

ORGAN AKTARMA VE CEZAI SORUMLULUK

Doç. Dr. Mehmet Haberal'a

Doç. Dr. Nevzat TOROSLU

A. GİRİŞ

Çağımızdaki büyük ve devamlı teknolojik gelişmelerin yeni bir tip toplumun ortaya çıkmasına sebep olduğu bilinen bir gerçektir. Teknolojik veya endüstriyel toplum adı verilen bu yeni toplum, devamlı şekilde toplumsal inançları ve yapıları alt - üst etmekte; bir yandan sayısız gereksinimleri karşılarken, diğer yandan da bir o kadar yeni gereksinimlerin doğmasına neden olmakta, yeni uğraşları zorunlu kılmakta ve böylece insanı her gün biraz daha bağlayıcı, sabırsız ve tedirgin bir ortak hayata zorlamaktadır¹.

Teknolojinin bu baş döndürücü gelişimi, kendisine özgü yararlarıyla olduğu kadar tehlike ve hatta zararlarıyla da ort akhayatın her yönünü etkilemektedir. Bu etkilerin kendisini tıp alanında da hissettirdiğinde kuşku yoktur. Nitekim farmakoloji ve cerrahi ile ilgili olarak "insan mühendisliği"nden söz edilmektedir². Böylece çağımızın en önemli olaylarından biri olan "organ aktarma" olayı ortaya çıkmıştır.

İnsanın fizikî yönünü olduğu kadar manevî yönünü de ilgilendiren; dolayısıyla çözümü ve aşılması son derece nazik ve güç bir kısım sorunları ve engelleri de beraberinde getiren organ aktarma işlemlerinin, tedavi edici tıpta giderek daha büyük bir uygulama alanı bulması karşısında, söz konusu işlemlerle ilgili sorunların çözümü ve engellerin ortadan kaldırılması her gün biraz daha artan bir önem kazanmaktadır.

B. ORGAN AKTARMA İŞLEMLERİNİN GEREKLİLİĞİ

Bilindiği üzere, bütün fizikî şartları ve fizyolojik fonksiyonları yönünden kusursuz bir vücuda sahip insan hemen yok gibidir. Esasen fizikî sağlığın normalliği tamamen nisbi bir kavramdır. Çünkü hemen hiç kimse, aynı anda sindirim, dolaşım, solunum, üriner ve sinir sis-

¹ SABATINI: I progressi della tecnica e il problema della colpa, Riv. pen. 1967, s. 585.

² SABATINI: agm. s. 585.

temlerinden her birinin ortalama kapasitesine sahip değildir. Doğuştan var olan veya sonradan ortaya çıkan sebeplerle bu sistemlerden biri veya birkaçı az çok devamlı bir şekilde bozulmakta veya hiç görev yapamaz hale gelmektedir. Bu durum her yaşta (çocukluk, gençlik, yaşlılık) ortaya çıkabilmektedir³.

Vücutta işlevi olan bir sistemin bir kısmının, işlevini yerine getirebilmesi yönünden, giderilmesi mümkün olmayacak şekilde iflas etmesi, çok defa hastanın ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalması sonucunu doğurabilir. Bu durumda hasta ve iflas etmiş parçanın yerini alacak sağlam ve hayatiyeti olan bir "beşeri parça"ya gerek vardır. Ancak insan, hastalanan ve işlevini yerine getiremeyen parçalarının yerine konabilecek "yedek parça"larla donatılmış olarak dünyaya gelmediğinden, böyle bir durumda gerekli parçanın başka bir insanın vücudundan alınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁴. Bu ise, giderek yaygın bir uygulama alanı kazanan organ aktarma işlemlerinin çeşitli engel ve güçlüklerle karşılaşması sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu engel ve güçlükleri ahlâkî, hukukî ve teknik engel ve güçlükler olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür.

C. ORGAN SAĞLAMADA KARŞILAŞILAN ENGELLER

1. Ahlâkî (Manevî) Engeller:

Organ aktarma işlemi ve bunun için gerekli olan organların sağlanması, her şeyden önce, önemli ve çözümü zor ahlâkî sorunlar ve güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Bir kere, kurtarılması mümkün olan hallerde bir yaralı veya hastanın, organlarını başkaları için kullanmak amacıyla, öldürülmesine veya ölüme terkedilmesine ahlâkî yönden izin verilemez. Bu, özellikle kalp ve diğer hayati organların sağlanmasının kesin ahlâkî şartıdır. Burada ahlâk ile hukuk birleşmektedir. Oysa ölmüş bir insanın kalp ve diğer hayati organlarının, tedavi amacıyla bir başka insana aktarılmasında ahlâkî yönden herhangi bir engel yoktur. Böyle bir aktarma altında insanlar arası dayanışmanın bir gereği olarak kabul edilmektedir⁵.

Nitekim bugün bencil olmayan bazı kimselerin bağışlarına dayanarak ölümlerinden sonra gözlerini toplayan ve bunların tedavisi

³ BENHAM: Sorgerà una banca internazionale per gli organi umani?, Arac. pen. 1977, s.4

⁴ BENHAM: agm., s. 4.

⁵ COSTE-FLORET: La greff du cœur devant la morale et devant le droit, Rev. de sc. crim. et de dr. pen. comp., 1969, s. 790

mümkün görülen körlere aşılmasını sağlayan bir göz bankası kurulmuştur. Aynı şey, bazı ülkelerde böbrek için de gerçekleştirilmiş bulunmaktadır⁶. Tıbbın gelişmesi kalp, akciğer ve karaciğer gibi organların aktarılmasını normal sayılabilecek bir başarı ile yaygınlaştırdığında, sermayesi bu organlardan oluşan bir bankanın kurulmaması için hiç bir neden yoktur⁷.

Organ sağlamanın karşılaştığı bir başka ahlâki engel de, insanın bencilliği ve kıskançlığıdır. Bencillik, başkalarına dikkat etmeksizin, insanın kendisini düşünmesidir. Kıskançlık ise, insanın kendisine ait olan maddî veya manevî varlıklar üzerindeki hâkimiyetini kaybetme korkusudur. İnsanın bencilliği ve kıskançlığı, sadece kendi vücudu ile sınırlı olmayıp, yakınlarının vücutları bakımından da kendisini hissettirir. Öte yandan vücudu koruma duygusu, vücudun canlı olmasına da bağlı değildir. Bu duygu, vücudun ceset (kadavra) haline dönmüş halini de kapsar⁸. İnsanın kendi vücudundan herhangi bir parçanın alınmasına kolayca rıza göstermeyeceğini ortaya koymak hiç de zor değildir. Günümüzde bu konuda bazı övgüye değer örnekler ve istisnâ de olsa ruh zenginliklerine rastlanmakta ise de, vücudundaki bir organı veya dokuyu, buna gereksinme duyan bir başka kimseye (hatta bu çok sevilen bir kimse olsa bile) vermeyi kabul edecek olanların sayısının çok sınırlı kalacağında şüphe yoktur.

Bu konuda, her şeyden önce, hemen her insan topluluğunda hakim olan ve insanların kendi veya yakınlarının cesetlerine aşırı bağlılığının kaynağını oluşturan peşin hükümlerin yenilmesini ve aşılmasını sağlayacak yaygın ve yoğun aydınlatma çalışmalarına gerek vardır⁹.

⁶ 2238 nolu "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun", yine aynı kanunda gösterilen şartlarla ölümlerden ve yaşayan kişilerden her türlü organ alınıp saklanabileceğini kabul etmektedir. Bu durumda tıp bilimi ve teknolojinin imkân verdiği ölçüde her türlü organ ve doku için banka kurulması hukuken mümkün olabilecektir.

⁷ Bugün tıp, dokudan başka böbrek, pankreas, kalp, karaciğer ve akciğer gibi organları da aktarabilmektedir. Bu alanda sermayesi insandan alınan organlardan oluşan bir milletlerarası bankanın kurulabilip kurulmayacağı tartışılmaktadır. Zamanımızda insarığın kabul ettiği ve sermayesi yaşayan insandan alınan dokudan oluşan yegâne banka kan bankasıdır. Bunun dışında, sermayesi yaşayan insandan alınan böbrek, kalp, karaciğerden oluşan bir banka düşünülemez ve kabul edilemez. Bu organlar hayvanlardan sağlanmadığı veya bunların sunileri yapılmadığı sürece, böyle bir banka sermayesini yaşayan insanlardan değil, ölümlerden elde edilen maddelerden oluşturmak zorundadır (BENHAM: agm., s. 7).

⁸ BENHAM: agm., s. 4.

⁹ BENHAM: agm., s. 18

2. Tıp tekniğine ilişkin engeller:

Organ aktarma işleminin gerek duyduğu organların sağlanması yönünden ortaya çıkan bir başka grup engel de, tıp tekniğine ilişkin engellerdir.

Bu engellerin başında “doku uyumsuzluğu” adı verilen husus gelir. Nitekim dışardan sağlanan her organ, aşılana vücutla uyumsuzlukta ve vücut kendisine uygun düşmeyen böyle bir organı reddetmektedir. Bu durumda organın histolojik yönden vücutla uyumsuz olduğu söylenir. Yani vücut böyle bir organla işlevini yerine getiremeyeceğinden kendisini rahat hissetmez¹⁰.

Hemen bütün organlar yönünden karşılaşılan bu engelin giderilebilmesi ve kendisine aktarılacak vücut ile uyum sağlayabilecek organın seçilebilmesi, aynı organın çeşitli dokusal yapıya sahip olanlarının el altında bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak bu, daha önce de belirtildiği gibi, yaşayan insandan değil, fakat ölümlerden alınan organlarla mümkün olabilmektedir.

Gerekli seçimi uyapma imkânını sağlayacak şekilde çeşitli organların el altında bulundurulabilmesi, her şeyden önce alınan organın aşılana için geçecek zaman zarfında canlılığını ve işlevini korumaya yarayan vasıtaların bulunmasına bağlıdır. Bu husus, özellikle, görevlerini yerine getirdikleri ortamın canlılığını kaybetmesi veya canlı ortamdaki alınmaları halinde kısa zamanda canlılık ve işlevini kaybeden kalp, akciğer ve böbrek gibi organlar yönünden büyük önem taşımaktadır¹¹. Burada tıp ve ona yardımcı bilimlere bu yük görevler düşmektedir.

