

ORGAN VE DOKU NAKLİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN*

Giriş

Organ ve doku nakli konusu günümüzde giderek önem kazanmaktadır. Çünkü, başka şekilde tedavisi mümkün olmayan pek çok hastalık bu yolla tedavi edilebilmektedir. Ayrıca, bazı hastalıkların organ veya doku nakli yoluyla tedavisinin hem daha kolay hem de ucuz olduğu fikri gün geçtikçe güçlenmektedir.

Tıbbi açıdan son derece önemli olan organ ve doku naklinden beklenen yararların sağlanabilmesi için, bu konudaki hukuki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Sorun, hukuki açıdan yeteri kadar aydınlatılmadıkça, nakli gerçekleştirecek hekimler hangi davranışlarının hukuka uygun, hangilerinin aykırı olduğu konusunda tereddüt edeceklerdir. Çok kısa bir süre içerisinde nakil yapma zorunluluğu gözönüne alınacak olursa, bu tereddüt belki de pek çok hastanın hayatına mal olacaktır¹.

Aslında bu konuda hiç bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı da söylenebilir. Organ nakli konusu pek çok ülkeden önce Türkiye'de hukuki bir düzenlemeye kavuşturulmuş² ve 1979 yılında, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşayan kişilerden ve ölümlerden organ ve doku naklinin şartlarını düzenleyen 2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun"³ çıkar-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Nitekim, 1997 yılında yaşanan gazeteci Nurcan Çakıroğlu olayında, karaciğer nakli yapılmasına karar verilen Çakıroğlu için uygun verici bulunmuş, fakat vericinin yakınlarına zamanında ulaşılamamıştır. Yakınların araştırılması esnasında geçirilen bir kaç günün sonunda, Çakıroğlu'nun vücudu nakli kabul edemez hale gelmiş ve hasta kaybedilmiştir. Ayrıca Bkz: **Cihan, E.**, Ceza Hukuku ve Çağdaş Biyomedikal İşlemler, in: Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan: Arslan Terzioğlu) İstanbul 1996, s. 74 vd.

2 Gerçekten organ nakli ile ilgili kanun, Avusturyada 1982'de, Belçika'da 1986, İngiltere'de 1989, İtalya'da 1993, Kanada'da Manitoba Eyaletinde 1987 yılında, Prince Edward Island'da 1992 yılında, New Brunswick'te 1986 yılında, Lüksemburg'da 1982'de, Rusya Federasyonunda 1992'de Yunanistanda ise 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlar ve diğer ülke kanunları ve düzenlemeleri hakkında bkz: **Gürkey, Ş.**, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, in: Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan: Arslan Terzioğlu), İstanbul 1996, s. 33 vd.

3 Bkz: RG, 3.6.1979, s. 16655. Bu konuda bkz: **Bayraktar, K.**, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun"a İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 1979, s.15 vd. **Toroslu N.**, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD, C.XXXV, 1978 S.1-4, Ankara 1981, s.91 vd.

rılmıştır. Bu kanunun, bazı maddeleri, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak amacıyla 21.1.1982 tarih ve 2594 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Organ ve doku nakli konusu, Ceza Hukuku bakımından hukuka aykırılığı kaldırılan sebepler arasında incelenir⁴.

2238 sayılı Kanun; gerek canlılardan gerekse ölülerden organ ve doku alınması, bunların başkasına aşılanması ve nakli konularını düzenlemiş ve dolayısıyla, belirtilen şartlara uyulması kaydıyla bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle Organ ve Doku nakli, mevzuatımıza hakkın kullanılması şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi olarak girmiştir⁵.

Organ ve doku nakillerinde, hekimin hastayı iyileştirme hakkı ile kişiliğe bağlı haklar karşı karşıya gelmektedir. Yapılan düzenlemelerde bu iki hakkın dengeli bir şekilde korunması amaçlanmalıdır. 2238 sayılı Kanun'un özellikle 2594 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra hekimin iyileştirmek hakkına üstünlük verdiği söylenebilir⁶.

Her şeyden önce, nakli gerçekleştirecek olan hekim, hukukun çizdiği sınırların dışına çıktığı zaman, tazminat ödeme yükümlülüğünün yanısıra, bir Ceza Hukuku yaptırımıyla da karşı karşıya kalabilir. Çünkü, hekimin yapacağı yanlışlık ya da hukuka aykırılık, bir insanın hayatına mal olabilmektedir. Bu durumda, hekimin faaliyet alanının tereddüte yer vermeyecek bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Yunanca bir kelime olan organ, canlı bir vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları tesbit edilmiş kısmına denir. Organın adı, görevine göre değişir. Solu-

4 Bkz: Dönmezer, S.,-Erman, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul, 1997, no:731 vd; İçel, K. - Özgeç, İ. - Sözüer, A. - Mahmutoğlu, F. S. - Ünver, Y., İçel Suç Teorisi, İstanbul, 1999, s.182 vd.

Türk doktrin ve uygulamasında genellikle suçun dört unsurundan birinin de hukuka aykırılık olduğu kabul edilmektedir. "Hukuka aykırılık", işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mübah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir. Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine başka bir kural -bu kural ceza kanununda veya başka bir hukuk dalında yer alabilir- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala "hukuka uygunluk nedeni" denir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Bkz: Dönmezer- Erman, II, no: 665 vd; Kunter, N., Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949, s.108 vd; İçel Suç Teorisi, s.100 vd. Artuk, E., Suç Genel Teorisi, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.207 vd; Öztürk, B.- Erdem, M. Ruhan- Özbek, V. Ö., Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 1998, s.201 vd.

5 Dönmezer-Erman, II, no: 731 bis; İçel Suç Teorisi, s. 181 vd.

6 Dönmezer-Erman, II, no: 731 bis.

num organı, dolaşım organı gibi⁷. Doku ise, muayyen anatomi unsurlarından (hücreler, lifler) meydana gelen ve anatomi bakımından bir bütünlük gösteren bağlantıların tümüne verilen addır⁸. 2238 sayılı Kanun, “organ ve doku” deyiminden “insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının” kastedildiğini ifade ederek “oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu”nun bu kanun hükümlerine tabi olmadığını, bunların yürürlükteki sağlık yasaları, tüzükleri yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceğini belirtmektedir.

Sadece yaşayan insandan değil, ölüden de organ ve doku alınabilir. Ancak, ceset üzerinde bu amaçla bir operasyonun yapılabilmesi için gerekli olan ilk şart kişinin ölmüş olmasıdır. Bu da ölümün tespiti sorununu gündeme getirmektedir. Eğer ölümün hangi anda meydana geldiği iyi tespit edilemediği için henüz ölmemiş olan bir hastanın hayatı bir organı alınmak suretiyle vaktinden önce ölümüne sebep olunursa, ika edilen fiil, ceza hukuku açısından suç, özel hukuk açısından ise haksız fiil teşkil eder.

Öte yandan, bir çok ülke tarafından insan organlarının para ya da başka bir menfaat karşılığı alınıp satılması ahlâka aykırı görüldüğü için yasaklanmış, buna bağlı olarak da bir takım cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bazı hallerde, kendisinden organ ya da doku alınan kişiler, intiharlar ve benzeri olaylar sonucunda hayatını kaybeden kimselerdir. Harici bir etki dolayısıyla meydana gelen bu tür ölümlere doğal olmayan ölümler adı verilmektedir. Bu şekilde hayatını kaybeden bir kimseden organ ya da doku alınırken iki hususun çok iyi dengelenmesi gerekmektedir: Bunlardan birincisi, alınacak olan organ ya da dokunun görev yapma kabiliyetini kaybetmemesi için bir an önce cesetten çıkarılması, ikincisi de; bu operasyon yapılırken cesetten elde edilecek olan suç delillerinin kaybolmamasıdır⁹.

