

ORGAN VEYA DOKU NAKLİNDE “HUKUKEN GEÇERLİ RIZA”

“Legally Eligible Consent” in Transplantation of Organs or Tissues

Dr. Süleyman ÖZAR*
Türkan HALICI**

Özet Organ ve doku nakli, kişilik hakları ile yakından ilgili bir tıbbi müdahale çeşididir. Belli şartlar altında bu müdahale, vücut bütünlüğünü hukuka aykırı ihlal niteliğinde görülmemektedir. Bu şartların temeli, hukuken geçerli rıza ölçütüdür. Geçerli rızanın anlam ve sonuçları ise 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” çerçevesinde değerlendirilecektir. Zira tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu Kanun hükümlerine tabidir. Bu çalışmada geçerli rızaya dayalı ve 2238 sayılı Kanun kapsamında yapılan organ ve doku nakli ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Organ Nakli, Doku Nakli, Organ veya Doku Alma Suçu.

Abstract: Organ and tissue transportation is a kind of medical intervention which is closely related with personal rights. Under certain conditions, this kind of intervention is not described as an aggression to physical integrity rights. Main pillar of those conditions is a “legally eligible consent”. The meaning and consequences of an eligible consent shall be evaluated within the framework of “Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissues” (Law No: 2238). In fact, the harvesting, storage, grafting, and transplantation of organs and tissues for treatment, diagnostic and scientific purposes are subject to the provisions of this law. In this study, transplantation of organs and tissues which is consensual and in accordance with the scope of Law No: 2238 shall be addressed.

Keywords: Consent, Transplantation of Organs, Transplantation of Tissues, Crime of Removing an Organ or Tissue.

* Londra Adalet Müşaviri, suleyman.ozar@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-0934-9594

** Bakırköy Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı, trknhlc@gmail.com, ORCID:0000-0002-4846-1899
Makale Geliş Tarihi: 20.01.2021, Makale Kabul Tarihi: 30.04.2021

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, organ veya doku alma fiiline yönelik hukuken geçerli rıza beyanıdır. Rıza gösterilen işlem, yaygın tabirle “organ nakli” olarak bilinmektedir. Organın, canlıdan canlıya ya da ölüden canlıya nakli mümkündür. Rıza kavramından söz ettiğimize göre, bu makalede canlı bir insandan canlı bir insana, diğer tabirle sağlar arası organ nakli etrafında bir inceleme yapılacaktır.

Kişi, fiziki varlığını koruma ve geliştirme konusunda mutlak bir hakka sahiptir. Bu nedenle organ ve doku nakli, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk düzenimizde, sadece insani amaçlarla ve tıbbi sebeplerle gündeme gelen bir organ nakline rıza beyanında bulunulabilir. Dolayısıyla bu çalışmada “geçerli rıza” ibaresini kullanırken, Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen organ veya doku alma suçunun oluşmasını önleyen rıza kavramından söz etmiş olacağız.

Bu noktada, vücut bütünlüğü hakkının kişisel tasarruf alanı bakımından sınırları karşımıza çıkmaktadır. Organ veya doku verme eylemi de bu hakka ilişkin tasarruf yetkisinin en önemli başlıklarından biridir. Bu işlem için verilen rızanın hukuken geçerli olması ne anlama gelmektedir ve buradaki rızayı bir hukuka uygunluk sebebi olan rızadan ayırt etmek gerekir mi? Çalışmamızda bu sorulara cevap aranırken, organ veya doku alma suçunun yasal düzenlemesi ile hukuki ve maddi konusuna da değinmek gerekecektir.

Kişinin yaşam hakkından irade hürriyetine kadar bir dizi temel hakkını ilgilendiren organ nakli konusuna çalışırken, öncelikle Anayasal zemin yoklanmalıdır. Türk Ceza Kanunu’ndaki suç tipini incelemeye sıra geldiğinde ise 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” ve tıbbi müdahaleye ilişkin ikincil mevzuat ile birlikte yol almak gerekmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada konuya ilişkin norm çeşitliliğinin de dikkatle ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, ilk bölümde organ naklinin normatif zemini incelenecek, ikinci bölümde ise rızayı geçerli hale getiren şartlar ortaya konulacaktır.

I. ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN HUKUKSAL ZEMİNİ

A. Vücut Bütünlüğü Hakkı Karşısında Tıbbi Müdahale

1. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Her insanın salt insan olması sebebiyle sahip olduğu, dokunulamaz “temel hakları” anayasaların ve uluslararası insan hakları müktesebatının güvencesi altındadır. Nitekim 1982 Anayasası’nın 17/1. maddesinde, insanın maddi ve manevi varlığıyla bir bütün olarak

kendini koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir¹. Böylece vücut bütünlüğü anayasal teminat altına alınırken, bu hakkın dokunulmazlığı da vurgulanmıştır.

Vücut bütünlüğüne ancak rıza ile dokunulabilir. Rıza, bir hukuki değer sahibinin başka bir kimse tarafından o değer ihlal edilmesini onamasına ilişkin irade beyanıdır². Öte yandan, kişi özgürlüğü kişinin kendisine karşı bile korunduğundan, bu özgürlük aleyhine verilen her rıza, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir³. Rızanın, bir müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan kurtarabilmesi için rıza verenin rıza konusu hak üzerinde tam ve serbestçe tasarruf edebilme yetkisine sahip olması gerekmektedir⁴. Ceza Kanunumuz bu durumu “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak*” olarak ifade etmektedir (m. 26/2). Örneğin, ağır hasta bir kişinin yaşamına rızası dâhilinde son verildiğinde (ötenazi) bu irade, fiili hukuka uygun hale getirmeyecek, kişi kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır⁵. Çünkü yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi kabul edilmemekte, insanın iradi olarak kendi hayatına son vermesi, etik ve hukuki bakımdan tasvip edilmemektedir⁶. Bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, yaşam hakkını kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tutan yaklaşımını da hatırlatmakta yarar bulunmaktadır⁷.

Şu halde, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkı vardır ama sınırsız değildir, bu konudaki rıza beyanı her zaman hukuka aykırılığı önlemez⁸. Hatta hangi durumda rızanın fiili hukuka uygun hale getireceği konusu dar yorumlanmaktadır⁹.

¹ Anayasa m. 17/1: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

² Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 976.

³ Yücel, Özge, “*Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları*”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, s. 198.

⁴ İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2018, s. 394; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2020, s. 337; Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhami, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, s. 291; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, s. 339; Toroslu, Nevzat, “*Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*”, AÜHFD, 1978, S:1-4, s. 95; Gökçen, Ahmet, “*Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000, s. 67.

⁵ Demirbaş, s. 342.

⁶ Koca, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), CHD, Cilt: 5, Sayı: 12, 2010, s. 20.

⁷ Bu bağlamda *Pretty v. the United Kingdom* davası bağlamında değerlendirmeler için bkz. Sulu, Muhammed, “*Ötenazi Üzerine*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (1), 2017, s. 565.

⁸ Centel-Zafer-Çakmut, s. 337. Türk Medeni Kanunu (m. 23/3) bu konuda şu düzenlemeyi içermektedir: “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.*”

⁹ Toroslu, Nevzat-Toroslu, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2019, s. 188.

Kişinin kendi bedenine yönelik tasarruf yetkisini sınırlayan genel kıstasın belirlenmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu ölçüt bazı yazarlara göre, insanın kendini vatanına, topluma, ailesine karşı yerine getirmesi gereken görevlerini yerine getiremeyecek hale sokmasıdır¹⁰. Bu yaklaşım, dengeyi kişi özgürlüğü aleyhine bozabilecek bir soyutlamaya sahiptir. Bunun yanında, şikâyete bağlı derecede yaralamayı gerektirir nitelikteki halleri kişinin tasarruf yetkisine bırakıp, resen takip edilen nitelikteki sonuçlar açısından ise kişinin böyle bir tasarruf yetkisinin bulunmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır¹¹. Rızanın fiili hukuka uygun hale getirmediği (reşit olmayanla cinsel ilişki gibi) suçlarda bu ölçütün de geçersiz kalacağı anlaşılmaktadır¹². Diğer bir yaklaşım ise, tasarruf yetkisinin sınırı olarak kişiliğe bir zarar gelmemesinin kabul edilmesidir¹³. Bu öneri de hâlihazırda belli durumlarda var olan tasarruf yetkisini açıklayamamaktadır. Görüldüğü üzere, kişinin hangi konular üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceğine ilişkin genel bir kural koymak mümkün değildir¹⁴.