3. Hukukî Engeller

Organ aktarma işlemi için gerekli olan organ veya dokuyu sağlamanın karşılaşılabileceği diğer bir grup engel ise hukukî nitelikteki engellerdir.

Bir anlayış, organ aktarmalarının diğer bütün tedaviler gibi bir tedavi olduğunu ve bunların özel takım bir hukukî sorunlar ortaya koymaları gerekmediğini savunmaktadır¹². Ancak bu konudaki tartış-

¹⁰ Bu konuda erkeğin vücudunun, kız kardeşin organı ile daha fazla uyum sağladığı ifade edilmektedir (BENHAM: agm., s. 7).

¹¹ Nitekim Fransa’da, yukarıda sözü edilen organların canlılığını ve dolayısıyla kullanılabilirliğini uzunca bir zaman muhafaza edebilmek için, ölümden sonra dolaşım ve solunumla ilgili olarak muayyen bir süre yapay reanimasyona devam edebileceği kabul edilmiştir.

¹² KORNPROBST: Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française, 1957, s. 838.

malar nazara alındığında söz konusu anlayışın, hiç olmazsa bugün için, pek de geçerli olmadığı kolayca anlaşılır.

Gerçekten de cerrahî müdahalenin meşruluğu, hasta üzerinde gerçekleştirilen operasyonun hastalığı tedavi etmeyi veya en azından hastalığın yoğunluğunu azaltmayı hedef almış olmasına dayanır. Bu nedenle verici bakımından tedavi değil de, onun bir organını kesip almak amacını güden veya bir hastalığın ortaya çıkmasına sebep olan cerrahî müdahalenin meşruluğu şüphe ile karşılanacaktır. Öte yandan insanın kendi sağlığı veya menfaati için bir cerrahi müdahalenin ızdırabına katlanması meşru ise de, başkasının menfaati için böyle bir ızdıraba katlanması aynı şekilde meşru gözükmez¹³.

Nihayet insanın kendi vücudu üzerindeki tasarruf yetkisi de sınırsız ve mutlak değildir. Bu yetki kanunlarla sınırlandırılmıştır¹⁴. Nitekim kanunlar insana kendi vücuduna ağır şekilde zarar verme hakkını tanımadıkları gibi, intihar hakkını da tanımamaktadırlar. Zira Ceza Kanunu adam öldürme ve müessir fiil suçlarını öngören normları ile insanın kendi hayatı ve fizikî bütünlüğü üzerindeki hakkını değil, aynı zamanda toplumsal bir değer olarak doğrudan doğruya hayatı ve fizikî bütünlüğü korumaktadır. İnsan hayatının ve fizikî bütünlüğünün toplumsal değeri aileye, topluma ve devlete karşı ferde yüklenen ödevlerde ortaya çıkmaktadır¹⁵. Bunun sonucu olarak Ceza Kanunu hayat varlığının ortadan kaldırılması veya fizikî bütünlüğünün ağır şekilde zarara uğratılması konusunda mağdurun rızasına hiç bir etki tanımamaktadır. Her ne kadar ceza hukuku intihara kalkışmayı genel olarak cezalandırmamakta ise de, bu cezalandırmama intihara kalkışmanın meşruluğuna değil, fakat hayatını kaybetmekten korkmayan kimseyi hiç bir cezanın pratik yünden intihardan alkoyamayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle intihara kalkışan veya bazı istisnâî durumlar hariç¹⁶ kendi fizikî bütünlüğüne zarar veren kimseyi cezalandırmak mümkün değil ise de, aynı şeyi suç ortağı, yani organ alınması halinde cerrah hekim için söylemeğe, hiç olmazsa ceza hukukunun temel prensipleri katı bir şekilde uygulandığında, olanak yoktur.

Ancak insanın vücut bütünlüğünün mutlak olarak dokunulmazlığı ilkesi, tedavi edici cerrahi tekniğinin bugünkü gelişimi ile birlik-

¹³ BENHAM: agm., s. 5

¹⁴ Hayat, fizikî bütünlük ve sıhhat insanın en önemli hukukî varlıklarıdır. Medeni Kanun bu hukukî varlıkları korumak amacıyla iki türlü hüküm koymaktadır. Nitekim Medeni Kanun 23. maddesi şahsı adeta kendisine karşı 24. maddesi de üçüncü kişilere karşı korumaktadır (bu konuda bk. AYTER, N.: Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AHFD 1968, n. 1-2, s. 138 vd).

¹⁵ ANTOLISEI: Manuale di diritto penale, par. spec., vol. I., Milano, 1960, s. 36

¹⁶ Örneğin bir kimsenin kendisini askerliğe yaramaz hale getirmesi (As. CK. m. 79) ve sigorta bedelini alabilmek için kendisini sakatlaması (TCK. m. 503).

te "beşeri yedek parça"lara duyulan ve devamlı olarak artan gereksinme karşısında, tek başına nazara alınan birşeyin şahsî bütünlüğünü korumayı güçlendirme yerine işbirliğülkesinin benimsenmesi sonucu, katılığını giderek kaybetmek zorunda kalacaktır. Böylece iki bireyin fizikî bütünlüğü birlikte nazara alınacak ve başkasına aktarılmak üzere bir kimseden organ alınması, ancak bu alma ve aktarma işleminden sağlanacak toplumsal yararın söz konusu işlemlerden önceki toplumsal yarardan daha fazla olması halinde meşru kabul edilecektir¹⁷. Böyle bir değerlendirme, şüphesiz, bütün organlar yönünden değil, sadece organ veren kimsenin hayatına ve işlevine ağır şekilde zarar vermeksizin alınabilen organlar yönünden mümkündür. Bu nedenle, başkasına aktarmak amacıyla bir kimsenin örneğin kalbinin alınması kabul edilemez. Böyle bir fiil, kasıtlı adam öldürme suçunu oluşturur.

Bugün yaşayan insandan, doğal bir süreçle yeniden oluşabilen ve böylece işlevini yeniden yerine getirebilen organ veya dokuların alınabileceği konusunda tereddüt yoktur. Milletlerarası uygulamalar da, deri veya zar parçalarının alınabileceğini kabul ederken, organ yönünden bunu ancak "çift organlar" için mümkün görmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hemen bütün dünya uygulamalarında yaşayan insandan organ alınabilmesi için, verici ile alıcı arasında mutlak bir ilişki bulunması aranmaktadır. Yani organını veren kimse karşısında muayyen bir alıcının bulunması gerekmektedir. Bir kimsenin sağlığında, sadece satışa veya toplumun emrine sunmak amacıyla bir organının kesilip alınması şüphe ile karşılanmalıdır¹⁸.

D. ORGAN AKTARMA İŞLEMİNİN SINIRLARI

1. Genel Olarak

Bugün organ aktarma işlemlerinin büyük bir kısmı henüz tecrübe safhasındadır. Bu husus, bizzat aktarma işlemlerini gerçekleştiren hekimler tarafından da kabul edilmektedir. Ancak bu durum, hekimlerin a priori kınanmalarını gerektirmez. Bütün bilimler gibi tıp bilimi de ardarda gelen girişimler, başarısızlıklar ve başarılar ile gelişmektedir. Şüphesiz bu girişimler ve başarısızlıklar, tıbbin insan üzerinde çalıştığı durumlarda daha büyük bir vahamet gösterir. Ancak, daha önce belirtilen temel ahlâkî, hukukî ve teknik prensiplere saygı gösterilmesi şartıyla, sonuç itibarıyla insanın yararına olan tıbbî gelişmelerin sağlanabilmesi için, bilim adamını göz kamaştırıcı başarılarla ulaştıracak girişimlerin ve başarısızlıkların kapısını açık tutmak gerek-

¹⁷ BENHAM: agm., s. 6.

¹⁸ BENHAM: agm., s. 6.

mektedir. Girişim ve deneme hakkı tıp için temel bir özgürlüktür¹⁹. Bununla beraber hukuk, bu özgürlüğe bazı sınırlamalar getirmek zorundadır. Zira bu özgürlük de, diğer özgürlükler gibi, şartsız, sınırsız bir özgürlük değildir.

Nitekim çeşitli ülkelerde gerek yaşayan insandan, gerek cesetten organ ve doku alınmasını ve bunların tedavi amacıyla başka bir insana aşılmasını düzenleyen kanunlar mevcuttur²⁰. Ancak organ aktarma işlemleri, bu konuyu düzenleyen kanunların bulunduğu ülkelerde olduğu gibi, henüz böyle bir düzenleme bulunmayan ülkelerde de oldukça yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Söz konusu işlemlerin giderek yaygınlaşmakta oluşu, bu alanda yasal düzenlemelere gidilmesini kaçınılmaz hale getirmiştir. Zira organ aktarma işlemlerinin, son zamanlarda tıp biliminin bu konuda ortaya koymayı başardığı gelişmelere olduğu kadar günümüzdeki insan anlayışına da uygun bir şekilde teşviki ve aynı zamanda suistimalleri önleyecek biçimde sınırlandırılması ancak bu yolla sağlanabilecektir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bu düşüncelerden hareketle, 11 Mayıs 1978 tarih ve 29 nolu kararı ile organ aktarma konusunda üye devletlerin yasalarında yer alan hükümlerin ahenkli hale getirilmesini sağlayacak esasları tespit etmiş bulunmaktadır. Ülkemizde de, genel olarak bu kararda yer alan esaslardan esinlenerek hazırlanmış olan 2238 nolu "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun" 3 Haziran 1979 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır²¹.

Burada gerek milletlerarası uygulamaların, gerek O.A. Kanununun organ aktarma işlemlerine getirdiği çeşitli sınırlamaları belirtmekte, özellikle bu tür işlemlere kalkışan hekimlerin sorumluluğunu tayin bakımından, yarar vardır. Bu sınırlamalar çeşitli yönlerden ele alınacaktır.