Gerçekten de bu tür ölümler genellikle bir suç şüphesini beraberinde getirirler. Örneğin ölen kişinin gerçekten intihar mı ettiği yoksa başkası tarafından mı öldürüldüğü ya da olayın bir kaza mı olduğu sorularına cevap verilebilmesi, her şeyden önce cesedin zamanında ve çok iyi bir şekilde muayene edilmesine bağlıdır. Bu amaçla cesedi muayene edecek olan hekimin, savcının izniyle ve gözetimi altında hareket etmesi gerekir. Olayın savcılığa intikal ettirilmesi, gerekli iznin verilmesi ve muayenenin yapılması ise genellikle uzunca bir sürenin geçmesine neden olur. Bu süre içinde de cesetten alınacak olan organ ya da dokular genellikle görev yapma kabiliyetlerini kaybederler. İşte bunun önüne geçmek için, savcılığın bir an önce harekete geçmesini veya gerekli izni mümkün olduğunca çabuk vermesini sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılması ya da

⁷ Bkz: Meydan Larousse, C.15, s.169 vd.

⁸ Bkz: Meydan Larousse, C.5, s.437 vd.

⁹ Langenburg, H., Organtransplantation und § 159 StPO, NJW 1972, s. 320.

bazı durumlarda organ ya da doku alacak olan hekime, savcılığın iznini beklemeden cesede müdahale edebilme yetkisinin tanınması gerekmektedir¹⁰.

Ülkemizde, 2238 sayılı Kanun'un değişik 14. maddesinin 4. fıkrasında, "kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyetler nedeniyle yaşamı sona ermiş bir kişinin... sağlam doku ve organları... yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde adli otopsi bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır" denilmek suretiyle, bu sorun kısmen de olsa halledilmiş görünmektedir.

Çalışmamız, "Yaşayan Vericiden Organ ve Doku Alınması", "Ölüden Organ ve Doku Alınması" ve "Organ ve Doku Nakli İşlemleriyle İlgili Suçlar" isimlerini taşıyan üç ana başlıktan meydana gelmektedir. Bu çalışmada özellikle 2238 sayılı Kanun gözönünde bulundurularak, ceza hukuku ve özel hukuk açısından organ ve doku nakli ele alınmakta, naklin hangi hallerde hukuka uygun hangi hallerde aykırı olduğu incelenmekte, hukuka aykırılığın söz konusu olduğu hallerde ne tür yaptırımların uygulanacağı konusu üzerinde durulmakta ve ortaya çıkan sorunlar hakkında çözümler önerilmektedir.

I. Yaşayan Vericiden Organ veya Doku Alınması

1-Genel Olarak

Organ ve doku nakli konusunda en önemli problemlerden biri, alınma ve naklin hukuka uygun olup olmadığı hususudur. Özellikle organ ya da doku alınacağına, bu davranışın ne zaman hukuka uygun, ne zaman aykırı olacağını belirlenmesi gerekmektedir¹¹. Bu konuda vericinin canlı ya da ölü olmasına göre bir ayırım yapılır.

Yaşayan kişilerden organ ya da doku alınımının hukuka uygun olabilmesi için doktrinde kabul edilen belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar, "üstün amaç, zararsızlık ve elverişlilik, vericinin rızası, hekimin onayı ve aydınlatma yükümlülüğü" olarak ifade edilebilir¹².

¹⁰ Langenburg, s. 321

¹¹ Sarıal, E. M., Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986, s.1 vd.

¹² Akıncı, Ş., Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 162 vd.

diğerine ağır basmıyorsa ya da vericinin yararı alıcıya göre daha çok korunmaya lâyıkça, rızaya rağmen vericiden biyolojik madde alınmaz¹⁶.

B- Zararsızlık ve Elverişlilik

Yaşayan kimselerden organ ya da doku alınabilmesi için gerekli olan ikinci şart zararsızlıktır. Bir kimsenin rızası ile vücuduna yapılan bir müdahalenin geçerli olabilmesi için, bu müdahaleden dolayı o kişinin aşırı bir zarar görmemesi ve büyük bir tehlike altına girmemesi gerekir. Diğer bir deyişle, vericiden alınacak organ ya da dokunun bu kişinin hayatını tehlikeye düşürmemesi, vücudunda büyük bir organik eksiklik yaratmaması, alınan organ ya da dokunun yokluğuna rağmen topluma ve ailesine karşı olan görevlerini aksatmadan yerine getirebilmesi gerekir¹⁷.

Organ ve doku naklinde karşılaşılan en önemli tıbbi sorun uyum sorunudur. Naklin başarılı olabilmesi, alıcının vücudunun doku yapısıyla nakledilen organ ya da dokunun yapısının birbirine uygun olmasına bağlıdır. Bu nedenle, nakilden önce bazı tahlil ve tetkiklerin yapılması gerekmektedir. Örneğin kan gruplarının uygun olup olmadığı araştırılmalı, deri ve lenfosit testleri yapılmalıdır¹⁸.

C-Vericinin Rızası

Yaşayan bir kimseden organ ya da doku alınabilmesi için gerekli olan bir diğer önemli şart, vericinin uygun irade beyanıdır. Vericinin uygun irade beyanı olmaksızın organ ya da doku alınması mümkün değildir. Bu husus 2238 sayılı kanunun 6. maddesinde de açıkça hükme bağlanmıştır¹⁹.

Bir kimsenin bu konuda irade beyanında bulunabilmesi için her şeyden önce böyle bir irade beyanında bulunmaya yetkili olması ve açıkladığı rızanın da geçerli olması gerekir²⁰.

Yaşayan bir kimseden biyolojik madde alınmasını konu alan bir sözleşmenin içeriğini taraflar, BK m. 19/I'e göre diledikleri gibi tayin edebilirler. Fakat her zaman olduğu gibi burada da MK. m. 23 ve BK m. 19/II'nin ve 2238 sayılı Kanun'un çizdiği sınırlar içinde kalmak zorundadırlar.

16 Tress, P., Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, Mainz 1977, s. 27

17 Bayraktar, K., Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 145; Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1987, s. 126

18 Kopetzki, C.H., Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Wien u.a. 1988, s. 41; Bayraktar, s. 189

19) Bayraktar, "Organ ve Doku, s.17.

20 Bayraktar, "Organ ve Doku, s.16 vd.

2238 sayılı Kanun'a göre, taraflar sözleşme ile bir karşı edim kararlaştırılmazlar (m. 3). Bununla beraber, söz konusu hükümlerle "bir bedel ya da başkaca bir menfaat karşılığı" organ ve doku alınması yasaklanmış olsa da, ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz vermek gerekir²¹. Zira, kendisinden organ ya da doku alınacak olan verici de tıpkı alıcı gibi bir operasyon geçirmektedir ve operasyon dolayısıyla sağlık kurumuna belli bir miktar para ödemesi gerekir. Ayrıca sağlık kurumunda yattığı süre içerisinde işine gidemediği gibi çıktıktan sonra da bir süre daha işine gidememesi ve elde edeceği kazançtan yoksun kalması mümkündür. Bir başka insanın hayata döndürülmesi maksadıyla böylesine büyük bir fedakârlığa katlanan vericiyi bir de hastane masraflarını ödemek zorunda bırakmak ve çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi etmemek adalet hissi ile bağdaştırılmaz. Bu nedenle alıcının vericiye uygun bir tazminat vermesi ve bunun da sözleşme ile kararlaştırılması ne hukuka ne de ahlâka aykırıdır.

