not only in response to his book "Prinzip Verantwortung" but also to his writings on medical ethics. This was reflected in the many academic and social honours he received in the last few years of his life in Germany¹⁴ and also in the founding of centres intended to cultivate his life's work and disseminate his ideas. Seeking to explain this extraordinary reception, which was part of a worldwide echo, Dietrich Böhler has identified three reasons: the language used by Jonas, evoking tradition and employing strong imagery; his credibility as a personality; and the way he roots his ethical statements in moral intuitions. It is certainly true that this was a period when Germans were engaged in pondering more deeply on their own historical responsibility, so they were particularly interested in a remarkable intervention by a Jewish thinker who had emigrated from Germany. A great deal of attention was therefore paid to a credible personality who was addressing fundamental and topical moral issues in a very serious and existential manner. Yet this is probably only part of the explanation. Jonas' reception began in Germany above all at a time when people saw themselves facing the looming ecological crisis and wanted to develop a more sceptical position in opposition to utopian modes of thought found, for instance, in the philosophy of Ernst Bloch. Even though at first glance it might seem logical to interpret the heuristics fear, formulated by Jonas in his ethic of responsibility, as a "reverence for life", it was not really the protection of life as such which concerned Jonas' ethic of responsibility but the protection of dignity: "In contrast to an ethic of sanctity whose principle would be the rationally unfounded reverence for the sanctity of human life as such, Jonas' argument is always directed at life as the existential condition for the capacity to take responsibility. The implicit principle underlying his medical ethics is: *In dubio pro vita, quia semper pro responsabilitate*."¹⁵ It is his misgivings about the instrumentalisation of a living human organism as a spare parts store for organ transplantation that drove him to challenge the Harvard definition and prevented him from accepting death in a situation in which the integration of this organism is doubtful. Thus, for Jonas, life itself does not represent an ultimate value but is valuable inasmuch as it represents the prerequisite for the exercising of responsibility. Hence, in principle Jonas' approach conforms to the view that flows from the wording of Germany's Basic Law and from the ideas of its architects. The proposal that voluntary consent could legitimate the removal of organs from a brain dead patient who is not considered dead but dying is firmly rejected by Jonas as self-instrumentalisation. In criticising the elements of Jonas' ethics expressed in his position on the brain death criterion, we should not attack his idea of the sanctity of life; rather, the critique must be directed at his exaggerated tutorialism. Both the German advocates of the brain death criterion and Hans Jonas as its critic are in fact arguing on the shared foundation of an ethic of human dignity.

Since Germany's legislative initiative on the transplantation of solid organs (1996) did not lead to agreement on the suitability of the brain death criterion, leaving the need for legal certainty still unresolved, the German Bundestag arrived at a form of words which, while not ha-

¹⁴ Cf. Böhler 1998.

¹⁵ Ibid. 45.

ving brain death enshrined in the law as the criterion of death, still made it possible to continue the practice of interpreting the loss of all brain functions as an indicator of death. In this way the law rules out the extraction of organs from the dead without prior determination of “irreversible loss of the entire function of the cerebrum, the cerebellum and the brain stem in accordance with procedural rules based on the most advanced knowledge available in medical science”. Even then, the removal of organs is only permissible if the donor has given prior consent. Moreover, it is also necessary for death to be determined “in accordance with rules based on the most advanced knowledge available in medical science”. In other words, brain death is not explicitly stated as a criterion at this point. In the deliberations and in the hearings of experts considerable legal and constitutional reservations centred on the view that it would be possible, in situations of urgent need, to permit organ removal if brain dead patients were considered to be dying without any hope of recovery. Doubts also remained on whether the loss of the entire brain meant that there could not be continued subcerebral neuronal integrations. By choosing to dispense with an unambiguous legal identification of brain loss and death, the legislators wanted to show that what is important about the function of life, as the basis of ascribing human dignity, is not the question of how large the capabilities of an intellectual, emotional, cognitive or other nature are of which a human being disposes.

V. The German Debate on Stem Cell Research and its Philosophical Background

Producing human embryos in a culture medium for research or therapeutic purposes was an option that – at least through the 1990s – appeared in Germany to be ruled out on ethical grounds. So the debate in Germany essentially revolved around the question of how we should respond to developments in other European countries with a more permissive stance, such as in Great Britain or Belgium. Was an erosion of our own ethical standards to be feared if we agreed to a middle position under international agreements or sign up to minimal requirements far less restrictive than ones own rules? Such considerations lay in part behind Germany’s refusal to sign the Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe,¹⁶ which Germany has still not yet signed.

1. From the Embryo Protection Act to the Stem Cell Act

Indeed, the course chosen in Germany – after an intensive interdisciplinary discussion between legal experts, scientists, medical professionals, philosophers and theologians¹⁷ and a subsequent parliamentary debate which accentuated their proposals – was to regulate all conceivable options opened up by in-vitro fertilisation under a criminal law with the adoption of the Embryo Protection Act. Passed in 1990, the act only allows the production of human embryos for the purpose of bringing about pregnancy. Other, abusive, applications of reproductive techniques are threatened with serious punishment, as is artificial modification of the human germ-line, reproduction by means of cloning techniques or the creation of chimeras and hybrid beings. Selection according to sex or fertilisation using sperm from someone who has died are also treated as criminal offences. As for research that is not intended to benefit the embryo af-

¹⁶ See De Wachter 1997.

¹⁷ See Bundesministerium für Forschung und Technologie 1985.

fect, the law does not provide for any legitimising exemptions.¹⁸

The debate took on a new urgency when, in November 1998, an American-Israeli research group headed by the American embryologist James A. Thomson reported the first ever successful cultivation of human embryonic stem cells.¹⁹ It was generally assumed that the possibility of keeping embryonic stem cell lines in a culture medium was a key prerequisite for developing a wider understanding of the differentiation process of human cells. There was also a very widespread view that this would at least open up good prospects for successful transplantation of tissues and perhaps even whole organs. The debate in Germany was driven forward above all by opinions presented by the Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), which is the self-governing body of the sciences and humanities in Germany, funded by the German federal government and the governments of the 16 Länder. The DFG flagged up its concerns in 1999 about the use of embryonic stem cells. It reported that embryonic stem cells were being obtained from blastocysts for purposes other than the survival of the embryo.²⁰ The DFG therefore argued that this practice did not comply with the Embryo Protection Act. The law would even apply, it pointed out, in cases where the embryo's development was unimpaired by the extraction of a few cells. The DFG could, however, point to two alternatives with regard not only to the investigation into the development potential of human cells but also to the exploration of therapeutic possibilities involving cell and tissue transplantation. At roughly the same time as Thomson's team produced its findings, John Gearhart was generating a stem cell line from the primordial germ cells in foetuses from early miscarriage or abortion.²¹ This approach appeared – leaving aside the difficulties concerning the criteria for death and the prevention of incentives for abortion – to be unproblematic or less problematic. Moreover, other scientists had drawn attention to the potential of stem cells in adult bodies. As the conviction increasingly emerged in the scientific community that primordial germ cells (EG cells) do not (any longer) demonstrate the same potential as embryonic stem cells (ES cells), the debate in Germany and elsewhere focused on the alternatives of embryonic stem cells and adult stem cells. While one side argued for the need to pursue in principle every promising research strategy, the other side countered with the view that where the alternatives are not morally equivalent, it is only legitimate to accept the ethically less problematic alternative.

In this situation the Deutsche Forschungsgemeinschaft introduced a further twist to the discussion by issuing another opinion which caused a particular stir, since it referred to the research proposals of a research group in Bonn who intended to use imported human embryonic stem cells for in vitro differentiation into neuronal cells for the purpose of experimental transplantation in rodents. It was hoped that success with this work would eventually lead to therapeutic strategies for combating neuronal diseases such as multiple sclerosis and Parkinson's disease. The DFG was now (in 2001)²² advising, also for ethical reasons, a gradual acceptance of ES cell research with the importing of human embryonic stem cells as a first legally and morally legitimate step to be followed in the medium-term by further ethical clarification and, if necessary, policy changes.

¹⁸ See Keller et al. 1992.

¹⁹ Thomson et al. 1998.

²⁰ See Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) 1999.

²¹ Gearhart 1998.

²² See Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) 2001.

In fact the DFG managed to trigger a national debate along these lines. The issues were considered by two national ethics committees instituted by constitutional bodies,²³ a debate in parliament,²⁴ a widely-heeded sceptical speech by the federal President,²⁵ and a very intensive and controversial ethical discussion, especially in the national newspapers. At the end of the debate it was decided not to amend the Embryo Protection Act for the time being, but to pass a law to regulate the importing of human embryonic stem cells. In taking this course, Parliament, as the legislature, was actually following the minority opinion among the experts and parliamentarians sitting on the German Bundestag's Study Commission on Law and Ethics in Modern Medicine (Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin).²⁶

2. Disagreements on the question of the status of embryos

It had been shown in earlier discussions in Germany that the basic attitudes towards the worthiness of protection to be granted to the human embryo *in vitro* are similarly heterogeneous like those found in other European countries and in the Anglo-Saxon countries in particular. The spectrum of positions in the philosophical debate ranged from the positing of a moral imperative to pursue embryo research and therapeutic cloning,²⁷ to the belief in a duty to ensure ungraded protection of human dignity for all early stages of development, which biologically must be considered part of the "human family".²⁸ In the attempts to qualify the necessity to protect life only for very first phases of development involved – alongside consistency arguments, such as reference to the legality of nidation inhibitors – a search for caesura in the development of the human organism from fertilisation to birth played an important role. Whereas the argument that individuation has not ceased as long as there are residual possibilities of polyembryony played a major role in the Anglo-Saxon discourse of the eighties, the German discussion was now more concerned with the criterion of nidation, since – as was said – it is only with nidation that essential nutritional and morphogenetic factors on the mother's side enter into the genetic programme of the fertilised egg cell.²⁹

The individual opinions within the spectrum of positions in Germany break down into two basic patterns of argument, in much the same way as we have seen in other countries. What both patterns of argument have in common is that they start with a clear assumption that the born human being must be ensured protection, whether on grounds of its status as a moral subject or on the basis of its facility for reason, whether as the holder of preferences of a special kind or as the image of God, or whether simply on grounds of divine command. Both patterns of argument proceed from this fundamental understanding by drawing conclusions as to the status of human beings in the phases prior to birth. The two camps occur because the development process can be seen, on the one hand, as a process of emerging and, on the other, as a process of growing. One side emphasises that the relevant characteristics and prerequisites of being a person are successively added, while the other side stresses identify and continuity between the embryo and the born human being. This difference comes sharply into

²³ See Nationaler Ethikrat 2001 and Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" 2002.

²⁴ See Deutscher Bundestag 2002.

²⁵ See Rau 2001.

²⁶ See Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" 2001.

²⁷ Merkel 2001.

²⁸ Spaemann 2001.

²⁹ Nüsslein-Volhard 2001; see also Heinemann/Honfelder 2002.

focus in the respective understandings of “potentiality”. While potentiality is seen on one side as a purely logical or material possibility, the other side regards the entity that has the potential as having, in a certain sense, a power of action “leading to the fulfilment of the potential”.³⁰

Looking at the debate in Germany as a whole, we should note, however, that there have been very few participants in this discourse who favour the option of permitting embryo harvesting for research or therapeutic purposes. Additional concerns have been voiced about the possibility that this might occur by means of therapeutic cloning, i.e. via procedures to transplant the nucleus.

This stance reflects a tendency, already visible in the deliberations leading up to the framing of the Embryo Protection Act, that if embryo-consuming research is, even for a therapeutic objective, to be permitted at all, then only when carried out on orphaned supernumerary embryos. Such embryos have become available – although only in small numbers – even under scope of the Embryo Protection Act. This is not due to infringements of the law. For, although the Embryo Protection Act seeks to create a framework for the use of in vitro fertilisation in which such embryos do not occur, it cannot and does not wish to give guarantees that an artificially produced embryo is implanted. Rather, we have to consider the possibility that the mother may fall ill or die, or that the mother – and the act also accepts this possibility – may refuse implantation. In general the latest discussion has made clear that the act, although appearing rigid by international comparison, does not only pursue the aim of preventing the unregulated practice of artificial insemination and research on embryos for uses other than the well-being of the embryo, but is also designed to offer protection for, in addition to the embryo, the family with its traditional parents-child structures.³¹ Only keeping in mind this dual purpose can we understand why no legal framework was created for embryo adoptions and why, in order to enhance the efficiency of artificial insemination, the production and implantation of more than one embryo is permitted (to a maximum of three). In other words, the debate in the 1980s concerns, as it does today, the question of whether those embryos that, as far as anyone can tell, have no chance of being carried to full term and becoming a child, i.e. can be said to be doomed, could not be put to good use rather than simply allowed to die. Not only utilitarian arguments but also general altruistic intuitions might be used to justify such a use of surplus embryos. The arguments *against* their use are not based on any residual uncertainty about the fate of the embryo. Rather, they seem to be based on a distinction, which can be made from a particular perspective, between a requirement to protect life, which is agreed to be no longer possible, and a requirement to protect dignity, which in a certain sense remains valid in these cases. The idea here is that by allowing the embryo to die we show greater respect than by using it for extraneous purposes, i.e. other than its own well-being.

Those who accept that the production of embryos is a violation of human dignity but have no objection to the use of orphaned embryos argue that the question of instrumentalisation, which entails their use, differs between the first case and the second. If one assumes that the early human being has the potential within itself to become a person, i.e. to develop *itself* into a person, then the deliberate production of embryos for extraneous uses will always amount to improper instrumentalisation violating human dignity; however, the use of doomed embryos does not automatically have to be seen as such an act of instrumentalisation. And, irrespective

³⁰ Holm 1998: 43.

³¹ Kirchhof 2002: 22–24.

of the legal arrangements favoured by the experts in each case, the overwhelming majority in Germany would seem to adopt such an ethical approach that makes a moral distinction between producing embryos for research purposes and using surplus embryos.

3. The Stem Cell Act (Stammzellgesetz³²) and its underlying ethical assumptions

German law as it stands does not, however, permit the production of stem cells from supernumerary embryos. The import of embryonic stem cells is only legal under certain conditions. In particular, the cells in question must have been derived before the date set by the act, and the intended research must be without alternative and of high priority. The stem cells to be imported must have been taken from orphaned embryos. Each individual research proposal must be subject to expert appraisal, above all with regard to lack of alternatives and priority status, by a central ethics commission convened for this purpose and a decision must be reached by a special committee at the Robert Koch Institute. None believes that this legal arrangement marks the end of the discussion. Nevertheless, it does represent a compromise by providing a middle way between the opposing positions. It also follows the proposal put forward by a group within the Study Commission of the German Bundestag as its own minority position.

“Even for the position that regards the harvesting of stem cells from ‘supernumerary’ embryos as ethically unjustifiable, some differentiation is necessary between the method of derivation and the act of using the stem cell lines, with regard to the weight of the ethical problem. Also of importance is the question of whether such use relates to existing stem cell lines or whether it gives rise to the derivation of additional stem cell lines and therefore to the destruction of further ‘supernumerary’ embryos.

If the balancing of the right to life for ‘supernumerary’ embryos with other objectives and values is regarded as ethically justifiable, these must be of particularly high priority.

Possible high priorities might be: the gaining of directly therapeutically useful information, the gaining of indirectly therapeutically useful information and the gaining of basic knowledge, in particular concerning development of the human individual, especially at molecular level and to the understanding of the programming, reprogramming and transdifferentiation processes in embryonic and adult human stem cells.

The level of priority of these objectives may vary in nature, therapeutic relevance being the decisive factor.

If an ethical balancing process of the kind described is held to be legitimate, the criterion applies analogously to the importation of human embryonic stem cells, that ethically less controversial methods are preferable to the more controversial and that the lack of alternatives to the controversial means must be established before entering upon the process of weighing ethical considerations with regard to priority objectives.

Unanimously regarded as not ethically legitimate is the importation of embryonic human stem cell lines derived from *stem cells produced specifically for that purpose or created by cell nuclear transfer*. Since the method of derivation, from the standpoint of undiminished protection of human embryos, must be seen as a violation of human dignity and even from the standpoint of reduced protection as a mode of action that contravenes the worthiness of the embryo

³² “Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz StGZ).”

to be protected, the importation of stem cell lines derived by such a method must also be regarded as ethically dubious, particularly since the appropriateness of and need for these methods of derivation are dubious.”³³

Alongside these ethical considerations, we also find that an understanding in the perspective of German constitutional law has played a considerable role in the decision to provide for exemptions from the ban on imports and to prevent a ‘slippery slope’:

“Following the deliberations of the Study Commission it seems doubtful whether a complete ban on the importation of human embryonic stem cells derived from embryos abroad can be established on the basis of constitutional and European law. The importation of human embryonic stem cells is therefore to be tolerated under strict conditions. Adherence to these conditions is to be monitored by a state-authorized control body whose operations are open to scrutiny.”³⁴

4. On the status of embryonic stem cells

This half way position to resolve the question of importing embryonic stem cells (ES cells) links an understanding of the moral status of the human embryo with an evaluation of purposes. This linkage between status and purpose arguments is characteristic of both the public discussion and the general scientific and ethical debate in Germany. However, the approach presented here assumes an answer to the question, already posed in the discussion but at least not conclusively resolved, of the status of the ES cell itself. The answer given takes on special significance against the background of the Embryo Protection Act as it currently applies, but it also concerns matters of principle. Stem cells are generally characterised by their high potential for differentiation. In other words, they are not, or not yet, specialised in the same way as other cells. We know that embryonic cells at the stage of the very first cell divisions have the capacity to develop into a complete organism. On the other hand, the adult stem cells have the ability to continue differentiating within a particular tissue. Whereas cells of the former type are referred to as totipotent, the latter are called multipotent. Research into adult stem cells is aimed at showing what the possibilities are for transdifferentiation and reprogramming. If the cell shows the potential to act as the type of cell associated with other sorts of tissue, they must be called pluripotent. Some cells even have the ability to develop into any type of cell found in the body, and it is proposed that these be designated as omnipotent. But there is some disagreement over definitions and the classifications. In particular, the expression “totipotent” is used by some scientists for those properties designated above as “omnipotent”. It is also unclear whether a single totipotent cell is necessarily able to form a whole and whether the said whole will necessarily comprise the embryoblast and the trophoblast or whether the embryoblast should be regarded as a sufficient archetype of the living being. A problem with the discussion is that it immediately goes into the ethical discussion of the facts of development biology which require prior clarification and this clarification itself raises ethical problems for the human species since human experimentation does not seem acceptable and a transfer of knowledge gained about other species may prove inadequate.

It is hardly surprising that a clarification of definitions has been demanded from German scientists in particular. The reason, however, does not lie in their penchant for conceptual clarity

³³ Enquete-Kommission “Recht und Ethik der modernen Medizin” 2001: 6–7.

³⁴ Ibid. 14.

but in the significance assumed by the term totipotency in the Embryo Protection Act. In its own legal definitions, the act considers not only the embryo from the zygote stage onwards, but also each totipotent cell taken from the embryo to be an embryo, i.e. an early human being. Thus, if an embryonic stem cell which had been extracted from the blastocyst turned out to be totipotent, it would require the protection afforded under the Embryo Protection Act.

Hans-Werner Denker, who drew attention at an early stage in the debate in Germany³⁵ to the uncertainty in the definition of the potential of embryonic stem cells, refers in his contributions to findings by the research team around Thomson (presented before their aforementioned publication on the human embryonic stem cells) from experiments on marmosets (*Callithrix jacchus*). Denker cites the reports of Thomson et al.³⁶ on the astounding differentiation achieved by ES cell lines they had harvested from embryos of this South American monkey species. They found that it was sufficient to let the cultures of these cells grow in very close proximity for the spontaneous formation of “embryoid bodies“, which as they reported, were amazingly similar to embryos in postimplantation stages and might even be equated with them. To the extent that it was examined, their structure was found to be virtually indistinguishable from that of normal embryos occurring in vivo and implanted in the uterus at the stage of the blasto disk with the primitive streak. Thomson et al.³⁷ and Thomson and Marshall³⁸ emphasise that these spontaneous developments are not an isolated phenomenon, but occur regularly. Denker takes the view that such ordered developments cannot be excluded for other primates like humans.

Denker warns that it would be rash to declare an end to the ethical discussion on the status of ES cells themselves and calls for further empirical results from animal model experiments. It is indeed surprising that while the ethical significance of the totipotency criterion is firmly asserted, the scientific community and their research establishments make no effort to investigate clarification of the relevant uncertainties in development biology. On the other hand, it must also be conceded that even if the worthiness of protection due to ES cells is clarified, no plausible practical conclusions concerning existing ES cell cultures are available.

5. Outlook

In the meantime, more than twenty projects applications to the Robert Koch Institute for research involving imported human embryonic stem cells have been approved, having been ethically evaluated by the central Ethics Commission for Stem Cell Research, a body established under the Federal Stem Cell Act.

On the whole, however, it is difficult to see what direction the discussion of the high-priority and no-alternative criteria will take and what kind of research practice will ensue. As always, considerations of a possible moral slippery slope are empirical arguments which can only be falsified or verified by the developments themselves. The only thing that can be taken as certain is that the actual development will not prove those people right who have been predicting a crisis scenario in which we are faced with a direct choice between the life of embryos and the life of potentially curable or treatable persons. Rather, it is now a question of weighing up

³⁵ See Denker 2000; and id. 2002.

³⁶ See Thomson et al. 1996.

³⁷ See *ibid.*

³⁸ See Thomson/Marshall 1998.

between protection of the embryo and therapy-oriented research on embryonic material that can have various outcomes: it may lead to a therapeutic application of embryonic cells or it might produce knowledge benefiting a therapy with the help of adult cells or induced pluripotent cells, but it could also finally turn out to be a dead-end for medical research. To the extent that the use of adult stem cells proves in the long term to be a royal road to successful therapies, the research into development potential might appear both as an essential intermediary step or as an avoidable diversion.

The first amendment of the Stem Cell Act in 2008 shows that joint European research programmes have brought up the question of harmonisation of the legal situation across Europe and that opponents of restrictive legislation could succeed to reverse the cut-off date. This is because scientists broadly agree that stem cell lines produced before this cut-off date are unsuitable for such purposes.

VI. Euthanasia

There is probably no area of public debate in which "human dignity" is so often used to support claims as the area of our reflection on the circumstances of death. Dying in human dignity is demanded not only for ones own death, but as well for familiar persons or even strangers. Regarding the frequency of the demand leads to the conclusion that many find dying in dignity endangered. The source of this threat – or at least one source – is easily determined: modern medicine. Its success has prolonged mans average length of live as well as the period of dying: today death is often caused by chronic diseases. Supported by technical equipment medical practitioners can keep up the life of a dying person over a long period of time. But it is understood as a violation of the patients right of self-determination and a prevention of a natural end to live, if the medical treatment merely slows down the process of dying and transfers it into a surrounding that the patient never desired for his death.

More difficult than naming the presumed source of danger is to determine what is positively demanded in the call for a humane end to life. For many it is important, that the dying patient should not be isolated, but as far as possible be cared for, nursed and if necessary treated competently to alleviate the pain. No consensus, though, can be established on the question, whether dying in dignity includes the right of self-determination as to manner and time of death. And if so, could derive from this the permission or even obligation to help the patient active or passively in his chosen way of dying?

In what follows I will concentrate on these controversial points. It will be examined, whether the term "human dignity can contribute to the decision of the controversy, and if so, how this is possible. In a first step it will be examined with two examples if and how in philosophical tradition the term human dignity was connected with the question of self-determined death (1.). In a second step the German legal aspects of euthanasia will be outlined on the grounds of the constitutional right of human dignity (2.). Finally will be asked how reform towards an extensive justification and legalisation of euthanasia can refer to the idea of human dignity (3.).

1. Human dignity and self-determined death

³⁹ Kant "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten": 421–422.

The idea that human dignity is not only acquired by holding an office or a certain social position but that it is inherent to humanity itself is first explicitly stated by Cicero. In his opinion man is distinguished by reason and at the same time obliged to act according to reason. In line with stoicism Cicero points out that suicide could be dictated by reason. The perfection of moral existence is not dependent on its duration. A reflection on the specific life expectancy can rather lead to the conclusion that the termination of life is preferable. Especially for Seneca suicide is a possible way out of suffering. As far as I can see the sources give no information whether this implies a right to ask for killing where suicide is no longer possible. Also there is no indication that self-determined end to life is motivated or forced by the will to protect ones own dignity. The decision to put an end to life is rather the result of rational calculations influenced by many parameters. Human dignity is visible in the ability to use reason in this manner, it is no factor in the process of decision.

Kant, unlike the stoics, establishes an explicit connection between human dignity and the question of self-determined death. But he regards suicide as well as the desire to be killed by another person not as a consistent act of autonomous morality. Dignity, according to Kant, is held by a good that cannot be compensated by other goods, that is in his words priceless, but a purpose in itself. Human beings possess dignity insofar as they are moral subjects. Physical existence is protected by dignity because it is condition of the existence as a moral subject. According to Kant it follows directly that suicide is opposed to moral law and that the intention to commit suicide is a self-contradicting act which destroys morality: "To destroy the subject of morality in one's own person is to root out the existence of morality itself from the world, so far as this is in one's power; and yet morality is an end in itself."³⁹

2. Legal disapproval of active euthanasia and doctors professional duty to palliative care

In German law integrity of the physical existence is directly derived from the protection of human dignity as it is codified in Art. 1 of the constitution. Unlike Kant this implies the interdiction of killing, but not of suicide. The term "euthanasia" or "Sterbehilfe" is not mentioned in statute law. German legal literature, though, differentiates active euthanasia, passive euthanasia and the so-called indirect euthanasia. Active euthanasia as the intention to put an end to suffering is without exception forbidden and punishable as manslaughter or killing on request under German law. Compassion as a motive can only exceptionally be considered in the determining of punishment. Active euthanasia must be differentiated from assisted suicide, where the assistant is not liable to prosecution. Here the patient remains totally in control of the course of events. Wherever this is not the case, the assistant to a suicide can be punishable of failure to render aid or even manslaughter. Especially doctors, who have a special professional duty towards their patients are in danger of being punished for manslaughter by omission.

Passive euthanasia, i. e. causing death by reducing or withholding medical treatment to prolong life, is viewed differently. Judicature and legal literature point out that even for doctors there is no duty to prolong life with all possible means. It emerges the question of delimitation as to which treatment – i. e. basic provision and alleviation – is morally required with terminally ill patients and which treatment merely senselessly prolongs life and suffering. This problem is similar to the situation of withholding treatment for patients in persistent vegetative state.

Finally the term indirect euthanasia signifies palliative care, which can have the side-effect of shortening the patients life. In this case the doctors duty to avoid harm to the patient collides with his duty to alleviate pain. The majority of legal and ethical as well as medical literatu-

re tends to let the quality have priority over the length of life.

In its guidelines on euthanasia and the limits of reasonable medical treatment the German Federal Chamber of Physicians pointed out its agreement with the actual law and reaffirmed that active euthanasia is intolerable. In treating dying persons, i.e. fatally ill or injured persons with irreversible failure of one or more vital functions so that death is to be expected shortly, the medical practitioner is less obliged to take measures to prolong or preserve life. He must rather supply alleviation of pain. The intention must be, according to the chamber, to help the dying person in such a manner as to enable him to live in dignity up to his death. The patient is entitled to humane living conditions, best possible care and human affection. With regard to his express or presumed will it is tolerable to refrain from measures to prolong life or to stop using them, if they only delay death and cannot influence the illness in its irreversible course. To alleviate the suffering of a dying person can be so central that an unintentional, but possibly inevitable shortening of life is to be accepted. The intentional shortening of life by means that cause or quicken death is illegal and a punishable criminal offence. According to the chambers guideline also the participation of the doctor in a patients' suicide is contrary to medical professional ethics and can be punished.

3. Legal reform in the Netherlands and the German debate

Although the above mentioned principles and guidelines are not completely undisputed there was no serious attempt during the past 20 years to change the penal laws. During the 1980s mainly lawyers initiated a reform of the penal code. The proposal included clarification of the lawfulness of the withdrawal of treatment, of measures to relieve suffering carrying the risk of shortening life, of failure to prevent suicide, and of the option not to impose a penalty for killing on request in situations of extreme suffering. After extensive expert hearings parliament rejected the reform. Still it remains to be disputed whether the different legal treatment of active and passive euthanasia respectively active euthanasia and assisted suicide is ethically justified and if these terms are appropriate at all.

Public debate in Germany has with great interest taken notice of the developments in the Netherlands. The Dutch way of legalising Euthanasia under certain conditions generally meets scepticism up to decided rejection, partially based on insufficient information. One reason for the scepticism towards the system of the neighbouring country which is otherwise widely acknowledged as exemplary in questions of social policy and medical ethics is certainly the memory of the murders of handicapped which were labelled euthanasia in national-socialist Germany. Ethical debate in Germany though received a new impetus by the regulated practice of euthanasia in the Netherlands. Central is the question of moral differentiation between action and omission and the possibilities of conjecting the will of patients incapable to consent.

The question if the term "human dignity" is useful in the context of euthanasia is evaluated differently in the actual German debate. Some infer the right to a self-determined death from human dignity; some deduce a strict inhibition of active euthanasia from the constitutional protection of dignity. Others dispute the terms appropriateness with reference to its ambivalent use and regard it solely as an appellative moral formula.

If one takes the call for humane death seriously and relates it to human dignity as the core of modern conception of human rights it cannot be concluded that the dying person loses dignity. This person rather holds dignity and this dignity is inalienable, it is not awarded but acknowledged, it can not be limited to a certain stage of life: The dying holds dignity like any ot-

her person. If now a person can not lose dignity by a death which is felt to lack dignity it follows that the demand for death in dignity is related to the vulnerable rights to self-determination and protection that derive from dignity. Dignity can neither be denied from the outside nor can it be connected to a certain achievement of the individual. It is therefore inadequate to demand a certain attitude or bearing by which the dying individual could keep up dignity in the understanding of the term outlined above.

But why does human dignity seem to be especially vulnerable in the stage of dying? A possible reason may be the fact that a dying person is much more dependent on others than a healthy adult, that he is often weak and in danger to be merely the object of other persons interests. Unlike the child a dying person can not resist or take revenge later. This seems to be the core of the threat. Consequently the danger for the dying person does not only lie in the use of technical equipment, not only in the artificial way medicine tries to give the dying patient assistance. Not every use of apparatus in the treatment of the dying person is an act of inhumanity. It becomes a violation of the individuals dignity, if the delay of death does not benefit the dying but other persons interests, for example financial interests of the hospital, the heirs or ambitiousness of the medical practitioners. Dignity is also violated, if the decision to *withhold* further treatment is based on financial reasons. Therefore transparency is to be demanded in the practice of indirect and passive euthanasia.

Please let me comment briefly on some other points: Not in every case human dignity is easier violated by active euthanasia than by passive euthanasia. I cannot go into detail about the reasons why I still see not only a legal but also a morally relevant distinction between active euthanasia and letting die. The adherence for the legal distinction is especially desirable for social and pragmatical reasons. An equal treatment would enlarge the number of persons in danger to be killed. It would furthermore detach euthanasia from medical professional ethics. If, on the other hand, permission to practise active euthanasia was only granted to doctors, their role and function would change fundamentally. Mercy killing is distinctly different from the medical practitioners duty to alleviate pain where care is impossible. Society and medical profession must reach agreement on the question if in the future doctors will be bound to the objective of care and alleviation or have to meet other demands as well.

It has to be stated that there are cases of terminal illness, where effective alleviation of pain is impossible and the desire for assisted suicide or active euthanasia is understandable. Still a right to euthanasia can neither be derived from human dignity nor from the right of self-determination.

VII. The concept of human dignity in the German debate on bioethical problems

When examining the three sets of issues being debated, we notice that the reference to human dignity still leaves open the question of the subject to whom human dignity should be ascribed and the extent to which the protection and guarantee accorded to human dignity is linked to the protection of life. Germany's Basic Law seems to make it clear that not every act of killing or endangering of life is automatically a violation of human dignity. Thus, talk of the inviolability of human dignity is not to be confused with talk of the sanctity of life, especially within the prevailing discourse in Germany, or at least within the prevailing understanding of constitutional law. Nor is it possible to decide in general and prior to an examination of individual ca-

ses when an instrumentalisation of a person has occurred which the guarantee of dignity would forbid. The ethic of dignity also entails social claims and rights to such claims as well as claims and rights to political participation. Dignity therefore encompasses a claim to have certain individual interests respected and give due consideration. Hence it is too simple to present an ethic of dignity mere in opposition to an ethic of interests. Many bioethical conflicts involve a weighing up of constitutional goods such as the protection of life, rights of personality of children, rights of self-determination of, for instance, pregnant women, freedom of research or the protection of the family, and these goods must be understood in their relationship with "human dignity as the centre of the value system of the constitution". What has been derived from this has been the requirement for legal censure of abortion, but also a sensitive approach to special situations of need, the prohibition of (altruistic) surrogate motherhood or the prohibition of embryo-consuming research. The life of human beings is thus seen as a fundamental good, but not one that takes precedence in every case and at any price over all other fundamental goods.

The approach based on human dignity has a number of important merits. It enables those in the bioethics debate who are struggling to judge the new possibilities of human action to do this without having first to invent a new ethic or, rather, guiding ethical principles. Unlike approaches which, for example, are only based on relationships of reciprocal recognition, the fundamental equality of human beings does not have to be proved here in discourse but may be assumed by virtue of belonging to the species. The human dignity approach also allows core moral institutions of justice and legitimate self-determination as well as of solidarity and subsidiarity to be united under a supreme principal. By appearing non-negotiable, human dignity is a touchstone for a morally binding authority that applies universally and protects against false relativisations. On the other hand, it has never been possible to resolve conclusively the question of the concept's extension and the question of its intention.

In the debate on brain death a central formulation in law was given careful analytic scrutiny, namely the ruling of the Federal Constitutional Court that where human life exists, it should be accorded with dignity. In the deliberations on the Transplantation Act it was repeatedly emphasised that the court's arguments on the beginning of life do not allow us to draw any conclusions about the point in time when life ends. Parliament had doubts, however, as to whether the presence of life processes, for example as effected by metabolism, are life within the meaning of the court's ruling and of Article 2 of the Basic Law. The decision of the legislature on transplantation makes clear that, at least according to an overwhelming majority of the members of parliament, residual metabolic processes are not sufficient grounds for identifying a unity and totality associated with the concept of the living being. Only an individual in the sense of this unity and totality represents life as the foundation of dignity worthy of recognition as such.

The debate and the decisions on embryo and stem cell research shows with equal clarity the openness of both the extension and the intention of the dignity concept. With respect to extension, a broad concept has so far been adopted because of the high status given to dignity. According to this concept the new individual is to be protected if it has merely the potential to emerge as a moral subject. As for intention, it has so far been assumed that an illegal instrumentalisation occurs even if the embryo to be expended for research had no realistic chance of developing its potentialities but would in any case be destined to die. However, precisely this position appears to many to be a borderline case and certainly one deserving a reassessment.

The debate on self-determination at the end of life highlights the positive claims that can be

derived from human dignity. With regard to the admissibility of life-prolonging measures, the principle of dignity in the sense understood in Germany clearly demands a rejection of all interventions that are against the will of the patient. On the other hand, no entitlement to assistance for suicide or euthanasia is derived from the guarantee of dignity and the right of self-determination. The decisive aspect here appears to be not so much the assumption of a failure to fulfil duties towards oneself but, rather, concerns about a further decriminalisation of acts of killing.

As the examples of bioethical debates in Germany presented here show, the principle of human dignity sets an important framework for the processes of ethical judgement and political decision-making – a framework that confers on the debate a great seriousness and raises it above the mere achievement of majorities for decisions. Yet human dignity is a concept that the fathers and mothers of the constitution themselves chose not to interpret, and as a consequence we cannot say in advance who, in every individual case, should be attributed human dignity and what may be claimed by persons so attributed. Problems of interpretation will continue to arise and bioethics, as an interdisciplinary academic discourse and a process of public conciliation, will have much to contribute to this task.

References

- Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages (1997). Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Auschuß) BT-Drs. 13/8017. Berlin.
- Birnbacher, Dieter (1996). "Ambiguities in the concept of Menschenwürde", in: Kurt Bayertz (ed.). Sanctity of life and human dignity. Dordrecht, Kluwer, 107–122.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2001). Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. Münster, Rhema.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2003). Die Würde des Menschen war unantastbar." Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) 55/204 (03.09.2003), Frankfurt a. M., 33/35.
- Böhler, Dietrich (1998). "Verantwortung, Dialog und Menschenwürde: in dubio pro vita quia semper pro responsabilitate. Verantwortung für das Menschliche Hans Jonas und die Ethik in der Medizin." Andreas Frewer (ed.). Erlangen, Palm und Enke (Erlanger Studien zur Ethik in der Medizin, 6), 17–56.
- Bundesministerium für Forschung und Technologie (1985). Gentechnologie. Chancen und Risiken 6: In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz. München.
- Bundesverfassungsgericht (1973). Ruling of 5 June 1973, Reference number: 1 BvR 536/72. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 35, 202 (225).
- Denker, Hans-Werner (2000). "Embryonale Stammzellen und ihre ethische Wertigkeit: Aspekte des Totipotenz-Problems.", in: Honnefelder, Ludger; Streffer, Christian (ed.). Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 5. Berlin, New York, de Gruyter, 291–305.
- Denker, Hans-Werner (2002). "Forschung an embryonalen Stammzellen: eine Diskussion der Begriffe Totipotenz und Pluripotenz.", in: Oduncu, Fuat S.; Schroth, Ulrich; Vossenkuhl, Wilhelm (ed.). Stammzellenforschung und therapeutisches Klonen. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht (Medizin – Ethik – Recht, 1), 19–35.
- Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) (1999). "DFG-Stellungnahme zum Problemkreis 'Humane embryonale Stammzellen'.", in: Honnefelder, Ludger; Streffer, Christian (ed.). Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 4. Berlin, New York, de Gruyter, 393–399.
- Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) (2001). "Empfehlungen der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Forschung mit menschlichen Stammzellen.", in: Honnefelder, Ludger; Streffer, Christian (ed.). Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 6. Berlin, New York, de Gruyter, 349–385.
- Deutscher Bundestag (2002). "Bericht der 214. Sitzung des Deutschen Bundestages (30.01.2002), Ple-

Bioethics in Germany. Historical Background, Mayor debates, Philosophical Features

- narprotokoll 14/214.", in: Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin". Stammzellforschung und die Debatte des Deutschen Bundestages zum Import von menschlichen embryonalen Stammzellen, Berlin.
- Düwell, Marcus (1998). "Bioethics and politics – a few critical remarks on current discourse." *Biomedical Ethics* 3/3, 94–97.
- Eibach, Ulrich (1976). *Medizin und Menschenwürde – ethische Probleme in der Medizin aus christlicher Sicht*. Wuppertal, Brockhaus Verlag.
- Engelhardt, Dietrich von (1998). Art. "Medizinische Ethik", in: Korff, Wilhelm (ed.). *Lexikon der Bioethik*. Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, vol. 2, 647–663.
- Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" (2001). *Teilbericht Stammzellforschung. zweiter Zwischenbericht der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin*. Berlin, Deutscher Bundestag (Drucksache, 14,7546). URL <<http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=115&id=1040>> (2009-06-04).
- Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" (2002). *Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin. Schlussbericht*. Berlin, Deutscher Bundestag (Zur Sache, 2). URL: <<http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=115&id=1040>> (2009-06-04).
- Fuchs, Michael; Honnefelder, Ludger (1998). Art. "Bioethikkonvention", in: Korff, Wilhelm (ed.) *Lexikon der Bioethik*. Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, vol. 1, 374–379.
- Gearhart, John (1998). "New potential for human embryonic stem cells." *Science* 282 (6 November), 1061–1062.
- "Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG)." Berlin, Bundesgesetzblatt I/74 (5 November 1997), 2631. URL: <<http://www.gesetze-im-internet.de/tpg/index.html>> (2009-06-04).
- "Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz StGZ)." Bundesgesetzblatt I/42 (28 June 2002), 2277. URL: <<http://www.bmbf.de/pub/stammzellgesetz.pdf>> (2009-06-04).
- Giesen, Dieter (1963). *Die künstliche Insemination als ethisches Problem*. Bielefeld, Giesecking.
- Heinemann, Thomas; Honnefelder, Ludger (2002). "Principles of ethical decision making regarding embryonic stem cell research in Germany." *Bioethics* 16/6, 532–543.
- Holderegger, Adrian; Müller, Denis; Sitter-Liver, Beat; Zimmermann-Acklin, Markus (ed.) (2002). *Theologie und biomedizinische Ethik. Studien zur theologischen Ethik*. Freiburg i. Br., Wien, Universitätsverlag Freiburg Schweiz (Studien zur theologischen Ethik, 97).
- Holm, Søren (1998). Art. "Embryology, Ethics of", in: Chadwick, Ruth (ed.). *Encyclopedia of applied ethics*. San Diego, Academic Press, vol. 2, 39–45.
- Honecker, Martin (ed.). (1973). *Aspekte und Probleme der Organverpflanzung. Grenzgespräche*. Neukirchen-Vluyn, Neukirchener Verlag (Grenzgespräche, 4).
- Honecker, Martin (2002). "Bioethik aus der Sicht evangelischer Ethik. Theologie und biomedizinische Ethik.", in: Holderegger, Adrian; Müller, Denis; Sitter-Liver, Beat; Zimmermann-Acklin, Markus (ed.). *Theologie und biomedizinische Ethik. Studien zur theologischen Ethik*. Freiburg i. Br., Wien, Universitätsverlag Freiburg Schweiz (Studien zur theologischen Ethik, 97), 85–105.
- Honnefelder, Ludger (1996). "Bioethik im Streit: zum Problem der Konsensfindung in der biomedizinischen Ethik.", in: Honnefelder, Ludger; Streffer, Christian (ed.): *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 1. Berlin, New York, de Gruyter, 73–86.
- Honnefelder, Ludger (1998). "Hirntod und Todesverständnis: das Todeskriterium als anthropologisches und ethisches Problem, 1998.", in: Honnefelder, Ludger; Streffer, Christian (ed.). *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 3. Berlin, New York, de Gruyter, 65–78.
- Honnefelder, Ludger (2000). "Ethische Beurteilung des Organtransplantationsgesetzes.", in: Firnkorn, Hans-Jürgen (ed.). *Hirntod als Todeskriterium*. Stuttgart, Schattauer, 32–35.
- Hunold, Gerfried W. (1994). Art. "Bioethik", in: Kasper, Walter; Buchberger, Michael (ed.). *Lexikon für Theologie und Kirche*. Freiburg, Herder, vol. 2, 469–472.

- Jonas, Hans (1994). "Brief an Hans-Bernhard Wuermeling.", in: Hoff, Johannes; Schmitten, Jürgen in der (ed.). Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und "Hirntod"-Kriterium. Reinbek, Rowohlt, 21–27.
- Jonsen, Albert R. (1998). *The birth of bioethics*. Oxford, Oxford University Press.
- Kant, Immanuel. "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.", in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften 1902 begonnenen Ausgabe von Kants gessamelten Schriften. Berlin, de Gruyter, 1968, vol. 4.
- Keller, Rolf; Günther, Hans-Ludwig; Kaiser, Peter (1992). *Embryonenschutzgesetz: Kommentar zum Embryonenschutzgesetz*. Stuttgart, Berlin, Köln, Kohlhammer.
- Kirchhof, Paul (2002). "Genforschung und die Freiheit der Wissenschaft.", in: Höffe, Otfried, Honnefelder, Ludger et al. (ed.). *Gentechnik und Menschenwürde. An den Grenzen von Ethik und Recht*. Köln, 9–35.
- Kollek, Regine; Feuerstein, Gunter (1999). "Bioethics and antibioethics in Germany: A sociological approach." *Journal international de bioéthique* 10/3, 11–19.
- Korff, Wilhelm (1998). "Einführung in das Projekt Bioethik.", in: Korff, Wilhelm (ed.). *Lexikon der Bioethik*. Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, vol. 1, 7–16.
- Kuczewski, Mark (1998). "Casuistry and principlism: The convergence of method in biomedical ethics." *Theoretical medicine and bioethics* 19/6, 509–524.
- Lanzerath, Dirk (2004). "Bioethics in Germany: debates and infrastructure." *Annali dell'Istituto Superiore di Sanità* 40/3, 287–296.
- Laufs, Adolf (1976). "Fortschritte und Scheidewege im Arztrecht." *Neue Juristische Wochenschrift* 29/25, 1121–1126.
- Laufs, Adolf (1977). "Arztrecht im Wandel." *Neue Juristische Wochenschrift* 30/24, 1081–1085.
- Laufs, Adolf (1978). "Die Entwicklung des Arztrechts im Jahre 1977/78." *Neue Juristische Wochenschrift* 31/24, 1177–1181.
- Lustig, B. Andrew (1998). "Concepts and methods in recent bioethics: Critical responses." *Journal of medicine and philosophy* 23/5, 445–455.
- Marquard, Odo (1987). "Drei Phasen der medizinischen Debatte.", in: Marquard, Odo; Staudinger, Hans-Jürgen (ed.). *Anfang und Ende des menschlichen Lebens – Medizinethische Probleme*. München, Fink/Schöningh (*Ethik der Wissenschaften*, 4), 111–115.
- Merkel, Reinhard (2001). "Rechte für Embryonen? Die Menschenwürde lässt sich nicht allein auf die biologische Zugehörigkeit zur Menschheit gründen. Eine Antwort auf Robert Spaemann und ein Vorschlag wider das Geläufige." *Die Zeit* 56, 5.
- Merks, Karl-Wilhelm (1972). "Probleme der Selbstverfügung des Menschen.", in: Hertz, Anselm (ed.). *Moral*. Mainz, Matthias-Grünwald-Verlag (*Grünwald Materialbücher*, 4), 115–131.
- Mieth, Dietmar (1972). "Zur Situation der Moral und des sittlichen Bewußtseins in Kirche und Gesellschaft.", in: Hertz, Anselm (ed.). *Moral*. Mainz, Matthias-Grünwald-Verlag (*Grünwald Materialbücher*, 4), 13–33.
- Mikat, Paul; Beck, Lutwin et. al. (1998). "Vorwort.", in: Korff, Wilhelm (ed.). *Lexikon der Bioethik*. Gütersloh, Güterloher Verlagshaus, vol. 1, 5–6.
- Nationaler Ethikrat (2001): Stellungnahme zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen. URL: <http://www.ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Stammzellimport.pdf> (2009-06-04).
- Nüsslein-Volhard, Christiane (2001). "Wann ist ein Tier ein Tier, ein Mensch kein Mensch? eine wunderbare Symbiose. Die Befruchtung ist nur der halbe Weg zur Entwicklung des Individuums." *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 53.
- Rau, Johannes (2001). "Wird alles gut? Für einen Fortschritt nach menschlichem Maß." *Berliner Rede 2001 in der Staatsbibliothek zu Berlin*. Berlin.
- Reich, Warren Thomas (1994). "The word 'bioethics': Its birth and the legacies of those who shaped it." *Kennedy Institute of Ethics Journal* 4/4, 319–336.

- Reich, Warren Thomas (1995). "The word 'bioethics': The struggle over its earliest meanings." *Kennedy Institute of Ethics Journal* 5/1, 19–34.
- Sass, Hans-Martin (1988). "Biomedical ethics in the Federal Republic of Germany (F.R.G.)." *Theoretical medicine* 9/3, 287–297.
- Sass, Hans-Martin (1995). "Bioethics in German-speaking Western European countries (Austria, Germany, and Switzerland) 1991–1993.", in: Lustig, B. Andrew (ed.). *Regional Developments in Bioethics: 1991–1993*. B. A. Lustig (Hg). Dordrecht, Boston, London, Kluwer (Bioethics Yearbook, 4), 247–268.
- Schöne-Seifert, Bettina; Sass, Hans-Martin; Bishop, Laura Jane; Bondolfi, Alberto (1995). "History of medical ethics: Europe – German-speaking countries and Switzerland." In: Reich, Warren Thomas (ed.). *Encyclopedia of bioethics*. New York, Macmillan Library, vol. 3, 1579–1589.
- Siep, Ludwig; Ach, Johann S.; Quante, Michael (1999). "The ethics of organ transplantation – features of the German discussion." *Journal international de bioéthique* 10/4, 29–34.
- Spaemann, Robert (2001). "Gezeugt nicht gemacht: Wann ist der Mensch ein Mensch? Das britische Parlament hat den Verbrauch von Embryonen erlaubt, und Kulturminister Julian Nida-Rümelin verteidigt diese Genehmigung. Sie ist aber ein Anschlag auf die Menschenwürde." *Die Zeit* 56, 4.
- Sporken, Paul (1971). *Darf die Medizin was sie kann?* Düsseldorf, Patmos.
- Stock, E. (1998). Art. "Bioethik", in: Betz, H. D. (ed.). *Religion in Geschichte und Gegenwart*. Tübingen, Mohr, vol. 1, 1600–1601.
- Thomson, James A.; Kalishman, Jennifer; Golos, Thaddeus G. (1996). "Pluripotent cell lines derived from common marmoset (*Callithrix jacchus*) blastocysts." *Biology of reproduction* 55, 254–259.
- Thomson, James A.; Itskovitz-Eldor, Joseph; Shapiro, Sander S.; Waknitz, Michelle A.; Swiergiel, Jennifer J.; Marshall, Vivienne S.; Jones, Jeffrey M. (1998). "Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts." *Science* 282 (6 November), 1145–1147.
- Thomson, James A.; Marshall, Vivienne S. (1998). "Primate embryonic stem cells." *Current topics in developmental biology* 38, 133–165.
- Wachter, Maurice A. M. de (1997). "The European convention on bioethics." *Hastings Center Report* (January/February), 13–23.
- Wagner, Friedrich (1969). *Menschenzüchtung*. München, C. H. Beck (Beck'sche Schwarze Reihe, 63).
- Wessels, Ulla (1993). "Bioethik: Eine kleine Bücher- und Institutionenkunde.", in: Ach, Johann S.; Gaidt, Andreas (ed.). *Herausforderung der Bioethik*. Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Verlag (problema, 130), 243–267.
- Zimmermann-Acklin, Markus (2002). "Universalismus oder Kontextualismus? Methodische Überlegungen zur Grundlegung einer christlichen Bioethik.", in: Holderegger, Adrian; Müller, Denis; Sitter-Liver, Beat; Zimmermann-Acklin, Markus (ed.). *Theologie und biomedizinische Ethik. Studien zur theologischen Ethik*. Freiburg i. Br., Wien, Universitätsverlag Freiburg Schweiz (Studien zur theologischen Ethik, 97), 106–130.

INFORMED CONSENT: Universell oder Individuell?

Ayşen Yavru

Medizinische Fakultät İstanbul der Universität İstanbul Abteilung für Anaesthesiologie
aysenyg@gmail.com

Informed Consent: Universal or Individual?

Summary

There are ongoing debates about the problems of informed consent between the medical staff, jurists and philosophers. Before the developments of human rights medical staff (doctors) were the only decision makers; but in time as great developments in human were achieved patient rights began to emerge. Differences in laws and jurisprudence system may explain the differences in patient rights and informed consents in different societies. Because of these differences informed consents may have individual characteristics; but the universality of human rights also makes informed consent universal.

Keywords

Informed consent, giving consent, human rights, presumed consent, contract of service

Probleme wegen der Aufklärung der Patienten sind noch immer kontrovers unter den Ärzten, Juristen und Philosophen. Die juristische Regelungen, die die Selbstverwaltung zielen, ausdrücken, dass die aufgeklärte Einwilligung eine unentbehrliche Bedingung der ethischen Beherrschung der Ärzten ist. Die sogenannte juristische Regelungen sind:

- Bill of Rights §4 (American Hospital Association-1974),
- die Lissabon-Erklärung §3 (1981),
- die Erklärung von Amsterdam §2 (1994)
- die Vereinbarung des Europäischen Rates über die Menschenrechte §5-9 (1997)

Manche Ärzte behaupten, dass dieser Begriff begründete, dass die Juristen die Ärzte fraglich annehmen und dieser Begriff für Selbstverteidigung der Ärzten, nicht für den Schutz der Patienten sei. Es war früher eine paternalistische Arzt- Patient Beziehung und zwar es war richtig, was der Arzt sagt. Aber nachher gewann die Menschheit ihre Freiheit und damit wurde verantwortlich für ihre Tätigkeit und auch für ihre Tragheit. Diese Freiheit ist die Folge der unten aufgeführten sozialen Bewegungen:

- ✓ Virginia Bill of Rights(1776)
- ✓ Bill of Rights(1791-USA)
- ✓ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte nach der französischen Revolution

Der Ausdruck "Informed Consent" wurde das erste mal in USA und in 1957 ausgesprochen. Es wurde einem patienten Aortographie durchgeführt aber der Eingriff komplizierte nachher eine Querschnittlähmung. Der Patient war aber nicht dafür aufgeklärt und klagte an die amerikanischen Chirurgen-gemeinschaft. Die vorerwähnte Gemeinschaft "American College of Surgeon" entschied dafür, wenn der Arzt dem Patienten die möglichen Risiken nicht erkläre, sei schuldig, da er seine Verantwortlichkeit nicht erfülle. Die Entscheidung des Richters war so, dass man während der Besprechung über die Risiken eines Eingriffes sehr deutlich aber behutsam sein musste. Das sei erforderlich für ein "INFORMED CONSENT".

Nach dem deutschen Recht ist der Kontrakt zwischen Arzt und Patienten eigenartig und beruht auf Dienstvertrag; er muss keinen Erfolg oder irgenkeine Folge garantieren. Das deutsche Recht bemerkt auch, dass der menschliche Körper keine Maschine ist. Also "Informed Consent" ist zugleich eine übereinstimmende Willenserklärung. In Anbetracht dieser Tatsache, dass der Patient aufgeklärt werden muss, soll sich der Arzt durch diagnostischen und therapeutischen Methoden für die Heilung der Patienten bemühen.

Das Türkische Recht und das Schweizerische Recht dagegen bemerkt, dass die Arzt-Patient Beziehung soll sich auf einem Dienstvertrag beruhen und soll den Nutzen und Willen der Patienten entsprechen, zeitunabhängig sein und das Risiko eines Misserfolgs einschliessen.

Jeder Diagnose- und Therapieeingriff bedingt die Einwilligung des Patienten. Wenn da keine Einwilligung vorliegt, gilt es als Körperverletzung. Informed Consent ist ein interaktiver Entscheidungsprozess zwischen Arzt und Patienten. Willensbildung ist ein Resultat der instabilen Prüfens und Abwägen und vollzieht sich nicht nur im eigenen Bewusstsein, sondern ist von einem zwischenmenschlichen und situativen Kontext mitgestaltet. Es sind bestimmte Bedingungen, dass die Einwilligungserklärung gültig sein kann. Die Aufklärung soll auf jeden Fall durch einen Arzt in einer günstigen Milieu und Gesicht zu Gesicht erläutert werden. Man muss dabei sehr verständlich sein. Es muss mindestens vor 24 stunden erledigt werden. Schriftliche Broschüre sind nicht ausreichend. Da gibt es ein Ausdruck dafür: Keine Aufklärung durch Formulare; keine Aufklärung auf der Bahre.

Ziel der Aufklärung ist:

- ✓ Kenntnis der Notwendigkeit
- ✓ Grad der Dringlichkeit
- ✓ Inhalt der Eingriffserklärung
- ✓ Anlass
- ✓ Dringlichkeit
- ✓ Umfang des Eingriffs
- ✓ Schwere, typischen Risiken
- ✓ Art, Folgen und mögliche Nebenwirkungen des Eingriffs
- ✓ Heilungs- und Besserungschancen
- ✓ Behandlungsalternativen

Wenn Patienten nicht erklärt werden wollen, wird die Verantwortlichkeit der Ärzten beseitigt.

Mit den nicht einwilligungsfähigen und minderjährigen Patienten gilt diejenige Regel, dass

INFORMED CONSENT: Universell oder Individuell?

Eltern, sonstige Sorgeberechtigten oder von deren Beauftragten verantwortlich und zuständig zu unterschreiben sind. Entsprechend ist gültig bei den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen volljährigen und bewusstlosen Patienten. Das nennt man "mutmassliche Einwilligung".

Ist in diesem Zusammenhang, "Informed Consent" universell oder individuell, da wir die Besonderheiten verschiedener Gesellschaften berücksichtigen?

Universell, denn jede Person auf der Welt hat das Recht für ihre Gesundheit eingeklärt werden sein aber auch individuell weil jede Person verschiedene Ausbildung und Persönlichkeit und Fassungsvermögen hat. Dazu muss man jeden Patienten als ein Individuum behandeln.

Literatür

1. Kindt H. Einwilligungsfähigkeit in der Partnerschaft zwischen Arzt und Patient. Zeitschrift für medizinische Ethik 2001 (47) 4: 363-370.
2. Çoltu A, Demirhan A, Durak D. Cerrahi müdahalelerde hasta onamının adli tıp ve tıbbi etik yönünden değerlendirilmesi. Medikal Etik 2. Istanbul 2000, S. 133-138.
3. Namal A. Genel bir bakışla hukuk ve etik açısından "aydınlatılmış onam". Terzioğlu, A. (Ed.): VII. Tıbbi Etik Simpozyumu Bildirileri/Proceedings of the VIIth Symposium for the Medical Ethics (Istanbul-11 May 2000). Istanbul 2001, S. 128-149.
4. Bundesärztekammer: Empfehlungen zur Patientenaufklärung. Deutsches Ärzteblatt 1990; (87) 16, 19 April 1990: 39-41.
5. Damm R. Informed Consent und informationelle Selbstbestimmung in der Genmedizin. Berlin, Heidelberg 2006, S. 163-187.

Organ Nakillerinde Tıbbi Müdahaleye Uygunluk ve Rıza Ehliyeti

Z. Gönül Balkır

Prof. Dr., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli.
gonulbalkir@yahoo.com

Eligibility for Medical Treatment and the Capacity to Consent in Organ Transplantation

Summary

Since the organ transplantation is not useful for the donor; action of consent does not solely provide justification. It is obligatory that medical treatments concerning organ transplantation are justified. On the other hand, organ transplantations done by the donors who do not have capacity to consent cause greater disputes.

The European Convention on Human Rights and Biomedicine Article 20 about organ transplantations provides a new solution enabling organ transplantations from donors who do not have the capacity to consent. In organ transplantations, the written permission of the legal representative is sought for the removal of an organ from a sibling who does not have the capacity to consent and in this process; it is provided that the donor who does not have the capacity to consent is not in active opposition. In the first sight, the new condition that the donor who does not have the capacity to consent is not in active opposition will provide notable flexibility in organ transplantations.

In the context of human rights and especially protection of children's rights, this provision on organ transplantation of the donors who do not have the capacity to consent provides an uninsured, uncertain, dangerous, risky, and causing legal disputes solution especially for the donors who do not have the capacity to consent.

Keywords

Organ transplantations, human rights, capacity to consent

Giriş

Tıp Teknolojilerinin çok ilerlediği bu zamanlarda; dünyamızda hala çok sınırlı bir organ bağıışı söz konusudur. Organ nakillerinde hukuka uygunluk bağlamında karşılaşılan pek çok önemli sorun yanında ayrıca kimlerin organ nakillerine bağıış ve rıza gösterebileceği sorunu yaşanmaktadır.

Organ nakillerinde vericilerin rıza ehliyetinin çok ötesinde de; aynı anda organ bekleyen kişilerin seçiminde hangi kriterlerin esas alınacağı, hangi hastanın yaşama-ya değer, hangisinin değmez olduğuna kimin, nasıl karar vereceği gibi hayati sorunlar bulunmaktadır¹.

1. Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Uygunluk

İnsan organizmasının düzenli işleyişi olarak tıpkı yaşam gibi, sağlık da hukuken koruma altına alınmış fiziksel bir kişilik değeridir. İnsan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlalidir. Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığını korumak amacıyla doktorlar tarafından yapılan tıbbi müdahaleler de, ancak müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olması ve hastanın müdahaleye rıza göstermesi halinde hukuka uygun sayılabilirler. Fiziksel kişilik değerlerinden cismani bütünlük, Türk Hukukunda 1982 AY. m. 17/I-III ve MK. m. 23-24; BK. m. 45-49; TCK. m. TCK 91 gibi kurallar ile hem anayasal ve hem de kanuni düzenlemeler bazında hukuki korunma altına alınmıştır².

Bu nedenle insana yapılacak en basit bir tıbbi müdahale bile, insanın bedensel ya da ruhsal bütünlüğüne ihlal olarak kabul edilir. Türk hukuk düzeninde kişilik hakları ve kişiliği koruyucu hükümler ön planda yer alırlar. 1982 Anayasası da, insan sağlığı ve vücut bütünlüğü ile ilgili hükümlere yer vererek bu hakları anayasal bir temele ve teminata kavuşturmuştur: kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ile onun yaşamı, sağlığı, cismani bütünlüğü; dolayısıyla, bu fiziksel kişilik değerlerinin de kapsamında yer aldığı kişilik hakkı ihlal edilmiş olur.