2. Amaç Yönünden

Genel olarak kabul edildiği üzere, organ ve doku alma ve aşılama işleminin esas itibarıyla tedavi amacına yönelik olması gerekir. Bu nedenle tedavi dışındaki amaçlarla, örneğin bilimsel araştırma veya de-

¹⁹ COSTE-FLORET: agm., s. 792

²⁰ Yaşayan insandan organ alınması konusunda yasal hüküm koyan ilk devlet Güney Afrika devletidir. Ancak bu, çift organlarla ve özellikle böbreklerle sınırlı olarak kabul ediliyordu (BENHAM: agm., s. 8). Daha sonra diğer devletler de (örneğin Çekoslovakya, Danimarka, İsveç, İtalya, Norveç ve Türkiye) bu konuyu düzenleyen kanunlar koyma yoluna gitmişlerdir.

²¹ Bundan sonraki açıklamalarımızda bu kanun (O.A. Kanunu) olarak ifade edilecektir.

ney amacıyla yaşayan insandan organ ve doku alınması veya yine yaşayan insana organ veya doku aşılınması kabul edilmemektedir²². Burada hastanın menfaati ön plânda tutulmalıdır.

Aksine bir uygulamanın, tıp biliminin gelişmesine büyük katkıda bulunacağı ve sonuçta yine insan sağlığına hizmet edeceği gerekçesiyle meşru gösterilmesi çabaları şüphe ile karşılanmalıdır. Zira insanın hizmetinde olması gereken tıp biliminin bilimsel amaçlarla insanı araç olarak kullanması, insanın bilimsel tutkuya kurban edilmesi anlamına gelir. Böyle bir tutumun çağımızın insan anlayışıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

Bilimsel amaçlarla yaşayan insanlar arasında organ ve doku aktarma işlemlerini kabul etmenin, uygulamada da büyük sakıncalar doğurabileceği ve suistimallere yol açabileceği kuşkusuzdur²³.

Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yukarıda sözü edilen kararı da, zamanla kendiliğinden yeniden oluşamayan organ ve dokuların yaşayan insandan alınmasını, esas itibariyle genetik bakımdan akraba olan kimseler arasında gerçekleştirilecek aktarmalarla sınırlamak ve sadece başarı şansı çok fazla olan aktarmalar yönünden bu şartı aramamak suretiyle (m. 4), yaşayan insandan organ ve doku alınmasını ve bunların yine yaşayan insana aşılınmasını tedavi ve teşhis amacıyla sınırlandırmış gözükmektedir.

Oysa O.A. Kanunu, bu konuda Bakanlar Komitesi kararından ayrılmakta ve sadece tedavi ve teşhis amacıyla değil, bilimsel amaçla da yaşayan insandan organ ve doku alınabileceğini²⁴ ve bunların yine yaşayan insana aşılınabileceğini kabul etmektedir (m. 1).

Ayrıca kanun tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla olmak şartıyla, gerek yaşayan insanlardan, gerek ölülerden alınan organ ve dokuların saklanabileceğini de kabul etmektedir (m. 1). Böylece sermayesi sadece

²² Bu konuda bk. HINDERLING: Organ aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları (çev. YURTCAN), MHAD. 1969, s. 425; COSTE-FLORET : agm., s. 794, 805; SENGİR: Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler, A.D., 1968, s. 649.

²³ Bununla beraber kan, deri ve saç gibi zamanla kendiliğinden eski haline gelebilecek dokular yönünden daha yumuşak bir tavır takınmak mümkündür (bk. SENGİR : agm., s. 649). Nitekim O.A. Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası da "Oto-greffer, saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir" kükmününü koymaktadır.

²⁴ Her ne kadar kanun 7. maddesinin (e) bendinde hekimlerin "... insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek" zorunda olduğunu hükme bağlamakta ise de, bilimsel amacın "insancıl amaç" olmadığı söylenemez.

ölülerden değil, aynı zamanda yaşayan insanlardan alınan organ ve dokulardan oluşan bir organ bankasının kurulması yolunda ilk adım atılmış olmaktadır. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, bunun da şüphe ile karşılanması gerekir. Zira milletlerarası uygulamada yaşayan insandan organ ve doku alınması konusunda ortak olarak kabul edilen prensibe göre, böyle bir işlem ancak muayyen bir hastayı tedavi amacıyla gerçekleştirilebilir. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kararında da yaşayan insandan alınan organların saklanması söz edilmemektedir.

Şu halde bilimsel amaçla veya saklamak amacıyla organ veya doku alma işleminin sadece ölümler üzerinde gerçekleştirilebileceği yolunda bir sınırlama getirmeyen ve yine bilimsel amaçla yaşayan insandan organ ve doku aşılmasını kabul eder gözüken O. A. Kanununun, çağımız insan anlayışına uygun olmadığını ve uygulamada çeşitli kötüye kullanmalara yol açabileceğini söylemek herhalde yanlış olmayacaktır.

3. Kapsam Yönünden

Yaşayan insandan, tedavi amacıyla olsa bile, kalp ve akciğer gibi hayatî organların alınmayacağında şüphe yoktur. Buna karşılık, hayatî nitelikte olmayan organların, özellikle böbrek ve göz gibi "çift-organlar"ın tedavi amacıyla alınabileceği genellikle kabul edilmektedir²⁵. Yeter ki vericinin rızası sağlanmış olsun.

Yaşayan insanlar arasında organ aktarma işlemini kabul eden yasamalar da, genellikle bunu vücuttaki "çift organlar"la ve özellikle böbrekle sınırlamaktadırlar.

Ölümlerden hangi organ veya dokuların alınabileceği veya aktarılabileceği konusunda ise, uluslararası uygulamada ortak bir kurallın bulunduğu söylenemez. Nitekim bazı ülkelerin yasamaları ölümlerden alınabilecek organ ve dokuları bir bir gösterirken²⁶ diğer ülkelerin yasalarında bu konuda herhangi bir sınırlamaya rastlanmamaktadır.

Öte yandan genital organ ve dokuların, bu arada hüseye ve yumurtalıkların alınması ve aşılması konusunda da bazı tereddütler mev-

²⁵ COSTE-FLORET: agm., s. 976.

²⁶ Nitekim İtalya'da Devlet Başkanının 5 Şubat 1970 tarih ve 78 nolu kararname, ölümlerden alınması mümkün olan organ ve dokuları şu şekilde tesbit etmektedir: Gözler, parçaları ve eklemleri, böbrekler ve parçaları, kemikler ve eklemler, kaslar ve kas telleri, kan damarları, kan, beyin, deri, kemik iliği, kas zarları, beyin zarı, kalp ve parçaları, akciğer ve parçaları, guddeler (cinsel guddeler hariç), mesane, idrar kanalları ve sindirim kanalının parçaları.

Tedavi amacıyla cesetten parçalar almaya ilişkin 2 Şubat 1975 tarih ve 644 nolu Kanun, hipofiz yetersizliklerini tedavide kullanmak amacıyla hipofiz ve diğer hormonları da alınabileceğini kabul etmiştir.

cuttur. Tedavi amacına yönelik olmadığı, ayrıca genel ahlâk ve adaba aykırılık teşkil edeceği düşüncesiyle, bu gibi organ ve dokuların aktarılmasına karşı çıkmaktadır²⁷. Nitekim bu alandaki farklı düşünce ve yasal düzenlemeleri nazara alan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de, üye devletleri bağlamamak amacıyla, embriyon transferi, hücre ve yumurtahıkların alınması, aktarılması ve yumurtaların ve spermelerin kullanılması işlemlerini düzenlemekten kaçınmıştır²⁸.

Ülkemizdeki duruma gelince: O.A. Kanunu, 2. maddesinde "Bu konuda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır" denildikten sonra, 8 maddesinde de ancak "Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması"nı yasaklamaktadır.

Görülüyor ki söz konusu kanun, vericinin yaşamını (yani hayatını) mutlak surette sona erdirmeyecek veya tehlikeye sokmayacak bütün organ ve dokuların yaşayan insandan alınabileceğini kabul etmektedir; yeter ki alma işlemi tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlara yönelik olsun.

Yaşayan insandan alınamayacak organ ve dokuları, sadece hayati organ ve dokularla sınırlamak, buna karşılık vericinin kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak veya zorlaştıracak organ ve dokuların alınabileceğini kabul etmek, hatta bu tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla olsa bile, toplumsal yararlarla bağdaştırılamaz. Nitekim, daha önce de belirtildiği üzere, hukuk insanın sadece hayatını değil, fizikî bütünlüğünü de toplumsal bir değer olarak korumaktadır.

Kanun, ölüden alınabilecek organ ve doku türleri yönünden herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu konuda, tatmin edici bir sebep göstermeksizin, alınabilecek organ ve dokuları gerek tür, gerek adet yönünden herhangi bir sınırlamaya gitmektense, ölüye gerekli saygıyı göstermek koşulu ile, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için gerekli görülen her türlü organ ve dokunun alınabilmesinin kabulü isabetli olmuştur²⁹.

²⁷ DÖNMEZER-ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. II, İstanbul 1978, s. 66; GUZZO: Consenso e stato di necessità nell'atto medico, Riv. pen. 1967, s. 677

²⁸ Bk. 29 nolu kararın 1 / 2. maddesi

²⁹ Bk. GUZZO: Trapianti biologici nell'uomo, Riv. pen. 1967, s. 402.

İtalya'da 3 Nisan 1957 tarih ve 235 nolu kanun her bir ceset üzerinde ancak bir alma işleminin gerçekleştirilebileceğini hükme bağlamaktaydı. Oysa 2 Aralık 1975 tarih ve 644 nolu Kanun böyle bir sınırlama getirmemektedir. Bununla beraber her iki kanun da, organ alma işleminin ceset üzerinde zaruri olmayan kesme ve parçalamaları önleyecek bir biçimde yapılması ve organ alındıktan sonra cesedin tam bir özenle yeniden birleştirilmesini hükme bağlamaktadır.

Hukukumuzda bu konuda herhangi bir hüküm yoktur. Oysa O.A. Kanununda organ alma işlemlerinde ölüye gerekli saygının gösterilmesini sağlamak amacıyla, 1975 tarihli İtalyan Kanundakine benzer bir hükmün yer alması herhalde daha isabetli olurdu.