D-Hekimin Onayı ve Aydınlatma Yükümlülüğü

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, vericinin bu konudaki irade beyanının yazılı olması ya da bu konuda belge düzenlenmesi gerekir²². 2238 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre ise, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve her türlü etkiden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı irade beyanına ihtiyaç vardır. Böylece kanun kural olarak yazılı irade beyanını öngörmüştür. Fakat aynı hükümlerle ikinci bir imkân daha getirilmiştir; buna göre, vericinin en az iki şahit huzurunda sözlü olarak iradesini beyan etmesi ve bunun da bir tutanakla tespit edilmesi halinde de bu irade beyanı geçerli olacaktır. Fakat tutanağın verici tarafından da imzalanması gerekir. Bu hükme göre, verici ister yazılı, ister sözlü olarak iradesini beyan etsin, her iki durumda da vericinin irade beyanını içeren belgenin hekim tarafından onaylanması gerekmektedir.

2238 sayılı Kanun'un 9. maddesinde hekime, organ ya da doku nakli yapmadan önce verici ve alıcının hayatı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli olan tıbbi inceleme ve tahlilleri yapma ve sonucu bir olurluluk raporu ile tespit etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükme göre hekim sadece yaşayan kişilerden organ ya da doku alırken değil, aynı zamanda alınan organ ya da dokuyu alıcıya aşılarken de, aşılama işlemi yapmadan önce her türlü araştırma ve incelemeyi yapmak ve sonra da bir olurluluk raporu hazırlamak zorundadır.

Burada karşımıza hekimler için öngörülmüş olan önemli bir yükümlülük çıkmaktadır. Bu, aydınlatma yükümlülüğüdür. Hastanın aydınlatılması, kendisi-

21 Akıncı, s. 179 vd., Gökçen, A., Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara1994, s.82 vd.

22 Bayraktar, K., "Organ ve Doku, s. 17; Özdemir, S., Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler, YD 1976/1-4, C. 2, s. 110

ne, yapılacak olan müdahale hakkında bilgi verilmesi ve bu müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir²³. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren hasta, kendi geleceğini tayin etme hakkını kullanmaktadır. Hasta, böyle bir hakkı kullanırken serbest iradesiyle karar vermelidir. Hastanın serbest iradesiyle karar verebilmesi, yapılacak olan müdahale konusunda yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır²⁴. Bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için de, hastanın rızası alınmadan önce yapılacak olan müdahale konusunda yeterince aydınlatılması gerekir²⁵.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için öncelikle hastaya yapılan muayenenin sonuçları hakkında bilgi verilmelidir. Konulan teşhisin ne olduğunu öğrenen hastaya, hastalık tedavi edilmediği takdirde doğabilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Nihayet hastaya, yapılacak olan tıbbi müdahale hakkında bilgi verilmesi gerekir. Bu konuda yapılan aydınlatma sadece genel operasyon riskleri üzerine olmamalı, aksine, bütün özel durumlar ayrıntılı olarak izah edilmelidir²⁶. Hastaya bütün ameliyat teknikleri, başarı şansı, kullanılacak ilaçların ve müdahalenin yan etkileri ve ortaya çıkabilecek riskler etraflıca açıklanmalıdır²⁷. Özellikle güçlük arzeden yeni operasyonlar deneneceği zaman, hastanın mutlaka yeterli derecede aydınlatılması gerekir. Örneğin bir kalp nakli yapılacak ya da komple bir nakil gerçekleştirilecekse (kalbin ve akciğerin birlikte nakledilmesi gibi), hastanın aydınlatılması, operasyonun hukuka uygun olması açısından son derece önemlidir²⁸. Bunun dışında, hastaya planlanan operasyonun maliyeti hakkında da bilgi verilmelidir²⁹.

Genellikle kabul edildiğine göre, tedavisi imkânsız hastalıklar hakkında da hekimin hastaya bilgi verme yükümlülüğü vardır. Fakat, hastalığın seyrine ve

-
- 23 **Ayan, M.**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 71
- 24 **Bayraktar**, Hekimin, s. 124.
- 25 **Kohlhaas, M.**, Neue Rechtsprobleme der Organtransplantation, NJW 1970, s. 1872; **Kramer, H.J.**, Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987, s. 23, **Bockelmann, P.**, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, s. 945; **Brüggemann, W.**, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, s. 1473; **Bafra, J.**, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu, İBD 1993/1-2, C. 67, s. 114
- 26 **Ulsenheimer, K.**, Zur Zivil - und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judicatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, MedR 1992/3, s. 133
- 27 **Lüttger, H.**, Die Organtransplantation beim Menschen strafrechtlicher Sicht, AÜHFD, 1978/1-4, C. 35, s. 180 vd.; **Bafra**, s. 115
- 28 **Lüttger**, Die Organtransplantation, s. 180 vd.
- 29 **Ertas, Ş.**, Alman Hukukunda hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD, 1980/1, Yıl: 1, s. 188

tedaviye olumsuz etki edebilecek hususların hastadan gizlenebileceği de kabul edilmektedir³⁰.

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasında, verici özellikle, müdahalenin niteliği, tehlikeleri, cerrahi riskler ve ilerde vücut üzerinde meydana gelebilecek olan olumsuz durumlar konusunda aydınlatılmış olmalıdır³¹. Örneğin, böbrek vericisinin diğer böbreğini ya da korneasını vermek isteyen bir kimsenin öteki gözünü de bir kazada kaybedebileceği kendisine bildirilmelidir. Nitekim bu husus ONK. m. 7/a ve b'de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, organ ve doku alacak hekimler, "*vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek*" (m. 7/a); "*organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak*" (m. 7/b) zorundadırlar. Ancak hekimin tedavi hataları konusunda da aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır³².

Alicının da aynı şekilde aydınlatılması gerekir. Ancak doktrinde alıcıya yapılan aydınlatmanın içeriğinin vericiye yapılan açıklama kadar geniş olmasının gerekmediği, hekimin hastanın psişik durumunu bozmamak için gerçeği söylemeyebileceği ileri sürülmektedir³³. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2. maddesine göre de, "*hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen âkibet ve seyrinin saklanması uygundur*". Nizamnamede her ne kadar bazı hallerde hastadan, hastalığın vahim görülen âkibet ve seyrinin saklanması uygun olacağı hükme bağlansa da, organ ya da doku nakli gibi son derece önemli olan bir müdahalede, müdahaleye maruz kalacak olan alıcının, gerçeği olanca açıklığıyla bilmesi ve buna göre kararını vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan, sözleşmeye taraf olan hekimdir³⁴. Fakat nakil sözleşmesi hastane ile yapılmışsa, bu durumda müdahaleyi yapacak olan hekimin bu yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir.