Kişilik hakkını ihlal eden müdahaleler ise, prensip olarak hukuka aykırıdır. Anayasamızın 17. maddesinde "herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" denilerek insan hayatı Anayasayla teminat altına alınmıştır.

2. Canlı Vericiden Organ Nakillerinin Hukuka Uygunluğu

Organ nakli, artık fonksiyonunu ifa edemez hale gelmiş hücre, doku veya bir organın çıkarılması ve yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir. Organ nakli bugün hâlâ birçok hastalık için yegâne tedavi metodu olarak görülmekte ve uygulanmaktadır³. Organ veya doku nakli; bir vericiden, bir alıcıya iyileştirmek için doku veya organların nakledilmesi olarak sadece alıcı için yararlı olup verici açısından hastalık yönünden riski az olan tıbbi bir operasyondur⁴.

Yaşam kurtaran tıbbi bir müdahale olan organ nakillerinin hukuki çerçevesine bakıldığında organ nakillerinde özellikle vericiye yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sorunu ve bu bağlamda yapılan tıbbi müdahalenin hukuken nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu bulunmaktadır¹. Yarattığı hukuki problemler bakımından asıl önem taşıyan insanlar arası organ aktarmadır. Zira, yapılacak olan aktarma faaliyeti insanın beden bütünlüğüne, hatta orijinalliği ve taşıdığı risk göz önünde tutulursa insanın hayatına yönelik sayılabilecek ağır bir tıbbi müdahale olarak Anayasa teminatı altında olan ve vazgeçilmesi imkânı bulunmayan kişilik hakkı ile doğrudan ilgilidir. Ülkemizde de, diğer birçok Avru-pa ülkesine paralel olarak (81), 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) kabul edilip yürürlüğe konmuştur. 2238 sayılı Kanun, aynı insan üzerinde yapılan aktarmaları kapsamı dışında bırakmıştır (m.2/II)⁵.

Organ veren kimsenin vücudu üzerinde yapılan işlemler o kimsenin iyileşmesine yönelik tıbbi

bi müdahale niteliğinde değildir. Canlılardan organ nakli, tıbbi endikasyona dayanmadığından yaralama suç tipinin bütün unsurlarını gerçekleştirmektedir. Bu itibarla ancak rızanın bulunması halinde hukuka uygundur. Yararların ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği, zira kişi otonomisinin daha yüksek bir değer olduğu ve kaldı ki, amaç için başvuru yöntemin uygun olmadığı ifade edilmektedir. Örneğin çocuğunun yaşamının kurtarılması için babadan rızası olmaksızın böbreğinin alınmasının hukuka uygun kabul edilmesi düşünülemez¹. Organ vericisinden organ alınması işlemi açısından bir hukuka uygunluk nedeni bulunabilmesi, alıcının iyileştirilmesi amacına bağlı olmaktadır. Bunun dışında nedenler için veya iyileştirme amacına uygunluk ile orantılı olmayan müdahalelere verilecek rıza geçerli olmayacaktır.

Bir kimsenin kendisi için yararı olmadığından kendi organını veya dokusunu rızasıyla da olsa bir başkasına vermesi esasen kişilik haklarına aykırıdır. Organı veren kimse açısından sağlıkla ilgili bir tedavi bulunmadığından, rıza, eylemi tek başına hukuka uygun kılmaz. Öte yandan bir kişiden organ alınması ise, bedensel bütünlüğe yönelik doğrudan, ağır ve geri dönülemez sonuçlar doğuran bir eylem olduğundan, kural olarak ağır mües-sir fiil olarak görülmesi ve bu değer kişinin tasarruf alanı dışında bulunduğu gerekçesi ile hukuka aykırı sayılması gerekmektedir. Ancak organ nakli, organ alıcısının yaşamının veya sağlığının kurtarılması için gerçekleştirildiğinde, iki bireyin fiziksel bütünlüğü birlikte ele alınmakta ve bu durum, işlemin iyileştirici niteliğinin organ vericisi açısından da kabul edilmesini sağlamaktadır. Bu durum, Türk öğretisinde "(...) organlarından birinin alınmasına, transplantasyon zorunluluğu ve bir yaşamın kurtarılması için rıza gösteren (...) kişi, burada toplum yararına ve düzenine aykırı hareket etmiş değildir" şeklinde ifade edilmiştir⁶.

3. Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Rıza Ehliyeti

İnsan onurunu zedelemeyecek ve tıba uygun hale getirecek tek hukuki araç hastanın gösterdiği rızadır. Hasta isterse tedaviyi belirleyebilir, başlatabilir, istediği zaman bu müdahaleye "dur" diyebilir ve başlanan tedaviyi kesebilir. Hasta bu noktada tamamen "özgür" bırakılmış gibidir⁷. Bu nedenle "rıza" kavramı durumu ve koşulları anlayıp, olabilecekleri öngörüp karar vermek biçiminde ele alınır. Hastanın kendi yaşamını ve geleceğini belirleme hakkı vardır⁸.

Kişinin hayatını kurtarmak ve sağlığına kavuşturmak amacıyla uzman bir hekim eliyle gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka aykırı bir fiil sayılmaması için hastanın rızasının bulunması esaslı bir şarttır⁹. Tıp hukukunda, hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan asıl unsur, "rıza"dır¹⁰. Rızadan önce yapılması gereken aydınlatma ise, rızanın geçerliliğinin ön şartıdır. Pratikte aydınlatmanın rıza açısından kazandığı büyük önem, aydınlatma konusunun gerek öğretiler ve gerekse uygulamada ağırlık kazanmasına neden olmuşsa da asıl olan rızadır. Aydınlatma rızanın geçerliliğini sağlamaktadır¹.

Hastanın iradesinin bulunması durumunda, tıbbi müdahaleler kural olarak hukuka uygun bulunmaktadır. Ancak, açık, sağlıklı ve özgür iradeye dayanan bir rızanın söz konusu olabilmesi için bilgilendirilme ve aydınlatma dahil çeşitli önkoşulların bulunması gerekmektedir. Aydınlatılmış olmak bağlamında Avrupa temel dokümanında bilgilendirmeyi, minimal 24 saat önce şart koşuyor ki, hasta, özerklik kavramını uygulayabilecek, düşünebilecek zamanı bulsun⁶. Bu çerçevede Onamı Verilen Müdahalenin Hukuka Uygun Olması yani yasalara aykırı olmaması gerekir. Gerçekten yasaların yasakladığı girişimlerle ilgili olarak verilen onam geçersizdir².

Bir tıbbi müdahale için acil ve hayati bir gerekçe yoksa hekimin; rızası dışında hastaya her

dokunuşu, şahsiyet haklarına tecavüzdür. Tıbbi meslek kuralları da bunu söylemektedir. Tıbbi yardım ve el atmanın hukuka uygunluğunun ön koşulu hastanın veya ana ve babası olarak velisinin veya vasinin rızasıdır. Rızanın alınması insana ve onun yaşam ve sağlığına verilen yüce değerden ve bireyin kendi sağlığı hakkında karar verme hakkından kaynaklanmaktadır. Tıbbi el atmalar insanın yaşama ve sağlık hakkı olarak kişilik hakkını yakından ilgilendirmektedir; bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi doktora veya bir kamu emrine değil hastaya aittir¹¹.

Canlı organ vericilerin kendilerine kamusal yarar haricinde hiçbir yarar sağlamayacak olan organ nakline rıza vermiş olmaları halinde; bu kişiler yaşama hakkının bizzat kendileri tarafından ihlali nedeniyle yaşama haklarını riske atmış ve yaşama haklarından vazgeçmiş sayılmayacaklar mıdır? Tüm bunların ötesinde canlı vericinin organ nakline rızasıyla yaşama hakkından vazgeçme anlamını taşıyan bu fiil ve bu yolla varsayılan iradenin hukuka aykırılık teşkil edip etmeyeceği açmazı eylemin temelinde yatan ikilemi oluşturur¹².

Öte yandan canlı vericinin, özgür, sağlıklı ve geçerli bir iradeyle kendisine yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterebilmesi için, öncelikle bu rızayı vermeye ehliyeti bulunması gerekmektedir. Canlı verici açısından rızaya ehliyet, "... Karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi" olarak tanımlanmaktadır¹³.

Bir hukuksal yarara yönelik müdahalenin, mağdurun rızasıyla hukuka uygun hale gelebilmesinin ilk önkoşulu, rızayı göstermesi beklenen kişinin, bunu yapmaya ehliyetinin bulunmasıdır. Rıza ehliyeti bakımından öncelik, hastanın rıza göstermeye ehliyeti olmasıdır. Belirli tıbbi müdahaleler açısından kendilerine ilişkin yasal düzenlemelerde öngörülen yaş sınırları ceza hukukunu etkileyecek, ancak bunun dışında kalan durumlarda, ceza hukukunun kendine özgü rıza ehliyeti sistemi, yani doğal olgunluk ölçütleri uygulanacaktır¹³.

Sözleşmeye taraf olan hastanın, hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olması gerekir (MK. m. 10). Bu nedenle, hasta rızasının beyan ettiği sırada Ayırt etme gücü olarak nitelenen; anlama ve isleme kudreti, iyiyi kötüden ayırma erk olarak temyiz kudretine ve yaş erginliğine sahip olmalıdır. Yaş küçüklüğü, akıl zayıflığı ve hastalığı ile benzer durumları temyiz kudretini kaldıran durumlar olarak kabul etmiştir. Bu durumlardan birine sahip hastanın, doktor karşısında, akla uygun mantıklı hareket etme gücüne sahip bulunmadığı ve rızasının yasa karşısında geçerli olmadığını kabul zorunlu olur.

Ehliyetsiz kişilerin belirlenmesi açısından getirilen bir tanıma göre, "yaş, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle, müdahalenin yöneldiği hukuksal yararların değerini veya önemini anlayacak durumda bulunmayan, rıza açıklamasının hangi sonuç veya riskleri doğuracağını öngöremeyen veya rıza ile amaçlanan sonuca ulaşmak için kendisine daha az yük getirecek hangi seçeneğin bulunduğunu kavrayamayan kişiler, rızaya ehliyetsizdir"¹³.

4.Rıza Ehliyeti Bulunmayanların ve Küçüklerin Korunması

Rıza ehliyeti için tam ehliyet gerekli ise de, "akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişiler" (2238 s. K. m.7/c) için rıza ehliyetinin zedelendiği açıktır. Bu kişiler görünüşte hukuki ehliyete (fiil ehliyeti) sahip iseler de, fiili durum bakımından ehliyetsiz bir konumdadırlar ve tıbbi müdahale için muvafakat açıklamaya ehil sayılmamışlardır¹³. Kanuni temsilcinin, kötü niyetle rıza göstermemesi halinde onun rızasından vazgeçilebilir. Böyle bir durumda hastaya bir kayyım tayin edilmesi; gecikmesinde sakınca olan durumlarda ise, rıza beklenmeksizin tıbbi müdahalede bulunulması yerinde olur¹⁴.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun da, organ veya doku alınacak kimsenin "18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz" olmasını aramaktadır (m.6). "On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır" (m.5). Bu hüküm, küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcilerinin izni ile dahi organ ve dokularının alınamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. "Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin" organ ve doku bağıışı talepleri, doktor tarafından reddedilmelidir (m.7/c). Varsayılan rıza da bu alanda kesinlikle kabul edilmemektedir. Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (TCK 91/1). Rıza olmaksızın yapılan organ nakli sonucunda mağdurun ölmesi durumunda, hekim kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulur (TCK 91/8)¹.

Küçükler üzerinde yapılacak tıbbi el atmalarda velisinin rızasının bulunması gerekir (1290 S.K.m. 70). Bu nedenle, önce ana ve babanın, anlaşmazlık halinde babanın, baba ölmüş veya bulunmamasında annenin rızası gerekir. Hasta vesayet altında ise vasi olarak tayin edilmiş kişinin rızası aranmalıdır (1290 S.K.m.70). Ancak bunu "yaş küçüklüğü-akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altında alınmış kişilerle sınırlandırmak gerekir; diğer sebeplerden (hapis-israf-ayyaşlık-suihal-sui idare- ihtiyarlık-malüliyet ve tecrübesizlik MK. m. 357, 358, 359) vesayet altına alınmış kişilerde ise tıbbi yardıma bu kişinin kendisinin rıza göstermesi yeterli olmalıdır; yasa, amaçsal yorumlanmalıdır. Gerek küçüklerde ve gerekse vesayet altında bulunan kişilerde veli ve vasisinin rızası gerekli ise de; bu durumlarda üç kişi (doktor-veli veya vasi-küçük veya akıl hastası) bir arada bulunmaktadır. Yasanın açık anlatımına göre, küçük veya vesayet altındaki rızası değil veli veya vasisinin rızası yeterlidir.

Hastanın yaşının küçük olması nedeniyle kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi, rıza ehliyetsizliği açısından sık rastlanan bir durumdur. Türk hukukunda ise konu Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesiyle düzenlenmiştir. Buna göre, küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterme yetkisi yasal temsilcisine tanınmıştır. Öğretide ise bu hükmün, Medeni Kanun'un 16'ncı maddesi ile birlikte yorumlanması ve yasal temsilci ile temyiz sahibi küçüğün rızalarının birlikte aranması gerektiği kabul edilmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70/1'inci maddesine göre, "tabipler, diş tabipleri ve dişçiler, (...) hasta küçük ve tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar". Bu düzenleme, tıbbi müdahaleye rıza yaşı olarak erginliğine bağlı olarak veli ve vasisinin iznini esas almış görünmektedir. Buna karşılık öğretide, söz konusu düzenlemenin isabetsiz olduğu, rızanın açıklanması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, temyiz kudretine sahip bulunan küçük ve kısıtlıların, çok önemli olmayan tıbbi müdahalelere kendi başlarına rıza gösterebilmeleri gerektiği savunulmaktadır¹³. Tıbbi müdahalenin niteliği yan etkileri doğrudan küçükleri ve küçüklerin cismani bütünlüğünü ilgilendirdiği için; tıbbi ameliyenin bizzat kendisi ve sağlığın gelişim ve riskleri gibi konularda küçüklerin doğrudan bilgilendirilmeleri ve olası istemlerinin göz önüne alınması; hasta özerkliğine saygı esas kuralının zorunlu bir sonucudur¹⁵.

Küçüğün temyiz kudreti ile müdahalenin ağırlığı arasında bir dengenin kurulması ve müdahalenin ağırlaşmasına paralel olarak daha yüksek bir yaş sınır olarak kabul edilebilir. Yabancı ülkelerdeki çeşitli uygulamalarda, tıbbi müdahaleler açısından rıza gösterme yaş alt sınırı olarak 14'ün kabul edildiği ifade edilmektedir¹³.

5. Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde Küçüklerin Korunması

Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin rıza ehliyeti ile ilgili bulunan 6'ncı maddesinin 2'üncü bendinde ise, şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: "Bir küçük yasal olarak müdahaleye rıza gösterme ehliyetine sahip de-ğilse, müdahale ancak temsilcisinin veya yasal olarak sağlanan bir kişi veya kurumun izniyle gerçekleştirilebilir. Küçüğün iradesi, yaş ve olgunluk durumuyla orantılı olarak artacak şekilde belirleyici etken olarak değerlendirilir." Kişinin rıza gösterdiği müdahalenin ağırlığı ve sonuçlarının kalıcılığı açısından bir değerlendirmeye yapılarak, bunların artmasıyla, bu gibi müdahalelere rıza gösterebilme yaşının da yükseldiği kabul edilmektedir. Yasal temsilcinin rıza gösterdiği bir müdahaleye küçüğün rıza göstermemesi durumunda ise, Tababet ve Şuabatı Sanatları Kanununda öngörülen yaş sınırının hiçbir hükmü olmadığı, bu durumda küçüğün temyiz kudretinin araştırılması gerektiği kabul edilmektedir.

Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması için Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde; "... muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır. ...akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır." hükmü getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, rıza ehliyeti bulunmayanlar için getirilen bu koşula ilaveten organ nakillerini ayrıca düzenlemektedir. Nakil amaçlarıyla canlı vericilerden organ ve doku alınması konusunu; 19.maddesinde, " Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir." şeklinde yaptığı düzenlemeyle genel bir kural olarak belirlemiştir. Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, 19 ve 20'nci maddelerinde canlı vericiden organ ve doku aktarması için bazı genel belirlemelerde bulunmuş, bu kapsamda, bu işlemin ancak alıcıyı iyileştirme amacıyla ve ölüden alınabilecek bir organ veya doku bulunmadığında gerçekleştirilebileceği hükmünü getirmiştir.

Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması amacıyla 20. maddesiyle; " ... muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:

- i. muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması
- ii. alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması
- iii. bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması
- iv. 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması
- v. muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması." şartını getirmiştir.

Görüldüğü gibi sözleşmenin kabul ettiği bir başka yenilik ise, uygun bir verici bulunamadı-

ğında ve yaşam kurtarıcı nitelikte bir operasyon söz konusu olduğunda, alıcının rıza verme ehliyeti bulunmayan kardeşinden de organ alınabileceğidir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ise istisnai olarak 20. maddede belirtilen şartlar dâhilinde buna olanak tanımaktadır. Bunun için yasal temsilcisinin yazılı izni aranmakta ve ehliyetsiz vericinin aktif bir direniş içinde olmaması gerekmektedir. Sözleşme özellikle muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması bağlamında ele alındığında; ehliyetsiz vericinin aktif bir direniş içinde olmaması şartının anayasal güvence altında bulunan sağlık hakkı bakımından son derece güvencesiz, belirsiz ve muğlak olduğu görülmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin öngördüğü ölçütler, öğretide tam olarak benimsenmemiştir. Özellikle, rıza ehliyeti bulunmayan kimseler üzerinde, organ nakline izin veren hükümler, son derece sakıncalı olup; özellikle rıza ehliyeti bulunmayan kimselere yeterince güvence tanınmadığı görülmektedir. Rıza ehliyeti bulunmayanlarla ilgili bu kadar geniş ölçütlerin kabul edilmesi sonucunda, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin hem kendi değer önceliklerine, hem de yerleşmiş toplumsal değerlere aykırı olduğu görülmektedir. Üçüncü kişiler tarafından belirlenen ve rıza ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde, başkalarının yararına olacak şekilde zorla uygulanacak organ nakli anayasalarla koruma altına alınan sağlık hakkının doğrudan ihlali hükmündedir.

Türkiye Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 36'ncı md.si uyarınca, Sözleşmenin 20/2 md.sindeki; muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılması hükmüne, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5.md.siyle uyumlu olmadığı için çekince koymuştur. Öğretide çekince koymak yerine, söz konusu hüküm çerçevesinde Türk mevzuatının düzeltilmesi gerektiği belirtilmektedir¹.

Rıza ehliyeti-ne sahip olmayanlar için Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde öngörülen çeşitli güvencelerin; daha sağlam ve belirgin kurallara bağlanmasıyla örneğin aktif direniş durumunda veto hakkının daha rıza ehliyeti olmayanlar lehine yeniden düzenlenmesiyle ve bu düzenlemelerin Türk hukukunda da kabul edilmesiyle, hukuksal sorunların çözüm olanaklarının doğabileceği ve bu bağlamda rıza ehliyeti olmayanlarla ilgili güvencelerin yeter-sizliği noktasındaki ağır eleştirilerin azalabileceği de mutlak olduğundan; sözleşme ve yasal mevzuatların organ nakliyle ilgili olarak daha bağdaştırıcı bir yol bulunarak değiştirilmesi gerekmektedir.

Sonuç

Organ nakillerinde; organı veren kimse açısından yararlı olmadığından, rıza, eylemi tek başına hukuka uygun kılmaz. Bu konuya ilişkin özel bir düzenleme ile bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılması zorunluluğu bulunmaktadır. Öte yandan rıza ehliyeti bulunmayan vericilerden yapılacak organ nakilleri daha büyük tartışmalara yol açmaktadır. Bu zorunluluk ve Organ nakilleri ve canlı vericilerin hukuka uygunluğu Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesiyle; Türk Hukukunda da; Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunu ile sağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin organ nakilleriyle ilgili 20. maddesinde; rıza ehliyeti olmayan vericilerden, organ nakli yapılabilmesini sağlayacak yeni bir çözüm üretilmiştir. Organ nakillerinde, rıza ehliyeti bulunmayan kardeşten organ alımı için; yasal temsilci-

nin yazılı izni aranmakta ve bu süreç içinde, ehliyetsiz vericinin; aktif bir direniş içinde olmaması şartı getirilmektedir. Ehliyetsiz vericinin aktif içinde olmaması şeklindeki bu yeni şart, ilk bakışta organ naklinde belirli oranda bir esneklik sağlayabilecek gibi görünmektedir.

İnsan hakları ve özellikle çocuk haklarının korunması bağlamında, rıza ehliyeti bulunmayan vericilerin organ nakillerinde kabul edilmiş olan bu hüküm, özellikle rıza ehliyeti bulunmayan küçükler açısından; güvencesiz, belirsiz, tehlikeli, risk dolu ve bir o kadar da hukuki tartışma yaratacak bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Literatür

1. Hakeri H. "Organ veya Doku Ticareti Suçu", Erişim Adresi: <http://www.riekimhukuku.Com/7pm6>, Erişim Tarihi: 13.08.2009.
2. Çilingiroğlu C. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993, s. 41-42.
3. Başpınar V. "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Erişim Adresi: http://www.Ankahukuk.Com/Index.Php?View=Category&Id=68%3Aorgan-Naklinde-Hekimin-Aydnlatma-Yuekuemlu-eue&Option=Com_Content&Itemid=105 . Erişim Tarihi: 13.08.2009.
4. Taşkın A. *Tıbbi Müdahalelerde Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Ankara 1997, s.33.
5. Sarial ME. Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, S.17.
6. Çelik F. "TCK Ve Sağlık Mevzuatımızdan Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", A' Dan Z'Ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları İstanbul 2007, S. 217.
7. Sütlaş M. *Hasta Hakları*, İstanbul 2000, s. 36.
8. Aşçıoğlu Ç. *Tıbbi Yardım ve El Atmaktan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993, S. 27.
9. Deryal Y. "İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası", Erişim Adresi: <http://www.hastahaklari.org/aydin1.htm>, Erişim Tarihi: 13.08.2009.
10. Ayan M. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, Ankara 1991, s.19.
11. Öztürkler C. *Tıbbi Sorumluluk*, Ankara 2003, S.25.
12. Güven K. *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Ankara 2000, S.100.
13. Erman B. *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, s. 82, 83, 87, 217, 222.
14. Sert G. *Hasta Hakları*, İstanbul 2004, S. 218.
15. Aydın E. *Tıp Etiğine Giriş*, Ankara 2001, S.117.

Organ Başışlamının Dini Boyutu

Ismail Yakıt

Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi/Isparta
yakıt@sdu.edu.tr

The Religious Aspect of Organ Donation

Abstract

One of the frequently asked questions to me both personally and via e-mail is whether organ donation is approved by our religion or not. They wonder if in case of having donated some of their organs, they are likely to wake up in the hereafter without them. For example, in case they donate their eyes, are they likely to wake up blind in hereafter? Unfortunately, a number of people belonging to media and publishing houses, consider themselves to represent the Islamic religion, and, relying on wrong misinterpretations, misguide our people. However, while analysing the Islam religion, Koran in particular, we see that the holy book as well as our religion on the whole do not contradict science and logic whatsoever. Organ donation is definitely approved by God and our religion, because according to Koran 'Endowing life to one man is equal to endowing it to the whole mankind'. Whether a human being will donate his organs or not, his dead body, is certain to get wasted. It is his spirit that is immortal. In the hereafter, people will arise from dead depending on their life style.

However, we have to define the notion of death before focusing on the subject. It is doctors' job to establish the case of death. Then, after the appropriate procedures, the organs can be removed for transplant. However, in their lifetime, people should legally announce about their willingness to donate. Only on these conditions the donation will be acceptable and permissible from religions as well as medical point of view. At present, there is a great need not only for competent doctors to realize the transplant operations but also for authoritative people of Divinity to enlighten and encourage people on this subject.

Keywords

Organ, donation, transplant, arise from dead, death

Gerek elektronik posta yoluyla ve gerekse sözlü olarak şahsıma en fazla tevcih edilen sorulardan biri, canlıdan canlıya veya ölüden canlıya organ başışının caiz olup olmadığıdır. "*Organlarımı başışlamam halinde, öbür dünyada başışladığım organımdan mahrum olarak mı dirileceğim? Mesela gözümü başışlasam, ahirette gözsüz mü dirileceğim vs*". gibi daha bir çok soru sorulmakta ve İslam dininin bu konudaki görüşü halkımız tarafından ciddi olarak merak edilmektedir. Geleneksel bazı yanlış yorumlara dayanarak basın veya medyada bazı kişiler, kendilerini İslam dinini temsilcisiymiş gibi göstererek halkımızı maalesef yanlış bilgilendirmektedirler.

Onların bu konudaki iddialarını ve onlara dayanak yaptıkları kanıtları biraz sonra ele almaya çalışacağız. Ancak her şeyden evvel şunu belirtmek gerekir ki, konuyla ilgili temel bazı kavram ve terimlerin çok kısa bir tanıtımını vermek gerekecektir. Bu tıbbi tanımlar, gerek internet ortamında ve gerekse tıp çevrelerinde mutabık kalınan tanımlardır.

Organ Nakli Nedir?: Tedavisi gayri mümkün hastalıklar sebebiyle görev yapamayacak derecede hasar gören organların yerine, canlı veya ölüden alınan sağlam organın konularak tedavi edilmesine organ nakli veya organ transplantasyonu denir.

Hangi Organlar nakledilir?: Organ nakli ve doku nakli olmak üzere iki türlü nakil vardır. Bugün ülkemizde nakli yapılan organlar, *böbrek, karaciğer, kalp, akciğer, pankreas ve ince barsaktır. Nakli yapılan dokular ise; kornea, kalp kapağı, kemik, kemik iliği ve deridir.*

Organ Nakli Kimlerden yapılır?: Canlıdan ve kadavradan olmak üzere iki türüdür.

1. *Canlı Donör(Verici):* Hasta ile akrabaları arasında doku, kan grubu vb. uyum mevcut olduğunda hastaya yakın akrabalarından yapılan nakiller için organ bağışında bulunana denir. Böbrek ve karaciğer canlıdan nakil yapılabilen organlardır.
2. *Ölü Donör:* Buna kadavra donör de denmektedir. trafik kazası, silahla yaralanma, beyin kanaması gibi sebeplerle yoğun bakımda tedavisi sürerken beyin ölümü geri dönüşümsüz olarak gerçekleşmiş hasta, organları bağışlandığında bu tanımı almaktadır. Böbrek, karaciğer, pankreas, kalp, kalp kapakları, kornea vs. kadavradan alınmaktadır.

Beyin Ölümü Nedir?: Tıbbî literatüre göre, beyin fonksiyonlarının irreversible(=gere dönüşümsüz) olarak kaybolmasıdır. Buna göre, beyin ölümü gerçekleşen kişide, solunum ve dolaşım ancak yoğun bakım koşullarında destek makinelerine bağlanarak sürdürülmektedir. Buna bağlı olarak solunum ve kalp atışları yapay olarak sürdürülürken, beyin fonksiyonları yapay olarak sürdürülememektedir. Bu sebeple kişi, beyni öldüğünde tıbben ölü kabul edilmektedir. Yoğun bakım ünitelerinde verilen tıbbi desteğe rağmen azami 72 saat sonra beyin dışındaki organlar da hayati fonksiyonlarını kaybederler.

Yine tıp çevrelerine göre beyin ölümü tanısı konan kişinin hayata dönmesi mümkün değildir. Beyin ölümü tanısı almış kişi, kadavra donör olarak adlandırılır. Bu donörlerden en kısa sürede(organlar fonksiyonlarını kaybetmeden önce) organların alınarak bekleyen hastalara nakledilmesi gereklidir(www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.ht... ve diğerleri). Her organın kendine göre bir yaşam süresi vardır. Mesela, saçlar, sakal ve tırnaklar cenaze defnedildikten 15 gün sonraya kadar canlılıklarını koruyabilmektedirler (Bkz. (www.doktorumonline.net))

Beyin Ölümü ile Bitkisel Hayat Arasındaki Fark Nedir?

Beyin ölümü ve bitkisel hayat kavramları birbirinden farklıdır. Aradaki en önemli fark, beyin ölümünde solunum yoğun bakım ünitesi desteğiyle verilirken, bitkisel hayattaki hastaların solunumlarının kendiliğinden devam etmesidir. Bu hastalar, aylarca hatta yıllarca yaşamaya devam etmekte ve bazen de iyileşerek normale dönmektedir. Beyin ölümü ile bitkisel hayat arasındaki fark çiçek metaforuyla izah edilmektedir.

Bu metafora göre, beyin ölümü vazodaki çiçeğe, bitkisel hayat ise saksıdaki çiçeğe benze-

mektedir. Vazodaki çiçek istesek de istemesek de birkaç gün sonra solacak ve kuruyacaktır. Halbuki saksıdaki çiçek, suladığımız sürece solmayacaktır.

Bilkiel hayat dediğimiz olayda beyin sapı sağlamdır. Beynin faaliyetleri bütünüyle kaybolmamıştır. Bunun için ölümden bahsedilemez. Bitkiel hayata girenler, çok ağır hastadırlar ama ölü değildirler. Organları alınamaz.

Beyin Ölümüne Kim Karar Verir?:

Ayrı ayrı vak'aları değerlendirecek olan 4 ayrı branşa mensup hekimler karar verir. Bunlar: **Bir anestezi uzmanı, bir kardiolog, bir beyin cerrahı ve bir nörolog'dur.**

İslam Dini Açısından Organ Bağışı:

Konuya girmeden önce şunu kesin bir şekilde beyan etmek gerekir ki, İslam dininde organ bağışlama hakkında açık bir hüküm olmadığı gibi, organ bağışlamanın yasak olduğuna dair de açık bir hüküm mevcut değildir. Bir diğer ifadeyle; "organınızı bağışlayın" veya "organlarınızı bağışlamayın" şeklinde hükümler yoktur. Buna rağmen bazıları yazılı ve görsel basında, İslam'da "organ bağışlamanın yasak" olduğuna dair kişisel yorum ve görüşler serdetmektedirler. Onların bu görüşlerini Kur'an ve hadislere dayandırmaları cidden çok garip bir durum arz etmektedir. Şimdi onların dayandıkları ayet ve hadisleri ele alalım:

Organ Bağışına Karşı Olanların İddiaları

Karşı çıkanlar önce konunun inanç boyutu dolayısıyla karşı çıkmaktadırlar. Özellikle ahirette yeniden dirilme konusunda, organların şهادeti ile ilgili ayetlere dayanmaktadırlar. Bu hususta:

1. *"O gün (=kıyamet günü) Biz onların ağızlarına mühür vururuz, fakat elleri dile gelir ve ayakları da (hayatta iken) yapmış oldukları her şeye tanıklık eder."* (Yasin, 36/65)

Bu ayete dayanarak, bağışlanan bir organın, hangi sahibine göre tanıklık edeceği tartışılmaktadır. Ayrıca organ bağışı yapılan kişiler, bağışlanan organla günah işlediğinde onun hesabını kim verecek? Mesela gözümü bağışladığımda, bağışladığım kişi harama bakarsa ahirette o organ tekrar bende olarak dirileceğinden onun hesabını ben mi vereceğim? Keza kalbimi bağışladığımda, bağışladığım kişi inancını yitirirse ne olacak? Cezasını ben mi çekeceğim? gibi tereddütlerinde bu ayeti mesnet göstermektedirler

2. *"Ölünün kemiğini kırmak dirinin kemiğini kırmak gibidir"* hadis-i şerifidir.(Ebu Davut, Cenaiz, 58,60; İbn Mâce, Cenâiz, 63) Buna dayanarak ölüden organ almak diriden almak gibi haramdır demektedirler.
3. *"Müslüman'a eziyet eden bana eziyet etmiş olur"* (Heysemî, mecmeu'z-Zevâid, II, 179) Burada organ bağışıyla ölüye eziyet verildiği iddia edilmektedir.

İddiaların Değerlendirilmesi:

1. Bilindiği üzere, ölümden sonra diriliş ve Tanrı'ya hesap verme hemen hemen bütün dinlerde olduğu gibi İslam dininde de temel inanç esaslarından biridir. İslam bilginleri ve fi-

lozofları dirilme olayını iki temel görüşte ele almışlardır: Ruhanî ve cismanî haşr. Ruhanî olduğunu savunanlar bu ayete sembolik yaklaşımla temsili bir açıklama getirirler. Onlara göre hesabı verecek olan beden değil, ruhtur. Cismani olduğunu söyleyenler de kişinin çürüyen bedeninin yeniden inşa edileceğini ve amellerine uygun bir tarzda organların yeniden yaratılacağını söylerler. Burada hesap verecek olan hem ruh hem de bedendir. Klasik kaynaklarda bir kişiyi canavar yese, onu da başka bir canavar yese yine de hepsi ayrı ayrı dirilir şeklinde ifadeler yer alır. Hal böyle olduğuna göre, bir kişinin organlarını bağışlamasının bir sakıncası olamaması gerekir. Çünkü herkes kendi asıl organıyla yeniden diriliyor demektir yahut Tanrı onu yeniden yaratıyor demektir. Eğer organlarla işlenmiş günahlar varsa, onun cezası onu işleyene aittir.

Öte yandan, kalp kavramı İslam felsefesinde ruhun idrak merkezidir. Bağışlanan organın adı her ne kadar kalp dense de aslında "yürek"tir ve et parçasıdır. İslam düşüncesinde asıl olan ruhtur. Beden onun bineğidir, aracıdır, aletidir. Beden değişir, ruh değişmez, beden ölür, ruh ölmez. Dolayısıyla ahirette hesabı verecek olan ruhtur. Ahiretteki beden, dünyadaki bu bedenimiz olmayacaktır. Nitekim hadis-i şeriflere göre, mahiyetini bilmediğimiz o âlemde, bu dünyadaki amellerimize uygun bir bedenle haşr olacağımız anlaşılmaktadır. İnsanın benliğini oluşturan, özü ve kişiliği ruhudur. Gözü, kalp gözü olarak ifade edilen ve her türlü yoğunluktan uzak ruhun gözüdür. Kalbi de ruhun idrak merkezidir. Ahirette insan o gözüyle görecektir. Nitekim *"Bize geldikleri gün onlar ne güzel işitir, ne güzel görürler, fakat zalimler bugün çok açık bir sapıklık içindedirler"* (Meryem, 19/38) ayetinden anlaşılan kalp gözü, gönül gözüdür.

2. Hadisi şerifte geçen *"ölünün kemiğini kırmak..."* ise, kasdi olarak yapılan bir hareket içindir. İntikam almak veya ölünün yakınlarını üzüntüye gark etmek için taammüden yapılan zalimane eylem kastedilmektedir. Diriye yapılmıştan farkının olmaması, o eylemin sanki bir dirinin kemikleri kasten kırılmış gibi tecziyeyi gerektirdiği ve ahlaki olmadığını vurgulamak içindir. Hadisin bağlamına baktığımızda organ nakliyle bir alakasının olmadığı anlaşılır. Organ naklinde her hangi bir kasıt yok, bilakis bir başka insanı hayata kavuşturmak gibi insanlık için son derece yararlı bir amaçla yapılmaktadır. Nitekim bütün hadis külliyyatının başında yer alan bir hadiste Hz. Peygamber: *"Ameller niyetlere göredir"* demektedir. Organ naklinde ölüye eziyet değil, bir başka hayatın devamını sağlamak gibi güzel ve yararlı bir niyet vardır. Bu hususta İmam-ı Azam'ın bir uygulaması vardır. O, ölmüş bir annenin karnı yarılarak bebeğin kurtarılmasını emretmiştir. Ölüye eza olacağını söyleyenlere karşı, hayatın daha önemli olduğuna vurgu yapmıştır. Bunun üzerine çocuk kurtarılmış ve uzun yıllar yaşamıştır.
3. *"Bir Müslüman'a eziyet eden..."* diye başlayan hadis ise, yine bir önceki maddede belirtilen hususla aynıdır. Ayrıca burada bu hadis, kendi bağlamından kopartılarak kullanılmaktadır. Hadisin asıl bağlamı şudur: Hz. Peygamber bir gün hutbe okurken birisi geldi, insanların omuzlarına basarak ilerledi ve Hz. Peygamber'in yanına oturdu. Hz. Peygamber, namazı bitirince o adama: *"Ey falan! Seni bizimle birlikte Cuma namazını kılmaktan alıkoyan nedir?"* dedi. O Şahıs: *"Ya Resulallah! Şu gördüğün yere oturabilmek için böyle yaptım"*, dedi. Hz. Peygamber de: *"Ama seni insanların omuzlarına basarken ve onlara eziyet ederken gördüm. Şunu bil ki, bir müslümана eziyet eden, bana eziyet etmiştir; bana eziyet eden de Allah'a eziyet etmiştir"* buyurdu. (Heysemî, II; 179) İslam dini insana çok kıymet verir. Onun dirisi gibi, ölüsü de kıymetli ve muhteremdir. Ölüm olayı, İslam dininde, ruhun bedeninden ayrılması olarak tanımlandığına göre, bedeni terk etmiş

bir ruhun, kadavra üzerindeki işlemlerden acı duymaması gerekir diye düşünüyorum.

Organ Bağışını Câiz Kılan Gerekçeler:

Gerek Diyanet İşleri Başkanlığı ve gerekse bazı ilahiyatçılar organ bağışının caiz olduğuna dair, bir takım açıklamalarda bulunmaktadır. Bunların açıklamalarını da dikkate alınarak organ naklinin ve organ bağışlamanın dinen bir sakıncası olmadığına dair bazı gerekçeler şöyle sıralanabilir:

1. İslam dininde bir şeyin haram veya yasak olduğuna dair açık bir hüküm yoksa, onun mübah olduğuna yani bir nevi helal olduğuna, onun serbest olduğuna hükmedilir. Mademki *“organ nakli”* veya *“organ bağışlama”*nın yasak olduğuna dair bir hüküm yok, o halde organ naklinin veya bağışlamanın bir sakıncası yoktur.
2. Kur'an'a göre, hayatî zaruretler halinde, haramlar bile mubahtır. Kişiyeye bir vebal getirmez. Nitekim ölmek üzere olan bir kişi, hakkında haram hükmü bulunan bir şeyi yediğinde ölümden kurtulacaksa onu yiyebilir. Nitekim, İslam Dininde beş hususun korunması esastır. Bunlar; can, akıl, nesil, din ve mal'dır. Canın muhafazası *“zarûrât-ı diniyye”*den olup sıralamada en başta yer alır. Canı koruma hususunda yasaklar mubah hale gelir. Buradan hareketle, hayati zaruretler açısından bile organ bağışına bir izin olabileceği anlaşılmaktadır.
3. Maide Suresi 32. ayette ***“Kim haksız yere bir kişiyi öldürürse, bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim bir kişiye hayat verirse, bütün insanlara hayat vermiş gibidir”*** denilmektedir. Burada hayat vermektan kasıt, hayat kurtarmaktır. Maddi veya manevî olarak hayatın kurtarılması kastedilmektedir. Organ nakliyle, muhtaç bir başka insan, bağışlanan organla hayatını kurtarmaktadır. Bu ise bütün insanlığı kurtarmak gibi sevaplı bir işittir.
4. İslam Dini yardımlaşmayı ve dayanışmayı emreden bir dindir. Kur'an bu ilkeye çok önem verir. Yardım ve bağış yapanlara cennet vaat eder. En büyük bağış da, insanın artık kullanmayacağı, toprakta çürümeye terk edeceği hayati bir organını ölümünden sonra alınmak üzere sağlığında bağışlayarak, başka insanları mutlu kılmasıdır.
5. İslam bir sosyal ahlak dinidir. Sosyal ahlakta esas olan diğergamlıktır. Yani kendini düşündüğü kadar, başkalarını da düşünmektir. Toplumda on binlerce organ bekleyen hasta insan varken, insanın, ölümünden sonra toprakta çürümeye yerine, diğer insanların yaşamasına vesile olmak amacıyla organlarını bağışlaması, onlara imdad elini ölümünden sonra bile uzatmış olması, böylece o hastaları sağlığına kavuşturması elbette onların ve yakınlarının gönüllerini minnettarlık duygularıyla doldurur. Hakka hizmet, halka hizmetten geçer, o hastaların yerine bir de kendimizi koyalım. Hayatî bir organ beklemekte olduğumuzu düşünelim. Yani empati yapalım. Bağışın önemini hemen idrak ederiz. İşte sosyal ahlak açısından da organ bağışını bir gerekliliktir.

Dikkat Edilmesi Gereklı Hususlar:

1. İslam dininde insan mal değıldir. Alınıp satılamaz. Bu itibarla, organ, ancak bağış yoluyla nakledilebilir Organ nakli, ticarî amaçlara alet edilemez. Hele, organ mafyasına asla cevaz verilemez.
2. Bağış yapacak olan kişi, sağlığında vasiyetini yapmalı veya ilgili mercilere müraat etme-

lidir. Bu yapılmamışsa, ölünün yakınlarının izni alınmalıdır. Hiçbir şekilde izin yoksa ondan nakil yapılmamalıdır.

3. **Beyin ölümünün gerçek ölüm olduğunun ispatı ve halkımıza iknası gerekmektedir.** Şayet beyin ölümü tanısı konmuş bir hastanın, söz gelimi trilyonda bir hayata geri dönme ihtimali söz konusu bile olsa veya bu durumdan hayata dönen bir hasta varsa, ölü farzedip organı alınmamalıdır. Çünkü insan hayatı İslam dininde çok azizdir. Eğer beyin ölümü tam ölümse, o zaman bir sakıncası yoktur.
4. Organ nakli, halkımıza iyi anlatılmalıdır. Toplumumuzda hala beyin ölümü tanısını bilmeyenler vardır. İnsanın canı çıkmadan organlarının alınacağını sanan milyonlarca insan bulunmaktadır. Ölüm tanısını tıpçılar koyar. İlahiyatçılar için inanç ve dini boyutuyla ilgilendirir. Tıp alanının hükmünü ilahiyatçılar, ilahiyatçıların alanının hükmünü tıpçılar koymaz. Herkes kendi işini yapmalıdır.
5. Toplumumuzun organ bağıışı konusunda duyarlı olması için ilgili kişi ve kurumlar arasında iş birliği yapılmalıdır. Toplumda organ bağıışlama bilinci yaygınlaştırılmalıdır. Organ naklini başarıyla gerçekleştirecek uzman doktorlar kadar, halkımızı bu yönde teşvik edecek ve onları dinen sakıncası olmadığı konusunda ikna edecek, yanlış zihniyet ve anlayışları düzeltecek, dini iyi yorumlayan uzman ilahiyatçılara en az onlar kadar ihtiyaç vardır.

Literatür

Ebu Davut, Süleyman b. Eş'as, *Sünen*, I-IV, İstanbul,

Heysemî, Ahmet, *Mecmeu'z-Zevâid*, I-IX, Beyrut 1988,

İbn Sina, Risaletu's-Şifa Min Havfi'l-Mevt, (Ölüm Korkusundan Kurtuluş Risalesi) "*Camiu'l-Bedâyi*" içinde, Kahire, 1335/1917 (Terc. M. Nazmi Tura), İstanbul, 1959

Milaslı, İsmail Hakkı, *Hakikat-ı İslam*, Hilal Matbaası, İstanbul, 1343 R./ 1927

www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.ht

www.doktorumonline.net

Yakıt İsmail, *Batı Düşüncesi ve Mevlana*, 2. Baskı, İstanbul, 2000

Yakıt İsmail, *İslam'ı Anlamak*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2005

Yakıt, İsmail, *Hz. Peygamber'i Anlamak*, 2. Baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2003

Yakit, İsmail, *Kur'an'ı Anlamak*, 2. Baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2003

Physicians' Ethical Dilemma of Profit-Making Medicine: On American and Taiwanese Experiences of Healthcare Reform and about Trusting a Leadership

Bing Tang

Research Consultant, New York College of Traditional Chinese Medicine Mineola, New York, Scientific Advisor & Research Consultant, Systemic Biological Laboratory, Institute of Biological Chemistry, Academia Sinica, Taipei, Taiwan
prof.bing@gmail.com

Hekimlerin Kazanç Sağlama – Tıbbi Hizmet Arasındaki Etik İkilemleri: Amerika ve Tayvan Sağlık Reformları Deneyimleri

Özet

Bu makalenin amacı, sağlık hizmetleri reform politikaları hakkındaki değişik görüşlerin karmaşık ilişkileri için geniş bir anlayış sağlamaktır. Sosyo-ekonomik farklılıklar ve ulusal sağlık sigortasına dayalı ABD ve Tayvan deneyimleri arasında yapılan karşılaştırma daha sonra karşılaşılabilecek konuların anlaşılmasını sağlayacaktır.

Anahtar Sözcükler

Sağlık reformu, Amerika, Tayvan, Tıp, Kazanç sağlama

INTRODUCTION

The Greek philosopher Plato in *The Republic* defending physicians said, “The true physician, ...*is not a mere money-maker.*” Many have associated the profession of physicians with money. However, physicians who are ethical always put the welfare of their patients before profits.

Physicians in the United States must perform their medical care in a country where medicine is being treated as a profitable business. Physicians represent a part of the medical business enterprise. The majority of the medical profits go to pharmaceutical companies and to businesses that provide equipment and supplies. There is a profit-making medical service

chain. Physicians must practice their profession, in most cases, in collaboration with hospitals, private insurance industry, medical centers, health maintenance organizations (HMOs), medical supply companies,² for-profit HMOs and hospital chains. Thus, there is an ethical dilemma for physicians. The paper is divided into two broad sections. The first section deals with the U S historical records of healthcare reform since about the mid-1990s and up to date, with concentration in the period of mid-90s, while the second is devoted to critical evaluation of the Taiwanese socio-economic development and National Health Insurance.

THE PROFIT SETTING REALITY

Elizabeth Rosenthal in “Elite Hospitals of New York City in Financial Bind” in *The New York Times* (February 2, 1995) gives an account of how the rise of HMOs and a decline of government payment will change the way services are delivered (e.g. Government cutbacks expressed as mandated Medicaid managed care). These two trends demand discounts from hospitals.

HMOs are taking out thousands of patients with insurance coverage out of the hospitals; and hospitals have no choice but agree with large discount rates and enrolment marketing with insurance companies.

The other trend is the U S federal, state, and city governments inherent need or political desire (such as the new political regimes, i.e. “Contract with America” seeking upper middle class and big business tax breaks) to balance their budgets. Due to this, the Mount Sinai Medical Center took a \$10 million cut, Columbia-Presbyterian Medical Center took a \$20 million cut, and Montefiore Medical Center took \$17 million cut. For example, the 1994 financial standings show that these three elite medical give a better idea of the pressure faced by physicians in premature profit-oriented settings: Montefiore Medical Center had a surplus of \$6 million, Mount Sinai Medical Center a surplus of 200,000 and Columbia-Presbyterian Medical Center, a loss of \$2 million.

Noticeably, in early 1994, medical center like Mount Sinai Medical Center of New York City, U.S. with an annual surplus of \$200,000 (U.S. currency) must transform itself from an “academic health science center to a regional accessible, cost-competitive health care system,” said its president at that time. He also discussed about the commercial, pharmaceutical and biotechnological deals³. Since then physicians have been asked to perform a balancing act between providing the best possible service with limited resources and a profit⁴.

Because the patients are not completely capable of making judgments on the quality of professional services, the physicians are left with the task of honestly evaluating themselves. It is imperative that physicians provide the highest quality of service to patients. The physicians are graduates of medical schools. Most of these schools trained their students to practice excellent and conscientious medical care with or often without public health orientation. Physicians who reinforce the seriousness of quality medical care, often in spite of militarized scarcity, trauma and high-tech environment, do their postgraduate training under supervision. Those physicians who err are often chastised by other members of the profession⁵.

The Physician’s Dilemma

On the other hand, ethics provide a discourse and basis for minimum standards and better decisions for good quality care of patients. The physicians have loyalty to their patients. The

physicians' role is not particular private corporation entities or individual financial interests at the detriment of the patients' health. The cost-conscious, cost-effective, cost-awareness and profiteering are separable, even contradictory. Unfortunately, in reality, it has put the physicians' duties to their patients in direct conflict with their profit making⁶.

For example, In Dr. Louis J. Vorhaus D's article, "Let Us Journey Into the Mind Of Managed Care" in The New York Times (May 16, 1995), he describes the bad experience he had trying to get patient the proper care under the pressure of a health maintenance organization⁷. He claimed that his patient, a young woman, was put at risk of developing a "perforated appendix with peritonitis" because HMO delayed the required authorization of the surgeon. The aforementioned condition has a high mortality. The main interest of the organization that provides medical care should be to the patients and not the stockholders of HMO companies. For this reason, physicians who are ethical must endure a dilemma.

One Way Physicians Being Paid

In Taiwan, it was reported that capitation began in Yuen-Lin Country as of July 1, 2002. (for details vide infra: National Health Insurance in Taiwan)

On the other hand, many physicians are now being in the U.S. under capitation for a large group of enrollees. Physicians are frequently being asked to hold down medical costs by capitation or a "flat per-person fee." Under this type of setting, physicians hope that the amount of patients treated will provide more income than expenses⁸.

A very clear potential ethical problem is when treatment of a patient will cost more than the annual contracted fee. The physician will also have to work much harder and also potentially "smarter" and more collectively for the cost same fee with patients who are sick. There is consensus arising, cost-effective, even cost-cutting ways to do many treatments and early diagnostic protocols that challenge current diverse practice patterns.

The Management of Physicians in Utilization Management

It is very important to know that physicians are managed in a manage care plan. The Management of physicians is considered the most important feature that differs from the indemnity or fee-for service plans utilizes management. From physicians' outpatient charges and expenditures per patient, Miller and Luft observed that one study showed higher physician expenses and two showed lower physician expenses when compared with fee-for-service plans⁴. The reality of this cost containment problem in the health care system is that physicians must still be rewarded for appropriate medical care.

The physician is one of the highest paid professions in the United States in the 90s. For example, the median income after expenses and before taxes was over \$200,000.00 (U.S. Currency) per surgeon in 1991. It is an income that is reasonable considering responsibility of dispensing medical care and cost related to that care. Furthermore, a physician spends thousands of dollars in education and other qualifications in order to practice medicine. If a physician's income is put in jeopardy, however, the end result may be haphazard concern for profits and a risk to patients. On the other hand, a physician's life style should be of concern as well.

THE COST OF HEALTHCARE

Is the cost of America's medical care out of control? According to Robert M. Goldberg, a senior research fellow at the Gordon Public Policy Center at Brandeis University, from 1960 to 1990, in the United States rose more slowly than in Japan, Italy, and France. Joseph P. Newhouse, director of Health Policy and Research Education at Harvard University, states that health care spending in the United States is not different from the rate of spending per person in other countries, except the Canadian health care system, which is noted for control in health care spending.

Certainly the cost of health care is not growing faster than it once did. Between 1940 to the end of 1970, total health care spending increased at the rate of 35 percent a year, three times the rate between 1985 and 1991.

The reason healthcare cost rose so fast in the 1940 to 1970 was because of a growing economy and a medical care revolution that gave Americans the incentive to invest in a better quality of life. Diseases were conquered and some of the greatest benefits made available to the most vulnerable. Medical knowledge and better health are excellent results from America's investment in health care. It is the danger of price controls and rationing that since that time hitherto has placed physicians' future in jeopardy. Physicians certainly do not want to make decisions on patient care based on profits.

For what after mid-90s, the condition cost out of control has been even worse.

HMOs PLACE THE PHYSICIANS IN A SERIOUS ETHICAL DILEMMA

In order to better understand a payment system to physicians, allow this writer to explain as following:

The first 15% will go to patient care both preventive and therapeutic, the next 15% will go for costly procedures and tests, and the remaining 70% is for professional expenses and income. It is with this income and expense that a physician's livelihood may be better understood. However, under the managed care plan, the physicians' income is based on many variables in addition to those in the above example. And a very important one is the cost to these who manage their own health maintenance organizations (HMOs). The physicians are either under the pressure of the managers or the pressure of being owners. These two aspects of HMOs place the physicians in a serious ethical dilemma.

For physicians to compensate for patients who are sick, they may become stingy in providing medical care to other patients so they may earn greater profits. It is necessary for them to decide between profits and best medical care. Physicians will be put in a position to refer or not a patient to a specialist or an expensive test by taking into consideration of the cost. These fees may put a physician at a financial risk and they may be more concerned with cost than providing good medical care⁹.

“DRUG-DEPENDENT” AMERICA

In fact, in the U S, in the past the reforms were implemented piecemeal. Nevertheless, during this period of the proposed national healthcare reform, the responsibility of healthcare coverage will definitely and exactly belong to a person who is both employer and parent.

THE U S PEOPLE'S EATING AND DRUG HABITS

It appears that the U S Obama administration and Congress attempt to investigate healthcare reform down the nation's gullet. In the main, in the U S, fast food, antibiotics and medications have by now been stuffed down America's communal epiglottis. Many chronic disease-making-happen elements seem to result in many self-intruded illnesses. Living in a toxic environment due to industrial causes as well as a poor living habit.

THE U S' POOR HABIT OF USING DRUG

This author further argues that the people have almost become a drug-dependant nation living under the appearance of greater health over-alertness. The mainstreams of healthcare budgets exhausted in the United States are assigned in the direction of prescription drug expense, chronic disease therapy and terminal care. The U S Congress is excitedly deliberating healthcare reform to provide coverage to every American as well as enhance right of entry to prescription medications.

The latter, that are medications, come in all styles. Some are "performance enhancing", either in bed or, for example, on the baseball diamond. They can be "generic", "mind-changing" or "life-saving." Hence by putting the word "prescription" opposite the word "drugs" in one way or another legitimizes America's insane reliance on substances. Eventually, they are all what they are: Drugs. And in the fullness of time, they will lead you to be ill.

Rather than the people in the U S attempt to reform the largest healthcare system in the world, the U S Congress and the White House must take a mammoth step toward the back from the process, and begin looking at the root causes of illness in America. Most of the people have lost the ability to deal with their own lifestyles with essential common sense, choosing rather than for making legal for drugs that are mass advertised with irresponsibility and lack of restraint. Most of the commercials for the pharmaceutical industry heard on the public media use more time doing too quickly from side to disclaimers of the numerous adverse effects than they do on the advantage of the advertised medication.

To counteract these discrepancies, the pharmaceutical companies staff their lobbyists to affect the decision from the U S Capital, Washington D C. Mis-informants, as well, portrait the American healthcare system the color of fatality. Some even point fingers to Canadian system, as a possible answer to the U S healthcare dilemma.

If truth to be told, here is something to be beheld: The Canadian healthcare system is a long way from being perfect. At the very least, the extensive ease of use of diagnostic tools and resources in the United States makes the system possibly better than that of most other nations; in reality, notwithstanding that there is still excessive use of this system, which has been reported and noted.

In fact, it is the excessive use and abuse of dangerous chemical agents in the U S food supply and the overuse of prescribed medications ascribed to uphold "health" that steadily impel our physical bodies into eventually weakening, thus needing these advanced diagnostic instruments that would or else merely be used in intensive and most serious cases.

All the proposed healthcare reform is definitely needed. Additionally, it will hopefully achieve to intensify our right of entry to the exact things that are making us all ill. Unfortunately, because citizens and most of the business owners don't have their lobbyists on staff, they are eventually the ones who are going to suffer from the tab, tag, bill, or even stigma, for America's poor drug habit¹⁰.

Do not forget some Doctors of being ‘superficial’

Having discussed in the fore-going paragraphs, if taking into consideration of position that pharmaceutical companies have taken in the healthcare dilemma fought by their lobbyists, one could not help but rationalize that there is conceivably one huge as well as more influential element, which is to be describe as following:

As in due course, drugs in general will “make people sick”, many have no choice as to take what is prescribed to them for legitimated medical reasons such as heart attack, arthritis or other more chronic diseases.

Moreover, many keep an enormous trust into their own healthcare providers and in many situations have no evidence not to. Taking this into consideration, once more, it is finally the physicians' determination to prescribe “performance-enhancing” or life-saving prescriptions. When the ordinary individual does not actually have lobbyists on staff, failure to ignore the physician's extraordinary role is definitely placing the responsibility on the shoulders of some wrong party¹¹.

DO NOT FORGET THOSE WHO ARE POOR, UNDERINSURED AND UNINSURED

Over 47 million Americans are uninsured and even more underinsured.

Poverty has been an important societal problem, regardless of the various cultural backgrounds. Especially, examples of the influence of poverty on the elderly people can be easily found, even in advanced countries like the U S A. For another example, there is, on the other hand, recent evidence that the obesity burden tends to shift towards the poor as countries nowadays¹². Obesity has an adverse effect on sleep apnea, and is more prevalent in males than females. Furthermore, many health disparities even are linked to inequalities in education and income¹³.

NATIONAL HEALTH INSURANCE PLAN IN TAIWAN

That having been discussed and assessed, allow us now address what has happened in Taiwan. For Taiwanese, the National Health Insurance plan in Taiwan provided and provides the expense of PSG, with 1/10 of its co-payments to be paid by a patient per test. Therefore, the subjects were not particularly richer than the average, for any full payment of the expensive PSG. Prior to March 1995, 12.7 million people, about 60 percent of the Taiwanese population were eligible to be benefited from thirteen public health insurance plans. More than 8.5 million were uninsured. Among those were uninsured, many were children; while half of those uninsured were over sixty-five years old.

Nevertheless, after six years of planning, the Taiwan government launched the National Health Insurance (NHI) program on March 1, 1995.

Since 2008, 99% of the Taiwanese population have been insured. By comparison, National health insurance is not available in countries, for examples, such as in the Philippines. Nor does National health insurance exist in the U S at the time of the publication of this article.

THE RAPID CHANGE IN LIFESTYLES ACCOMPANIED BY UNPRECEDENTED ECONOMIC DEVELOPMENT IN TAIWAN: THE EFFECT ON CERTAIN DISEASE RISK FACTOR

On the other hand, generally speaking, in Asian populations, there are rapid changes in lifestyles accompanied by unprecedented economic development. This has led to an increase in cardiovascular heart disease due in part to 1] increasing life expectancy and in the other part to 2] increasing levels of the disease risk factors. These factors, for instance, particularly affects sleep quality of the elderly people. The following factors then should be considered: anxiety and sleep disturbance, along with Alzheimer's disease (AD) and Apolipoprotein epsilon 4 (APOE e4)¹⁴⁻¹⁶. Equally, patients with hypertension frequently have anxiety. It, as well, important to note that increasing life expectancy leads to an increase in AD and APOE e4 genotype, which may result in Sleep Apnea. Alzheimer's disease is the main cause of dementia in Western countries, and is the most common neurodegenerative disorder. AD is significantly prevalent among the elderly people. Sporadic AD overlaps with normal ageing individuals in many clinicopathologic characters. About half the population aged 85 years and older has AD¹⁷. People with a severe clinical manifestation of AD may die earlier due to various aetiologies including sleep apnea/hypopnea. Conversely, patients who are both sleep apneic and APOE e4 allele carriers living long enough to be characterized as survivors and may have suffered from less sleep apnea in the first place. An association between sleep apnea and APOE e4 allele status involves a risk factor that may cause early death or censoring of these patients who as well had or have AD^{13-15,18-20}.

RETURNEES AFTER RURAL-TO-URBAN OUT MIGRATION

Since World War II, there has been a heavy rural-to-urban migration of young adults and a propensity for urban-to-rural-returning migration after retirement. The returnees might bring their urban-learned Western eating habits into rural parts of Taiwan. Return migration of the present population is not comparable with the previous denser rural-to-urban out one. Migration from urban to rural region per se might be associated retirement when numerous older urban dwellers move back to rural regions after leaving the labour market. As a strange contrast, like in the situation of the early twentieth-century in the U S²¹, older farmers could also move to towns after retirement. The aforementioned examples are proof of a dense rural-to-urban out migration²². The returnees to the rural regions might bring their Westernised dieting habits, nightlife patterns, and sleep patterns respectively into the rural region of Taiwan. Nevertheless, there is still some psychological impact of the returnees. Most, or at least some, of the urban-to-rural returnees feel that they do shoulder a heavy cultural responsibility towards the home village or town. They try to do something significant in their home village and respective sphere. On a personal level, the returnees after a long period of living in the urban areas distant from the respective home villages experience the problem of a changing environment. Their relatives are part of the returnees' past and memory, but that distance kept may keep the returnees away from them. This is a sad situation and exists in Taiwan.