4. Rıza Yönünden

Hekimin tıbbî müdahalede bulunma yetkisini kullanabilmesinin önemli bir şartı olarak ortaya çıkan ilgilinin rızası, organ aktarma işlemlerinde daha da büyük bir önem kazanmaktadır.

Yaşayan insandan organ ve doku alınabilmesi ve bunun yine yaşayan bir insana aşılanabilmesi için gerek vericinin, gerek alıcının rızası şarttır. Her ne kadar alıcı yönünden zaruret hali söz konusu olduğunda rıza aranmayabilirse de, verici yönünden böyle düşünmeye ve zaruret haline dayanmaya imkân yoktur³⁰. Zira burada verici ile alıcının menfaatleri çatışma halinde değildir. Bu nedenle rızasını sağlamadan bir insandan organ veya doku alan hekimin, bu ölmek üzere olan diğer bir insanın kurtarılması için yapılmış olsa bile, sorumluluktan kurtulamayacağı genellikle kabul edilmektedir.

Ayrıca vericinin ve alıcının rızası geçerli bir rıza olmalıdır. Burada, genel olarak hukukî sonuçlar doğurabilecek bir rıza beyanında bulunabilmek için beyanda bulunanın sahip olması gereken şartlardan ayrı olarak, organ ve doku aktarma işlemlerinin gerektirdiği diğer bazı özel şartlar da aranmaktadır.

Bir kere, organ alma işleminin vericinin sağlığına zarar vermemesi gerekir. Burada herşeyden önce vericinin sağlığı ve uğrayabileceği tehlikeler nazara alınmalıdır³¹.

Öte yandan yaşayan insanlar arasındaki organ ve doku alma ve aşılama işlemlerine ilişkin rızanın geçerli sayılabilmesi için, bu işlemler daha önce de belirtildiği üzere, tedavi ve teşhis amacıyla yönelik olmalıdır. Bu nedenle, ilgilinin rızasına dayansa bile, bilimsel veya ticarî amaçlarla yaşayan insanlar üzerinde bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesi genellikle kabul edilmemektedir³².

Ayrıca organ ve doku alma ve aşılama işlemlerinin muhtemel sonuçlarından vericinin ve alıcının önceden haberdar edilmesi de gerekir. Yani verici, bu konuda rıza beyanında bulunmadan önce, or-

³⁰ Aksi görüş için bk. GUZZO: Consenso, s. 679; MONZEIN : La responsabilité pénale du médecin, Rev. de sc. crim. et de dr. pen. comp., 1971, s. 877, 878; BİLGİN: Hayat için Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukukî Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968, s. 35 vd.

³¹ Bundan maksat, organ alma işleminin vericinin sağlığı yönünden hiç bir tehlike doğurması değildir. Zira böyle bir tehlikeyi tamamen ortadan kaldırmak olanaksızdır. Önemli olan tehlikeyi en aza indirmek için gerekli tedbirlerin alınmış olmasıdır. Örneğin böbrek alınmasında vericide kalan böbreğin normal fonksiyonunu yerine getirebilecek durumda olduğunun tesbiti gerekir (PENNEAU: La responsabilité médicale, 1977, s. 156).

³² HINDERLING: agm., s. 425

gan veya doku alma işleminin kendi vücudunda sebep olabileceği olumsuz sonuçlar hakkında, alıcı da aşılama işleminin ne ölçüde gerekli olduğu ve bunun olumsuz yönleri hakkında kendilerinin anlayabileceği bir biçimde aydınlatılmalıdır³³.

Nihayet rıza, alınması veya aşılması yasaklanan organ veya dokulara ilişkin olmamalıdır.

Bazı yasamalar, bu konudaki rızanın geçerliliğini kontrol etmek ve alma ve aşılama işlemlerine izin vermek konusunda adli mercilere bir kısım yetkiler tanımaktadır³⁴.

O.A. Kanunu, vericinin rızası yönünden bazı özel şartlar getirirken, alıcının rızası sorununu genel kurallara tabi tutmuş gözükmektedir. Söz konusu kanuna göre, verici 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olmalıdır (m. 5, 6 ve 7 / c). Vericinin “en az iki tanık huzurunda açık bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması” gerekmektedir (m. 6). Kanun ayrıca organ ve doku alacak hekime, “vericiyi uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek”, “organ ve doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak” görevini yüklemektedir (m. 7 / a, b). Aynı şekilde 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 (m. 7 / d.).

Alıcının rızası ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcfasına Dair Kanununun 70. maddesine göre sağlanacaktır³⁵.

³³ Ancak aktarma işleminin sonuçlarından alıcıyı haberdar ederken vericiyi haberdar ederkenkinden daha dikkatli olunması gerekmektedir. Zira bazan hastanın durumunun ve aşılama işleminin muhtemel sonuçlarının tam bir açıklıkla ve bütün yönlerini ortaya koyacak biçimde hastaya anlatılması, onun psikolojisini çok olumsuz yönde etkileyebilir. Böylece hasta aslında gerekli olan aşılama işlemine rıza göstermeyebileceği gibi, böyle bir işlem için hastada bulunması gereken yaşama azmini ve direnme gücünü de kaybedebilir. Bu itibarla hekim aydınlatma görevini, her olayda somut şartları nazara alarak, hastanın paniğe kapılmasını ve böylece durumunun daha da gürleşmesini önleyecek bir biçimde yerine getirmelidir (Bk. GUZZO: Consenso s. 673; BAYRAKTAR: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 190, 193).

³⁴ Örneğin 1967 tarih ve 235 nolu İtalyan Kanunu (m. 3).

³⁵ Bu maddeye göre “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyeyi cerrahiler için bu muvafakatın tahriri olması lâzımdır (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı takdirde muvafakat şart değildir). Hıllâfına hareket edenlerden alakadarn şikâyetine bağlı olmak şartile on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezayı nakti alınır”.

Ölüden organ ve doku alma konusuna gelince: Ceset üzerinde tasarrufta bulunma, yani cesetten organ ve doku alınmasına rıza gösterme yetkisinin varlığı genellikle kabul edilmekle³⁶ beraber, bu yetkinin kime ait olduğu konusunda ortak bir çözüme varıldığı söylenemez. Nitekim bazı kanunlar (örneğin 1966 tarihli Çekoslovak Kanunu) bu konuda sadece ölenin sağlığında yazılı olarak belirtmiş bulunduğu irade beyanını nazara alırken, diğer bazı kanunlar (örneğin Mısır Kanunu) ölüden organ veya doku alınabilmesi için ölenin bütün yakınlarının tasvibini aramaktadır³⁷. Buna karşılık konu ile ilgili kanunların büyük çoğunluğu daha ortalama bir yol izlemektedirler.

Ancak, gerek doktrin, gerek hemen bütün kanunlar bir prensip üzerinde anlaşmış gözükmektedir. Buna göre, ölümden sonra organlarının alınmasına karşı olduğunu ölümden önce açıkça belirtmiş veya inançları itibarıyla buna karşı olduğu anlaşılan kimsenin organları alınmaz.

Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 29 nolu kararında da, ölenin açık bir muhalefeti bulunduğu veya dini veya felsefi inançları nazara alınarak muhalif olduğu kanatine varıldığında organ alma yoluna gidilemeyeceği hükme bağlanmıştır (m. 10 / 1).

İnsan vakarına olduğu kadar, hukukun genel prensiplerine de uygun olan bu prensibi, açık bir hüküm bulunmasa da hukuken geçerli saymak gerekir³⁸.

O. A. Kanunu da, bu konuda ölenin sağlığında açıkladığı iradesine öncelik tanımaktadır. Nitekim bu kanuna göre, sağlığında ölümden sonra organ veya dokularının alınmasına karşı olduğunu belirtmiş olan kimsenin cesedinden organ veya doku alınmaz (m. 14 / 3). Buna karşılık, sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmiş veya bu konudaki isteğini iki tanık önünde açıklamış olan kimsenin cesedinden, yakınlarının rızası aranmaksızın, organ ve doku alınabilir (m. 14 / 1). Ölenin bu konuda sağlığında ortaya koyduğu bir beyanı yoksa, cesetten organ veya doku alma işlemi, ancak sırasıyla ölenin ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının mufavakatıyla mümkündür (m. 14 / 1).

³⁶ Bu konuda bk. AYİTER, agm., s. 143; SAYMEN-ELBİR: Türk Eşya Hukuku İstanbul, 1963 s. 387; DÖNMEZER: Organ Nakli. Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı, İHFM, 1975, s. 375 vd.; ÖZARPAT: Transplantasyon-Organ Nakli Hukuku, ABD., 1968, s. 259; BİLGİN: age., s. 32 vd.; BENHAM: agm., s. 13; COSTE-FLORET: agm., s. 801, 803 vd.

³⁷ BENHAM: agm., s. 13.

³⁸ BENHAM: agm., s. 14

Ölenin sağlığında yapmış olduğu bir vasiyeti veya beyanı yoksa ve 14. maddede sayılan yakınlarından hiç biri de ölüm anında ölenin yanında bulunmuyorsa rızanın kimden ve nasıl sağlanacağı konusunda kanunda herhangi bir açıklık mevcut değildir. Bu durumda söz konusu yakınlarının yine kanunda gösterilen sıra ile araştırılması ve bunlardan birinin rızasının sağlanması gerektiği kanısındayız. Ancak, ölenin yakınlarının bulunmaması veya hiç bir yakınının olmaması halinde organ ve doku alma yoluna gidilemeyecektir. Bu durum amaca uygun düşmemekte ise de, 14. maddenin son fıkrası nazara alındığında başka türlü düşünmeye imkân görülememektedir. Nitekim sözü edilen fıkra, vasiyet veya rıza aranmaksızın organ veya doku alınabilmesini, ancak kişinin yaşamının kaza ve doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle sona ermiş olması halinde ve belli şartlarla kabul etmektedir³⁹.

Kanunun 14/2. maddesine göre, ölenin aksine bir vasiyeti veya beyanı yoksa, korknea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular, ölenin yakınlarının rızasını sağlamaya gerek kalmaksızın alınabilecektir. Hatta bu kimseler ölüm anında ölenin yanında bulunsalar ve rıza göstermediklerini bildirseler bile, hekim bu tür alma işlemlerini gerçekleştirebilecektir. Ancak kanunun ceset üzerinde değişiklik yapmaksızın alınabilecek dokuların hangi dokular olduğunu belirtmemesi ve buna sadece korneayı örnek göstermekle yetinmesi, konu ile ilgili olarak uygulamada çeşitli ihtilafların ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır.