Aydınlatmanın ne zaman yapılacağı konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Fakat aydınlatma, hastanın rızasının alınmasından önce yapılmalıdır. Hastaya düşünme ve gerekirse yakınları ile görüşme fırsatı verilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre aydınlatma, tavsiye edilen tedavi usulünü hasta-

30 Bayraktar, Hekimin, s. 190

31 Bayraktar, Hekimin, s. 190

32 Rieger, H.J., Aufklaerung des Patienten über Behandlungsfehler, DMW 1986, s. 234 vd.

33 Bayraktar, Hekimin, s. 193

34 Hollmann, A., Das aertzliche Gespraech mit dem Patienten, Aufklaerungs- und Wahrheitspflicht, NJW 1973, s. 1393 vd.

nın serbest iradesiyle kabul ya da reddedebileceği bir zamanda yapılmalıdır. Bu nedenle, ameliyat masasında yapılan bir aydınlatma, hastanın serbest iradesiyle karar vermesi mümkün olmadığı için, geçerli değildir³⁵. Bununla beraber, acil durumlarda ameliyattan hemen önce ve hatta ameliyat masasında dahi aydınlatma yapılabilir. Fakat, hasta baygınlık vb. nedenlerle aydınlatılamıyorsa ve operasyonun da hemen yapılması gerekiyorsa hekimin aydınlatma yükümlülüğü sona erer³⁶.

II. Ölüden Organ veya Doku Alınması

1-Genel Olarak

Ölüden organ veya doku alınabilmesi için öncelikle vericinin ölmüş olması gerekir. Bu noktada ölümün tarif ve tesbit edilmesi zorunludur. Ayrıca ölü vericiden organ ya da doku alınması, beraberinde birçok hukuki problemi de ortaya çıkarır.

Ölmüş olduğu tesbit edilen vericiden organ ya da doku alınabilmesi için çeşitli ülkelerde uygulanan farklı modeller bulunmaktadır. Bu modeller, genelde irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modeli olmak üzere üç grupta toplanır³⁷.

Aşağıda önce ölüm anının tesbiti üzerinde durulacak ve ölü vericiden organ ve doku naklinin hukuki açıdan değerlendirmesi yapılacaktır. Daha sonra ölüden organ ve doku alınması konusunda kabul edilen başlıca modellerden bahsedilecek, nihayetinde ise Türk Hukukundaki düzenleme ele alınacaktır.

2- Ölümün Tarif ve Tesbiti

Ölüden organ ya da doku alınabilmesi için vericinin ölmüş olması gerekir. Burada ortaya çıkan en önemli sorun, ölümün tarifi ve ölüm anının tesbiti konusudur. Bunun dışında, organ ya da doku nakli açısından önemli olan bir diğer konu, ölümü kimin tesbit edeceği hususudur.

Ölümün tarifi ve tesbiti sorunu esas itibariyle hekimleri ilgilendirmekle beraber ölüm, bir takım hukuki sonuçlar da meydana getirdiği için, aynı zamanda hukuki bir sorun olarak da ortaya çıkmaktadır. Fakat, sorunun çözümü üzerinde henüz uzlaşılabilmiş değildir³⁸.

35 Ertay, Alman Hukukunda, s. 188.

36 Brüggmann, s. 1473.

37 Akıncı, s.125 vd.

38 Geilen, G., Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ 1968, s. 373 vd.; Bayraktar, Organ ve Doku, s.18 vd.; Kamay, B. T., Adli Tıp, C.I, Ankara, 1959, s.141; Toroslu, 1978/1-4, C. XXXV, s. 105; Hinderling, H., (Çev: Yurtcan, E.) Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, in: MHAD, S.5, İstanbul,1969, s.419 vd.; Özdemir, s. 107

Ölüm, genel bir biçimde, "insan hayatının ve buna bağlı olarak da şahsiyetin sona ermesidir" şeklinde tarif etmek mümkündür³⁹. İnsan hayatının ne zaman sona erdiği konusu ise, ölümün tespiti ile ilgili ayrı bir sorundur. Organ nakli açısından da asıl önemli olan ölümün tespitidir. Zira, ancak vericinin ölümü belirlendikten sonra hayati organları alınabilir.

Ölümün tespitinin konumuz bakımından önemi, bilhassa hayati değeri olan organların naklinde ortaya çıkmaktadır. Kalp gibi, alındığı zaman insan hayatının sona ermesine sebep olan organlar, ancak ölmüş bir kimseden alınabilirler. Fakat, naklin başarılı olabilmesi için, kendisinden organ alınan kişinin ölmüş olmasına rağmen, alınacak olan organın hayatiyetini devam ettiriyor olması gerekir⁴⁰. Gerçi kalp durduktan sonra 30 ilâ 60 dakika kadar canlılığını devam ettirebilmektedir⁴¹. Fakat, özellikle kalp nakillerinin çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir. Sürenin uzaması başarı şansını azaltır. Vakit geçirmeksizin operasyonun yapılabilmesi için, verici ve alıcıya aynı anda müdahale yapılması, vericiden çıkarılan kalbin derhal alıcıya nakledilmesi gerekir.

Oysa vericinin kalbinin hangi anda duracağı tam olarak kestirilemeyeceği için, alıcının ne zaman ameliyata hazırlanacağı da bilinemez ve nakil de kısa süre içerisinde gerçekleştirilemez. Bu durumda, özellikle kalp nakilleri açısından ölüm anının öne alınmasında zorunluluk vardır. Bu da, vericinin kalbi çalışıp nefes almaya devam ederken kalbinin alınmasının caiz sayılmasıyla mümkündür. İşte asıl sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Acaba bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için mutlaka kalbinin durmuş ve solunumun sona ermiş olması mı gerekir, yoksa, kalbi çalışan ve nefes almaya devam eden bir kimse de bazı hallerde ölü sayılabilir mi? Diğer bir deyişle ölüm neye göre tespit edilecektir?

Bu konuda başlıca iki anlayış vardır: Bunlardan birincisi klasik ölüm anlayışı, diğeri ise beyin ölümü anlayışıdır⁴².

Klasik ölüm anlayışına göre, bir insanın büyük hayat fonksiyonları denilen ve kişiye canlılık niteliğini kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona ermesi ile ölüm gerçekleşmektedir⁴³. "Biyolojik

39 Akıncı, s. 103

40 Kopetzki, s. 38; Toroslu, s. 104

41 Bilgin, A., Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968, s. 9.

42 Bkz: Polat, Oğuz, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1997, s.77 vd.

43 Schreiber, H.L., Kriterien des Hirntodes, JZ 1983, s. 593; Schönig, R., Zur Feststellung des Todeszeitpunktes, NJW 1968, s. 189; Kohlhaas, M., Zur Feststellung des Todeszeitpunktes Verstorbenen, DMW 1993, s. 414; Coste - Floret, P., (Çev.: İ. Tepebaşılı), Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli, AD 1970/5, C. 60, s. 320; Erem, F., Organ Nakli Hakkında Kanun, YD 1979/4, s. 711; Bayraktar, Hekimin, s. 183.

ölüm" ya da "klinik ölüm" de denilen bu kıstasa göre, son kalp atışı ve son nefes ile ölüm gerçekleşmektedir⁴⁴. Fakat zamanla, durmuş olan bir kalbin yeniden çalıştırılabileceğinin keşfedilmesiyle, klasik ölüm anlayışının ölümün tespitinde yeterli bir kıstas olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁵.

Ölümün tespiti konusundaki bir başka anlayış ise beyin ölümü anlayışıdır. Bu anlayışa göre ölüm, beyin hücrelerinin harap olması ile başlayan ve belirli bir süreç içerisinde yavaş yavaş meydana gelen bir olaydır⁴⁶. İnsana insan olma vasfını veren beyindir⁴⁷. Bundan dolayı, beyin fonksiyonlarının durması halinde kişi ölmüş sayılır⁴⁸. Beyin fonksiyonları irreversibl olarak sona erdiği halde, sun'i aletlerle solunumun ve dolaşımın devam ettirilmesi kişinin yaşadığını göstermez⁴⁹. Beyin fonksiyonlarının durmasından kasıt, beyinin vücudu idare etme kabiliyetinin ortadan kalkmasıdır. İdare kabiliyetini irreversibl olarak kaybetmiş bir beyinin müstakil hücresel hayatı devam etse dahi insanın yaşadığından söz edilemez⁵⁰.