There are other issues: urban-learned Western eating habits, patters of life style, night life and entertaining activities into rural parts, versus those in rural areas that either directly or indirectly affect sleep patterns. The poor elderly get less sleep; the elderly people living in poverty get less sleep.

HEALTH CARE ORGANIZATIONAL ETHICS

That having been discussed and compared between the U S and Taiwan, fortunately, on 9 September 2009, U.S. President Obama hit a homerun. His speech brought together three roles the Americans need assume in healthcare reform: an educator, an ethicist and a tough politician. As an educator, we expect society to be educated in order to help keep a person 'up to the times', and enables her/him to refurnish her/his 'mental shop with the latest wares', see the 1904 statement by the late Dr. William Osler (1849-1919)²³.

As an ethicist we expect the leader do understand the following:

From the bioethical point of view, the most basic principle is the sanctity of life. In addition, there are other principles, which include but not limited to non-maleficence, beneficence²⁴, respect, autonomy, justice²⁵, and confidentiality. All the aforementioned six principles set their foundation on the basic principle of the sanctity of life. Among the six principles, the famous Hippocratean oath may not be an authentic deliverance of its great master, but an ancient formula current in his school.

Factors derived from treatments that affect the human life must be evaluated to ascertain whether the procedures are invasive or not. In addition, the developmental stage of participants must be considered, since the brain's make-up varies with age during the child development, an essential point to be considered during the radiological policy reform^{26,27}.

Equally, respect for and the autonomy of the individual are two important principles of bioethics, The question is where does the respect for dignity and privacy lie. How do we protect it with a valid and solid policy? Respect for and the autonomy of the individual are two important principles of bioethics, which are requiring serious consideration during the planning of healthcare policy reform.

That have been considered, finally, as a tough politician, we expect a leader's polite smiles and pearls lay a tough politician in order to stand on the hottest issues in the **health-care reform** debate.

With all the aforementioned, we do need a strong politician like the U S President Obama.

Concluding Remarks

There is, naturally, difficulty in recognizing cross-cultural differences among different societies. Hence, as aforementioned, the objective of this article was to provide a broader understanding of the complicated relationship of various aspects healthcare reform policy-making; by comparison between the U S and Taiwan, we can have the advantage in making a strong contrast against each other. Results from this article may provide direction for fruitful areas of future research. On the other hand, after examining two different societies, we are depending on informed and assessed leadership to lead us to be our best selves. A leader is motivating only to the degree that we are willing to have faith in him or her. Having a faith requires that we deem a leader has our best interest at heart.

Thus this article can also be used to help establish proper concepts, to improve the wellbeing of all of us in the world, regardless of developing status of each nation.

This writer, as an M. D. bioethicist and public health policy analyst with particular interest in ethics²⁸, and Master of Public Health (Columbia University, 1994) strongly believes that physicians are subjected to laws and medical practice to create at a balance between their ability and patients' rights²⁹. However, a physician should not have to choose between proper med-

ical care for his patients with the incentive of making profits and fearing the threat of financial loss. Unfortunately, a physician's professional integrity is now under challenge in this area at least in both the U S and Taiwan. Yet physicians must respond to different organizational demands, bill of rights and systems alternatives. It is worthwhile to mention that there are also fragmented incentives that could undermine collective cost-effective community care²⁷.

This writer opines that any profit or surplus arising from a health care setting should go to not-for-profit organization for community service to implement and to expand, including but not limited to preventive medicine and health promotion programs²⁹. It is not only an American Experience³⁰, but a lesson for Taiwanese physicians, and a reference for the perspective of world's healthcare providers in the near future.

Literatür

1. Plato. *The Republic*. Penguin Books: New York, 1974.
2. Weis, AE. *Bioethics, "Dilemmas in Modern Medicine"*. Eslow Publishing, Inc.,: New Jersey 1985, p.93.
3. Rosenthal, E. "Elite Hospitals of New York City in Financial Bind." *The New York Times*. 2 February 1995, pp. A1, B4, TY.
4. Miller, R. H. and Luft, H. S. "Managed Care Plan Performance Since 1980." *JAMA*, 18 May 1994, Vol.271, No.19, pp.1512, 1515.
5. Brennan, T.A. *Just Doctoring, "Medical Ethics in the Liberal State."* (University of California Press, 1991), pp.32, 121.
6. Quint, M. "Health Plans Force Changes in the Way Doctors are Paid." *The New York Times*, 9 February 1995.
7. Golderg, R. M. "Five Myth About Health Spending", Reader's Digest. October, 1995.
8. Gingberg, E. "For-Profit Medicine." *New England Journal of Medicine*. 1998, 319:759-61.
9. Morey J. *American Dopes*. Long Island Press. July 23, p. 13 2009
10. Kerremans R. *Don't Forget Dr. Feelgood*. Long Island Press. July 23, p. 13.
11. Monteiro C.A. "Socioeconomic status and obesity in adult populations of developing countries: a review". *Bull World Health Organ*, 2004. 82(12): 940-6.
12. Drewnowski, A, Specter, SE. "Poverty and obesity: the role of energy density and energy costs", *American Journal of Clinical Nutrition*, 79.1 (Jan 2004): p 6(11).
13. Tang, B. Living on a Biological Clock' has been passed on to Blackwell Publishing by the Editorial Office of Sleep and Biological Rhythms. 2007;5 (3): 180-195.
14. Tang, B. Letter to the Editor, Comment on 'Analysis of electroencephalograms in Alzheimer's disease patients with multiscale entropy' *Physiol. Meas.* 28 (2007) L1-2
15. Tang, B. "A comparison study on Senior Sleep Apnea with biostatistical and biomedical evaluations", *MJST*, 4:73-90, 2008
16. Kheirandish L, Row BW, Li RC, Brittan KR, Gozal D. "Apolipoprotein E-deficient mice exhibit increased vulnerability to intermittent hypoxia-induced spatial learning deficits", *Sleep* 2005; 28: 1412-17.
17. Kuningas M. *A Study into Genes Encoding Longevity in Humans*. Department of Gerontology and Geriatrics, Faculty of Medicine / Leiden University Medical Center (LUMC), Leiden University Doctoral Thesis, 2007.
18. Kadotani H, Kadotani T, Young T et al. "Association between apolipoprotein E 4 and sleep-disordered breathing in adults", *JAMA* 2001; 285: 2888-90.
19. Moen J. "'Rural Non-Farmer Households' Leaving the Farm and the Retirement of Older Men, 1860-1980", *Social Science History* 1994; 18:55-75.
20. Hermalin, A. I. *Capturing change: Transitions at older ages and cohort succession*. In A. I. Hermalin (Ed.), 2002; 530-531

21. Osler W. Vision. Oxford Journal <http://qjmed.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/100/3/151> 1904 (accessed 30 October 2009)
22. Mill J. *Utilitarianism*. 1st ed., Liberal Art Press: New York, 1957, pp.52-63.
23. New York Times, 16 March 1995.
24. Kant, I. "Foundation of the metaphysics of morals in ethics", Valasques M. (Eds). *The theory and practice*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1985.
25. Wingert P, Brant M: "Reading your baby's mind", *Newsweek*, August 15, 2005; 32-39
26. Kovner, A.R. *Health Care Delivery in the United States*, 5th ed. (New York: Springer Publishing Company, 1995), pp.71, 80, 81, 397, 498, 499.
27. Schauffler, H. H. "Analysis of Prevention Benefits in Comprehensive Health care Reform Legislation in 102nd Congress/ "American *Journal of Preventive Medicine*. 1994, Vol.10, pp.45-51.
28. Tang B. "Bioethics and Technology", *IEEE Spectrum*, November, 2003, 40 (11), 10.
29. Vorhaus, L. I. 2D. "Let Us Journey Into the Mind of Managed Care. *The New York Times*, 16 March 1995.
30. Henson September 3, 2009 What We Are Learning about the Era of Obama by Victor Davis Hanson VDH Private paper *Pajamas Media*.

Hekimlerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı İle Tck Madde 280'deki Suçu Bildirmeme Suçu Çelişiyor Mu?

A. Batuhan Baytaz

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
bbayatz@hotmail.com

Does the Right of Refraining From Testimony of Medical Doctors Conflict with the Crime of Failure of the Health Personnel in Notification of An Offence

Summary

This paper deal with right of refraining from testimony of medical doctors and failure of the health personnel in notification of an offence. Turkish Criminal Procedure Code article 46/1-b gives a right of refraining from testimony to medicals doctors, dentists, pharmacist, midwives and their assistant as well as other members of the medical profession about their patients' information and that of the relatives of the patients that they acquired in their capacity as a professional. On the other hand, according to Turkish Criminal Code Article 280, any personal who notices commission of an offence while performing his/her duty, but neglects to notify this to authorized bodies will be punished.

Keywords

Turkish Criminal Code, Turkish Criminal Procedure Code, Refraining, Testimony, Medical Doctors

I. Tanıklık ve Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanık, olayın tarafı olmayan, ancak olay ile ilgili beş duyu marifeti ile edindiği bilgileri adlî bir faaliyet yürüten yetkili mercie aktaran kişidir.¹ Tanıklık ise, kişinin olay ile ilgili beş duyu organı sayesinde öğrendiklerini anlatmasıdır.

Tanıklık, kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal bir görevdir. Kişilerin tanıklık etmeleri toplumun menfaati gereğidir.² Anayasamızın 38. maddesinin 5. fıkrasında "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" denilmesi, tanıklıktan çekinmeyi bir hak olarak görmekte ve dolayısıyla tanıklığın kural olarak yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğu anlaşılmaktadır.³

Ceza Muhakemesi Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrasının "Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yeminin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır" ifadesinden ve Türk Ceza Kanununun 273. maddesinde "Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir" düzenlemesinden açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucunun CMK 45 vd. istisnai olarak ifade ettiği haller dışında tanıklık zorunludur.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kural, tanıklığın zorunlu olmasıdır. Bu kuralın istisnası olan tanıklıktan çekinmeyi kanun koyucu CMK 45 vd. düzenlemiştir. Kanun koyucu tanıklıktan çekinmeyi, şüpheli ve sanıkla aralarında belirli bir yakınlığın bulunmasına⁴, belirli mesleki faaliyetlerin bulunmasına⁵ ve devlet sırrı oluşturan konuların bulunmasına⁶ göre 3 ana grupta düzenlemiştir.

II. Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme

Kanun koyucu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 46. maddesinde meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinmeyi "1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler. (2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez." şeklinde düzenlemiştir.

Bu maddeye göre avukatlar ve yardımcıları, sağlık mesleği mensupları, mali işlerle görevli müşavirler ve noterler, meslekleri dolayısıyla öğrendikleri bilgiler bakımından tanıklıktan çekinebileceklerdir.

Kişilerin meslekleri dolayısıyla tanıklıktan çekinebilmeleri meslek sırrının doğal bir sonucudur. Meslek sırrını, kişinin mesleğini icra ettiği sırada, mesleği sebebiyle öğrendiği veya kendisine söylenen, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması durumunda bu bilgi sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren bilgi ve olaylar olarak ifade edebiliriz.⁷

Meslek sahiplerine, tanıklıktan çekinme hakkının verilmesindeki düşünce, meslek sahibi ile iş sahibi arasındaki güven ilişkisini korumaktır. Esasen bir takım mesleklerde kişinin meslek sa-

¹ Kunter Nurullah / Yenisey Feridun / Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s. 662; Öztürk Bahri / Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sırma Özge / Saygılar Yase-min F. / Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s. 270; Balo Yusuf Solmaz, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, ANKARA 2009, s. 47

² Fezyioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 2006, s. 28

³ Fezyioğlu, Tanıklık, s. 30

⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 45

⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 46

⁶ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 47

⁷ Donay Süheyl, Meslek Sırrını Açıklama Suçu, İstanbul 1978, s. 7

hibi olana güvenmesi, müvekkilin avukata, hastanın doktoruna, herkesle paylaşmak istemediği kişisel durumunu endişe duymadan anlatabilmesi gerekmektedir.⁸ Ancak ifade edilmesi gerekir ki, meslek sahibinin tanıklıktan çekinebilmesi için sırrı, mesleğini icrası sırasında öğrenmiş olması gerekmektedir. Yoksa bir doktorun ya da avukatın mesleği ile ilgili olmayan bir bilgiye ulaşmış olduğu hallerde CMK md. 46 anlamında çekinme hakları yoktur. Örneğin, bir hekime mesleği ile ilgisi olmayan ve onun hekim olması nedeniyle değil de bir arkadaş olarak sırrını paylaşan kişinin paylaştıkları, hekimin sır saklama yükümlülüğü sınırları içinde olmayacak ve mesleği dolayısıyla bu konu ile ilgili tanıklıktan çekinemeyecektir.

Konumuzla alakalı olarak hekimin tanıklıktan çekinebileceği ya da çekinemeyeceği bazı durumların üzerinde durmakta fayda görmekteyiz. Buna göre;

İlk olarak hekimin, olayın gerçekleşme anına şahit olması durumudur. Bu halde hekim, suçun işleniş anında olayı görmekte ve tanık olmaktadır. Burada hekim, mesleği nedeniyle değil, suçun işlenişini görmesi nedeniyle tanık olmaktadır. Dolayısıyla hekim burada CMK madde 46'ya göre tanıklıktan çekinemeyecektir.

Üzerinde duracağımız ikinci durum kişinin hekime suç ile alakalı bilgiyi anlatmasıdır. Kanaatimize göre burada ikili bir ayırımın yapılması gerekmektedir. İlk durum, kişinin bilgiyi hekimin uzmanlığı ile alakalı olarak, hekim-hasta ilişkisi içinde anlatmasıdır. Bu halde suç ile ilgili olarak anlatılan hususlar meslek sırrı olacak ve bu bağlamda hekim tanıklıktan çekinebilecektir. Suç ile ilgili bilginin hekime mesleğinden dolayı değil de arkadaş olması sebebiyle anlatılması halinde ise, CMK'nun 46. maddesi kapsamında hekimin tanıklıktan çekinmesinden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.

Bir başka hal, hastanın hekime suç ile ilgili bir şey söylememesine karşın, hekimin yaptığı muayene sırasında bir suçun varlığını anlamasıdır. Burada hekim suç olgusunu, mesleğini icra etmesi sırasında mesleğin kendisine getirdikleri ile ortaya çıkardığından tanıklıktan çekinebilecektir.

Diğer bir duruma göre ise, hekimin adli organlarca Ceza Muhakemesi Kanununa göre görevlendirilmesidir. CMK uyarınca görevlendirilen bir hekimin bu görevi dolayısıyla muayene ettiği kişiden elde ettiği bilgilerin meslek sırrı kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilebilir. Nitekim hekimin burada asli görevi muhakemeyi aydınlatıcı bilginin ortaya çıkarılması olduğu, dolayısıyla hasta-hekim ilişkisinin tam anlamıyla ortada olmadığı ifade edilebilir. Sonuç olarak bu halde, hekimin tanıklıktan çekinme imkanının olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Ortaya koyacağımız son hal ise, hastanın adli bir vaka sonucu acil servise kaldırılması ve burada hastanın tedaviye alınmasıdır. Burada acil servise kaldırılan hastanın rızası bulunmamasında, hekimin ise hastayla ilişkisi mesleki bir zorunluluk nedeniyle. Dolayısıyla ortada tam anlamıyla hekim-hasta ilişkisi bulunmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenlerden dolayı, hekim CMK 46. madde kapsamında tanıklıktan çekinemeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

III. Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md. 280)

Kanun koyucu, Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun özel hükümlere ilişkin İkinci Kitabının Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı Dördüncü Kısmında Adliyeye Karşı Suçlar başlıklı İkinci Bölümünde madde 280'de

⁸ **Yüce Turhan Tufan** "CMUK'da Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme Hakkı", Yargıtay Dergisi, Cilt:6, Ocak-Nisan 1980, sy. 1- 2, s. 52

“(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Öncelikle sağlık mesleği mensubu tanımından ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durmak gerekmektedir. Kanun koyucu, 280. maddenin 2. fıkrasında sağlık mesleği mensubundan ne anlaşılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Buna göre sağlık mesleği mensubundan, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılacaktır. Kanun koyucu, sağlık hizmeti veren diğer kişiler ifadesini kullanarak sağlık mesleği mensubu kavramını maddede yazılanlarla sınırlamamıştır. Bu konuda gerekçede verilen örnekte ifade edildiği gibi, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler de sağlık mesleği mensubu sayılacak ve suçu bildirme yükümlülüğüne tabi olacaktır.⁹ Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere, TCK'nun 280. maddesinde düzenlenen sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, sadece sağlık mesleği mensuplarının işleyebileceği mahsus (özgü) bir suçtur.¹⁰ Bir başka deyişle, bu suçun faili sadece sağlık mesleği mensupları olabilecektir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, kanun koyucunun maddede gerekçesinde belirttiği üzere, devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları kamu görevlisi sıfatını taşımaları sebebiyle bu madde gereğince değil, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun düzenlendiği TCK madde 279'a göre sorumlu tutulacaklardır. Yani, TCK madde 280'de düzenlenen suç, ancak serbest olarak çalışan ya da özel teşebbüslerin işlettikleri sağlık kuruluşlarında çalışanlar tarafından işlenebilecektir.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, 5237 sayılı TCK'da Adliyeye karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlendiğinden, burada korunan hukuki değer, adliyenin fonksiyonunu icra etmesindeki yararır.¹¹ Adliyenin faaliyetini gerçekleştirebilmesi suçlardan ve faillerden haberdar olmasına bağlıdır. Burada kanun koyucu, sağlık mesleği mensuplarının meslekleri dolayısıyla öğrendikleri suçu bildirmemeleri suçunu adliyenin görevini iyi şekilde yapabilmesi için koruma altına almıştır.¹²

Madde metnine bakıldığında açıkça görüleceği üzere, hareketin haksız olması için, kişi görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğine dair belirti ile karşılaşacak ve bu durumu yetkili makamlara ya bildirmeyecek ya da bildirme hususunda gecikme gösterecektir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, sağlık mesleği mensuplarının TCK madde 280'de belirtilen suçtan sorumlu olabilmesi için, kendilerine yüklenen bildirim yükümlülüğüne konu olan suçu görevleri esnasında görevleri sebebiyle öğrenmeleridir.¹³ Buna göre sağlık mensuplarının görevlerinin sınırını çizen 1219 sayılı kanun ve ilgili mevzuata göre görevde olan bir sağlık mesleği mensubunun görevinden dolayı öğrendiği suçu bildirmesi gerekmektedir. Ancak görevde olmadığı anda bir suç belirtisiyle karşılaşan sağlık mesleği mensubu, bu halde TCK madde 280'den dolayı sorumlu olmaz.

⁹ TCK md. 280 gerekçesi

¹⁰ **Çakmut Yenerer Özlem**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md. 280)” Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 1052

¹¹ **Üzülmez İlhan**, “Sağlık Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md. 280)”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 826; **Özgenç İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2007, s. 206

¹² **Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s. 891

¹³ **Çakmut**, s. 1053

Kanun koyucu 280. maddede “...bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşılmasına rağmen...” demek suretiyle, bildirilmesi istenilen suçun niteliği hakkında hiçbir açıklama yapmamıştır. Bu konuda doktrinde, şikayete bağlı suçlarda şikayet etme hakkına sahip kişinin şikayet hakkını kullanmamasına rağmen, suçu bildirmeyen sağlık mesleği mensuplarının suç işlemlerinin söz konusu olacağı görüşü eleştirilmektedir.¹⁴ Yine, 765 sayılı mülga TCK'nın 530. maddesinde¹⁵ şahıslara karşı işlenen suçlar bakımından bildirim aranırken, bu ayırımın 5237 sayılı TCK'da yapılmamasının ve çok geniş tutulmasının, sağlık hakkını zedeleyeceği yönünde eleştiriler mevcuttur.¹⁶ Bu konuda Artuk, birçok ülkede, vatana ihanet, kasten öldürme, şahsın hürriyetine karşı işlenen suçlarda sağlık mesleği mensuplarına bildirim sorumluluğunun yüklediğini, ancak bu sorumluluğun mutlak bir bildirim yükümlülüğü olmadığını belirtmiştir.¹⁷

765 sayılı mülga TCK'da, sağlık mesleği mensuplarının bildirimde bulunmaları sonucunda yardım ettikleri kişi takibata maruz kalacak ise, ihbarda bulunmamaları suç teşkil etmez iken, 5237 sayılı TCK'nunda bu durum ortadan kaldırılmış ve her halde bildirim yükümlülüğü kabul edilmiştir.¹⁸ Bu konuyla alakalı olarak sağlık görevini yürüten kişilerin, muhbir veya casus olarak görülebileceği¹⁹, kişilerin bildirim yükümlülüğü sebebiyle tıbbi yardımdan kaçınabileceği ifade edilmiştir.²⁰ Bu düzenlemenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 46/1/b bendinde düzenlenen ve hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler ile ilgili tanıklıktan çekinme hakları ile çeliştiği ifade edilmiştir.²¹

765 sayılı mülga TCK ile 5237 sayılı TCK arasında diğer bir farklılık ise, mülga kanun metninde “..sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra...” ibaresi kullanılarak sağlık mesleği mensuplarının öncelikle kişiye yardım etmesi, daha sonra bildirimde bulunması aranırken, 5237 sayılı kanunda böyle bir ibare bulunmamaktadır.²² Ancak insan sağlığı ve onurunun yüksek değerde olması ve sağlık mesleği mensuplarının asıl yükümlülüklerinin öncelikle kendi görevlerini ifa etmek olduğundan, böyle bir ibarenin bulunmaması sağlık mesleği mensuplarının önce gerekli tıbbi müdahaleyi yapmadan, derhal ihbar yükümlülüğünü zorunlu olarak yerine getirmesi anlamı çıkarılmamalıdır.²³ Burada sağlık mesleği mensubunun ilk olarak tıbbi müdahalede bulunması gerekliliği işin doğası olduğundan, kanun koyucu bu durumu ayrıca madde metninde belirtmemiştir.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçunun varlığından bahsedebilmemiz için

¹⁴ Üzülmöz, s. 830-831

¹⁵ 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 530 maddesi “*Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁶ Çakmut, s. 1054

¹⁷ Artuk Mehmet Emin, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, Türkiye Barolar Birliği, Editör, Ergül Teoman

¹⁸ Çakmut, s. 1059

¹⁹ Çakmut, s. 1060; Erem Faruk, TCK Şerhi Özel Hükümler III, Ankara 1993

²⁰ Güney Niyazi / Özdemir Kenan / Balo Yusuf Solmaz, Gereğe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. Ankara 2004, s. 796

²¹ Güney/Özdemir/Balo, s. 796, Çakmut, s. 1060

²² Üzülmöz, s. 830. Çakmut, s. 1059

²³ Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 525, Çakmut, s. 1059, Üzülmöz, s. 530

sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması gerekmektedir. Belirti, kelime anlamı olarak bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet²⁴ olarak ifade edebilirken, ceza muhakemesinde ise, ispat edilecek bir olayın dolaylı olarak ispatına yarayan izlere denmektedir.²⁵ Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere, sağlık mesleği mensubunun, bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması halinde derhal yetkili makama bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir. Suçun işlendiğine dair belirti ile karşılaşılmasına rağmen bu durumu yetkili makama bildirmeyen ya da gecikmeli olarak bildiren sağlık mesleği mensubu, bu halde TCK madde 280'e göre cezalandırılacaktır.

Sağlık mesleği mensubunun görevini icra ettiği sırada bir suçun işlenmiş olduğuna dair belirtileri fark etmesi halinde, bu durumu yetkili makamlara bildirmemesi ya da geç bildirmesi halinde haksızlık gerçekleşmiş sayılacaktır. Ancak 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği sistem gereği haksızlığın gerçekleşmesi kişinin cezalandırılması için yeterli sayılmamakta, kişinin cezalandırılması için ayrıca kusurlu olması gerekmektedir. Bu nedenle kişinin suçu bildirmemesi ya da bildirmede gecikmesinden dolayı cezalandırılması, bildirme imkanının bulunmasına bağlıdır.²⁶

Burada belirtilmesi gereken bir başka durum da, sağlık mesleği mensubunun bildirmesi gereken suç belirtisini elde ettiği kişinin yakını olması durumudur. Bu konuda Anayasanın 38. maddesine bakılması gerekmektedir. Buna göre Anayasanın 38/5 maddesindeki *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* ifadesinden de anlaşılacağı üzere kişiler kendilerini ve yakınlarını suçlayıcı açıklamaya zorlanamazlar.²⁷ Peki Anayasada belirtilen yakınlar kimlerdir? Bu soruya cevap olarak CMK'nun 45/1 de gösterilen kişileri verebiliriz. Buna göre sağlık mesleği mensubu kişi, nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve aralarında evlâtlık bağı bulunduğu kişiler bakımından ihbarda bulunmayabilecektir.²⁸

Sonuç ve Değerlendirme

Çalışmamızın ilk bölümünde tanıklık ve tanıklıktan meslek sebebiyle çekinmenin, ikinci bölümde ise Türk Ceza Kanununun 280. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçta bildirmeme suçunun üzerinde durduk.

Ceza Muhakemesi Kanununun 46. maddesinde düzenlenen meslek ve sürekli uğraş sebebiyle tanıklıktan çekinme hali ile Türk Ceza Kanununun 280. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçta bildirmeme suçunun arasında önemli bir bağlantı vardır. Nitekim CMK'nun 46. maddesi kişilerin mesleklerinden dolayı öğrendikleri bilgilerden dolayı tanıklık yapmayabileceklerini düzenlerken, TCK md.280, sağlık mesleği mensuplarının mesleklerini icra sırasında herhangi bir suç belirtisi ile karşılaşmaları durumunda bunu yetkili mercilere bildirim yükümlülüğü getirmektedir.

5237 sayılı TCK'nun tasarı halinde iken Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalardan bu yana, bu iki düzenlemenin çelişip çelişmediği hususunda doktrinde bir birlik mevcut değildir.

²⁴ <http://www.tdk.gov.tr>, 02.01.2010

²⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 303

²⁶ Üzülmüş, s. 839

²⁷ Çakmut, s. 1056

²⁸ Üzülmüş, s. 841

Aşağıda bu tartışmayla ilgili olarak görüşlere yer verdikten sonra şahsi düşüncemizi belirteceğiz.

Bu iki maddenin çeliştiğini ifade eden düşünceye göre, sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki ilişki güvene dayanmaktadır. Sağlık mesleği mensubunun sağlık hakkının gereklerini yerine getirebilmesi ve yapılması gerekeni derhal yapması gerekmektedir. İşini derhal yapması gereken sağlık mesleği mensubunun bu halde hastanın suç işleyip işlemediğine dikkat etmesi ve hukuki bir anlam ifade eden suç belirtisinin değerlendirilmesinin sağlık mesleği mensubunun işi olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Yine bu sorumluluğu sağlık mesleği mensubuna yüklemek, hem hayati bir anlama sahip olan işini yapmaktan alıkoyma ihtimalini ortaya koymakta, hem de hastanın bildirim yükümlülüğü dolayısıyla yakalanma ihtimali sebebiyle, korku ve endişeye kapılarak hastaneye gitmemesi, tıbbi yardım almaktan çekinmesi sonucunu doğurabileceği ileri sürülmektedir.²⁹

Bu konuda Soyaslan, kanun koyucunun bu düzenleme ile kamu düzenini korumak, suçları ve suçluları takip etmek istediğini, ancak bunu yaparken bireyin en temel insan haklarından olan sağlık hakkının, yaşam hakkının elinden alındığını ifade etmektedir. Bu konuda TCK md. 280'nin sağlık hakkına ilişkin 46. maddesiyle bağdaşmadığını ifade etmektedir.³⁰

CMK md. 46 ile TCK md. 280'nin çeliştiğini ileri süren görüşe karşılık, bu iki maddenin çelişmediğini ileri süren görüşe göre, ceza muhakemesi müessesesi olan tanıklığın, ancak bir soruşturma faaliyetinden sonra ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla TCK md. 280'de sağlık mesleği mensuplarına verilen yükümlülüğün yerine getirildiği sırada bir soruşturma faaliyetinin olmadığı, hatta bu yükümlülüğün böyle bir faaliyetin başlaması için yüklendiği bahsiyle iki düzenlemenin birbiriyle çelişmediği ifade edilmektedir.³¹ Yine bu iki maddenin çelişmediği sonucunu ifade eden görüşe göre, sağlık mesleği mensubunun tanıklığının soruşturma ile ortaya çıktığı ve ancak soruşturma açılmasından sonra sağlık mesleği mensubunun tanıklık için çağrılması halinde tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu ifade edilmektedir.³²

Bu iki maddenin çelişmediği ifade edilirken, tanıklıktan çekinmenin, hastanın sağlığı ile ilgili anlattığı her şeyi kapsadığı belirtilmektedir. Bu halde, ileride bir davanın açılması halinde doktor tanıklıktan çekinebilecektir. Ancak ortada bir suç vakası olduğunda, bu halde tanıklıktan çekinmeden bahsedemeyiz. Tanıklıktan çekinme hakkının mutlak olarak uygulanması halinde çok ciddi suiistimallerin doğacağı belirtilmektedir.³³ Yine TBMM Adalet Komisyon görüşmelerinde bu maddenin özellikle terör örgütleri bakımından düşünüldüğü belirtilmiştir.³⁴ Ziyet Özçelik, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda yaptığı konuşmada bu konuyla alakalı olarak alt komisyon üyesi Hakkı Köylü ile olan görüşmesine dayanarak, Sayın Köylü'den, bu maddenin mülga 765 sayılı TCK'nun 530. maddesinden farklı olmasının sebebi olarak, önceki kanun döneminde bazı hekimlerin yasa dışı örgütün doktorluğunu yaptığını ve bunun engellenmesi için maddenin bu şekilde düzenlendiğini aktarmaktadır.³⁵

²⁹ Çakmut, s. 1060

³⁰ Soyaslan Doğan, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği, s. 850

³¹ Üzülmöz, s. 844,

³² Erdem Mustafa Ruhan, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği, s. 861

³³ Güney/Özdemir/Balo, TCK tasarisinin 281. maddesinin Adalet Komisyonu Görüşme tutanağı, Adem Sözüer'in konuşması, s. 796

³⁴ Güney/Özdemir/Balo, s. 796

³⁵ Özçelik Ziyet, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği, s. 847-848

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, kanaatimize göre bu iki madde birbiriyle çelişmektedir. CMK'nun 46. maddesi, Sağlık mesleği mensubunun mesleği dolayısıyla öğrendiği bilgilere ilişkin tanıklıktan çekinme hakkı tanırken, diğer taraftan TCK'nun 280. maddesinin, sağlık mesleği mensubunun suç belirtilerine rastlaması durumunda olayı yetkili makama bildirme yükümlülüğü getirmesi çelişmektedir.

Bu çelişkinin giderilmemesi durumunda suç işleyen kişi, yaşamını tehlikeye sokacak derecede yaralı olsa dahi, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğü olduğundan, ihbar edileceği ve yakalanacağı düşüncesiyle tedavi için sağlık kuruluşuna gitmeyecektir. Kişinin, yakalanma korkusu nedeniyle tedavi olmaması sonucu kişide kalıcı bir sağlık probleminin meydana gelmesi ve hatta ölmesi bile söz konusu olabilecektir. Bireyin, işlediği suçun ne kadar önemli bir hakkın zedelenmesine sebebiyet verdiği ya da ne kadar kötü biri olduğuna bakılmaksızın, hatta tedavi edilip iyileştirildiği takdirde tekrar suç işleyeceğinden emin olursa dahi, önemli olan ve yapılması gereken ilk husus kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu hakların ona sağlanabilmesidir. Aksi hal, insan sağlığını hatta insan yaşamını hiçe sayarak salt kamu düzeninin korunmasına yönelik bir düzenleme olup, insanın sadece insan olmasından kaynaklanan yaşam ve sağlık haklarını zedelemektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere mülga 765 sayılı TCK'nun 530. maddesi sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmesini "*...bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılabilecek ahval müstesna olmak üzere...*" şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre sağlık mesleği mensubu kişi, hastasının suç işlediğini belirtilerden anlar ise bu halde suçu bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Kanaatimize göre 280. maddede, mülga 765 sayılı TCK'nun 530. maddesinde olduğu gibi sağlık mesleği mensubunun ihbar etmesi halinde ihbar edilen kişi hakkında soruşturma açılacak ise bu halde sağlık mesleği mensuplarının ihbar yükümlülüğünün olmamasını sağlayacak yönde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Bu şekilde bir değişikliğin yapılması ile kişilerin sağlık haklarının zedelenmesinin önüne geçilebileceği düşüncesindeyiz.

Geriatric Merkezinde Çalışan Sağlık Profesyonellerinin Tıp Etiği Sorunlarıyla İlgili Deneyimleri ve Görüşleri

Rana Can, Rabiye Erenoğlu**, Selim Kadioğlu*, Funda Kadioğlu**

* Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Etik AD ADANA selimkad@cu.edu.tr

** Erciyes Üniversitesi Kayseri Atatürk Sağlık Yüksekokulu Doğum ve Kadın Sağlığı Hastalıkları Hemşireliği AD KAYSERİ

The Opinions and Experiences Regarding Medical Ethics Issues of Health Professionals Working in a Geriatric Center

Summary

This article is based on a research carried out on health professionals working at Kayseri Education and Research Hospital Geriatrics Center, the first and only official geriatrics center in Turkey, with an original data collection form developed by the authors. The results of the research represent that the ethical issues rarely or never met before in medical practice have great importance for participants. Confidentiality is the most important value for them and they observe that lack of respect for autonomy is the most common ethical problem. According to the average scores obtained from all participants, it is possible to point out that they have ethical sensitivity.

Keywords

Medical Ethics, Clinical Bioethics, Geriatrics, Gerontology, Medical Sociology

GİRİŞ

Tıp etiği çerçevesinde, sağlık profesyonellerinin mesleki eylemleriyle ilgili iki tür etkinlik gösterilmekte; bir yandan çözümlenme diğer yandan kural koyma çalışmaları yapılmaktadır. Bu etkinlik türlerinin her ikisi için de tıp pratiğini yürütmekte olanların tıp etiği sorunlarını algılama ve onlarla baş etme biçimleri önemli bir referanstır. Bu bağlamda, söz konusu algılama ve baş etme biçimlerini belirlemeye yönelik alan araştırmaları, tıp etiği alanında sürdürülen başlıca etkinlikler arasındadır. Bu çalışma da çağdaş tıbbın giderek daha fazla önem ve ağırlık kazanan bir dalı olan geriatri özelinde yapılmış böyle bir araştırma üzerine kurulmuştur.

Araştırma yürütüldüğü yer ve katılımcıları bakımından özellik arz etmektedir. 2005 yılında

hizmete girmiş olan Kayseri Devlet Hastanesi Geriatri Merkezi ülkemizde türünün ilk örneği olan bir sağlık kurumudur. Yatak kapasitesi 34 olan bu merkez, yaşı 65 ve üstünde olan kişilere yönelik çok yönlü geriatrik değerlendirmeyi esas alan bir yaklaşımla benimsenmiştir. Merkez uygun tedavi ve rehabilitasyon ile yaşlıların yaşam kalitesinin yükseltilmesine katkıda bulunmayı hedefleyen bir anlayışla sağlık hizmeti vermektedir.

Araştırmanın amacı Türkiye'nin ilk geriatri merkezinde görev yapan sağlık profesyonellerinin, çalışma yaşamlarında literatürde yer alan tıp etiği sorunlarıyla ne sıklıkta karşılaştığını ve bunların hangisine ne kadar önem verdiğini belirlemektir. Belirlenen deneyimlerin ve görüşlerin, bir yandan pratik düzenlemeler için yol gösterici olması diğer yandan benzer alan çalışmalarına öncülük etmesi beklenmektedir.

GEREÇ ve YÖNTEM

Araştırmanın evrenini Kayseri Devlet Hastanesi Geriatri Merkezi'nde çalışan 32 sağlık profesyoneli oluşturmaktadır. Araştırma, erişilebilen ve katılmayı kabul eden 25 kişi üzerinde yapılmış; iki kişi çalışmaya katılmayı reddetmiş, beş kişiye ise çalışmanın yapıldığı dönemde raporlu oldukları ya da diğer hastanelerde görevlendirildikleri için ulaşılamamıştır.

Veri toplama formu bu araştırma için literatür taranarak hazırlanmış olup iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde katılımcıların kişisel bilgilerini belirlemeye yönelik sekiz soru; ikinci bölümde ise, yaşlı hastaların bakımı sırasında karşılaşılması olası ve tıp etiği açısından sorun niteliği taşıyan 20 durum yer almaktadır. Katılımcılar bu 20 durumla karşılaşma sıklıklarını belirtmiş ve sorunların kendileri açısından önem derecesini puanlandırmıştır. Karşılaşma sıklığı üçlü Likert ölçeği üzerinden değerlendirilmiş; sorun niteliğindeki durumların önem derecesine göre puanlanması ise hiç önemli bulunmayan "0", en önemli bulunan "10" olacak şekilde yapılmıştır. Veri toplama formu çalışmacılardan biri tarafından katılımcılardan her biriyle birebir görüşme yaparak uygulanmıştır. Veriler bilgisayar ortamına taşınmış ve betimsel değerlendirmeleri yapılmıştır.

Araştırma proje aşamasındayken Adana Klinik Araştırmalar Etik Kurulu'na sunulmuş, kurulun 1 Ekim 2009 tarihli ve 2 sayılı toplantısında alınan 6 numaralı kararla onaylanmıştır.

BULGULAR

Çalışmanın bulguları aşağıda üç tablo halinde yer almaktadır. İlk tabloda katılımcıların kişisel bilgileri, ikinci tabloda her bir katılımcının veri toplama formundaki ifadelerle verdiği puanların ortalamaları, üçüncü tabloda ise ifadelerin her birine verilen puanların ortalamaları ve katılımcıların sorunlarla karşılaşma sıklıkları yer almaktadır.

Tablo 1'de katılımcıların yaş, cinsiyet, meslek, meslek yaşı, geriatri merkezinde çalışma süresi, etik eğitimi alma durumu, geriatri eğitimi alma durumu bilgileri yer almaktadır.

Tablo 2'de her bir katılımcının tüm ifadelerle verdiği puanların ortalamalarının dağılımı yer almaktadır.

Tablo 3'te tüm katılımcıların etik sorun ifadelerinin her birine verdikleri önem puanlarının ortalamalarının ve sorunlu durumlarla karşılaşma sıklıklarının dağılımı, puan ortalaması en yüksek olandan en düşük olana doğru sıralanmış şekilde yer almaktadır.

Tablo 1: Katılımcıların Kişisel Bilgileri

	SAYI	%
YAŞ		
25-29	3	12,00
30-34	10	40,00
35-39	7	28,00
40-44	3	12,00
45 ve üzeri	2	8,00
CİNSİYET		
Kadın	17	68,00
Erkek	8	32,00
MESLEK		
Hekim	4	16,00
Sağlık yüksek okulu mezunu hemşire	1	4,00
Diyetisyen	1	4,00
Fizyoterapist	1	4,00
Ön lisans mezunu laboratuvar teknikeri	4	16,00
Ön lisans mezunu hemşire	7	28,00
Sağlık meslek lisesi mezunu hemşire	7	28,00
MESLEK YAŞI		
20 yıl ve üzeri	5	20,00
10-19 yıl arası	15	60,00
9 yıl ve daha az	5	20,00
GERİATRİ MERKEZİNDE ÇALIŞMA SÜRESİ		
5-6 yıl	4	16,00
3-4 yıl	6	24,00
1-2 yıl	8	32,00
1 yıldan az	7	28,00

Devamı bir sonraki sayfada

Veri toplama formunun sonunda yer alan ve cevaplanması zorunlu olmayan açık uçlu soru katılımcıların varsa konuyla ilgili eklemek istediklerine ayrılmış; bu soruya sekiz katılımcı cevap vermiştir. Üç katılımcı yaşlıların daha iyi tedavi ve bakım hakkı olması gerektiğini, biri yaşlılara yönelik negatif ayrımcılık yapılmaması gerektiğini, biri yaşlının yaşam kalitesini arttırmaya yönelik girişimlerin göz ardı edilmemesi gerektiğini, biri hasta bakım evlerinin geliştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İki katılımcı ise çalışma hakkında eleştirilerini dile getirmişlerdir.

Veri toplama formunun sonunda yer alan ve cevaplanması zorunlu olmayan açık uçlu soru

Tablo 1: Katılımcıların Kişisel Bilgileri (devamı)

	SAYI	%
ETİK EğİTİMİ ALMA DURUMU		
Etik eğitimi almayan	10	40,00
Mezuniyet öncesinde eğitim alan	12	48,00
Mezuniyet sonrası toplantıya katılan	1	4,00
Yanıt vermeyen	2	8,00
GERİATRİ EğİTİMİ ALMA DURUMU		
Geriatrı eğitimi almayan	16	64,00
Mezuniyet öncesi eğitim alan	2	8,00
Mezuniyet sonrası kursa katılan	4	16,00
Mezuniyet sonrası toplantıya katılan	3	12,00

Tablo 2: Katılımcıların Tüm Sorulara Verdiği Puanların Ortalamalarının Dağılımı.

PUAN ORTALAMASI	SAYI	%
9,00-10,00	2	8,00
8,00-8,99	2	8,00
7,00-7,99	2	8,00
6,00-6,99	7	28,00
5,00-5,99	3	12,00
4,00-4,99	5	20,00
3,00-3,99	4	16,00
2,00-2,99	0	0,00
1,00-1,99	0	0,00
0,00-0,99	0	0,00
TOPLAM	25	100,00

katılımcıların varsa konuyla ilgili eklemek istediklerine ayrılmış; bu soruya sekiz katılımcı cevap vermiştir. Üç katılımcı yaşlıların daha iyi tedavi ve bakım hakkı olması gerektiğini, biri yaşlılara yönelik negatif ayrımcılık yapılmaması gerektiğini, biri yaşlının yaşam kalitesini arttırmaya yönelik girişimlerin göz ardı edilmemesi gerektiğini, biri hasta bakım evlerinin geliştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İki katılımcı ise çalışma hakkında eleştirilerini dile getirmişlerdir.

TARTIşMA

Katılımcıların kimlik bilgileri toplu olarak gözden geçirildiğinde sağlık meslek lisesi ve ön lisans

mezunu hemşirelerin çoğunluğu oluşturduğu görülmektedir. Bu durumla bağlantılı olarak katılımcıların üçte ikisinden fazlası kadındır ve meslek yaşı ortalaması yaş ortalamasına göre yüksektir. Üçte ikiye yakın oranda geriatri alanında formel eğitim almamış olan katılımcıların beşte ikisinin geriatri alanında çalışma deneyimi iki yılın üstündedir. Tıp etiği konusunda katılımcı-

Tablo 3: Etik Sorunların Karşılaşılma Sıklıkları ve Önem Puanı Ortalamaları.

ETİK SORUN	KARŞILAŞMA SIKLIĞI						PUAN ORT
	HIÇ		ARA SIRA		ÇOĞU ZAMAN		
	SAYI	%	SAYI	%	SAYI	%	
Yatakta vücut bakımı-temizliği yapılması, boşaltım ihtiyacının giderilmesi, sonda uygulanması gibi işlemler sırasında yaşlı hastaların mahremiyetine özen gösterilmemesi	10	40,00	10	40,00	4	16,00	7,50
Anlama ve karar alma yeteneklerini tam olarak değerlendirmeye gerek görmeden, yaşlı hastalar hakkındaki tıbbi kararların kendileriyle değil yakınlarıyla görüşülerek alınması	2	8,00	11	44,00	12	48,00	7,16
Yaşlı hastaların kronik, hafif ve belirsiz yakınmalarının “yaşa bağlanarak” dikkate alınmaması; ayrıntılı inceleme ve radikal tedavi konusu kabul edilmemesi	5	20,00	13	52,00	7	28,00	6,92
Tolere edemeyecekleri varsayılarak yaşlı hastalara kötü prognozlarının bildirilmemesi	5	20,00	8	32,00	12	48,00	6,76
Yaşlı hastalarla iletişim kurarken, bireysel özelliklerini dikkate almayan, standart bir “yaşlı hasta yaklaşımı”nın benimsenmesi	7	28,00	5	20,00	12	48,00	6,67
Karar verme yeteneğinin tam olmadığı varsayılarak, yaşlı hastanın tedaviyi reddetme hakkının dikkate alınmaması	8	32,00	13	52,00	4	16,00	6,44
Karar verme yeteneklerinin tam olmaması olasılığı göz ardı edilerek, yaşlı hastaların tedaviyi reddetme isteklerinin hemen kabul edilmesi	6	24,00	15	60,00	4	16,00	6,40
Geleneksel değerlere bağlılık veya toplumun giderek yaşlanmasını göz önüne alma nedeniyle yaşlı nüfusa daha fazla kaynak ayrılması; bu çerçevede yaşlı hastalara verilen sağlık hizmetlerinin sosyal güvenlik sistemine ağır bir yük getirmesi	6	24,00	13	52,00	6	24,00	6,25
Yakınlarının isteklerinin veya yönlendirmelerinin, kendilerini devre dışı bırakmak pahasına yaşlı hastalara yönelik tıbbi uygulamaların öncelikli belirleyicisi haline getirilmesi	2	8,00	17	68,00	6	24,00	6,24

Devamı bir sonraki sayfada

Tablo 3: Etik Sorunların Karşılaşılma Sıklıkları ve Önem Puanı Ortalamaları (devamı)ı.

ETİK SORUN	KARŞILAŞMA SIKLIğI							PUAN ORT
	HIÇ		ARA SIRA		ÇOĞU ZAMAN			
	SAYI	%	SAYI	%	SAYI	%		
Anlamayacakları varsayılarak yaşı hastalara durumları hakkında tam ve ayrıntılı bilgi verilmemesi	6	24,00	9	36,00	10	40,00	6,20	
Yaşam süresini uzatmayıp sadece yaşam kalitesini arttıracak bakım ve destek uygulamalarının yaşı hastalardan esirgenmesi	16	64,00	7	28,00	2	8,00	6,20	
Terminal dönemdeki yaşı hastalara agresif tedavi uygulamaları yapılarak, yaşam kalitesini düşürmek pahasına yaşam süresinin uzatılması	11	44,00	7	28,00	7	28,00	6,12	
Aydınlatma ve onam almayla başlayan tedavi-bakım sürecinin ilerleyen aşamalarında, yaşı hastalara bilgi verilmemesi ve onların kararlara ortak edilmemesi	6	24,00	14	56,00	4	16,00	6,04	
Terminal dönemdeki yaşı hastalar hakkında resüsite etmeme kararının, aynı durumdaki genç hastalar hakkında olana göre, daha kolay alınması	12	48,00	8	32,00	5	20,00	5,88	
Zihinsel yeterlilikleri olmadığı için tıbbi karar verme sürecine katılamayan yaşı hastalara, yapılacak işlemler hakkında bilgi verilmemesi	4	16,00	14	56,00	6	24,00	5,73	
Yaşı hastaların muayenesi sırasında ihmalistismar belirtileri bakımından özel bir değerlendirme yapılmaması	14	56,00	7	28,00	4	16,00	5,67	
Tolere edemeyeceği varsayılarak yaşı hastalara radikal tedavi işlemleri yapmaktan kaçınılması, palyatif desteklerle yetinme eğilimi gösterilmesi	9	36,00	11	44,00	5	20,00	5,32	
Yaşı hastalara, fizyolojik dengelerinin labil oluşu göz ardı edilerek, ileri yaşa özgü olmayan tedavi prosedürlerinin araştırıldığı çalışmalarda denek olarak yer verilmesi	22	88,00	1	4,00	2	8,00	4,64	
Toplum geneline hizmet verilen sağlık birimlerinde, yatak, ameliyathane, ventilatör gibi sınırlı tıbbi olanakların sunumunda genç hastalar lehinde yaş ayrımcılığı yapılması	15	60,00	10	40,00	0	0,00	4,48	
Yaşı hastaların yaşam kalitesini arttırma, yaşam süresini uzatma isteklerinin yersiz-yakışksız bulunması, dikkate alınmaması	18	72,00	5	20,00	2	8,00	4,33	

ların yarısı mezuniyet öncesi eğitimleri çerçevesinde ders görmüş, beşte ikisi ise hiç eğitim almamıştır.

Veri toplama formunda yer alan etik sorunlara verilen puanların katılımcı bazında ortalaması alınarak yapılan değerlendirmede çok yüksek puan ortalamalarının azınlıkta kaldığı, katılımcıların yaklaşık yarısının ortalama puanlarının 5,00–7,99 aralığında ve üçte birden fazlasının kilerin ise 3,00-4,99 aralığında yer aldığı görülmektedir. Etik sorunların önemsenme puanlarının daha yüksek olmayışı, katılımcıların uygulamaya odaklanmış bir yaklaşıma sahip olması ve bu nedenle özellikle gündelik meslek yaşamları sırasında karşılaşmadıkları sorunlara düşük puanlar vermeleriyle açıklanabilir.

Yaşlı hastaların mahremiyetine tıbbi işlemler ve bakım uygulamaları sırasında saygı gösterilmemesi, katılımcıların verdiği önemseme puanları ortalamasının en yüksek olduğu etik sorundur. Katılımcıların çoğu bu sorunla ara sıra karşılaştığını belirtmiştir. Sorunun sık karşılaşılmamakla birlikte en yüksek puan ortalamasını tutturmuş olması, kuramsal tıp etiği çalışmalarında çok üzerinde durulmayan mahremiyete saygı gösterme ilkesinin geriatri alanındaki uygulayıcılar açısından önemine işaret etmektedir. Mahremiyet konusundaki duyarlılığı hastayla empati kurmanın bir göstergesi olarak değerlendirmek de olanaklıdır.

Yaşlı hastalarının belirsiz ve kronik yakınmalarının yaşa bağlanarak dikkate alınmaması, bu sorunlarla ilgili girişim ve tedavide bulunulmaması katılımcıların çoğuna göre ara sıra karşılaşılan bir sorundur. Katılımcıların geriatri uygulamalarına odaklanmış bulunmasını göz önüne alarak ve genel gözlemlere dayanarak bu sorunun farklı tıbbi ortamlarda daha sık yaşandığını söylemek olanaklıdır. Bu sorunun katılımcılardan aldığı önemsenme puanı ortalaması sıralamada üst basamaklarda yer almaktadır. Farklı çalışmalar sağlık profesyonellerinin bu konudaki duyarlılığını teyit etmekte; ortak kanılarının hastanın ağrı, ümitsizlik, depresyon, anksiyete gibi semptomlarının özellikle farkına varılması ve tedavi edilmesi gereken disiplinler arası bir süreç olduğunu belirttiklerini bildirmektedir¹.

Katılımcıların yaklaşık yarısı, yaşlı hastaların bireysel özellikleri dikkate alınmadan tüm yaşlılara yönelik genel bir yaklaşımın muhatabı olmasının sık karşılaşılan bir sorun olduğunu belirtmiştir. Katılımcıların bu sorunu önemseme puanlarının ortalaması da yüksektir. Bu durumu genel bir çerçeveye oturtarak, hasta bireyleri kişisel özelliklerini göz ardı ederek dahil oldukları bir kategorinin temsilcisi olarak algılamının, olumsuzluğu üzerinde görüş birliğine varılan ancak yoğun çalışma koşulları çerçevesinde çoğu kez kaçınılamayan bir yaklaşım olduğunu söylemek olanaklıdır.

Yaşlı nüfusa daha fazla toplumsal kaynak ayrılması çerçevesinde, yaşlı hastalara verilen sağlık hizmetlerinin sosyal güvenlik sistemine ağır bir yük getirmesi katılımcıların yarısından fazlası tarafından ara sıra karşılaşılan bir sorun olarak değerlendirilmiştir. Katılımcıların bu sorunu önem sıralamasında sekizinci basamağa yerleştirmiştir. Yaşlı hastaya uygulanan ileri düzey teknolojiye bağımlı masraflı tıbbi müdahalelerin gerekliliği, geriatri etiği yönünden tartışmaya açılmış bir konudur². Yaşlı nüfusun artmasına paralel olarak sağlık hizmeti maliyetlerinin artması ve tıbbi olanakların gençler ve yaşlılar arasında adil dağıtımı da aynı tematik çerçevede yer alan tartışma konularıdır^{3,4,5}.

Katılımcıların yarıdan fazlası yaşlı hastaların muayenesi sırasında ihmal-istismar belirtileri bakımından özel bir değerlendirme yapılmamasıyla hiç karşılaşmadıklarını belirtmiştir. Katılımcıların bu sorunu önemseme puanlarının ortalaması sıralamada alt basamaklarda yer almaktadır. Kuramsal çalışma niteliğindeki farklı kaynaklarda ise ihmal-istismar sorununun önemine dikkat çekilmekte, dünya genelinde giderek arttığı belirtilmekte ve sağlık profesyonelleri bu so-

runu atlamamak konusunda dikkatli olmaya çağrılmaktadır^{6,7}. Yaşlı ihmali ve istismarı konusunda kuramsal etik çalışması yürütenler ile alanda çalışmakta olanlar arasında sıklık ve önem konusunda görüş ayrılığı bulunması dikkate değer bir durumdur. Bu bağlamda tedbirli olmak adına kuşkucu bir yaklaşıma yönelmenin; ihmal-istismar konusunda duyarlı bir yaklaşım benimsemenin uygun olacağı söylenebilir.

Tıbbi uygulamalar için onam almadan önce, hastanın zihinsel yeterliliğini değerlendirmek yaşlı hasta özelinde önemi daha da artan bir genel kuraldır. Yaşlıların zihinsel yeterliliği ve onam sürecinin bundan etkilenmesiyle ilgili kaygılar tıp etiği alanında kuramsal çalışma yapanlar tarafından sıklıkla gündeme getirilmektedir^{2,8}. Araştırmada katılımcıların değerlendirmesine sunulan etik sorunların bir bölümü bu tematik çerçevede yer almaktadır.

Yaşlı hastaların anlama-değerlendirme yeteneklerini değerlendirmeye gerek görmeden yok sayarak onlarla ilgili kararların yakınları ile görüşülerek alınması, katılımcıların yarısına yakını tarafından çoğu zaman karşılaşılan sorun olarak gösterilmiştir. Bu sorun, önemsenme puan ortalamaları sıralamasında ikinci basamakta yer almaktadır. Hastaların karar alma yeterliliklerinin değerlendirilmesi ve bununla bağlantılı etik sorunların ortaya çıkma olasılığı farklı ülkelerde çalışan hekimlerin farkında olduğu bir sorundur⁹. Önyargıya dayalı olarak yaşlı hastaların özerkliğinin yok sayılması ve onlara yönelik bir tür negatif ayrımcılık yapılması üzerinde durulması ve enerjik şekilde mücadele edilmesi gereken bir durumdur.

Katılımcıların sorunun öneminin farkında oluşu ise umut veren bir bulgudur. Bu farkındalığın yaygınlaşması kuşkusuz olumlu bir gelişme olacaktır.

Yaştan dolayı anlama değerlendirme yeteneklerinin azalmış olacağı önyargısının farklı bir tezahürü, anlamayacakları varsayılarak yaşlı hastalara durumları hakkında tam ve ayrıntılı bilgi verilmemesidir. Katılımcıların yarıya yakınına göre bu çoğu zaman karşılaşılan bir sorundur. Ancak bu sorunun önemsenme puan ortalaması yukarıdaki sorununki kadar yüksek değildir. Puan ortalamaları arasındaki farkı genel gözlemlerle birleştirerek, bu durumu bilgi aktarımını ihmal etmenin yaygın bir sorun oluşuyla açıklamak mümkündür.

Yaşlı hastalarla ilgili kararların alınmasında doğrudan kendilerine değil yakınlarına yönelme ve bilgi paylaşımını da öncelikle bu kişilerle yapma, yeterlilikle ilgili sorun bulunmayan durumlarda da, iletişimi kolaylaştırma veya süreci hızlandırma gibi pratik nedenlerden ötürü de ortaya çıkabilmektedir. Yakınlarının isteklerinin veya yönlendirmelerinin, kendilerini devre dışı bırakmak pahasına yaşlı hastalara yönelik tıbbi uygulamaların öncelikli belirleyicisi haline getirilmesi, katılımcıların yarısından fazlasına göre orta sıklıkta karşılan bir sorundur ve önemsenme puan ortalaması sıralamanın üst-orta kısmında yer almaktadır. Böyle bir sorunun ortaya çıkma olasılığının inisiyatif alma konusunda bireyi değil aileyi esas alan kültürlerde yüksek olduğu düşünülebilir. Nitekim aile kurumunun ağırlığının fazla olduğu ülkelerde; Japonya'da, Tayland'da ve Hindistan'da yürütülmüş bir araştırmada, ailenin hasta adına karar vermek isteğinin yol açtığı etik ikilemler söz konusu edilmiştir⁹. Japonya'da yapılan başka çalışmanın katılımcısı olan hekimler, terminal dönemdeki yaşlı hastanın hastalıkla mücadeleden vazgeçme, kendini bırakma, depresyona girme hatta intihara teşebbüs etme gibi tepkiler verebileceği endişesiyle tanıyı öncelikle hasta yakınlarına bildirmeyi yeğlediklerini belirtmiştir¹⁰.

Özerklikle bağlantılı daha özel bir sorun, karar verme yeteneğinin tam olmadığı varsayılarak yaşlı hastanın tedaviyi reddetme talebinin dikkate alınmamasıdır. Katılımcıların dörtte üçünden fazlasına göre bu sorunla ara sıra karşılaşmakta ya da hiç karşılaşılmamaktadır. Bu sorunun önemseme puan ortalaması oldukça yüksektir. Hastanın tedaviyi reddetmesi, resüsite edilmeme direktifi vermesi, ötanazi talebinde bulunması, özerkliğe saygı gösterme ile yarar

sağlama ilkeleri arasında ikileme düşmeye yol açan durumlardır. Hastaların böylesi isteklerinin değerlendirilmesi geriatrik yaş grubuyla ilgili tartışmalar çerçevesinde de önem ve ağırlık taşıyan bir konudur^{4,9}. Tıbbi olanakları yaşlı hastalara tahsis etmenin verimliliği konusunda kuşku- ları olan yaklaşım, bu konuyu sınırlı kaynakların adil kullanımı bağlamında da tartışmaya aç- maktadır².

Karar verme yeteneği ile tedaviyi reddetmenin farklı bir buluşması, karar yeteneklerinin tam olmaması olasılığı göz ardı edilerek, yaşlı hastaların tedaviyi reddetme isteklerinin hemen ka- bul edilmesidir. Katılımcıların yaklaşık üçte ikisi tarafından orta sıklıkta karşılaşıldığı belirtilen bu sorunun önemsenme puan ortalaması yüksek olup sıralamadaki yeri benzeri ve tamamlayıcısı olduğu yukarıda tartışmaya açılmış olan sorununkinin hemen altındadır.

Tedaviyi reddetme gibi ciddiyetle üzerinde durulması gereken bir konu bağlamında, hasta- nın karar verme yeteneğinin dikkatle değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. İsviçre'de ya- pılan bir kuramsal çalışmada, hekimlerin karar verme yeteneği tam olan yaşlı hastaları bilgilendirdikten sonra tedaviyi reddetme kararına saygı göstermesi gerektiği belirtmiştir¹.

Tolere edemeyecekleri düşünülerek yaşlı hastalara kötü prognozlarının söylenmemesi ka- tılımcıların yaklaşık yarısı tarafından çoğu zaman karşılaşılan bir sorun olarak gösterilmiştir. Bu sorunun önemsenme puan ortalaması yüksek olup sıralamada dördüncü basamakta yer al- maktadır. Hastaya tanıyı ve yapılacak girişimleri bildirmeye ilgili etik tartışma bağlamında, onun bu bilgiyi almayı isteme durumu ve bilginin sağlık durumu üzerindeki olumlu-olumsuz et- kileri önem taşımaktadır. İngiltere'de hemşireler üzerinde yapılan bir çalışmada katılımcıların yarıdan fazlası sağlık profesyonellerinin tanıyı kimi zaman hastaya değil de yakınlarına söyle-meyi tercih ettiğini gözlediklerini belirtmiştir¹¹. Hekimler üzerinde yapılan bir çalışmada ise, ka- tılımcıların çoğunun demans tanısı almamış ve kültürel özellikleri açısından bir engeli olmayan hastalara tanılarının söylenmesi gerektiği görüşünü benimsedikleri görülmektedir⁹. Buna ilave- ten bir kısım katılımcı, tanının öncelikle kendilerine söylenilmesinin hastaların da beklentisi ol- duğunu belirtmiştir⁹. Genel eğilimin dışında kalan Japon hekimler ise, prognozlarını olumsuz et- kilenebileceği kaygısıyla terminal dönemdeki hastalara tanıyı söylemediklerini belirtmiştir⁹.

