

# "ORGAN VE DOKU ALINMASI, SAKLANMASI, AŞILANMASI VE NAKLİ HAKKINDA KANUN" İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Tıp dünyasında son on yılda ulaşılan geniş boyutlar; bu alanda yürürlükteki kanunların ve tüzüklerin yetersizliğini ortaya çıkarmıştı. Çeşitli yargı kararları<sup>1</sup> ve öğreti<sup>2</sup>'nin de belirttiği bu durum son aylarda yürürlüğe giren bir kanun ile düzeltilmek istenmiştir<sup>3</sup>. Bu çalışmada sözkonusu kanunun ana hatları incelenmiştir.

## I. GENEL İLKELER

Kanunun hemen başında "genel hükümler" başlığı altında amaç, kapsam ve bazı ilkeler belirtilmiştir. İlk maddeye göre, organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli ancak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla mümkün olabilecektir. Çizilen bu amaç kapsamında tedavi ve teşhis kavramları ne kadar yerinde ise bilimsel amaç kavramı da o ölçüde tehlikelidir. Gerçekten organ ve doku alınması ve aktarımı tıp için yeni bir uygulamadır; bu yeniliği içinde böyle bir uygulama ancak tedaviye, insanı sağlığına yeniden kavuşturma amacına dönük olması koşulu ile gerçekleştirilebilir. Oysa Kanunun ilk maddesinde yer alan bilimsel amaç kavramı, bu tedavi koşulunu ortadan kaldırabilme gibi çok büyük bir tehlikeyi

1) Yar. 4. CD., 3.6.1975 t., E. 2433/K. 3150.

2) DÖNMEZER, S., Organ Nakli (İHFM., c. XLI, sy. 1-2)'den ayrı bası; HABERAL, M., Türkiye'ye Dıştan Gelen Böbrekler (Milliyet, 8.11.1978), sh. 2.

3) Bkz. 29.5.1979 tarihli ve 2238 sayılı kanun; RG., 3.6.1979, sy. 16655.

içinde taşımaktadır. Kanundaki bu ifade biçimine dayanılarak insan üzerinde tıbbî denemelere girişmek mümkün görünmektedir ki böyle bir durumu benimseyebilme olanağı yoktur.

Kanunun ikinci maddesinde, kapsam, karşıt bir sıralama ile çizmektedir. Buna göre, bu kanun "oto-gref, saç ve deri alınması, aşılantması ve nakli ile kan transfüzyonu" dışındaki uygulamalar için geçerli olacaktır.

Genel ilkeler içerisinde üçüncü madde özel bir önem taşımaktadır. Maddeye göre: "...Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır". Bu madde Tasarımın 9. maddesinin taşıdığı sakıncaları ortadan kaldırması yönünden olumludur. Gerçekten tasarımın 9/2. maddesinde, reşit ve mümeyyiz kişinin sağlığında rızasıyla vücudundaki çift organlarından birisini, vasiyetiyle de ölümünde cesedinin organlarını bir ivaz karşılığında verebileceği belirtilmişti. İnsanın onuruna, kişilik haklarına aykırı olan ve çok kötü uygulamalara da neden olabilecek bu düzenlemenin kaldırılması çok yerinde olmuştur.

Belirte geldiğimiz bu ilkeyi tamamlayan diğeri bir ilke de, bu gibi uygulamaların reklamlara konu olamayacağı, bir sonraki maddede belirtilmiştir.

## II. YAŞAYAN KİŞİLERDEN ORGAN VE DOKU ALINMASI

Yaşayan kişilerden organ alınması, verici ve hekim açısından çeşitli koşullara bağlanmıştır.

### 1. Vericiye ilişkin koşullar :

#### a) Rıza'ya ehliyet

Kanun, vericinin 18 yaşını bitirmiş ve mümeyyiz olmasını açık olarak öngörmüştür. Böylece, küçükler, vesayet ve hacir altında olanlar bu konuda rızada bulunamayacakları gibi veli veya vasileri aracılığı ile de kendilerinden organ ya da doku alınamayacaktır. Nitekim bu durum Kanunun 7/c maddesinde de açık biçimde belirtilmiştir. Buna göre akli ve ruhi durumu itibarile kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerden hekim doku almayı

reddetmek zorunluğunda bulunacak, başka bir deyişle bunların rızaları geçerli olmayacaktır. Hatta Kanun, yazılış biçimi ile vesayet ya da hacir altında bulunmayı hukuki niteliği ile değil daha geniş açıdan fiili durumu itibarile öngörmektedir. Kanunda ehliyetsizlik ve kısıtlılık deyimlerinin kullanılmamış oluşu bizi bu yoruma götürmektedir.

