

ORGAN AKTARMASININ ORTAYA ÇIKARDIĞI HUKUK SORUNLARI (*)

Yazan: Prof. Dr. Hans HINDERLING

Çev. Asis. Erdener YURTCAN

Gerek tıp dünyasında ulaşılan gelişme ve gerek ameliyat tekniğinde kazanılan ilerlemeler, hukukçuya, kişiliğin korunması yönünden hekimin özen ve aydınlatma ödevi yanında onun çalışma alanına ahlâk kurallarının getirdiği sınırlamaları tekrar düşünme ödevini yüklemektedir. Kısırlaştırma, cinsiyetin değiştirilmesi ve suni ilkah gibi kavramlar durumu daha bir belirginleştirmektedir. Dünya çapında yankılar uyandıran yaşamsal önemdeki organ aktarmaları ve bununla ilgili olarak ölüm ve yaşam arasındaki sınırın saptanması sorunu, bugün için hukukçunun üzerine eğilmeksizin yapamayacağı konu olarak belirlemektedir¹.

Aslında hekimin sorumluluk alanı içinde hukukçunun görevini düşünmek yadırganabilir, çünkü tıbbilimsel olarak neyin doğru olduğunu söyleyen hekim değil midir? Gerçekten ancak bir tıp uzmanı bir ameliyatın bilimsel kurallara uygun olarak gerçekleştirildiğini veya gerçekleştirilmediğini belirtebilir. Fakat sorun yalnız tıbbilimsel gerçeğin saptanması değildir. Bir hekimin bir ameliyata, yaşamsal önem taşıyan bir organ aktarmasına, ister hastanın rızasıyla ister rızası dışı olsun, girişebilip girişemeyeceği sorunu hekimin karar verme yetkisini aşar ve hukukçu tarafından cevaplandırılmak gerekir.

(*) Bu makale Schweizerische Juristen - Zeitung'un Mart 1968 sayısında yayınlanmıştır.

1) Krş. Max Kohlhaas, organ aktarmasında hukuk sorunları, N. J. W., Münster ve Frankfurt a.M. 1967, s. 1489 (kalp aktarmasıyla ilgili sorunlar ele alınmış değildir.)

Çünkü hukuk düzeni bireylerin toplum içindeki yaşamını, çok doğaldır ki, hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bir müdahale iyileştirme amacıyla tıbbilimsel olarak mümkün ve hatta yasak olmayabilir, fakat buna rağmen toplumun veya hastanın çıkarına karşı çıktığı için yasaklanmış olabilir. Ayrıca hekimler de, insanlarla hayvanların aynı yöntemlerle iyileştirilmediklerini bilmektedirler². Hint Vedaları ve Hippokratres'denberi hekimler uğraşlarıyla ilgili kurallar koymuşlardır ve onlara uygun davranmaktadırlar. Fakat hukuk düzenine ahlaki ilkelere etkilenecek ve özellikle yasanın boşluk gösterdiği durumlarda, törel (ahlaki) ve törel görüşler açısından elde edilen ve hukuk düzeninin temelinde yatan değer yargılarına dönüş zorunlu olacaktır.

Zaten yargıç tıbbilimsel kuralların etkisi altında kalacak, sağlam ve inandırıcı nedenler olmadan onlardan sapamayacaktır. Fakat bu kurallar yargıcı a priori bağlamaz. Aynı zamanda bir ahlakçı da hukukçuyu, ileri sürdüğü bilimsel nedenlerle (argüman) etkilemek isteyecektir, ama o dahi yargıca bağlayıcı emirler veremeyecektir.

O halde ölüm ve yaşam nasıl tanımlanır ve karşılıklı sınırları nasıl çizilir? Ölüm durumu hangi ölçülere göre saptanmak gerekir? Bu da hukuk düzeni için daima önemli bir sorun olmuştur. Gerçekten ancak canlı bir kimseye karşı müessir fiil ve adam öldürme suçları işlenebilir. Veya ölüm anının saptanması ile iki hısımdan hangisinin diğerine mirasçı olacağı belli olur³. Bugüne kadar hekim ve hukukçu teneffüs ve kalp atışı üzerinde anlaşıyorlardı, ve son nefes ve kalp atışı ile ölümün gerçekleştiği söyleniyordu. Ayrıca bunlar gerçek unsurlar olarak görülüyordu. Fakat bu unsurlar yararlılık (ve faydalılık) açısından hukukcunun ihtiyacına karşı çıkıyorlardı.