Hastanın aydınlatılması ve onamının alınması, tıp etiği tartışmaları açısından önemli bir ko- nudur. Katılımcıların yarıdan fazlası, aydınlatma ve onam almayla başlayan tedavi-bakım sü- recinin ilerleyen aşamalarında, yaşlı hastalara bilgi verilmemesi ve onların kararlara ortak edil- memesi sorunuyla ara sıra karşılaşıldığını belirtmiştir. Bu sorunun önemsenme puan ortalama- sı, sıralamada orta basamaklarda yer almaktadır ve bu konumu değerlendirme bağlamında da- ha önce değinilen bilgi verme konusunda fazla hevesli olmayan sağlık profesyoneli yaklaşımı- nı gündeme getirmek olanaklıdır.

Bilgi verme konusundaki hevessizliğe işaret eden bir diğer bulgu, zihinsel yeterlilikleri olma- dığı için tıbbi karar verme sürecine katılmayan yaşlı hastalara, yapılacak işlemler hakkında bilgi verilmemesinin, katılımcıların yarıdan fazlası tarafından bazen karşılaşılan bir sorun ola- rak nitelenmesi ve bu sorunun önemsenme puan ortalamasının sıralamada alt basamaklarda yer almasıdır.

Agresif tedavi uygulamalarıyla terminal dönemdeki yaşlı hastaların yaşam süresinin uzatıl-ması ancak yaşam kalitesinin düşürülmesi sorunu, katılımcıların yarıya yakını tarafından hiç karşılaşılmayan bir sorun olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte bu soruna verilen önem puanlarının ortalaması üst-orta sıralarda yer almaktadır. Yarar sağlama-zarar vermeme çatış-ması temelinde şekillenen bu sorun, tüm terminal dönem hastaları için söz konusu olmakla bir-likte, yaşlı hastalarda daha akil karıştırıcı bir hal almaktadır.

Bir anlamda yukarıda tartışılana zıt yönde gelişen bir sorun, tolere edemeyeceği varsayılarak yaşlı hastalara radikal tedavi işlemleri yapmaktan kaçınılması, palyatif desteklerle yetinme eğilimi gösterilmesidir. Katılımcıların yarıya yakınına göre bu sorunla orta sıklıkta karşılaşmaktadır. Sorunun önemsenme puan ortalaması ise alt sıralarda yer almaktadır. Düşük puan ortalamasını, tıbbi gerekliliğin ön plana geçerek sorunun etik boyutunu gölgede bırakmasına bağlamak olanaklıdır. Hekimlerin yaşlı hastalarda agresif ve kapsamlı tedaviyi tercih etmeyişi, kuramsal çalışmalarda da dile getirilen bir husustur¹². Konunun daha üstü kapalı bir ifadesi ise ihtiyacı olan her yaşlının palyatif tedaviden faydalanma hakkının olduğu şeklindedir¹.

Yaşlı hastalara, fizyolojik dengelerinin labil oluşu göz ardı edilerek, ileri yaşa özgü olmayan tedavi prosedürlerinin araştırıldığı çalışmalarda denek olarak yer verilmesi, katılımcıların tamamına yakınının hiç karşılaşmadıklarını belirttiği bir sorundur. Hiç karşılaşmamasının doğal bir sonucu olarak, bu sorunun önemli bulunması da söz konusu olmamıştır. Bu noktada araştırmanın klinik araştırma yapılmayan bir merkezde gerçekleştirilmiş olduğunu hatırlatmak yerinde olacaktır. Kuramsal tıp etiği çalışmalarında bu konuyla bağlantılı olarak yaşlı hastaların tıbbi araştırma ve tedaviyi kabul ya da reddetmeye hakkı olduğu vurgulanmaktadır².

Terminal dönemdeki yaşlı hastalar hakkında resüsite etmeme kararının, aynı durumdaki genç hastalar hakkında olana göre, daha kolay alınması katılımcıların yarıya yakınına göre hiç karşılaşılmayan bir sorundur ve önemsenme puan ortalaması alt-orta düzeydedir. Ülkemizde hekimler üzerinde yapılan bir çalışmada katılımcıların tümüne yakınının yaş faktörünün hekim-hasta ilişkisinde belirleyici olmadığı görüşünü benimsedikleri saptanmıştır⁴. Aksi görüşteki az sayıda katılımcı ise, olağanüstü durumlarda yaşın gençler lehine kullanılabilir bir öğe olabileceğini, yatak sayısının kısıtlı olduğu durumlarda yatak işgal süresi kısa olan genç hastaların tercih edilebileceğini, genç hastaların tedaviye daha çabuk yanıt vermeleri nedeniyle hizmetten faydalanacak kişi sayısını arttırmak için onlara öncelik verilebileceğini, yaşlı hastaların bir birine eşlik eden birden fazla hastalığa yakalanmış olabileceğini öne sürmektedir⁴.

Kuramsal bir çalışmada, Japonya'da yaşlı hastaların resüsite edilmeme direktiflerinin, aileleri veya hekimleri ile görüşmeden kabul edilmediği belirtilmektedir¹⁰. İngiltere'de yaşlı hastalar üzerinde yapılan bir çalışmada ise, hastaların resüsitasyonla ilgili karar almadan önce bilgilendirilmek istedikleri ve böyle bir bilgilendirilmeden rahatsızlık duymadıkları saptanmıştır¹³. Başka bir çalışmada son yıllarda yaşlı nüfusta resüsite edilmeme direktifi verme oranının arttığı ve özellikle yaşlı hastaların prognozlarından bağımsız olarak gençlere oranla daha sık resüsite edilmeme direktifi verdikleri belirtilmiştir¹⁴.

Toplum geneline hizmet verilen sağlık birimlerinde, yatak, ameliyathane, ventilatör gibi sınırlı tıbbi olanakların sunumunda genç hastalar lehine yaş ayrımcılığı yapılması, katılımcıların üçte ikisi tarafından hiç rastlanmayan bir sorun olarak nitelenmiştir. Bu sorunun önemsenme puan ortalaması sıralamada sondan ikinci basamakta yer almaktadır. Kuramsal tıp etiği çalışmalarında böyle bir ayrımcılık konusundaki endişenin kuvvetle dile getirilişi ile bu bulgu arasındaki çelişki dikkate değerdir.

Yaşam süresini uzatmayıp sadece yaşam kalitesini arttıracak bakım ve destek uygulamalarının yaşlı hastalardan esirgenmesi, katılımcıların yaklaşık üçte ikisine göre hiç karşılaşılmayan bir sorun olmakla birlikte önemsenme puan ortalaması sıralamanın orta basamaklarında yer almaktadır. Farklı kaynaklarda bu sorunu önemseyen yaklaşımlara rastlanmakta; kronik hastalıklar ve bunlara bağlı olarak gündeme gelen yaşam biçimi değişimleri nedeniyle yaşam kalitesinin düştüğü vurgulanmaktadır¹⁵.

Yaşlı hastaların yaşam kalitesini artırma, yaşam süresini uzatma isteklerinin yersiz-yakışık-

sız bulunması, katılımcıların yaklaşık dörtte üçüne göre hiç karşılaşılmayan bir sorundur ve önemsenme puan ortalamaları sıralamasının sonuncusudur. Bu sorunun nadir görülür ve önemsiz bulunur oluşunu, ülkemizin kültürel yapısı çerçevesinde yaşlı nüfusun bu tür talepleri açıkça dile getirmemesine bağlamak olanaklıdır.

Yaşamı olabildiğince uzatma çabası tıbbın geleneksel yaklaşımı olup uzayan yaşamı olabildiğince nitelikli hale getirme kaygısı ise daha yakın dönemlerde devreye girmiştir. Bu bağlamda yaşlılıkta yaşam kalitesi toplumsal bir kaygı olmadan önce tıbbın irdelediği bir konu haline gelmiş bulunmaktadır. Kronik hastalıklar ve zorunlu yaşam biçimi değişimleri ile karakterize özel bir grup olan yaşlılarda, protez yada baston gibi yardımcı materyal kullanımı, gündelik yaşamı sürdürmede dışarıdan desteğe gereksinimin artması gibi unsurlar yaşam kalitesinin düşmesine yol açmaktadır. Yaşı 75 ve üzerinde olan bireyler üzerinde yapılan bir anket çalışmasında kronik hastalıkların yaşlıların yaşam kalitesini olumsuz etkilediği saptanmıştır¹⁶.

Sonuç olarak, bu araştırma kuramsal tıp etiği çalışmaları bağlamında tartışma konusu edilen sorunların uygulama alanında da büyük ölçüde kaygı konusu edildiğini; geriatri pratiğini sürdürenlerin tıp etiği konusunda oldukça duyarlı olduğunu; bu kesimin genellikle sık karşılaşılan etik sorunları daha fazla önemseydiğini ancak bu kuralın kimi istisnalarının da bulunduğunu göstermektedir. Hasta özerkliğine saygı ve onunla bağlantılı olarak yeterliliği değerlendirme, bilgi aktarma, onam alma ile ilgili sorunlar, geriatri etiği bağlamında ön planda yer almaktadır. Ciddi bir endişe konusu olan yaşlılara yönelik negatif ayrımcılık, bu araştırmaya göre sık karşılaşılan bir sorun niteliğini taşımamaktadır.

Araştırma, ulusal geriatri tarihçemiz açısından özellik taşıyan bir sağlık kurumunda yürütülmüş olmaktan dolayı sınırlı sayıda katılımcıyla gerçekleştirilmiştir. Geriatriyle ilgili-bağlantılı etik sorunlar konusunda sağlık profesyonellerinin yaklaşımını daha geniş ölçekte belirlemek üzere, benzer araştırmaların yapılması uygun olacaktır.

Kaynaklar

- 1 "Treatment and Care of Elderly Persons Who Are in Need of Care". *Swiss Medical Weekly*, 134 (2004), 618-626.
- 2 Aydın, E.: "Yaşlı Hastalar ve Tıp Etiği". *Türk Geriatri Dergisi*, 3 (2000) 1, 29.
- 3 Büken Örnek, N., Büken E.: "Yaşlılık Etiği". *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*, 1 (2008) 1, 205-218.
- 4 Şahinoğlu Pelin S., Arda B.: "Etik Açısından Yaşlılık ve Hekim-Hasta İlişkileri". *Türk Geriatri Dergisi*, 1 (1998) 1, 39-42.
- 5 Örnek Büken N., Büken E.: "Tıp Etiği Açısından Yaşlılık Olgusunun Değerlendirilmesi". *Çağdaş Tıp Etiği*. Ed. Demirhan Erdemir A., Öncel Ö., Aksoy Ş. Nobel Kitabevi: İstanbul 2003, 390- 408.
- 6 Uysal A.O.: "Dünya' da Yaygın Bir Sorun: Yaşlı İstismarı ve İhmal". *Aile ve Toplum Dergisi*, 2 (2002) 5, 43-49.
- 7 Turaman C.: "Yaşlı Sağlığı Hizmetlerinin Birinci Basamakta Planlanması". *Türk Geriatri Dergisi*, 4 (2001) 1, 22-27.
- 8 Mueller P.S., Hook C.C., Fleming K.C.: "Ethical Issues in Geriatrics: a Guide for Clinicians". *Mayo Clinic Proc*, 79 (2004), 554-562.
- 9 Malloy D.C., Williams J., Hadjistavropoulos T., Krishnan B., Jeyaraj M., McCarthy E.F., Murakami M., Paholpak S., Mafukidze J., Hillis B.: "Ethical Decision-Making About Older Adults and Moral Intensity: An International Study of Physicians". *Journal of Medical Ethics*, 34 (2008), 285-296.
- 10 Davis A.J., Konishi E.: "End of Life Ethical Issues in Japan". *Geriatric Nursing*, 21 (2000) 2, 89-91.
- 11 Enes S.P., Vries K.: "A Survey of Ethical Issues Experienced by Nurses Caring for Terminally Ill Elderly People". *Nursing Ethics*, 11 (2004) 2, 150-164.

12. Pearlman R.A., Back A.L.: "Ethical Issues in Geriatric Care". *Principles of Geriatric Medicine and Gerontology*. Ed. Hazzard W.R., Blass J.P., Ettinger W.H., Halter J.B. 4th Ed., The McGraw Hill Companies: United States of America 1999, 571-578.
13. Sayers M.G., Schofield I., Aziz M.: "An Analysis of CPR Decision Making by Elderly Patients". *Journal of Medical Ethics*, 23 (1997), 207-212.
14. Cherniack E.P.: "Increasing Use of DNR Orders in Elderly Worldwide: Whose Choice is it?". *Journal of Medical Ethics*, 28 (2002), 303-307.
15. Abbasimoghadam M.A., Dabiran S., Safdari R., Djafarian K.: "Quality of Life and its Relation to Socio-demographic Factors Among Elderly People Living in Tehran". *International Geriatrics Gerontology*, 9 (2009), 270-275.
16. Sönmez Y., Uçku R., Kıtay Ş., Korkut H., Sürücü S., Sezer M., Çalık E., Kayalı D., Yetiş Ç., Şentürk E., Kuralay M., Gülcan M.A.: "İzmir'de Bir Sağlık Ocağı Bölgesinde Yaşayan 75 Yaş ve Üzeri Bireylerde Yaşam Kalitesi ve Etkileyen Etmenler". *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 21 (2007) 3, 145-153.

Bilimde ve Hekimlikte Ahlaki ve Etik Kurallar

Bilimde, Akademik Yaşamda ve Tıp Mesleğinde Etik Sorunlar

Günsel Koptagel-İlal

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Em. Psikiyatri Profesörü
gkoptagel@superonline.com

Morality and Ethical Principles in Science and Medicine

Ethical Problems in Science, Academic and Medical Professions

Summary

Basically, ethics is a universal concept existing in every aspect of life. While it is a natural, almost inborn phenomenon in animal life, in human communities it is and becomes a social behaviour pattern that is learned or acquired during the course of social development. In this sense it may be comparable with the Superego.

Ethics in academic and professional life is an issue that gains in importance with the development of scientific and technical possibilities and activities. Besides the closest family and social environment, also the influences of the broader educational and social environment are important factors for the development of ethical concepts and behaviour patterns. In academic life, attitudes and behaviour patterns displayed by the teachers may serve as effective models that will be adopted by their students. These include relationships between colleagues, attitudes in scientific research and therapeutic activities, as well the use and misuse of academic and/or professional titles and authorities.

Keywords

Ethics, Medicine, Morality, Academia

Günümüzde “etik” sözcüğü ülkemizde de sık kullanılır oldu. Bu sözcüğü konu başlıklarında kullanan bir takım toplantılar, sempozyumlar düzenlendiği gibi, günlük basın-yayın organlarında da etik sözcüğü ikide bir gözümüze kulağımıza çarpmakta. Bu kullanım bolluğu acaba çağdaş dünyaya ulaşma çabası içinde çağdaş dünyanın temsilcisi saydığımız ülkelerde bu konuya verilen önemin farkına vardığımızdan mıdır, yoksa sözcüğün asıl anlamının gereksinimini daha fazla duyar olduğumuzdan mıdır? Zira, bazı konular yoklukları fazla duyumsanır ya da göze batar olduklarında kafaları kurcalamaya başlar, gündemlerde ön plana geçerler. Oysa “etik” nedir? Sözlüklere bakarsak, Latince ethicus, Yunanca ethicos ya da ethos sözcüğünden kaynaklanan, “*törelerle benimsenmiş davranış ilkelerine göre doğru ile yanlış belirleyen bir davranış sistemi, bir davranış felsefesi*”dir¹. Bunun Türkçe karşılığı sözlüklerde “ahlâk” olarak

verilmektedir. Mustafa Nihat Özön'ün Osmanlıca-Türkçe Sözlüğünde ise "Ahlâk" "*Arapça Hulk'tan™ türemiş, insanın yaradılıştan veya sonradan eğitimle kazandığı ruh ve kalp halleri, huylar*" olarak tanımlanmaktadır². Öyleyse, etik ya da ahlâk yeni bir kavram değildir. Her dilde, dolayısıyla her toplumda, vardır. Yapılan tanımlamalardan anlaşılıyor ki, etik veya ahlâk, komisyonların oturup hazırladığı, yazılı hale dökülmüş yasalar gibi somut bir kural değildir. Yaşamın içinde kendiliğinden oluşup, bireysel ve grup halindeki davranışın dirliğini düzenini sağlayan bir sistemdir. Bu bakımdan, psikanaliz dilindeki Superego (=Üstbenlik) ile eşdeğerdir. Konuya yabancı olanlar için kısaca açıklamak gerekirse, insanın, doğduğunda salt bencil haz dürtüleri ile yönetilen Benliği (Ego'su), gelişim sürecinin ilk basamaklarından itibaren oluşmaya başlayan ve gelişen Superego'nun etkisiyle bu ilkel dürtülerin esiri olmaktan çıkıp, iç dünyasıyla dış gerçek dünya arasındaki dengeyi kurarak toplumsallaşmaya başlar ve varlığını olumlu, verimli yönde geliştirme yolunda ilerler. Superego aslında Ego'dan kaynaklanmıştır, ama dıştan gelen etkilerle (buna eğitim de diyebiliriz) de biçimlenerek oluşmuş ve Ego ile (Benlik ile) bütünleşmiştir³. Dolayısıyla, *etik, doğal oluşumun bir parçası, aslında doğal bir davranıştır*.

Yaşamın her alanında bir etik vardır. Bunun en güzel örneğini doğada, doğal yaşam biçimini sürdüren hayvanlar ve bitkilerde görürüz. Bu canlılar doğanın temel kuralı olan "*kendi varlığını koruma, ama bunu yaparken türünün sürekliliğini sağlama ve çevrenin varoluşunu yok etmeme*" ilkesine kendiliğinden uyarlar. Ne var ki, doğadan gittikçe uzaklaşan insan toplumlarında bu konu da doğallığından epey şeyler yitirmeye başlamış, üzerinde durulup denetlenmesi gerekmiştir.

Öyleyse, şu ülkede, şu toplumda etik var, bunda yok diye bir şey söz konusu olamaz. Etik, yaşam sisteminin bir parçasıdır. Onu ruhsal aygıt örgütünde Superego ile eşdeğer tuttuğumuza göre, Ego'nun üstünde yerleşmiş ve onunla bütünleşmiş bir otokontrol mekanizması olduğunu söyleyebiliriz. Bunu ruhsal aygıtı sarmalayan bir üst katman gibi de düşünebiliriz. Superego, kişinin benliği olan Ego'dan kaynaklanır, ama gelişiminde dış çevre etkisi önemli rol oynar. Buna ilk obje ilişkilerinden başlayarak algıladığı, öğrendiği davranış örnekleri ve kavramlar basamaklı olarak ilerleyerek katılır, onu biçimlendirirler. Bu açıdan baktığımızda, *insan toplumunda etik bir sosyal üründür*. Sosyal durumlardan çok çabuk etkilenip kolayca bozulabilme, genel, evrensel doğrulardan sapabilme özelliği de vardır. İşte bu yüzden, tarih boyunca humanist gruplar tarafından ele alınıp, insanların yazılı belgelerle uyarılmaları da zorunlu olmuştur. Bu nitelikte bir çok yapıt vardır. Bunlar arasında Batıda Aristo'nun M.Ö. 345'te yazılmış "Ahlâk" adlı yapıtı, Orta Doğu'da *Emir Unsur-ül-Maâli Keykâvus'un* 1082'de Farsça dilinde yazdırdığı ve 14. yüzyılda *Mercimek Ahmed* tarafından Türkçeye çevrilmiş olup "*Kabusname*" adıyla bilinen ama asıl adı "*Nasihatname* olan kitap ve 11.ci yüzyılda Fransız düşünür Abélard 'ın ahlâk konusunu dinsel öğretilerin dışında, salt akılcı bir tutumla ele alan "*Ethique d'Abélard*" adlı yapıtı sayılabilir^{4,5}.

™Hulk= 1) Yaradılıştan olan huy; 2) Manevi nitelik, iyi veya kötü huy; 3) Yaradılıştan olan tabiat veya karakter (M.N.Özön, a.g.y)

² Akademi sözcüğü, Eflatun'un derslerini verdiği bahçenin arazisinin sahibi Academus'un adından gelmektedir. Eflatun'un bu derslerine katılanlar ve burada etkinlik gösterenler "Akademili =Akademisyen" adı ile anılmışlardır.

³ Burada eğitici kimliğindeki kişi için "hoca" sözcüğünün kullanılması, dildeki yenileşme tüm kullanım alanlarına girdiği halde, akademik ortamlarda "Hoca" sözcüğünün üstün nitelikli eğitici kimliğini simgeler biçimde hâlâ kullanılır olmasındandır.

⁴ Bkz. S.12 Akademisyen ve medya ilişkisi

⁵ İnsan denekler üzerinde biyomedikal araştırmalar yapılması konusunda 1964 yılında Helsinki (Finlandiya)de toplanan 18. Dünya Tıp Kongresi'nde bildirilen ve Dünya Tabipler Birliği tarafından benimsenen ilkeler.

Etik ve ahlâk sözcükleri gerçi eşanlamlı gibi görünüyorsa da, sözlüklerdeki tanımlamalardan yola çıkarak irdeleyecek olursak, *ahlâk* sözcüğünün “yaradılıştan olan huy” olarak belirlenmesi onu daha çok psikobiolojik bir özellik gibi göstermektedir. Buna karşılık, *etik* sözcüğünün “törelerle benimsenmiş davranış ilkelerine göre doğru ile yanlışı belirleyen bir davranış sistemi, bir davranış felsefesi” diye tanımlanması, bunun daha çok toplumsal nitelikli bir kavram olduğuna işaret eder. Dolayısıyla, toplum yaşamındaki insan davranışlarında, özellikle de meslek davranışlarında, *etik* deyimini kullanmak daha uygun düşecektir.

Etik, yaşam içinde öğrenilerek benimsenen bir kavram ve davranış biçimi olduğuna göre, ister evde, ister okulda, ister sokakta olsun yeni kuşakların çevresindeki, onlardan önceki kuşakların bu konuda önemli sorumluluk taşıdıkları bir gerçektir. Gelişmekte olan insan, çevresindeki daha deneyimli kuşaklardan yaşam davranışını öğrenirken, günümüz toplumlarında, erişkin insanın en baş uğraşısı olan, iş ve mesleği de öğrenmektedir. Bu öğrenimde, işin konusuyla ilgili teknik, teorik ve pratik bilgiler yanı sıra o mesleğe ait etik kuralların da öğrenilip benimsenmesi gerekir. Hangi dalda olursa olsun, her meslek, yaşamı daha olumlu ve verimli kılıp geliştirmeyi amaçlayan bir uğraştır, ancak her mesleğin genel etik kurallar yanı sıra kendine has etik kuralları da vardır. Meslek öğreniminde temel yöntem usta-çırak ilişkisine dayalı olduğuna göre, mesleğin etik kuralları da en doğal biçimiyle bu ilişkideki örneklere göre öğrenilip benimsenir. Bu açıdan, meslek etiğini “mesleğin Superego’su” olarak düşünebiliriz. Superego ile Ego nasıl birbiriyle bütünleşmiş olarak otomasyon içinde işlerlerse, mesleğin etik kavram ve kuralları da meslekle bütünleşmiştir, ya da öyle olmalıdır. Mesleğini hakkıyla yapan kişi, mesleğinin etik kurallarını zaten özümsemiştir, onları düşünmesine gerek kalmaksızın davranır ve etkinlikte bulunur.

Meslek olarak yapılan iş aslında üretime yönelik bir edimdir. Konusu ne olursa olsun, hepsinde ana konu insan ve insana yönelik, insana hizmet edici, yaşamını hoş ve kolay kılıcı bir şeyler üretmektir. Ancak, bütün mesleklerde insan hak ve görevlerinin karşılıklı bir dengede tutulması, iki taraf için de olumlu bir gelişime yol açması ana amaç olmak zorundadır. Dolayısıyla, mesleği uygulayan kişinin işini yaparken ürettiği ürünü en iyi biçimde yapması, sunduğu hizmeti en iyi ve dürüst yoldan gerçekleştirilmesi etik kural iken, onun sunduğu hizmet veya üründen yararlanan tarafın onun hakkını dürüst biçimde vermesi de etik kuraldır.

Meslek alanında düzey yükseldikçe, etik davranış konuları da daha çetrefil ve ayrıntılı özellikler kazanırlar. Bu nedenle, yüksek düzeyli meslek eğitimi ve uygulamasının odaklandığı alan olan akademik yaşamda, etik konusu üzerinde daha da duyarlılıkla durmak gerekir. Ülkemizdeki durumları da göz önüne alarak bu konuyu şöyle irdeleyebiliriz:

Akademik yaşam:

Akademi, artık temel eğitimin tamamlanıp, üst düzeyde eğitimin yapıldığı bir kurumdur. Genç insanları bağımsız, kendinden sorumlu bir yaşam biçimine ve mesleğe hazırlama, aynı zamanda da yeni ilerlemeleri sağlayacak bilimsel çalışmalar yapma görevini üstlenmiştir. “Akademi”² sözcüğü, ilk ortaya atıldığından bu yana, insanbilimlerine hizmet sunan, katkıda bulunan bir oluşumu, içinde yetişenlerin insanlığa hizmet sunma yanı sıra toplumlara örnek olmasını da gerektiren bir ortamı simgelemektedir. Dolayısıyla, etik davranışın en yüksek düzeyde tutulduğu bir yer olmak zorundadır.

Akademik yaşam ile sosyal yaşam arasında ayna ilişkisi türünde bir durum vardır. Sosyal

yaşamdaki güzellikler veya bozukluklar akademik yaşama yansydıkları gibi, akademik yaşamdakiler de sosyal yaşama yansrlar . Bu da akademik yaşamdaki özellikler üzerinde titizlikle durmak, bozulmasını önleme yolunda çok duyarlı davranmak için geçerli bir nedendir.

Akademik yaşamda etik davranış başlıca şu alanlarda sergilenir:

1. Hoca - öğrenci ilişkisi
2. Meslektaşlar arası ilişki
3. Meslek uygulaması
4. Çalışma, araştırma ve bunların ürünlerini sunma
5. Akademik kurumun yüksek nitelikli kılınıp bu durumunun yüceltilmesi ve korunması.

Hoca³-öğrenci ilişkisi:

Öğrenmenin en temel haklardan olduğu üzerinde tarihin en eski çağlarından beri durulmuş, din kitaplarından İnsan Hakları Bildirisine kadar uzanan çeşitli yollardan da vurgulanmıştır. Bununla birlikte, bilenin de öğretmesi kutsal bir görev sayılmıştır. Her öğretmen-öğrenci ilişkisinde olduğu gibi, akademik düzeyde de bu iletişim ve etkileşime dayanan bir olgudur. Olumlu biçimde yürütüldüğünde, iki tarafa da haz ile birleşik bir doyum ve kazanç sağlar. Öğrenci bilmediğini öğrenirken, öğreten de hem kendinden genç kuşaktan bir şeyler öğrenir, hem de onlardan gelen uyarılarla kendi bilgisini arttırmak, yenilikleri araştırıp bulmak için güdülenir.

Akademik eğitim fakültatif, yani zorunlu olmayan, isteğe bağlı bir eğitimidir. Daha bu sözcük bile içinde bir *özgürlük, özerklik* ifadesi taşımaktadır. Akademik eğitim mesleğe yönelik bir eğitimidir, ama hangi meslek ile ilgili olursa olsun, akademik eğitimdeki en temel özellik *düşünceyi geliştirmek, fikir üretmek* olmak zorundadır. Bunun için de huzurlu ve güvenli bir ortam ile gerekli malzeme bulunmalıdır. Öğretim üyesinin kendini geliştirmek, öğrencisini yeniliklerle tanıştırmak için gereksinimi olan yayınlara ve etkinliklere ulaşması gerekir. Geçimini sağlamakta zorlanan bir öğretim üyesi, eğer konusu elveriyorsa, mesleğini serbest olarak ta uygulayarak maddi olanaklarını geliştirmek zorunda kaldığında, bu ya onun aşırı zorlanıp yorulması, ya da eğitime ve gelişime ayıracağı zaman ve enerjinin daralması sonucunu doğurmaktadır ki, bu da bazı hallerde etik kurallara uyumu gevşetebilir.

Burada ister istemez Berthold Brecht'in "3 Kuruşluk Opera"sındaki şu sözler de akla geliveriyor:

"Erst kommt das Fressen , Dann kommt die Moral"
(“Önce yemek gelir, arkadan ahlâk!”)

Bilimsel çalışma ve etkinliklere ulaşmada, akademik çalışmanın konusu olan alanda ürün sunan ticari endüstri kuruluşlarından yardım alma gibi bir durum da ortaya çıkmıştır. Akademik çalışma yapanlar bu kuruluşların desteğine giderek artan biçimde bağımlı hale gelmektedirler. Maddi darlıklardan doğan bu gibi çözüm yolları ise kolayca esas amacından saparak etik dışı tutumlara dönüşebilirler.

Akademik çalışmadaki hoca-öğrenci ilişkisi temelde usta-çırak etkileşimine dayanır. Bu etkileşimde belli bir esneklik, bir özgürlük nüansı bulunmak durumundadır. Nitekim batı dillerinde üniversite öğrencisi için kullanılan *student-Student-étudiant* sözcüğü bir şeyi “inceleyen, inceleyerek öğrenen” anlamına gelirken, okul öğrencisi için kullanılan *pupil-Schüler-élève* sözcü-

ğü, “koruma altındaki küçük çocuk, okullu, yetiştirilen” anlamındadır. Bu sözcük farkı da akademik kurumdaki etkileşimde düşünce geliştirmenin, düşünceyi ifade etmenin ve fikir üretmenin önde geldiğini vurgular.

Akademik ortamdaki genç kuşaklar önlerindeki hocalarını, isteseler de istemeseler de, örnek alırlar. Eğer hocaları akademik niteliklerini yitirmişlerse, fikir ve bilim üretmiyorlarsa, etik kurallardan sapmış davranışlara kapılmışlarsa, aldıkları örnek de etik olmayacaktır.

Meslektaşlar arasındaki ilişki

Üniversite ile toplum arasında bir ayna ilişkisi vardır demiştik. Bu niteliğinde, üniversite toplu-
mun yüzünü kendisine göstererek pürüzlerini, bozukluklarını düzeltmesine, güzelleşmesine ışık tutma işlevini de üstlenmiştir. Ne var ki, üniversiteler ve akademisyenlerin suçlamaların hedef tahtası haline getirildiği, katı ve basite indirgenmiş yasalarla esnek işleyişlerine ket vurulduğu, maddi kısıtlamalarla da soluk alanlarının daraltılıp, neredeyse yapay aygıtlarla soluyan bitkisel hayat durumuna indirgendikleri hallerde bu ilişki bozulur. Yani, aynaya bakılacağına, ayna kırılmıştır.

Üniversitelerin özerkliğinin yitirilmesiyle, akademik ilişkilerdeki esneklik de bozulunca, kıvamlı fikir üretme ortamı da zedelenir. Kırık aynanın parçalarının her biri kendine göre bölük pörçük bir şeyler yansıtır hale düşer, öğretim üyeleri “gemisini kurtaran kaptan” örneği bireysel ve dağınık biçimde çabalar olurlar. Aslında toplumun büyük kesiminde egemen olmaya başlayan, “gemisini kurtaran kaptan” olma durumu, akademik ortama da girince, meslektaşlar arasındaki ilişkiyi de etkileyip, yaratıcı bütünlüğü kimi zaman ve kimi yerde yıkıcı bireysellik haline dönüştürebilir. Üniversitenin özerkliğini yitirmesiyle üniversite öğretim üyeleri üniversite üzerindeki yetkileriyle birlikte sorumluluklarını da yitirirler.

Akademik konuların tüm öğretim üyelerinin katılımı ile karşılıklı tartışmalar halinde görüş-
lüp kararlaştırıldığı demokratik kurullar aynı zamanda insanlar arası bir iletişim ortamı oluştururlar. Değişik disiplinlerden kişilerin düşünce ve bilgi alışverişlerine de fırsat yaratıp, fikir üretimi yanı sıra duygusal bağların, dostlukların kurulmasıyla bütünleşmeyi sağlamada etkinlik taşırlar. Bu gibi toplantılarının kaldırılması öğretim üyeleri arasında bir yabancılaşmaya da yol açar. Giderek, özellikle büyük üniversitelerde, aynı fakültenin üyelerinin çoğu birbirini tanımaz halde gelir. *Yabancılaşma etik davranışlardan sapmayı kolaylaştırır.*

Yaşamın her alanında yarışma vardır. Zaten yarışma olmazsa ilerleme de olamaz. Ancak, normalde her yarışmacı kendi araçlarını kullanarak yarışır. Koşucu kanat takmaz, bacaklarını kullanır. Akademik alandaki yarış, eğitim yapma ve bilimsel çalışma üretme aracıyla yapılır. Üst basamaklara da bu yolla varılır. Ne var ki, bazı hallerde, üniversite dışındaki etkin güçlerin bir takım girişimlerde bulunmaları bu yarışın başka pistlere kaymasına yol açabilir. Bu gibi durumlarda bazı kişilerin akademik meslek etiğini hiçe sayıp, bu güçlere yanaşıp sığınarak yarıştaki rakiplerini “hep veya hiç” kuralına uyan bir düşünce tutumuyla saf dışı edebilmeleri de görülebilir. *O zaman, yarışma, yaratıcı ilerlemeden yıkıcı gerilemeye dönüşme tehlikesi içine girer.* Bir deyiş vardır: “Dostluk antika Çin porseleni gibidir, kırılırsa tekrar yapıştırılır ama çatlak hep orada kalır”.

Akademik unvan kullanımında ve akademik aşamalarda etik

Belli ölçüde bilimsel çalışmalara dayanarak edinilmiş olan akademik unvanlar aslında akademik kurum içindeki çalışma düzenini ve niteliğini belirlemeye yönelik akademik statü simgele-

ridir. Ne var ki bu unvanları sosyoekonomik statü güvencesi gibi görmek isteme eğilimi de olabilir ki, bunu da akademik etiğe aykırı saymak gerekir. Akademik unvan ve statünün verdiği yetkilerin serbest meslek uygulamalarında çıkar sağlamak için kullanılmasına özellikle tıp alanında oldukça sık rastlanır. Halk arasında "turnikeden geçmek" diye adlandırılan, klinikte tedavi görmek veya rapor almak için önce o kurum yetkilisinin özel muayenehanesinden geçme olayı zaman zaman kamuoyunda gündeme gelip eleştiriye uğrayan bir durumdur.

Meslek uygulamasında ve bilimsel araştırmalarda etik

Akademik kuruluşlar öğrencilerini meslek uygulamasına hazırlayan eğitim kurumlarıdır. Bütün meslekler aslında varoluşa hizmet ilkesine dayanırlar ve doğanın temel kuralı olan varoluşu en iyi biçimde sürdürmek için ortak etik kavramlar yanı sıra her mesleğin de kendi alanları içinde uyulması gereken etik kuralları vardır. Akademik eğitimi veren hoca, öğrencilerine mesleğin teknik özelliklerini öğretirken, uygulamada uyulması gereken etik kuralları da öğretmek zorundadır. Bunun da en canlı ve belleklerde silinmeden kalacak yöntemi hocanın kendi davranışları olacaktır.

Meslek olayında, meslekle ilgili olarak yapılan işin *a) hazırlanması, b) uygulanması ve c) sunulması* söz konusudur.

- a) *Hazırlanma*, sadece eğitim sırasında öğrenilmiş bilgilerle kalmayıp, kişinin, ister akademik ortamda, ister akademik ortam dışında olsun, kendini sürekli yeni bilgilerle donatmasıdır.
- b) *Uygulamada*, kişinin kendini, işini ve mesleğini uygulayacağı kişi veya ortamı hafife almaması, ona kendine verdiği ve verilmesini beklediği önem gibi önem vermesi, haklarına saygı göstermesi meslek etiğidir. Bu bütün meslek dallarında önemli bir etik kural olmakla birlikte, etik kuralların çok kolay bozulabildiği hekimlik mesleğinde, özel bir titizlikle üstünde durulması gereken bir konudur. Nitekim son günlerde yine dünyanın gündeminde ön sıralara yükselmiştir.

Hastanın kimliğine ve kişiliğine saygılı davranma, karşılıklı rol ilişkisinin zorunlu kıldığı sınırların dışına çıkmama, hastanın sırrını her koşulda saklama, hekim-hasta ilişkisini kişisel çıkar için kullanmama, hastaya davranışta ayırım gözetmeme gibi bilinen etik kurallar yanı sıra, günümüzde hızla gelişen ve uygulamaya giren yöntemler nedeniyle, etik kuralların yeniden gözden geçirilip denetim altına alınması zorunluluğu doğmuştur.

Bir insan, herhangi bir meslek üyesine, kendi başına içinden çıkamadığı bir konuda yardım almak için başvurur ve onun kendisi için en iyi çözümü bulacağını umar. Hastalık konusundan örnek verecek olursak, uygulanacak tedavide kullanılan yöntemlerin hastanın yapısına ve hastalığına uygun olduğundan, onu iyileştirici etkisinden emin olarak hareket etmek de önemli bir etik kuraldır. Bu tedavide hastayı ve gerekirse hastanın yakınlarını, kullanılacak yöntemin ve ilaçların özellikleri konusunda uyarmak gerekir. Hastayı ve hasta yakınlarını hastalığın gerçeği hakkında, onların anlayabilecekleri ve kaldıracabilecekleri ölçüde bilgilendirmek de etik bir görevdir. Aynı tutum bütün diğer meslek alanları için de söz konusudur.

Günümüzde bilimsel çalışmaları hem destekleyen, hem de etik kurallardan sapma yolunda baştan çıkarıcı etkide bulunan iki güç vardır: Bunlardan biri *endüstri*, biri de *medyadır*⁴. Endüs-

tri insan yaşamına büyük kolaylıklar sağlamıştır, ancak unutmamak gerekir ki, bu kuruluşların bir de ticari yönleri vardır ve ürünlerini sürmek isterler. Tıp endüstrisinde hızla üretilen çeşitli ilaçların kullanıma girmesi için yapılan pazarlama çalışmaları sırasında, hekimlerin etik kuralları sıkı sıkıya akıllarında tutmaları daha da zorunlu bir hal almıştır.

- c) Bilimsel çalışmaların sunulmasında, yani sözlü veya yazılı olarak yayınlanmasında da evrensel olarak kabul edilmiş, hatta yasalarla da korunan özelliklere, yani dürüstlük ve orijinal çalışma yapma özelliğine, akademisyenlerin herkesten çok dikkat etmeleri ve öğrencilerine de bunu benimsetmeleri herhalde tartışma götürmez bir görevdir. Telif haklarını korumak için sanat ürünleri konusunda batı ülkelerinde uzun yıllar önce başlatılmış olan (örneğin müzik için SACEM ve GEMA - son yıllarda bizde de MESAM gibi) kurumlar vardır. Akademik çalışmalar için böyle bir kuruma gerek görülmemesi, belki akademisyenlerin öz-denetimlerine güvenildiği gibi açıklanabilir, ama akademisyenlerin de buna özen göstermeleri gerekir.

Bilimsel Araştırma:

Sağlığına kavuşmak, hastalığından kurtulmak için hekime, başvurmuş hastalar üzerinde bilimsel araştırmalar yaparken uyulması gereken kurallar iyice belirlenmiştir ve artık bizim ülkemizdeki resmi kurumlarda, üniversite kliniklerinde de buna dikkat edilmekte, “etik kurul”dan izin alınması gerekmektedir. Dünyadaki ciddi bazı dergilerde olduğu gibi, bu gibi çalışmaların sonuçlarının yayınlanmasında da etik kuruldaki geçme koşulu vardır.

İnsanlar üzerinde ilaç denemelerinin yapılması, Helsinki Bildirisi⁵ uyarınca 1964 yılından beri dünyada yasaklanmıştır. ABD ve Batı Avrupa ülkeleri bu uygulamalara kendi ülkelerinde son vermişler, ancak araştırmaların başka ülkelerdeki, özellikle üçüncü dünya ülkelerindeki, hastalar üzerinde yapılan deneylerle sürdürülmesine göz yummuş, hattâ bunu desteklemişlerdir. Ülkemiz de bu olaydan payını almıştır. Nihayet 1985-1986 yıllarında basında patlak veren skandaldan sonra Sağlık Bakanlığında ve Üniversite kliniklerinde etik kurullar kurularak böyle araştırmalar denetime alınmıştır. Bu gibi deneylerin dünyada yasaklandığını bildikleri halde kendi ülkelerinde yapılmasına aracılık eden ve yapan hekimlerin etik anlayışı da tartışmaya açıktır.

Bilimsel araştırma çalışmaları yapılırken, deneyler insan üzerinde olmayıp hayvanlar üzerinde olduğunda da uyulması gereken katı kurallar vardır. Hatta canlılar üzerinde yapılmayan mekanik veya kimyasal araştırmalarda bile, bunların canlılara ve doğaya doğrudan veya dolaylı olarak verebilecekleri zarar konusunda titiz davranılması da etik bir sorumluluktur.

Genetik çalışmalarda dünyaca ünlü bir isim olan ve Paris'teki laboratuvarında ilk fransız tüp bebeği oluşturmuş bulunan Jacques Testard, gen teknolojisinin etik dışı etkinliklerde kullanılabilmesi olasılığından kaygı duyarak 1986'da çalışmalarını durdurmuştur⁷.

Bioetikte en büyük tehlike ahlâksal vicdan ile mesleki merakın bölünmeye uğrayıp birbirinden ayrılmasıdır. Mesleki başarı, bilimsel araştırma ve buluşlar peşinde koşarken, bireysel, temel insan haklarının göz ardı edilebildiği hallerde, başkasının yaşam hakkı üzerinde yargı yetkisine sahip kişinin psikolojisinde bir yarıma, Robert Jay Lifton'un deyimiyle “ikileşme”⁸, olur. O zaman, hekimin benliği birbirinden bağımsız, kendi başına işleyen iki parçaya bölünür ve bunlardan biri sanki tam benlikmiş gibi hareket etmeğe başlar. İşte bu durum, hekimleri sağaltıcı kimliğinden öldürücü kimliğine sokuverir ki bunun örnekleri, en acısı veya en açıkça sergilenmiş Nazi Almanyasında olmak üzere, tıpta zaman zaman görülmüştür. Hekimliğin üstünde De-

mokles'in kılıcı gibi duran, titizlikle sakınılması zorunlu bir tehlikedir.

Bilimsel çalışma ve araştırmaların politik amaçlarla kötüye kullanılması olasılığı da bu çalışmalarını yapan akademisyenleri etik açıdan kritik bir durumda tutmaktadır.

Rapor ve Bilirkişilik:

Akademik kuruluşlardan sosyal, bürokratik veya yargı işlemlerinde yardımcı olma yolunda görüş bildiren raporlar da beklenmekte ve istenmektedir. Akademik kurumlardan istenilen raporlar genellikle daha üst düzey raporlar sayıldıklarından, etki güçleri de daha fazladır. Her meslekte duyarlı bir iş olan bu görev, raporu hazırlayacak kişinin insani ve mesleki niteliklerini en dikkatli ölçüde kullanarak, yansız bir tutumla davranmasını gerektirir. Hekimlikte rapor işi çok daha sık gündeme gelir ve özellikle de psikiyatri dalında kötüye kullanıma olasılığı çok yüksektir. Organik hastalıklarda ve maddeye dayalı diğer konularda çoğunlukla elde somut bulgular vardır, oysa psikiyatrik durumlarda bu her zaman böyle olmayıp, hekimin değerlendirmesine dayanır. Dolayısıyla, psikiyatrist hekim, bir kişi hakkında rapor hazırlarken çok düşünmek, ince eleyip sık dokumak ve doğruyu bulmak için çok uğraşmak zorundadır. Ne var ki, *kendi narsistik sorunlarını yeterince çözmemiş bazı kişiler rapor verme yetkisinden güçlülük (omnipotans) duygusu gereksinimlerini doyurucu bir haz duyarlarsa, etik kuralların dışına çıkmaları da kolaylaşır*. Bu konuda işe bir takım maddesel çıkarlar da girdiğinde, durumun artık etikten de öte bir nitelikte anılması gerekir ve açık bir adli suç haline dönüşür. Bilirkişi veya rapor etkinliğinin politik ve sosyal amaçlara araç edilmesi de söz konusu olabilir. Avrupanın yakın geçmişteki tarihinde bunun acı örnekleri yaşanmıştır. Politik baskılar ve değişik çıkarlara karşın, meslek ahlakını üstün tutarak bundan sapmamış bilirkişiler bugün saygıyla anılmaktadırlar.

Akademisyen ve medya ilişkisi

Üniversitelerin ve akademik kurum üyelerinin toplumu inceleme ve toplumu bilimsel bilgilerle aydınlatma görevi de vardır. Ancak, son zamanlarda medyanın -(kendi etik kurallarını da hiçe sayan tutumuyla) haberlerini ve görüşlerini desteklemek için her fırsatta ve en önemsiz, hattâ münasebetsiz, konularda bile öğretim üyelerini kullanıp, dediklerini kimi zaman da çarpıtarak ortaya sundukları da gözlemlenmektedir. Saygı verilmez, alınır. Eğer kişi kendi saygınlığına titizlik göstermiyorsa, bu titizliği karşısındakinden beklemeye hakkı yoktur. Bazı öğretim üyelerinin, kimi halde narsistik bir haz duygusu ile kimi halde de serbest meslek uygulama alanını genişletmek için medyanın olur olmaz isteklerine boyun eğmesi de hem akademik etik, hem de meslek etiği açısından düşündürücüdür.

Günümüzde tıbbın ve hastalıkların temelde kâr amacıyla kullanılması giderek artmaktadır. Gerek yazılı, gerekse görsel yayın organlarında hastalıklar, hastalar ve yaralanmış insanlar gelişmiş güzel sergilenmektedirler. Güncel olaylardan halkı haberdar etmek her ne kadar gerekli ya da yararlı bir etkinlik ise de, bu yayınları yapanların o kişilerin kimliklerine, gizliliklerine ne kadar saygı gösterdikleri de tartışmaya açıktır. Ayrıca, organ bağışısı konusunda yapılan yayınlar ve kampanyalar da bu işin evrensel yönetmeliklerle belirlenmiş kurallarına aykırı bir biçimde sürdürülmekte, alıcı ve vericilerin kimliklerinin kesinlikle gizli kalması gerekirken, bangır bangır ilân edilmektedir. Bu arada, hastalıklar ve tedavileri konusunda bilgi verme kisvesi ardına gizlenerek düzenlenen televizyon açık oturumları ve programlarında da bazı hekimlerin kimi zaman "benimki seninkinden iyi" türünde bir pazarlama psikolojisi içine girdiklerini ve hattâ hastalarını da bu gibi programlara çıkardıklarını görmekteyiz. Bu arada hekim olmayan kişilerin de

hekimlik taslamaları ve medyada bunlara bol bol yer verilerek halkı etkilemelerine göz yumulmasını da etik kurallar çerçevesinde ele almakta yarar vardır. Meslek Odaları, meslek üyelerinin hak ve görevlerini denetlemek ve savunmakla yükümlü kuruluşlardır. Son yıllarda, bunu yapmaya gayret ettikleri görülmekle birlikte, ya çoğalan olaylar karşısında bunları kovalamaya yetmiyorlar, ya da — çeşitli toplantılarda dile de getirdikleri gibi — yasal yaptırım güçleri olmadığından, elleri kolları bağlı kalıyorlar. Akademik kurumların da bu konuda duyarlı davranıp, öğretim üyelerinin bu gibi programlara katılmada daha titiz davranmaları ve etik konusunda kendi olanaklarıyla da uyarıda bulunmaları beklenmelidir.

Ayrıca, İletişim Fakültelerinin eğitimlerinde akademik güçlerini bu konuya daha fazla yöneltmeleri de yararlı olur⁹.

Kaynaklar

1. "New Webster Dictionary of the English Language, Delair Publ.Co.Inc.USA,1981.
2. Özön MN (1979) Osmanlıca-Türkçe Sözlük,6.Basım, İstanbul, İnkılap ve Aka Kitabevleri.
3. Koptagel-İlal G (2001) Tıpta etik, 19 Mayıs 2002 tarihinde Aybay Vakfında verilen konferans.
4. Grand Larousse Encyclopédique, Tome IV,768, Paris Librairie Larousse, 1961.
5. Mercimek Ahmet (15.yy) Kabusname (Çev.Orhan Şaik Gökyay), Maarif Vekaleti Eski Türkçe Metinler:Tercümeler I, İstanbul 1944, Maarif Matbaası.
6. Koptagel-İlal G (1997) Sosyopolitik devinimler karşısında psikiyatri, Tıp Tarihi Araştırmaları, 6,47-62, İstanbul, Ocak 1997
7. Blume G (1986) Ein Biologe sagt:Halt! Serie:Gentechnik(Teil4),TAZ,27.1.87,s.9
8. Campbell CS.(1992) It never dies:assessing the Nazi analogy in bioethics, J Medical Humanities.1992 Spring; 13(1):21-29
9. Koptagel-İlal G (2002) Akademik yaşamda etik davranış ve sorunları , 8 Haxiran 2002 tarihinde YTÜ'de "Üniversite ve Akademik Etik" Sempozyumunda verilen konferans

The Ethical and Deontological Problems in Emergency Treatment and Care in Turkey

Ayşegül Demirhan Erdemir

The President of the Medical History and Ethics Department of Uludag University Faculty of Medicine-Bursa
aysegul.erdemir@yahoo.com

Ethische und Deontologische Probleme der Notfallmedizin und -pflege in der Türkei

Summary

In der Notfallmedizin und -pflege werden innerhalb der ersten Stunde nach Auftreten von Traumata, Verletzung oder Erkrankung die in Serien eintretende Ereigniskette sowie die Auswirkung dieser Ereignisse auf die Mortalitätsrate so schnell wie möglich festgestellt und die notwendigen Eingriffe vorgenommen. Vordringlichstes Ziel ist die Lebensrettung. Bei Unfällen stirbt ein Drittel der Geschädigten innerhalb der ersten 20 Minuten und 45% in der ersten halben Stunde. Hieraus ergibt sich, dass die effektivste Phase für die Lebensrettung die erste halbe Stunde ist und diese Frist gut genutzt werden muss. Die Bedeutung des Zeitmanagements in der Notfallbetreuung liegt auf der Hand. In dieser Studie werden Probleme der Notfallmedizin in der Türkei behandelt und auf ethische Dilemmata und deontologische Problematiken hingewiesen.

Schlüsselwörter

Notfallmedizin, Triage, medizinische Ethik, Justiz, ärztliche Verantwortung.

In emergency care and treatment, the people in charge try to identify the incidents that follow traumas, injuries and diseases in an hour and their effects on mortality to take the precautions needed as quickly as possible. The primary aim is to save lives. Emergency care must be given in time. After accidents, one third of the victims die in the first twenty minutes and 45% of them die in the first thirty minutes. This shows that the first thirty minutes is vitally important just like time management in emergency care is. We can touch upon the related issues in two sections.

The Ethical and Deontological Problems in Treatment and Care before Emergency Service

The most important thing is to move quickly to get to the patient. If one moves slowly ignoring the fact that time is vital, he might be late to save the patient and violate the principle of doing no harm, which is the most important ethical principle in such a situation. It is an equally important principle in the following steps of emergency care and in close connection with being of help, which is another important principle.

Citizens who come to an accident or disaster scene can be the first to save and help the victims. While waiting for the emergency staff to arrive, they can take care of the sufferers of a fire, accident or any other traumatic situation if they have been trained to some extent¹. This means that more lives can be saved if people are trained on emergency care and can help victims until professionals arrive².

The term “first responder” needs to be explained more. He is the first person coming to the scene of the accident or disease. He could be a fireman, policeman, security guard, office boy, nurse, coach, lifeguard or any other person trained or not trained on emergency response. It would be ideal if they all had the first level training.

In Turkey, driving schools are the places where the most common and extensive training on first aid is given. Factories train their workers on emergency service and aid too. Besides that, some associations like Akut (Search and Rescue Association) offer courses about it. Nevertheless, studies (questionnaires answered by drivers with a one-year old driving license) show that people do not remember 70% of the training they received, which includes cardiopulmonary resuscitation.

First responders might not have any instruments but they can keep a victim alive until medical technicians arrive. Using their mind and hands, they can judge the disease or injury, help the victim to breathe and take the bleeding under control. In short, they can provide basic life support. It is equally important that they do not try to intervene more than needed. One of the most serious mistakes that people or first responders do is moving wounded people. Such well-intentioned interventions can cause permanent paralysis or additional injuries³. Most of the time, a danger of fire at the scene of the accident is the reason for such acts. If possible, the first responder should do cardiopulmonary resuscitation, control the bleedings with pressure, relax the patient and wait for professionals to arrive⁴. He can move the patient to somewhere else only if the patient's life is threatened by his position or if there is a risk of fire, collapse etc⁵.

It is observed that people who have received training on artificial respiration and cardiac massage avoid doing them in emergency situations. Moreover, health authorities have not agreed yet that such people, who are not health professionals, should practice them. In order to limit the role of ordinary people in emergency situations, regulations are needed to use policemen, firemen, teachers and tourism employees more effectively. Even though some standards have been developed about the training to be given to those groups, discussions have not ended yet.

After an accident, the most proper way of acting can be achieved seeing, thinking and doing things in the right order calmly. The first responder can help in 5 ways, which are providing the security at the scene of the accident, taking the victim away from the danger zone, calling for help, intervening in the wounds and giving psychological support to the patient.

Call for help is one of the issues on which people work hard to develop international stan-

standards about. As emergency situations generally concern more than one institution, (a traffic accident: police – fire brigades - ambulances, fire: fire brigades - police – ambulances, suicide attempts: ambulance - fire brigades – police etc.), the USA implements a one-center system (the 911 service). In Europe, as all the three have different specializations, it is thought that they must have different centers and phone numbers. However, as the ambulance services in European countries are given by different organizations, different phone numbers are used for call for help in emergency situations. The common number that the EU suggests for emergency health services is 112, which is the same in Turkey.

Using such numbers unnecessarily can make the lines engaged, which could prevent people from helping other patients in an emergency case. Citizens must be trained about this in courses to follow the principle of doing no harm⁶.

A person making an emergency call should always know that his message is supposed to be correct, clear and brief and sent directly to the center in charge. Unnecessary calls are so often and this casts doubts on the seriousness and cogency of the messages. It is also seen that people who answer the calls sometimes cannot perceive their importance. This is quite natural if the caller is not fully aware of the importance of his own calling.

Callers often complain that

- a) lines are busy for so long and people who answer the calls are not always aware of their seriousness,
- b) the first aid lines are not enough,
- c) there is not a priority policy and this will go on like that.

Those who answer the calls often complain that

- a) lines are kept engaged unnecessarily,
- b) wrong information is given and it is hard to determine that,
- c) unclear information is given about the scenes of the incidents,
- d) callers do not answer the questions calmly.

Making and answering emergency calls are immensely important. As answering an emergency call is the first step of emergency aid, those who answer must be trained professionals.

As is known, 112 is called in cases of acute chest pain, shortness of breath, excessive loss of blood, unstoppable bleeding, gas poisoning, carbon monoxide poisoning, loss of consciousness, paralysis etc. The following should be taken into consideration in 112 calls: a- the scene of the incident should be described accurately, b- detailed information should be given about the incident or disease, c- the number of the patients or wounded people should be told, d- the caller's name, surname and phone number should be indicated.

When 112 is called in Turkey, it is answered by a physician or a nurse at the First and Emergency Aid Operations Center. The call is evaluated carefully by the physician on call and an ambulance with its staff is sent from the nearest station if it is considered necessary⁷.

In every 112 First and Emergency Aid Station, there is a fully-equipped ambulance, which is always ready to serve with a physician and nurse or medical technicians and officers experienced in emergency medical services. In the Regulation on Ambulances and Emergency Aid Vehicles dated December 7th, 2006 and numbered 26369, the qualities of the vehicles and ambulance staffs are mentioned⁸. The 7th and 13th articles are particularly about the staff in ambulances and emergency vehicles. The 14th and 15th articles talk about the duties of the physi-

cians and health staff in ambulances. Emergency stations take action according to the instructions of the First and Emergency Aid Operations Center. 112 ambulance services are controlled by municipal health directorates. All the pieces of information coming to the centre are analyzed and put in an order of priority. The ones about the incidents and their locations are classified to determine the (Emergency Health service) units to send staff immediately. The units are also supposed to keep the coordination between other emergency help units.

The groups arriving at the scene of the incident must provide their own security first. They sometimes have accidents themselves because of carelessness and/or negligence. Ambulances must be parked at safe and appropriate places. Signs and pointers should be used. Unnecessary crowds and fuss must be avoided. Good triage must be made about the people to be taken away. It is probably the most frequent problem that people lacking knowledge and deciding skills take action immediately. This damages patients and victims most.

As is known, a rescue operation starts with getting the news about the incident. Removal of the victims starts after the first aid and triage services.

Distribution of information from the centre is as follows:

a. Information Flow to Ambulance Centers

Information about patients and their relatives is collected and an ambulance station is called. An ambulance is sent to the victim(s) and they are taken to an appropriate hospital after being given first aid.

b. Information Flow between Ambulances and Hospitals

Ambulances and hospitals communicate via radios and telephones about how sufferers are, their diagnoses and when they can be brought to the hospitals.

c. Information Flow about other Institutions and Organizations

Emergency medical technicians encounter social incidents rather than isolated ones. They can be fires, floods, earthquakes, traffic accidents, work accidents etc. According to what the incident is, the centre can inform and employ police, fire departments, civil defense crews or special rescue teams.

Especially in foreign countries, an emergency medical technician is the most important person in his team. He evaluates the situation and decides about the initial intervention. If he does it, the ethical point of view requires that he be thanked. One should never forget that the scene of the accident is not an appropriate place to criticize what a technician knows and can do.

In treatment and care before the ones given in an emergency room, the crew reaching the patient(s) first has some big responsibilities that can be dealt with in detail.

Evaluating and managing an emergency situation starts with diagnosing the victim properly where he is, using the instruments needed for emergency intervention, making the contact to provide additional help and transferring the victim to an emergency unit. These are usually done by a technician, nurse and physician of emergency medicine. The most important thing is the primary evaluation of the situation of the victim(s) at the scene of the accident. The aim is to determine the life-threatening problems if there are any and handling them as effectively as possible. Before the transfer to a medical institution, the emergency medical technician, nurse or physician is supposed to adhere to the principles of being of help and doing no harm. Res-

pect to autonomy and being honest are important principles too⁶. The duties of those who give the first aid do not end in the medical institution and the same principles should still be followed there. Relationships with victims and patients should be investigated in terms of ethics too⁹.

The Emergency Medical Technician before the Emergency Unit and Ethical Problems

Emergency medical technicians and nurses are supposed to determine the priorities in emergency care before the transfer to a hospital. They try to relieve the pains of the patients and injured people and decrease the death rate in emergency situations.

The aforementioned emergency crews in Turkey consist mainly of a driver, an emergency nurse, an emergency medical technician and an emergency physician. The ones called emergency medical technician, who are given great importance and authority especially in the USA, are either nurses or people who graduate from vocational schools of health. Besides, some medical schools offer courses to train emergency medical staff. Dokuz Eylul University is an example.

In the US, the oath of the National Association of Emergency Medical Technicians adopted in 1978 is as follows:

“Be it pledged as an Emergency Medical Technician, I will honor the physical and judicial laws of God and man. I will follow that regimen which, according to my ability and judgment, I consider for the benefit of patients and abstain from whatever is deleterious and mischievous, nor shall I suggest any such counsel. Into whatever homes I enter, I will go into them for the benefit of only the sick and injured, never revealing what I see or hear in the lives of men unless required by law.

I shall also share my medical knowledge with those who may benefit from what I have learned. I will serve unselfishly and continuously in order to help make a better world for all mankind.

While I continue to keep this oath unviolated, may it be granted to me to enjoy life, and the practice of the art, respected by all men, in all times. Should I trespass or violate this oath, may the reverse be my lot

So help me God.”

Even under pressure, a medical technician should always know how to keep his self-confidence, control his feelings and tolerate the abnormal or bad-tempered behavior of patients and their relatives under similar stress. These are his responsibilities from the moment he arrives at the scene of the accident to the time when the victim(s) is/are handed over to other professionals.

The responsibilities of an **Emergency Medical Technician** to the sick and injured are below:

1. Examining and evaluating all the findings and symptoms,
2. Giving fast and effective medical care,
3. Providing safe and efficient transportation,
4. Helping the care given in emergency rooms,
5. Making contact with everyone needed.