*b) Rızanın bildirilmesi*

Organ ya da doku verecek olan kişi bu rızasını yazılı ve imzalı olarak verecektir (m. 6). Maddede sadece yazılı olma koşulu arandığından bunun el yazısı, daktilo ve resmi dilde olması önemli olmayacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişilerin yazdıkları yazının sadece imzalanması ya da parmak veya mühür kullanılması ile bizce yazılı olma koşulu gerçekleşmeyecektir. Bu varsayım bizce tutanağın imzalanması biçiminde kabul edilmelidir.

Rıza yazı ile bildirilmemesine rağmen sözlü de olabilmektedir. Bu durumda iki tanık huzurunda bu tutanağın düzenlenmesi gerekecektir. Tutanağın ayrıca bir hekim tarafından onayı zorunlu görülmektedir. Burada onayı zorunlu görülen hekim kim olacaktır? Organ ya da doku alacak hekim mi? Hastahanedeki herhangi bir hekim mi? Hükümet ya da Belediye hekimi mi? Maddede bu konuda hiçbir açıklık olmayışı ve genel bir içeriğin bulunuşu gelecekte değişik yorumlara neden olabilecektir.

Rıza ile ilgili olarak kanunda ilginç bir koşul daha görülmektedir. Kanununun 7/d. maddesine göre organ ve doku alacak hekim: "vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tesbit etmek zorundadır". Böylece eşin, tıbbî müdahaleden haberi olması koşulu aranmaktadır. Tıbbî müdahaleden haberi olan eşin bunu istememesi, olumsuz tutum takınması durumunda ne olacaktır? Kanunda sadece "haberi olma" koşulu öngörülmüştür. Olayı öğrenen eş, müdahaleyi olumlu karşılarsa sorun olmayacaktır, fakat olumsuz düşüncesine rağmen organ alınabilecek midir? Bu durumda organ ya da dokunun alınması böyle bir maddenin, koşulun varlığını gereksiz kılmayacak mıdır? Maddenin yazılışını, olumlu düşünce biçiminde düzenlemek daha yerinde olacaktır.

## 2. Hekimin nitelikleri ve görevlerine ilişkin koşullar :

Kanun 8, 9 ve 10. maddelerinde *hekime ilişkin nitelikleri* belirlemiştir. Buna göre hekimin organ ya da doku aktarmalarında uzman bir hekim olması, bu konuda gerekli araç ve gereçle donanmış bir sağlık kurumunda çalışması ve müdahalesini böyle bir kurumda yapması (m. 10), müdahaleden önce gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapıldığını görmesi (m. 9) ve vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuları almaması (m. 8) gerekecektir.

Böylece kanun uzmanlaşmaya özel bir önem verirken ve önemli ve zorunlu bazı görevleri belirlerken olumlu ilkeler getirmiştir.

Kanunun 7. maddesinde hekime, vericinin rızası ile ilgili görevler de yüklenmiştir. Buna göre hekim vericiye, organ ve doku alınmasının tıbbi psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlarını, alıcıya sağlayacağı yararları anlatacaktır. Ayrıca gene hekim rızanın bir çıkar karşılığı olup olmadığını araştırarak ve yakın akrabalık ilişkileri dışında alıcı ve vericinin adlarını gizli tutacaktır.

Yedinci maddede sayılan koşulların vericinin rızasından önce ya da sonra aranıp aranmayacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Koşullardan bazılarının rızadan önce olması gerekliliği (a, b, c, d bentleri) akla geliyorsa da, vericinin önceden verdiği bir rızanın geçerli olacağı da düşünülebilir. Kanunda belirli bir bağlayıcı sıralama yer almadığından bu konuda bir öncelik-sonralık araştırmasına gidilmemesi gerekecektir.

## III, ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU ALINMASI

### 1. Ölüm hali :

Kanunun 11. maddesinde, ölüm halinin saptanmasında tıbbi ölümün dikkate alınacağı ve bu saptamanın ülkedeki bilimin düzey ve verileri ile yapılacağı belirtilmektedir.