Gerek klasik ölüm anlayışı gerekse beyin ölümü anlayışının lehinde ve aleyhinde çok şey söylenmiştir. Biz burada bu tartışmalara girmek istemiyoruz. Türkiye açısından konuya baktığımızda beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini görüyoruz. Gerçi 2238 sayılı Kanun'da açıkça her hangi bir kıstas kabul edilmemiştir. Kanun'un 11. maddesinde "bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır" denilmektedir.

44 Erem, s. 711; Bayraktar, Hekimin, s. 183.

45 Lüttger, Neue Probleme, s. 281.; Öztürel, A., Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri, AÜHFHD, 1973/1-4, C. XXX, s. 457; Aykaç, M., Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1978, s. 32.

46 Bayraktar, Hekimin, s. 184; Toroslu, s. 107

47 Erem, s. 711; Bayraktar, Hekimin, s. 185

48 Öztürel, A., Adli Tıp, Ankara 1983, s. 35; Erem, s. 711; Kaufmann, A., Zur etischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie, JZ 1982, s. 486; Lüttger, H., Neue Probleme, s. 287; Terzioğlu, A., Organ Transplantasyonu ve Etik, in: Tıbbi Etik Yıllığı, III, 14-18 Ekim 1993'te düzenlenen I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine sunulan Deontoloji ile ilgili bildiriler. Yayanlayan, Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994, s.60. Öner, C., Beyin Ölümü ve Organ Transplantasyonu, Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, Yayınlayan: Arslan Terzioğlu, İstanbul 1996, s.57 vd.

49 Bayraktar, Hekimin, s. 185

50 Bilgin, s. 17

Fakat Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği'nin⁵¹ ekinde bu konuda ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Yönetmelikte beyin ölümü kistaslarının neler olduğu maddeler halinde sayıldıktan sonra, "hasta yakınına beyin ölümü deklere edildikten sonra organ bağış izni alınmadığında, hastaya uygulanan tıbbi destek kesilir" denilmek suretiyle açıkça beyin ölümü anlayışı kabul edilmiştir⁵².

3- Ölü Vericiden Organ veya Doku Almanın Hukuken Değerlendirilmesi

Ölü vericiden organ ya da doku alınabilmesi için hukuk sistemleri bazı şartlar öngörmektedirler. Örneğin pek çok hukuk sistemi, vericinin ya da yakınlarının irade beyanının bulunması şartını aramaktadır. "Hukuki şartlar" diyebileceğimiz bu şartlar gerçekleşmediği sürece, ölüm gerçekleşse de ölüden organ ya da doku almak mümkün değildir.

Bir kimsenin ölmeden önce cesedi üzerinde tasarruf edebilme hakkını, öncelikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

Kural olarak herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı mevcuttur. Cesedinin nerede ve nasıl gömüleceğini ya da ilmi amaçlarla bir kuruluşa bırakılıp bırakılmayacağını kişi önceden belirleyebilir. Fakat her hak gibi kendi geleceğini belirleme hakkı da sınırsız değildir. Ancak bunun sınırlarını çizen özel düzenlemelere de rastlanmamaktadır. Bizim hukuk sistemimize göre, kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkının sınırlarını MK m. 23 ve 24'e göre çok genel hatlarla çizmek mümkündür. Bunun yanı sıra, nakil amacıyla cesetten organ ya da doku alınması konusunda, tıbbi araştırmalardaki gelişmeler ve doğrudan doğruya genel yararlar hizmet gibi belirli yararların kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkıyla karşılaştırılması ve buna göre bir sınır çizilmesi düşünülebilir⁵³.

Şu halde herkes, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, öldükten sonra cesedinden organ ya da doku alınmasına izin verip vermeme konusunda serbesttir. Eğer bir kimse sağlığında açıklamış olduğu iradesiyle böyle bir izni vermişse, ancak o zaman cesetten organ ya da doku alınabilir. Aksi takdirde kural olarak cesede müdahalede bulunulamaz⁵⁴.

51 RG. 20.8.1993, s. 21674.

52 Bkz: Artuk, M.E. - Gökçen, A. - Yenidünya, A.C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1998, s.115.

53 Hilchenbach, F., Die Zulaessigkeit von Transplantaten nahmen vom toten Spender aus zivilrechtlicher Sicht (unter besonderer Berücksichtigung der Zustimmungsfagen), Heidelberg 1973, s. 112.

54 Cartens, T., Das Recht der Organtransplantation, Frankfurt am Main ua. 1978, s. 26 vd.; Hinderling, H., Die Organtransplantation, in der heutigen Sicht des Juristen, SJZ 1979, s. 38 vd.; Bayraktar, Hekimin, s. 192; Toroslu, s. 103 vd.

Bir kimsenin ölümünden sonra kendisinden organ ya da doku alınmasına ilişkin irade beyanının geçerli olabilmesi için her şeyden önce bu konuda irade beyanında bulunabilecek ehliyete sahip olması gerekir.

2238 sayılı Kanun'da bu konuya ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda gerekli ehliyetin mevcut olup olmadığı genel hükümlere göre tespit edilecektir.

Cesetten organ ya da doku alınmasına yönelik olan ölüme bağlı bir tasarrufun geçerli olabilmesi için, bu tasarrufun, ahlâka, adaba, hukuka, kamu düzenine ve özellikle şahsiyet haklarına aykırı olmaması gerekir.

Çok şiddetli ızdırap çeken bir hastanın, ölüm gerçekleşmeden önce kendisinden organ ya da doku alınmasını istemesi halinde bu isteği reddedilmelidir. çünkü böyle bir durumda hastanın ölümünü öne alacak bir müdahale MK m. 23'e göre şahsiyet haklarına aykırıdır. Bu nedenle hastanın vereceği bir izin geçerli olarak kabul edilemez.

Bir kimsenin ölmeden önce kendisinden organ ya da doku alınmasını yasaklaması halinde ise artık bu kişinin cesedinden organ ya da doku alınmaz. Burada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunması söz konusudur. Nitekim, 2238 sayılı Kanun'un 14/3. maddesinde de "*ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz*" hükmü yer almaktadır.

Vericinin ölmeden önce bu konuda açıklanmış bir iradesi mevcut değilse, bu kimseden organ ya da doku alınıp alınamayacağı sorusuna cevap bulabilmek için, her şeyden önce cesedin ve vücuttan ayrılan parçaların hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, ölümden sonra şahsiyet haklarının devam edip etmediği ve yakınların ceset üzerindeki haklarının ne olduğu gibi sorulara cevap aranmalıdır.

Doktrinde de pek çok yazar tarafından kabul edildiği gibi, ceset üzerinde yakınların mülkiyete benzer, nev'i şahsına münhasır bir hakları vardır⁵⁵. Bu hak, ölenin yakınlarının şahsiyet haklarına dayanır. Yakınlar bu haklarına dayanarak cesede yönelik olan her türlü haksız müdahaleyi önleyebilirler. Çünkü bu tür müdahaleler onların şahsiyet haklarını ihlâl eder. Fakat yakınlar, bir başka insanı yeniden eski sağlığına kavuşturmak maksadıyla cesetten organ ya da doku alınmasına da izin verebilirler. Ayrıca, ölenin de sağlığında cesedi üzerinde bu tür tasarruflarda bulunması mümkündür. Eğer ölen kişinin böyle bir tasarrufu varsa bu tasarrufa riayet etmek gerekir⁵⁶.