5. Ölümün Tesbiti Yönünden

Aktarma işlemleri için gerekli olan organ ve dokular çok defa ölümlerden sağlanmaktadır. Bununla beraber aktarma işleminin başarıya ulaşabilmesi için kendisinden organ veya doku alınan süjenin ölmüş olmasına rağmen, alınan organ veya dokunun canlılığını muhafaza etmesi gerekmektedir. Yani organ alma işleminin ölümün hemen akabinde, hatta çok defa geri dönülemeyecek şekilde öldüğü kabul edilmekle beraber suni şekilde yaşatılan bir süje üzerinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu vardır. Bu ise her şeyden önce ölümün ne olduğu ve bunun nasıl tesbit edileceği sorunlarını ortaya çıkarmaktadır⁴⁰.

³⁹ 14. maddenin son fıkrasına göre, "Kaza ve doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin, yanında yukarıda sayılan kimseleri, yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm hali 11 inci maddede belirlenen uzmanlar kurulunun raporu ile belgelenmek kaydıyla, yaşam organ ve doku nakline bağlı olan ve naklinde ivadilik ve tıbbi zorunluluk bulunan hallerde, vasiyet ve rıza aranmaksızın, organ veya doku nakli yapılabilir".

⁴⁰ PENNEAU: age., s. 152, 153

Özellikle vücütta tek olan ve kişinin yaşamı bunların varlığına bağlı bulunan organların alınmasının, ancak insanın ölmüş olması halinde gerçekleştirilebileceği nazara alındığında, ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı ve bunun nasıl ve kim tarafından tesbit edileceği sorunlarının, bu tür organları alan hekimlerin sorumluluğu yönünden ne derece önem taşıdığı kolayca anlaşılır. Ancak bu derece önemli olmasına rağmen bu sorunların gerek doktrinde, gerek çeşitli yasamalarda ortak bir çözüme kavuşturuldukları söylenemez.

Teoloji, ölümü, ruh ile beden biribirinden ayrılması olarak öğretir. Dindar kimseler yönünden en iyi tarif olarak gözüken bu tarif, tamamen soyut olması ve ölüm anını somut biçimde tesbit edememesi nedeniyle hukukçu yönünden son derece yetersiz kalmaktadır⁴¹. Teolojinin yetersizliği karşısında hukukçu bu konuda yetkili bilim dalı olarak gözüken tıba yönelmektedir. Gerçekten de bir yüzyıldan fazla bir zamandan bu yana, tıp bilginleri konu ile ilgili olarak çok titiz çalışmalar yapmaktadırlar. Ancak her bilimsel gelişme, soruna ilişkin verileri değiştirmekte ve sorun halen çözümlenememiş gözükmektedir. Ölüm daima korkunç bir bilinmez olarak kalmaya devam etmektedir ve mukayeseli hukuk, ölümün kanunî tarifinin ülkelere göre değiştiğini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde ölümün tesbitine ilişkin yöntem ve teknikler de değişiklik göstermektedir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, kalbin atmaya devam etmesi hayatın devam edip etmediğinin kesin ölçüsü sayılamaz; oysa beyin ölmesi ölümün gerçekleştiğinin kesin işaretidir⁴². Ölümün, kan dolaşımının durması ile değil de, beyin fonksiyonunun geriye dönülemez şekilde son bulmasıyla gerçekleştiğinin kabulü, özellikle kalp, akciğer ve böbrek aktarmaları yönünden büyük pratik önem taşımaktadır. Zira bu organların başarılı bir şekilde aktarılabilmesi için, bunların canlılıklarını ve işlevlerini kaybetmeden derhal ölünün vücudundan alınmaları ve ihtiyaç sahibi vücuda aşılanmaları gerekmektedir. Oysa örneğin kemik, kırıldak ve kornea gibi organ veya dokular yönünden böyle bir aceleye gerek yoktur.

Ancak, halen tedavi amacıyla cesetten organ alınmasına yönelik olarak ileri sürülen "ölümün erken teşhisi" yöntemlerinin, ölümün kesin şekilde tesbiti ihtiyacına cevap verip vermedikleri tartışma konusudur. Nitekim "beyinsel ölüm"ü doğrudan tesbite yönelik olan bu yöntemlerin⁴³, tesadüfi bir nitelik taşıdıkları ileri sürülmektedir. Böyle dü-

⁴¹ COSTE-FLORET: agm., s. 796.

⁴² "Beyinsel ölüm"ün tanımı için bk. BAYRAKTAR : age. s. 184-185. BİLGİN: age. s. 19.

⁴³ Bu metodlar için bk. SESSO: Metodi aleatori di accertamento della morte e norma giuridica La giust. pen. Parte prima 1974 s. 80 vd.; BİLGİN: age. s. 23 vd.

şüenlere göre, söz konusu teşhis yöntemlerinin her biri ihtimale dayanmakta ve dolayısıyla kesinlik ifade etmemektedirler. Bu yöntemlerin geçerliliğini savunanlar, belirli bir süre beyinsel ölüm durumunda bulunan hiç bir hastanın yaşamamış olduğunu, gerekçe olarak ileri sürmektedirler. Ancak böyle bir iddia, hastanın mutlaka öldüğünü değil, fakat mutlaka öleceğini ortaya koymaktadır⁴⁴. Esasen "beyinsel ölüm" halinde bulunan hastalar gerçekte ölmemiştir; ancak bunlar mutlak şekilde ölüme doğru gitmektedirler ve bunlar üzerinde uygulanacak herhangi bir tedavi en ufak bir etki göstermez. Nihayet "beyinsel ölüm"ün doğrudan tesbiti yönünden, söz konusu teşhis yöntemlerinden hangisinin veya hangilerinin gerekli olduğu konusunda, ölümün bu şekilde tesbitini savunanlar arasında bile görüş ayrılıkları mevcuttur⁴⁵.

"Beyinsel ölüm"ün doğrudan tesbiti yöntemleri, esas itibariyle bunların ortaya çıkmasına sebep olan amaçtan (organ aktarma işlemi için mümkün olduğu kadar canlı organlar sağlamak amacı) etkilenmektedirler. Oysa söz konusu amaç, buna ulaşmak için uygulanan yöntemlerin ölümü tesbit etmekten çok, ölüm anını öne almak eğilimine hizmet ettiklerinde, ölümün mutlak anlamda kesinliğini tesbit amacıyla çatışabilir. Aynı şekilde bu metodların sadece yukarıda belirtilen amaçla kullanılmalrı, ölümün bir bütün olduğu anlayışını da red anlamına gelir. Ancak hukuk, ölümün mutlak anlamda kesinliğini değil, daha çok hastanın öleceğinin kesinliğini ortaya koyan ve ölümün gerçekten vuku bulmamış olabileceği konusundaki en küçük şüpheyi dahi tamamen bertaraf edemeyen yöntemleri meşru saymaz⁴⁶.

Ölümün unsurlarını ve ölümü teşhis metodlarını tesbit etme görevinin tıp bilimine ve dolayısıyla hekimlere ait olduğunda şüphe yoktur. Ancak ölüm olayının sadece tıbbî düzenlemesiyle yetinilemez; onun aynı zamanda hukukî bir düzenlemeye de tabi tutulması zorunludur. Kişiliğın korunması yönünden hukuk, organ aktarmaları ile ilgili olarak ölüm ve yaşam arasındaki sınırın tesbitine yabancı kalmaz⁴⁷. Burada kanun koyucuya düşen görev, hekimlerin tesbit ve önerilerine dayanarak ölüme ilişkin hukuk kurallarını koymaktan ibarettir. Yani kanun koyucu, bir yandan tıp biliminin ortaya koyduğu göstergelerden ve gelişmelerden yararlanırken, öte yandan da yine tıp biliminin ölümü tesbit yöntemlerine bazı direktifler ve sınırlamalar getirmek

⁴⁴ Fransız Yargıtayına göre ölümün kesin ve yaktın olması halinde bile hasta sadece tehlikede sayılmalıdır ve hekim ölümün gerçekleşmesine kadar mümkün olan her türlü yardım yapmak zorundadır (bk. COSTE-FLORET: agm., s. 797).

⁴⁵ Bu konuda bk. SESSO: agm., s. 81; COSTE-FLORET: agm., s. 798, 799;

⁴⁶ SESSO: agm., s. 82

⁴⁷ HINDERLING: agm., s. 419

ve böylece bu metodlara notrmatif bir yön vermek zorundadır. Zira ölüm, ölüm anı ve ölümün tesbiti sadece fizyolojik bir olay değil, fakat aynı zamanda hukukî uygulamalar yönünden çeşitli hukukî sonuçları olan hukukî bir olaydır. Hukukî bir olay olarak ölüm, hukuk süjesinin organik ve tekçi ifadesi olarak anlaşılan, şahıs kavramının doğal bir niteliğini teşkil ettiğinden, tekçi olmak zorundadır. Öyle ise şahıs kavramı gibi hukukî anlamda ölüm de, parça parça değil, fakat bölünmez bir tekliğin ifadesi olarak kavranabilir ve oluşur⁴⁸. Hukukta “ölü” ve “sağ” diye iki kategori söz konusudur. Bu iki kategorinin dışında üçüncü bir kategoriye, yani “yarı ölü” veya “yarı kadavra” yahut “yaşayan kadavra” kategorisine hukukta yer yoktur⁴⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere modern tıp bilimi, önceleri basit gibi gözüken ölüm sorununun gerçekte çok çetin ve karmaşık bir sorun olduğunu ortaya koymuştur. Halen mevcut reanimasyon, kalp masajı ve dondurma imkânlarıyla ölüm anının hergün biraz daha uzaklaştırıldığı ve bunun sonucu olarak da kalp, akciğer ve karaciğer gibi hayati organların meşru şekilde alınabilmeleri anının geciktirildiği izlenimi uyanmaktadır⁵⁰. Bu konuda Lénegre şöyle demektedir: “Ölüm ancak adım adım oluşmaktadır. Bir kısım dokular en önce ölür; diğerleri en son ölür. Öyle ki, ölüm bir an değil, fakat bir periyoddur”⁵¹. Şu halde ölüm kavramı, tıpdaki gelişmelere paralel olarak gelişmekte olan bir hukuk çerçevesi içinde tarif edilmelidir⁵².