Boğulma, boğazı sıkarak boğma, elektrik akımına kapılma teneffüsün ve kalbin durmasına ve böylece ölümün gerçekleşmesine sebep olabilirler. Fakat bazı koşullar altında, derhal uygulanacak olan bir reanimasyon bu iki fonksiyona yaşamsal güç kazandırabilir.

2) Karl Jaspers, Felsefe ve dünya, Münih 1958, s. 161

3) Kimin daha önce öldüğü saptanamıyorsa, kimse diğerine mirasçı olamaz. Halbuki malbirliğinde, karının hısımları yoksa, bu durumda «birlikte ölüm» (krş. ZGB md. 32/2) karı tarafının çıkarına aykırı düşecektir. Böylece öneri yalnız, karının daha önce öldüğünün kanıtlandığı durumda olduğu gibi (md. 214/1), kocanın mirasçılara ait olacaktır.

Böylece gûya son olan nefesin ve kalp atışının da son olmadıkları ortaya çıkar. Birkaç dakikalık süre içinde reanimasyon başarıya ulaştığı takdirde, beyinde meydana gelen zararlar da safdışı edilebilecektir. İşte böyle durumlarda ortaya çıkan ve kaza sonucu meydana gelen ölüme karşı reanimasyon bir iyileştirme tedbiri olarak karşı koyar ve genellikle de başarıya ulaşır. Bundan sonra o insan da artık yaşamını sürdürecektir¹.

Ancak öyle durumlar olabilir ki, kan basıncının yetersizliği ve ağır şekilde yaralanmanın sonucu olarak beyinde zedelenme gerçekleşir, fakat buna rağmen, çoğunlukla suni teneffüs sayesinde, ciğer ve kalp görevlerine başarıyla devam edebilirler. Bugüne kadar teneffüs ve kalp atışını esas alan tanımlamaya göre, beyindeki zedelenme ve bilinç kaybına rağmen, bu insan yaşamaya devam etmektedir ve suni teneffüs ve kalp atışı durmadıkça devam edecektir de. Bu durumdan iki önemli sonuç çıkarabiliriz :

1 — Hekim böyle durumlarda da sağlanmış olan teneffüsü sürdürmek görevindedir, meğer ki kalbin atışı dursun.

2 — Öyle anlaşılıyor ki, bir organ nakline girişebilmek için, kalbin durmasını beklemek zorunludur. Ancak kalbin durmasından sonra, bir kişinin organları ancak çok kısa bir süre için kullanılabilir nitelik gösterecektir. Gerçekten kalbin durması anı beklenildiği takdirde, suni şekilde nefes alan kişinin organlarındaki elverişlilik kaybolacaktır. Çünkü verici ve alıcıya müdahale aynı anda yapılmalı ve alıcı ameliyata hazır olarak bekletilmelidir, bu da vakti gerektirecektir. Aynı zamanda bu durumda kalbin durması ve ameliyatın başlama anının kestirilmesinin güç olması durumu da güçleştirecektir. Şimdiye kadar yayınlanan rapor ve mülâkatlar bunu gerektiği biçimde aydınlığa kavuşturamamıştı.

Bununla ilgili olarak şimdiye kadar dikkati çekmeyen bir soru ortaya atabiliriz: Acaba ölüm ve yaşam arasındaki sınır yeniden düşünülmeden, organ aktarması sorunu, cerraha özel bir hukuka uygunluk sebebi tanınarak, başkalarına faydalı olacağı zaman, beyni zedelenmiş ve bilincini kaybetmiş olup ta suni yöntemlerle teneffüs ettirilen kimseler üzerinde müdahalede bulunması sağlanamaz mı? Aynı çocuk düşürmedeki cezasızlık durumuna eş (İ.C.K. 120. md., ce-