⁵⁵ **Zevkililer**, Medeni Hukuk, s. 383; **Ayiter**, Organtransplantation, s. 181; **Öztaş**, s. 118.

⁵⁶ Nitekim, 2238 sayılı kanunun 14. maddesinde de, ölen kişinin vasiyeti üzerine ya da yakınların rızasıyla cesetten biyolojik madde alınabileceği gibi, cesedin ilmi amaçlarla da kullanılabilceği hükme bağlanmıştır.

Bu konuda, 2238 sayılı Kanun'un 14/1. maddesinde getirilen bir düzenlemede, bir kimse sağlığında herhangi bir irade beyanında bulunmamışsa "*...sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir*" hükmü yer almaktadır. Sağ kalan eşin rızasına müracaat edilebilmesi için ölüm anında ölen kişinin yanında bulunması gerekir. Eğer yanında bulunmuyorsa, yine ölen kişinin ölüm anında yanında bulunan reşit çocuklarının, onlar da yoksa sırasıyla ana veya babasının veya kardeşlerinden birisinin ya da yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle organ ya da doku alınabilir.

Kanunun ölüm anında potansiyel vericinin "yanında bulunan" yakınların rızasını araması isabetli olmuştur. Çünkü eğer öncelikli olarak iradesine müracaat edilemeyen bir yakın bu esnada bulunamazsa artık aranmak zorunda kalınmaksızın diğer yakınların rızasıyla biyolojik madde alınabilir. Böylelikle muhtemel gecikmelerin de önüne geçilmiş olmaktadır.

Maddede geçen yakın kavramının kimleri içerdiği hususu yeterince açık değildir⁵⁷. Yakın kavramına sadece hısımlık bağı ile bağlı olanların mı dahil olduğu, yoksa, hemşehrilik ya da iş arkadaşlığı gibi bağlarla bağlı olanların da bu çerçevede sayılıp sayılmayacağı hususunda tam bir belirsizlik bulunmaktadır. Öte yandan, sağ kalan eşin bulunamadığı durumlarda diğer yakınlardan bir tanesinin oyunun yetip yetmeyeceği de tam olarak açık değildir.

Ana-baba konusunda Kanun, "veya" tabirini kullanmakla bunlardan birisinin oyunu yeterli görmüştür. Aynı durum kardeşler için de söz konusudur. Kanun burada da açıkça, "kardeşlerinden birisinin" ibaresini kullanmak suretiyle diğer kardeşlerin olumsuz beyanlarını safdışı etmiştir. Bu durumda örneğin bir kardeşin olumlu, beş kardeşin olumsuz irade beyanında bulunmaları halinde bir kişinin iradesine itibar edilerek biyolojik madde alınabilir.

Kanunun bu düzenlemesinden, ölüden organ ya da doku alınmasının kolaylaştırılmak istendiği anlaşılmaktadır. Nitekim doktrininde de bu maksatla, ana-baba ve çocuklar arasında görüş ayrılığı bulunduğu takdirde, biyolojik madde alınmasına izin veren kişinin rızasına itibar edilmesi yolunda görüşler ileri sürülmüştür⁵⁸.

57 TCK m.259; Akriba terimini, "Ceza Kanunu itibarıyla akrabadan murat, karı-koca ile usul ve furu ve kardeş ve kız kardeş ve ve amuca ve dayı, hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır" şeklinde tanımlamıştır.

58 Atabek, R., İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar, İHFM 1935/2, Yıl: 1, s. 195

4. Ölüden Organ veya Doku Alınması Konusunda Kabul Edilen Başlıca Modeller ve Türk Hukuku

A-Ölüden Organ ve Doku Alınması Konusunda Kabul Edilen Modeller

Ölüden biyolojik madde alınması konusunda kabul edilen modelleri genel olarak üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar, irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modelidir⁵⁹.

İrade modeline göre eğer kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yolunda açıklanmış bir iradesi varsa ya da yakınlar açıkça rıza göstermişlerse, ölüden biyolojik madde alınabilir⁶⁰.

Daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, bu arada İspanya, Güney Afrika ve Venezuela'da benimsenmiş olan bu model, bazı Alman hukukçular⁶¹ tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir⁶².

İrade modelinin lehinde ve aleyhinde pek çok görüş ileri sürülmekle birlikte, bu modeli eleştiren görüşlerden birinin dayandığı gerekçe inceleme konumuz açısından önemlidir.

Bu görüşe göre irade modelinin en olumsuz yanı, alıcının haklarını gözardı etmesidir⁶³. Verici açısından bakıldığında alıcının yararları önemsizdir. Ayrıca alıcının kaderi sadece vericinin ya da yakınlarının arzusuna değil, aynı zamanda bir takım tesadüflere de bağlıdır. Kendisinden organ ya da doku alınabilecek olan bir kimsenin ölümcül bir biçimde yaralanması halinde çoğu kez onun kimliğini tespit dahi uzun zaman alabilmektedir. Öte yandan, yakınların iznine ihtiyaç duyulduğunda bu kimselerin meçhul veya ulaşılamaz olması da mümkündür ki bu da alıcının aleyhinedir. Bunun gibi, ölüden organ ya da doku alınması hususunda irade beyanında bulunmaya yetkili olan kimseler, buna izin verme eğiliminde olsalar bile, bir süre kararsız kalmaları ya da pasif davranmaları halinde de nakil gecikir, hatta çoğu kez mümkün olmaz. Diğer bir deyişle red beyanı dışında açıklamada bulunmama hali de alıcının aleyhine sonuç doğurur⁶⁴.

59 Akıncı, s. 125 vd.

60 Kopetzki, s. 10; Cartens, s. 118.

61 Forkel, H., Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, s. 599; Trockel, H., Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW 1970, s. 493.

62 Cartens, s. 118.

63 Samson, E., Legislative Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichteilen, NJW 1974, s. 2034

64 Cartens, s. 119.

Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı Kantonları tarafından benimsenmiş olan⁶⁵ itiraz modeline göre, ölünün ya da yakınlarının her hangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı korumakta, fakat vericiye de, iradesini beyan etmek suretiyle organ ya da doku alımını engelleme imkânı tanımaktadır⁶⁶.

İtiraz modelinin kabul edilmesi halinde kişinin yaşarken ve yakınların da öldükten sonra organ ya da doku alımına izin vermesi mümkündür. Bu nedenle böyle olumlu bir beyanın da dikkate alınması gerekir⁶⁷.

Bu modele göre eğer vericinin kendisinden biyolojik madde alınmasını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğuna ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur. Böyle kesin olmayan bir karine anlayışı ise iki yünden vericinin veya yakınların yararlarını ihlâl edebilir.

Birincisi, yakınların ölüye saygı duyulması konusunda ortaya çıkan ve korunmaya lâyık bir yararları vardır. Onların bu yararları, özellikle dini mülâhazalarla hareket edildiğinde, alıcının iyileşmesindeki yarardan daha aşağı mütalâa edilemez. İkinci olarak da, herkesten öldükten sonra potansiyel bir verici olarak gündeme gelebileceklerini ve icabında yakınların kendisinden organ ya da doku alınmasını engellemek isteyebileceklerini bilmeleri ve bunu önlemek için sağlıklarında irade beyanında bulunmaları beklenemez⁶⁸.