2. Tıbbi Müdahale

Vücut bütünlüğüne ancak rıza ile dokunulabileceği kuralının istisnaları, Anayasa'nın 17/2. maddesi gereğince tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerdir. Dolayısıyla bir tıbbi müdahale ilgilinin rızasına dayanabileceği gibi, tıbbi zorunluluk veya kanunda yazılı hal¹⁵ gerekçesiyle rıza dışı da yapılabilir.

Her tıbbi müdahale, ilgilinin vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁶. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi tıbbi müdahaleyi “*hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler*” olarak tanımlamış ise de¹⁷, kişilerin rızasına dayalı olarak nakil amaçlı doku ve organ alınması gibi tedavi amacı dışındaki işlemlerin de tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının da ortaya koyduğu gibi tıbbi müdahale ve dolayısıyla organ nakli konusu, müdahalenin

¹⁰ Dönmezer- Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.2, İstanbul 1994, n:758.

¹¹ İçel, s. 394; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 260.

¹² Koca-Üzülmez, s. 292.

¹³ Dural, Mustafa-Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku*, C.II Kişiler Hukuku, 6.b., İstanbul 2002, s.102.

¹⁴ Koca-Üzülmez, s. 292.

¹⁵ Örneğin bir suça ilişkin delil elde edebilmek için şüphelinin vücudundan kan alınması (CMK m. 75).

¹⁶ Demirsoy Aşikoğlu, Eda, “*Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:35, Temmuz 2018, s. 320.

¹⁷ 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 sayılı bireysel başvuru kararı.

¹⁸ Atak, İsmail, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi, 2020/4, s. 20.

haklı olup olmadığı meselesi bir yana, öncelikle özel hayatın korunması hakkı kapsamında yorumlanmalıdır. Zira bu konu kişinin kendi varlığını, kimliğini koruma ve geliştirme, kendi kaderini tayin etme, diğer bir ifadeyle özerkliğine saygı duyulmasını isteme hakkı ile ilişkilidir¹⁹. Dolayısıyla tıbbi müdahaleye rızanın anayasal özünde, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi bulunmaktadır²⁰. Rızaya dayanmayan her türlü muamele tabiatıyla insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmiş olacaktır.

Anayasa'nın 17. maddesi, kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin temel zeminini oluşturmaktadır. Organ ve doku naklindeki tıbbi müdahale ise (organ veren bakımından) mutlak surette rızaya bağlıdır ve bu iradenin geçerliliği sıkı şartlara bağlanmıştır. 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun" (ONK) işlemin şartlarını ve çerçevesini düzenlenmiştir²¹. ONK, tedavi veya teşhis maksadıyla ya da bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini hüküm altına alan özel bir kanundur. Organ nakline özgü kanunların Avusturya'da 1982, Belçika'da 1986, İngiltere'de 1989 ve İtalya'da 1993 yılında çıktığı göz önünde bulundurulunca, Türkiye'nin bu konuda oldukça hızlı davrandığı anlaşılmaktadır²².

B.Hukuken Geçerli Rızaya Dayalı Olmaksızın Organ veya Doku Alma Suçu

1. Yasal Düzenleme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2238 sayılı Organ Nakli Kanunu'nun 15/11/2018 tarih ve 7151 sayılı Kanunla değişik 15/1. maddesi, organ veya doku suçlarında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda, ceza normu bakımından özel-genel kanun ya da önceki-sonraki kanun gibi tartışmalara gerek kalmamıştır. Hukuka aykırı olarak yapılan organ naklinin cezalandırılması da TCK kapsamında olacaktır. Organ ve doku nakline ilişkin uyulması gereken usul ve esaslar bakımından ise 2238 sayılı Kanun uygulama alanı bulmaya devam edecektir.

¹⁹ Yücel, s. 197.

²⁰ Aygörmez, Gülsün Ayhan, "Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009, s. 138.

²¹ Gökçen, s. 64.

²² Çiftçioğlu, Cengiz Topel, "Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14 S. 2, Temmuz 2015, s. 113.

Organ veya doku alma suçu, TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 2. kısmının, "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 2. bölümünde, "Organ veya Doku Ticareti" başlıklı 91. maddenin birincisi fıkrası ile hüküm altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrası organ veya doku almanın ölü üzerinde gerçekleşmesini, aynı zamanda maddeye başlık olan üçüncü fıkrası ise organ ve doku ticaretini düzenlemektedir. Şu halde, madde başlığı ile içeriğin uyuştuğunu söyleyebilmek güçtür²³.

TCK m. 91/1'de "*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*" kişiden organ veya doku *almak* fiili suç olarak tanımlanmıştır. Alınan organın bir başkasına nakledilip nakledilmemesinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur; organ veya dokunun vücuttan alınmasıyla birlikte suç tamamlanır²⁴. Suçun takibi şikâyete bağlı değildir.

2. Hukuki Konu

Kanun sistematğine göre bu suçta hukuki konunun vücut dokunulmazlığı olduğu açıktır. Ceza kanunları, genel olarak kişiye karşı işlenen suçlarla sadece insanın kendi hayatı ve fizik bütünlüğü üzerindeki hakkını değil; toplumsal bir değer olarak da insan hayatını ve fiziki bütünlüğünü korumaktadır²⁵. Ancak organ alma suçunda tek bir hukuki konudan bahsetmek eksik olacaktır, çünkü korunan hukuki menfaat ve değer oldukça karma niteliktedir. Burada ceza normu ile korunan değerler; yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, insan onuru ve irade hürriyeti olarak sıralanabilir. Bu hukuki değerler arasında en başa yaşam hakkını koymak gerekmektedir. Zira diğer değerler ancak yaşam hakkı varsa bir anlama sahip olabilecektir.

Herhangi bir nedenle insanın vücuduna ait bir parçanın hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın alınması, insan onuruyla bağdaşmayacak bir durumdur²⁶. Bu nedenle, organ almaya ilişkin ceza normuyla vücut bütünlüğü ve yaşam hakkının yanı sıra, kişinin onuru da korunmaktadır.

Organ veya doku alma suçuna ilişkin düzenlemede korunmak istenen bir diğer hukuki değer de irade hürriyetidir. İrade hürriyetinin tam olarak gerçekleşebilmesi için neyin nasıl irade edildiğinin bilinmesi gerekmektedir. Aydınlatılmış rıza kavramı tam burada karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, hukuka uygun organ ve doku almadan söz edebilmek için organın aydınlatılmış rızayla verilmesi şarttır. Aydınlatılmamış yahut fesada uğramış 'sözde' rızayla

²³ Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksiz, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s. 265.

²⁴ Özbek-Doğan-Bacaksiz, s. 267.

²⁵ Toroslu, "*Organ Aktarma...*", s. 95.

²⁶ Aygörmez, s. 137.

yapılan organ veya doku naklinde kişinin irade hürriyeti de gasp edilmiş demektir.

3. Fail ve Mağdur

Doktrinde genel kanı, organ veya doku alma suçunun failinin herhangi bir kimse olabileceği, bu nedenle, bu suçun sadece belli sıfat ve niteliklere sahip insanlarca işlenebilecek türden “mahsus” (özgü) suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilecek genel bir suç olduğu yönündedir²⁷. Bu eğilimi anlaşılır bulmakla birlikte, hiçbir eğitimi ve uzmanlığı olmayan alelade bir kişinin organ alma fiili, rızaya dayalı olsa bile, TCK m. 91/1 kapsamında değerlendirilmemelidir.