Ölümün tesbiti ile ilgili olarak çeşitli yasamaların izlediği yola bakıldığında, bazı yasamaların (örneğin İspanya, İtalya ve Fransa gibi) ölümün tesbitinde nazara alınacak ölçü ve uygulanacak yöntemleri açıkça belirttikleri, buna karşılık diğer bazı yasamaların (örneğin Avusturya ve Danimarka gibi) ise ölümün tesbiti ile ilgili genel bir hüküm koymadıkları ve böylece söz konusu tesbiti hekimlerin takdirine bıraktıkları görülür.

Ancak ölüm anının tesbitinde uygulanması gereken ölçü ve yöntemleri tesbit eden yasamalar da, bu konuda değişik bir yol izlemektedirler. Nitekim İspanyol yasaları, ölümün kesin şekilde tesbiti için hayati sinir merkezleriyle solunumun paralize olmasını ve dolaşım fonksiyonunun durmuş bulunmasını gerekli görürken ve böylece bi-

⁴⁸ EULA: Il trapianto del cuore nella situazione normativa italiana vigente, Riv. pen. 1968, s. 713

⁴⁹ SESSO: agm., s. 82

⁵⁰ COSTE-FLORET: agm., s. 797

⁵¹ Bk. COSTE-FLORET: agm., s. 799

⁵² EULA: agm., s. 714

yolojik ölüm anlayışını benimserken⁵³, Fransız yasaları ölümü, merkezi sinir sistemi fonksiyonunun "électroencephalographique" incelemelerle tesbit edilen kesin şekildeki kaybı olarak tarif etmekte ve dolayısıyla "beyinsel ölüm" anlayışını benimsemektedir⁵⁴.

İtalyan yasaları ise, ölümün tesbitinde "électroencephalographique" ve "électrocardiographique" metodların birlikte uygulanmasını öngörmektedir⁵⁵.

Hemen bütün yasamalar organ alma ve aşılama işlemlerini gerçekleştirecek hekimlerin ölümün tesbiti işlemine katılamayacaklarını, bu işlemin başka hekimlerce gerçekleştirileceğini hükme bağlamaktadırlar.

Ülkemizdeki duruma gelince: Hukukumuzda ölümün ne olduğunu ve nasıl tesbit edileceğini gösteren genel bir hüküm mevcut değildir⁵⁶. Ancak 2238 nolu kanunla ve sadece bu kanunun uygulanması yönünden, yani ölümlerden organ ve doku alınması yönünden gerek doktorinde, gerek çeşitli ülkelerin yasalarında giderek hakim olan "tıbbî ölüm" veya "beyinsel ölüm" anlayışı benimsenmiş bulunmaktadır. Bununla beraber söz konusu kanun, bu tür ölümün tesbitinde uygulanacak yöntemlerin neler olduğunu belirtmemekte, sadece "... bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulan-

⁵³ 21-22 Haziran 1968 tarihinde Madrid'te düzenlenen bir kollokyumda bu sistemin katıldığı tenkit edilmiş ve Milletlerarası Tıp Bilimleri Teşkilâtı Konseyi tarafından 13-14 Haziran 1968 tarihinde kalp aktarımı konusunda Cenevre'de düzenlenen konferanslarda tesbit edilen kriterin benimsenmesi önerilmiştir. Bu kritere göre ölüm, beyin fonksiyonunun geriye dönülemez şekilde durmasından ibarettir (BENHAM: agm., s. 11).

⁵⁴ Fransa'da ölüm anının tesbiti konusunda Sosyal İşler Bakanlığının 24 Nisan 1968 tarih ve 67 nolu sirküleri için bk. PENNEAU: age., s. 153, 154.

⁵⁵ İtalya'da ölümlerden organ alınmasına ilişkin 3 Nisan 1957 tarih ve 235 nolu kanunun tatbikine dair 7 Kasım 1961 tarihli kararname ölümün tesbitinde sadece "électrocardiographique" metodu kabul ediyordu. Ancak 2 Aralık 1975 tarih ve 644 nolu kanun, ölümün tesbiti için her iki metodun birlikte uygulanmasını öngörmektedir (m. 3, 4, ve 5).

⁵⁶ Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 216-219. maddeleri çok genel nitelikte olup, daha ziyade defin ruhsatyelerinin hangi hekimler tarafından verileceğini göstermektedir. Hastaneler talimatnamesinin 49. maddesi ise "ölüm vukuunda servis tabibi veya nöbetçi tabibi ölüm sebebini ve zamanını tesbitle, tabelasına kayıt ve altını imza eder" hükmünü koymaktadır. Görülüyor ki bu hüküm de, ölümün ne olduğunu ve nasıl tesbit edileceğini belirtmemekte, bu hususları tamamen hekimin takdirine bırakmaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası 24.11.1969 tarihli bir kararında ölüm "... bugünkü teklakilerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tesbiti şeklinde kabul olunmuştur" demek suretiyle "beyinsel ölüm" veya "tıbbî ölüm" denilen anlayışı benimsemiştir.

mak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile” saptanacağını hükme bağlamaktadır (m. 11). Görülüyor ki kanun, ölümlerden organ ve doku alma işlemleri yönünden kabul etmiş olduğu “tıbbî ölüm”ün tesbiti işini, esas itibariyle hekimlerin takdirine bırakmaktadır.

Kanun, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması ve aşılmasını gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini tesbit edecek olan hekimler kurulunda yer almalarını yasaklamaktadır (m. 12).

6 Teknik Yönden

Aktarma amacıyla organ ve doku alınabilmesi ve bunların aşılabilmesi için, alınacak ve aşılacak organ veya dokunun sağlıklı olması, yani kendisine ait işlevi gereği gibi yerine getirebilecek nitelikleri taşıması, ayrıca verici ile alıcı arasında kan ve doku uyumu bulunması gerekir. Şu halde alma ve aşılma işlemine kalkışmadan önce bu konularda gerekli bütün teknik incelemelerin, taahhüllerin ve testlerin yapılması ve olumlu sonuçların elde edilmiş olması çok önemli bir husustur.

Ayrıca kendisine organ aşılacak kimse yönünden aşılama işleminin mutlak anlamda gerekli olması, yani alıcının değiştirilmek istenen organının kendisine ait işlevi artık yerine getiremeyecek duruma gelmiş bulunması şarttır. Bu şart özellikle bireyin yaşamı varlığına bağlı organlar (örneğin kalp) yönünden daha da büyük bir önem taşır. Bu tür organların aşılmasına kalkışmadan önce, kısa bir zaman zarfında başka ve daha emin bir çarenin bulunup bulunamayacağı üzerinde durulmalıdır⁵⁷.

Öte yandan organ aktarma işlemlerinin henüz yeni uygulanmakta olmaları nedeniyle bu işlemleri gerçekleştirecek hekimde, herhangi bir mütehassıs cerrahda aranan niteliklerden farklı diğer bazı nitelikler aranmaktadır⁵⁸. Aynı şekilde diğer yardımcı personelin de bu konuda yetişmiş olması gerekmektedir. Bunlardan başka söz konusu işlemler sadece gerekli teknik teçhizatın bulunduğu merkezlerde gerçekleştirilmelidir.

Tıp tekniğini ilgilendiren diğer bir husus da, aktarma işleminin gerçekleştirilmesinden sonra ortaya çıkmaktadır. Nitekim organ ak-

⁵⁷ PENNEAU : age., s. 157

⁵⁸ Bk. BAYRAKTAR: age., s. 182

tarma işleminden sonra kendisine organ aktarılan hastanın organizması sının son derece hassas olması nedeniyle, sağlık durumunun korunabilmesi için özel bir düzene ve ihtimama ibtiyaç vardır. Mikroplardan arındırılmış ayrı bir bölmenin bulunması ve hastayı yeni hayatına hazırlayacak ilâçların sağlanması, bu konuda önemle üzerinde durulması gereken hususların başında gelir⁵⁹.

Çeşitli ülkelerin kanunlarında olduğu gibi (örneğin 1975 tarihli İtalyan Kanunu) O.A. Kanunu da bu konularda bazı sınırlamalar getirmiştir. Nitekim Kanun, 9. maddesinde "organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbî inceleme tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanmasını" zorunlu kılarken, 10. maddesinde de "organ ve doku alınması, saklanması ve aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personel, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması" nı zorunlu kılmaktadır.

7 Ticaret yasağı yönünden

Gerek yaşayan insandan, gerek ölülerden alınan organ veya dokuların ticaretinin yapılamayacağı ve bu konuda önceden yapılacak her türlü sözleşmenin geçersiz olacağı genellikle kabul edilmektedir. Aksine bir anlayış ve uygulamanın bu alanda suistimallere yol açacağı ve insan vakarına aykırı düşeceği şüphesizdir.

Nitekim 1967 tarihli İtalyan Kanununa göre, organ bağışlamanın ücretsiz olması gerekir ve dolayısıyla organını bağışlayan lehine para veya herhangi bir menfaat sağlamak amacıyla sözleşme yapılamaz. Ancak organını bağışlayan kişiler, mevcut kanunların malul işçilere sağladığı imkânlardan yararlanabilir ve ayrıca organ verme işlemi ile ilgili olarak derhal veya ileride ortaya çıkabilecek zararlara karşı sigorta altına alınırlar (m. 5). Benzeri hükümler Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararında da yer almaktadır (m. 9).

O.A. Kanunu da, organ ve doku ticaretini yasaktamaktadır. Buna göre bir bedel ve başkaca çıkar karşılığı organ veya doku almak veya satmak, alım satımına aracılık etmek yahut bunun komisyonculuğunu yapmak suç teşkil etmektedir (m. 3, 15). Kanun ayrıca organ ve doku alınmasına veya verilmesine ilişkin her türlü reklâm faaliyetini de yasaklamaktadır (m. 4).