In emergency aid, patients should be given the chance to express their fears and concerns, most of which can be relieved easily. Emergency medical technicians or nurses should have empathy with people in need of help and show them with eye contact that they really care. This

is the first step of healthy communication. If the patient is unconscious, the same kind of communication can be built with the relatives or people around. The patient should be told the truth in a sincere and reassuring way. The regulation on patient rights gives him that right. If the rules below are obeyed, the principles of being of help, doing no harm and honesty will not be violated¹⁰:

a- In order to subdue their fear, a persuasive and empathic rapport should be developed with patients, b- they and their relatives should be talked to with clear language in a low, calm tone, c- they must be carried to an ambulance doing no harm, d- there must be no time loss if a patient needs instant care at the scene of the accident¹¹. This requires cautious and fast work, e- a different kind of communication should be employed for every different age group and situation¹².

The answers of an emergency medical technician should be short, diplomatic and reassuring if possible. The appropriate time should be waited to tell people that someone they love has died or been seriously injured. This can be postponed until a man of religion or an emergency nurse arrives to tell the bad news.

Some patients, especially children and old people, feel desolate when they are separated from their family members. Some others do not want anyone to share their sorrow or see that they are grieved and weak. They want to be the one who decides how involved the relatives can be.

In case of a sudden death, the emergency medical technician and other medical staff should communicate with the family as follows:

1. Questions should be answered as rightfully as possible.
2. True information should be given.
3. Commenting on things not known well should be avoided.
4. The emotions of the family must be respected. If they want to be with the victim or left alone, there should be no objection if possible.
5. All the medical people should be caring and calm towards the patient and his family and do things effectively.

When he has to help a patient who is dying after a long-term disease, the emergency medical technician should be prepared for the emotional and psychological reactions of the patient and his relatives. Even if it is not as emotionally loaded as an unexpected death, an impending death caused by a terminal disease is hard for an emergency medical technician too. Such patients are generally old but cancer or a congenital anomaly or defect sometimes kills young people as well. Most of the time, they know or estimate that they are dying.

Patients may have wills. They can be official documents in which they clearly indicate that they do not want to be resuscitated or kept alive with life-support systems. Sometimes, family members object wills (saying things like "my grandfather was senile when he wrote it. You keep doing artificial respiration!"). In such a situation, the medical controller should be asked for his view. In general, emergency medical technicians are told to fulfill the wishes of patients. As they turn out to be vitally important for people in the future, emergency medical technicians should listen to the instructions very carefully and take notes word by word. In short, a dying patient should be physically relaxed as much as possible. In order to help him to live his last moments peacefully and comfortably, all his wishes should be fulfilled.

Emergency Care Nurses in Emergency Care and Treatment and Ethical Problems

An emergency care nurse is someone who takes care of patients not diagnosed yet and in urgent need of medical attention.

They are supposed to be trained enough to carry out the vitally important duties below in emergency situations:

1) Doing physical evaluations, making hemodynamic measurements and applying the cardiopulmonary technique accurately, 2) making triage properly, 3) collecting information effectively, 4) providing the transportation of patients safely and fast, 5) developing relations with public, 6) coping with stress and solving problems efficiently, 7) showing management and leadership skills, 8) learning continuously about emergency care for personal development, 9) trying to do no harm whatever the situation is and acting sensitively about patient rights, 10) being aware of the fact that nurses may have to answer calls and do announcements on radio.

Emergency care nurses have some duties at hospital too, which are

a) bedding patients somewhere suitable, b) making systemic and secondary evaluations, c) applying the approved care standards of emergency service, d) coordinating the care and treatment with the emergency unit physician, e) assessing the effects of the care and treatment, f) informing patients and their relatives about their problems, g) planning when and how to discharge patients, h) training patients and their relatives about the process after being discharged, making sure that it is properly understood, repeating the information or giving it in writing if necessary.

The qualities that triage nurses in emergency care should have are as follows:

a) having at least two-year experience of working with patients in critical condition, b) having at least 6-month experience of working at an emergency unit, c) being successful in clinics, d) being trained on triage, e) having interpersonal skills, f) having organizational skills, g) being adaptable and flexible, h) nursing effectively.

Nurses carry out the following duties in triage¹³: a) evaluating the patients as soon as they arrive at the emergency unit, b) collecting information about the complaints, medical anamneses, symptoms and medication of patients, c) determining the priorities and cases that need further evaluation, d) practicing first aid and triage nursing, e) consistently monitoring and assessing how patients are¹⁴, f) informing the relatives of patients as long as they are kept in emergency unit¹⁵.

Some of these duties, which are crucially important in terms of medical deontology, are mentioned in the law on nursing numbered 6283 and dated 25.2.1954. The related articles are below¹⁶:

“Article 4 – Duties and Authorities of Nurses

- A) Nurses are authorized to give the treatments suggested by responsible physicians.
B) Besides doing smallpox vaccination and medical dressing in emergency care ex officio, nurses are authorized to give hypodermic, muscular and intravenous injections as well if suggested by responsible physicians. They are held responsible for the mistakes in the injections.

C) When charged by dispensaries and other medical institutions, nurses inform people about sanitation, the medical precautions they can take and the medical institutions they can apply to. They perform wartime precautions in contagious diseases.”

These are mentioned also in the Regulation on Training Emergency Care Nurses dated 2005 and numbered 10862. It talks about the qualities of the training centers, instructors and trainees and the general principles and scope of the training programs¹⁷.

Emergency Care Physicians in Emergency Care and Treatment and Ethical Problems (with case reports)

In general, an emergency care physician is a group member who is responsible for treating any kind of patient and wounded person admitted to the emergency unit.

Emergency treatment is for those who are at risk of death and can be saved with early action. As is known, all the patients in the emergency units of all the medical institutions are different from other patients. While the emergency physicians in the hospitals of Turkey are mostly general practitioners, the faculty hospitals employ emergency care and treatment specialists and lecturers. In the treatment phases after the admission, specialists of other medical fields take responsibility. Physicians should stick to some principles to help emergency patients¹⁸. As is known, doing no harm and trying to be of help are indispensable ethical principles, which physicians are expected to adhere to till the end^{19,20}.

In Turkey, the regulation on certification programs for emergency physicians shapes the education of general practitioners to give emergency medical service. Articles 5, 6 and 7 are about the way of giving the education²¹.

Article 2 of the Medical Deontology Bylaw dated 1960 indicates that the first duty of a physician is to be respectful of human health, life and personality²². Besides, the fifth one of the ethical rules of the profession of medicine, which was a resolution of Turkish Medical Association in its general assembly in 1999, says: “The first duty of a physician is to protect human life and health by preventing diseases and trying to cure patients by means of science. It is another significant duty for him to respect human dignity while practicing medicine. In order to fulfill these responsibilities, he is to follow all the developments carefully²³.”

Article 6 says: “The universal medical ethics principles that a physician has to adhere to are doing no harm, being of help, justice and autonomy”.

Articles 7, 8 and 10 are below:

Impartiality:

Article 7: A physician is responsible for performing his duties in any situation without considering the political views, socioeconomic status, religious beliefs, nationality, ethnicity, race, gender, age etc. of his patients.

Conscientious and Professional View:

Article 8: While practicing medicine, a physician is to act according to his conscientious, professional and scientific views.

Emergency Help:

Article 10: Whatever his mission or specialty is, a physician is responsible for giving first aid in emergency situations when the necessary medical action cannot be taken.

Besides these, article 5 of the regulation on patient rights dated 1998 touches upon the issues of helping patients and doing no harm:

“Principles

Article 5: It is essential to follow these principles while giving medical service in any phase of it:

- a) Living in a state of complete physical, psychical and social wellness is a fundamental human right.
- b) Everyone has the right to live, and protect and improve his moral and material existence, and no one is entitled to violate it.
- c) The race, language, religion, creed, gender, political views, philosophical beliefs and socioeconomic level of patients are not taken into consideration while giving medical service, which should be organized in a way that makes it easy for everyone to have access.
- d) Except when medical and legal requirements oblige it, no one can touch the physical integrity and personal rights of anyone.
- e) No one can be involved in medical studies without his consent and the permission of the Ministry of Health.
- f) Except when medical and legal requirements oblige it, the privacy of no patient can be disturbed.”

The duties and principles that a physician is expected to adhere to in emergency treatment are as follows:

1. A physician should take medical action as quickly as possible. Time is vitally important. Risk of death should be minimized by preventing organ loss and dysfunction. It might cause serious mistakes and even death to send a patient without examining and diagnosing properly.

Case Study

A five-year old boy fell down and hurt his head while playing on a van. The physician on duty at hospital A sent him back home without doing the examination and tests needed. Before long the patient began to vomit and doze off so often. He was taken to a private polyclinic. The craniography taken there determined a fracture. He was transferred to hospital A again and then to hospital B. During the surgical operation in hospital B, an epidural haematoma was found and drained. Nevertheless, the patient died a few days later.

According to the resolutions of the High Council of Health and Forensic Medicine Institute, the boy died because of the fault of the physician on duty in hospital A, who did not do the examination and tests needed for the diagnosis and take urgent medical action afterwards.

As the physician did not act immediately in that emergency situation, he betrayed the principles of doing no harm and being of help²⁴ even though adhering to them is what laws require too.

Case Study

A 19 or 20 year-old girl with diabetic ketoacidosis was a type 1 diabetic for 6 years. For two times in hospital A, she was given an analgesic drug and sent home without any sugar level test.

Before long she was taken to the emergency department of a faculty hospital in a coma and cured there after the tests needed.

It is clear that hospital A betrayed the principle of doing no harm by sending the patient home without doing the analyses needed even though they were aware of her disease. The case became an emergency although it had never been before. As is seen, a physician may have to deal with a case turning into an emergency one as a colleague fails to monitor it when it was normal earlier.

If a patient definitely needs to be transferred to a different hospital, this must be done with an ambulance with adequate staff and equipment after minimizing the risk of death and informing the target hospital about it. The polyclinic registration of the patient and the records based on examination and observation should be completed while examining and treating him. These records are supposed to include the examination findings, the results of the medical tests, the probable or final diagnosis and the information about the planned and/or implemented treatment.

It might cause a delay of treatment or even death to transfer a patient in need of emergency treatment to a different hospital inappropriately (without a fully equipped ambulance). The same consequences might arise if the patient is sent home without giving any treatment, doing the medical tests needed and keeping him under observation for a particular period of time. In order not to miss the clues of a serious case, it is very important to systematically examine an emergency unit patient and look for scratches or lesions hard to spot in such areas as mouth, nose, ears, haired skin, neck and genitals. When the assessment of physicians from different specialties is needed, consultation must be requested. From then on, all the related physicians share the medical and legal responsibility of the case and pay the price for any physical damage caused by inadequate consultation.

Many physicians, who work in an emergency unit in poor conditions with heavy workload, have to do their job with penal and criminal liability. However, flawed medical practices which happen during attempts of saving lives should be dealt with differently from other professional flaws. This requires new legal regulations.

As is known, an emergency physician has to take the first medical action when a patient in need of it arrives. Earlier medical interventions already occur at the scene of the incident and they are prolonged in the medical institution. According to the case, a complete examination might be performed immediately with laboratory, x-ray and consultation analyses.

A physician must be self-disciplined and work within the framework of some particular rules of emergency care and treatment²⁵.

1. A physician must practice medicine in consideration of the requirements of his profession. Any kind of negligence in an emergency situation would be against the principle of doing no harm.

The emergency units of hospitals must be near the departments where the tests and analyses needed are carried out. While a critical patient is being taken to departments like radiology, he cannot be helped in dangerous situations if a physician is not accompanying him. It is known that patients have died while being taken by an ordinary member of hospital staff.

For instance, going to the radiology department for thorax tomography can mean going to death for patients in a critical condition if there is no physician around.

2. A physician must be knowledgeable and skillful enough. If an emergency physician has to take medical action with imperfect knowledge, other physicians must help him. What is more, a physician must have the skills to treat patients rapidly and accurately in emergency situations.
3. A physician must always try to decide in a way that could save the life of his patient.
4. If the patient is in a situation that prevents him from giving information, it is obtained from his relatives. If that is not possible either, immediate medical action is taken thinking that “the patient would give his consent if he were conscious.”
5. An emergency patient must be told his diagnosis in appropriate language. In a case, a patient with lung cancer in its terminal period had brain metastasis and a convulsion. When he was brought to the emergency unit, he had not learned about his disease yet²⁰. He was paralyzed with fear when the emergency physician told him his diagnosis abruptly and recklessly²⁶.
6. An emergency patient cannot have the right to choose his patient. For this reason, every patient must be reassured and treated as well as possible. People burden emergency physicians with the social responsibility to care for everyone who considers himself an emergency patient. A patient with no appointment, money or social security expects to be examined when he applies to an emergency department. As the first intervention sometimes happen at the scene of the incident, the same kind of care is expected at hospital. This can be possible adhering to the principles of being of help, loyalty and trust²⁷.
7. Every emergency patient is assessed in his own clinical picture and some patients are kept under observation. It would be appropriate to make explanations to the patient and his relatives and show them that they are cared for. If the patient cannot be talked to, information about his file is taken from his relatives. If that is not possible either, the time when the patient can give information himself is waited²⁸.
8. Emergency patients should be informed about the actions to be taken and the treatments to be given. If that does not suffice, the relatives should be enlightened to obtain their informed consent. If the patient is unconscious and has no family member around, the emergency physician is required by law to take medical action.
9. After the first life-saving intervention, the emergency physician has consultations with other specialist physicians to enable them to take the risky actions²⁹.
10. If the patient needs to be transferred to a different medical institution, it is important for him to be in a stable condition³⁰.
11. An emergency physician reveals secrets about his patients only if he is required by law to do it. Otherwise he would violate the principles of doing no harm and confidentiality. He should also respect the right of privacy of his patients, about which gynecological examinations is an example. Such examinations should be done in a closed area with an accompanying nurse.

Case Study

A woman applied to Clinic A with an acute abdominal pain. She thought that the pain was caused by a urinary tract infection but the tests showed that she had ectopic pregnancy. As the patient was not married, the diagnosis was told only to her. She needed an immediate opera-

tion. However, the patient did not want her family to know about the situation. Her family was told something different and she was persuaded for the operation. She was discharged from the hospital three days later.

In this case, adhering to the principle of respect for the patient's decision, the physician kept the diagnosis as a secret³¹. In consideration of the principle of confidentiality as well, the operation was performed after telling the patient's family something different. In this way, no harm was done to the patient in any phase of the process.

12. The emergency unit of a hospital must be near the places where x-rays and other tests are carried out. If it is far, the patients must be sent with a physician accompanying for they might always get into a life-threatening situation.
13. A physician must take all the ethical principles and laws into consideration while treating emergency patients³².
14. An emergency physician must treat every patient equally. Regardless of how much he can afford, every patient must be treated according to the laws. The expenses are paid by the patient himself or the social insurance association he is a member of. Only after he is in a stable condition, the patient is sent to a medical institution controlled by his social insurance association.
15. Terminally ill patients must be treated humanely, the realities should be told to the relatives conscientiously and cardiopulmonary resuscitation should not be done if the patient and/or his relatives do not want it.
16. An emergency physician should always work in harmony with the hospital management and keep in communication with them.
17. When medical students have to care for the patients, emergency physicians must prevent them from doing unnecessary interventions and supervise them seriously.
18. In disasters, emergency physicians must cooperate with voluntary people trained on first aid and check their work. They should also take on the triage, which is a system initiated in the emergency units of hospitals in 1960s. It is still used to make decisions about critical patients trying to survive³³.

The benefits of the triage system in emergency service can be specified as follows: a) diagnosing the patients in a critical condition straight away, b) taking emergency action in life-threatening situations, c) facilitating the care of patients who are not in a critical condition, d) providing effective service of staff, e) making the concept of team spirit functional, f) thanks to the order and operational speed the system provides; alleviating patients' fear and reducing their level of stress and anxiety, and thus creating a calm working environment for the staff, g) distributing among staff members the responsibilities about patients, their relatives and public, h) relieving the patient flow and traffic in the unit with the early diagnosis system used for determining the priorities³⁴.

In terms of ethics, the most important thing in triage is not violating the principle of justice, which tells physicians to treat every patient equally and using the limited medical resources rationally.

The regulation on emergency medical services dated 2000 is an important one in terms of the principle of treating patients fairly, and its article 14 says:

“Level 1 Medical Institutions

Article 14 – The following are the public and private medical institutions to which people in

need of first and emergency aid can apply although they do not have an official duty in providing emergency and elementary medical service:

- a) Sanitariums are responsible for giving first aid and organizing first aid activities and contributing to the efforts of raising awareness about first and emergency aid.
- b) Health care centers and other level 1 medical institutions controlled by the Ministry are responsible for giving any kind of emergency service as much as possible with the equipment they have.
- c) The level 1 medical institutions controlled by other public enterprises are responsible for giving emergency medical aid irrespective of any condition and reporting about these to the center.
- d) Without discriminating on the basis of socioeconomic statuses; physicians' offices, private polyclinics and private hospitals are responsible for doing emergency medical interventions when needed and reporting about these to the center."

Article 6 of the patient rights regulation dated 1998 indicates that every patient has the right to benefit from medical services on the principles of equity and justice¹⁰:

"Serving on the Principles of Equity and Justice

Article 6: On the principles of equity and justice, every patient has the right to benefit from medical services, including preventive health services and activities to encourage people for healthy life. This right covers the responsibility to serve on the principles in question for every medical institution and medical staff member."

The World Medical Association declaration of Stockholm (1994) on medical ethics in disaster situations emphasizes the importance of triage³⁵. Article 3, which is on the treatment of emergency patients according to objective criteria, is very important and it underlines the importance of the principle of justice.

19. If a large number of patients are working at the same time in an emergency unit, they must share the patients. In situations when the responsibility passes from one physician to another, like when a physician goes on duty while the other one goes off duty, the patient and his relatives must be informed and his file must be written up. When a patient is to be admitted to or discharged from an emergency unit, he must be properly handed over to the physician to care for him and the patient must be informed as well. This would be adhering to the principles of honesty and loyalty in patient transfer. Emergency physicians should always treat patients and colleagues honestly³⁶.

As is known, all the rights that patients have are indicated in the Regulation on Patient Rights dated August 1, 1998 and numbered 23420.

Emergency Department Staff and their Responsibilities

The characteristic of emergency care is the collaboration of staff members and in an emergency unit, team spirit and mutual respect is vitally important. Working like business partners, all the members of an emergency staff try to care for patients at an optimum level to decrease the death rate. In general, they consist of prehospital response teams, nurses, physicians, social workers, family counselors, respiration therapists and other members. Their responsibilities are all very important.

The emergency medical services regulation numbered 24046 and dated 2000 is based on

4 particular sections³⁷. The first one talks about the aim, scope and rationale of the regulation and gives some definitions. The aim of the regulation is to determine the responsibilities of all the medical institutions, the procedures and principles of the coordination between them and the ways to manage the emergency medical services that the Ministry is to provide. Its rationale is to form a basis on which emergency medical services can be given all around the country in an egalitarian, accessible, quality, quick and efficient way. The second section talks about the organization and management of the emergency medical services. The third section defines the support units and the basic service units, of which the latter are the command and control center and the stations. The duties of the emergency medical stations are specified as follows:

Article 12

- a) Serving according to the instructions of the center and the procedures and principles determined by the Ministry,
- b) Reporting the direct calls to the center and acting according to the instructions to be given,
- c) Keeping records of the services,
- d) Keeping the equipment and vehicles needed for service always available and reporting to the center about the repair and maintenance needs,
- e) Fulfilling other duties assigned by the center.

Article 13 – The Support Units

- a) Level 1 medical institutions,
- b) The emergency units within institutions giving inpatient treatment,
- c) Institutions giving inpatient treatment,
- d) State institutions and organizations serving about medical services,
- e) Private institutions and persons giving emergency medical services.

The fourth section of the regulation talks about the flow of emergency medical services. It gives information about emergency calls, assessment of them, orientation, meeting demands, transfers to emergency units and the procedures in emergency units. The fifth section is about emergency medicine personnel. The sixth, seventh and eighth sections are on the communication system, archiving and financing respectively.

The laws of many developed countries forbid to touch patients without their consent even if the aim is to give medical or emergency aid.

Article 8 subsection b of the Turkish traffic law numbered 2918 requires that the Ministry of Health and the General Directorate of Highways serve in the ways that this law and other statutes determine, and take precautions to give first and emergency aid, transport casualties and give treatment when needed. This law came into force in 1983.

In 1984, the Ministry of Health bought ambulances and started the Emergency Service to meet the needs in cities. A large number of ambulances still work for that service. During that period, the Ministry of Transport and Communication placed nearly 3 million free-to-use telephones on highways. Dialling 155 and 156 on them, police and gendarmarie can be called. The numbers for the emergency ambulance system, which works mainly for cities, have been 07, 077 and 112. Communication networks are vitally important in the light of the fact that 10% of fatalities happen in the first 5 minutes while 50% of them happen in the first 30 minutes.

The Ethical and Deontological Problems in Emergency Treatment and Care in Turkey

Subsections a and b of article 82 in the traffic law say “In order to respond to the accidents on highways rapidly; do not lose time to transport casualties, give treatment and find the criminals,

- a- Those who are near the scene of the accident or involved in it have to take the first aid precautions, inform the nearest constabulary station or medical institution and take the injured to the nearest medical institution if the authorities ask them to do so.
- b- The gas stations on the roads between cities have to have standardized first aid equipment always ready to use³⁸.

According to the abovementioned law, people who are with others in need of emergency care are supposed to inform the authorities and try to take them to a medical institution if only told to do so. This might cause loss of time and deaths. Considering also the confusional state of people at risk of death (cardiac arrest, adiphoresis, bleeding, shock, bad injuries etc.), lives should be saved without waiting for patients to give their consent. This can be done starting the treatment immediately, informing the people needed and taking the patients to a hospital or medical institution without losing any time³⁹. On the other hand, the interventions of people who are not trained on the basic rules of first aid and emergency care might harm patients and they can be held legally responsible for the consequences⁴⁰.

The state organizations of emergency and ambulance services have to respond to any kind of emergency call without demanding money.

If a patient is decided to be taken to a particular hospital, that institution cannot refuse him and it is the same for private hospitals. Article 32 of the private hospitals law numbered 2219 and dated 1933 says:

“Private hospitals accept and care for patients sent by official authorities to be treated on payment. When patients in need of emergency treatment because of an acute problem or accident arrive or are transferred, private hospitals have to give the treatment immediately. If needed be, poor patients can be treated in the free departments of the hospitals. If they do not have any beds at no cost, the hospitals care for poor patients until they are eligible to be transferred and the expenses are paid by the related municipality.”

The law on socialized medical services dated 1951 indicates that emergency patients who cannot be treated in rural areas are supposed to be sent to hospitals⁴¹. Article 13 says:

“Except for emergencies, those who want to benefit from socialized medical services in a rural area apply to a local clinic first. If the treatment or birth is not possible there, the physicians send patients to a medical center or maternity hospital. If there is no physician in a local clinic, the other members of the staff can send the patient to a medical center or hospital after doing what they are authorized to do.”

In places where medical services are socialized, a regulation prepared by the Ministry of Health governs the services at local clinics, medical centers and hospitals.

The fundamental law on medical services dated 1987 talks about the unconditional acceptance of critical patients by medical institutions⁴². Article 3 says:

“Medical institutions are organized in a way by which a chain of medical services can be constituted without limiting the right of people to choose their own physician and institution. Except for emergencies, those who do not obey the rules of the patient transfer system pay extra money for the services. Those who are a member of a social security institution pay it themselves.”

The third section of the draft law on responsibilities for giving bad medical service says:

“Section Three Relationships between Medical Staff and Patients

Article 14 – A medical service relationship begins when a patient applies to a medical staff member whose intervention is needed and that professional accepts it within the framework of his duties and powers. Another scenario is when a professional sees a patient in a situation in which he has to accept him.

A medical professional who practices medicine as a freelancer does not have to accept every patient except for emergencies. When a patient is refused, the reasons must be explained in an appropriate and medically ethical way.

In an emergency situation, medical personnel do not have the authority to refuse patients. The medical service needed is given as quality as possible and the responsibility ends when a patient is handed over to an authorized specialist.

In an emergency situation, nothing can be left to the patient or a third person. This includes the provision of a fully-equipped vehicle and emergency aid team, informing the nearest medical center that can be of help, the specification of how patients will be transported and informing the specialist who will take on the responsibility. In every way they can, medical institutions try to support the medical personnel in the coordination of all the abovementioned services and they take the required precautions about possible emergencies. For emergency patients that might be transferred from somewhere else, they reserve 3% of their capacity if they have less than 200 beds. For every 50 beds more than that, they reserve an additional bed. Every day, they inform the 112 Emergency Aid Command and Control Center about their beds not occupied. Once a bed is used for the purpose in question, they inform the center again as quickly as possible. When to transfer an emergency patient, the center provides information and gives instructions about which medical institution he can be transferred to. All the medical institutions and organizations giving emergency medical service have to accept the patients transferred according to this system.

In emergency situations, all the medical actions that physicians take to treat people are recorded.

A physician's responsibility does not end without making sure that another authorized physician takes the patient with documentation or the emergency situation has ended.

It is beneficial when a professional giving emergency care writes a short observation report while the patient or victim is being taken to a medical center. If the person giving the first aid is the member of an emergency care team, he should report the time, the preliminary findings and the medical actions. He should also keep a copy of the report for witnessing if needed later⁴³.

In some countries, trained emergency medical technicians can decide that the victim has died. In Turkey, injured or dead people cannot be moved until a police officer or a prosecutor arrives and they cannot be deemed dead without a physician's report. For that report, the victim is taken to a hospital or a physician is called to the scene of the incident.

In terms of forensic medicine, there are three types of death:

1. Sudden deaths, which are caused by an accident, disaster, heart attack, poisoning, etc.
2. Unexpected and suspicious deaths, which are discovered when someone is found dead somewhere without any particular reason.

3. Chronic situations, in which deaths happen at the end of a long-term disease.

The laws on emergency situations are particularly for sudden, unexpected and suspicious deaths. After an incident in which there is or might be a crime, the physician, nurse, midwife or medical officer has to inform the public prosecution office about it. It is the same about accidents causing death or injury, poisoning, stabbings or gunfights causing injury, miscarriages and rapes. Situations like these can be reported to hospital police too. Infectious diseases have to be reported to provincial directorates of health.

Except for forensic cases and infectious diseases, autopsy is not allowed without the permission of a family member. However, for diagnosis or research, tissues, blood and urine can be obtained by means of needle biopsy.

Patients and injured people, including those who have a disease or problem in its terminal period, can leave the hospital whenever they or their relatives want. As is known, it is a crime to send a patient who might die while being transported to another hospital. There must be someone from the emergency care team even when a patient is sent to a hospital for only medical examination. In emergency situations and for births, patients are admitted to hospitals even if they cannot afford it. They are sent to another medical institution when the emergency situation ends⁴⁴.

In some situations, team members have to or must not do some particular things. This is for doing no harm to others.

An emergency care team might encounter lots of difficulties that cause legal problems. One of them is when the patient is not happy about the treatment given. Negligence might cause wrong diagnosis and treatment, which can lead to the aggravation of the situation.

Besides the standards set by laws, professional standards and ones set by some particular institutions are used to assess what an emergency care staff has or has not done. Professional standards are the published demands of the organizations and associations which support emergency care activities. The ones set by institutions are the rules of the ambulance organizations which emergency care teams are in⁴⁵.

When the standards are not met, legal problems may arise. Not doing something important or necessary or doing that carelessly or negligently means falling short of the standards. In such a situation, the team members could be convicted of negligence.

When a team member is accused of negligence, the verdict is not delivered without the evaluation of the factors involved in the case. The medical practice must be compared to the standard treatment and care. For instance, if the action of a nurse is what a right-minded, principled and well-educated nurse would do under the same conditions, negligence cannot be the verdict. If the action is a reckless one lacking the skills needed, the nurse can be found guilty of negligence and not meeting the standards. Most of the time, an emergency care team is called to the help of the victims of an emergency situation. As diseases or injuries happen before the team arrives, they cannot be held responsible for them but if the situation is aggravated because of their failure to meet the standards, the team can be deemed responsible.

After starting the treatment and care, an emergency service team is supposed to do whatever is needed and right. For instance, until the patient is taken to a hospital and the responsibility is given to a specialist there, the physician or nurse has to keep treating. Not doing that is called abandoning.

The law on consent concerns every emergency care team member. It indicates that it is not possible to take any medical action without the consent of the patient.

There is a proper way of giving consent. It happens when a patient asks the team members to intervene or shows with words, nods etc. that he accepts it. If possible, the team members should try to obtain the patient's consent by informing him. It is informed consent when a patient gives his consent after understanding what will be done clearly, which requires consciousness and mental balance. Hospitals usually obtain consent by getting a form signed. That form is also the proof that the patient has been informed. However, it is often not possible for medical teams to have written consent⁴⁶. In such cases, verbal consent is enough even if it is hard to prove it. In order to prevent death or permanent physical disorders, it is thought that an emergency patient should consent to medical interventions and hospitalization⁴⁷. If a patient is unconscious, confused or hallucinating and has someone with him to take on the responsibility, obtaining consent from him would be appropriate. The law considers spouses and close relatives suitable for giving consent for patients who cannot do it on their own⁴⁸.

According to laws, children are not mature enough to give consent. Therefore, parents and relatives are the people to give consent in their name. However, depending on his maturity and age, the consent of a child can sometimes be valid. For instance, the consent of 17 year-old child would be more valid than that of a child who is 4. In a major emergency situation, the treatment and care can begin with the child's consent but the consent of his parents should be sought if it is possible⁴⁹.

A mentally ill person cannot give consent, but a problem about what he can and cannot do might arise if he has not been officially deemed ill yet. If he has, the caregiver has the right to give consent for him.

If a patient refuses the treatment, the emergency team should try to find out if he has a mental disorder or not. If there is doubt, the best thing to do is accepting that he has it and maintaining the treatment. Compared to leaving the patient there and causing the aggravation of his state, keeping caring for him is an easier attitude to defend legally and medically. When the parents refuse the treatment of a sick or injured child, a complex situation arises. The emergency team should take account of the effects of the problem on the parents' emotions. In such cases, the people in charge should try to persuade the parents patiently and calmly. If no result is achieved, they should be asked to sign a piece of paper indicating that they do not accept the treatment and the medical report about the case should include that refusal as well. When people do not want to sign, everything must be recorded in detail. The necessity of consent and the problem of patients who do not give it are related. Emergency treatment can be given only if the patient gives his consent and every clear-headed adult has the right to refuse treatment. This is even more complicated about children and people in mental confusion. However, in many situations, patients who give no consent can be persuaded with the skills of emergency team members.

The difference between an ambulance that belongs to the state and a commercial one is the necessity of answering the calls. Ambulances that serve under the control of the state have to answer every call within their area of responsibility, but ones that give private ambulance service might not have to do it. However, after answering a call, the service is supposed to have a particular standard no matter what the kind of the ambulance is.

In order to promote better health, states have developed policies with laws, regulations and bylaws. Since some people are entitled to observe and collect information about diseases, accidents and emergencies, documenting and reporting about them can be made obligatory for them. Even if there is not such an obligation, emergency care teams are always advised to do-

cument about incidents. Many experts on medicine and law think that a complete and accurate record of things is a strong protector against indemnities. No or inadequate record means having to recite what happened and what was done. During a process of inquiry, relying only on memory could place one in difficult circumstances. Two rules must be obeyed about reports and records. According to the first one and as is the case in court, if an action or intervention does not appear in a report, it is considered that it never happened. According to the second, an inadequate and sketchy report is a sign of inadequate treatment. Both the situations can be avoided keeping proper records⁵⁰.

Child maltreatment, injuries from an assault, narcotic problems, birth and some other situations require keeping records.

Suicide attempts, dog bites, some infectious diseases, attacks and rapes have to be reported too⁵¹.

If a crime is likely to have happened where an emergency medical staff is, they should immediately inform the authorities about it. However, the possibility of a crime should not keep the team from giving the first treatment and taking the patient to a hospital before the authorities arrive. While giving first treatment, an emergency staff must be careful in order not to make any changes at the scene of the incident. If available, the positions of the victim and the gun must be marked. The authorities must be contacted and their instructions must be obeyed.

Emergency care problems are unavoidable in every society where there is not a modern system or organization of emergency medical service.

The problems of low-level organizations giving emergency medical service are as follows: 1. Bad choice of the areas to gather patients, 2. Employment of uneducated medical personnel, 3. Dysfunctional mobile medical teams, 4. Shortage of medical devices and materials, 5. Being paid less than the service deserves⁵².

The current problems in high-level emergency service are as follows: a. Too large areas to gather patients and problems in sharing them because of the lack of coordination with medical units around, b. Employment of uneducated medical personnel, c. Dysfunctional mobile medical teams, d. Shortage of medical devices and materials, e. Being paid less than the service deserves, f. Problems caused by the burden of some extra duties like preparing forensic reports⁵³.

In our country, the triage of patients who come to emergency units is made according to their socioeconomic status rather than their medical state. Patients who are engaged in a particular social security system apply to their own hospitals, well-off patients and those who benefit from the retirement fund go to university hospitals and people who have no money or membership of a social security organization apply to state hospitals. What is more, too many patients not in "a real critical condition" come to emergency units. Besides the socioeconomic factors, a major reason is that some particular policlinics are generally so crowded within their working hours.

Kaynaklar

1. Chan, B.T.: "Do family physicians with emergency medicine certification actually practise family medicine?" *CMAJ* 167(2002), 869-870.
2. Richards, D.A., Meakins, J., Tawfik, J., Godfrey, L., Dutton, E., Richardson, G., Russell, D.: "Nurse telephone triage for same day appointments in general practice: multiple interrupted time series trial of effect on workload and costs". *BMJ* 325(2002), 1214.

3. Walker, A.F.: "Emergency department overcrowding". *Can.Med.Assoc. J.*, 167(2002): 627.
4. Harris, J.: *The Value of Life*. Routledge. London and New York. 1997.p.4869
5. Bird, J., Cohen-Cole, S.: "The three function model of the medical interview, Methods in teaching consultation-liason psychiatry". *Adv. Psychosomatic Med.* 20(1990), 65-88.
6. Aksay, E.: *Doktor-Hasta İşbirliği* (Thomas Gordon., W. Sterling Edwards, Making the Patient Your Partner Communication Skills for Doctors and Other Caregiver. London. 1995 den çeviri). Sistem Yayıncılık. İstanbul 1995.
7. Olgun, N.: "Acil Bakımda İletişim". *Acil Bakım* Ed. by Deniz Şahiner. Yücel Yayım, İst. 2001, 56-61.
8. 7 Aralık 2006 tarihli ve 26369 sayılı Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği
9. DiMatteo, M.: Physician-patient Communication Promoting a Positive Health Care Setting. Preventi-on in Health Psychology. University Press of New England, 1985.
10. 1 Ağustos 1998 Tarih ve 23420 Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan "Hasta Hakları Yönetmeliği".
11. Moyers, B.: *Healing and the Mind*. New York, Doubleday, 1993.
12. Beauchamp, T.L., Childress, J.F.: *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford University Press. New York. 1994.
13. Karakaya, H.: "Hasta Hakları, Sağlık Çalışanları ve Etik". *Tıbbi Etik Derg.* 4(1998):114-118.
14. Scott, R.W.: *Health Care Malpractice*, The McGraw-Hill Companies, USA, 1999, pp.23,28,42,64.
15. Ertuğrul, A.: *Acil Servis ve İlk Yardım Hizmetlerine Giriş*. Yalçın Matbaası Taş Kitapları. Ankara 1984.
16. 6283 Nolu ve 25.2 1954 tarihli Hemşirelik Yasası
17. 10862 sayılı ve 2005 tarihli Acil Bakım Hemşireliği Eğitim Programı Uygulama Yönergesi
18. Demirhan, E.A.: *Lectures on Medical History and Medical Ethics*. İst. 1995. s.113-118.
19. Dinççağ, A.: *Hasta ile İletişim*. Nobel Tıp Kit. İst. 1998.
20. Macer, D.R.J.: *Bioethics is Love of Life*. Mew Zealand. 1998. s.85-120.
21. 717 sayılı ve 23.1.2004 tarihli Acil Hekimliği Sertifika Programı Uygulama Yönergesi
22. 3.1.1960 Tarih ve 4/12578 Sayılı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi.
23. 10-11 Ekim 1998 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
24. Demirhan, A.: "Doktor-hasta ilişkilerinin sosyal ve psikoloji yönleri ve medikal deontoloji açısından önemi". *Tıp Dünyası Derg.* 11(1980), 229-237.
25. Demirhan, A.: *Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi*. Bursa. 1996. s.40.50.
26. Srivastava, A.L.: "Typology of Doctors and Patient", *Studies in History of Medicine.* 2(1978), 163-171.
27. Öncel,Ö.: "Hekim Görevleri, Sorumluluk ve Tıbbi Sorumluluk in *Çağdaş Tıp Etiği*, Ed. By Demirhan,E.A, Öncel,Ö., Aksoy,Ş, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003, pp.149-162.
28. Engiz, O.: "Sağlık Hizmetlerinde Hasta Tatmini" in *Hastane Yöneticiliği* Ed. By Osman Hayran Haydar Sur. Nobel Tıp Kitabevleri, İst. 1997, 61-87.
29. Kuşuoğlu, Y.S.: "Acil Bakım", in *Acil Bakım* Ed. by Deniz Şahiner. Yücel Yayım, İst. 2001, 3-33.
30. Elmas, İ., Tüzün, B., Aşıcıoğlu, F., İnce, H.: "Acil Tedavi Basamağındaki Yetersizlikler ve Hekim Hakları: 5 Olgu Sunumu". *İst. Tıp Fak. Mecm.* 60(1998), 232-236.
31. Tokyay,R., Armağan,E., Akköse,Ş.: "Acil Tıpta Etik" in *Klinik Etik*, Nobel Tıp Kitabevleri, İst.2001, s.570-577.
32. Elçioğlu ,Ö.,Demirhan,E.A.,:"Hasta Hakları" in *Çağdaş Tıp Etiği*, Ed. By Demirhan,E.A, Öncel,Ö., Aksoy,Ş, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003, pp.86-116
33. Demirhan,E.A.: "Hekim Hakları" in *Çağdaş Tıp Etiği*, Ed. By Demirhan,E.A, Öncel,Ö., Aksoy,Ş, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003, pp.117-129.
34. Demirhan,E.A., "Hekim Hasta İlişkileri ve Etik Sorunlar" in *Çağdaş Tıp Etiği*, Ed. By Demirhan,E.A, Öncel,Ö., Aksoy,Ş, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003, pp.130-148.
35. Sayek, F.: *Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler*. Ankara. 1998. s.10-140.
36. Başağaoğlu,İ.,Demirhan,E.A.: *Sağlık Sigortası ve Etik Sorunlar*, Nobel Tıp Kitabevleri, İst.2003, p.1-102.
37. 11.5.2000 tarihli ve 24046 sayılı Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği

The Ethical and Deontological Problems in Emergency Treatment and Care in Turkey

38. 2918 sayılı ve 18.10.1983 tarihli Trafik Kanunu
39. Campbell, A., Gillett, G., Jones, G.: *Medical Ethics*. Oxford University Press, Oxford 2002, pp.1-23,34-150.
40. Mohr, M., Busch, M., Bahr, J., Kettler, D.: "To resuscitate or not? The emergency physician's decision in the prehospital setting". *Anesthesiol Intensivmed Notfallmed Schmerzther.* 38(2003):341-8.
41. 10705 sayılı ve 12.01.1961 Sağlık Hizmetleri nin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun
42. 3359 sayılı ve 15.5.1987 tarihli Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
43. Teanby, S. A.: "Literature review into pain assessment at triage in accident and emergency departments". *Accid Emerg Nurs.* 11(2003):12-7.
44. McClure, K.B., Delorio, N.M., Gunnels, M.D., Ochsner, M.J., Biros, M.H., Schmidt, T.A.: "Attitudes of emergency department patients and visitors regarding emergency exception from informed consent in resuscitation research, community consultation, and public notification". *Acad Emerg Med.* 10(2003):352-9.
45. Nyden, K., Petersson, M., Nystrom, M.: "Unsatisfied basic needs of older patients in emergency care environments - obstacles to an active role in decision making". *J Clin Nurs.* 12(2003):268-74.
46. Murphy, F., Nightingale, A.: "Accident and emergency nurses as researchers: exploring some of the ethical issues when researching sensitive topics". *Accid Emerg Nurs.* 10(2002): 72-7.
47. Lojonen,S.: "Medical Research in Clinical Emergency Settings in Europe" *J Med Ethics* 28(2002): 183-7.
48. Kodal, M., Çapakçur, S.Z.: *Yataklı Tedavi Kurumları Sağlık Mevzuatı, Kanunlar, Yönetmelikler, Yönergeler*. Ocaklar Matbaacılık, Ankara, 1998, pp.1-630.
49. Sağlık Mevzuatı, Kanun Metinleri Dizisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002,pp.1-470.
50. Özşahin, A.: "Acil Sağlık Hizmetleri". In Sağlık Hizmetleri El Kitabı Ed.By Osman Hayran Haydar Sur, Çevik Matbaası. İst. 1998. s. 316-330.
51. Demirhan,E.A.: *Acil Tedavi ve Bakımda Tıp Etiği Sorunları (Olgu Örnekleriyle)*, Nobel Tıp Kitabevleri, İst 2006.
52. Başağaoğlu,İ., Demirhan, E.A.: *Health Insurance in Turkey and Ethical Dilemmas*, Edition Temmen, Bremen 2004.
53. Aslan, F.E.: "Acil Bölümün Tasarlanması", in *Acil Bakım* Ed. by Deniz Şahiner. Yücel Yayım, İst. 2001, 35-53.

Dünyadan ve Türkiye'den Örneklerle Etik Açısından Hekim Grevleri

Arın Namal

İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Tıp Etiği ve Tıp Tarihi AD
arinnamal@gmail.com

Ärztestreiks aus Ethischer Sicht mit Türkischen und Internationalen Beispielen

Zusammenfassung

Streiks sind in Demokratien eine legale Form des Massenprotests. Um ein Ergebnis mit dieser Aktionsform zu erzielen, muss der Arbeitgeberseite Schaden zugefügt und das Gefühl vermittelt werden, dass dieser Schaden mit der Zeit wachse. Aufgrund dieser Eigenschaften werden Streiks in vielen Berufszweigen als gerechtfertigt und nicht verwunderlich betrachtet. Streiken jedoch Ärzte, führt das zu heftigen Diskussionen. Den eigenen ethischen Prinzipien gemäß steht in der Medizin der Grundsatz des Nicht-Schadens im Mittelpunkt, was praktisch von vornherein zur Ablehnung der Idee, Streiks in diesem Dienstleistungssektor als Lösungsinstrument für Probleme zu betrachten, führen muss. Andererseits darf die Ethik kein Druckmittel dazu sein, die Initiativen einer Berufsgruppe zum Schutz ihrer Rechte zu untergraben, und nicht dem Zweck dienen, "Ruhe und Ordnung" in der Bevölkerung aufrechtzuerhalten. In diesem Aufsatz sind Beispiele für die Grenzen angeführt, die in verschiedenen Ländern, darunter auch die Türkei, bei Aktionen von Ärztestreiks gezogen wurden. Zugleich werden die unerwünschten Folgen von Ärztestreiks hauptsächlich im Licht ethischer Theorien diskutiert. In der Türkei hat es bisher keine Ärztestreiks von längerer Dauer gegeben. Seit Ende der 1980er Jahre beschloss die türkische Ärztekammer allerdings mehrfach ein- oder zweitägige Warnstreiks. Aufgrund dessen wurde die Legitimität von Ärztestreiks auch in der Türkei intensiv diskutiert. Betrachtet man Ärztestreiks ausschließlich unter dem Fokus der ärztlichen Ethik, kann das Verhalten streikender Ärzte leicht verurteilt werden. Medizinische Ethik ist aber nicht auf ärztliche Ethik beschränkt. Zu den Komponenten der Medizinethik gehört auch die Ethik der Patienten und verschiedener weiterer gesellschaftlicher Kreise. Verhalten sich alle Teile der Gesellschaft im Bewusstsein ihrer eigenen ethischen Verantwortung und wird sensibel mit dem Einsatz richtiger politischer Praktiken umgegangen, die eine für Ärzte und Patienten befriedigende Umsetzung der Medizin, der im sozialen Leben eine Sonderstellung zukommt, gewährleisten, wird es nicht zu Gründen kommen, die Ärzte zum Streiken zwingen.

Schlüsselwörter

Ärztestreik, Ethik, Ethische Regeln des Ärzteberufs, Medizinrecht

I. Giriş

Grevler, bir çok meslek kolunda yadırganmaz ve haklı görülürler ama, hekimler tarafından gerçekleştirildiklerinde büyük tartışmalara yol açarlar. Hekimlerin greve gitmesi alışılmadık bir şeymiş gibi görünse de, bir günlük uyarı eylemi niteliğindeki grevlerin ötesinde gerçek bir grev niteliği taşıyan, 1962 yılında Kanada Saskatschewan'da yaşanan 23 gün sürmüş örneği izleyerek Avustralya, Belçika, Kanada, Şili, Finlandiya, Fransa, Almanya, Hindistan, İrlanda, İsrail, İtalya, Kore, Malta, Peru, Sırbistan, İspanya, Sri Lanka, Romanya, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Zambia, Zimbabve ve başka ülkelerde de hekim grevleri yaşanmış ve yaşanmaktadır.

Çalışma hakları ile ilgili mücadele yöntemleri içerisinde, örgütlü çalışanların işi topluca bırakmaları şeklinde hayata geçirilen grev, çağdaş ülke Anayasalarında yer alan hak arama özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi haklar temelinde geliştirilmiş bir eylem biçimidir. Daha kısa bir söyleyişle grevler, demokrasilerde yasal bir toplu protesto türüdür. Bu eylem biçimini etkili kılan, zarar vermesi ya da zarara yol açacağı baskısı yaratmasıdır. Grevlerde ancak, işveren tarafına zarar verilerek ve daha büyük zararlara yol açılacağı mesajı verilerek sonuç alınır. Diğer politik eylemlerle grev arasındaki fark, işte bu noktada düşümlenir. Grevi, vereceği zarar etkili kılacaktır. Örneğin hekimlerin muayenehanelerini kapatmadan, hastanedeki görevlerinden ayrılmadan (öğle yemeği saatinde ya da mesai dışında) kısa bir politik protesto yürüyüşü için buluşmaları ile muayenehanelerinde ya da hastanede işi bırakmaları veya işi yavaşlatmaları, zarara yol açıcılık bakımından elbette farklılık taşıyacaktır. Birinci durumda hastalar eylemden etkilenmez, zarar görmezlerken, ikinci durumda hastalar eylemden etkilenecek, değişik ölçülerde zarar da göreceklerdir. Hekimler elbette hastalara zarar verme amacıyla greve gitmezler. Bu konuda hekim kesiminin söylemi nettir: "*Grev hastalara karşı değil, işverene karşıdır!*" Ama hekimlerin grev şeklindeki eylemleri, objektif olarak şu anlama gelir: "*Yokluğumuz nedeniyle hastalar öyle zor durumda kalmalılar ki, yetkililer sorunumuzu çözmek zorunda kalsınlar!*" Bir başka söyleyişle hekimler greve gittiklerinde, hastalarına ve işveren kurumunda olanlara (Hastane Yönetimi, Hükümet), yokluklarında oluşacak büyük zararı tattırılmış olurlar.

Nitekim 2003 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen hekim grevinde Hudson County Medical Society Başkanı Dr. Steven P. Shikiar, artan bürokrasi ve ertelenen tedavi arıcılığıyla iş bırakmanın etkilerini hastaların hissedeceğini belirterek, meslektaşlarına şu çağrıda bulunuyordu: "*Kafa karışıklığına ve rahatsızlığa neden olun. Eğer şimdi düzenlenmezse, bunun geleceğin sağlık bakım sistemi olacağını bilmelerini sağlayın.*"²

İsrail'de 1983 Martında başlayıp 4 ay süren hekim grevinin son aşamasında, Beersheba'da Soroka Hastanesi'nde hekimler açlık grevi yapmaya başlamış, bu eylem biçimi ülkenin bir çok hastanesine yayılmıştı. Hekim grevleri içinde atipik olan bu örnekte hekim, zararın en büyüğünü kendisine yöneltmektedir.³ Fakat bu makalede, bu atipik eylem biçimi ele alınmayacak, sadece hekimlerin hasta bakmayı durdurduğu ya da yavaşlattığı, böylelikle sağlık hizmeti alma talebi içinde olanların zarar gördüğü eylem biçimine odaklanılacaktır.

¹ (Anonymus): Ärztag erklärt sich solidarisch mit streikenden Ärzten [Pressemitteilung des 113. Deutschen Ärztags in Dresden]. URL: http://www.marburgerbund.de/marburgerbund/bundesverband/presse/pressemitteilungen/pm2010/pm_info_100514.php (Erişim Tarihi 12.05.2010)

² Jacobs A: Anatomy of a Strike: Doctors' E-Mail Shows Depth of Anger. The New York Times, 10 March 2003.

³ Rosner F: Physicians' Strike and Jewish Law. URL:<http://www.jlaw.com/Articles/physicians2.html> (Erişim Tarihi: 30.5.2010)

II. Hekim grevlerine örnekler

12 Haziran 1986'da Ontario Medical Association (OMA), meslek üyelerine 25 gün süren bir grev çağrısı yapmıştı. Grev aracılığıyla, 1962 yılındaki hekim grevi ile elde edilen bazı tedavi ücretlerini talep etme hakkının, yeni bir yasa (Bill 94) ile ortadan kaldırılması protesto ediliyordu. OMA'ya göre bazı tedaviler için yapılan ekstra faturalandırma, hekimin tedavi kalitesi ile doğrudan ilişkili olan tedavi özgürlüğü hakkının ve uzmanlık farklarını kazançlarına yansıtabilme hakkının gereği idi. 1984 yılında Başbakan Pierre Trudeau Hükümeti'nin çıkardığı Canada Health Act'a kadar tüm eyaletlerde bu uygulamaya izin verilmekteydi. Bu tarihe kadar Ontariolu hekimlerin sadece %12'sinin ekstra faturalandırma yapmış olması, söz konusu hakkın aslında hekimler tarafından dikkatle, temkinlilikle kullanıldığını gösteriyordu. Ontariolu hekimlerin 1986 grevi, 15.000 hekimin %75'inin muayenehanelerini kapatmaları, hastanedeki görevlerine gitmemeleri, 228 hastanede seçmeli (isteğe bağlı) ve acil olmayan cerrahi işlemleri iptal etmeleri⁴ ve nihayet o zamana kadar benzerine rastlanmamış bir eylem biçimi olarak eyalet kapsamındaki çeşitli acil ünitelerini kapatmaları şeklinde gerçekleşmişti. Grev, 7 Temmuz 1986'da "Bill 94" yürürlüğe girdikten 2 hafta sonra sona erdi. Fakat OMA, korkusuzca yeni bir strateji geliştirdi ve grevler belirli hastanelerde dönüşümlü olarak sürdü ve yeni tedavi ücreti teklifleri liste haline getirildi. OMA bütün doktorlardan, görevleri sırasında belirli bir zamanı hastalarına grevin nedenlerini anlatmaya ayırmalarını istemişti. OMA ancak 1986 Eylül'ünde yumuşayarak Ontario Hükümeti ile görüşmeyi kabul etti. 26 Haziran 1987'de OMA ve Eyalet Hükümeti, yeni bir ücret tarifesi üzerinde uzlaştılar.⁵

Kore'de 2000 yılında yaşanan 4 aylık hekim grevi de, sağlık alanındaki iki meslek grubunu (hekimler ve eczacılar) karşı karşıya getirmesi bakımından ilginçtir. Hekimler, bizzat ilaç satma yetkilerini ortadan kaldıran yeni bir yasayı protesto etmek üzere greve gitmişlerdi. Çünkü hekimlerin ilaç satabilmeleri ile elde ettikleri gelir, gelirlerinin yarısını oluşturacak kadar yüksekti. Öte yandan pek çok uzman, Kore'de antibiyotiklere direnç oranının dünya üzerindeki en yüksek oranlardan birine tekabül etmesini, hekimlere ilaç satma hakkı verilmesi ile bağlantılandırıyorlardı. Hekimler, yeni yasal düzenleme nedeniyle gelir kaybına uğradıklarını, bu mağduriyetlerinin giderilmesi için konsültasyon ücretlerinin yükseltilmesini, eczacıların da reçetesiz ilaç satmalarına daha ağır para cezası uygulanmasını talep etmişlerdi. Bu grev, Korean Medical Association'ın tarihindeki ilk grevdi ve grevin doruğa ulaştığı sıralarda meslek birliği üyesi 70 000 hekimin tümü greve katılmış durumdaydı. Grev süresince acil cerrahi, yoğun bakım ve doğuma yardım dışındaki tüm tıbbi müdahaleler ertelenmişti.⁶

2000'li yılların başlarında Amerika Birleşik Devletlerinde malpraktis sigorta bedellerinin yükseltilmesi, fakat geri ödemelerin süruncemede bırakılmasının yarattığı kriz, 2003 yılı başlarında Amerika Birleşik Devletleri'nde Florida, Missisipi, Pennsylvania, Batı Virginia ve New Jersey'de hekimler greve gitmesine yol açmıştı. Batı Virginia'da hekimlerin greve katılımı birkaç düzine hekim ile sınırlı kalırken, New Jersey'deki hekim grevine katılım yüksek olmuş, binlerce hekim greve gitmişti.⁷ New Jersey'deki 20 000 hekimin çoğu, ülkede doktorlar tarafından düzenlenen şimdiki kadarki en büyük grevlerden biri olan bu eylemde hafta boyunca rutin check-

⁴ Freed K: Ontario Doctors Strike Over Bill to Ban Fees Above Insurance Rates. Los Angeles Times, 30 May 1986. URL: http://articles.latimes.com/1986-05-30/news/mn-8235_1_doctors-strike (Erişim Tarihi 2. 5. 2010)

⁵ Meslin EM: The Moral Costs of the Ontario Physicians' Strike. Hastings Center Report 1987, August: 11-14.

⁶ Jonathan W: Doctor's strike in republic of Korea likely to end. Bulletin of the World Health Organization 2000; (78) 12: 1478.

up'ları iptal edip, isteğe bağlı ameliyatları ertelemişler, acil servislerin önu hastalarla dolmuştu. Trenton'da yapılan, 4 000 doktorun katıldığı büyük mitinge, medya da epey ilgi göstermişti. Hekimlerin taleplerine karşı çıkan bir tüketici grubu olan The Foundation for Taxpayer and Consumer Rights tarafından yayılan e-posta mesajları, hekimlerin, fırlayan sigorta primleri nedeniyle avukatları, yasa koyucuları ve hastaları suçladıklarını gözler önüne sermişti. Hekimlerin gönderdiği e-postalarda avukatlar "kendilerini satanlar" ve "kan emiciler" olarak anılmakta ve greve katılmayı reddeden doktorlar da "grev kırıcılar" ve "parazitler" olarak suçlanmaktaydı. Bu kuruluşun yaydığı E-postaların birinde adını belirtmeyen bir doktor, meslektaşlarına reçetelerinde pahalı olmayan ilaçlara yer vermemelerini ve hastaları bir çok kez muayeneye gelmeye zorlamak için daha az reçete yazmalarını önermişti. Avukatlara, yasa yapıcılara ve onların ailelerine sağlık hizmeti vermeyi reddetmek gibi bazı fikirler ileri sürülmüşse de bu görüşler anında reddedilmişti.⁸

Hollanda'da 2005 yılında yaklaşık 7 500 genel pratisyenin %90'ı, sağlık sigortası şirketleri arasındaki rekabeti artırmaya yönelik planların birinci basamak sağlık hizmetlerine zarar vereceği kaygısıyla ülke çapında greve gitmiş, üç gün boyunca elektif operasyonlar ve ev ziyaretleri durdurulmuş, acil olgulardan gelen telefon çağrıları hastanelere yönlendirilmiş, sadece gönüllü grevciler ağır hastalara hizmet sunmaya devam etmişlerdi. Bu protesto ile aynı zamanda, genel pratisyenler için hasta başına aldıkları ücretlerin azalması ve gelirlerinin %6'sının sigorta şirketlerine gitmesi anlamına gelen yeni yasal düzenlemenin değiştirilmesi talep edilmişti.⁹

Hekim grevinin ilk örneğini 1977 yılında yaşayan Federal Alman Cumhuriyeti'nde (Almanya tarihinde Weimar Cumhuriyeti döneminde 1923 Aralığı ile 1924 Ocağı sürecinde bir hekim grevi yaşanmıştı) 2006 yılında 10 eyaletin çeşitli kentlerinde 20 bin dolayında doktor, daha iyi ücret ve çalışma koşulları sağlanması talebiyle hekim grevlerinin en büyüklerinden birini gerçekleştirdi. Almanya'da doktorların grevi, 7 haftadır süren hemşire, çöpçü, yol bakım çalışanları gibi kamu sektöründeki diğer görevlilerin grevine eklenmiş bir grevdi. Hekimler, haftada 70-80 saate ulaşan iş yüklerinin 48 saate indirilmesini istiyorlardı. Görevli ve Memur Hekimler Birliği Marburger Bund [Verband der angestellten und beamteten Ärztinnen und Ärzte e.V. Marburger Bund]'un o zamanki Başkanı radyolog Dr. Frank Ulrich Montgomery, sağlık hizmetlerinin mevcut yüksek kalitesinin korunabilmesi için yüksek vasıflı, yüksek maaş alabilen, işine bağlı ve aşırı iş yükü altında ezilmeyen doktorlara ihtiyaç duyulduğunu, bu vasıfların korunabileceği bir tıp sistemi için greve gittiklerini vurgularken, resmi yetkililer hekimlerin greve gitmesini sorumsuzluk olarak niteliyorlardı.¹⁰

2006 yılı hekim grevlerinden biri de Zimbabwe'de yaşanmıştı. Bu grev, Zimbabwe'de yaşama geçirilmiş bir dizi hekim grevinin sonuncusuydu: 2006 Aralık ayında başladı, 2007 Nisan ayı biterken sona erdi. Hekimler, yüksek enflasyon oranı karşısında maaşlarının erimesinden, bu yüzden meslektaşlarının dış ülkelere gitmek zorunda kalmalarından yakınıyorlardı. Grevci hekimler ve hemşireler, grev süresince sadece kritik vak'alarla ilgileneceklerini açıklamışlardı.¹¹

⁷ Fiester A: Physicians and Strikes: Can a Walkout Over the Malpractice Crisis Be Ethically Justified? The American Journal of Bioethics 2004, 4 (1):W12.

⁸ Jacobs A: Anatomy of a Strike: Doctors' E-Mail Shows Depth of Anger. The New York Times, 10 March 2003. URL: <http://www.consumerwatchdog.org/patients/articles/?storyId=11949&index=6219> (Erişim Tarihi 12.5.2010)

⁹ Sheldon T: Dutch GPs strike over reforms. BMJ 2005; 330:1287.

¹⁰ Richter P: German doctors strike: Verdi trade union continues its strike-breaking role. URL: <http://www.wsws.org/articles/2006/aug2006/doct-a09.shtml> (Erişim Tarihi: 2.4.2010) Clare C: Health reforms further anger Germany's striking doctors. Lancet 2006; 367 (9518): 1229-1230.