Bu konuda 2238 sayılı Kanun’un 10. maddesini hatırlamakta yarar vardır. Söz konusu düzenlemeye göre “*organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır.*” Bu düzenleme bu işin bir ihtisas gerektirdiğini, organ naklinin doğası gereği herkes tarafından, hatta her hekim tarafından yapılamayacağını göstermektedir. Organ nakli de bir tıbbi müdahale olduğundan, tıbbi müdahalelere ilişkin kurallar çerçevesinde bu işlem yapılacaktır²⁸.

Şu halde, ilgilinin rızası ancak yetkili bir hekime yöneldiğinde bu rızanın geçerli olup olmadığı tartışılabilir. Fail hekim olmakla birlikte, bu konuda yetkili ve uzman değilse zorunluluk haline ilişkin şartlar (TCK m. 25/2) irdelenmelidir²⁹. Fail hekim değilse, TCK 91/1 gereğince organ alma suçundan değil, meydana gelen zararın niteliğine göre öldürmeye teşebbüs veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarından sorumluluk doğmalıdır.

Ölüm neticesi ortaya çıkarsa, fail ister uzman kişi ister alelade biri olsun, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m. 91/8). Aslında, nakil eylemi yetkili uzman hekim tarafından gerçekleştirilmişse, sırf hukuken geçerli rıza yokluğundan dolayı kasten öldürme suçundan sorumluluk doğması bazı durumlarda adalete aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Rızanın geçerlilik şartlarının sıkı ve ayrıntılı kurallara tabi olması karşısında, bu gibi olasılıklarda hekimin kusurluluğunu olaya özgü koşullar içinde dikkate alan, makul ve farklı bir yaptırım öngörülmalıdır³⁰.

Suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir (TCK m.

²⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 267; Ömeroğlu, Ömer, “*Organ ve Doku Ticareti Suçu*”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 5 S. 42, Şubat 2010, s. 61.

²⁸ Parlak, Şafak, “*Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 22.83, (2009), s. 196.

²⁹ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 361.

³⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 271.

91/7). Örneğin özel bir hastanede, organ ve doku alımı ile ilgili geçerlilik koşulları yerine getirilmeden bu eylemin gerçekleştirilmesi durumunda hastanenin izninin iptali yoluna gidilebilecektir.

Suçun mağduru, kendisinden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokusu alınan kişidir. Dolayısıyla mağdur, canlı herhangi bir kimse olabilir. Fiilin TCK m. 91/1 kapsamında değerlendirilebilmesi için, suçun icrai hareketlerine başlandığı anda mağdurun “canlı” olması gerekmektedir. İcrai hareketlere başlandığı an itibarıyla şahsın cansız olması halinde bu durum, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında “ölüden organ alma” olarak kabul edilmelidir.

4. Suçun maddi konusu olarak organ ve doku

Canlı bir organizmanın, birçok dokuya ve hücre tipine sahip, belli sınırları ve işlevleri olan kısmı ‘organ’; aynı kökten gelen hücre topluluğu olarak organı oluşturan yapı ise dokudur³¹. Buna göre, kalp kapağı, kornea, kemik iliği, kıkırdak dokudur; kan ise, tıbbi açıdan doku olmasına rağmen birçok ülkede organ ve doku nakli kapsamı dışında tutulmaktadır³². Organ Nakli Kanunu’nun 2/2. maddesi gereğince ülkemizde de kan nakli organ ve doku nakli kapsamında olmayıp, tıbbi müdahalenin genel koşullarına bağlı olacaktır. Kök hücre konusunda ONK’da herhangi düzenleme yoktur. Bu durum, çağın geldiği seviyeye uygun değişikliklerin mevzuatımıza yansıtılması ihtiyacını gösteren örneklerden biridir³³.

Organlar dokulardan, dokular ise özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücrelerden oluşmaktadır. Organın sınırları ve fonksiyonları tespit edilebilmesine rağmen, dokuda bu mümkün değildir. Ayrıca, doku kabul edilen bazı vücut kısımları alındıkları zaman vücut tarafından yenilenebilmesine rağmen, organların yenilenebilmesi mümkün değildir³⁴.

Şüphesiz, yargılamada veya soruşturmada insan vücudundaki bir parçanın organ olup olmadığının tespiti, bilirkişi tarafından halledilmesi gereken tıbbi bir meseledir³⁵.

³¹ Gökçen, s. 64; Akinci, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ - Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996, s. 10.

³² Koçak Süren, Özlem, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007, s. 175.

³³ Uygun, Çağatay, “Organ ve Doku Nakli”, İstanbul Barosu Dergisi, 90.4, 2016, s. 159.

³⁴ Akinci, s. 11.

³⁵ Yargıtay 4. CD, 20.04.1992, 2772/2857.

II.HUKUKEN GEÇERLİ RIZA

A.“Hukuken Geçerli Rızanın” Suça Etkisi

Organ naklinin hukuken geçerli rızaya dayanması gerekmektedir, aksi takdirde organ alma suçu oluşacaktır. Organ alma, rızanın bulunmamasının bir gerek şart olarak özel olarak ifade edildiği suçlardan biridir. Bu bağlamda, herhangi bir suçta “hukuken geçerli rıza” arayışının tipikliğe ait bir unsur niteliğinde mi, yoksa hukuka uygunluk nedeninin bir tekrarı mı olduğu üzerinde durmak gerekmektedir.

Bir kimsenin kendi hakkı aleyhine bir davranışa rıza göstermesinin anlamı üzerine bütüncül ve düalist olmak üzere iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Bütüncül anlayışa göre her suç hukuksal değer sahibinin iradesine karşı gerçekleştirilen bir fiildir. Bir bakıma hukuksal değer ile o değer üzerindeki tasarruf yetkisi arasında bir boşluk yoktur. Düalist yaklaşıma göre ise hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile suç tipini ortadan kaldıran rıza olmak üzere iki farklı türde rıza söz konusudur³⁶.

Türk Ceza Hukuku doktrininde, fiili hukuka uygun hale getiren rıza ile fiilin tipe uymasını önleyen rıza arasında fark gözetilen düalist görüş hâkimdir³⁷. Bizim de katıldığımız bu ayrımı göz önünde bulundurarak Ceza Kanunumuza baktığımızda, rıza olgusuna önce 26/2. maddede³⁸ genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak rastlarken, özel hükümlerde ise bazı *suç tiplerinde* rıza yokluğunun arandığını görüyoruz. “Rızası olmaksızın” veya “rızasına aykırı olarak” gibi tabirlerle ifade edilen bu düzenlemelerde kanun koyucu neden yeniden rıza hatırlatmasında bulunmuştur? Örneğin çalışmamızın konusunu oluşturan organ nakli fiilinde, “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” şeklinde bir ibare olmasaydı da zaten rıza varsa fiil hukuka uygun olacaktı, burada kanun bu ilavesiyle özel bir vurgu yapmıştır denilebilir mi? İşte bu sorulara çoğunlukla “hukuka özel aykırılık” hipoteziyle cevap verilmektedir³⁹.

Hukuka özel aykırılık yaklaşımına karşı çıkan görüş ise, hukuka aykırılığın bir bütün olduğuna dikkat çekerek genel ve özel aykırılık şeklinde bir tasnifin doğru olmayacağını ifade etmektedir⁴⁰.

³⁶ Ekici Şahin, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul 2012, s. 72. Karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar ve düalist yaklaşıma ilişkin değerlendirme için bkz. Koca-Üzülmez, s. 287-289.

³⁷ Koca-Üzülmez, s. 288; Ekici Şahin, s. 64; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 455, Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s. 356, Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2015, s. 100.