4) Krs. Hans Merz, kişiliğin başlangıç ve sonu, ZSR NF, 1957, s. 321, özellikle 347

ninin, ananın hayatını tehlikeye soktuğu anda feda edebilmesi durumu) bir durum yaratılarak, hekimin beyni zedelenmiş ve hayatiyetini yitirmiş bir insanı — aynen ceninde olduğu gibi — feda ederek, bir tıbbi müdahale ile bir başkasının hayatını kurtarmanın mümkün olduğu söylenemez mi? Fakat bu durum, asla şiddetle reddedilen ve 3. Reich devrinde iyileşmesi mümkün olmayan akıl hastaları üzerinde bir yoketme aracı olarak kullanılan ötenezi ile bir tutulmamalıdır⁵ Çünkü bir akıl hastasının veya akılca zayıf olan bir kişinin öldürülmesi, yalnızca akli dengesi bozulmuş, fakat tam olarak kaybolmamış olan bir kişinin hayatına son verme teşkil eder, ancak böyle bir hayatın sürmesine, bir hekimin müdahalesi asla engel olamaz. Bir akıl hastasının da kişiliği vardır ve onun hayatı bir yabancı hayatın kurtarılması için harcanamaz.

Fakat bu tip gerekçelerle kuvvetlendirilen bir özel müdahale yetkisi asla tasvib edilemeyecektir. 3. Reich'in kötü anıları toplum bilincinde acılarını hala sürdürmektedir. Kişisel dokunulmazlığa karşı girişilen her teşebbüs, bir hayatın kurtarılması amacıyla da olsa, toplumun sert tepkisi ile karşılaşılıyor ve damgalanıyor. Böyle bir durumu hukukçu da görmezlikten gelemez. Bunun dışında, organ aktarmasıyla ilgili olarak tanınan böyle bir yetki, organ aktarması arzı edilmediği anda, beyin zedelenmelerinin en ağır şeklinde dahi, suni teneffüsün durdurulmasını haklı göstermez.

Bu nedenle ölüm ve yaşam arasındaki sınır saptanırken bir durum almak da kaçınılmaz olmakta ve şu sorunun sorulması gerekmektedir: Beyni iyileşemeyecek şekilde zedelenmiş veya aynı şekilde bilinç kaybına uğramış olan kimse, kalbi atmaya devam ettiği sürece yaşatılmalı mıdır? Yoksa sınır başka biçimde saptanarak, bilincin yok olduğu anda ölüm gerçekleşmiştir, sonucuna mı varmalıdır? Bu soruya olumlu cevap verildiği ve verici yönünden düşünüldüğü takdirde, vericinin veya kuraldışı bir durumda, vericinin iradesini bu yolda açıklamış olması gerçekleştiği anda, onun kalbinin ve diğer organlarının, kalbin durmasından önce, organ nakli için kullanılması yerinde olacaktır.

Belki de tedavi amacıyla hareket eden bir cerrahın ızdırar halinde bulunduğu söylenerek açık bir beyanın dahi safdışı edilebile-

5) Nasyonal Sosyalizm'in ortaya çıkışından önce Karl Binding ve A. Hoche gibi ün yapmış hukuk ve tıp bilginleri, bugün artık sözü edilmeyen kanıt ve amaçlarla «yaşamsal değersiz yaşamların yok edilmesine son verilmesi» (Leipzig 1920) uğruna savaşmışlardı.

ceği düşünülebilir. Çünkü hısımların, acılarının en derin olduğu bir anda, iradelerinin bu yolda açıklamak isteyip istemediklerini sormak, doğaldır ki, pek kolay olmayacaktır.

Böylece bilincin kaybolması ile suni teneffüse de bir son verilebileceği sonucuna varılacaktır. Çünkü teneffüsün devam etmesi, ancak bir organ nakli göz önünde tutulduğunda anlam taşıyacaktır.

Ölümün yeni tanımının bu biçimde yapılması tıp dünyasında kabul edildiği takdirde, hukukçunun buna karşı koyması için esaslı nedenleri olmayacağı düşünülebilir. Çünkü birey toplum tarafından ah-lâki değerleri ve özgürlüğü için korunur, bu arada bilinçten ayrı düşünülecek değerler göz önünde tutulur. Bu nedenle, bilincin sağlanması imkânsızsa, teneffüsün suni olarak sürdürülmesi yalnızca görünüşte bir yaşam olarak nitelenebilir. Bu da gerek hukukçular ve gerek tıpçılar çevresine, birey yaşamına yapılacak müdahaleden daha yatkın gelebilir.