Polonya'da 2007 Mayıs'ında 200'den fazla hastanede hekimler süresiz grev kararı aldılar. Doctors' Trade Union of Poland OZZL'ye göre, hekim maaşlarının yükseltilmesi talebi ile başlatılan bu greve, hekimlerin 2/3'ü katılmıştı. Greve giden hekimler, acil vak'alarla derhal ilgilenenекlerini taahhüt ettiler. Polonya'da hekim ücretleri, diğer mesleklerdeki ücretlere kıyasla oldukça düşüktü ve internet üzerinden yürütülmüş bir anket, hekimlerin saat ücretinin yaklaşık 2,66 EU, bir temizlikçinin saat ücretinin ise 3 EU olduğunu ortaya çıkarmıştı. Hekimler, masraflarını karşılayabilmek için pek çok saat mesaiye (hastanelerdeki görevlerinden sonra, özel kliniklerde gece nöbeti tutmak) kalmaları gerektiğinden yakınıyorlardı. *'Bu durum, Avrupa Birliği belirlemeleri ile taban tabana zıt' diyordu bir hekim: 'Eğer Avrupa Birliği'nde bir TIR şoförünün çalışma saati sınırlı ise, aynı hekim için de geçerli olmalıdır. Çünkü hali hazırda bir anesteziist, 30 saat çalışmanın üzerine bir hastanın hayatının sorumluluğunu alabiliyor!'*¹²

Türkiye'de de hekimlerin meslek birliklerinin çatı organizasyonu olan Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi, seksenli yılların sonu, doksanlı yılların başında "beyaz eylemler" adı altında uyarı grevi ve diğer protesto eylemi kararları almıştır. Bu eylemler: 1. Ücret, 2. İş güvencesi, 3. Sağlık hakkı başlıklarında toplanabilecek sorunların çözümü talebiyle yapılmıştır. Yakın dönemde Türk Tabipler Birliği, başta ücretlerin azlığı olmak üzere başka sorunları da gerekçe göstererek, hekimlere 5 Kasım 2003, 24 Aralık 2003 ve 10-11 Mart 2004 tarihlerinde eylem çağrısında bulunmuştur. Bu çağrı ile aşağıdaki eylem biçimleri yaşama geçirilmiştir: 1. Poliklinik hastası kabul etmeyerek sadece acil servis hizmeti vermek, 2. Poliklinik hastası kabul etmekle birlikte, muayene-teşhis-tetkik-tedavi sürecini mümkün olduğunca uzatarak akışı yavaşlatmak, 3. Normal iş akışında ve hasta kabulünde değişiklik yaratmamak, fakat öğle tatilinde "alkışlı-basın açıklaması" şeklinde sorunlara dikkat çekmek, 4. Bölgesel mitingler yapmak, 5. Reçete yazımında bazı kısıtlamaya gitmek.¹³

Türkiye'de Tıp Günü olarak kutlanan 14 Mart 2007'de uygulanan grev sırasında: 1. Birinci basamak sağlık hizmeti sunan birimler dahil olmak üzere, acil tanı ve tedavi endikasyonu olan hastaların bakımının aksatılmaması, eylem süresince acil servislere polikliniklerde görevli hekimlerin destek vererek buradaki hizmeti takviye etmesi, 2. Çocukların, hamilelerin, diyaliz hastalarının, yoğun bakım hastalarının ve kanserli hastaların acil olmasa bile her türlü tıbbi tedavisinin aksatılmadan sürdürülmesi, 3. Servislerde yatarak tedavi görmekte olan hastaların her türlü tıbbi işleminin aksatılmadan yürütülmesini sağlayabilecek sayıda sağlık personelinin, mesai dışı sürelerde (gece ve hafta sonu nöbetleri, vb.) olduğu gibi servislerinde hazır bulunması, 4. Bütün hekimlerin eylem boyunca hasta ve hasta yakınlarına eylemin amacını açıklaması, 5. Hastane bahçesi ve binasında hastaların üzüntülerine hürmet etmeyen gürültülü gösteriler yapılmamasına özen gösterilmesi, 6. Bu hususların Tabip Odası Yönetim Kurulu üyeleri ve her birimdeki Tabip Odası temsilcileri tarafından denetlenmesi ve eylemin belirlenen çerçevede kalmasının sağlanması kararı alınmıştır.¹⁴

Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanı Dr. Füsün Sayek (1947-2006), hekim grevi başlığı altında incelenebilecek hekim eylemlerini, *"insanca bir yaşam ve nitelikli sağlık hizmeti sunabilmek"* amacıyla yaptıklarını belirtmiş; *"Biz bunu, halkımız adına talep ediyoruz, bu bi-*

¹¹ Zimbabwe doctors and nurses strike over pay. Christian Today, December 30, 2007.

¹² URL: www.aerzteblatt-studieren.de (Erişim Tarihi:21. 05. 2007)

¹³ Altan S: Hekimlerin grev ve iş yavaşlatma biçimindeki eylemleri etik açıdan haklı görülebilir mi? Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi 2004; (13)1: 203.

¹⁴ Türk Tabipleri Birliği: Sağlık Hakkı, Özlük Hakkımız, İş Güvencemiz, Mesleki Onurumuz İçin Beyaz Eylemler Broşürü. İstanbul 2007.

zim görevimizdir” demiştir. Türk Tabipler Birliği Başkanı’nın sözleri, hekimin topluma karşı sorumluluğu vurgusunu içermektedir. Ankara Tabip Odası Başkanı Prof. Dr. Sinan Adıyaman da *“Hastaların sadece suratlarına bakmakla yetinmemek, hastaları muayene edebilmek, her insanın sağlıklı yaşam hakkına hizmet etmek”* istediklerini söyleyerek, hastaya daha yararlı olacakları şartların sağlanmasını amaçladıklarını belirtmiştir. Görüldüğü gibi, meslek birliği ve meslek odası başkanları, kamuoyuna, hekimlerin grev ve benzeri eylemlerinde tek hedeflerinin maaş artışı olmadığını anlatmaya çalışmışlardır.¹⁵

2008 yılı Ocak ayında Peru’da da hekim grevi yaşanmış, Medical Federation of Peru Başkanı Dr. Julio Vargas, hekimlerin %95’inin (yaklaşık 18 000 hekim) katıldığı grevin acil servislerle yoğun bakım servislerini kapsamadığını belirtmiştir. Burada hekimler, ücretlerde vaadedilen artışın sağlanmamasına, malpraktis açısından sigortalanma zorunluluğu getirilmesine ve halk sağlığına yeterince eğilinmemesine etiraz etmek üzere greve gitmişlerdi. Peru Sağlık Bakanı Hernan Garrido-Lecca hekimleri, *“Grevin en çok fakir kişilerin sağlık hizmeti almasını engellediği”* konusunda uyardı. Medical Federation of Peru Başkanı Dr. Julio Vargas ise, bu eylem biçimini yeğlemek zorunda kalmaktan üzüntü duyduklarını, eylem süresince acil odalarının, yoğun bakım ünitelerinin çalıştırılacağını, Hükümetin daha önce verdiği sözleri tutmamasının bu duruma yol açtığı açıklamasında bulunmuştu.¹⁶

Yukarıdaki örnekler, uzun sürebilmiş, acil servis hizmetlerinin durdurulmasını bile içine alabilmiş örnekler yanında, Türkiye’de olduğu gibi, uzatılamamış, adeta sembolik denecek şekilde günlük grevler yapıldığını göstermektedir.

III. Hekim grevlerinin istenmeyen sonuçları

Hekim grevlerine ait bu örnekler, hekimlerin genellikle daha iyi ücret, daha uygun çalışma şartları (örn. daha az haftalık çalışma saati) gibi, kendi yaşam koşullarının iyileşmesine yönelik, verecekleri hizmetin kalitesini de olumlu yönde etkileyecek kişisel taleplerle greve gitmeleri yanında, sadece sağlık sisteminde yaratılmaya çalışılan olumsuzluklara karşı çıkmak için de grev yaptıklarını göstermektedir.

Malpraktise yönelik sigorta bedelleri çok yüksek olmasına karşın, geri ödemelerde sorunlar yaşanması ya da hekimlerin düşük aylıkları, aşırı iş yükü, haftalık çalışma sürelerinin uzunluğu gibi çalışma koşullarının olumsuzluğu, ya da sağlık sisteminde hastaların ve genel olarak toplumun zarar göreceği yeni düzenlemelere gidilmesi, elbette ciddi ve hekimlerin, karşı çıkmalarını zorunlu hale getiren durumlardır. Ancak bu sorunlara grev aracılığıyla tepki göstermek haklılık taşır mı? Hekimler, böyle bir eylem biçimini benimsemeliler mi? Hekimler sorunlarına dikkat çekmek için greve giderlerse, hastaları bundan ne yönde etkilenir ve neler kaybeder? Hekimlerin grev yapması, toplumda şu endişeleri uyandırmaktadır:

- Hekim grevi, hastalara zarar verir.
- Hekimlerin grev yapması, halkın hekimlik mesleğine saygısını sarsar, hekim-hasta ilişkisi zedelenir.
- Hekim grevleri, maddi zarara yol açar.

¹⁵ Altan S: Hekimlerin Grev ve İş Yavaşlatma Biçimindeki Eylemleri Etik Açısından Haklı Görülebilir mi ? Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi Dergisi 2004; (13)1: 204.

¹⁶ (Anonymus): Doctors go on strike in Peru URL: <http://noticias.notiemail.com/noticia.asp?nt=11876785&cty=200> (Erişim Tarihi: 12.5.2010)

Hekimlerin grev yapmaları bu endişelerle karşılanıyorsa, bu endişelerin gerçeklerle ne denli örtüştüğüne bakmak gerekir.

III. a) Hekimlerin grev yapması hastalara zarar verir mi?

Hastaya zarar vermek, onu fiziksel olarak yaralamaktan başlayıp, onda psikolojik stres ve endişeler yaratmaya, ağrı ve ızdıraplarının giderilmeyip uzatılmasına, tıbbi bakımın pahalalanması yoluyla bu bakıma ulaşma olanaklarını azaltmaya varıncaya kadar çeşitli şekillerde olabilir. Hekimin grev yapmasıyla hastaya verilen zarar, bunlardan hangisi ya da hangileridir? Hekim grevinin uyandıracığı en hafif olumsuz etki, hastanın hizmete ulaşma güçlüğü yaşamaması, bu nedenle endişe duyması, bu endişenin hasta yakınlarına da acı vermesi olacaktır. Grev aracılığıyla verilecek zararın en büyüğü ise, hastanın gereksinim duyduğu tedaviye ulaşamaması nedeniyle ölmesi ya da yaralanması olabilir.¹⁷

Hekim grevlerinin hastalara verdiği zararı ortaya koyan kapsamlı araştırmalar yapılmamıştır, dolayısıyla bu konuda geniş istatistikî verilere dayanmak mümkün değildir. Hekim grevlerinde acil ünitelerinin kapatıldığı örneklerin çok nadir olduğu, grev yapılan sağlık kurumlarında eylemi örgütleyenlerin, eylem biçimi olarak daha çok iş yavaşlatmayı seçtikleri ve yardıma gerçekten acilen gereksinimi olanların gereksindikleri hizmetleri almaları için dikkatli, titiz bir çaba harcadıkları bilinmektedir. Örneğin 2006 yılında Almanya'daki hekim grevinde, greve gidilen yerlerden biri olan Tübingen Üniversitesi Kliniği'nde her sabah, çeşitli dalların temsilcisi profesörler ile grevcilerin temsilcilerinden oluşan bir komisyon toplanarak, acil, ertelenemeyecek ameliyata gereksinimi olan hastaları belirlemiş, bu kişilere gerekli tıbbi yardımda bulunulmuştu. Jena'da da grev öncesinde hekim birliği ile klinik yönetimi arasında acil durumlar konusunda bir anlaşma yapılmıştı. Burada da Tübingen'de olduğu gibi ameliyat programlarının kliniklerle birlikte oluşturulduğu, grevdeyken yapılacak ameliyatlara belirlemede "oldukça bonkör" davranıldığı ileri sürülmüştür. Jena Üniversite Hastanesi sözcüsü anesteziyolog Dr. Mark Simon "*Örneğin kanser hastalarının ameliyatlarının yapılmaya devam edeceği konusunda netiz. Kimsekin sağlığı, grev nedeniyle tehlikeye girmedi ve girmeyecek!*"¹⁸ sözleriyle hastaların sağlığını riske etmemek için duyarlı davrandıklarını vurgulamıştı. Almanya'da hastanelerde çalışan hekimlerin 2010 yılında yaptıkları grevde hekim örgütü, hastanelerde bakılmadığını ileri sürecek hastaların sayısının artmaması için bir çözüm önermişti: "*Hastalarımızı uzun süreler bekletmemek için, serbest çalışan bütün meslektaşlarımıza şu çağrıda bulunuyoruz: Hastanelerde sürmekte olan grevi göz önüne alarak hastanelere gereksiz sevkler yapmayın!*"¹⁹ Marburger Bund Başkanı Dr. Rudolf Henke, grevlerinin sınırlarını şöyle tarif etmişti: "*Grev sırasında hizmet, hafta sonları seviyesine inse de klinikler çalıştı. Acil hizmeti ise her zaman verildi.*"²⁰

Hekim grevlerinde ilke olarak acil üniteleri, diyaliz üniteleri, onkoloji bölümü, yoğun bakım üniteleri, obstetrik ve neonatal üniteleri işler durumda bulundurulsa da, greve duyarsız kalındığında bazen hekimlerin hizmet spektrumunu daraltma yoluna gidebildikleri de görülmüştür. Örneğin 2000 yılında Kore'de yapılan hekim grevinde uzlaşmaya varılmadığında grevciler için-

¹⁷ (Anonymus): Six children die in Hyderabad as doctors strike work. The Times of India, 3 Dec 2007.

Neuber HC: Ethik im Arbeitskampf: Dürfen Ärzte streiken? Deutsches Ärzteblatt 103, Ausgabe 28-29 vom 17.07.2006, Seite A-1996 / B-1716 / C-1660.

¹⁸ Bkz. Dipnot1.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Jonathan W: Doctor's strike in Republic of Korea likely to end. Bulletin of the World Health Organization 2000; (78) 12: 1478.

de yer alan pratik yıl yapmakta olan hekim adaylarının %80'i, acil vak'alara bile bakmayı red-detmişlerdi.²¹ Ontario'daki grev sırasında basına yansımış ve doğrulanmış iki habere göre acil üniteleri kapatıldığında kafası ve kalçasından yaralanmış bir genç erkek, acil ünitesinde 12 saat bekletilmiş, yine kapatılmış bir acil servisin kapısından çevrilen hamile kadın da düşük yapmıştı.²²

Hekim grevlerinin hastalara zarar verdiği dair pek çok örnek verilmektedir. Örneğin Zimbabwe'de 2006 Aralık ayında başlayan, 2007 Nisan ayı biterken sona eren, hekim ücretlerinin yükseltilmesi amacıyla yapılan grevde insani yardım örgütleri, bu süre içerisinde onbinlerce HIV-pozitifin, almaları gereken ilaçlar için reçete yazdıramadıklarına, oysa bu süreçte ilaçların mevcut, yani hekimlerin reçete yazmaları durumunda ulaşılabilir olduğuna dikkatleri çekmişlerdi.²³

Hekim grevine yöneltilen "zarar verme" suçlamalarının bir boyutunu da "anlamsız yere acı çekilmesine neden olmak" suçlaması oluşturur, ki tıp etiği tartışmalarında "gereksiz yere acı verme" en çok sorgulanan durumlardan birisidir. Örneğin bir hastanın ameliyatı yaşamsal aciliyette olmayabilir, fakat ameliyatın grev nedeniyle haftalarca ıleriye atılması, onun çekeceği acıları artıracaktır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri 2003 Batı Virginia hekim grevinde travma hastaları 90 mil uzaktaki bir hastaneye sevk edilmek zorunda kalmışlardı.²⁴ Yine aynı grevde hastaların gereksiz yere acı çekmelerine bir örnek olarak, böbrek taşının yarattığı tıkanıklıktan yakınması olan bir erkek hastanın, doktoru ona yardım etmesi için komşu eyaletten bir doktor buluncaya kadar ciddi ağrılar çektiğinden söz edilmişti.

İsrail'de 1983 yılında yapılan doktor grevlerinin hastalar üzerindeki etkilerinin araştırıldığı bir çalışmada, grev süresince akut apandisit olgularına, grev yapılmayan döneme göre "erteleyici" şekilde yaklaşıldığı saptanmıştır.²⁵ Finlandiya'da 1984'deki grevin etkilerine ilişkin yapılan bir başka çalışmada, grev süresince yapılan rutin hasta müracaatlarının %70, acil müracaatların ise %55 oranında azaldığı, grev sonrasında ise müracaatların grev öncesindeki normal başvuru oranına göre %40 arttığı anlaşılmıştır. Bu saptama, grev süresince hastanın hekime ulaşma gereksiniminin baskılandığını ortaya koymaktadır.²⁶

Grevlerin umulanın aksine hastalara zarar vermediği, inandırıcı bulunsa da iddia edilmiştir: Bu iddialardan bazıları Kaliforniya'da 1976 yılında hekimlerin yaptığı 5 hafta süreli grev sırasında, Los Angeles kentinde haftalık ölüm oranı 100 binde 19.8 iken 16.2'ye düşmesi ve grevin bitmesinden sonraki hafta bu oranın 20.4'e çıkmış olmasıdır.²⁷ Yine 1976 yılında Bogota'da hekimlerin 52 gün süren grevleri sırasında ölüm oranının %35 düştüğü, İsrail'de 1973 yılında yapılan bir ay süreli hekim grevinde ölümlerin %50 oranında azaldığı ileri sürülmüştür.²⁸ İsrail'de 2000 yılında yapılan hekim grevinde, grevin sürdüğü ayda gerçekleşen ölüm vak'alarının

²¹ Meslin EM: The Moral Costs of the Ontario Physicians' Strike. Hastings Center Report, August 1987: 14.

²² (Anonymus): Aertzestreich beendet. 30.4.2007. URL: <http://www.aerzteblatt-studieren.de/doc.asp?docId=105455> (Erişim Tarihi: 12.5.2010)

²³ (Anonymus): Officials Want W. Va. Surgeons Back. Say Governor Will Unveil Malpractice Ins. Reform Plan. CBS News, 3 Februar 2003. URL: <http://www.cbsnews.com/stories/2003/01/01/national/main534939.shtml>

²⁴ Ellencweig AY, Ginat-Israeli T: Effects of the Israel physicians' strike on the treatment and outcome of acute appendicitis in Jerusalem. Isr J Med Sci 1990; 26 (10): 559-63.

²⁵ Aro S, Hosia P: effects of a doctors' strike on primary care utilization in Varkaus, Finland. Scand J Prim Health Care 1987; 5: 245-251.

²⁶ URL: <http://www.psikolojikdanisman.org/modules/icontent/index.php?page=1365> (Erişim Tarihi 2.4.2010)

²⁷ Mendelssohn RS: Confessions of a Medical Heretic. Chicago 1979.

²⁸ Siegel-Itzkovic J: Doctors's strike in Israel may be good for health. BMJ 2000; 320: 1561.

üç önceki yılın aynı ayına kıyasla oldukça düşük olması, British Medical Journal'da "İsrail'deki hekim grevi, sağlık açısından belki de iyi" başlıklı bir habere konu olmuştur.²⁹

Bu ilginç veri, akla Dr. Hans Halter'in modern tıbbı daha 1989 yılında çarpıcı biçimde eleştirdiği sözlerini getirmektedir: *Birçok hekimin bulunduğu, hastaneler akımından zengin bölgelerde yaşayan insanlar, çabucak hastalara dönüşüyor, daha sık ameliyat geçiriyor, daha çok yan etkisi olan ilaçlar kullanıyor ve istatistiksel ortalamaya göre de daha erken ölüyorlar!*"³⁰

Bugüne kadar hekim grev ve iş yavaşlatmalarında korkulan ölçekte bir zarar saptanmamış olması, ilerideki grevlerde büyük çaplı olumsuz sonuçlar doğmayacağını elbette garantilememektedir. Bugüne kadarki grevlerde ölüme yol açan durumlarla karşılaşılmanın, ilerideki grevlerde daha çok ve daha çeşitli dallardan hekimi greve katılma konusunda cesaretlendirebileceği üzerinde de durulmalıdır.

3.b) Hekimlerin grev yapması, halkın hekimlik mesleğine saygısını sarsar ve hekim-hasta ilişkisini zedeler mi?

Hekim-hasta ilişkisinde güven sağlanmadan ve pekiştirilmeden, hekim ile hasta arasında değerlere dayandırılmış bir ilişki kurulamaz. Hekim-hasta ilişkisi, ancak her iki tarafın birbirine güveni ölçüsünde güçlüdür. Bu güven zarar görürse, pozitif bir ilişkinin altyapısı zarar görmüş olacaktır. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında, hastanın nezaket görmeye, saygıya, ayrımcılık yapılmamasına, sorularına ilgi ile yanıt verilmesine, bakım gereksinimlerinin zamanında karşılanmasına hakkı olduğu vurgulanır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme, özen gösterme borcuna dayalı bir söz vermedir. Özen gösterme yükümlülüğünü çiğnemenin, örneğin yapılacak bir ameliyatı ertelemenin, muayene için verilen randevuyu iptal etmenin makul nedenleri olmalıdır. Hastaların ve yakınlarının makul bulacakları nedenler arasında şunlar yer alabilir: Hekimin bir başka hastanın daha acil olan durumuna müdahale etmek zorunda kalması, hekimin hastalanması, kişisel ya da ailesel ciddi nedenli bir aciliyet vb. Böyle durumlarda verilmiş sözün tutulamamış olması anlayışla karşılanabilir. Ama hekimlerin maddi çıkarları için greve gitmeleri, genelinde aynı anlayışı görmemektedir: *"Doktor hiç grev yapabilir mi? Ama yaptıklarını gördük. Boy boy ilanlar dağıttılar. Televizyonlar, gazeteler gösterdi. Bir işçi, bir memur, bir şoför grev yapabilir ama doktor 'Maaşım az, ben de hasta bakmıyorum o zaman!' diyemez. İnsan hayatı söz konusu. İnsan hayatını parayla ölçebilir misiniz?"*³¹ Bu sözler Türkiye'de 2005 yılında söylenmişti. Bir çok vatandaşın da hekim grevlerini değerlendirirken, hekimlerin daha iyi iş koşulları taleplerini haklı buldukları, ama abartılı bir maaş artışı talebinde bulunmalarını onaylamadıkları görülmüştür: *"Daha iyi çalışma koşullarına evet, %30 zam talebine hayır!"*³² Zimbabwe'de 2006 yılında yapılan hekim grevi sırasında 7 yaşındaki oğlunu hastaneye getiren anne de *"Oğlum, maaş pazarlığı nedeniyle bakılmayacak mı?"* diye dile getirmişti isyanını.³³

Hekimlerin maaşlarının artırılması talebini aç gözlülük olarak niteleyenler, haftada 50-60 saat çalıştığını belirten genç bir hekimin şu sözlerine kulak vermelidir: *"Grev, benim için sağlık*

²⁹ Hackethal J: Der Meineid Hippokrates. Bergisch Gladbach 1992, S. 168.

³⁰ (Anonim): Vatandaş hekimler için ne düşünüyor? Medimagazin 6.6.2005, URL: <http://www.medimagazin.com.tr/mm-vatandas-hekimler-icin-ne-dusunuyor-h-33183.html> (Erişim Tarihi 2.4.2010)

³¹ (Internet-Forum): Parteien on-line: Streik der Krankenhausärzte. URL: <http://www.parteien-online.de/forum/gesundheitspolitik/47-streik-der-krankenhausaerzte.html> (Erişim Tarihi 2.4.2010)

³² (Anonymus): Zimbabwe doctors and nurses strike over pay. Christian Today, December 30, 2007.

³³ (Anonymus): Ärzte Streik an der Charite. Wir sehen uns in England. URL: <http://www.sueddeutsche.de/politik/aerzte-streik-an-der-charite-wir-sehen-uns-in-england-1.298606> (Erişim Tarihi: 1.3.2010)

*hizmetlerinin kurumdaki yapısının değiştirilmesi talebimiz bakımından önemli. Yoksa bu meslekten zengin olunmayacağını uzun çöktandır biliyoruz.*³⁴

Sağlık hizmetlerinde işi yavaşlatma, farklı kültürlerde farklı boyutta tepkilere neden olabilmektedir. Örneğin Türkiye’de hekime yönelik şiddetin nedenleri araştırıldığında, ameliyatı ertesi güne ertelenen yoksul kesimden hastaların yakınlarının böyle tepkiler verebildikleri görülmüştür. Bu tepkinin ilk bakışta akla gelmeyecek bir nedeni vardır. Kırsal kökenli yoksul hastaların ameliyat olacakları gün, tüm yakınları (oldukça geniş akraba çevresi) hastaneye gelmekte ve ameliyatın sonucunu öğrenene kadar hastanede beklemektedirler. Ameliyatın ertelenmesi, onların tekrar hastaneye gelmelerini gerektirecektir, ki bunun için tekrar yol parası harcamaları onlar için güç, belki de mümkün değildir.³⁵

Hekimlik, insan yaşamını korumaya ve insanın sağlığına hizmet etmeye adanmışlık misyonuna sahiptir. Bu misyon, hekimlerin mesleğe adım atarlarken ettikleri yeminlerde ifadesini bulur. Günümüzde evrensel hekim yemini niteliği taşıyan, Dünya Hekimler Birliği (World Medical Association) 1948 Cenevre Hekim Yemini metninde, “*Hekimlik mesleğine kabul edilirken, coşku içinde yemin ederim ki, yaşamımı insanlığa hizmete adayacağım.*” ifadesi yer alır. Toplum, hekimlerin, insanların sağlıklarını korumak, yaşamda kalmalarını desteklemek ideali ile bu mesleğe yöneldiklerini ve bu ideale her koşulda bağlı kalacaklarını varsayar. Grevci hekim tipi, toplumun varsaydığı, insan sağlığına hizmete kendini adanmış hekim tipi ile çelişmektedir. Bu nedenle hekim grevleri genellikle “sorumsuzluk”, “hayal kırıklığına uğraticı” nitelermeleri ile karşılanmaktadır.

Grev kararı alan tüm Hekim Birlikleri, mesleğe duyulan güvenin zarara uğramasını olabildiğince engellemek için üyelerine, grev boyunca hastalara grevin nedenlerini anlatma çağrısında bulunur. Çünkü hekimler, grev yapma nedenlerini topluma anlatmada başarı kazanabilirlerse, destek de alabilmektedirler. Örneğin Almanya’da 2006 yılında yapılan hekim grevinin tartışıldığı internet forumlarından birinde bir vatandaşın “*Ben böyle düşünüyorum. Doktorların daha fazla paraya ihtiyacı var. Ben bu grevi haklı buluyorum. Bir çalışan olarak ben, bir şeyi yanlış yapmam düzeltebilirim. Ama hekimin böyle bir şansı yok!*”³⁶ sözleriyle dayanışmacı bir yaklaşım sergilemesi örneğinde olduğu gibi.

Hekimler ve sağlık çalışanlarının grev türündeki bir eyleme kolaylıkla yönelmedikleri, onların da mesleki saygınlıklarının zedelenmesi konusunda kaygı duydukları açıktır. Almanya’da 2007 yılında yayınlanan bir araştırmada, greve katılan hekimlerin %54,8’i (özellikle cerrahi bölümlerde) yöneticileriyle ilişkilerinin güçleştiğini belirtirken, %85,5’i meslektaş ilişkilerinin bu süreçte güçlendiğini, %47,2’si ruhsal, %25,5’i bedensel bakımından kısıtlandıklarını hissettiklerini ifade etmişlerdir. Cerrahi alanlarda çalışanlarla kadınların bu kısıtlanmayı daha çok hissettiklerini vurgulamışlardır. %36’sında artan bir agresiflik saptanmış, %13,6’sında alt seviyede de olsa depresif belirtiler görülmüştür.³⁷

Türkiye’de gelirinden çok ciddi yakınmaları olan bir sağlık çalışanı (hemşire), sağlık çalışanlarının greve gitmelerinden duyduğu huzursuzluğu şöyle dile getirmiştir: “*Olur mu öyle şey? Benden bu kadar, diyerek işimi aksatabilir miyim? İş yavaşlatma şeklinde grev yapabilir mi-*

³⁴ Türk Tabipleri Birliği&İstanbul Tabip Odası (Hgg.): Hekime Yönelik Şiddet Çalıştayı. İstanbul 2009, S. 17.

³⁵ (Internet-Forum): Parteien on-line: Streik der Krankenhausärzte. URL: <http://www.parteien-online.de/forum/gesundheitspolitik/47-streik-der-krankenhausaerzte.html> (Erişim Tarihi 2.4.2010)

³⁶ Teufel M, Matheis A, Sammet I, Zipfel S, Schrauth M: Ärztestreik 2006: Psychische und körperliche Belastungen streikender Ärztinnen und Ärzte. Deutsche Medizinische Wochenschrift 2007; 132: 1453-1458.

³⁷ Asena İ: Bu ülkede hemşire olmak. Vatan Gazetesi. 6. 6. 2005.

yim? Sabah ilaçlarını veririm, akşam ilaçları kalsın... Hastanın beş dakika sonra ne olacağı belli olmazki. İnsanla ilgileniyoruz, insan canından, sağlığından sorumluyuz. Ne kadar para, o kadar iş, denemez. İşlerin birazını yarına bırakırım, diyemezsiniz. Bu meslekte, aldığım para kadar çalışırım düşüncesi geçersiz. Parasal ya da meslekle ilgili diğer sorunlarımızın tartışma yeri, hasta odaları olmamalı...”³⁸

Grevlerin verdiği zararlardan birinin, toplumun hekime saygısının azalması olduğu iddiası karşısında, hekimin günümüzdeki saygınlığına gerçekçi bir şekilde gerekir. Saygınlığın en önemli komponenti güvenilirlik iken, tıpta madalyonun öteki yüzüne dikkat çeken isimlerden cerrah Hackethall, 1992 yılında *“Bize güvenmiyorlar!”* demiş olması, oldukça dikkat çekicidir.³⁹ Günümüzde “hekime yönelik şiddet”, ağır yaralama ve öldürme, hatta kaçırma olgularını da içeren evrensel bir sorun halini almıştır. Bir araştırmanın sonucu, İngiltere’de her üç hekimden birisinin şiddete maruz kaldığını ortaya koymaktadır.⁴⁰ Güney Nijerya kentlerinden Edo’da daha önce de yaşanan hekimlerin kaçırılması olaylarının son örneği, daha önce bu konuda yapılan protestoların etkisiz kalması üzerine grev nedeni olmuş, 2010 yılında Benin Üniversitesi Eğitim Hastanesi’ndeki 50 doktor, Hükümet yetkililerinden eylemlerinin zarar vereceği uyarısı almalarına karşın, meslektaşları bulununcaya kadar acil vak’alar dışında hasta bakmayacaklarını belirtmişlerdir.⁴¹

Türkiye’de de hekime yönelik şiddet artmış ve hekimin ölümüyle sonuçlanan olaylar yaşanmıştır.⁴² Bu gidişten tedirginlik duyan Türk Tabipleri Birliği ve İstanbul Tabip Odası, 14.02.2009 tarihinde “Hekime Yönelik Şiddet Çalıştayı” düzenleyerek, önlemlerin artırılması için çalışma başlatmıştır.⁴³ Yine Türkiye’de hekime yönelik şiddetin acı bir yönü, kadın hekimlerin, özellikle de genç olanlarının şiddete daha fazla maruz kalmalarıdır.⁴⁴ Kuşkusuz toplumun hekime duyduğu saygının erezyona uğramasında, nadir örnekler olan hekim grevleri değildir. Bu olumsuzluğa yol açanların, neoliberal ekonomi politikaları, yani her şeyin ve herkesin bireysel çıkarlar uğruna araçlaştırılabileceği anlayışı olduğu açıktır.

3. c) Grevler maddi zarara yol açar mı?

Hastaneleri çalışamaz hale getirme, hastane işletmecisi konumundaki özel yada resmi mercileri zarara uğratar. Parasal kayba örnek olarak 1976 Ocak ayında Los Angeles’da hekimlerin greve gitmesinin, 17, 5 milyon USD gelir kaybı yanında, hastane personeline boşuna ödenen 8,5 milyon USD’ a mal olduğu hatırlanabilir.⁴⁵ 2003 yılında Amerika Birleşik Devletleri Batı Virginia’daki hekim grevinde hastaların gereksiz yere acı çekmelerine bir örnek olarak, böbrek ta-

³⁸ Hackethall J: a.g.e., S.22.

³⁹ Marsted G: Gewalt gegen Ärzte: Jeder dritte Mediziner in England wurde im letzten Jahr körperlich bedrängt oder beleidigt. Forum Gesundheitspolitik, 10.1.2008. URL: <http://www.forum-gesundheitspolitik.de/artikel/artikel.pl?artikel=1090> (Erişim Tarihi 2.5.2010)

⁴⁰ (Anonymus): Nigeria doctors strike after kidnapping of colleague. URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/8610250.stm> (Erişim Tarihi: 2.4.2010)

⁴¹ Ayrancı Ü: Violence toward health care workers in emergency departments in west Turkey. The Journal of Emergency Medicine 2005; 28(3): 361–365.

⁴² Türk Tabipleri Birliği&İstanbul Tabip Odası (Hgg.): Hekime Yönelik Şiddet Çalıştayı. İstanbul 2009.

⁴³ Ayrancı Ü; Yenilmez Ç; Günay Y; Kaptanoğlu C: Çeşitli sağlık kurumlarında ve sağlık meslek gruplarında şiddete uğrama sıklığı. Anadolu Psikiyatri Dergisi 2002; 3:147-154.

⁴⁴ James JJ: Impacts of the medical malpractice slowdown in Los Angeles County: January 1976. Am J Public Health. 1979 May; 69(5): 437–443.

⁴⁵ Treaster J: Surgeons Explain Reasons for their Walkout. The New York Times, 4 January 2003.

şının yarattığı tikanıklıktan yakınması olan bir erkek hastanın, doktoru ona yardım etmesi için komşu eyaletten bir doktor buluncaya kadar ciddi ağrılar çektiğinden söz edilmişti. Bu grevde, hekime ulaşamama tehlikesi altındaki hastaların, telefonla başka hekimlere ulaşma çabası ile telefonların kilitlenmesi, toplum kaynaklarının israfına neden olunmasına örnek gösterilmektedir.⁴⁶ 2006 yılında Almanya'da gerçekleştirilen hekim grevinde Offenbacher Klinikum yetkilileri, grevin yapıldığı her gün 100 000 EU girdi kaybı yaşandığını belirtmişlerdi.⁴⁷ Aynı grevde Klinikum Frankfurt Höchst'de grevin 5 000 000 EU zarara yol açtığı söylenmişti.⁴⁸ Kuşkusuz her hekim grevi için benzeri bilançolardan söz edilmesi, maddi zarar iddiasını doğrulamaktadır.

IV. Hekim etiği açısından hekim grevleri

Hekimlerin meslek gelenekleri, onların protesto gereksinimlerine nasıl bir sınır çizer? Ve günümüzde hekim birlikleri, hekim grevlerini mesleklerinin ahlak kuralları ile ne ölçüde bağdaştırılmaktadırlar?

Yüzyıllar boyunca hekimler, bilgi ve yeteneklerini, fedakarca ve bazen de kahramanca kullanan hasta ve acı çekmekte olan insana yardım yükümlülüklerini yerine getirdiler. Bu da doktorların güvenilen, saygı duyulan kişiler olarak görülmelerini beraberinde getirdi, daima hastalarının yararını gözeticekleri, iyiliklerine hizmet edecekleri, onları zarar görmekten ve haksızlıklardan koruyacakları varsayıldı. En eski örneklerinden günümüzdekilere, hekim yeminlerinde hekimlerin bu konuda topluma söz verdikleri görülür. İnsan üzerinde yürütülmüş vahşi deneyler (Nazi Almanyasında ve diğer bazı ülkelerde) bir daha benzerlerinin yaşanmaması için etik ve yasal çerçeveler belirlendi. Hekimlik mesleğinin ve hekimin saygınlığına özel bir önem veren hekim örgütleri, hekimlerin grev yapıp yapamayacaklarını da tartışmıştır. American Medical Association (AMA) ve American College of Physicians, bu tartışmada gelenekçi bir tavır sergilemişlerdir. AMA'nın Tıp Etiği Kodeksinde *"Grevler, bakıma ulaşma şansını azaltırlar. Gerekliliği ortadan kaldırır veya geciktirirler. Bakımın devamını engellerler. Bu sonuçların her biri tıp etiğine aykırıdır. Doktorlar grevden, bu pazarlıkçı taktikten kaçınmalıdırlar"* ifadesi yer almaktadır.⁴⁹ American College of Physicians *"Kolej, toplu hekim eylemlerine karşıdır. Çünkü bu eylemler hastanın gereksinim duyduğu hizmetleri kısıtlar veya hastayı bunlardan tamamen mahrum bırakırlar. (Grevler, iş yavaşlatmalar, boykotlar ve idari ya da diğer organize eylemler, bu toplu eylemlere dahildir ve hastalara zarar verirler."*⁵⁰ yorumuyla tutucu bir yaklaşımı benimserken, yüksek malpraktis sigorta bedelleri krizi ardından 2003 Ocağında New Jersey Tıp Cemiyeti (Medical Society of New Jersey) grev yanlısı bir tavır takındı ve Başkan Dr. Robert S. Rigolosi, cemiyeti adına şu kararı açıkladı: *"New Jersey Tıp Cemiyeti, New Jersey tıp doktorlarının haklarının çiğnenmesinin doğurduğu öfkeyi, yasama organının hatası ve yetersizliğiyle bağlantılandırarak, tıbbi sorumluluk sigortası krizini çözme adına anlamlı bir eylemde bulunma çabalarını kuvvetle desteklemektedir. Cemiyet tüm kaynaklarını doktorlara, hastane sağlık per-*

⁴⁶ (Anonymus): Ärztestreik „Insellösungen“ an immer mehr Kliniken. Frankfurter Allgemeine, 15 August 2006.

⁴⁷ Rösmann T: Kliniken Höchst: Ärztestreik kostet fünf Millionen Euro. Rhein-Main Zeitung, 10 August 2006.

⁴⁸ American Medical Association 1994. Code of Medical Ethics: current Opinions with Annotations. Fundamental Elements of the Patient-Physicians Relationship. AMA Oath registry. American Medical Association's Website: <http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/6865.html> Erişim Tarihi: 21.1.2008.

⁴⁹ American College of Physicians: Physicians and Joint Negotiations. Annals of Internal Medicine 2001; 134: 9.

⁵⁰ Medical Society of New Jersey. MSNJ Advocacy. URL: http://www.msnj.org/advocacy/News_Release_BOT_Vote.asp (gesehen am 2.4.2010)

soneline ve diğer hekim organizasyonlarına, haklarını teslim almaları konusunda yardım etmek için kullanacaktır. Cemiyet, gerekli yasal hizmetleri temin edecek, aynı görüşü paylaşan grup içerisinde iletişimi sağlayacak, halkla ilişkilerde koordinasyonu üstlenecek ve kamuoyu oluşturacaktır.⁵¹

American Medical Association, 2004 yılında çalışma konuları yanında çalışmama durumunun da özel olarak ele alınması ve bazı düzenlemeler getirilmesi gerekliliğinin doğduğu düşüncesi ile "Kolektif Eylem ve Hastaların Korunması" konusundaki daha önce duyurduğu görüşünü bir konsey raporunda ele almış ve Opinion E-9.025'de şu değişikliğe gidilmesi görüşünü bildirmiştir:

"Hekimler, AMA'nın Medikal Etik Prensipleri'nde öngörüldüğü üzere, bireysel eylemlere, halk eylemlerine veyahut da değişikliği savunmak için yasal olarak izin verilen kolektif eyleme katılabilir. Hekimler, her ne zaman bu tür eylemlere dahil olursa, hastaların sağlığının tehlikeye atılmadığını ve hasta bakımına gölge düşmediğini temin etmek zorundadır.

Stajyer hekimler dahil, hekimlerin resmi sendikalaşması, hekimlerin birincil ve hastalara ağır basan taahhüdünü paylaşmayabilecek olacak çalışanların çıkarlarına yönelik olarak hekim yükümlülüklerini baskılayabilir. Hekimler, bu ahlaki öncelikleri paylaşmayan kişilerle işyeri ortaklıkları oluşturmamalıdır.

Grevler ve diğer kolektif eylemler, bakıma erişimi azaltabilir, önemli bakımı bertaraf edebilir ya da geciktirebilir ve bakımın sürekliliğine engel olabilir. Bu sonuçların her biri, ahlaki kaygıları artırır. Hekimler, bir pazarlık taktiği olarak grevi kullanmaktan kaçınmalıdır. Nadir durumlarda, kişisel ulaşılabilirliğin kısa sınırlamaları gibi bireysel veya kitlesel eylemler, hasta bakımında ihtiyaç duyulan değişikliklere dikkat çekmek için bir araç olarak uygun olabilir. Hekimler, bazı eylemlerinin antitrist kanunlarını ihlal ederek kendilerini veya organizasyonlarını riske sokabileceği yönünde uyarılmakta, hukuk danışmanına başvurmaları tavsiye edilmektedir.⁵²

Türk Tabipler Birliği'nin 01. 02. 1999 tarihinde yayınladığı Hekimlik Mesleği Etik Kurallarında⁵³ hekim grevleri konusu ele alınmamıştır. Bu kurallar içerisinde, etik ilkeler başlığı altında hekimin zarar vermeme ilkesini gözetmesi gerektiği vurgulanmıştır: "Madde 6: Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir." Yine bu kurallar içerisinde malpraktise değinilirken, ilgisizlik nedeniyle hastanın zarar görmesinin (ki greve giderek işi yavaşlatan ya da hasta bakmayan hekim, objektif olarak hastaya ilgisiz davranan hekim pozisyonundadır), malpraktis nedenlerinden biri olduğu belirtilmiştir: "Madde 13: Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir." Hasta, tıbben gerekli ise, tedavisinin devamını talep etme hakkına sahiptir. Oysa greve gidildiğinde, hastaya sunulan tıbbi yardım, onun tedavisi için başka bir hekimden yardım almasını sağlamaksızın kesilmekte, hasta çaresizliğe terk edilmektedir. Acil ünitelerinin açık tutulması vb. tıbbi hizmet devamlılığı, doktorun özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmasına yetmeyecektir.

Hekim grevleri, hekimlerin bu süreçte hastaların zarar görmemesi için almaya çalıştıkları tedbirlere karşın, hekimlik etiğinin "önce zarar verme!" şeklindeki geleneksel ilkesini zedeler.

⁵¹ American Medical Association Report of the Council on Ethical and Judicial Affairs CEJA Report 5-1-04, Amendment to Opinion E-9.025, "Collective Action and Patient Advocacy", URL: <http://www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/369/5i04.pdf> (Erişim Tarihi: 2.4.2010)

⁵² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları. URL: http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31 (Erişim Tarihi 2.4.2010)

⁵³ Ateş T: Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları. İstanbul 2007 73.

Hekim grevlerinde yüksek sigorta bedellerini, düşük aylığı, fazla çalışma saatlerini protesto etmek amaçlanırken zarar hastaya yöneltilmekte, Hükümet ile hekimler arasındaki çelişki, hastaların omzuna yıkılmaktadır. En önemli görevlerinden birisi acıları dindirmek olan hekimin, acıyla tehdit eder duruma düşmesi, rolü ile ciddi şekilde çelişmektedir.

Tıp deontolojisi ve hukuk, hekimden kendi çıkarı için hastasının yaşamından üstün tutmasını, kendi çıkarları bakımından fedakar olmasını bekler: "Hastanın çıkarı öne alınmalıdır!"⁵⁴ Tıpta hekimin hatası ya da ihmali ile her an giderilemeyecek hatalar doğabilir. Deneyimli bir hemşire, grevde aciliyeti yokmuş gibi değerlendirilen ve bakım dışı bırakılan hasta grubu için endişesini "...Hastanın beş dakika sonra ne olacağı belli olmaz" sözleriyle dile getirmiştir.⁵⁵

Hekim, güvenilir olmak ve güvenilir kalabilmek için, hastasına önlenebilir zararlar vermekten kaçınmalıdır. Hekimin hastaya sadakati, onun güvenini sarsıcı davranışlardan uzak durmasını gerektirir. Hekim, hastanın sağlığına ve yaşamına duyduğu saygıyı, tüm davranışlarına yansıtılabilmelidir. Çünkü insan, en üstün değeri olan sağlığını, mutlak saygı duyacağına inanarak ve güvenerek, hekimin ellerine teslim etmektedir. Hekimin hastasına özen gösterme borcu, hukuk açısından o kadar önemli bulunmaktadır, ki hekim bu konudaki en hafif kusurlarından bile sorumlu tutulur. Bu borcun hekim tarafından ihlali, zarar oluşmuşsa ve zarar ile eylem arasında nedensellik bağı bulunuyorsa tazminat gerektirir.⁵⁶

2006 yılında Yeni Zelanda'da yapılan hekim grevi yerel basında "Hekimlerin greve gitmesi etik değildir, hekimler 2000 yıldan eski Hippokrat Yemini'ni çiğniyorlar!" manşetiyle duyurulmuştu.⁵⁷ Batıda Hippokrat'ın adı hala tıp etiği ile özdeşleştirilmekle birlikte günümüz etik sorunları, Hipokrat'ın ele alıp kural getirdikleri ile sınırlı değildir. Hipokrat'ın bazı ilkeleri, kısmen bilimsel-teknolojik gelişmeler, özellikle son birkaç yüz yıldır toplumdaki değer yargılarının ve organize oluş biçiminin değişmesi ile güncelliğini yitirmiştir. Jay Katz, Edmund D. Pellegrino ya da David C. Thomas gibi ünlü tıp etikçileri, Hippokrat Yemini'nde yer alan ötanazi yasağı, kürtaj yasağı ve mutlak sır saklama yükümlülüğünün geçerliliğini yitirdiği, bu metnin günümüzde son derece önemli kabul edilen hastanın kendi hakkında karar verme hakkına yeminde değinilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğuna işaret etmektedir. Bütün bunlara karşın Sass'a göre⁵⁸ "Hippokratik Etik" aşılmış değildir, bu ahlak kodeksinin bütününe değil, sadece bazı detaylarına "Goodby" denilmektedir. Sass, yeni bir tıp etiğine gereksinim bulunmadığını, sadece geleneksel hekim etiğinin koruyucu ve tedavi edici hekimliğe ilişkin yeni senaryolara, olaylara uyarlanmasına gereksinim olduğunu belirtmektedir.⁵⁹

Hekimin özen göstermesine, hastanın hekime bağımlı kabul edildiği bir ilişki tipine dayandırılmış, hekim-hasta ilişkisinde Paternalist Modelin temeli olan "Hippokratik Etik" yanında, sağlık alanında kendinden sorumlu, özerk birey/hasta etiği de belirlemiştir. Özellikle 1960'lardan sonra bağımsız bir disiplin halini alma rotasına giren tıp etiği alanındaki tartışmaların ortaya koyduğu "Özerklik Modeli", hastanın değer ve inançlarını, kendisi için iyi olduğuna hükmettik-

⁵⁴ Asena İ: Bu ülkede hemşire olmak. Vatan Gazetesi. 6. 6. 2005.

⁵⁵ Ateş T: a.g.e., S. 15, 74.

⁵⁶ Frizelle F: Is it ethical for doctors to strike. Journal of the New Zealand Medical Association, 23-June-2006, (119)1236, URL: <http://www.nzma.org.nz/journal/119-1236/2037/> (Erişim Tarihi 2.4.2010)

⁵⁷ Sass HM: Hippokratisches Ethos und nachhippokratische Ethik. Zentrum für Medizinische Ethik. Medizinethische Materialien Heft: 92. Hinrichsen K, Sass HM (Hg): Zentrum für Medizinische Ethik Bochum: Medizinethische Materialien. Bochum 1994, S. 1-2.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Kranich C: Der Patient als Partner-Chancen und Hindernisse aus der Sicht einer Patientenberatungsstelle. In: Kolb S et.al/IPPNW (Hg.): Medizin und Gewissen. Wenn Würde ein Wert würde... Frankfurt a. Main 2002, S. 94.

lerini, hekimin ya da tıp sisteminin hasta için uygun bulduklarının üzerinde tutmaktadır. Çeşitli modifiye modeller önerilse de,⁶⁰ bu iki model (Paternalist Model ve Özerklik ya da Aydınlatılmış Onam Modeli) arasındaki çatışma sürmekte, hekimler kendi özerklikleri ile hastalarının özerklikleri arasında denge kurmakta çoğu kez zorlanmaktadırlar.

Bu noktaya varışta, çağdaş tıbbi bakımın bir ilişkiler yumağı içerisine oturmuş hale gelmesi de belirleyici olmuştur. Günümüzde hekim, sadece hastası ve onun ailesi ile ilişkide değildir. Hekim, hasta ve hasta yakını yanında diğer hekimler, hemşireler, diğer sağlık çalışanları, sağlık sisteminin yönetim birimleri, finansörler, Meslek Birliği ile de ilişkedir. Aynı şekilde hasta da kendi ailesi ve dostları yanında, sağlık sisteminin diğer görevlileri, sağlık kurumları, işverenin de içinde olduğu çeşitli finansörler ile ilişkedir. Yani günümüzde hekim-hasta ilişkisi, kurumsal-ekonomik çerçevelere oturmasıyla, geçmişte olduğundan farklı, karmaşık bir yapı kazanmıştır. Bu ilişki ve sonucundan çıkarları etkilenen başka kişi ve kesimler de vardır. Hekim-hasta ilişkisi, bunların ötesinde toplumsal ve mesleki normlardaki ve yasalardaki değişmelerin etkisi altındadır. Yine sağlık politikalarındaki düzenlemeler, araştırma ve eğitim alanındaki yönelimler, ekonomiye dair düşünceler, dini tasarımlar vb. hekim-hasta ilişkisini etkilerler. Örneğin sağlık alanının organizasyonu ve finanse edilmesinde yapılan değişiklikler, tıbbi bakıma ulaşmayı düzenleyen yasalarda yapılan değişiklikler, tıbbi bakımla ilgili kişisel bilgilerin elektronik ortamda muhafazasını düzenleyen yasanın içeriğinde yapılan değişiklikler, hekim-hasta ilişkisini doğrudan etkileyecektir. Görüldüğü gibi artık hekim ile hastanın tümüyle özel, iki kişilik ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Hekim-hasta ilişkisi, çeşitli sigortalama ve finanse etme yapılandırmalarının içine oturtulmuştur. Günümüzde hekim, hastanede çalışan, muayenehanesinde hasta bakan alışılmış hekim tipinin ötesinde, bir özel tıp merkezinin sahibi, sermaye yatırımı yapmış, işletmeci kimliği ile de karşımıza çıkabilmekte, yasalar buna olanak tanımaktadır.⁶¹ Hekim-hasta ilişkisinin kompleksleşmiş bu yapısına karşın yine de, klinik ilişkide hekim ile hasta, birinci planda birbiri ile ilgili iki kişidir.

Hekimlerin tıp alanında farklı kişi ve kurumlarla ilişkide oluşu, bu kişi ve kurumlara karşı taşıdığı sorumluluk ve yükümlülükler, bazen hangi yükümlülüğün ağır basması gerektiği konusunda çelişki yaşanmasına yol açar. Böyle durumlarda "Sadakat İlkesi"nin rehber olması gerekir. Sadakat, kişinin kendi çıkarlarını, daha geride konumlandırmasını gerektirir. Çünkü ortada bir kişinin çıkarlarının ve iyiliğinin gözetilmesi ya da bir amaca ulaşma kararlılığı vardır. Tıp etiği geleneği, hukuk, hekimden hastasına sadakat göstermesini bekler. Ancak kaynakların sınırlılığı koşullarında adalet ilkesi ve bunun gereği olarak yarar ile yüklerin adil dağıtımını arayışı, hekimin hastasına sadakat göstermesini sınırlandırabilir. Örneğin hekimin, organ dağıtımını konusunda adaletli davranılması için konulan ölçülere uyması, bazı hastaların gereksinimi olduğu halde organ alamaması ile sonuçlanacaktır.⁶²

V- Etik açıdan hekim grevleri

Biliyoruz ki tıpta etik, hekim etiği ile sınırlandırılmaz. Öyle olsaydı, tıp etiğinden değil sadece hekimlik etiğinden söz edilirdi.⁶³ von Engelhardt'ın tıp etiğini bu yapıyla tanımlayan şemasının

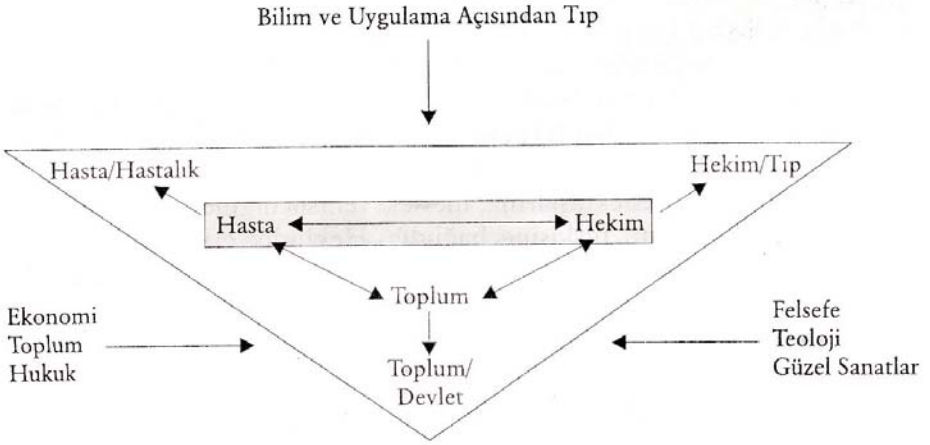
⁶⁰ Jonsen AR, Siegler M, Winslade WJ: Klinische Ethik. Eine praktische Hilfe zur ethischen Entscheidungsfindung. Köln 2006, S. 177-178.

⁶¹ Jonsen AR, Siegler M, Winslade WJ: a.g.e., S. 178.

⁶² Engelhardt, D.v.: Zur Systematik und Geschichte der Medizinischen Ethik. In: Engelhardt, D.v.(Hg.): Ethik im Alltag der Medizin. Spektrum der Disziplinen zwischen Forschung und Therapie. Basel, Boston, Berlin 1997, S. 3-4.

⁶³ Engelhardt, D.v.(Hg.): a.g.e., S. 4.

da görüleceği üzere (Bkz. Şekil 1) hastaların ve toplumdaki çeşitli grupların da etiği vardır. Hastaların etiği ve diğer sosyal grupların etiği, hekim etiğiyle bağlanıp birleşir. Sağlık hizmetlerinin ulaşılabilir olması, kalitesi konularındaki iyileştirmeler hakkında duyarlı olmak, olumlu gelişmeleri destekleyecek yönde davranmak da hasta olma potansiyeli taşıyan vatandaşa (ki hekimler de bu vatandaş grubu içindedirler), genel bir söyleyişle topluma ait sorumluluklar içinde görülme-lidir. Toplumsal örgütlenmenin merkezinde yer alan devlet, sağlık hizmetlerine standartlar getirip, gerekli kontrolleri yaparak hastaların kaliteli tıbbi hizmet almasını güvence altına alır. Yani devlet, hasta için korumacı bir işlev görür. Fakat hastayı koruyan devlet, aynı zamanda hekimi de haksız taleplerden (örneğin düşük ücretle çalıştırılma, aşırı iş yükü, standart üstü çalışma saatleri vb.) korumalı ve özerkliğini ve can güvenliğini güvence altına almalıdır.⁶⁴



Şekil 1: Tıp Etiğinin Yapısı (Dietrich v. Engelhardt, 1997)⁶⁵

Hekim grevleri, sadece hekim etiği merkez alınarak değerlendirilirse, grev yapan hekimlerin davranışı kolaylıkla etik dışı bulunabilir. Bu noktada v. Engelhardt'ın "Tıpta etik, sadece hekimle sınırlanmaz, öyle olsaydı hekim etiği olurdu, tıp etiği hekimi olduğu gibi hastaları ve toplumu da kapsar"⁶⁶ saptaması hatırlanmalıdır. Kendisini kutsal bir uğraşa adanmış, insan yaşamı gibi çok yüksek bir değer üzerinde yoğun bilgi ve emeğe dayalı uygulamalarda bulunan hekimin mesleki sorunlarına, toplumun ve demokratik toplumlarda toplumsal örgütlenmenin zirvesini temsil eden devletin duyarsız kalması, kendi etik yükümlülüklerini çiğnemeleri anlamına gelir. Hekime sadece vereceği sağlık hizmetine odaklanabileceği bir çalışma ortamı yaratılması için sorumluluk alması gereken herkes, sorumluluğunun gereğini yerine getirmelidir. Bir çok hekim grevinin, resmi makamlarla uzayan görüşmelerden hiçbir sonuç alınamaması, toplumun bu açmaza seyirci kalması üzerine uygulamaya konulduğu bilinmektedir. 2007 yılında Türk Tabipleri Birliği'nin aldığı eylem kararları ile ilgili olarak birlik üyesi Dr. Mustafa Sütlaş İstanbul Tabip Odası yayın organındaki yazısına "Hekimler Eylemde Peki Ya Toplum?" başlığını atarak,

⁶⁴ Engelhardt, D.v.(Hg.): a.g.e., S. 5.

⁶⁵ Engelhardt, D.v.(Hg.): a.g.e., S. 3.

⁶⁶ Sütlaş M: Hekimler Eylemde Peki Ya Toplum? Hekim Forumu 2007; Nisan-Mayıs: 26-27.

toplumun hekimlerin sorunlarına toplumun duyarsız kalmasını eleştirmiştir.⁶⁷ Hekim grevini, mesleğin ahlaki ilkelerden beslenen itibarını çiğneyecek şekilde davranmak olarak görürsek, hekimleri bu şekilde davranmaya mecbur bırakan koşullardan kimlerin sorumlu olduğu da açığa çıkarılmalıdır.

Hekimlik misyonundaki adanmışlığı önemseyen, bu adanmışlığı hekim kimliğiyle özdeşleş-tiren toplum, insanın yaşamı ve sağlığı üzerinde büyük ölçüde belirleyici olabilme gücünü elin-de tutan hekimlik mesleğinin iyi koşullarda uygulanmasını sağlayacak doğru politikaların oluş-turulması konusunda duyarlı davranırsa, hekim grevlerinin çoğunun gündeme gelmesinin koş-ulları ortadan kaldırılmış olacaktır. Hekimlerin taleplerine sürekli duyarsız kalınması, onları "Greve gitmemek için bugüne kadar etik ve ahlak deyip durduk. Ama buraya kadar!"⁶⁸ deme noktasına getirebilmektedir. Böyle bakıldığında, çoğu kez dünün sağlıklı bireyleri olan hastala-rın, sağlıklı vatandaşların, sigorta şirketlerinin, avukatların ve Hükümetin, grev yapan hekimler karşısında, olan bitenle hiç ilgisi olmayan masum birer seyirci oldukları söylenebilir mi?

Etik, tıp etiği örneğinde olduğu gibi uygulama alanlarına sahiptir ve çeşitli kesimlerin kendi etikleriyle uyumlu davranıp davranmadıklarının sorgulanması önem taşır. Hekim grevlerinde medyanın kendi etiğini çiğner yönde davranması da ciddi sorunlara yol açmaktadır. Çalışma hakları için mücadele, özel kesimde olduğu gibi kamu kesiminde de bir hak iken, hekim örgüt-lerine medya yoluyla engelleyici baskılar yapıldığı bilinmektedir.⁶⁹ Özellikle resmi yetkililerin ba-sına hekimleri kınayıcı açıklamalarda bulunmaları, yasal hakkın kullanılmasına gölge düşürü-cü ve objektifliği engelleyici olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan, bu tür eylemler karşısın-da sansasyon peşinde koşan basın organlarının hemen devreye girdikleri görülmektedir. "Sa-kın hastalanmayın!" gibi baskı hissettiren başlıkların kullanılması yanında abartılan-gerçekler-le bağdaşmayan haberler de yapılabilmektedir. Örneğin Almanya'da 2006 yılında gerçekleşen hekim grevinde 13 Haziran 2006 tarihli Bild, bir erken emekli bayanın, hekim grevinin kurbanı ilk ölü olduğu haberini yayınlamıştı. Bu hasta Göttingen Üniversite Kliniğinde Haziran ayı ba-şında sevk edilmişti. EKG verileri alarm verdiği halde, kardiyologlar grevde olduğu için kalp ka-teterizasyonuna tabi tutulmamış, kısa süre sonra ölmüştü. Bu tür sansasyonel haberler, hekim-ler aleyhinde kamuoyu oluşturmaya çalışmanın bir örneğidir. Çünkü daha güvenilir basın or-ganları, aynı hastanın, grev sürmekteyken, hekimin ısrarla hastaneye yatma önerisini baştan reddettiğini, hastaneye yatışın Haziran ayı başına hastanın isteği üzerine ertelendiğini yazmış-tır. Bu tür sansasyonel haberler, Almanya'da 14 haftalık hekim grevi sırasında çeşitli kereler gündeme getirilmesi, kamuoyunda hekimlerin etik yükümlülüklerini çiğnemekte oldukları hak-kında bir tartışma koparmıştır.⁷⁰ 2000 yılında Kore'de gerçekleştirilen hekim grevinde Hükümet ve hekim örgütü yalanlasa da ulusal medya, bu grev nedeniyle pek çok hastanın sağlık baki-mına ulaşamadıkları için öldüklerini iddia etmişti. Doktorların yaptığı protesto gösterilerine po-lisin müdahale etmesi sırasında bir hekimin ağır yaralandığı ise, doğrulanan bir haberdir.⁷¹

⁶⁷ Bkz. Dipnot 34.