³⁸ “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

³⁹ Dönmezer, C II, s. 692- 694; Demirbaş, s. 261; Soyaslan, s. 436.

⁴⁰ Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 154., ÖNDER, s. 148-149.

Kanaatimizce ikinci görüş yasa tekniği ve amaçsal yorum bakımından daha uygundur. Aksi takdirde, neden şahsa karşı işlenen tüm suç tiplerinde “rıza olmaksızın” ibaresinin kullanılmadığını, niçin sadece bazı suçlarda bu kavrama yer verildiğini açıklayamazdık. Yani, genel hükümlerde zaten var olan bir hukuka uygunluk nedeninin özel hükümlerde tekrar edilmesine anlam vermek güçleşirdi⁴¹.

O halde, rızanın bulunmamasına suç tipinde ayrı bir unsur olarak yer verilen durumlarda artık hukuka özel aykırılıktan değil, tipe uygunluk bakımından maddi unsurun bir parçasından söz ediyor olmak gerektir. Diğer bir anlatımla, suçun kanuni tanımında rızanın bulunmaması bir unsur olarak düzenlenmişse, bu suç tipleri açısından rızanın varlığı suçun oluşmasına engel olur. Dolayısıyla, organ veya doku alma fiilinin tipe uygun hale gelebilmesi için ilgilinin rızasına aykırı olarak ve bunun fail tarafından *bilinerek* gerçekleştirilmiş olması gerekecektir. Çünkü rızanın bulunmamasının suçun tanımında düzenlenmesini tipikliğin unsurlarından biri olarak nitelendirdiğimizde, failin bunu bilmemesi unsur yanlıgısı oluşturup kastını bertaraf edecektir. Zira failin kastından söz edilebilmesi için, tipikliğe dâhil olan bu unsurun hukuka aykırılık özelliğini failin bilmesi gerekir⁴². Bu kapsamda dayanılacak hüküm TCK'nın 30/1. maddesidir: “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*”

Bu durumda, tipikliğin unsuru olan rızanın mahiyetine ilişkin tartışma teorik bir değerden başka, pratik alana ilişkin de bir şey söylememektedir. Rızanın yokluğu veya geçersizliği fiilin sübutunda gözetilecek, suçun oluşabilmesi için failin rızanın geçersizliğini *bilmesi* gerekecektir⁴³. Örneğin, organı alınan/nakledilen ilgilinin rızasının geçerli olmadığının bilinmemesi, hekimin kastını ortadan kaldıracak⁴⁴ ve bu durumda cezai sorumluluğu bakımından taksirli sorumluluk kapsamında bir yoklama yapılacaktır.

⁴¹ Ekici Şahin, s. 97.

⁴² Göktürk, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 427. Bu konuda ayrıca bkz. Sarıgül, Ali Tanju, “Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 / 2, Ekim 2019, s. 663-692.

⁴³ Ekici Şahin, s. 98.

⁴⁴ Koca-Üzülmez, s. 289.

B.Organ Vermeye Rızayı Geçerli Kılan Şartlar

I. Genel Olarak

Tasarruf yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda mağdurun rıza göstermesi halinde suç oluşmayacağı fikri çok eskiden beri kabul edilmektedir. Hekim-hasta ilişkisinin temeli de bu çerçevede “*volenti non fit iniuria*” (rıza gösterene karşı haksızlık söz konusu olmaz) etik/hukuki kuralına dayanmaktadır⁴⁵. Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin kullanılmasında başta gelen şartlardan olan rıza, organ ve doku nakli işlemlerinde de önemli bir yer tutmaktadır.

Hukuk, sadece insani amaçlarla ve belli koşullar altında organ bağışına izin verir. Bu nedenle, organ ticareti söz konusu ise rıza olsa bile bu irade, eylemi suç olmaktan çıkarmayacaktır⁴⁶. Örneğin kişinin maddi kazanç elde etmek için böbreğini satması hukuka aykırıdır⁴⁷.

Hekimin vücuda müdahalesi, organ veya doku veren kişi bakımından ONK'daki şartlar ile belirlenen rıza ile açıklanırken, alıcı bakımından ise tıbbi müdahaleye rızanın genel koşulları karşılanmalıdır. Alıcının rızası sorulamamış olsa bile hayati tehlikeden doğan zorunluluk altında müdahalede bulunulabilir, ancak verici açısından mutlaka hukuken geçerli rızanın aranması gerekmektedir⁴⁸. Kanunda organ alma tabiri kullanıldığına göre burada vericinin rızası zorunluluk haliyle açıklanmaz⁴⁹. Açık-seçik ve usulüne uygun şekilde verilmiş rıza gereklidir. Organ naklinin diğer tarafı olan alıcının rızası ise varsayılan rızaya veya zorunluluk durumuna dayanabilir ki, oradaki rızanın vericideki “geçerli rıza” kavramıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Hayati tehlikenin bulunduğu acil hallerde hekimin hastayla rıza ilişkisinin sınırlarını aşarak müdahale etmesi durumunda “gerçek

⁴⁵ Centel-Zafer-Çakmut, s. 332.

⁴⁶ Özen, Muharrem, “Organ Ticareti Suçu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014, s. 35.

⁴⁷ “...Sağlığın savunmalarında belirttiği üzere, bir araba alış-verişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığı gözetilip, atılı suçlardan mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde zorunluluk halinin varlığının kabulü ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi 10/02/2015 2015/1531 E., 2015/2378 K sayılı karar)

⁴⁸ Toroslu, “Organ Aktarma...”, s. 101.

⁴⁹ Aydın, Murat, *Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s. 109.

vekâletsiz iş görme” söz konusu olup hekimin haksız fiil sorumluluğu doğmaz⁵⁰. Ceza sorumluluğu bakımından ise bu durum genellikle “varsayılan rıza” kavramıyla açıklanmaktadır. Bunun için beklenmedik bir tehlikeyle karşılaşmış olması ve bu tehlikenin derhal müdahaleyi zorunlu kılması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹. Aslında varsayılan rıza gibi “uydurma bir kavram” yerine görevin ifası veya hakkın kullanılması gibi ilkeler üzerinden de aynı sonuca varmak mümkündür⁵². Hekim bu olasılıkta mesleki hakkını icra ettiği için hukuka uygunluğun temelinde görevin ifası görülmelidir⁵³. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24/7. maddesinde hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda veya hastanın organının işlevini kaybetmesi söz konusu olduğunda, hekimin rıza almadan da tıbbi müdahale gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir.

Elbette, organ alacak kişide hastalığın arz ettiği özellikler ile hastanın içinde bulunduğu sağlık şartları göz önünde bulundurularak yapılan müdahalenin hayati risk oluşturması, müdahalenin hukuka uygunluğunu etkilemez⁵⁴. Sağlık hizmetlerinin doğasında risk vardır, sağlık hizmetini gören kişinin bu konuda yükümlülüğü rizikonun artmasını önlemekten ibarettir⁵⁵. Ancak, sonuçları bakımından daha az riskli olan tıbbi müdahale yönteminin tercih edilmesi şarttır. Bu şekilde tıp biliminin verilerine uygun olarak yapılan bir müdahale, kişi hayatını kaybetse bile hukuka uygundur⁵⁶.

TCK’nın 91/1. maddesinde belirtilen hukuken geçerli rızaya dayanmama olgusu, gerek Organ Nakli Kanununda belirlenmiş bulunan geçerlilik şartlarını karşılamaksızın, gerekse de hiç rıza olmaksızın organ

⁵⁰ Şahin, Musa Furkan, “*Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu*”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2019/1), s. 145.

⁵¹ Centel-Zafer-Çakmut, s. 335.

⁵² Koca-Üzülmez, s. 294.

⁵³ Gökçen, s. 64; Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, s.157; Organ ve doku naklinde insancıl amaçların ön planda tutulması gerektiği, hekimin de bu amaçla tıbbi müdahalede bulunduğu, hukuka uygunluğun temelinde hümanist doktrinin olduğu yönündeki görüş için bkz. EREM, Faruk, “*Organ Nakli Hakkında Kanun*”, Yargıtay Dergisi, C.5,1 S. 4, Ekim 1979, s. 716.