Bu düzenleme eksik ve çok hatalıdır. Düzenlemenin eksikliği maddede sadece tıbbi ölümden sözedilmesinden ileri gelmektedir. Tıbbi ölüm herhalde biyolojik ve beyinsel ölüm biçimlerini içine

almaktadır. Maddede bu ölüm biçimlerinin açıklanması yerinde olurdu. Ayrıca ölüm durumunu inceleme süresi ve biçimi de ana hatları ile ortaya konulmalı idi<sup>4</sup>.

Maddede ölüm halinin "bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle" saptanacağı belirlenirken çok sakıncalı bir düzenleme getirilmiştir. Tıbbi uygulamalarda objektif sınır "tıp meslek ve sanatının gerektirdiği şekilde hareket edilmesidir" ki bu ilkede ülkenin somut değil, tıbbın objektif ve soyut durumu öngörülmektedir<sup>5</sup>. Maddenin bu yazılış biçimi ile tıbbın daha ileri aşamalarında, yeni bulgu ve bilgilerin henüz ülkeye gelmediği durumlarda eski yöntem ve kuralları uygulama haklılığı gibi ters bir durum ortaya çıkabilecektir.

Kanunun sonraki maddesinde, alıcının müdavi hekimi ile organ aktarımını gerçekleştirecek hekimin, ölüm halini saptayacak kurulda yer almayacakları belirtilmektedir ki çağdaş düşünce ve düzenlemelere tamamen uygundur<sup>6</sup>.

## 2. Ölünün sağlığında belirttiği istemi ve yakınlarının rızası koşulu :

Kanunun büyük önem taşıyan 14. maddesinin bir bölümünde bu koşul belirlenmektedir. Buna göre kişi sağlığında düzenlediği yazılı ya da sözlü bir vasiyet ile vücudu üzerinde tıbbi bir uygulamaya girişilmesini belirtebilir. Bu vasiyet doğrultusunda organ aktarımı gerçekleştirilebilecektir.

Ölünün sağlığında böyle bir istemi olmamış ise ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi, bunlar da yoksa bir yakınının rızası ile organ ya da doku alınabilecektir.

Bu düzenleme biçimi içerisinde bazı boşluklar görülmektedir. Şöyle ki, rızalarına itibar edilecek kişiler arasında bir öncelik-sonralık sıralaması yapılmamıştır. Maddede yer alan kısımlardan birinin

4) Bkz. BAYRAKTAR, K., Hekimin tedavi nedeniyle cezai sorumluluğu, İst. 1972, sh. 188.

5) Bkz. BAYRAKTAR, 147.

6) BAYRAKTAR, 187.

olumlu diğzerinin olumsuz tutumu karşısında ne yapılacaktır? Cesed üzerindeki hakları yönünden ölen ile aralarındaki yakınlığa göre farklı bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olurdu. Bu düzenlemede önce eş ve çocukların oybirliği ile aldıkları kararın geçerli olacağı; olağanüstü, ivedi durumlarda oyçokluğu ile yetinileceği ve bunların hayatta olmaması durumunda ana, baba veya kardeşlerden birine başvurulabileceği belirtilebilirdi<sup>7</sup>.

Ayrıca maddede geçen yakın kavramı hangi kısımları kapsayacaktır. Yakın kavramı ile sadece hısımlık bağı mı anlaşılacaktır? Hemşehrilik ya da iş arkadaşlığı gibi ilişkiler de bu kavramın tayininde dikkate alınacak mıdır? Madde bizce tam bir belirsizliği içermektedir. Ve bu belirsizlik içerisinde cesetten yararlanma olanakları kişilik haklarını rencide edici biçimde genişletilmektedir.

### 3. Ölenin ya da yakınının rızası olmaksızın organ veya doku alınması :

Kanununun 14. maddesinin 2. ve 4. fıkralarında bu durum düzenlenmiştir.

a) Maddenin son fıkrasına göre, kaza ve doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi ya da herhangi bir yakını, yoksa sağlam organ ve dokuları, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan ve naklinde ivedilik ve zorunluk bulunan hallerde, vasiyet ve rıza aranmaksızın organ veya doku nakli yapılabilir.

Bu fıkranın uygulanabilmesi için vericinin kaza ya da doğal afet sonucunda vücudunun ağır bir harabiyet içinde olması gerekmektedir. Ölüm halini düzenleme çabasında bulunan ve fakat belirsizlikten kurtulamayan kanun koyucu belirsizliği bu maddede de sürdürmektedir. "Ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş" olma deyişi yerine tıbbın bugün kabul ettiği biyolojik ölüm ve merkezi sinir sisteminin işleyişinin hiç iyileşmeyecek biçimde bozulması kriterlerinin fıkraya konulması daha kesinlik ve açıklık getirirdi.