⁵⁹ Bk. BAYRAKTAR: a.g.e., s. 183.

E. ORGAN AKTARMA İŞLEMLERİYLE İLGİLİ SUÇLAR

1. Genel Olarak.

Tıp biliminin ve özellikle cerrahinin gelişimini teşvikte insanlığın sahip olduğu yarar ihmal edilemeyecek kadar büyüktür. Bilindiği üzere, hafif de olsa, zehirlenmeler şeklinde bazı yan etkileri olan ilaç tedavileri yerine vücuttaki hasta organı, kendisine yüklenen doğal işlevi gerçekleştirebilecek bir başka organla değiştiren ilerlemiş cerrahiye ağırlık vermek kuşkusuz daha isabetli olacaktır⁶⁰.

Nitekim tecrübeler, organ naklinin günümüzde pek çok insanın hayatını kurtardığını ortaya koymaktadır. Aynı şekilde insan üzerinde bazı tıbbî denemelerin yapılması da tıp biliminin gelişmesi yönünden kaçınılmazdır. Öyle ise, söz konusu işlemlerin, prensip olarak meşru sayılmaları gerektiğinden şüphe edilemez. Bununla beraber, bu alanda bazı suistimallerle karşılaşılması da her zaman mümkündür. Bu tür suistimallerin önlenmeleri ve gerektiğinde fizikî bütünlüğe veya hayata yönelik tecavüzler olarak cezalandırılmaları gerekmektedir⁶¹. Önemli olan bu alandaki meşru fiillerle suistimal sayılabilecek ve dolayısıyla cezalandırılmaları gerekecek fiiler arasındaki sınırı doğru şekilde tesbit etmektir.

O.A. Kanunu, cezalandırılabilen fiillerin tesbiti yönünden olduğu kadar bu fiillere verilecek cezaların tesbiti yönünden de pek isabetli olmayan bir düzenleme getirmiştir.

Bir kere kanun, yaşayan insandan alınması yasak olan organ ve dokuları sadece vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye koyacak organlarla, yani hayatî önemi taşıyan organlarla sınırlandırmakta; buna karşılık kişinin fizikî bütünlüğüne büyük ölçüde zarar veren ve dolayısıyla alınması onun kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı görevlerini yerine getirmesine engel olabilecek organ veya dokuların, tedavi veya teşhis yahut bilimsel amaçlarla olsa bile, alınabileceğini kabul etmektedir.

Aynı şekilde kanun, gerek yaşayan insandan, gerek ölüden organ ve doku alınması konusunda ilgilinin rızasının nasıl sağlanacağını kurallara bağlarken ve bu kurallara uyulmamasını ağır şekilde cezalandırırken, alıcının rızası konusunda herhangi bir hüküm koymamakta, dolayısıyla bu hususu genel hükümlere bırakmaktadır. Oysa organ ve doku aşılama işlemlerinin taşıdığı önem nazara alındığında bu hususun da her türlü suistimali önleyecek şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

⁶⁰ BENHAM: *agm.*, s. 17.

⁶¹ PENNEAU: *age.*, s. 152

Öte yandan kanun, bazı fiilleri yasaklamakla birlikte, bu yasaklara uymamayı cezalandırmamaktadır. Nitekim ölüm halinin belli usullere göre (m. 11) tesbit edilmesi ve alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınmasını, saklanmasını ve aşılmasını gerçekleştirecek hekimlerin ölüm halini tesbit edecek olan hekimler kurulunda bulunmaması gerekmekte ise de, (m. 12) bu kurallara uymayan hekimlerin cezalandırılmasına imkân yoktur. Zira suç teşkil eden fiillerin tek tek sayıldığı 15. maddede “ölüm halinin tesbiti”nden söz edilmemektedir. Ancak, usulüne uygun şekilde ölüm hali tesbit edilmemiş ölüden organ veya doku alan hekimin cezalandırılması 11 ve 12. maddedeki şartlara uyulmasını dolaylı şekilde sağlamış olacaktır.

Yine organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklâm yasaklanmakta (m. 4), ancak bu yasağa uymama da cezalandırılmamaktadır. Nitekim 15. maddede “reklâm”dan söz edilmemektedir. Şu halde bu tür reklâmlar, ancak organ veya doku alım ve satımına aracılık sayıldığında veya böyle bir nitelik kazandığında cezalandırılabilecektir.

Aynı şekilde kan veya sıhri hısımlığın veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar haricinde, hekimin alıcının ve vericinin isimlerini açıklayamayacağı da hükme bağlanmakta (m. 7 / f) ise de bu yasağa uymama cezalandırılmamaktadır.

Buna karşılık kanun, belki de sadece deontoloji kurallarına aykırı sayılabilecek ve dolayısıyla disiplin suçunu oluşturabilecek bazı fiilleri cezalandırmak yoluna gitmiştir. Nitekim vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden (m. 7 / d) organ veya doku alan hekimin cezalandırılmasını ve hele bu derece ağır cezalarla cezalandırılmasını anlamak mümkün değildir.

Aynı şeyi, gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kuruluşlarında organ ve doku saklama fiilleri için de söylemek mümkündür. Özellikle buralarda saklanan organ veya dokunun herhangi bir zarar görmemesi durumunda, bu tür saklama fiillerini cezalandırmak büsbütün anlamsız hale gelmektedir.

O.A. Kanununun, organ aktarma işlemleriyle ilgili olarak işlenebilecek suçlar için öngörülen cezalar yönünden de isabetli bir yol izlediği söylenemez. Bir kere gerek mahiyetleri, gerek ağırlıkları yönünden birbirlerinden çok farklı olan fiiller için eşit cezalar öngörmektedir. Öte yandan Ceza Kanununda da suç olan bazı fiiller, sırf organ aktarma işlemleri dolayısıyla işlenmiş olmaları halinde Ceza Kanunundakinden daha ağır şekilde cezalandırılmaktadırlar. Bütün bunlar ceza hukukunda hakim bulunan temel bir prensiple, yani cezaların ağırlığının suçların ağırlığı ile orantılı olması prensibi ile bağdaştırılamaz. Bu aksaklık-

lar ve daha sonra belirtilecek tutarsızlıklar, O.A. Kanununun organ aktarma işlemleriyle ilgili olarak işlenebilecek bütün suçları kapsamına almış ve özellikle bütün bu suçlar için eşit cezalar öngörmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Oysa kanunun sadece organ aktarma işlemlerine ilişkin olarak ortaya çıkabilecek suçları öngörmekle yetinmesi ve her bir suçun cezasını da yine bu suçların ağırlığına göre tesbit etmesi daha isabetli olurdu.

2. Çeşitli Suçlar:

O.A. Kanununun 15. maddesine göre, "Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılaman ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur."

Bu madde organ aktarma işlemleriyle ilgili olarak dört ayrı suç öngörmektedir: Organ ve doku alma, saklama, aşılama ve organ ve doku alımı ve satımı.

a Organ ve doku alma suçları

Kanunun 15. maddesine göre "Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan" kimse cezalandırılır. Alma fiili ile ilgili olarak bu kanuna aykırılık çeşitli yönlerden ortaya çıkabilir.

aa) Amaç yönünden aykırılık

Kanun, 1. maddesinde tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasının bu kanun hükümlerine tabi olduğunu ve 7. maddesinin (e) bendinde de insancıl amaca uymayan bir düşünce ile vermek istenen organ veya dokunun alınmayacağını belirttikten sonra, 15. maddesinde bu kanuna aykırı olarak organ ve doku almayı cezalandırmak suretiyle, bu amaçlar dışındaki amaçlarla organ ve doku alma fiillerini yasaklamış bulunmaktadır. Şu halde kanunda sayılan amaçlar dışında kalan amaçlarla yaşayan insandan veya ölüden organ veya doku alma fiili suç teşkil edecek ve bu fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde 15. maddede öngörülen cezalarla cezalandırılacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, kanun burada maddi konunun farklı olması nedeniyle gerek mahiyetleri, gerek ağırlıkları yönünden çok farklı olan fiiller için eşit cezalar öngörmektedir; meğer ki, bu fiiller başka kanunlarda, örneğin TCK.nunda daha ağır bir ceza ile cezalandırılmış olsunlar. Nitekim, kanunda sayılanlar dışındaki amaçlar-

la yaşayan bir insandan organ veya doku alma fiili ile ölüden organ ve doku alma fiilinin aynı mahiyette ve ağırlıkta olduğu söylenemez; dolayısıyla bunların eşit şekilde cezalandırılmaları da kabul edilemez. Öte yandan, yaşayan bir insandan bu şekilde organ ve doku alma fiili, sadece basit veya hafif müessir fiil niteliğinde olabilir. Bu durumda söz konusu fiili Ceza Kanununda öngörülenden daha ağır cezalarla cezalandırmayı haklı göstermek mümkün değildir.

Aynı şekilde, kanunda sayılan amaçlar dışındaki amaçlarla ölüden organ veya doku alma fiili yönünden de O. A. Kanunuyla Ceza Kanunu arasında büyük bir oransızlık mevcuttur. Zira bu tür fiiller için O.A. Kanununun öngördüğü cezalar TCK.nun 178, maddesindeki cezalardan çok ağırdır.

bb) Vericinin saiki yönünden aykırılık

Kanun, bedel veya başkaca çıkar karşılığı verilmek istenen organ veya dokuların alınmasını yasaklamaktadır (m. 7 / e). Şu halde bir bedel veya çıkar karşılığında verdiğini bildiği vericinin organ veya dokusunu alan hekim 15. maddeye göre cezalandırılacaktır.

cc) Alınması yasak olan organ ve dokular yönünden aykırılık

Kanunun 8. maddesi, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ veya dokuların yaşayan insandan alınmasını, başka bir kimsenin hayatını kurtarmak için olsa bile, yasaklamaktadır. Bu tür organ veya dokuları alma fiilleri, esas itibariyle ağır müessir fiil veya adam öldürme suçlarını oluşturacağından, O.A. Kanununun 15. maddesine göre değil, TCK. nun ağır müessir fiil veya adam öldürmeye ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere kanunun, yaşayan insandan alınması yasak olan organ ve dokuları sadece hayati organ ve dokularla sınırlanmış olması isabetli sayılamaz.

dd) İlgilinin rızası yönünden aykırılık

Kanun Yaşayan insan yönünden 18 yaşından küçüklerden, mümeyyiz olmayanlardan (m. 5, 7 / c), 18 yaşını doldurmuş ve nümeyyiz vericinin rızasını sağlamadan (m. 6), vericiyi gerekli şekilde aydınlatmadan (m. 7 / a, b) ve hatta vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden (m. 7 / d), ölümler yönünden de kanunda gösterilen kimselerin rızasını sağlamadan veya ölenin aksine bir vasiyeti veya beyanına rağmen organ veya doku alma fiillerini suç saymakta ve bunların, daha ağır bir cezayı gerektirmedikleri takdirde, 15 . maddede yer alan cezalarla cezalandırılacağını hükme bağlamaktadır.