⁵⁴ Özgenç, s. 363. Örneğin, mağdurun böbrek taşlarının alınması gerektiğinden bahisle hastaneye yatırıldığını ve yoğun bakımda vücuduna diren takılması sırasında yapılan yanlışlıklar sonucunda gelişen enfeksiyonun bütün vücuduna yayılması karşısında bir böbreğinin alınmasına mecburen rıza gösterdiğini beyanla tedavi hatalarını yapan, böbreğini alan şahıslardan şikâyetçi olduğu bir soruşturma dosyasında alınan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporunda; müştekinin böbrek taşına müdahalenin tıbbi kurallara uygun olduğu, bilahare gelişen enfeksiyonun bilinen bir risk olduğu, ameliyat öncesi gerekli ve yeterli tedbirlerin alındığı, tedaviyi yapan hekimlere atfı kabil ihmal ya da kusur tespit edilemediğinin belirtilmesi üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca şüpheliler hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiştir. (Söz konusu soruşturma ve Adli Tıp raporu için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi, 11/04/2018 tarihli, 2018/365-2018/578 sayılı kararı.)

⁵⁵ Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2012, s. 191.

⁵⁶ Özgenç, s. 363.

veya dokunun alınmasını ifade etmektedir. Kanun, belli ve sıkı şartlar altında kişiye hayati tehlikeye varmayacak biçimde vücut bütünlüğüne dokunulmasına, zarar verilmesine rıza gösterme yetkisi vermektedir. ONK'nın sağlar arasında organ veya doku naklini düzenleyen ilgili hükümlerinde belirlendiği şekliyle, hukuken geçerli rızaya dayanılarak yapılan operasyonlar, TCK'nın 91/1. maddesindeki suç tipine uymayan, hukuka uygun fiiller olacaktır.

Cebir, şiddet, tehdit veya iradeyi hukuka aykırı biçimde etkileyen başka herhangi bir yolla kişinin organ vermeye razı edilmesi durumunda rızanın geçerliliğini ve dolayısıyla TCK 91/1. maddeyi değil, kasten öldürmeye teşebbüs gibi suç tiplerini tartışmak gerekmektedir. TCK'nın 91. madde gerekçesinde de işaret edildiği üzere⁵⁷, organ naklinde geçerli bir rızanın sağlanması ancak 2238 sayılı Kanun kapsamında yapılabilir. Buna göre geçerli bir rıza için; kişinin rıza ehliyetinin bulunması, verilen rızanın aydınlatılmış olması, rızanın amaç, konu ve kişi bakımından yasal sınırlar içinde kalması ve emredici şekil şartlarına uygun şekilde beyan edilmesi gerekmektedir.

2. Rıza Ehliyeti

Bir kimsenin rıza beyan etmeye ehliyetinin olabilmesi için normun koruduğu hukuksal yararın sahibi olması ve rıza açıklama yetisinin bulunması gerekir⁵⁸. Hasta açısından rızaya ehliyet, karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını isteyebilmesidir⁵⁹. Organ alınmasına verilecek rıza da bundan farklı olmamakla birlikte ONK, bedensel ve ruhsal yeterlilik bakımından ilave hükümler içermektedir.

ONK'daki ilave hükümler, sağlık hukuku alanındaki genel nitelikte düzenlemelerin (örn. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu) rızaya ilişkin hükümleriyle birlikte değerlendirilecek, çelişme halinde özel niteliği gereği bu kanun uygulanacaktır. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği de verici ve alıcının haklarına ilişkin temel kılavuz olma özelliğini sürdürecektir. Kaldı ki, Yönetmelik de organ veya doku naklinde 2238 sayılı Kanun ile paralel hükümler içermekte, örneğin 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanların bu işleme taraf olamayacağını ifade etmektedir (m. 29).

2238 sayılı ONK, organ verecek kişinin mutlaka on sekiz yaşını doldurmuş, mümeyyiz ve akli ve ruhi durumu açısından kendiliğinden böyle bir karar verebilecek durumda olmasını aramaktadır (m. 5 ve

⁵⁷ "Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir."

⁵⁸ İçel, s. 394.

⁵⁹ Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, Doktora Tezi, İstanbul 1972, s. 130.

7/c)⁶⁰. Evlenmeyle ya da hâkim kararıyla on sekiz yaşını doldurmadan ergin olanlar da organ bağışında bulunamazlar⁶¹.

Ayrıca, küçüklerden, vesayet ve hacir altında olanlardan veli veya vasileri aracılığı ile dahi organ ve doku alınamayacaktır⁶². 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un küçüklere tıbbi müdahaleye ilişkin hükümlerinin⁶³ organ nakli konusunda uygulanmasına imkân bulunmamaktadır⁶⁴. 2238 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki yasak çok açık ve nettir: "On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişiden organ ve doku alınması yasaktır." Bu hüküm karşısında, on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin bu konudaki rızaları geçerli olmayacağı gibi, anne veya babalarının rızaları da hükümsüz olacaktır.

⁶⁰ Bayraktar, s. 16; Çakmut, s. 161.

⁶¹ Kiliçoğlu, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/2, s. 250.

⁶² "...2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır; 10.08.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2003/5960 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 15. maddesinde ise, vasiinin vesayetine verilen kişinin bakımına, eğitimine, kişilik haklarının korunmasına ve hukuki işlemlerde temsiline ilişkin olarak gereken özeni göstermek, mal varlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorunda olduğu hükmü getirilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; T.Y'nin,sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi Ş.Y'ye vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan D.Y'ye, kısıtlı Ş'den organ nakli yapılabilmesi için vasimahkemesinden, mahkemece Adli Tıp'tan "bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına" ilişkin olarak alınan rapor doğrultusunda söz konusu iznin verildiği ve bu kararın 18.02.2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Yasa koyucu, vasiinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında... sayılı hükmü ile kısıtlı Ş,Y'den kardeşi E.Y'ye böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y'ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır." (Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 06/03/2014 tarihli, 2013/16178 Esas. 2014/3998 sayılı kararı)

⁶³ 1219 SK m. 70: "hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"

⁶⁴ Zevkliler, Aydın, "2238 Sayılı Yasaya Kapsamında Organ- Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12/16 Ocak 2000, s. 282.

Öbür yandan, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 20/2. maddesinde “*istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında*” uygulanabileceği belirtilen farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, uygun bir verici bulunmadığında ve bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması halinde, alıcının rıza gösterme ehliyeti bulunmayan kardeşinden de yenilenebilir dokuların alınabileceği öngörülmüştür. Ancak bunun için, yasal temsilcinin yazılı izni ve rıza açıklama ehliyetine sahip olmayan vericinin itiraz etmemiş olması gerekmektedir. Türkiye, Sözleşmede yer alan bu hükme, Organ Nakli Kanunu'ndaki yasak nedeniyle çekince koymuştur. Bu nedenle hukukumuzda sadece on sekiz yaşından büyük ve ayırt etme yeteneğine sahip olan kişilerin organ ve doku bağışında bulunabileceğine ilişkin kuralın bir istisnası yoktur⁶⁵. Kanımızca, söz konusu Sözleşmeye Kanunu mazeret gösterip çekince koymak yerine, Sözleşmeye dayanarak Kanunu değiştirmek daha doğru bir yol olurdu.