7) Bkz. ÖZSUNAY, E., Gerçek kişilerin hukukî durumu, İst. 1977, sh. 222; DURAL M., Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İst. 1977, sh. 30.

Ölen kişinin veya yakınlarının rızalarının dikkate alınmadığı bu hal adeta "zaruret hali" durumunda uygulanabilecektir. Maddede geçen kaza, ve doğal afet sözcükleri ile olayın ivediliği belirtilirken, "yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan ve nakilde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan hallerde" cümlecigi ile de zorunluluk alıcı yönünden ortaya konulmaktadır. Bu uygulamaya bizce ancak bu durumların varolmasında gidilebilecektir. Fıkradaki belirtilen bu durum bizce klasik ceza hukukunun zaruret hali ile hukuka uygunluk kazanabilmektedir. Dolayısıyla bu durumun ancak olağanüstü hallerde gerçekleştirilmesi ve genişletilmemesi gerekecektir.

Doğaldır ki. bu tür bir uygulamadan önce alıcının rızasının alınması ve kanunun 9. maddesinde öngörülen tahlil ve incelemelerin yapılması gerekecektir.

b) Maddenin ikinci fıkrasında geniş kapsamlı uygulamalara yol açabilecek bir hüküm yer almaktadır: "Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi cesed üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir". Dikkat edileceği gibi bu tür bir uygulamaya girişilebilmesi için vericinin ya da yakınlarının rızaları aranmadığı gibi tıbbi zorunluluk ve ivedilik unsurları da gerekli değildir. Fıkra bu yazılış biçimi ile bizce kişilik haklarına aykırıdır<sup>8</sup>. Böyle bir fıkra ile kişinin ya da yakınlarının rızalarına başvurmaksızın pekçok uygulama yapılabilecektir. Bu hüküm bizce "vericide rıza aranır" kuralını "rıza aranmaz" biçimine çevirmektedir. Kişilik hakları yönünden, insanın amaç olması kuralına aykırılığı yönünden bu fıkra kanunun amacını adeta saptırmaktadır.

#### 4. Organ ve doku alınamayacak durum :

Açıklayageldiğimiz 14. maddenin 3. fıkrasında: "özü sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz" denilmektedir.

Fıkranın bu yazılış biçimi ilerde bazı anlaşmazlıklara yol açabilecektir. Ölünün sağlığındaki bu isteği hangi yolla ispat edilebilecektir? İsteğin yazılı bir belgeye dayanmadığı durumlarda bu husu-

8) ATAAY, A., Şahıslar Hukuku, 1. Yarım, 3. bası, İst. 1978, sh. 127 - 129.

su kimler ileri sürebilecektir? Çelişik ifadelerde hangisine üstünlük tanınacaktır? Bu gibi sorunların aydınlanması herhalde uygulama ile zaman içinde mümkün olabilecektir.

#### IV. CEZA HÜKÜMLERİ

Kanunun son maddesi ceza hükmüne ayrılmıştır. Madde, deyim yerinde ise, bir çerçeve kural niteliğindedir. Buna göre kanunda yer alan bir hükme herhangi bir şekilde aykırı olan bir fiilin faili iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacaktır. Fiilin diğer kanunlarda daha ağır bir ceza ile müeyyide altına alınmış olması hali ayrı tutulmuştur.

Kanunda, birbirlerinden çok farklı olan çeşitli fiiller, tıbbi uygulamalar belirtilmiştir. 18 yaşından küçüklerin rızalarının geçersizliği, rızanın biçimi, hekimin bilgi vermesi ve araştırma yükümlülüğü, bazı organ ve dokuların alınmaması, bazı sağlık kuruluşlarının bu uygulama için yetkili kılınması, ölüden organ ve dokunun nasıl alınabileceği gibi durumlara ilişkin fiiller hep aynı nitelik ve nicelikte değildir. Bu fiiller farklı ağırlıklara ve özelliklere sahiptir. Bu gibi farklı fiilleri aynı müeyyideye bağlamak bizce ceza politikası yönünden sakıncalıdır. Bunun yerine kanunda öngörülen her durum için farklı suçlar ve cezalar getirilmesi daha yerinde olurdu.

Ceza müeyyidesinin bu şekilde geniş bir çerçeve içerisinde yer alacak bütün fiiller için öngörülmesi uygulamada tereddüde ve değişik yorumlara sebep olabilecektir.