Şimdiye kadar varolan ölüm kavramına bağlı kalındığında bir zorlukla karşılaşılacaktır: Bilincin tekrar sağlanmasının açıkça imkânsız olduğu durumlarda, örneğin açık bir beyin zedelenmesinde, hiçbir hekim, bugünkü ölüm ve yaşam sınırına bağlı kalındığında, başlatılmış olan suni teneffüsü durduramayacaktır, meğer ki kalp durmuş olsun. Böylece ölümün gerçekleşmesi de, teneffüsün sürdürülmesi veya sürdürülmemesine bağlı kalacaktır.

Böylece verici bakımından sorun çözülmüş olmaktadır. Buna karşılık bir başka düşünce, elde edilen pratik sonuçlara rağmen, ölüm kavramının yeniden saptanmasına karşı koyabilir. Bu düşünce aynı zamanda doğal niteliktedir: Bilincin ve beynin ne zaman iyileşemeyecek durumda olduğunun, ölümün yeni tanımlaması yapılmadığı takdirde de, şüpheye yer vermeyecek biçimde saptanmalıdır. Çünkü buna göre «ölüm fermanı» imzalanacak ve suni teneffüs durdurulacaktır.

Sözünü ettiğimiz durumlarda zorunlu olan kesinlik nasıl sağlanabilir? Önce hiçbir şekilde saptanabilir refleksler olmamalıdır. Ayrıca doğal teneffüsün de sona ermiş olduğu da saptanmış olmalıdır. Ancak zorunlu olan kesinlik gene de elde edilmiş sayılmaz. Acaba Elektroenzephalogram ile istenen ölçüler elde edilebilir mi, edilebilirse hangi şartlarla? Bizi bu konuda tıp bilimi aydınlatacaktır. Eski tıp bilginlerinin bu konudaki fikirleri uyuşamıyordu. Fakat fikirlerin uyuşmadığı durumlarda, ölümün gerçekleşmesi için

ne kadar uzun zaman beklenirse, suni yollarla teneffüs ettirilen bireyin organları da yatkınlık ve elverişliliklerini o kadar fazla kaybedeceklerdir. Bununla ilgili olarak, 2. Charles Stuart'ın ölürken söylediği «bu kadar yavaş öldüğüm için beni affediniz.» sözünü düşünmek zorunlu değildir.

Fakat buradaki sorun kolay kolay safdışı edilemez ve çözüm de ölüm olaylarının olumlu karşılanması ile gerçekleşemez. Bu nedenle de karar verme yetkisi organ aktarmasına hazırlanan cerrahın eline bırakılamaz. Böyle bir durumda bağımsız bir organ, örneğin bağımsız hekimlerden meydana gelmiş bir kurul, ölüm sonucu hakkında karar verebilmelidir.

Diğer itirazlar pek önemli değildir. Aslında bir kalbin alınmasının, karaciğerin alınmasına oranla neden daha sıkı biçimsel kurallara bağlı olacağı da anlaşılmaz. Çok doğaldır ki, yüzyıllardır kalbin özel bir önemi olduğu kabul olunmuştur. Ancak bugün için, kalbin değil, fakat beynin ruhi ve manevi görevlerin ana organı olduğu saptanmış durumdadır.

Ancak organ nakli söz konusu olunca, yalnız verici açısından sorunlarla karşılaşılmaz. Ayrıca, örneğin karaciğerin, böbreklerin veya kalbin alıcıya aktarılmasında da bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin Dr. Barnard'a sorulmuştu: Farzedin ki, gerçekten aynı durumda iki hastanız, fakat elinizde yalnız bir kalp veya karaciğer var. Bu durumda ne yapardınız? Öyle sanıyorum ki, bu pek faydalı bir soru değil. Aynen boğulmakta olan annenizi mi, yoksa karınızı mı kurtarırsınız, sorusuna benziyor. Gerçek olan şudur ki, ikisi de boğulmaya terkedilemez. Bence asıl sorunlar başkadır:

Genel kurallara göre, önemli organların naklinde açık rıza «consentement éclairé», alıcının rızası gereklidir. Ayrıca kalp aktarması daha da özel bir durum gösteriyor, çünkü olabilir ki, hastaya durumu icabı rızasının olup olmadığı sorulabilecek durum yoktur. Fakat hasta rızasını beyan etse dahi, yine de bazı sorunlar arta kalır. Kurula ve ilke olarak bir hekimin bir ameliyatı gerçekleştirebilmesi için, ameliyatın en yeni bilimsel ve teknik koşullara uygun yöntemler göz önünde tutulduğunda, önceden denenmiş olması ve ayrıca bunun sonucunda vasat bir iyileşme şansının da bulunması gerekmektedir. Ayrıca bir kimseye son ihtimal olarak henüz yeterince aydınlanmamış yöntemlerin uygulanabilip uygulanamayacağı da bir soru olarak ortaya çıkar. Bu düşünceye, özellikle kalp aktarmalarında alıcı açısın-

dan riziko çok yüksektir denilerek, karşı çıkılabilir. Ayrıca hastanın çıkarının olmadığı, yalnız bilimsel faydanın bulunduğu durumlarda bir müdahale yapılamaz, bir deneyde bulunulamaz. Özellikle, karaciğer aktarmaları açısından bölümsel (kısmi) olarak çözülmüş olan doku uyumsuzluğu sorunu, kalp aktarmaları göz önünde tutulduğunda, bu yöntemlerin uygulanmasındaki güçlüğü ortaya çıkaracaktır. Ayrıca şu durum da düşünülmelidir: denenmiş tedavi tedbirleri ve caiz olmayan deneylerin yanında, belli koşullar altında bir üçüncü imkân, «caiz olan gözealma (muhatara)» da belli bir rol oynamalıdır. Bir gözealma durumuna cevaz verme vaziyetinde, alıcının göstereceği rızanın da önemi olacaktır. Bütün tehlikeleri göze alarak ve küçük bir ihtimalle de olsa, iyileşmeyi ümit ederek tehlikeli bir müdahaleye rıza gösteren ve isteyen bir hastaya, müdahale, bu müdahaleyi ancak hekimin teklif ve tavsiyelerinden sonra kabullenen hastaya oranla daha kolaylıkla gerçekleştirilebilecektir. Fakat bunun altında sessiz bir soru yatar; o da şudur: eskiden de bugün için kaçınılmaz olan yöntemlerin ortaya çıkışında kurallar zedelenmeden bu yöntemler uygulanmıyormuydu? Bu soruda bir çetin sorun olduğu da gözden uzak tutulamaz.

Dikket edilecek bir husus daha kalıyor: Bugün için kalp aktarmaları alıcı açısından düşünülerek gerçekleştirilemez dense bile, yine de ölüm ve yaşamın sınırının çizilmesi zorunlu olacaktır. Çünkü, örneğin böbrek gibi diğer bazı organ aktarmaları vardır ki, bunlardan dolayı alıcıya karşı sorumluluk taşınacaktır. Bu nedenle burada açıklanan, hangi koşullar altında vericiden bir organ alınabileceği sorunun önemini gösteriyor. Bir böbrek aktarmasında, böbrek çift olduğuna göre, verici sıhhatli bir kimse de olabilir. Ancak böyle gönüllü vericiler bu'mak kolay değildir. Bu nedenle böyle bir durumda dahi cerrah ümidini beyni iyileşemeyecek derecede zedelenmiş olan ve suni teneffüsle yaşatılan kimseye bağlayacaktır.

Organ nakli sorununun yakın bir gelecekte, yapma ve hayvansal organlarla çözülebileceği düşünülebilir. Fakat yine de ölüm ve yaşam sınırının çizilmesi zorunludur, çünkü girişte belirtilen ve organ naklinden ayrı olarak ortaya çıkan sorun açısından bu gereklidir. Bu sorun da şu soruyla açıklanabilir: Acaba ne zaman bilinç kaybına uğramış, fakat suni olarak teneffüs ettirilen kişinin bu teneffüsü durdurulabilir?