Çocuğun organ verme yasağı mutlak iken, çocuğa organ nakledilmesi gereken durumlarda, anne ve babanın birlikte rızaları alınarak tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir⁶⁶. Veli veya vasi bu konuda karar vermekten kaçınırsa Medeni Kanun'un hâkime tedbir alma görevi veren 346. maddesi⁶⁷ gündeme gelebilecektir. Veli veya vasinin çocuğun yaşam hakkı açısından böylesine önemli bir kararı almaması, “*menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü durum*” olarak kabul edilerek söz konusu madde hükmü uygulanabilecektir⁶⁸. Nitekim benzer bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de bulunmaktadır. Yönetmeliğin 24/4. maddesi, “*müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise*” tıbbi müdahalenin Türk Medeni Kanunu'nun 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlı olduğunu belirtmektedir⁶⁹.

Çocuğun hayati tehlikesi nedeniyle derhal müdahale etme zorunluluğu varsa, izin aramakla vakit kaybedilmemelidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7. maddesi bu gibi acil durumlarda organ nakledilecek çocuğa izinsiz-rızasız doğrudan tıbbi müdahalede bulunulmasına imkân tanımaktadır. Esasen bu imkân, Anayasanın 17/2. maddesindeki “*tıbbi zorunluluklar*” istisnasına dayanmaktadır.

2238 sayılı Kanun'un 7/c maddesi, organ vermede rıza ehliyetini yaş şartı ve mümeyyiz olma eşiğinin bir adım daha ötesine taşımış, akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar veremeyecek durumda

⁶⁵ Şahin, s. 312.

⁶⁶ Hakeri, Hakan, “*Organ ve Doku Ticareti Suçu*”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s.158.

⁶⁷ “*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır*”

⁶⁸ Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, s. 88.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ateş, Zeynep, *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*, Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

olmayan kişilerden organ veya doku almayı hekimin reddetmesi zorunluluğunu da ihdas etmiştir. Bu zorunluluğa aykırı işlemlerde, hukuken geçerli bir rızadan söz etmek mümkün olmayacaktır. O halde, verici her türlü etkiden uzak bir akli olgunlukla beyanda bulunmuş olmalıdır. Aynı şekilde, vericinin isnat kabiliyetinin akıl hastalığı, sarhoşluk, sağır ve dilsizlikle malul olmaması gerekmektedir. Verici, bu amaçla bir dizi psikolojik test ve incelemeyi geçirmelidir⁷⁰.

Geçerli bir rıza beyanından söz edebilmek için her halükarda kişinin rıza iradesini dış dünyaya ortaya koyabilecek, kendisini ifade edebilecek yetenekte olması gerekir. Bu durumda, bilinci kapalı kişilerin rıza açıklamaları mümkün olmadığından rıza ehliyetlerinin varlığından da söz edilemez⁷¹.

2238 sayılı Kanun'un 7/d maddesinde, hekimin vâkıf olduğu rızada araştırması gereken bir husus daha belirtilmiştir. Buna göre, organ verecek kişi evli ise hekim organ veya doku verme kararından eşin haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek zorundadır. Burada, eşin müdahaleden haberi olması koşulu aranmıştır. Ancak rıza ehliyetine dair bir şart söz konusu olmadığından, eşin müdahaleden haberdar olmaması, TCK 91/1 bağlamında rızayı geçersiz hale getirmeyecektir⁷².

3. Aydınlatılmış Onam Hakkı

Kişinin hukuken geçerli rızasından söz edebilmemiz için, rızayı açıklayan kişinin neye razı olduğunu tam olarak bilmesi şarttır. Bu nedenle, özellikle tıbbi müdahale gibi teknik bilgi gerektiren durumlarda kişinin gerek müdahalenin ne şekilde yapılacağı, gerekse sonuçları konusunda yeterli şekilde aydınlatılmış olması gerekliliği tartışmasız bir biçimde kabul edilmektedir⁷³. Zira aydınlatılmış onam hakkı, kişiye kendi yaşamı, vücudu, geleceği hakkında serbestçe karar alma, kaderini belirleme hakkı temin etmektedir⁷⁴. Bu yönüyle aydınlatılmış onam, organ nakli gibi tıbbi müdahalelerde verilecek rıza ile başka müdahalelere verilebilecek rıza arasındaki en belirgin fark olarak görünmektedir.

Organ Nakli Kanunu'nun *Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü* kenar başlıklı 7. maddesinin a ve b bentlerinde hekime şu görevler yüklenmektedir:

⁷⁰ Bayraktar, s.191.

⁷¹ Şare, Ersin, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2) , 977-1023, 2019, s. 982.

⁷² Bayraktar, s. 17.

⁷³ Erman, s. 99.

⁷⁴ Yücel, s. 197.

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak.

Görüldüğü üzere, ONK hekimin zaten var olan genel aydınlatma yükümlülüğünün⁷⁵ konu ve kapsamını, organ nakline ilişkin müdahaleler bakımından daha somut bir içerikle özel olarak düzenlemektedir⁷⁶. Aynı şekilde, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de aydınlatmanın kapsamı “önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler” olarak belirlenmiş, aynı maddede ilgilinin onamını her zaman serbestçe geri alabileceği belirtilmiştir.

Ancak unutmamak gerekir ki, hekimin muhatabını aydınlatabilmesi için önce kendisinin vaka konusunda tamamen aydınlanmış olması gerekir. Bu nedenle hekimin ONK'nın 9. maddesinde belirtildiği şekliyle müdahale öncesinde organ ve doku nakli konusundaki muhtemel riskleri en aza indirebilmek amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlilleri yapması ve sonucunu bir olurluluk raporu ile tespit etmesi gerekmektedir⁷⁷. Bu işlem yapıldıktan sonra organı alınacak kişi aydınlatılıp rızası sorulmalıdır.

Aydınlatmanın amacı, kişinin rızasının sağlıklı şekilde doğmasını ve serbest iradesinin oluşmasını sağlamaktır. Kendisinden organ veya doku alınacak kişi gerektiği gibi aydınlatılmadan rızası alınmışsa, bu rıza hukuken geçersiz sayılacak, geçersiz rızaya dayanılarak yapılan organ veya doku alma fiili suç teşkil edecektir.

⁷⁵ 2014 yılında Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan değişikliklere kadar Türk Hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün koşullarını ve sınırlarını belirleyen ayrıntılı bir hüküm mevcut değildi. O dönem içerisinde bu konuda en temel düzenleme olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi gösterilmekteydi. Düzenlemeye göre, “Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. (...) Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.” (Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003, s. 70.). Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan 8 Mayıs 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan değişikliklerle, hastanın bilgi alma ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak hekimlere oldukça kapsamlı ve çağdaş standartlarda bir çerçeve sunulmuştur. Organ veya doku alma fiilinde de bu zemin yoklanmalı ve somut vakaya uyan tüm hususlara riayet edilmelidir.

⁷⁶ Abik, Yıldız, “Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2013, s. 107.

⁷⁷ Gökçen, s.69.

Organ veya dokuyu alacak hekim, özellikle müdahalenin tehlikeleri, riskleri ve ileride ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında vericiyi bilgilendirmelidir⁷⁸. Bu bilgilendirmenin uygun bir biçimde ayrıntılı şekilde yapılması; müdahalenin tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlarını kapsayacak boyutta olması gerekmektedir. Örneğin; bir böbreğini vermek isteyen vericinin tek böbrekle yaşamının muhtemel sakıncaları hakkında aydınlatılması şarttır. Hekimin tüm tehlike ve riskleri ayrıntılı biçimde açıklaması gerekir. İlgilinin eksiz veya yetersiz şekilde bilgilendirilmiş olması durumunda bu aydınlatmaya dayalı olarak alınmış rıza da hukuken geçersiz sayılacaktır⁷⁹.

Ayrıca, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, ülkenin sosyo-kültürel yapısı, somut olayın koşulları, hastanın eğitim düzeyi, fiziksel ve psikolojik yapısı da göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁰. Hekim, organ nakli ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, tıbbi kavram ve deyimlerden olabildiğince kaçınmalı, muhatabının anlayabileceği bir dili tercih etmelidir. Amaç, bilgi aktarımı değil, ilgilinin anlamasıdır⁸¹.