Bu suçların cezaları yönünden de büyük bir oransızlık söz konusudur. Bir kere rızasını elde etmeden yaşayan insandan organ ve doku alma fiilleri (bu fiiller ağır müessir fiil veya adam öldürme suçlarını oluşturmadığında) ile yakınlarının rızasını sağlamadan veya ölenin aksine bir vasiyeti veya beyanı olmasna rağmen ölüden organ veya doku alma fiillerini eşit şekilde cezalandırmak isabetli olmamıştır. Öte yandan vericiyi gerekli şekilde aydınlatmadan ve hele vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden organ ve doku alma fiillerini, rıza olmaksızın organ veya doku alma fiilleriyle aynı ağırlıkta kabul etmek ve eşit şekilde cezalandırmak da hiç bir şekilde izah edilememektedir. Oysa vericinin aydınlatılmasını ve eşin haberdar edilmesini, daha sonra ortaya çıkabilecek bazı ihtilâfları önlemek bakımından, hekimden istenen bir tedbir şeklinde anlamak ve bu tedbirlere uyulmamasını ya hiç cezalandırmamak veya çok daha hafif cezalarla cezalandırmak gerekirdi.

ee) Ölüm halini tesbit yönünden aykırılık

Ölüm halinin nasıl ve kimler tarafından tesbit edileceği kanunun 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Buna göre "bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri" uygulamaksızın veya 11. maddede sayılan uzman hekimlerin hazır bulunmadıkları, yahut altının müdavi hekimi ile organ ve doku aktarma işlemlerini gerçekleştirecek hekimlerin katıldıkları bir heyet tarafından veyahut kanuna uygun şekilde oluşan heyetin oybirliği olmaksızın ölüm hali tesbit edilen kim-seden organ veya doku almak suçtur. Bu durumda organ veya doku alan hekimin sorumluluğunu tayin etmek için bir ayırım yapmak gerekir. Eğer vücudundan organ veya doku alınan kimse gerçekten ölmüş ise, hekim sadece usulüne uygun olarak ölü hali tesbit edilmeyen bir cesetten organ veya doku alma suçundan sorumlu olacak ve kanunun 15. maddesindeki cezalarla cezalandırılacaktır. Yok eğer bu kişi alma işleminin gerçekleştirildiği sırada henüz ölmemiş ise, hekimin sorumluluğunu, rızası olmadan yaşayan bir insandan organ veya doku alma haline göre tesbit etmek gerekecektir.

ff) Tıbbi gerekler yönünden aykırılık

Gerekli tıbbi incelemeleri ve tahlilleri yapıp, bunların sonuçlarını olurluluk raporu ile saptamadan (m. 9) veya gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmadan (m. 10) organ ve doku alınması da, kanuna aykırı alma suçunu oluşturur. Bu tür fiiller, daha ağır bir cezayı gerektirmediğinde, kanunun 15. maddesine göre cezalandırılacaklardır.

Kanunun 9 ve 10. maddelerinde öngörülen şartlara uymaksızın gerçekleştirilen organ ve doku alma işlemlerinin cezalandırılması, muh-

temel olumsuz sonuçları ve sinistimalleri önlemek yönünden isabetli olmuştur. Ancak söz konusu şartlara uyulmamasına rağmen alma işleminin sonucunun basit veya hafif müessir fiil niteliğinde olması halinde, işlemi gerçekleştiren hekimin bu derece ağır şekilde cezalandırılmasının nedeni anlaşılammaktadır.

b. Organ ve doku aşılama suçları

15. maddeye göre "bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku... aşıl原因 ve nakleden" kimse cezalandırılır.

Aşıl原因 fiilleri ile ilgili olarak bu kanuna aykırılık iki yönden ortaya çıkabilir. Bunlara bir de alıcının rızası yönünden Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesine aykırılığı eklemek gerekir.

aa) Amaç yönünden aykırılık

Daha önce de belirtildiği üzere, 2238 sayılı kanun teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlarla olmayan organ ve doku aşıl原因 fiillerini yasaklamakta ve bu yasağa uymayanların, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği, takdirde, 15. maddeye göre cezalandırılacaklarını hükme bağlamaktadır.

bb) Tıbbî gerekler yönünden aykırılık

Kanun, alma işleminde olduğu gibi aşıl原因 işleminde de bazı teknik gerekçelere uyulmasını şart koşturmuştur. Bu gerekçelere uymaksızın organ veya doku aşıl原因 kimse, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediğinde (örneğin ağır müessir fiil veya adam öldürme gibi). 15. maddeye göre cezalandırılacaktır.

Burada da aşıl原因ın muhtemel olumsuz sonuçlarını önlemek bakımından bazı teknik şartların öngörölmüş ve bu şartlara uymamanın cezalandırılmış olmasında büyük yarar vardır. Ancak söz konusu şartlara uyulmamasına rağmen gerçekleştirilen organ veya doku aşıl原因 işleminin olumlu sonuç vermesi halinde, bunu gerçekleştiren hekimin cezalandırılmasını ve hele bu derece ağır şekilde cezalandırılmasını izah etmek oldukça güçtür. Kaldıki, aşıl原因 işlemi olumsuz sonuç verse bile, bunun sadece basit veya hafif müessir fiil teşkil etmesi de mümkündür. Böyle bir durumda hekimin, bu tür müessir fiillerin failinden çok daha ağır bir şekilde cezalandırılması haklı gösterilemez.

cc) Rıza yönünden aykırılık

O.A. Kanunu alıcının rızasından söz etmemektedir. Öyle ise alıcının rızasını sağlamaksızın organ veya doku aşıl原因 fiili, bu kanuna aykırılık sayılmaz ve 15. maddeye göre cezalandırılmaz. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, Tababet ve Şuabatı Sanatının Tarzı

İcrasına Dair Kanunun 70. maddesine göre alıcının rızasını sağlamadan tıbbî müdahalede bulunmak ve dolayısıyla organ aşılama suç teşkil edecektir. Şu halde, alıcının rızasını bu maddeye göre sağlamadan organ ve doku aşılama işlemini gerçekleştiren hekimin suçluluğunu tayin etmek için, sonucun olumlu olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Sonucun olumlu olması halinde, hekimin aşılama işleminde sorumlu tutulması düşünülemez. Bu durumda sadece ilgilimin rızasını almadan tıbbî müdahalede bulunmak suçu söz konusu olacaktır. (TŞTİDK. m. 70). Sonuç olumsuz ise ve hekimin bunda mesleki yönden herhangi bir kusuru yoksa, yine sadece ilgilimin rızasını almadan tıbbî müdahalede bulunmaktan; yok eğer hekimin kusuru varsa, ayrıca ortaya çıkan olumsuz sonuçtan (taksirli müessir fiil veya adam öldürme) da sorumlu tutulması gerekir.

c. Organ ve doku saklama suçları.

Kanunun 15. maddesine göre "Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku.. saklayan" kimse cezalandırılır. Organ ve doku saklama fiilleriyle ilgili olarak bu kanuna aykırılık iki yönden ortaya çıkabilir.

aa) Amaç yönünden aykırılık

Kanuna göre yaşayan insandan veya ölüden alınan organ ve dokular, ancak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla saklanabilir (m. 1 ve 15). Bu amaçlar dışında kalan amaçlarla organ ve doku saklama fiili 15. maddeye göre cezalandırılacaktır.

Ancak, kanun dışı amaçlarla olsa bile organ ve doku saklama fiillerini, kanun dışı amaçlarla yaşayan insandan veya ölüden organ ve doku alma veya bunları yaşayan insana aşılama fiilleriyle eşit şekilde cezalandırmak, cezaların ağırlığının suçların ağırlığı ile orantılı olması prensibi ile bağdaştırılmaz.

bb) Tıbbî gerekler yönünden aykırılık

Gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kurumlarında organ ve doku saklanması yasaktır (m. 10). Bu yasağa aykırı fiiller kanunun 15. maddesine göre cezalandırılmaktadır.

Kanunun bu tür fiilleri cezalandırması, ortaya çıkabilecek bazı suistimalleri ve esasen güçlüklerle sağlanan organ ve dokuların işe yaramaz hale gelmesini önlemek bakımından isabetli olmuştur. Ancak, gerekli uzman personele ve araç ve gerece sahip olmayan sağlık kurumlarında organ saklama fiillerinin, aynı sağlık kurumlarında organ ve doku alma veya aşılama fiilleriyle eşit şekilde cezalandırılmasını anlamak da güçtür. Bu güçlük, bu tür kurumlarda saklanan organ ve dokuların hiç bir zarar görmemesi halinde daha da artmaktadır.

c. Organ ve doku alım ve satımı suçları

Kanun, 3. maddesinde "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması"nı yasaklamakta; 15. maddesinde de organ ve doku satın almak ve satmak, organ ve doku alım ve satımına aracılık etmek veya bunun komisyonculuğunu yapmak fiillerinin cezalandırılacağını hükme bağlamaktadır.

Kanun ayrıca organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklâmı da yasaklamaktadır (m. 4). Ancak bu yasağa uymamayı cezalandırmamaktadır. Zira suç teşkil eden fiilleri bir bir sayan 15. maddede "reklâm"dan söz edilmemektedir. Bununla beraber, organ veya doku alım ve satımına aracılık sayıldığında veya böyle bir nitelik kazandığında bu konudaki reklâm fiillerini de cezalandırmak mümkün olabilecektir.