⁶⁸ Barth L: Der legitime Streik der Ärzteschaft und das staatliche Neutralitätsgebot. URL: Der legitime Streik der Ärzteschaft und das staatliche Neutralitätsgebot URL: <http://www.deutschesaerzteblatt.de/v4/foren/beitrag.asp?id=64550> (Erişim Tarihi: 24.03.2006)

⁶⁹ Neuber HC: Ethik im Arbeitskampf: Dürfen Ärzte streiken? Deutsches Ärzteblatt 103, Ausgabe 28-29 vom 17.07.2006, Seite A-1996 / B-1716 / C-1660

⁷⁰ Jonathan W: Doctor's strike in republic of Korea likely to end. Bulletin of the World Health Organization 2000;(78) 12: 1478.

⁷¹ Fiester A: Physicians and Strikes: can a Walkout Over the Malpractice Crisis Be Ethically Justified? The American Journal of Bioethics 2004; (4) 1:W15.

Bazıları hekim göçlerini de hekim grevleriyle aynı kefeye koymakta, ikisinin ahlaki bakımdan farkı olmadığını şöyle savunmaktadırlar: Göç eden hekimler de daha iyi ücret için hastalarını terketmiş oluyorlar. Bu açıdan bölgelerini terketmeyen grevci hekimler onlardan daha masum kabul edilebilirler. Bu iddia tartışılırken ilk adımda ortaya konacak karşı görüş, şöyle ifade edilebilir: Göç eden hekimler, hastalarını yardımcı olacak yeni isimlerle buluşturmasalar da, hastalarını aniden, acil bir durum içerisindeyken terketmemektedirler. Hekim grevlerinde ise, acil üniteleri açık tutulsa bile hastalar apaçık çaresiz bir durumda bırakılmış olurlar. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri; Zimbabve’de görüldüğü üzere hekimlerin buldukları coğrafyayı terketmeye yöneldikleri ülkelerde hekim grevleri zaten, hekim göçünü durdurmak, göç nedenlerini ortadan kaldırmak için de yapılmıştı. Konuya böyle bakanlar, hekim grevlerinin iki kötü seçenekten daha az kötü olanı temsil etmekte olduğu görüşündedirler.⁷²

Hekim grevlerinin haklılığı ya da haksızlığına karar vermede temelde hangi argümanlara dayanılabilir, hangi yorumlar ortaya konabilir? Elbette bu soruya yanıt ararken çok önemli olan bir yön, grevin hangi nedenle gerçekleştirildiği olacaktır. Sağlık hizmetlerine daha fazla kaynak ayrılması, dolayısıyla hastaların daha iyi koşullarda bakım görmelerini talep etmek için yapılan bir grevle, hekimlerin sadece kendi parasal çıkarlarını gözeterek yaptıkları grevler, hasta bakımına aynı şekilde etki etseler de, etik açıdan aynı kefeye konulamayacaklardır. Tıp etiği etkinliği, ahlaki boyutu olan durumlarda/sorunlarda, kişisel düşüncelerimizi, görüşlerimizi açıklamak, bu konular üzerinde görüş alışverişinde bulunmak demek değildir. İleri sürdüğümüz görüşün etik olduğu kanıtlamak ve savunabilmek gerekir. Nitekim Bochum Ruhr Üniversitesi internet forumunda, hekim grevlerinin ahlaki sınırları çiğneyip çiğnemediği tartışıldığında, hekimlerin greve gitmesiyle temel etik ilkelerin çiğnenmediği, olsa olsa bireysel ahlaki tasarımların yara aldığı görüşü ön plana çıkmıştı. Bunun üzerine Avusturya kökenli Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı kardiyolog ve biyoetikçi, Illinois ve California Üniversitelerinde Biyoetik dersleri veren Erich Loewy, kişilerin farklı ahlaki yargıları olabileceğini, ama bu yargıların etik yerine konulamayacağını şu sözlerle hatırlattı: *“Etik, farklı ahlaki tasarımlar arasında ortak bir payda oluşturma çabasıdır.”*⁷³

Ortak bir paydada buluşma tartışmalarında, kendi bakış açılarında oldukça farklı ilke ve kurallar ortaya koyan, ama tümü de mantıklı düşünmeye yardımcı olan çeşitli etik teorilerinden yararlanırız. Bu teoriler içinde önemli bir yeri olan aydınlanma filozofu Kant’ın Deontolojik Teorisi, bir davranışın ahlaki olup olmadığına, sonuçlarına bakarak karar vermeyi reddeder. Etik davranış, sonucunun iyi ya da kötü olması bakımından değil, davranış sahibinin niyeti, taşıdığı yükümlülük ve karakteri açısından değerlendirilir. Bir davranış, ahlaki yükümlülüğe dayanıyorsa iyi, dayanmıyorsa, hangi sonucu sağlamış olursa olsun kötüdür. Deontolojik Teori’ye göre, insan amaçtır, hiçbir nedenle araçlaştırılmaz. Hekim grevi, hangi kazanım söz konusu olursa olsun, insanı, hem de hasta-güçsüz durumda iken araç olarak kullandığı için, haklı çıkarılamaz.

İngiliz filozof W. D. Ross, Kant’ın deontolojik teorisine farklı bir yorum getirmiş, yükümlülük olarak görülenlere normal koşul altında uyulması gerektiğini, ama etik açıdan zorlayıcı bir durum doğduğunda bu kuralların çiğnenebileceğini belirtmiştir. Ross’un Latince “ilk bakışta” anlamına gelen *prima facie* yükümlülük anlayışı, ahlaki hayatımızı yöneten prensiplerin ilk bakış-

⁷² Neuber HC: Ethik im Arbeitskampf: Dürfen Ärzte streiken? Deutsches Ärzteblatt 103, Ausgabe 28-29 vom 17.07.2006, Seite A-1996 / B-1716 / C-1660.

⁷³ Lokhandwala Y: Should doctors strike work? Issues Medical Ethics 1996 Apr-Jun; 4 (2): 46-47.

ta değişmez gibi göründükleri, fakat aynı ağırlıktaki ve ciddiyetteki ahlaki nedenler tarafından çığnenebilecekleri düşüncesine dayanır. Hekimlerin grev yapmasını ahlaki bakımdan gerekçelendirirken, Ross'un prima facie yükümlülükler kataloğunda yer alan verilmiş bir sözden kaynaklanan Sadakat Yükümlülüğü (*duties of fidelity*), Yarar Sağlama Yükümlülüğü (*duties of beneficence*), Zarar Vermeme Yükümlülüğü (*duty of non-maleficence*)'nü dengeleyecek güçte ahlaki gerekçeleri kolaylıkla üretebilmek mümkün görünmemektedir. Burada Ross'un ahlaken yanlış bir davranıştan kaynaklanan yükümlülük olarak gördüğü Telafi Yükümlülüğü (*duties of reparation*) çerçevesinde "grev öncesi yarar argümanı", yani hekimlerin verilecek zararı en aza indirmek için, mümkünse hastalara grev öncesinde gereken müdahaleleri yapmaya çaba göstermeleri bir yol olarak önerilebilir.

İngiliz filozofları Jeremy Bentham ve John Stuart Mill adlarını hemen akla getiren Utilitarist Teori (Konsequentialism), "yarar"ı merkez alır. Bir davranışın ahlaken doğruluğu, niyete ya da ilkelere bağlı değildir, yolaçtığı sonuca bağlıdır. Davranış, bu davranıştan etkilenecek en geniş kesimin, en az külfetle en büyük ölçüde yarar sağlamasını hedeflemelidir. Bu nedenle yararçılar, bir davranışa 'iyi' ya da 'kötü' diyebilmek için yolaçtığı sonuca bakarlar. Utilitarist Teori toplumcu bir bakış açısı taşır, çünkü genelin refahının artması, dünya üzerinde mutluluğun yaygınlaşması idealini gözetmektedir. Bu teoriye getirilen en önemli eleştiriler, amaç gördüğü mutluluk, iyilik gibi kavramların değişken kavramlar olması ve bu kavramların objektif olarak ölçülememeleri, ayrıca bu teoride bireyin iyiliğinin çoğunluğun yararına feda edilmesidir. Utilitaristlerin bakış açısında hekim grevinin doğuracağı zarar, ancak gelecekte hastaların daha iyi tıbbi bakıma kavuşmaları koşulunu yarattığı takdirde etik açıdan haklı çıkarılabilir. Yani grev sonucunda toplumun bütününe sağlığına daha olumlu etki edecek koşullara kavuşulabilecekse, bu doğrultuda kazanım elde edilebilecekse, grev sırasında oluşan istenmeyen durumlar "görmezden" gelinebilir. Hekimin daha iyi iş koşullarına kavuşması, hasta güvenliğine hizmet edecek yönler taşıyorsa, grevin haklı yönünü oluşturabilir.

En dramatik örneği Nazi Almanyasında yaşanan, hekimlerin devlet baskısıyla insanlara/hastalara şiddet uygulamaya araç edilmeleri gerçeği, günümüzde ortadan kalmış değildir. Günümüzde dünyada hekimlerin işkencelerde görev aldıklarının, görev almaya zorlandıklarının gün ışığına çıkarıldığı örnekler rastlanmaktadır. Gördüğü baskıya karşın böyle bir uygulamada bulunmayı kabul etmeyip direnen hekimlerin devlet tarafından cezalandırılmalarına ulusal hekim birliği, greve giderek karşı çıkmaya kalkışırsa, böyle bir grevi akli başında her toplum bireyinin desteklemesi, savunulamayacak, karşı çıkılması gereken bir tutum mu olacaktır?⁷⁴

Etik analizlerde durum tüm gerçekliği içinde değerlendirilir. Hekim grevlerinde de, greve gerçekten son seçenek olarak başvurulup başvurulmadığı, incelenmesi gereken önemli bir yöndür. Başka bir protesto yolu gerçekten yok mudur? Bütün diğer yollar denenmiş midir? Bazı hekim grevlerinde ücret artışı talebi, hükümet yetkilileri kadar toplum tarafından da ütöpik bulunmuştur. Almanya'da 2006 yılında gerçekleştirilen hekim grevinde Nordrhein Westfalen Eyaleti hastanelerinden birinin yöneticisi, hekimleri, taleplerinin yol açacağı istenmeyen bir sonuç karşısında uyarıyordu: "*Hekimler, sağlığa ayrılan kaynağın bir limiti olduğunu unutmasınlar! Yüzde otuzluk maaş artışında ısrar ederlerse, bu fark için gereken kaynak, sağlık personelinin aylıklarından kesilerek elde edilecektir!*"⁷⁵ Nordrhein-Westfalen Eyaleti'nde çalışan, 40 yıllık

⁷⁴ Neuber HC: Ethik im Arbeitskampf: Dürfen Ärzte streiken? Deutsches Ärzteblatt 103, Ausgabe 28-29 vom 17.07.2006, Seite A-1996 / B-1716 / C-1660.

⁷⁵ Neuber HC: a.g.m.

mesleki deneyime sahip anesteziist Dr. Lothar Pilgenröder, grev yapan hekimlere anlayış gösterirken, grevin gidişine eleştiriler getirmiştir. Pilgenröder'e göre grevi yönlendiren hekim birliği Marburger Bund, grevin sürmekte olduğu haftalarda sağlık sisteminde yapısal değişikliğe gidilmesi konusuna ilgi göstermemiş, sadece hekim maaşlarının artırılması ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi talepleri üzerinde durmuş, kliniklerdeki hiyerarşinin esnetilmesini ve hemşirelerin sorunlarını gündeme getirmemiştir.⁷⁶ Yeni Zelanda'da 1986 yılında yayınlanan, grevin yol açtığı zararların tanımlandığı metinde de "Doctors are already overpaid-strike action is greed!" deniyordu. Türkiye'de yapılan hekim grevleri için Altan, "*Doktorların kıt-kanaat geçinebilecek bir gelire sahip oldukları iddiasını haklı kılabacak ortalama gelir seviyesi nedir? (Ülkemizde asgari ücret, 2003 yılı itibarıyla 204 \$'dır). Dolayısıyla 'G(ö)revci' bir hekimin iddiaları ile eylemleri uygunluk içinde olmalı ve sadece kişisel menfaatlerini düşünmediğini ortaya koyabilmelidir.*" demiştir.⁷⁸

Burada ön plana çıkan bir diğer yön, greve yönlendirilen hekimlerin, grev kararı verirken, grev kararını oluşturan koşulları iyi bilip bilmedikleri, kararlarını kapsamlı bilgiye dayandırıp dayandırmadıkları ve kendi özerk kararları ile greve katılıp katılmadıkları konularıdır. Hekimin etik yükümlülükleri içerisinde meslektaşları ile dayanışma içerisinde olması beklenen bir tutum olmakla birlikte tüm mesleki kararlarında bağımsız davranabilme hakları, World Medical Association'un yayınladığı "Mesleki Özerklik ve Kendini Yönetme" başlıklı bildirmede vurgulanmıştır.⁷⁹ Greve katılımın gönüllülükle gerçekleşmesi, Meslek Birliği'nin gönüllü katılıma önem vermesi de önem taşıyan bir yöndür. Bu konuda baskılar haklılık taşımayacaktır. Bu tür baskılara 2003 yılında Ontario Eyaleti'nde hekim grevi başlatılırken Hudson İlçe Medikal Derneği Başkan Yardımcısı Steven P. Shikar'ın 1500 hekime gönderdiği "Ya bizimlesin ya da bize karşısın, ikisinin arasında bir yer yok!" mesajı örnek verilebilir.⁸⁰

Belirttiğimiz gibi etik, uygulama alanlarına sahiptir. Tıp etiği gibi, "İş Mücadelesi Etikçileri-*Alm. Arbeitskampf-Ethiker*" de vardır. Ama burada etiğin anlam ve amacının yeniden sorgulanması gerekir. Kuşkusuz etik, bir meslek grubunun çıkarlarını korumak üzere başlattıkları girişimleri çöktürmek, ya da toplumda "asayiş" sağlamak amacı taşımaz. "İş mücadelesi etiği" üzerine yazılanlar içerisinde şu görüş de dikkat çekmektedir: "*Hekim grevinin 'zarar vermesi'ne odaklanılırsa, aslında tüm grevlerin bir şekilde topluma zarar verdiği, bu hak arama biçiminin tümüyle ortadan kaldırılması sonucuna varılabilir. Hekimlerin grev hakkı, kaynağını Anayasalardan alan bir hak olduğundan, bu türdeki grevlerin etik açıdan kategorize edilerek devre dışı bırakılmaya çalışılması oldukça düşündürücüdür. Eğer grev tarihini göz önüne alacak olursak, etiğin çizmeye çalıştığı sınırlar geçerli olsaydı, pek çok grev yapılmamış, pek çok kazanım da elde edilmemiş olurdu. Çünkü grevlerin pek çoğu, aslında neredeyse tümü, üçüncü kişilerin haklarını zedelemektedir. Örnek olarak caddelerde çöp yığınlarının oluşmasına neden olan, insanların sağlığını ciddi olarak tehdit eden çöpçülerin grevini aklımıza getirelim. Grevlerin toplum için hoş olmayan durumlara yol açtıkları bilinir. Peki, toplumun diğer kesimlerinin grev hakkını*

⁷⁶ Frizelle F: Is it ethical for doctors to strike. Journal of the New Zealand Medical Association 2006; (119):1236.

⁷⁷ Altan S: Hekimlerin grev ve iş yavaşlatma biçimindeki eylemleri etik açıdan haklı görülebilir mi? Tıp Etiği Hukuku Tarih Dergisi 2004; (13) 1: 205.

⁷⁸ World Medical Association: Professional autonomy and self-regulation, Declaration of Madrid 1987.

⁷⁹ Jacobs A: Anatomy of a Strike: Doctors' E-Mail Shows Depth of Anger. The New York Times, 10 March 2003.

⁸⁰ Lutz B: Der legitime Streik der Ärzteschaft und das staatliche Neutralitätsgebot. Beitrag eingesandt von advokatus diaboli am 24.03.2006 URL: <http://www.deutschesaerzteblatt.de/v4/foren/beitrag.asp?id=64550> (Erişim Tarihi 2.4.2010)

Dünyadan ve Türkiye'den Örneklerle Etik Açından Hekim Grevleri

*kullanmaları tepki görmezken, hekimlere neden cephe alınmaktadır? 'Toplumun iyiliği'nin zedelenmemesi gerekçesi ile grev hakkını sınırlandırmaya çalışma, ilk bakışta ikna edici görülse de, duruma özgü olarak 'zedelenmenin' gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı gerekir. Meslek örgütlerinin eylemlerine, hekimlere yapıldığı gibi meslek etiği sınırları çekilmemelidir.'*⁸¹

Hekim grevlerinin etik boyutu hakkında yukarıdaki paragrafta yer alan taraftar ya da karşıt görüşlerin tartıştığı, sadece hekim etiği değil, sosyal grupların da etiklerini değerlendirmeye alan internet ortamındaki bir tıp etiği platformunda Loewy ve diğer tıp etikçileri, hekimlerin greve gitmesi yerine, yükün hastaya değil sağlık hizmetleri işletmecisinin (işverenin) üzerine yıkılacağı alternatif yöntemlerin benimsenmesini önermişlerdir.⁸²

Açıklama: Bu makale, yazarın Yeditepe University Faculty of Law-Internationales Symposion: The Ethic and Law in the Area of Health (Istanbul, 17-19 April 2008)'de "Etik Açından Hekim Grevleri" başlığıyla sunduğu, Bildiriler Kitabı'nda yayınlanmış metnin bazı eklemelerle yeniden düzenlediği versiyonudur.

⁸¹ Neuber HC: Ethik im Arbeitskampf: Dürfen Ärzte streiken? Deutsches Ärzteblatt 103, Ausgabe 28-29 vom 17.07.2006, Seite A-1996 / B-1716 / C-1660.

Çocuk Düşürtme Suçu Kapsamında Karşılaşılan Sorunlar

Elif Bekar

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul
elifbkr@istanbul.edu.tr

Issues in the Context of Abortion

Summary

Under the title of “Issues in the Context of Abortion” is generally explained at first. Then, consent for abortion, medical necessity during abortion operation and criminal liability of doctors caused by medical faults are considered. Especially, within the context of the Turkish Criminal Code No. 5237 and the related legislation, after ten weeks of pregnancy, abortion is allowed only if there is a consent of the pregnant woman and medical necessity for abortion and the issues arise at this point are considered. Finally, the article that concerns the pregnancy as a result of a crime is mentioned under this text.

Schlüsselwörter

Abortion, Turkish Criminal Code, consent, criminal liability of doctors, medical necessity

1. Genel Olarak

Çocuk düşürtme ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi (m.99) rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi halini suç olarak düzenlemiştir. İlgili maddenin 2. fıkrasında ise tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürtülmesi hali düzenlenmiştir. İlk olarak dikkati çeken husus, kanun koyucunun “çocuk düşürtme” ifadesini kullanmayı tercih etmesidir. Bu kapsamda 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da “gebeliğin sona erdirilmesi”, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te ise “rahim tahliyesi” ifadelerine yer verilmiştir. “Çocuk” kavramı yerine, Türk Ceza Kanun'unda tanımına yer verilmeyen ve “dölleneden doğuma kadar geçen sürede ana rahminde bulunan varlık” olarak tanımlanmakta olan cenin kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı düşünüldüğünde cenin düşürtme, gebeliğin sona erdirilmesi veya rahim tahliyesi kavramlarının kullanımı ter-

¹ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s.443.

cih edilecektir. Yine bu anlamda kullanılan diğer bir kavram olan kürtaj² ise ana rahminde şekillenmeye başlamış olan ceninin tıbbi bir müdahaleyle ortadan kaldırılması anlamına gelmekte olup çocuğun doğumunu önleyici yöntemlerden biridir³. Kürtaj işlemi, iki kategoride değerlendirilmiş olmakla birlikte elektif kürtaj, gebeliğin ilk 10 haftası içinde salt istek üzerine gerçekleştirilecekken tıbbi endikasyon halinde gerçekleştirilecek olana bu şekilde bir süre sınırı getirilmemiştir⁴.

Medeni Kanun'da hak ehliyetini çocuğun sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü ana bağlamış olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu açısından konuya yaklaştığımızda 99. maddenin belirlediği on haftanın dolmasıyla birlikte ceninin hayatının korunmasını annenin vücudu üzerindeki haktan üstün tuttuğunu görmekteyiz⁵.

Gebeliğin sona erdirilmesini savunanlara göre, kadının “özel yaşamına”, “kendisi hakkında karar verebilme” ve “bedenini kontrol hakkı”na üstünlük tanınmalıdır. Gebeliğin sona erdirilmesine karşı olanlar, ceninin yaşam hakkının daha üstün olduğunu savunurlar. Nitekim, henüz doğmamış bir çocuğun yaşamına son verilirken müstakbel yaşamın korunması ile ilgili toplumsal menfaat bulunduğu da ileri sürülmüştür⁶.

Bu bağlamda suçun konusunun ancak “cenin” olabileceği ileri sürülmekteyken⁷, bir diğer görüşe göre henüz doğmamış olup gelişimine son verilen “cenin” ve ayrıca ceninin gelişim sürecine neden olan gebe kadın olduğu belirtilmiştir⁸.

2. Çocuk Düşürtme Suçunda Rıza

TCK m.26/2'de düzenlenen “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedenine, özellikle tıbbi müdahalelerde sık rastlanmaktadır⁹. Ayrıca kişinin vücut bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı ve kendi geleceğini belirleme hakkıyla ilgili bir davranış anlamına gelen tıbbi müdahalelerde rıza, bireyin temel haklarıyla yakından ilgili olduğu için önemlidir¹⁰. Rızanın geçerli olabilmesi için hekim tarafından ilgilinin müdahalenin anlamı, etkileri, sonucu ve zorunluluğu bakımından aydınlatılmış olması gerekmektedir.¹¹ İlgili suçun oluşumu bakımından ise kadının rızası bulunmadan gebe-

² Kürtaj kavramı, “1.Vücutta boşluklar içinde bulunan yabancı cisimleri, hasta veya zararlı sayılan dokuları kazıyarak alma, kazıma 2. Döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi” olarak tanımlanmaktadır. (www.tdkterim.gov.tr, 31.12.2009)

³ Yusuf Büyükay, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul, Vedat Yay., 2006, s.20.

⁴ Barış Erman, Ceza Hukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yay, 2003, s.204.

⁵ Burcu Dönmez, “TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, (Çevrimiçi), <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/bdonmez.pdf>, 31.12.2009, s.106.

⁶ Yusuf Büyükay, a.g.e., s.20.

⁷ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. bs., Ankara, Seçkin Yay., 2008, s.270.

⁸ Nihat Kanbur, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 28 Şubat-1 Mart 2008, s.1232.

⁹ Fatih S. Mahmutoğlu, “İrade Dışı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorunlarına Genel Bakış”, 42. Ulusal Psikiyatri Kongresi Özel Kitabı, İstanbul, 2006, s. 92, 93.

¹⁰ Fatih S. Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği Hukuku Sempozyum Bildirim Kitabı, İstanbul, 2006, s.203-220.

¹¹ Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürtme Suçu”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C:1, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi ve TCHD, 2008, s.597.

liğin sonlandırılması halleri herhangi bir süre ile sınırlandırılmamışken, rıza dahilinde gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması müdahalelerinde kadının rızası gebeliğin ilk 10 haftası esas alınarak suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu halde, yeni TCK'ya göre 10 haftaya kadar olan hamileliklerde hamileliğin sonlandırılması bakımından sadece gebe kadının rızasının alınması yeterlidir. Müdahalenin gebe kadının sağlığı açısından sakınca yaratmaması bakımından hekim, müdahaleye başlamadan önce tıp biliminin kural ve imkanları ölçüsünde gerekli kontrol ve araştırmaları yapmakla yükümlüdür¹².

Gebelik süresinin 10 haftadan fazla olduğu hallerde gebeliğin sonlandırılması için, kadının rızasının yanı sıra, bu durumda kadının sağlığının tehdit edilmesi, çocuğun ağır özürlü doğacak olması ya da gelecek nesiller bakımından ağır bir sakatlığa neden olması aranmaktadır¹³. Yeni TCK'ya göre, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda çocuğun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilecektir (m.99/2).

Kadının suç sonucu gebe kalması halinde ise 20 haftaya kadar, yine kadının rızası ile gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanınmaktadır.

Gebe kadının, fiil üzerinde rızasının hukuka uygunluk nedeni olmasının dayanağı, CMK 223. maddesinin 2. ve 3. fıkralarıdır. Ancak bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için, açıklananın rızası, üzerine tasarruf edilebilecek bir hakka yönelmesi gerekir. Ancak rızanın, hukuka uygunluk nedeni mi yoksa cezaya etki eden bir neden mi olduğu tartışması ve rızanın olmadığı hallerde failin cezasının 1. fıkraya göre artırılmasından yola çıkılarak cezaya etki eden bir neden olduğu ileri sürülmüştür¹⁴.

Kadının küçük olması halinde ise kendisinin ve velisinin rızası gerekir. Reşit veya mümeyyiz olmayan kadın, vesayet altında bulunuyorsa, reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izni de aranır.

Akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında gebeliğin sonlandırılması için izin aranmayacaktır.

10 haftaya kadar olan gebeliklerde, gebe kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmaması durumunda gebe kadın evli ise, bu halde gebeliğin sonlandırılması için eşin de rızası gerekmektedir (NPK m.6). TCK'nın 99. maddesini incelediğimizde ise gebe kadının eşine ilişkin rızaya rastlamamaktayız. 1983 tarihli 2827 numaralı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'dan sonra yürürlüğe giren 26.9.2009 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, sonraki kanun olması sebebiyle gebeliğin sonlandırılması bakımından bizi gebe kadının eşinin rızasının aranmayacağı sonucuna ulaştırırsa da unutulmaması gereken bir diğer ilke, özel normun önceliği ilkesidir. Aynı eyleme görünüşte uygulanabilir çeşitli normların birinin diğerine göre ek unsur veya özelliklerinin bulunması halinde genel norm-özel norm ilişkisi mevcut olup özel normun önceliği ilkesi geçerlidir¹⁵. Bu durumda aynı eyleme ilişkin birden fazla norm bulunmakta olup, özel norm olan NPHK'da yer alan hükme (m.6/2) göre, gebe kadının eşinin rızasının arandığı sonucuna özel normun önceliği ilkesi uyarınca ulaşılmaktadır.

¹² Büyükay, a.g.e., s.21.

¹³ Büyükay, a.g.e., s.21.

¹⁴ Mustafa Özen, "Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları", Terazi Hukuk Dergisi, S.: 5, Ocak 2007, s.98, 99.

¹⁵ Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2.bs., İstanbul, Beta Yay., 2000, s.458.

Ayrıca NPK (m.6)'da, "veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde iznin şart olmadığı" belirtilmiştir. Bu fıkra düzenlenen husus, varsayılan rızadır. Bu durum, rıza olmadan müdahaleye izin verilmesi anlamına gelmemektedir. Şüphesiz ki, gebe kadın veya veli ya da hakim izninin alınması imkanının bulunması hali olmasına rağmen izin alınmaması halinde suç oluşacaktır¹⁶.

3. Tıbbi Zorunluluk Bulunması Hali

TCK'nın ilgili hükmünün (m.99) ikinci fıkrasında 10 haftadan¹⁷ fazla olan gebelikler bakımından rızaya dayalı olma ve tıbbi zorunluluk bulunması halinde gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanınmıştır.

Diğer yandan, Nüfus Planlanması Hakkında Kanun'a (m.5) göre, gebelik 10 haftadan fazla ise, "gebeliğin sonlandırılması gebe kadının hayatını tehdit etmesi veya edecek olması veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı", özürsüzlük endikasyonu¹⁸ olarak da adlandırılan bu hallerde mümkündür. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğe (m.7) göre, yetkili hekim tarafından derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerde gerekli müdahale yapılarak rahmin tahliyesi gerçekleştirilecektir. Tüzüğe göre acil hal; Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, servikal internal osun açık olduğu haller ve nihayet uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesidir (m.8). Nitekim endikasyonların olağan (gebelikten ötürü kadın için hayati bir tehlikenin varlığı, gebelikten ötürü kadının hayati organlarından biri için tehlikenin varlığı, doğacak çocuğun ağır maluliyete uğraması tehlikesinin varlığı, çocuğun doğumu halinde gelecek nesiller için ağır maluliyet tehlikesinin varlığı) ve olağanüstü endikasyonlar (Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, servikal internal osun açık olduğu haller ve nihayet uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi) şeklinde tasnif edildiği de görülmektedir¹⁹.

Gebe kadının yaşamının tehlikede olması halinde süreye bağlı olmaksızın gebeliğin sonlandırılacağı açıktır. Türk Ceza Kanunu'nun 25. Maddesi 2. fıkrasına göre, böyle bir durumda zorunluluk hali söz konusu olması dolayısıyla faile ceza verilmeyecektir.

Ancak artık gebelikte 22-24 haftanın geçmesi halinde gebe kadının hayatı tehlikede olsa dahi ceninin hayatından üstün tutulmaması, ceninin de kurtulması gerekliliği göz önünde tutulmaktadır. Burada annenin hayatı bakımından tehlike oluşturacak hususlar açık bir şekilde belirlenmediği için doktrinde eleştiri konusu olmasıyla birlikte genel zorunluluk hükümlerine gidilebileceği ileri sürülmüştür²⁰. Zorunluluk halinin mevcut olması durumunda ise zorunluluk hali-

¹⁶ Hakan Hakeri, a.g.e., s.458.

¹⁷ Bkz.: Yarg. 8. CD. 8314/4834, T.8.4.2004. Diğer yandan, daha az bir süre olan 8 haftalık gebelik durumunda kürtaj işleminin yapılmış olması halinde suçun unsurları oluşmayacaktır. Bkz.: Yarg. 5. CD. 7132/1385, T.2.2.2003, (www.kazancı.com, çevrimiçi: 20.12.2009).

¹⁸ Hakeri, a.g.e., s.453.

¹⁹ Erdener Yurtcan, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul, Kazancı Yay., 1990, s.55; Cemal Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yay., 2006, s.258.

²⁰ Hakeri, a.g.e., s.458.

nin, hukuka uygunluk nedeni olduğu ya da kusurluluğu etkileyen bir sebep olduğu ve bu nedenle ceza verilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup tam bir birlik sağlanamamıştır²¹.

Ayrıca basit fiziki veya ruhsal hastalıkların bu kapsamda değerlendirilmesi gebeliğin sonlandırılmasına neden olacaktır. Tıbbi zorunlulukların olup olmadığı konusunda tereddüt olması veya basit sağlık ihlallerinin bulunması halinde ilgili fıkranın uygulanmasına imkan tanımak, gebeliğin sonlandırılmasında artışa neden olabileceği gibi keyfiliğe de yol açabilecektir. Örneğin, çene kemiği, damak, dudak rahatsızlıkları gibi doğumdan sonra tedavisi mümkün olan durumlarda gebeliğin sona erdirilmesi imkanı olmamalıdır. Ancak, örneğin beyin gelişiminin tamamlanamadığı hallerde doğum öncesi veya sonrasında ölümün gerçekleşmesi bakımından ciddi bir risk söz konusu olup, büyük olasılıkla bu ölüm gerçekleşecekse, bu durumda gebe kadın gebeliğin devam ettirilmesi konusunda zorlanmamalıdır²².

Tüzüğün 5. Maddesine göre Tüzüğe ekli (2) sayılı listede kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli hastalıklar yer almaktadır ancak, bunların sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmekle birlikte bu durumun belirsizliğe yol açtığı düşünülse de TCK 99 madde gerekçesine göre, hekimin bu konuya ilişkin somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığına ilişkin tespiti tıp biliminin verilerine göre olacaktır. Öğretide gebe kadının özürsüz çocuk dünyaya getirme düşüncesinin psikolojisi üzerinde olumsuz etki yapabileceği durumda gebeliğin sonlandırılmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir. Gebe kadın bakımından söz konusu tehlikenin sadece fiziki nitelikte olması gerekip gerekmediği, psikolojik tehdidin tespitinin zorluğu ve tehlikenin başka türlü önlenmesi olanağının araştırılması gerekliliği ve çocuğun alınmasının son araç olmasının gerektiği önem arz etmektedir²³.

NPK'da ve bahsedilen acil durum ile kanunda tıbbi zorunluluk olarak ifade edilen endikasyonlar anne, cenin veya sonraki hamileliklerde taşınacak ceninin sağlık durumunun tehdit altında olması halleri bakımından birleşirler²⁴. Ayrıca, NPK'na göre (m.5), zorunluluk halinde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli rapor ile gebeliğin sonlandırılması mümkündür.

4. Hekimin Tıbbi Hatadan Dolayı Cezai Sorumluluğu

Hekimin tıbbi hatalarından dolayı cezai sorumluluğunda asıl sorun, genellikle kendisini taksir şeklinde göstermektedir²⁵.

Hekimin tıbbi müdahale sırasında tıp biliminin verilerini hastalarının üzerinde uygularken,

²¹ Zorunluluk hali doktrinde bazı yazarlar tarafından kusurluluğu kaldıran bir hal olarak değerlendirilmektedir. Mahmut Koca, *Türk Ceza Hukuku*, 2. bs., Ankara, Seçkin Yay., 2009, s.292; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 3.bs., Ankara, Seçkin Yay., 2008, s.377; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs., Ankara, Turhan Yay., 2007, s.641. Bazı yazarlara göre ise; zorunluluk hali bir hukuka uygunluk halidir. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 13. bs., Ankara, Savaş Yay., 2009, s.135; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. bs., Beta Yay., 2006, s.312.

²² Büyükkay, a.g.e., s.24.

²³ Hakeri, a.g.e., s.456.

²⁴ Cengiz Otacı, "Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları", *Ceza Hukuku Dergisi*, No:8, Ankara, Seçkin Yay., Aralık 2008, s.39.

²⁵ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s.204; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal Yay., 2003, s.244; Hakan Hakeri, *Hekimin Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu*, (çevrimiçi) <http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html>, 20.01.2010, S.317.

mevzuatın öngördüğü veya tıp mesleğinin uygulanmasından doğan ortak tecrübe kurallarına aykırı davranmak suretiyle, hastanın sağlığının kötüleşmesine ve hatta hastanın ölümüne neden olabilir. Hekimin objektif olarak öngörülen dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, taksirli haksızlık meydana gelmiş olacaktır²⁶.

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile neden olduğu fiili ile kişinin vücudunda acının meydana gelmesi, sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulması durumunda taksirle yaralama vardır ancak, kanunda açıkça suç olarak yer verilmeyen fiiller bakımından ise taksirle sorumluluğa gidilemeyecektir.

Hekimin, gebelik esnasında fetusta bulunan genetik özürleri ve rahatsızlıkları saptayamaması halinde ya da prenatal tanı imkanları hakkında ana, babayı yanlış veya eksik bilgilendirmesi sonucunda ana ve babanın sağlıklı olduğunu düşündükleri çocuğun dünyaya getirilmesi kararı vermişler ancak, çocuk özürlü olarak doğmuştur. Bu durumda hekim, çocuğa karşı örneğin sakat kalmasından dolayı çocuğun çalışma gücünün kaybı dolayısıyla, ana babaya karşı örneğin, tedavi masrafları dolayısıyla hukuki sorumluluğu söz konusu olup tazminat ödemekle yükümlüdür. Ana ve babanın, çocuğun özürlü bir çocuk olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olmamaları gebeliği sonlandırma imkanlarının ellerinden alınmasına neden olmuş olabilir. Ayrıca diğer bir durum olarak, sağlıklı bir çocuk sahibi olmak isteyen ana, baba çeşitli risk taşımaları sebebiyle dölleme öncesi de hekime genetik danışmanlık için başvurmuş olup hekimin yanlış bilgilendirmesi sonucu özürlü çocuk doğmuş olabilir²⁷.

Diğer bir ihtimale göre, istenmeden dünyaya gelen çocuklar olarak nitelendirilen çocuklar, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tıbbi müdahalenin başarısız olması sonucunda meydana gelip, bakım masrafları ise tazminat davasının konusu olabilmektedir²⁸.

Hekimin tıbbi müdahalelerden doğan cezai sorumluluğu bakımından, hekimin görevi kapsamında eyleminin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması halinde görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır (TCK m.257). Bu suç tipinin özgü suç olduğunu göz önünde bulundurarak hekimin buradaki sorumluluğuna, TCK (m.6)²⁹ tanımlar maddesinde kamu görevlisinin tanımından yola çıkarak ulaştığımızı söyleyebiliriz. Hekimin kamusal faaliyet yürütmesi göz önünde bulundurularak kamu idaresinin güvenilirliğine ilişkin olup fail bakımından kamu görevlisi olma koşulu arayan diğer bir ifadeyle bu anlamda özgü suç olan suçun faili olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Ancak hekimin tıbbi hatalarından dolayı kastından değil de dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir anlatımla taksirli sorumluluğundan söz edilmekte ve böyle olunca da hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile neden olduğu eylem bakımından görevi kötüye kul-

²⁶ Mahmut Koca, "Hekimin Taksirli Fillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, Yetkin Yay., 2007, s.106.

²⁷ Zariye şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk, Ankara, Turhan Yay., 2009, s.5.

²⁸ Zariye şenocak, a.g.e., s.6.

²⁹ TCK m.6/1-c hükümü kamu görevlisini "...kamusal faaliyetin yürütülmesine atama, seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi..." şeklinde açıklamıştır. Ceza kanunlarında bazı terimlerin tanımının yapılması, kanun yapma tekniği bakımından çok önemli olup, bu şekilde kavram karmaşasının önüne geçilmekte ve yargıda birlik ve tutarlılık sağlanmaktadır. (Ünal Er, Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yay., 2008, s.350.)

lanma suçu kapsamında sorumluluğunun söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz.

Diğer yandan TCK m. 99 bakımından bir değerlendirme yaptığımızda cenine yönelik taksirle işlenen eylemlerden sorumluluk bu kapsamda söz konusu değildir. Taksirli suçların ancak kanunda açık hükmün bulunması halinde cezalandırılabilmesine göre cenine yönelik taksirli eylemlerin cezalandırılması bakımından kanunda boşluk vardır³⁰. Ayrıca, hekimin kanun veya sözleşme dolayısıyla garantörlük sıfatı kazanması mümkün olabilir. Bu durumlarda hekimin garantörlülüğü genel nitelikli TCK 257/2 değil, ihmal suretiyle taksirle ve olası kastı olması halinde kasten öldürme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³¹.

5. Kadının Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalması Hali

YTCK m.99/6'da "kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan³² fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." hükmüne yer verilmiştir. Suç endikasyonu³³ olarak da adlandırılan bu hükmün uygulanması için kadının kendisine karşı işlenmiş bir suç dolayısıyla gebe kalmış olması ve kadının gebeliğinin sona erdirilmesine ilişkin rızası gerekmektedir. Kadın, mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalsa bile yirmi haftayı aşan gebeliklere son verilmesi halinde bu madde nin ihlali söz konusu olacaktır.

İlgili hükmün devamında ise gebeliğin uzman hekimler tarafından ve hastane ortamında sona erdirilmesinin gerekliliğine değinilmiştir. Görüldüğü gibi, madde bazı şartların gerçekleşmesi halinde bir cezasızlık nedeni³⁴ öngörmüştür.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre,³⁵ bu durumda gebe kadın bakımından kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk hali vardır ve bu zorunluluk halinden gebeliği sona erdiren hekim de faydalanacaktır. Rıza açıklaması ve bu rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen fiil hukuka uygun hale gelmemekte, ancak, zorunluluk halinin varlığından dolayı kişi kusurlu sayılmamaktadır. Bu fıkra hükmüne göre, gebe olan kadın bakımından zorunluluk halinin mevcut olmasına rağmen gebeliğin sona erdirilmesi bakımından kadının rızası aranmaktadır. Belirtildiği gibi bu görüşe göre, rızaya dayalı olarak gebeliği sona erdiren işlemi hukuka uygun olmamakla birlikte kadının içinde bulunduğu zorunluluk halinden bu işlemi gerçekleştiren hekimin de faydalanması mümkün olacaktır. Diğer görüşe göre ise, ilgili fıkranın öngördüğü durum, zorunluluk hali olmayıp cezasızlık halidir³⁶.

Böyle bir cezasızlık sebebine yer verilmesinin nedeni olarak, suç sonucu gebe kalan kadı-

³⁰ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, s.451.

³¹ Hakan Hakeri, Türk Ceza Kanunu 83. Maddesi Bağlamında Hekimlerin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, Yetkin Yay., 2007, s.109.

³² 20 haftalık sürenin gereğinden çok olduğu; ancak bu konuda tıp bilim adamlarının da görüşünün alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Fatih S. Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, İstanbul, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.372.

³³ Recep Gülşen, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 28 Şubat-1 Mart 2008, s.1217.

³⁴ Tezcan/ Erdem/ Önok, a.g.e., s.277, Nihat Kanbur, a.g.e., s.1251.

³⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, 3. bs., Ankara, Seçkin Yay., 2008, s.329.

³⁶ Hakeri, a.g.e., s.463; Yarg. 5. CD. 5485/656, T.12.2.2004 (www.kazancı.com, çevrimiçi: 20.12.2009).

nın cenini taşıması, çocuğu büyütmesi, onun ruhsal bunalıma girmesine, daima cinsel saldırı olayını hatırlamasına hatta gebe kadının intiharına yol açabilecek olması durumu ileri sürülmüştür³⁷.

Diğer yandan, ilgili fıkranın neden olabileceği sorunlardan biri şu şekildedir; aile içi rıza dâhilinde olmayan cinsel ilişkiler de suç niteliğindedir. Kadın, kocasının kendisiyle rızası haricinde cinsel ilişkiye girdiğini ileri sürerek, çocuğu 20 haftalıkken bile aldırma imkanına sahip olacaktır. Fakat daha sonra şikâyetten vazgeçerek kocasının da ilgili sorumlu tutulmamasını sağlayacaktır.

Diğer bir sorun ise, örneğin, 17 yaşında olan iki gencin rızalarıyla bir arada olup sonuçta kızın hamile kalması durumunda bu fıkradan yararlanıp gebeliğe son verilmeyi 20 haftaya kadar gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceğidir. Bu durumda suçun erkek açısından gerçekleşmesi mümkün olup, bu suça ilişkin fail ve mağdur belli değildir. Örneğin 18 yaşındaki bir kız ile 16 yaşındaki bir erkek çocuk arasında gerçekleşen cinsel ilişki sonucunda kızın gebe kalması halinde ilgili fıkra hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağına ilişkin açık bir sonuca ulaşamıyoruz. Gebe olan 15 yaşından küçük ise, ilişki rıza ile gerçekleşmiş olsa dahi yine de 20 haftaya kadar çocuğun aldırılması mümkündür. Çünkü rıza dâhilinde olsa bile ilişki suç oluşturmaktadır³⁸.

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer husus ise, ilgili fıkra hükmünün uygulanabilmesi için, bir suç olgusunun varlığı gerekli olduğu için sadece kadının bu konudaki beyanının yeterli olmayacağıdır. Soruşturmasına veya kovuşturmasına henüz başlanmamış bir suçtan dolayı gebe kadının ilgili fıkra hükmüne göre gebeliğinin sona erdirilmesi halinde bu fıkroda öngörülen cezasızlık halinden yararlanmak mümkün olmayacaktır. Gebeliğin sonlandırılması işleminin söz konusu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmanın başlanılmış olması halinde ve soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının veya davanın görüldüğü mahkemenin bilgisi dâhilinde gerçekleştirilmesi gerekir³⁹. Kanunumuz ise savcılık tarafından bir soruşturma başlatılmış olmasını bile aramamaktadır. Diğer bir görüşe göre, gebeliğin suç sonucunda olduğunun saptanması durumunda soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 162. Maddesi uyarınca sulh ceza hâkiminden bir karar talebinde bulunmalıdır. Ayrıca, kadının suç sonucu gebe kaldığına ilişkin adli tıp raporunun alınması için bilirkişi olarak hekime başvurma zorunluluğu da bulunmaktadır⁴⁰.

³⁷ Recep Gülşen, a.g.e., s.1209-1210; Hakeri, a.g.e., 464.

³⁸ Hakeri, a.g.e., s.464.

³⁹ Özgenç, a.g.e., s.329.

⁴⁰ Gülşen, a.g.e., s.1218.

Kısırlaştırma Suçu ve Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi Meselesi

Can Canpolat

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul
canpolat@istanbul.edu.tr

The Crime of Sterilization and the Matter Relating to Castration of Perpetrator of Sexual Crimes

Summary

In this article, at first, the crime of sterilization which is regulated in the article 101 of Turkish Penal Code, has been examined considering its diverse specific cases. And right after, castration which is applied with surgical or chemical means that completely eradicates one's sexual activities, especially its case of revival as punitive sanction against the perpetrator of sexual crimes is tried to be evaluated within the context of human rights and criminal justice.

Keywords

Castration, Sterilization, Perpetrator of Sexual Crime, Assent, Penal Code

İnceleme konumuz olan kısırlaştırma suçu, TCK'nın 101. maddesinde düzenlenmektedir. Maddedeki yasal düzenlemenin izahına geçmeden önce kısırlaştırmanın ne anlama geldiğini izah etmek yerinde olacaktır. Kısırlaştırma(sterilizasyon), 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde; "...bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale..." olarak tanımlanmıştır. Bir başka ifade ile kısırlaştırma, kişinin cinsel arzularına ve cinsel faaliyetlerde bulunabilme yeteneğine zarar vermeksizin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi müdahaledir¹.

TCK md. 101'de, birinci fıkranın birinci cümlesi itibarıyla ilgilinin rızası olmaksızın² yapılan

¹ YENERER-ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınevi, s. 127; BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Yayımlanmış Doktora Tezi, İ.Ü. Yayınları, İstanbul 1972, s. 197.

² Kısırlaştırma operasyonu için ilgiliden alınacak rızanın sıhhatli olabilmesi için, operasyondan önce hastanın veya kanuni temsilcisinin, operasyonun kendisi üzerinde doğuracağı gerek fiziki gerekse psikolojik ve sosyolojik etkileri açısından tam olarak aydınlatılması gerekir. HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 468

kısırlaştırma eylemi cezai yaptırım altına alınmış, 2. cümle itibarıyla da kısırlaştırma ameliyesinin yetkisiz bir kişi tarafından icrası, cezanın arttırılması sonucunu doğuran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İkinci fıkrada ise, ilgilinin rızası olsa dahi yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma ameliyesi suç olarak kabul edilmiştir. Bu haliyle ve gerekçede de sarih olarak ifade edildiği üzere maddede, ilgilinin rızasının bulunup bulunmamasına göre bir ayırım gözetilerek 2 ayrı suç tipi düzenlenmiştir³.

TCK md. 101/1 şu hükmü içermektedir; “Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırılan kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında arttırılır.”

Anayasa'nın 17. maddesinde korunan “kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulmama hakkı”, vücut bütünlüğüne ilişkin dokunulmazlığı dikkate alınarak, TCK'nın 101.maddesinin 1. fıkrasındaki suçun ihdas edildiği söylenebilir.

TCK md. 101/1'de düzenlenen suçun asıl şekli ile nitelikli halinin birbirinden ayrılması bakımından, kısırlaştırma ameliyesini gerçekleştirmeye yetkili kimselerin kimler olduğunun tespit edilmesi gereklidir. 2827 Sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin esasları gösteren Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon⁴ Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün⁵ 10. maddesi, bu hususun tespit edilmesine imkân sağlayacak şekilde erkeklerde ve kadınlarda kısırlaştırma ameliyesinin kimler tarafından yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Buna göre erkeklerde üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla, bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadınlarda ise, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları, kısırlaştırma ameliyatı yapmaya yetkilidir. Dolayısıyla TCK md. 101/1'de tanımlanan suçun oluşması bakımından failin sayılan kimselerden biri olması gerektiği ve bu haliyle suçun bir özgü suç olduğu söylenebilir.

TCK md. 101/1'in 1.cümlesinde tanımlanan suçun, kısırlaştırma ameliyesinde bulunmaya

³ ERMAN/ÖZEK, bir kimsenin rızası olmaksızın kısırlaştırılmasının kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinden bir tanesi olarak ve “mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına sebebiyet verme” şeklinde kanunda cezalandırıldığını, failin bu maddeden sorumlu tutulabilecek olması sebebiyle böyle bir suç tipine ayrıca ihtiyaç olmadığını ifade etmektedir. **ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 211

⁴ Sterilizasyon, Fransızca kökenli bir kelime olup (Stérilisation), kadında ve erkekte tüplerin bağlanmasını içeren cerrahi bir operasyondur (tübal ligasyon/ ligature des trompes). Ayrıntılı bilgi için bkz. fr.wikipedia.org/wiki/Stérilisation. Bu hususta Gözübüyük; “Biz Meclis'te iken ve sözcüsü olduğumuz Adalet Komisyonu'nda ilgili tasarı görüşülürken, Sağlık Komisyonu'nun kullandığı aslı Fransızca stérilisation kelimesi yerine dilimizde karşılığı bulunan “kısırlaştırma” deyiminin metinde yer almasını teklif etik ve fakat taleplerimizin Fransızca tabirlere hayranlığı sebebiyle rey sağlanamadı” diyerek, sterilizasyon yerine kısırlaştırma deyiminin kullanılması gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir. **GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.IV, s. 486. Belirtmek gerekir ki günümüzde sterilizasyon, bir çeşit doğum kontrol yöntemi olarak nüfus planlaması politikaları çerçevesinde de gündeme gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ROBINSON, Warren C./ROSS, John A.**, The Global Family Planning Revolution: Three Decades of Population Policies and Programs, 2007, s. 38 vd.; 2827 Sayılı Kanun'un gerekçesinde de; “... ülkemizde kadın ve erkeğin arzusu ile sterilizasyon ameliyesinin yapılması, nüfus planlaması çalışmalarına olumlu yönde katkıda bulunacaktır...” denilerek bu tür bir anlayışın benimsendiği ortaya koyulmuştur. **YENERER-ÇAKMUT, Özlem**, s. 131, dp.35. Zira sterilizasyondan sonra yapılacak refertilizasyon operasyonu ile kişinin üreme kabiliyetini geri kazanması mümkündür. Bkz. **ERMAN, R.Barış**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. SBE., s. 199.

⁵ “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük”, Resmi Gazete, 18.12.1983, No:18255

yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi, bir başka deyişle söz konusu ameliyede bulunanın Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 10. maddesinde sayılanlardan biri olmaması halinde faile verilecek ceza üçte bir oranında arttırılacaktır. Kanun koyucunun, rıza olmaksızın ve yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen kısırlaştırma ameliyesi için daha ağır bir ceza öngörmesinin sebebi olarak, tıpta ehil olmayan kimselerin mağdurun sağlığını etkileyecek başkaca ve daha ağır neticelerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecekleri ihtimalini dikkate almış olması gösterilebilir. Suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi durumunda, gerçekleşen haksızlığın içeriği de niceliksel olarak ağırlaşmış olmaktadır⁶.

Söz konusu suçun gerçekleşebilmesi için, kanunda belirtildiği şekliyle mağdurun kısırlaştırılması gerekir. Bu vesile ile fiilin mağdurun vücut bütünlüğü bakımından bir zarar meydana getirmesinden hareketle, suçun bir zarar suçu olduğu ifade edilmelidir. Buna paralel olarak, işlenen fiilin sonucu olarak mağdurun kısırlaştırılması gerektiğinden, kısırlaştırma suçunun neticeli bir suç olduğu söylenmelidir. Şayet kısırlaştırma ameliyesi, failin elinde olmayan sebeplerle gerçekleştirilemediyse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilecektir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda, mağdura karşı kasten yaralama suçunun oluşması söz konusu olsa da, failin kastı doğrudan doğruya yaralama olmadığı ve kısırlaştırma suçu, kasten yaralamayı da içerisinde barındırdığı için, failin sadece kısırlaştırma suçuna teşebbüsten sorumlu olması gerekir. Söz konusu suçun maddi konusu, mağdurun vücut bütünlüğüdür. Dolayısıyla suçun teşekkül edebilmesi için mağdurun üreme kabiliyetine sahip olması gerekir. Şayet kısırlaştırma ameliyesinin vuku bulunduğu an itibarıyla mağdurun üreme kabiliyeti yoksa suç, konu bakımından işlenemez suç olarak nitelendirilecektir. Bu durumda fail sadece kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Bunun sebebi ise, kısırlaştırmanın geçişli bir suç özelliği taşıması ile açıklanabilir. Zira failin kısırlaştırma ameliyesinde bulunabilmesi için kasten yaralama suçunu gerçekleştiren fiilleri zorunlu olarak işlemesi gerekmektedir.

Kısırlaştırma suçu, kasten işlenebilen bir suç tipidir. Kast, doğrudan kast olabileceği gibi, failin yaptığı operasyonun neticesinde mağdurun kısırlaştırılabileceğini öngörmesine rağmen bu sonucu kabullenip fiiline devam etmesiyle gerçekleşen olası kast şeklinde de olabilir. Bu suçun taksirle işlenmesine olanak bulunmamaktadır. Çünkü kısırlaştırma suçunun düzenlendiği TCK md.101'de, suçun taksirle işlenebileceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷.

Sterilizasyon ameliyesinin gerçekleştirilmesi sırasında mağdurun bedensel bir zarar görmesine veya ölümüne sebep olunması halinde, netice sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği açıktır. Burada failin sterilizasyon kastı ile gerçekleştirdiği eylemi neticesinde mağdurun bedensel zarara uğraması veya ölmesi neticeleri açısından da en azından taksirle hareket etmiş olması aranır. Sterilizasyon ameliyesinin içerisinde kasten yaralama suçunu da barındırdığını ifade etmiştik. Söz konusu ameliyenin gerçekleştirilmesi için yapılan operasyon sebebiyle mağdurun bedensel bütünlüğüne bir zarar verilmesi suretiyle doğrudan doğruya bedensel bir zarar uğradığı açıktır. Ancak sterilizasyon operasyonunun yapılması için olağan olan eylemlerin sebebiyet verdiği ve operasyon yapılması sırasında zorunlu olarak ortaya çıkan yaralar, kanun koyucunun suçu ihdas ederken ortaya koyduğu mantık gereğince netice sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında mütalaa edilmemelidir. Bu sebeple neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında değerlendirilebilecek bedensel zararın, operasyon haricinde ortaya çıkan münhasır bir mahiyet arz etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁶ OZANSÜ, M.Cemil, Kısırlaştırma Suçu in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, s. 1286.

⁷ "TCK md. 22 - (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır..."

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4/2 maddesi uyarınca, sterilizasyon ameliyesinin rızaya dayalı olarak yapılması durumunda, işlem hukuka uygun sayılacaktır. Ayrıca kanunun 6. maddesi uyarınca sterilizasyon ameliyesine tabi tutulacak kişi evli ise eşinin de rızasının alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanunun 4/2. maddesi, söz konusu rızanın, tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde reşit kişi⁸ tarafından verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi sterilizasyona gösterilecek rızanın sıhhatli olması için mağdurun, yapılacak tıbbi operasyonun etki, anlam ve sonuçları açısından ayrıntılı bir biçimde bilgilendirilmiş (aydınlatılmış) olması gerekir. Örneğin Çekoslovakya dağılmadan önce Komünist dönemde, ülkedeki sağlıksız nüfus artışının önüne geçilmesi politikası çerçevesinde ortaya çıkan uygulamalar sebebiyle Helsinki İnsan Hakları Gözlem Örgütü'ne yapılan başvuruların incelenmesi neticesinde, özellikle Romen kadınların sezaryen operasyonları sırasında rızaları dışında kısırlaştırıldıkları ve birçoğunun da kısırlaştırma operasyonuna rıza göstermeleri için sıkıştırıldıkları, hatta bazılarının para teklif edildiği bildirilmiştir⁹. Şüphesiz ki bu yollarla alınan rıza, mağdurun yapılan operasyon ile ilgili olarak aydınlatılmamış olması sebebiyle, hukuken geçerli sayılması mümkün olmayan bir nitelik arz etmektedir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 14. maddesi, akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadında rahim tahliyesi için kendi rızasının aranmayacağını öngörmektedir. Bu husus, kendisine bakamayacak derecede malul olan kadının gebe kalmasının önlenmesi bakımından, devletin kadın ve çocukları koruması yönündeki ödevini ortaya koyan Anayasal ilkenin getirisi olarak kabul edilebilir. Bu durumun sterilizasyon veya kastrasyon bakımından da ele alınması gerekir. Çünkü rahim tahliyesi, bu konuda geçici bir önlem olarak ortaya çıkarken, akli maluliyet halindeki bir kişinin sterilizasyon veya kastrasyon ameliyelerine tabi tutulması söz konusu olduğunda, bu ilkenin daha ön planda olacağı söylenebilir. Bununla birlikte zikredilmesi gereken başka bir düzenleme ise, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *"Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir."* Bu düzenleme ile kanun koyucunun güttüğü amacın, bir kişinin sağlıklı yaşamasının, üreme kabiliyetine üstün tutulması yönünde olduğu söylenebilir. Ancak burada değerlendirilmesi gereken husus, maddede ifadesini bulan tıbbi zaruretin ne anlama geldiğidir. Tıbbi zorunluluk hayati bir risk taşıyorsa ve o anda müdahalesi zorunlu olup da kastrasyon ameliyesinin yapılmasına bağlı bir mahiyet arz etmekteyse, bu takdirde hastanın kastrasyon ameliyesine tabi tutulması söz konusu olabilir. Aynı durum sterilizasyon için de geçerli olmalıdır. Yani tıbbi müdahalede zorunluluk halinde sterilizasyon işleminin uygulanması söz konusu olup, bunun dışındaki durumlarda sterilizasyon ameliyesinde bulunulabilmesi için hastanın rızasının aranması gerekir.

TCK md. 101/1'de düzenlenen suçun gerek yetkili bir kimse tarafından gerekse yetkisiz bir kişi tarafından rıza hilafına olarak işlenmesi halinde, failin fiiline Türk Ceza Kanunu'nun 38. ve

⁸ Türk hukuk mevzuatına göre 18 yaşını tamamlamış olan kişiler reşit sayılır. Ancak, istisnai hallerde 18 yaşını tamamlamamış olmasına rağmen, kanunların reşit kabul ettiği kişiler de diğer şartların varlığı halinde sterilizasyona rıza göstermeye ehildir. Zira Nüfus Planlaması Kanun'u, yaş bakımından bir sınırlama getirmemiş, rıza göstermek bakımından sadece reşit olma şartını aramıştır. Bu durumda örneğin velisinin rızası ile 17 yaşında evlenerek reşit olmuş bir kişi de sterilizasyona (eşin de rızası ile) rıza göstermeye ehildir.

⁹ Struggling for Ethnic Identity: Czechoslovakia's Endangered Gypsies, **A Helsinki Watch Report**, Amerika Ağustos 1992, s. 19 vd.

39. maddeleri çerçevesinde iştirak eden kimseler, bu duruma en geç fiilin icrası sırasında vakıf olmaları halinde şerik olarak bu fiillerinden sorumlu olacaklardır. Şayet sterilizasyon ameliyesi birden fazla kimse tarafından gerçekleştiriliyorsa, bu durumda faillerden her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Belirtmek gerekir ki TCK md.101'in ilk cümlesinde düzenlenen suçun failinin, sterilizasyon ameliyesini gerçekleştirmeye yetkili bir kimse olması mecburiyetinden hareketle, bir kimsenin "bu fiili doğrudan doğruya işleyerek" müşterek fail olarak sorumluluğuna gidilebilmesi için söz konusu operasyonu yapmaya yetkili bir kimse olması gerekir. Aksi takdirde bu kişi, 101. maddenin 2. cümlesinde belirtilen fiili işlemiş olacağından bu hüküm uyarınca fail olarak münhasıran sorumlu tutulması gerekecektir.

Bu suçta içtima kurumu bakımından özellik arz eden durum, aynı kişiye karşı değişik zamanlarda sterilizasyon ameliyesinde bulunmaya teşebbüs edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce burada zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁰. Zira TCK'nın zincirleme suç düzenleyen 43. maddesinin 1. fıkrasında; "bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi..." durumundan bahsedilmektedir. Fail, değişik zamanlarda aynı kişiyi kısırlaştırmaya yönelik ameliyelerde bulunmuş fakat bu fiilleri her defasında teşebbüs aşamasında kalmışsa, TCK md. 43/1'de yer alan zincirleme suç hükmü uyarınca kısırlaştırmaya teşebbüsten dolayı faile verilecek ceza, arttırılarak uygulanacaktır. Yine aynı kişiyi değişik zamanlarda kısırlaştırmaya birden fazla kez teşebbüs halinde fail, son eylemiyle kısırlaştırma ameliyesini gerçekleştirebilmiş ise, zincirleme suçun tamamlandığından bahisle cezanın artırımı da bunun üzerinden yapılacaktır.