Aydınlatmanın yapılacağı zaman konusunda kesin bir kural koymak mümkün değildir. Doğal olarak, aydınlatma rızanın alınmasından hemen önce değil, vericiye düşünme ve isterse yakınları ile görüşme fırsatı tanınarak yapılmalıdır. Bilgilendirmenin, hastanın

⁷⁸ Gökçen, s. 71.

⁷⁹ "...Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir... Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa, davacıardan M.D'nin geçireceği operasyonlarla ilgili "Ameliyatlar ve Girişimsel İşlemler İçin Bilgilendirilmiş Onam Formu"na imzasının alındığı, anılan formda olası risk ve komplikasyonların açıklandığı ve hastanın da bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgelerde önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Her ne kadar mahkemece, davacının 2006 yılı Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun biçimde onayının alındığı, yapılacak ameliyatların hasta onam belgesine kısaltılarak yazıldığı ancak davacının bunu anlayıp acil operasyon da olmak üzere onay verdiği, dosya kapsamına göre, tıbbi konuda tedavisini yürüten doktorlara ve hastaneye kolaylıkla ulaşabildiği, yapılan tıbbi müdahale sonrası oluşan durumda davalı tarafa yüklenecek kusur bulunmadığı, benimsenmiş ise de, dosyaya kazandırılan 25.02.2017 tarihli bilirkişi heyeti raporunda da açıklandığı gibi, aydınlatılmış onam formunda yapılan cerrahi girişime ait spesifik herhangi bir tıbbi bilgi bulunmadığı, hasta hakları yönetmeliğine ve etik ilkelere göre hastaya yeterince sözlü bilgi verilip verilmediği konusunda da ispatın olmadığı gözlemlenmiştir. O halde, aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim yada hastanede olduğu gözetilerek davalıların sorumlu olduğu kabul edilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmeliyken, yanlıgılı değerlendirmeye, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.." (Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 22/05/2019 tarihli, 2017/8664 Esas., 2019/6410 sayılı kararı)

⁸⁰ Ozanoğlu, s.70.

⁸¹ Yücel, s. 207.

serbest iradesiyle karar verebileceği bir zamanda yapılması gerekmektedir⁸².

Aydınlatma açısından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olup, bu konunun hekimin görevine uygun şekilde kullanılacağı takdirine bırakılmış olduğu kabul edilmektedir⁸³. Türk Tabipler Birliği'nin 1 Şubat 1999 tarihinde ilan ettiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları bu bağlamda yardımcı olabilecek yol gösterici bir kılavuz niteliği taşımaktadır.

3. Rızanın Amaç, Konu ve Kişi Bakımından Sınırları

Rızaya ilişkin genel hipotezin organ nakline yansımaları bakımından Organ Nakli Kanunu, kişinin organı üzerindeki tasarruf yetkisine 8. maddede şöyle bir sınır çizmiştir: *“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır”*. Bu maddeden anlaşılacağı gibi, rıza bulunsa dahi, vericinin hayatını sona erdirecek ya da tehlikeye sokabilecek bazı organ ve dokuların örneğin kalp gibi vücuttaki tek ve hayati önemde olan organ ve dokuların alınması yasaktır⁸⁴. Dolayısıyla, böyle bir organ nakline ilişkin rıza da hukuken geçersiz olacaktır.

Bu itibarla organ nakli, vericide hayati tehlikeye neden olmamalı, bunun da ötesinde bu organın yokluğuna rağmen kişi gündelik hayatını, mesleğini, toplumsal ilişkilerini aksatmadan sürdürebilmelidir⁸⁵. Başka bir deyişle, rızanın kapsamı bakımından aranan şart, vericinin bilerek ve isteyerek feda ettiği menfaatinin alıcının menfaatinden daha az olması ve vericinin verdiği organ dolayısıyla kendisine bir zarar gelmemesidir⁸⁶.

Organ nakline rızanın geçerli olmasının diğer bir şartı olarak, naklin tıpta denenmiş, tehlikeli sonuçları büyük ölçüde bertaraf edilmiş bir yöntemle yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁷. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, organ nakli tedavi amacı dışında ya da henüz deneme safhasında olan bir yöntemle yapılacaksa, buna ilişkin rıza kural olarak geçerli olmaz⁸⁸. Gerçekten, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 11/3⁸⁹ ile Hasta Hakları Yönetmeliği m. 27/2⁹⁰

⁸² Gökçen, s.71.

⁸³ Erman, s.104.

⁸⁴ Alaboğa Abdullah, *“Organ veya Doku Ticareti Suçu Üzerine Düşünceler”*, Konya Barosu Dergisi, Cilt 2 S. 1, Ocak 2018, s. 250.

⁸⁵ Aksaray, Buse, *“Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu”*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 158.

⁸⁶ Bayraktar, s.191.

⁸⁷ Dural-Ögüz, s 109

⁸⁸ Dural-Ögüz, s. 109.

⁸⁹ *“Evvence tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.”*

⁹⁰ *“Evvence tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağını mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.”*

hükümleri istisna niteliğinde yaklaşım sergileyerek genel kuralı dolaylı olarak teyit etmektedir.

Söz konusu düzenlemelere göre, ilk defa denenecek bir yöntemde ancak hastaya zarar verme ihtimali bulunmaması ve hastayı kurtaracağına kati surette inanılması halinde kişinin rızasına başvurulabilir. Fakat şu hususu da dikkatten uzak tutmamakta yarar bulunmaktadır; organ alma suçu bakımından araştırılan “geçerli rıza” alıcının değil, vericinin rızasıdır. Dolayısıyla, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 27 ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 11’de ifadesini bulan istisna, organ nakledilecek kişi bakımından söz konusu olacaktır. İlk defa denenecek yöntemde verici bakımından hayati tehlike varsa, bu konuda verilecek rıza her durumda geçersizdir.

Rızanın kapsamına ilişkin bir diğer konu da alıcı kişi yönünden sınırlamadır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 16/1. maddesi gereğince, sağlar arası organ nakli; *“alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir.”* Benzer düzenleme daha önce Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi’nin 9/1-f maddesinde de bulunmaktaydı. Organ Nakli Kanunu’nda bu konuda herhangi bir sınırlama yapılmamışken, yani yasal hiçbir engel yokken ikincil mevzuatla kapsamın daraltılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁹¹. Bu tarz bir kısıtlama yapılacaksa bunun yerinin kanun olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir.

4. Rıza Beyanının Şekil Şartı

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 28. maddesi, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığını belirtmektedir. Organ Nakli Kanunu, *“mevzuatın öngördüğü istisnalar”*dan biridir. ONK’ya göre, organ verecek kişinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak verdiği yazılı rıza beyanının hekim tarafından onaylanması ya da vericinin yine en az iki tanık önünde sözlü olarak rıza beyan edip, bu beyanın aktarıldığı tutanağı imzalaması ve bunun hekim tarafından onaylanması gerekmektedir (m.6).

Şu halde, organ alınmasına rıza verirken yazılılık şarttır. Bu şart, doğrudan kişinin yazmasıyla gerçekleşebileceği gibi, ilgilinin beyanını yazıya döken tutanağın onun tarafından imzalanması şeklinde de olabilecektir. Yazının el yazısı mı dijital mi olduğu veya resmi dilde olup olmadığı önemli değildir⁹². Kişi rızasını sözlü olarak beyan etmiş olsa da bu beyan tutanağa geçirilerek imzalandığı takdirde rıza yine yazılı olarak verilmiş kabul edilmelidir⁹³.

⁹¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 175.

⁹² Bayraktar, s.17.

⁹³ Zevkliler, s. 282; Gökçen, s. 68.