Zaruret hali modeline göre genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Burada kendisinden organ ya da doku alınacak olan vericinin (veya yakınların) yararı ile alıcının yararı karşılaştırılmakta ve sonuçta alıcının yararı ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme, ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta, alıcı lehine çok önemli imkânlar tanımaktadır. Burada, bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan sözkonusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır⁶⁹.

B-Türk Hukuku

Bizim hukukumuzda, 2238 sayılı Kanun ile kural olarak irade modeli kabul edilmiştir. Kanun'un 14/1. maddesine göre ölüden organ ya da doku alın-

65 Cartens, s. 106 vd.

66 Kopetzki, s. 11.

67 Cartens, s. 121 vd.

68 Cartens, s. 122.

69 Kopetzki, s. 10.

bilmesi için bu kişinin, sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ veya dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle ölüden organ ya da doku alınabilir.

Kanunun getirdiği bu düzenlemeye göre önce ölen kişinin iradesinin araştırılması gerekir. Eğer kişi, sağlığında olumlu yönde iradesini beyan etmişse artık yakınların izni aranmadığı gibi, onların itirazları da dikkate alınmaksızın ölüden organ ya da doku alınabilir. Ölen kişinin böyle bir irade beyanı yoksa o zaman, yakınlarının iznine ihtiyaç vardır. Fakat kişi sağlığında kendisinden organ ya da doku alınmasını yasaklamışsa, Kanun'un 14/3. maddesine göre yakınların izniyle dahi bu kimseden organ ya da doku alınmaz. Zira bu fıkrada, "*ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz*" hükmü yer almaktadır.

Bizim hukuk düzenimiz kural olarak irade modelini benimsemesine rağmen, istisnaen bazı hallerde itiraz ve zaruret hali modellerine de yer vermiştir.

İtiraz modeli 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında benimsenmiştir. Bu hükme göre, "*aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*". Şu halde, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmamasını isteyen kişiler, bu konudaki itirazlarını bildirmek zorundadırlar. Eğer itiraz etmemişlerse, ölenin yakınlarının rızası olmaksızın, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ölüden alınabilir⁷⁰. Görüldüğü gibi itiraz modeli, sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edilmiştir.

Zaruret hali modeline ise aynı Kanun'un 14/4. maddesinde yer verilmiştir. Bu fıkraya göre kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatı sona ermiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan kimselere, "*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*" bulunan durumlarda vasiyet veya rıza aranmaksızın biyolojik madde nakli yapılabilir.

Burada "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" kavramlarından "zaruret hali"ni anlamak gerekir. Eğer böyle bir zaruret hali varsa, diğer bir deyişle hastanın hayatı ancak organ ya da doku nakli ile kurtarılabilirse ve bunun da bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölünün vasiyeti veya rızası aranmaz. Ancak bu şekilde organ ya da doku alabilmek için, ölen kişi kaza veya doğal afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucu hayatını kaybetmiş olmalıdır.

Bundan başka ölenin yanında 1. fıkrada sayılan yakınlarından hiçbiri olmamalıdır. Eğer yakınlarından biri varsa bu yakınının rızasının alınması gerekir.

70 Toroslu, s. 104.

Kanunla yasaklanan eylemler için öngörülen cezalar hapis ve ağır para cezası olduğu için, bu fiiller cürümdür ve bu bakımdan ancak kasten işlenebilirler.

15 maddede suç sayılan bazı fiilleri (örneğin yaşayan veya ölü vericiden organ alma), TCK'da (örneğin m.456, m.178) ve özel ceza kanunlarında öngörülen suçlardan ayırabilmek için, bunların özel kastla işlenebileceğini kabul etmek yerinde olur diye düşünüyoruz.

Bu tesbitleri yaptıktan sonra 15. maddede yasaklanan alternatif (seçimlik) hareketleri dört ayrı grupta toplamak mümkündür. Bunlar: 1-Organ ve doku alma eylemi, 2-saklama eylemi, 3-aşılama ve nakletme eylemi, 4-organ ve doku alım ve satımı eylemleri.

2-Organ ve Doku Alma

Yukarıda da belirtildiği gibi, bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan kimse cezalandırılır. Kanuna aykırı organ ve doku alma fiili çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Her şeyden önce tedavi, teşhis ve bilimsel amaçların dışında yaşayan insandan veya ölüden organ veya doku alma fiili suç teşkil edecektir (ONK m. 1).

Kanunda belirtilenler dışındaki amaçlarla yaşayan bir insandan organ veya doku alınması ile ölüden organ ve doku alma fiili aynı ağırlıkta olmadığından, bunların aynı şekilde cezalandırılmaları isabetli olmamıştır. Ayrıca bu fiillere karşılık gelen cezalar ceza kanunundakinden daha ağır olabilmektedir. Örneğin yaşayan kişiden organ ve doku alma fiili, bazı hallerde sadece basit müessir fiil niteliğinde olabileceken kanun bunu iki yıldan dört yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırmıştır. Aynı şekilde, ölüden organ ve doku alınması halinde verilecek olan ceza da TCK m. 178'dekinden çok ağır olmaktadır⁷⁷.

Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı hekimin organ veya doku alması fiili de bu suça vücut verecektir (ONK m. 7/e).

Keza, vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması da bu suça yol açacaktır (ONK m. 8). Ancak bu tür alma fiilleri kasten müessir fiil suçunun ağırlaşmış şeklini (TCK m.456/3) veya adam öldürme suçunu oluşturacağından, ONK'na göre değil, daha ağır cezayı gerektiren TCK hükümlerine göre cezalandırılacaklardır (ONK m. 15).

İlgilinin rızası sağlanmadan organ ve doku alma fiilleri de suç sayılmaktadır. Buna göre; 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz vericinin rızasını sağlamadan (ONK m. 6), ölüler yönünden ise kanunda gösterilen kimselerin rızası alınmadan

⁷⁷ Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.117.

veya ölenin aksine bir vasiyeti veya beyanına rağmen organ veya doku alınması fiilleri, bu kapsamda nitelendirilmektedir.

Aynı şekilde, vericiyi gerekli şekilde aydınlatmadan (ONK m. 7/a, b), vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden (ONK m. 7/d) organ ve doku alımı suçtur.

Kanun bazı kimselerden organ ve doku alınmasına izin vermemekte ve buna aykırı davranılmasını suç saymaktadır. Bunlar; yaşayan 18 yaşından küçükler ve mümeyyiz olmayanlardır (ONK m. 5, 7/c).

Ölüm halinin nasıl ve kimler tarafından tesbit edileceği ONK'nun 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Buna göre, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamaksızın veya 11. maddede sayılan uzman hekimlerin hazır bulunmadıkları yahut alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku nakli işlemlerini gerçekleştirecek hekimlerin katıldıkları bir heyet tarafından ve yahut kanuna uygun şekilde oluşan heyetin oybirliği olmaksızın ölüm hali tesbit edilen kimseden organ ve doku almak suçtur.

Gerekli tıbbi incelemeleri ve tahlilleri yapıp, bunların sonuçlarını olurluluk raporu ile saptamadan (ONK m. 9) veya gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmadan (ONK m. 10) organ ve doku alınması da kanuna aykırı alma eylemini oluşturur.