TCK'nın 101. maddesinin 2.fıkrasında ihdas edilen ve mağdurun rızasına dayalı olarak gerçekleştirilen kısırlaştırma suçu, mağdurun rızası olsa dahi yetkisiz bir kişi tarafından kısırlaştırma ameliyesinde bulunulması halinde söz konusu olacaktır. Burada mağdurun fiile rıza göstermesi, ameliyeyi gerçekleştirecek olanın yetkisiz olması sebebiyle hukuken geçerli kabul edilmemiştir. Zira kanun koyucu burada, mağdurun sağlığının daha büyük tehlikelere maruz kalmasını ve söz konusu cerrahi operasyonun ancak yukarıda belirttiğimiz uzmanlığa sahip olan kişiler tarafından yapılabilmesi karşısında, rıza çerçevesinde de olsa bu kişiler haricinde söz konusu ameliyenin gerçekleştirilmesini önlemek istemiştir.

Sterilizasyon ameliyesinde, kişinin cinsel faaliyetlerini ortadan kaldırmadan, sadece üreme kabiliyetine son verilmesi söz konusuyken, kastrasyona tabi tutulan kişi bakımından cinsel faaliyetler de tamamen son bulmakta¹¹ hatta cinsiyete ilişkin belirtiler de kaybolmaktadır¹². Kastrasyon, cerrahi veya kimyasal bir işlemle erkeklerin testis faaliyetlerinin, kadınların ise yumurtalık faaliyetlerinin sona erdirilmesi anlamına gelmektedir¹³. Kastrasyon işlemi özellikle seks suçluları olarak tabir edilen ve özellikle küçüklerin cinsel dokunulmazlığına karşı birden fazla defa suç işleyen kişiler bakımından bir ceza olarak gündeme gelmektedir¹⁴. Kimyasal kastras-

¹⁰ Suça teşebbüs halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. **İÇEL, Kayıhan**, Suçların İçtima, İstanbul 1972, s.113; **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.1, 13. Bası, Beta Yayınevi İstanbul 1997, No:530-s. 397.

¹¹ **YENERER-ÇAKMUT, Özlem**, s. 123

¹² **HAKERİ, Hakan**, s. 472.

¹³ Ayrıntı için bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Castration>

¹⁴ Kastrasyon, Eski Yunan'da kölelerin ticari amaçlarla hadım edilmesi, Ortadoğu'da Harem Ağalarının cinsel isteklerinin önüne geçilmesi için hadım edilmesi, 6.yüzyıldan 9. yüzyıla kadar İtalyan erkek çocuklarının seslerini soprano veya contralto seviyesinde tutabilmeleri için kullanılan bir yöntem olarak da karşımıza çıkmaktadır. **RUSSEL, Stacy**, Castration of Repeat Sexual Offenders: An International Comparative Analysis, Houston Journal of International Law, Winter 1997, Makale için bkz. www.findarticles.com

yonda, kişiye verilen hormon dengesini etkileyici¹⁵ ilaçların yan etkileri olduğu gibi, bu ilaçların mükerrir seks suçlarının işledikleri fiillerden vazgeçmelerini sağlayıp sağlamadıkları da tereddüde yer bırakmayacak netlikte ortaya koyulamamaktadır. Buna karşılık cerrahi kastrasyonda yapılan operasyon, testislerin alınması şeklinde gerçekleşmekte olup, cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen failin ereksiyon yeteneği, cinsel istekleri ve hatta cinsiyete ilişkin belirleyici emareleri ortadan kaybolduğundan, daha etkili olmasına karşın, sonuçları itibarı ile daha ağır ve geri dönülemez bir mahiyet arz etmektedir.

Avrupa'da halihazırda kastrasyonu cinsel suç faileri bakımından uygulayan ülkeler Polonya¹⁶ ve Çek Cumhuriyeti'dir. Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi(CPT) yetkililerinin, Savcı Ales Butala sorumluluğunda Mart ve Nisan 2008 boyunca Çek Cumhuriyeti'nde hükümet yetkilileriyle, hekimlerle ve henüz kastrasyona tabi tutulmuş 9, tutulmak üzere bekleyen 5 ve 1998-2008 arasında kendisine kastrasyon işlemi uygulanmış 41 cinsel suç failiyle yaptığı görüşmeler neticesinde konuyla ilgili bir rapor hazırlayan Komite, söz konusu operasyonun geri dönülemez fiziksel değişimleri, doğrudan veya dolaylı psikolojik etkileri beraberinde getirmesi, ayrıca testosteron seviyesinin azalmasının sürekli olacağı yönünde bir garantinin de söz konusu olmaması sebebiyle, Çek Cumhuriyeti'ne, söz konusu uygulamaya son vermesi çağrısında bulunmuştur¹⁷. Raporda Komite, alternatif rehabilite yöntemlerinin uygulanabilmesi karşısında böylesine ciddi ve çok yönlü olarak zararlı neticeler doğuran bir cezanın verilmemesi gerektiğini de vurgulamaktadır.

Amerika'da da, cinsel suç işleyen failerin özellikle uzun süreli hapis cezalarını çektikten sonra kimyasal kastrasyona tabi tutulması söz konusu olmaktadır. 2007 yılında Florida Eyalet Mahkemesi'nce bir cinsel suç failinin kimyasal kastrasyona tabi tutulması yönündeki kararı¹⁸, bu hususta Amerikan uygulamasına örnek olarak gösterilebilir.

Kastrasyon, genel olarak her ne kadar bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktaysa da, bazı durumlarda özellikle mükerrir cinsel suç failerinin kendi rızaları ile kastrasyona tabi tutulmak istedikleri de gözlemlenmektedir. Nitekim Ekim 2009'da 5 yaşındaki erkek çocuğuna tecavüzden yargılanan Francis Evrard adlı sanık, mahkemeye çıkmadan bir gün önce Fransa Devlet Başkanı Sarkozy'e yazdığı mektupta, 63 yaşında olmasına rağmen durduramadığı seks dürtüsünü yenebilmek için kendisine cerrahi kastrasyon uygulanmasını talep etmiştir. Amerika'da da buna benzer vak'alarda, cinsel suç faili olarak yargılanan sanıkların, yasal olarak kastrasyona tabi tutulmaması neticesinde, kendi testislerini keserek söz konusu işlemi kendi başlarına gerçekleştirirdiği de müşahade edilmiştir.

Mükerrir cinsel suç failerine kastrasyona tabi tutulmak şeklinde bir ceza verilmesi meselesi, gerek işlenen suç ile bu suça karşılık verilen ceza arasındaki orantılılık, gerekse verilen bu cezanın insan onuruyla bağdaşır olup olmadığı kapsamında tartışılmalıdır. Toplum, özellikle cinsel suçların küçük kız ya da erkek çocuklarına karşı işlenmesi halinde, buna, insan öldür-

¹⁵ Kimyasal kastrasyonda kişinin kanındaki androjen seviyesini düşürerek testosteron salınımını alt seviyelere indirmeye yarayan ve haftada bir defa vücuda enjekte edilen "Depo Provera" adlı bir ilaç kullanılmaktadır. **MEISENKOT-HEN, Christopher**, Chemical Castration - Breaking The Cycle of Paraphiliac Recidivism, Social Justice Journal, Vol. 26-No.1, 1999, s. 172. Makale için bkz. www.findarticles.com

¹⁶ 25 Eylül 2009 tarihinde Polonya Parlamentosu, pedofililerin kimyasal kastrasyona tabi tutulmasına ilişkin yasa tasarisını kabul etmiştir. Bkz. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8275236.stm>

¹⁷ Rapor için bkz. <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2009-02-05-eng.htm>

¹⁸ Florida Ceza Kanunu'nun cinsel suçları ve bunlara verilecek cezaları düzenleyen 794. maddesinde, kastrasyon cezasının alternatif olarak verilebilecek bir ceza olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Madde metni için bkz. <http://law.justia.com/florida/codes/TitleXLVI/ch0794.html>

mek suçuna gösterdiğinden dahi daha büyük bir reaksiyon göstermektedir. Zira bu durum, toplumun kabul ettiği genel ahlak kurallarını en üst seviyede ihlal etmekte ve toplum düzenini bozmaktadır. Ancak bu tip suçları işleyen kişilerin genellikle hasta oldukları dikkate alınır, bu kişilerin kusur yeteneklerinin var olduğu düşünüldüğünde dahi bunlar hakkında verilecek hapis cezası yanında güvenlik tedbiri olarak mutlaka psikolojik bir tedaviye tabi tutulmalarının daha olumlu olacağını söylemek mümkündür. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların (özellikle çocuklara karşı), ceza kanunlarında suç olarak kabul edilen diğer birçok fiile göre, nicelik yönünden daha ağır bir haksızlık ihtiva ettiği söylenebilir. Ülkemizde de sıklıkla işlenen bu tip suçların özellikle medyaya yansması neticesinde cinsel suç faillerinin bir ceza olarak hadım edilip edilemeyeceği tartışılmaktadır. Evvelce de ifade ettiğimiz ve Anayasamızın 17. Maddesinin 3. fıkrasında da yer alan, “hiç kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayacak bir cezaya tabi tutulamayacağı” yönündeki insan hakları temelinde kendisine yer bulan modern ceza hukuku anlayışı karşısında, bir kişinin, işlediği cinsel suçun cezası olarak, anılan yan etkileri barındıran bir kastrasyon operasyonuna tabi tutulması düşünülmemelidir. Ancak, nasıl ki rızaya dayalı sterilizasyon ameliyesinin gerçekleştirilmesi bir suç teşkil etmiyor ise, rızaya dayalı kastrasyonda da durum aynı olmalıdır. Dolayısıyla kastrasyon operasyonunun yukarıda ifade ettiğimiz örneklerde olduğu gibi kişilerin kendilerinin talep etmeleri halinde uygulanmasına müsaade edilmesi söz konusu olabilir. Bu konudaki en büyük tereddüt ise, kastrasyonun cinsiyete ilişkin emareleri de ortadan kaldırmasından hareketle, toplum yapısının bozulması riskini de beraberinde getirebileceği şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁹. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının dahi bu konuda alınan tıbbi rapor dikkate alınarak mahkeme tarafından izin verilmesi halinde yapılmasının söz konusu olabildiği dikkate alındığında, en azından cinsel suç faillerinin de kastrasyon operasyonuna tabi tutulmak yönündeki rızalarının yasal olarak kabule şayan bulunmasının, tıbbi sakıncalar bulunmadığı takdirde uygun olabileceği kanaatindeyiz.

¹⁹ Kanun koyucunun Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da rızaya dayalı kastrasyonun mümkün olup olmayacağı ile ilgili herhangi bir irade ortaya koymaması da, bu tereddüdün bir yansıması olarak kabul edilebilir.

Osmanlı Hukuk Sistemi İçinde Tıp ve Hekimlerin Yeri*

Ömer Düzbakar

Uludağ Üniversitesi Eğitim Fakültesi İlköğretim Bölümü
oduzbakar@uludag.edu.tr

The Role of Medicine and Doctors in Judge Records During Ottoman Period

Abstract

The aim of this research is to reveal the role of medicine and doctors in cases related to justice in Ottoman period. "Bursa Kütüğü" and "Bursa Court Records" were used as main sources. "Bursa Kütüğü" which is written by Kâmil Kepecioğlu between the years 1930-1945 by collecting data from Bursa Court Records with his hand script in Ottoman Language is a kind of Encyclopedia of Bursa composed of four volumes. Now it is recorded in "Bursa Yazma ve Eski Basma Eserler Kütüphanesi" as Kâmil Kepecioğlu, Genel Kit. with number 4519-4522. The manuscripts of Bursa Court Records are in National Library in Ankara and their microfilms are in Bursa Municipality Library.

Keywords

Ottoman justice system, medicine, physician, Bursa

Osmanlı döneminde hekim ve hastaların birbirleri üzerindeki hukuksal haklarına büyük önem verilmiştir. Bilindiği gibi o dönemde hasta (kendisi ya da küçük yaşta ise velisi aracılığı ile), rahatsızlığı ile ilgili olarak hekime müracaat ettiğinde ameliyat gibi ciddi bir teşhis konulduğunda ya da ilaç tedavisini gerektirecek bir durum söz konusu olduğunda kadı huzurunda karşılıklı bir anlaşma yapmaktaydı. Anlaşmanın amacı hastanın ameliyat sırasında ya da kullandığı ilaçtan dolayı ölümü halinde hekimin bundan sorumlu tutulmayacağını belirtmektir. Bu durum hem hasta hem de hekim haklarının savunulması açısından son derece önemlidir.

Hukuksal açıdan bu belgelere itibar edildiği ve hekim hakkında şikâyetler olduğu takdirde incelenerek gereğinin yapıldığını yine kayıtlara yansıyan olaylarda görebilmekteyiz. Gemlik ka-

* Bu makale Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, 13/2, Ankara 2005, s. 105-109'da yayınlanmış olup yeni örnekler eklenerek içeriği zenginleştirilmiştir.

zasının Kurşunlu köyünden bazı kişiler 1684'de Hekim Hüseyin oğlu Abdurrahman Efendi hakkında, "bir sene evvel bize ilaç yapmak üzere akçalarımızı alıp bize mualece etmedi" şeklinde bir sene önce paralarını aldığı halde kendilerine hâlâ ilaç vermediğinden dolayı şikâyetle bulunmuşlardır. Abdurrahman Efendi de "bunlardan aldığım akçayı yine kendilerinin marazlarına göre mualecelerine harç ve sarf eyledim" diyerek aldığı parayı şikâyetle bulunan kişilerin hastalıklarının tedavisinde kullanılmak üzere gerekli ilaçların temini için harcadığını belirterek kendini savunmuştur. Davanın sonuca bağlanabilmesi için başhekim olan Mehmet oğlu Ali Efendi, Abdurrahman Efendi gibi hekimlerin ücreti birer zolotadır (30 para kıymetinde bir nevi gümüş sikke) diye haber vermek suretiyle hekim ücretleri için bir standart belirlemiştir.¹

Osmanlı döneminde boşama hakkı bazı durumların dışında erkeğe aitti. Bu durumlardan birisi de erkeğin hastalığı ya da innîn adı verilen iktidarsızlığıdır. 1587'de Bursa'da Kasım kızı Raziye, Ali oğlu Mehmet adında bir kimseyle evlenmiştir. Bir süre sonra Raziye mahkemeye başvurarak evlendiği sırada bazı kimselerin eşinin "Frenk zahmeti" olarak bilinen bir hastalığının olduğu konusunda kendisini uyardıklarını bildirmiştir. Mehmet ise böyle bir hastalığının olmadığını kendisinde bu hastalık var ise veyahut evlendikten sonra ortaya çıkacak olursa "Raziye üç talâk ile benden mutallaka olsun", diyerek şart koşmuştur. Bir süre sonra hastalık ortaya çıkınca Raziye "üç talâk ile boş oldum", dediğinde Mehmet inkâr etmiştir. Bursa'da başhekim olan Sunullah oğlu Ataullah Çelebi ve Cerrahbaşı Bayezit oğlu Ahmet adlarındaki hekimlere müracaat edildiğinde, Mehmet'in bedeninde meydana gelen hastalığın halk dilinde "Frenk zahmeti" ve tıp dilinde ise "Karha-i habis" adıyla bilinen bir hastalıktır şeklinde görüş bildirdikleri halde Mehmet, talâk-ı selâse hakkında şartı inkâr etmiştir. Raziye ise şahitler ile iddiasını ispat ettiğinden dolayı davası kabul edilerek boşanmasına karar verilmiştir.²

Kocası iktidarsız olan kadın onunla yaşamak istemiyorsa, mahkemeye müracaat etmek suretiyle evliliğinin feshini isteyebilirdi. Kadının böyle bir talepte bulunması durumunda, koca iktidarsızlığını kabul ederse kadı tarafından müracaat tarihinden itibaren bir yıllık bir süre tanınmıştır.³ Abdal Mehmet mahallesinde yaşayan Emine adlı kadın kocası Mehmet hakkında dava açarak yedi ay önce evlendiklerini "...innîn olmağla bu ana gelince bana vasıl olmamıştır..." şeklinde kocasının iktidarsızlığını dile getirerek durumunun ne olacağını sormuştur. Mahkeme ise nikâhın hâlâ geçerli olduğunu belirterek bir yıl tamamlanıncaya kadar davayı te'cil etmiştir.⁴

Asıl konumuzu oluşturan hukuku ilgilendiren boyutuyla tıptan ve dolayısıyla hekimlerden bugün de olduğu gibi otopside faydalanılmıştır. Bursalı Ramazan kızı Şahban Hatun'un oğlu Ali'nin, ustası Satılmışoğlu Celal tarafından dövülmek suretiyle ölümüne sebep olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme tarafından Mevlana Ali Halife, Ramazan oğlu Ali ve Hekim Ahmet oğlu Mustafa ve Cerrah Hayreddin oğlu Pir Ahmet Çelebi gönderilip muayene ettiklerinde, müteveffanın üzerinde darp izi olmadığını 1552 Şubatında mahkemeye haber vermişlerdir. 1555'de Tahtakale'de vefat eden Abdullah oğlu Cafer'in, Karamanlı Abdurrahman tarafından vurularak öldürüldüğünün bildirilmesi üzerine yapılan incelemede sol tarafında taun (veba) çıkardığı anlaşıp, "ol yaradan adam ölmez ve taundan ölmüştür" şeklinde rapor etmişlerdir.⁵ (Belge 1)

1562'de Bursa zaîmi Sinan çavuş, Ahmet oğlu Yusuf'u mahkemeye götürerek; Atpazarında

¹ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, II, Bursa Yazma ve Eski Basma Eserler Kütüphanesi, Genel Kit., nu. 4520: s. 238.

² Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, II, s. 125.

³ Cin, H. *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1988: s. 89.

⁴ Bursa Şer'iyye Sicilleri B 112 26a.

⁵ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, IV, Bursa Yazma ve Eski Basma Eserler Kütüphanesi, Genel Kit., nu. 4522: s. 49.

Bunun üzerine subaşı olmadan keşif yapılmamasına dair merkezden 1615'de emir gönderilmiştir.⁸

O dönemin ticari emtialarından biri de kuşkusuz esirlerdi. Esirlerin satın alındıklarında sağlıklı olmalarına dikkat edilir, değil ise alıcı ve satıcı mahkemelik olurdu. Buna dair bir örnek 1649'da yaşanmıştır. Bu tarihte Bursa esircilerinden İsmail oğlu Mahmut Beşe yine esircilerden Dede oğlu Ahmet'i dava edip yüz gün önce Mariye adında bir cariyeyi sağlıklı olduğunu sanarak yüz yirmi riyali guruşa satın aldığı hâlbuki cariyede südde (vücudun bir yerinde görülen tutukluk) adı verilen eski bir hastalık olduğunu iddia etmiştir. Bursa'da başhekim olan Mehmet Efendi mahkemeye çağırılarak, cariyeye muayene ettirildiğinde, südde marazı olduğu ve bu hastalığın cariyede eskiden beri var olduğunu söylemiştir. Yine hekimlerden dindarlığı ile meşhur Abdurrahman oğlu Ali Çelebi ve Ali oğlu İbrahim mahkemede, "südde marazı kadim olup, beş altı ayda ancak hasıl olur, eski ayıptır" şeklinde cariyenin südde hastalığına daha önce tutulmuş olduğunu söylediklerinden cariyeye satıcıya iade edilmiştir.⁹

Hekimler içinde görevlerini ihmal edenler derhal cezalandırılmıştır. Bursa kadısı, Yıldırım Bayezid Darüşşifası'nın başhekimini olan Salih Efendinin, vazifesine bakmayıp, hastaların işlerinin yüzüstü kaldığını beyan ederek şikâyet ettiğinden, İstanbul'da padişahın hekimbaşısı Mevlana Feyzi Mustafa Efendi'nin talebi üzerine, 1674'de görevinden alınarak yerine Tıbbiye Medresesinde şakirt olan Alim Efendi tayin edilmiştir.¹⁰

Bursalı cerrahlardan Saadetin, İstanbul'da cerrahlık yaparken şikâyet edilmiş ve padişahın başhekimini 1845'te kendisini çağırarak, tababet fenninde yeterli bilgisi olmadığını belirterek bundan sonra tababete müdahale etmemesi ve hastaları tedaviye cüret etmemesi konusunda uyarılmak suretiyle memleketi olan Bursa'ya sürülmüştür.¹¹

Bu tür belgelerin özellikle cerrahlarla ilgili olduğu görülmektedir. Bursa Kütüğü'nde "Ameliyat" başlığı altında bununla ilgili olarak verilen örnek belgeler şunlardır:

1. 1484'de Mevlâna Şükrullah Ahmet Çelebi, Hamza adındaki kölesi attan düştüğünde, cerrah İskender'e ayağını kesmek için izin vermiştir. Bu müdahaleden dolayı ölecek olursa da davacı olmayacağını belirterek hüccet (Şer'î mahkemeden verilen belge) alınmıştır.
2. 1486'da Abdullah kızı Kadem oğlu Halil Mehmet'in kavuğunda (mesanesinde) taş olduğundan Cerrah Musa oğlu Hayreddin'e kavuğunu yarıp taşı çıkarması için izin vermiştir. Eğer ölürse bununla dava ve niza olmadığına dair mahkemeden hüccet almıştır.
3. 1487'de Ahmet oğlu Mevlâna Bedreddin'in mesanesinde taş olduğundan yarıp çıkarması için göz doktoru ve aynı zamanda cerrah olan Seyyid İbrahim oğlu Abdulkadir'e izin vermiş eğer sıhhat bulmayıp ölürse kanı helal olsun diyerek kendisi ve ailesinden birisinin dava etmemesi için mahkemeden hüccet almıştır.
4. 1537'de Balık Pazarı'nda Nikola oğlu Dimitri'nin mesanesinde taş olduğundan çıkarmak için Cerrah Berekat oğlu Seyyid Ali'ye 300 akçe cerrahiye vermiştir. Eğer taş çıkarma

⁸ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, IV, s. 75-76.

⁹ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, IV, s. 76.

¹⁰ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, IV, s. 114. Sağlıkla ilgili kurumlarda görevlendirilen başta hekimler olmak üzere tüm çalışanların işinin ehli kişiler olmasına itina gösterilmiştir. Gelirleri vakıflar yoluyla karşılanan bu tür kurumlarda çalışanlarda aranan nitelikler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Ömer Düzbakar, "Charitable Women and Their Pious Foundations in the Ottoman Empire: The Hospital of the Senior Mother, Nurbanu Valide Sultan", *Journal of the International Society for the History of Islamic Medicine*, V/10, İstanbul 2006, ss. 11-20.

¹¹ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, IV, s. 97.

ameliyatından Dimitri'ye bir zarar gelip ölürse davacı olmayacağına dair mahkemeden hüccet almıştır.

5. Hacı Mustafa oğlu Veli'nin boynundaki hanâzîr hastalığına ilaç ederken ölümüne sebep oldu diye kardeşleri Alemşah, Ali ve Selim Bursa'da cerrah olan Abdullah oğlu Rıdvan'ı 1560'da mahkemeye şikâyet etmişlerse de daha sonra davalarından vazgeçmişlerdir.
6. 1561'de Arap Mehmet Mahallesi'nden Mürvet oğlu Murat, tenasül aletinde vaki olan hastalığı tedavi etmek için Hekim Yusuf oğlu Musa'ya iki sikkî altın verip tedavi edecek olursa daha fazla vereceğini ve kendisine verilen ilaçtan dolayı bir zarar görür ya da ölecek olursa ailesinden hiçbir kimse adı geçen hekimden davacı olmayacağına dair mahkemede beyanda bulunmuştur.
7. 1574'de Abdal Mehmet Mahallesi'nden Hüseyin oğlu Hasan'ın küçük oğlu Mehmet'in kasığında taş olduğundan çok acı çekmektedir. Cerrah Mehmet oğlu Hüseyin sanatında mahir olup pek çok kimseyi bu çeşit hastalıktan kurtardığından dolayı oğlu Mehmet'i cerraha teslim ederek tedavi etmesi için izin vermiştir. Çocuk eceli gelip ölecek olursa da bu hususta davacı olmayacağını belirtmiştir. Dava edecek olursa da “mesmû’ ve makbul olmaya” diyerek şikâyetinin dikkate alınmamasını talep etmiştir.
8. 1773'de Abdal Mehmet Mahallesi'nden İbrahim oğlu Mustafa bevl yolunda taş olduğundan dolayı Cerrah Mehmet oğlu Ali'ye başvurduğunu, tedavi sırasında eceli gelip ölecek olursa vârislerinden hiçbir kimsenin asla dava ve husumet eylememesini istemiştir. Kendisinin bu husus için dava olunursa hâkimler yanında mesmû’ olmamasını mahkemeye bildirmiş ve cerrah da bunu kabul etmiştir.
9. 1791'de Mihaliç (Karacabey) kazasının Saray Köyü'nden Kör Ali oğlu Mustafa'nın oğlu Ali'nin ayağına iki sene önce yaralama sonucu kalan kurşunu çıkarmak için Cerrah Üstat Hacı Hasan oğlu Hacı Hüseyin'in, sağ ayağını yaranan bulunduğu yerinden “şakk etmesine” izin vermiş, bu ameliyatta ölecek olursa da diyet talebinde bulunmayacağını bildirmiştir.¹²

Tıpla alakaları olmadığı halde bir takım ilaçlar yaparak halkın sağlığı ile oynayan kimi kişilerin ortaya çıkması üzerine devlet bu tür olayları önlemeye yönelik kararlar almış ve hukuksal açıdan yaptırımlar da uygulamıştır. Bu konuda en fazla suiistimale uğrayan konulardan biri de aşıdır. 1849'da taşrada tıpla alakası olmayan ve aşı ilmini bilmeyen birtakım kişilerin gelişigüzel ilâç vermekte ve çocuklarla ahaliyi gelişigüzel aşılamağa olduğu ve halkın sağlığı ile oynandığı haber alınmıştır. Bundan sonra Mekteb-i Tıbbiye'den alınmış elinde diploması bulunmayanlara tıp ve aşı işlerine müdahale ettirilmemesi, hekim olmayan sancak, kaza ve köyleri senede bir kere dolaşarak çocukları ve ahaliyi aşılamağa üzere yeterli sayıda eleman ve malzeme gönderileceği bildirilmiştir.¹³

Osmanlı toplumunda kendilerine bir takım hastalıklar istinat edildiğinden dolayı toplumdan soyutlanarak zor durumda kalan kişiler haklarını aramak için mahkemeye şikâyette bulunmuşlardır. Bu tür hastalıkların başında miskinlik de denilen cüzzam hastalığı gelir. Kütahya'ya bağlı Sülü adlı köyden Bayezit oğlu Resul Fakih'a “cüzzamlı” dediklerinden dolayı Bursa'ya getirilerek hekimlere gösterilmiştir. Yapılan muayene sonucu böyle bir hastalığının olmadığı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine ona cüzzamlı diyerek “izâ” yani incitenlerin derhal susturulması için

¹² Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, I, Bursa Yazma ve Eski Basma Eserler Kütüphanesi, Genel Kit., nu. 4519: s. 168-170.

¹³ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, I, s. 191.

görevliler uyarılmıştır. Bazen de kendilerine karşılıksız olarak Miskinler Tekkesinde bakıldığından dolayı hasta olmadıkları halde hastaymış gibi davranan kişiler ortaya çıkmıştır. 1792'de Bursa'da Miskinler Tekkesi'nde sakin miskinlerden Hasan, cüzzam olmadığı halde "Ben cüzzam marazına müptela ve miskinim" diye bir kolayını bularak Miskinler Tekkesi'ne şeyh olmuş ve berat almıştır. Tekkede bulunan miskinlere çeşitli zulümlerde bulunduğundan şikâyet edilmiş ve hemen görevinden alınarak yerine Giritli İbrahim oğlu Hasan Halife'nin şeyh olması için ferman gönderilmiştir.¹⁴

Bursa Kütüğü'nden öğrendiğimize göre günümüzde olduğu gibi eskiden de askere gidecek olanlar muayene edilmekteydi. 1501'de Mesih Paşa ile Karaman Seferine memur müsellimlerden İbrahim oğlu Burhan "sahib-i özüüm, fitiğim vardır" diyerek beyanda bulunmuştur. Böyle durumlarda "özür sahiplerinin bedel tutmak kanundur" kuralı gereğince bunları sevke memur Davut subaşı huzurunda üç kişi şahadet etmeleri üzerine yerine başkasını tutup göndermesine izin verilmiştir .

Genel güvenliğin sağlanması Osmanlı merkezinin önemle üzerinde durduğu konulardan biri olmuştur. Şehir içi güvenlik söz konusu olduğunda bunu sağlamak amacı ile alınan önlemlerden belki de en önemlisi mahalle halkının birbirine karşılıklı olarak kefil olmalarıdır. Böylece işlenen suçların faileri bulunamadığı zaman cezanın tüm mahalle halkından alınması söz konusu olmaktadır. Böylelikle faili bilinmeyen olayların sayısında bir düşme sağlandığı gibi daha sonra ceza ödememek amacı ile mahalle halkının karanlıkta kalma ihtimali olan pek çok olayı kadıya kaydettirdikleri görülmektedir.¹⁶ Öyle ki I. Selim'in Saruhan Sancağı Siyasetnamesi'ne göre, mahallede işlenen bir cinayetin fâili mahalle halkı tarafından bulunmaz ya da saklanır ise bütün mahalleli cezalandırılırdı.¹⁷ Özellikle yaralama ve ölüm gibi durumlarda kendisine bir şikâyet ulaştığında kadı derhal içinde çoğu zaman bir hekimin de bulunduğu bir keşif ekibini olay yerine göndermekteydi.

Kara Şeyh Mahallesinde oturan Kamer adlı kadının oturduğu evinin kuzey tarafında bulunan duvarının 6 gün önce yıkılması sonucu yaralandığı komşuları tarafından bildirilmiş, durumun keşfi ve kadının muayene edilmesi talebinde bulunmuşlardır. Mevlana İbrahim bu iş için görevlendirilmiş, duvarın kadının üzerine yıkılmasından dolayı sağ ayağının parmakları ile sol baldırının yaralandığı görülmüş, durum kadından sorulduğunda o da evinin duvarının yıkılmasından dolayı yaralandığını "...cerehat-ı mezkuremin te'siratından naşi mütevefat olursam mahalle-i merkume ahalisinden kat'a bir kimesne ile dava ve nizâ'im yoktur..." şeklindeki ifadesiyle bu yaralanmadan dolayı ölümü halinde mahalle halkının bir sorumluluğunun olmadığını dile getirmiştir¹⁸ (Belge 2).

Görüldüğü gibi Osmanlı hukuk sistemi içinde hekim ve hastaların hakları gözetilmiş, adli davalarda hekimlerin görüşlerine başvurulmuş ve onların verdikleri raporlar dava sonuçlarında son derece önemli rol oynamıştır. Tıpta mahareti az olan hekimler derhal görevlerinden alınmak suretiyle yerlerine yenileri atanmıştır. Her dönemde olduğu gibi Osmanlı döneminde de tıpla alakaları olmadığı halde halkın sağlığıyla oynayan kişiler ortaya çıkmış ve bu kişilere karşı çeşitli önlemler alınmıştır.

¹⁴ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, I, s. 325.

¹⁵ Kepecioğlu, K. *Bursa Kütüğü*, III, s. 349.

¹⁶ Abacı, N. *Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması (17. Yüzyıl)*, Ankara: Kültür Bakanlığı Yayınları, 2001: s. 200-201.

¹⁷ Akgündüz, A. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, III, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1991: s. 191.

¹⁸ *Bursa Şer'iyye Sicilleri* B 90 94b.

Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İncelemeler ile İlgili Düzenlemelerin Türk ve Alman Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Aykut Ersan

Avukat. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
aykutersan@hotmail.com

Die Beurteilung der Türkischen und Deutschen Regelungen Bezüglich der Körperlichen Untersuchungen, der Entnahme der Körperzellen, der Molekulargenetischen Untersuchungen

Zusammenfassung

Die am 01. Juni 2005 in Kraft getretene neue türkische StPO mit der Nummer 5271 enthält neue Regelungen, welche auf die Erstarkeung des Rechtsstaatsgrundsatzes, auf die Verhinderung der Menschenrechtsverletzungen und auf das in einer angemessenen Dauer fortsetzendes Verfahren abzielen. Da die deutsche StPO bei der Vorarbeiten der türkischen StPO eine vorbildliche Rolle spielte, werden die Regelungen in den Artikeln 75 – 80 der türkischen StPO mit der Nummer 5271 und „die Ordnung in Bezug auf körperliche Untersuchungen, genetische Untersuchungen und die Feststellung körperlicher Identität“ mit der Regelungen § 81a - § 81g der deutschen StPO in diesem Beitrag verglichen.

Schlüsselwörter

Entnahme der Körperzellen, körperliche Untersuchungen, molekulargenetische Untersuchungen

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile ceza muhakemesinde “hukuk devleti” ilkesini güçlendirecek, insan hakları ihlallerini büyük ölçüde engelleyecek ve muhakemenin daha düzgün ve hızlı ilerlemesini sağlayacak hükümlere yer verilmiştir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile moleküler genetik incelemeler neticesinde elde edilebilecek deliller “bilimsel delil” niteliğine sahip olup; ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet etmektedir. Bu tarz bilimsel delil elde etme

yöntemlerinin kullanımı sayesinde sanıktan delile değil, delilden sanığa gidilmesi yöntemi başlamıştır.¹ Söz konusu bilimsel delillerle ilgili hata oranları çok düşük olduğu için, bunlar tanık beyanları gibi delillere oranla maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına çok daha güvenilir sonuçlar vermektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hazırlık çalışmalarına Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) kaynaklık etmiş olması nedeniyle, çalışmamızda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 75. ila 80. maddelerdeki ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'teki (Yönetmelik) beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve moleküler genetik incelemelere ilişkin düzenlemeler ile Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 81a ila § 81g'deki düzenlemeler karşılaştırmalı şekilde incelenecektir.

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

a) Muayene edilecek ve vücutundan örnek alınacak kişiler bakımından ayırım

Gerek CMK'da gerekse Yönetmelik'te, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması şüpheli veya sanık (CMK md. 75) ile diğer kişiler (CMK md. 76) açısından ayrı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu ayırım StPO'da da vücut bulmuş, § 81a'da şüphelinin beden muayenesi, bedensel müdahalesi ve kan örneklerinin alınması, § 81c'de şüpheli dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi ve kan örneklerinin alınması düzenlenmiştir.

b) İç beden muayenesi – Dış beden muayenesi ayırımı

Hem CMK'da hem de Yönetmelik'te, beden muayenesi açısından iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayırımına gidilmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinde dış bedenin muayenesinin tanımı; "...Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini...", iç beden muayenesinin tanımı ise; "...Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini..." şeklindedir. Bununla birlikte CMK ve yönetmelikte yer alan "...Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır..." şeklindeki hükümlerle birlikte, cinsel organlar ve anüs bölgesindeki muayeneler de iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmektedir. Düzenlemeye bakıldığında vücuttan örnek alınmasının da iç beden muayenesi için aranan şartlara tabi kılındığı dikkat çekmektedir.

StPO'da ise iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayırımı söz konusu olmamakla birlikte, beden muayenesi (körperliche Untersuchung) ve bedensel müdahale (körperliche Eingriff) ayırımına yer verilmiştir. Beden muayenesinde, vücudun bedensel - fizyolojik işleyişi ve vücut üzerinde basit işlemlerle elde edilecek delillerin tespiti ile yetinilmektedir. Alman doktrininde beden muayenesi, vücutta arama gibi değerlendirilmektedir. Bu tarz muayenede amaç, vücudun yapısı ve bedensel özelliklerin gözle incelenmesi ve bilhassa belirli beden-

¹ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 614

sel özellikler ile izlerin tespit edilmesidir.² Bedensel müdahale ise canlı insan vücudundan kan, idrar, sperm alınması veya vücuda bir madde verilmesi ya da vücudun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına yalnızca bir hekim tarafından yapılabilen müdahale anlamına gelmektedir.³

c) Kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması

İç beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması için gerçekleştirilecek müdahaleler, ölçülülük ilkesi bağlamında bazı şartları ihtiva etmelidir. Bunlardan biri, şüpheli veya sanık açısından iç beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekliliğidir (CMK md. 75/2). Keza, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi, kişinin sağlığının tehlikeye düşürülmesi halinde mümkündür (CMK md. 76/1). Bu konuda soyut olarak bedene yapılan müdahalenin niteliği değil; somut olarak, ilgili kişinin sağlık durumu belirleyici özellik taşıyacaktır. Ağrılar, geçici rahatsızlık ve hoşnutsuzluklar tek başına kişinin sağlığını tehlikeye sokan durumlar olarak kabul edilmemelidir. Keza, korku hali veya ruhsal sıkıntılar da tek başlarına sağlığı tehlikeye sokan durumlar olarak nitelendirilemeyecektir. Kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin ne anlama geldiğinin tespiti için, hâkim ya da savcının hekimin veya sağlık personelinin görüşüne başvurması kaçınılmazdır. Gerçekten de, kişinin daha önce geçirmiş olduğu hastalıkların, ameliyatların belirlenmesi ve bu kişiler üzerinde gerekli olması halinde bazı testlerin yapılması, anılan müdahalelerin ilgili kişinin sağlığını tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin belirlenmesi açısından zorunluluk teşkil etmektedir.⁴

StPO § 81a'ya göre de, kan örneğinin alınması ve inceleme amacına ilişkin tıp biliminin kurallarına uygun olarak bir doktor tarafından icra edilen bedensel müdahaleler, şüphelinin sağlığına zarar vermediği sürece uygundur. Bununla birlikte, § 81c hükmü gereğince şüpheli dışındaki diğer kişilerin soy bağının tespiti amacıyla beden muayenesinin yapılması ve kan örneğinin alınması da, ilgili kişinin sağlığı açısından olumsuz bir netice doğmaması koşuluna bağlanmıştır.

CMK md. 76/1'e göre sanık veya şüpheli dışındaki diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesi ile vücudundan örnek alınması konusunda cerrahi müdahale, yani tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar (Yönetmelik md. 3) icra edilmemesi koşulu da esastır. Her ne kadar ilgili kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi ortaya çıkmayacak ise de, cerrahi müdahale niteliği taşıyan işlemler diğer kişiler bakımından icra edilemeyecektir.⁵

Alman Hukukunda da bedensel müdahaleler yalnızca şüpheli ile ilgili olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

² Hakan Kızıllarlan, **Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücuttan Muayenesi & Örnek Alma, Doktrin ve Uygulama**, Ankara, Çetin Veb-Ofset, 2007, s. 150 vd.

³ Kızıllarlan, **a.g.e.**, s. 40-41

⁴ Zekiye Özen İnci, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", (Çevrimiçi) http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, 2 Ocak 2010

⁵ İnci, **a.g.m.**

d) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için zorunlu olması

Kriminalistik biliminin gelişmesiyle birlikte, bilimsel delil aşaması önem kazanmış bulunmaktadır. CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi düzenlemelere yer verilmesi, bilimsel delil aşamasına geçişte son derece önemli bir adımdır. Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucunda elde edilecek deliller diğer delil türlerine nazaran, maddi gerçeğin kesin veya kesine yakın bir biçimde ortaya konmasına yardımcı olmaktadır. Bu düzenlemeler vasıtasıyla "delilden sanığa ulaşma sistemi" de hayat bulmuş olmaktadır.⁶ Dolayısıyla şüpheli ve sanık ile diğer kişilerin beden muayenesinin veya vücutlarından örnek alınmasının amacı yalnızca, bir suç olgusunun varlığına yönelik delil ortaya konması olmalıdır (CMK md. 75/1 – md. 76/1). Nihayetinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması suretiyle elde edilecek delilleri, başka suretle elde etme olasılığı bulunmaması durumunda bu yollara başvurulmalıdır.⁷ Burada önem arz eden husus, elde edilecek delilden beklenen menfaat olmaktadır.

StPO § 81a/1'e göre, şüphelinin beden muayenesi, yargılama için gerekli olan olguların tespiti için mümkündür. Bu bağlamda StPO § 81a/3, şüpheliden alınan kan örneklerinin veya diğer vücut hücrelerinin, yalnızca söz konusu veya buna bağlı bir yargılamada kullanılabilceğini; bunun için gerekli olmadıkları takdirde, bunların derhal imha edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. StPO § 81c düzenlemesi gereğince ise, şüpheli dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı zorunluluğuna bağlı kılınmış bulunmaktadır.

Türk Hukuku açısından üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı ve bu kişilerden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağıdır (CMK md. 75, Yönetmelik md. 4 ve 7). Bu sınırlama, şüpheli veya sanığın yalnızca iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile ilgili olduğu için, dış beden muayenesi her suç bakımından icra edilebilecektir.

e) Karar verecek merci

CMK md. 75/1 ile Yönetmeliğin 4. ve 6. maddelerine göre; şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkemenin, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının vereceği karara bağlıdır. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulmalıdır. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını vermelidir. Bu şekilde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır.

Şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi ise, Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilmektedir. (Yönetmelik md. 5)

⁶ İnci, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması"

⁷ Tevfik Gülsoy, A. Nezih Kök, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2 (2005), (Çevrimiçi) http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_1.pdf, 2 Ocak 2010

StPO § 81a/1-2 bakımından, şüphelinin rızası olmaksızın beden muayenesi yapılabilmesi konusunda karar verme yetkisi hâkimde, gecikmeyle inceleme başarısının tehlikeye düşmesi halinde savcılıkta ve savcılığın soruşturmada kullandığı kişilerdedir.

CMK md. 76/1 ile yönetmeliğin 7. ve 8. maddelerine göre; şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını vermelidir. Bu şekilde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır. CMK md. 76/2 ile yönetmeliğin 18. maddesi ise, mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için anılan şekillerde karar alınmasına gerek olmadığını vurgulamaktadır.

StPO § 81c/2 ve 5'e göre ise, şüpheli dışındaki diğer kişilerin, sağlık açısından olumsuz bir netice doğurması tehlikesi yoksa ve bu tedbir maddi gerçeğin araştırılması için mutlaka yapılması gereken bir işlemse, soy bağıının tespiti amacıyla beden muayenesinin yapılması ve kan örneklerinin alınması, ilgili kişinin rızası olmasa da mümkündür. Bu konuda karar verme yetkisi hâkimde, gecikmeyle inceleme başarısının tehlikeye düşmesi halinde savcılıkta ve savcılığın soruşturmada kullandığı kişilerdedir.

f) Müdahaleyi yapacak kişi ve uyulması gereken esaslar

CMK md. 75/3'e göre; şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, bunların ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından icra edilmesi halinde mümkündür. Yönetmeliğin 4. maddesinde ise, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yalnızca hekim tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Yine yönetmeliğin 5. maddesine binaen, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak hekim tarafından yapılabilecektir. Bununla birlikte dış beden muayenesi olarak kabul edilen girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri, hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından icra edilebilecektir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre ise, şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından icra edilebilecektir. Yönetmeliğin 3. maddesindeki tanıma uygun olarak sağlık mesleği mensubu diğer kişiler dış hekimi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren kişiler olarak izah edilebilir.

StPO § 81a/1'e göre şüpheliye yönelik bedensel müdahaleler tıp bilimin kurallarına uygun olarak bir hekim tarafından icra edilebilecektir.

Yönetmeliğin 7. maddesine göre, mağdurun ve diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesi yalnızca hekim tarafından yapılabilir. Bununla birlikte, mağdurun ya da diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi yalnızca hekim veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından mümkündür. Bu tarz müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılmalıdır (Yönetmelik md. 8).

Buna karşın StPO § 81c/2 düzenlemesi gereğince, şüpheli dışındaki diğer kişilerle ilgili olarak soy bağıının tespiti amacıyla beden muayenesi ve kan örneğinin alınması yalnızca bir hekim tarafından icra edilebilir.

g) Tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde durum

CMK md. 76/4 uyarınca, sanık ve şüpheli dışındaki diğer kişiler, tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınabilir. Bu düzenleme, kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesinin (Anayasa md. 38/5) bir yansımasıdır. Zira muayene veya vücuttan örnek alınması ile elde edilecek deliller, ilgili kişiler veya yakınları bakımından aleyhe sonuç doğurabilir.

Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda ise bunların kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, bunların görüşü de alınır. Kanunî temsilcinin şüpheli veya sanık olması durumunda ise, bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak bu hâlde elde edilen deliller, muhakemenin ileri aşamalarında şüpheli veya sanık konumunda olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamayacaktır.

Alman Hukuku'nda da benzer bir düzenleme söz konusudur. StPO § 81c/3 uyarınca, mağdur vb. diğer kişiler, beden muayenesi ve kan örneği alınması işlemini, tanıklıktan çekinme nedenlerine dayanarak reddedebilir. Küçükler, temyiz yeteneklerinin bulunmaması, psikiyatrik bir hastalık, diğer zihni veya ruhi bir engel nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkının doğurabileceği sonuçlar hakkında anlama yeteneğine yeterince sahip değilse, bu takdirde bunların yerine kanuni temsilcisi karar verir. Kanuni temsilcinin karar vermesi mümkün değilse ve beden muayenesinin veya kan örneğinin alınması delillerin güvence altına alınması için derhal gerekli ise, bu takdirde sadece hâkimin özel olarak vereceği bir karar üzerine bu tedbirin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu şekilde elde edilen deliller muhakemenin ileriki aşamalarında, sadece bu konuda rıza gösterme hakkı olan kanun temsilcinin rızası bulunduğu takdirde delil olarak kullanılabilir.

h) Kadının muayenesi

CMK md. 77 ve Yönetmeliğin 11. maddesinde kadının muayenesine yönelik spesifik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılabilecektir. Yönetmelik, muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında hekim ile birlikte başka bir kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulması hususuna da dikkat çekmektedir.

Buna karşın, StPO § 81d salt kadınlarla sınırlı bir düzenleme getirmekle yetinmemiştir. Anılan düzenleme, beden muayenesinin utanma duygusunu ihlal edebilecek nitelikte olması halinde, muayenenin aynı cinsiyetten bir kişi ya da bir bayan veya bay hekim tarafından yapılabileceğini vurgulamaktadır. Bunun yanında, muayene edilecek olan kişinin haklı menfaatinin bulunması durumunda, muayenenin belirli cinsiyetteki bir kişi veya hekime yaptırılması konusunda istemine uyulması gerektiği de belirtilmiştir. Hatta ilgili kişinin isteği üzerine, güvendiği herhangi bir kişinin muayene sırasında hazır bulunmasına izin verileceği de hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, ilgili kişi bu düzenlemeler hakkında bilgilendirilmelidir.

Moleküler Genetik İncelemeler

a) Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması yoluyla elde edilen örneklerle ilgili olarak belirli bir hususun saptanması amacı

Şüpheli veya sanıktan ya da bunlar dışındaki diğer kişilerden, CMK ve Yönetmelik'teki esasla-

ra uygun olarak iç veya dış beden muayenesi ya da vücuttan örnek alınması yoluyla elde edilen örnekler üzerinde, soy bağıının veya söz konusu örneklerin şüpheli veya saniğe ya da mağdura ait olup olmadığının saptanabilmesi için moleküler genetik incelemeler yapılabilir (CMK md. 78, Yönetmelik md. 12). Bununla birlikte söz konusu amaçlarla moleküler genetik incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilecektir. Beden parçalarının, saç, kıl, cinsel salgı gibi vücut materyallerini de kapsadığı doktrinde kabul edilmektedir.⁸

StPO § 81e/1'de de benzeri bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, § 81a ve § 81c'ye uygun olarak sanık ve diğer kişilerden beden muayenesi ve kan örnekleri alınması yoluyla elde edilen maddeler, soy bağıının veya bulunan kimyasal maddelerin sanık veya mağdura ait olup olmadığının saptanması için gerekli olduğu ölçüde moleküler genetik incelemeye konu olabilecektir. Keza bununla kişinin cinsiyetinin belirlenmesi de sağlanabilir. Bununla birlikte CMK'da olduğu gibi anılan durumlar haricinde başkaca tespitlerin gerçekleştirilmesi StPO'nun düzenlemesinde de mümkün değildir. Yine bu tarz incelemeler, bulunmuş, muhafaza edilen veya el konulmuş kimyasal maddeler üzerinde de icra edilebilmektedir (StPO § 81e/2).

b) Ölçülülük ilkesi

Şüpheli veya sanıktan ya da bunlar dışındaki diğer kişilerden, CMK ve Yönetmelik'teki esaslara uygun olarak iç veya dış beden muayenesi ya da vücuttan örnek alınması yoluyla elde edilen örnekler üzerinde, soy bağıının veya söz konusu örneklerin şüpheli veya saniğe ya da mağdura ait olup olmadığının saptanabilmesi amaçları haricinde, alınan örnekler üzerinde başkaca saptamalar yapılması söz konusu olamayacaktır (CMK md. 78, Yönetmelik md. 12).

Bununla birlikte, CMK md. 78/1 "75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya saniğe ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir..." hükmü uyarınca, moleküler genetik incelemeler, ancak zorunlu ve başka şekilde delil elde etme ihtimali bulunmayan hallerde icra edilebilecektir. Bu noktada, kanunun ölçülülük ilkesini benimsemiş olduğu son derece açıktır.⁹

StPO düzenlemesinde de, § 81a ve § 81c'ye uygun olarak sanık ve diğer kişilerden beden muayenesi ve kan örnekleri alınması yoluyla elde edilen maddelerle ilgili olarak, soy bağıının veya bulunan kimyasal maddelerin sanık veya mağdura ait olup olmadığının saptanması ve kişinin cinsiyetinin belirlenmesi amaçları dışında başkaca tespitlerin gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir (StPO § 81e/1). StPO düzenlemesine göre de, moleküler genetik incelemeler yalnızca anılan tespitler için gerekli olduğu ölçüde söz konusu olabilecektir.

c) İncelemeye karar verecek merci

Moleküler genetik incelemelerin yapılmasına sadece hâkim karar verebilir (CMK md. 79, Yö-

⁸ Fatih Selami Mahmutoğlu, "Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Analizi", **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, S.:1, Ekim 2008, s. 58

⁹ Mahmutoğlu, "Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Analizi", s. 57

netmelik md. 13). Dolayısıyla, savcılık ya da kolluğun karar verme yetkisi söz konusu değildir.

Buna karşın, StPO düzenlemesine göre, §81e/1'e uygun şekilde yapılacak incelemeler, ilgilinin yazılı rızası olmaksızın yalnız mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık ve onun soruşturmada kullandığı kişiler tarafından verilen karar üzerine gerçekleştirilebilir. Rıza veren kişi, elde edilecek verilerin hangi amaç için kullanılacağı konusunda aydınlatılmadır (StPO § 81f/1).

d) İncelemeyi yapacak kişi ve uyulması gereken esaslar

Hâkimin moleküler genetik inceleme yapılmasına yönelik kararında, inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir. Bilirkişi gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler ki üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu teşkilât yapısı itibarıyla objektif olarak ayrı birimler sayılmaktadır. Bilirkişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir (CMK md. 79, Yönetmelik md. 13).

Bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimlikler, mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanır (Yönetmelik md. 13).

StPO ise § 81f/2'de, § 81e'ye göre yapılan incelemeler ile ilgili olarak, yazılı yönergede resmen atanmış olan veya kanunen bu tür işlemleri yapmakla yükümlü bulunan kişilerin ya da soruşturmayı yürüten makamda görevli olmayan veya soruşturmayı yürüten görevli birimden organizasyon olarak ve konu itibarıyla farklı nitelikte olan makama bağlı organizasyon biriminin mensubu olanların bilirkişi olarak görevlendirilebileceğine yönelik bir düzenleme getirmiştir. Bu kişiler, izin verilmeyen moleküler genetik incelemeler ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesinin olanaksız kalmasını teknik ve organizasyonel tedbirlerle sağlamak mecburiyetindedir. Bilirkişilere, inceleyeceği madde verilirken, ilgilinin adı, adresi ve doğum günü ve ayı bildirilmelidir (StPO § 81f/2).

e) İnceleme sonucu elde edilen bilgilerin durumu

İnceleme sonuçlarından elde edilen bilgiler, belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eden¹⁰ kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılması mümkün değildir. Söz konusu bilgiler, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Aksi takdirde, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK md. 136).¹¹

¹⁰ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı md. 3/1a'daki kişisel veri tanımı

¹¹ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 623-624

Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının veriliş keskinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus ilgili dosyada muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK md. 80, Yönetmelik md. 14). Bununla birlikte Yönetmelik, olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir (Yönetmelik md. 14). Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların, görevlerini yerine getirmemeleri “verileri yok etmeme” suçunu oluşturur (TCK md. 138).¹² Türk Hukuku açısından dikkat çekici olan, DNA veri tabanının oluşturulması için hâlihazırda uygun yasal bir zemin olmadığı, hatta bunu engelleyen düzenlemelerin mevcut olduğudur.¹³

StPO § 81a/3'e göre de, şüpheliden alınan kan örnekleri veya diğer vücut hücreleri yalnızca söz konusu veya buna bağlı bir yargılamada kullanılabilir. Bunun için gerekli olmadıkları takdirde ise derhal imha edilirler.

Bu noktada StPO § 81h'nin düzenlemesini de ele almakta fayda vardır. Bu düzenlemeye göre, belirli olayların, hayata, vücutsal zararsızlığa, kişisel özgürlüğe veya seksüel açıdan kendi kaderini tayin hakkına karşı suç işlendiği şüphesine esas teşkil etmesi halinde, kimyasal maddelerin bu kişilerden elde edilip edilmediğinin tespiti için gerekli olduğu ölçüde, fail dışındaki kişilerin yazılı rızalarıyla vücut hücreleri alınarak, DNA teşhis şablonunun ve cinsiyetin tespitine yönelik olarak moleküler genetik incelemeye tabi tutulabilecek ve tespit edilen DNA teşhis şablonları, elde edilen kimyasal maddelerdeki DNA teşhis şablonları ile karşılaştırılabilecektir.

Vücuttan bu şekilde alınan hücreler, sadece tanımlanmış olan moleküler genetik inceleme için kullanılabilir; bunlara ihtiyaç duyulmadığı andan itibaren, gecikmeksizin yok edilirler. İnceleme sırasında, hem DNA teşhis şablonunun hem de cinsiyetin belirlenmesi için gerekli olan tespitler dışındaki diğer tespitler yapılamaz; buna yönelik incelemeler yasaktır. Tedbir vasıtasıyla tespit edilen DNA teşhis şablonuna ilişkin kayıtlar suçun aydınlatılması için gerekli olmadıkları ölçüde, gecikmeksizin silinirler. Silinme, belgelendirilir.

Bu tarz bir tedbir, ilgili kişileri, belirli belirtiler vasıtasıyla gösteren ve temellendiren yazılı bir mahkeme kararına gereksinim duyar. Bununla birlikte ilgili kişiler, tedbirin yalnızca kendi rızalarıyla icra edilebileceği konusunda yazılı şekilde aydınlatılmalıdır. Bu vesileyle, alınan vücut hücrelerinin münhasıran bahsi geçen inceleme için kullanılabilirliği, bunun için gerekli olmadıkları durumda gecikmeksizin yok edilecekleri ve tespit edilen DNA teşhis şablonlarının, gelecekteki ceza muhakemesinde kimlik tespiti için Federal Suç Dairesi'nde depolanamayacağı konusunda ilgilinin dikkati çekilmelidir.

f) Sürdürülmekte olan bir ceza muhakemesinin varlığı

Türk hukukunda ileride söz konusu olabilecek bir ceza muhakemesinde kullanılmak üzere şüp-

¹² Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 624

¹³ İmdat Elmas, Gökhan Ersoy, “Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut”, **Klinik Gelişim – Adli Tıp Özel Sayısı**, C: 22/2009, (Çevirimiçi) http://www.istabip.org.tr/media/upload/klinik_2009_22/17.pdf, 4 Ocak 2010

heli veya sanıktan vücut örneği alınarak bunlar üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması mümkün değildir.

Buna karşın, StPO § 81g'deki düzenlemeye binaen, ileride yapılacak bir ceza muhakemesinde kimlik tespiti amacıyla, belli suçları işlediğine dair şüphe altında bulunan kişiye ait vücut hücreleri alınarak moleküler genetik incelemeye tabi tutulabilecektir.

Anılan düzenlemeye göre, eğer fiilin türü veya işleniş biçimi, şüphelinin kişiliği veya sair bulgulardan dolayı, ileride o şüpheli hakkında ağır bir suçtan dolayı ceza muhakemesi yürütülmesi olasılığını kabul etmeyi gerektiren sebep oluşturuyorsa, ağır bir suçun veya cinsel özgürlüğe karşı bir suç şüphelisinin, gelecekteki ceza muhakemesinde kimliğinin tespiti için vücut hücreleri alınabilecek ve hem DNA kimliğinin hem de cinsiyetinin tespiti için moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Vücuttan alınan hücreler, sadece bu tarz moleküler genetik incelemeler için kullanılabilir, bunlara ihtiyaç duyulmadığı andan itibaren, gecikmeksizin yok edileceklerdir. İnceleme sırasında, gerek DNA teşhis şablonunun gerekse cinsiyetin belirlenmesi için gerekli olan tespitler dışındaki diğer tespitlerin yapılabilmesi mümkün değildir. Bu tarz incelemeler yasaktır.

Bu şekilde vücut hücrelerinin alınması, ilgilinin yazılı rızası olmaksızın yalnız mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık ve onun soruşturmada kullandığı kişiler tarafından verilen karar üzerine gerçekleştirilebilir. Vücut hücrelerinin moleküler genetik incelemesi ise şüphelinin yazılı rızası olmaksızın yalnızca mahkemece verilen karar üzerine gerçekleştirilebilir. Rıza veren kişi, elde edilen verilerin hangi amaç için kullanılacağı konusunda aydınlatılmalıdır. Mahkemenin yazılı gerekçesinde her somut olayda, suçun öneminin değerlendirilmesi için belirleyici vakıalar ile şüpheli hakkında ileride ceza muhakemesi yürütüleceğinin kabul edilmesini gerektiren bulguların açıklanması ve önem taşıyan durumların değerlendirilmesi gerekmektedir.

Elde edilen veriler, Alman Federal Suç Dairesi'nde depolanabilecek ve Federal Suç Dairesi Kanunu çerçevesinde kullanılabilir. Aynı durum, yukarıda tanımlanan şartlar altında, şüpheli hakkında StPO § 81e/1'e göre yapılan moleküler genetik incelemeler sonucu elde edilen veriler ile § 81e/2'ye göre bulunmuş, muhafaza edilen veya el konulmuş kimyasal maddelerde icra edilen moleküler genetik incelemeler sonucu elde edilen veriler için de geçerlidir. Veriler yalnızca, bir ceza muhakemesi, tehlikelere ilişkin savunma ve uluslararası adli yardım amaçları için aktarılabilir. Önem arz eden bir diğer husus da, şüpheli hakkında StPO § 81e/1'e göre yapılan moleküler genetik incelemeler sonucu elde edilen verilerin depo edilmesi durumunda, ilgili şüphelinin gecikmeksizin bu konudan haberdar edilmesi ve yargısal yola başvurulabileceğine dikkatinin çekilmesi gerektiğidir.

Görüldüğü üzere, Alman Hukukunda kişinin DNA kimliğinin saklanması için suçun belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. StPO hükmün uygulama alanını geniş tutabilmek adına bu konuda tanım getirmekten özellikle kaçınmış bulunmaktadır. Bununla birlikte hüküm içinde birtakım örnek fiilleri sayarak bu belirsizliği gidermeye çalışmıştır. Dolayısıyla, StPO düzenlemesine binaen suçun en az orta ağırlıktaki suçlardan olması gerekmektedir. Örneğin cinsel suçlar, hırsızlık suçlarının nitelikli halleri, terör suçları, şantaj suçları bu kapsamda sayılabilir.¹⁴

¹⁴ Veli Özer Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA Analizi", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 1127-1128

Türkiye’de ise, DNA verilerinin saklanmasıyla ilgili olarak hâlihazırda “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı” mevcuttur. Söz konusu tasarı, kimlik tespiti veya adli amaçlarla DNA örneklerinin alınması, analiz edilmesi, verilerin saklanması ve verilerden yararlanılmasını sağlayacak bir kamu kurumu kurulması amacıyla hazırlanmış bir tasarı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tasarı ile banka niteliği taşıyacak bir kurumun oluşturulması öngörülmüş; kuruluşu, yapılanması, yetkileri, bütçesi düzenlenmiştir. Buradaki hususlara yönelik etkinlik gösterecek merkezi, özerk ve aynı zamanda tek yetkili olan bir kamu kurumunun oluşturulması çabasının, ülkemizde uzun süredir eksikliği gözlenen bir boşluğu doldurması açısından yararlı bir girişim olduğu düşünülmektedir.¹⁵

¹⁵ DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı hakkındaki TTB Etik Kurulunun Görüşü