Kural olarak; rızanın icrai hareketin başladığı anda mevcut olması ve hareketin bitimine kadar devam etmesi gerekmektedir. Hareket başladıktan sonra rızanın geri alınması ise, bu andan itibaren devam edecek her davranışı geçersiz ve hukuka aykırı hale getirecektir⁹⁴. Hasta Hakları Yönetmeliği bu konuda farklı bir düzenleme içermekte, rızanın geri alınmasını tıbbi yönden sakınca bulunmamasına bağlamaktaydı. Rıza kavramının mahiyetine ters olan bu hüküm 2014 yılında yapılan değişiklikle yönetmelikten kaldırılmıştır.

Son olarak, rızada temsilin mümkün olmadığını da belirtmeliyiz. Vücut bütünlüğünü ihlal eden bir fiilin işlenmesine razı olmak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir değer ya da hak olduğundan, bu değerın ya da hakkın zarara uğratılmasına veya tehlikeye sokulmasına razı olma kararının bir başkasına vekâleten devredilmesi halinde geçerli bir rızadan söz edilemez⁹⁵. Buna karşılık, müdahaleye şahsın kendisi rıza göstermesi kararının bir temsilci vasıtasıyla açıklanması mümkündür⁹⁶.

Öte yandan, 2238 sayılı Kanun, rızada temsil yasağına ilişkin istisnai bir hüküm içermektedir. Kanununun 14/1. maddesine göre; bir kimse sağken resmi veya yazılı bir vasiyetle organ bağışında bulunmamış veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının⁹⁷ muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Bu düzenleme olmasaydı, başka birinin rızası ölü üzerinden organ alınmasını sağlayamayacaktı. Zira her ne kadar organı bir başkasına nakledilecek kişi tıbben ölü kabul edilse de, öldükten sonra vücudu üzerinde ne gibi tasarrufta bulunulabileceği kararı sağken yine o kişiye aittir. Düzenleme sayesinde sağken böyle bir iradesi ve rızası bulunmamasına rağmen, yakınlarının kararıyla, öldükten sonra kişinin organları bir başkasına bağışlanabilmektedir⁹⁸. Kuşkusuz, kişi sağken ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse hiçbir koşulda organ ve doku alınmaz (2238 SK m. 14/3). Aksine davranış, ölüden organ veya doku alma suçundan sorumluluk doğmasına yol açacaktır.

⁹⁴ Dönmezer-Erman, II, n.751.

⁹⁵ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 359.

⁹⁶ İçel, s. 397.

⁹⁷ Kanunda yer alan *herhangi bir yakınının* ibaresinin belirsiz ve geniş yorumlanabilecek nitelikte olduğu, uygulamada komşuluk, hemşehrilik boyutuna kadar varabilecek şekilde değerlendirilerek rızayı tamamen önemsizleştirme riskini içinde barındırdığı, bu nedenle daha açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönündeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. ŞAHİN, s. 320.

⁹⁸ Şare, s. 977.

SONUÇ

Organ ve doku nakli, modern tıbbın insanlığa sunduğu en büyük hizmetlerden biridir. İnsan hayatının korunması ve insanın yaşatılması, bireysel olduğu kadar toplumsal da bir ihtiyaçtır. Tıptaki gelişmelerin haklar temelinde topluma sunulmasının teminatı olan hukuk, bu ihtiyacı karşılayan kurallar öngörmektedir.

Hukuk sistemimiz, sağ iki insan arasındaki organ naklinde vericinin rıza gösterme hakkını istisnai olarak tanımaktadır. Vericinin hayati tehlikesinin olmaması, bunun da ötesinde nakil sonrasında herhangi bir olumsuz etkilenmeye maruz kalmaması gerekmektedir. Bu şartlar altında verilip de başkasının hayatını kurtaracak organ türü oldukça sınırlıdır.

Hukuk, yaşam hakkı konusunda kişilere fedakârlık yapma hakkı tanımamaktadır. Geçerli bir rızaya dayanarak organ veya doku verilebilmesi ancak insani ve üstün etik gayelerle yapılabilir. Bu eylem ticari bir amaçla yapıldığında geçerli rıza olsa da eylem organ veya doku ticareti suçuna dönüşecektir.

Kişilere karşı işlenen her suç zaten rızaya rağmen, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği her hukuki konuda rıza hukuka uygunluk sebebidir. O halde özel hükümlerde yeniden rıza kavramına başvurulmasının anlamı farklı olmalıdır. Organ alma suçunda rızanın geçersiz olduğunun fail tarafından bilinip bilinmediğini, bilebilecek durumda olup olmadığını suçun manevi unsuru bakımından araştırmak gerekecektir. Yine failin bu konudaki hatası, hukuka uygunluk sebebinde hata değil, unsur yanlıgısı olarak kabul edilmelidir.

Türkiye, pek çok ülkeden önce mevzuatına organ ve doku nakline ilişkin hükümleri kazandırmıştır. 1979 gibi görece erken bir dönemde hayata geçen 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” bu alanda birçok soruya cevap vermektedir. Ancak, organ nakli alanında yeni gelişmelerin, tıpta ve hukukta yeni eğilimlerin sık sık görüldüğü kuşkusuz bir gerçektir. 2238 sayılı Kanun’un bu dinamik yapıya uygun bir seyir izlemesi gerekmektedir. Bu kapsamda, 03.12.2003 tarihinde kabul edilip 20 Nisan 2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi perspektifinden 2238 sayılı Kanun’un standartları gözden geçirilmelidir.

Aynı şekilde, Organ Nakli Kanunu’nda yer almayıp da ikincil mevzuatla getirilen sınırlamaların da Kanun içine alınması, gözetilen hukuki konu bakımından daha uygun olacaktır. Örneğin, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 16/1. maddesi gereğince, sağlar arası organ nakline getirilen eş ya da akrabalık sınırlaması kanunla düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız, “*Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli*”, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2013.

Akıncı, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ -Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996.

Aksaray, Buse, “*Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu*”, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

Alaboğa Abdullah, “*Organ veya Doku Ticareti Suçu Üzerine Düşünceler*”, Konya Barosu Dergisi, Cilt 2 S. 1, Ocak 2018.

Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2016.

Atak, İsmail, “*Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları*”, Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi, 2020/4.

Ateş, Zeynep, *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*, Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Aydın, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008.

Aygörmez, Gülsün Ayhan, “*Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009.

Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1972.

Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2020.

Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel, “*Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14 S. 2, Temmuz 2015.

Demirsoy Aşıkoğlu, Eda, “*Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı:35, Temmuz 2018.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.2, İstanbul 1994.

Dural, Mustafa-ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku*, C.II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

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

Erem, Faruk, “*Organ Nakli Hakkında Kanun*”, Yargıtay Dergisi, C.5,1 S. 4., Ekim 1979.

Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003.

Gökçen, Ahmet, “*Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000.

Göktürk, Neslihan, “*Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016.

Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan, “*Organ ve Doku Ticareti Suçu*”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013.

İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet, “*Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/2.

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017.

Koca, Mahmut, “*İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)*”, CHD, Cilt: 5, Sayı: 12, 2010.

Koçak Süren, Özlem, “*Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi*”, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007.

Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003.

Ömeroğlu, Ömer, “*Organ ve Doku Ticareti Suçu*”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 5 S. 42, Şubat 2010.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer -DOĞAN, Koray-BACAŞIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.

Özen, Muharrem, “*Organ Ticareti Suçu*”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014.

Parlak, Şafak, “*Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 22.83, 2009.

Sarıgül, Ali Tanju, “*Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 / 2, Ekim 2019.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016.

Sulu, Muhammed, “*Ötenazi Üzerine*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (1), 2017.

Şahin, Musa Furkan, “*Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu*”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1.

Şare, Ersin, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2) , 977-1023, 2019.

Toroslu, Nevzat, “*Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*”, AÜHFD, S:1-4, 1978.

Toroslu, Nevzat-TOROSLU, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2019.

Uygun, Çağatay, “*Organ ve Doku Nakli*”, İstanbul Barosu Dergisi, 90/4, 2016.

Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.

Yücel, Özge, “*Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları*”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018.

Zevkliler, Aydın, “*2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12/16 Ocak 2000.