3-Organ ve Doku Aşılama, Nakletme

ONK'na aykırı şekilde organ ve doku aşılamanın ve nakleden kimse cezalandırılır (ONK m. 15). Teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlarla olmayan organ ve doku aşılama fiilleri ONK tarafından yasaklanmış olup, bu yasağa uymayanlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, 15. maddeye göre cezalandırılacaktır. Keza, bazı teknik gereklere uymaksızın organ ve doku aşılamanın kimse de, fiili, örneğin ağır müessir fiil veya adam öldürme gibi daha ağır bir suç teşkil etmediğinde, bu kanuna göre cezalandırılacaktır.

4-Organ ve Doku Saklama

ONK'na göre, yaşayan insandan veya ölüden alınan organ ve dokular ancak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla saklanabilir (ONK m. 1). Bu amaçların dışında organ ve doku saklama fiilleri 15. maddede yasaklanmış hareketlerdir.

Aynı şekilde, gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kurumlarında organ ve doku saklanması yasaktır (ONK m. 10). Bu yasağa aykırı fiiller de 15. maddeye göre cezalandırılmaktadır.

5-Organ ve Doku Alımı ve Satımı

Kanun, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamakta (ONK m. 3), 15. maddede ise; organ ve doku satın al-

mak ve satmak, organ ve doku alım ve satımına aracılık etmek veya bunun komisyonculuğunu yapmak fiillerini cezalandırmaktadır.

Organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam da yasaktır (ONK m. 4). Her ne kadar 15. maddede açıkça “reklam” dan söz edilmemekte ise de, yapılan reklam fiili, organ veya doku alım ve satımına ilişkin ise, veya böyle bir nitelik taşıyorsa, “organ alım satımına aracılık” kabul edilip faili cezalandırmak mümkün olacaktır⁷⁸. Belirtelim ki bilimsel, istatistik ve haber niteliğinde bilgi dağıtımı reklam olarak değerlendirilmemelidir⁷⁹.

SONUÇ

Organ nakli yoluyla pek çok insanın hayatının kurtarıldığını tecrübeler göstermektedir. Bununla birlikte, yaşayan ya da ölü vericiden organ ve doku alınabilmesi için yapılan muamelenin hukuka uygun olması gerekir. Eğer davranış hukuka aykırı ise hekim bir takım cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. Davranışın hukuka uygun olabilmesi için, yukarıda açıkladığımız tüm şartların gerçekleşmesi gerekir.

Günümüzde organ ve doku naklinin önemi, bütün dünya ülkeleri tarafından kabul edilmektedir. Fakat bu alanda başarılı sonuçlar alınabilmesi, her şeyden önce yeterli organ ya da dokunun bulunmasına bağlıdır. Oysa diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de organ temini konusunda arzu edilen gelişme kaydedilmiş değildir. Bu konuda elimizdeki tek kaynak insandır. Organ kaynağı olarak kadavraya müracaat edilebileceği gibi, yaşayan insanlardan da yararlanılabilir. Fakat yaşayan insandan organ ya da doku alınması verici açısından bazı hallerde büyük risk oluşturabileceğinden tavsiye edilen bir yol değildir. Örneğin böbrek gibi bir organın alınması, her zaman vericinin hayatını tehlikeye sokabilir. Bu nedenle yakın akraba olmadığı sürece, hiç kimse böyle bir bağış yapmayı kabul etmemektedir.

Cesetten organ ya da doku alınabilmesi içinse, mevcut hukukumuzda göre kural olarak ölen kişinin vasiyetine ya da yakınların rızasına ihtiyaç vardır. Oysa çok az insan sağlığında böyle bir vasiyette bulunmaktadır. Sevdikleri bir kimse- nin ölümü ile sarsılan yakınlar ise, ölünün hatırasına saygı duyma endişesi ile bağış konusunda tereddüt etmekte ve çoğu kez olumlu cevap vermemektedir. Bağış kampanyaları da arzu edilen sonuca ulaşmamaktadır. Çözüm olarak itiraz modelinin benimsenmesi düşünülebilirse de, bu model bir yandan hukuki açıdan tasvip edilebilecek bir model olmaması, diğer yandan da itiraz modelini uygulayan ülkelerin istenilen sonuçları elde edememeleri sebebiyle kabul edilemez görünmektedir.

78 Toroslu, s. 118.

79 Dönmezer-Erman, C.: II, no:731.

Çözüm olarak zaruret hali modeli önerilebilir. Fakat ONK. m. 14/4'deki düzenlenmiş haliyle bu modelden beklenen sonucun alınması mümkün değildir. Bu nedenle kanunda vericinin haklarını da dikkate alarak zaruret hali modelinin genişletilmesi düşünülebilir.

ONK. m. 15'de bazı cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Hükme göre, bu kanuna aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle, bunların ticaretini yapanlar, aracılık edenler veya bu amaçla komisyonculuk yapanlar hakkında fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği müddetçe iki yıldan dört yıla kadar hapis ve ayrıca ağır para cezası verilecektir.

Kanundaki düzenlemeyi ceza hukuku kuralları içinde değerlendirdiğimizde, 15. maddenin bir çerçeve kural koyduğu, ve içinde yasaklanan fiillerin de herbirinin ayrı bir suç olmadığı, seçimlik hareketler olduğu sonucuna varmak doğru olur. Eğer böyle değerlendirme yapılmayıp; alma, saklama, aşıl原因, eylemleri ayrı ayrı cezalandırılırsa çok ağır sonuçlar meydana gelecektir.

Ayrıca bu hüküm, gerek suç teşkil eden fiillerin tesbiti gerekse bu fiillere verilecek cezalar yönünden pek isabetli olmayan bir düzenleme öngörmektedir. Her şeyden önce, kanun, yaşayan insandan alınması yasak olan organ ve dokuları sadece hayati önemi olanlarla sınırlı kılmakta ve böylece kişinin fizik bütünlüğüne büyük ölçüde zarar veren organ ve dokuların tedavi, teşhis yahut bilimsel amaçlarla olsa bile alınabileceğini kabul etmektedir⁸⁰. Ayrıca, alıcının rızası konusunda herhangi bir hüküm konmamakta ve çeşitli kötüye kullanmalara açık kapı bırakılmaktadır. Keza, bazı fiiller kanunda yasaklanmakla birlikte, bu yasaklara uyulmaması herhangi bir cezai yaptırımla karşılanmamaktadır. Örneğin usulüne uygun şekilde ölüm hali tesbit edilmemiş ölüden organ veya doku alan hekimin cezai sorumluluğu olmadığı gibi; organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklandığı halde, bu yasağa uymama; bazı haller dışında hekimin alıcının ve vericinin isimlerini açıklayamayacağı belirtilmekle birlikte buna aykırı davranma, cezalandırılmamaktadır. Buna karşılık sadece disiplin suçu sayılabilecek kimi fiillerin ağır sayılabilecek cezalarla cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin, vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden hekimin organ ve doku alması; gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kuruluşlarında saklanan organ ve dokuların zarar görmemesine rağmen saklama fiilleri ağır sayılabilecek cezalarla cezalandırılmaktadır.

Suç olarak tesbit edilen fiillere verilecek cezalar yönünden de kanunun isabetli davranmadığı söylenebilir⁸¹. Gerçekten, gerek nitelikleri gerek ağırlıkları yönünden birbirlerinden çok farklı olan fiiller için aynı cezalar öngörüldüğü gibi;

⁸⁰ Toroslu, s. 111

⁸¹ Toroslu, s. 112

ceza kanununda da suç olan bazı fiiller, sırf organ nakli işlemleri dolayısıyla işlenmiş olmaları halinde ceza kanunundakinden daha ağır şekilde cezalandırılmaktadırlar ki, bu, suç ve ceza arasında oranlılık bulunması esası ile bağdaşmaktadır.