

## TÜRK ÖZEL HUKUKU'NDA CESETTEN YAPILAN ORGAN NAKİLLERİ VE BU KONUDA GERÇEŞLEŞTİRİLMESİ DÜŞÜNÜLEN YENİ DÜZENLEMELER

Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI (\*)

### GİRİŞ

Organ, doku ya da hücre gibi insan kökenli biyolojik maddelerin, tedavi amacıyla, bir insandan diğerine veya insanın kendi vücudundan yine kendisine nakledilmesi fikri uzun yıllar öncesine dayanmaktadır (1). Bununla beraber, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, insan kökenli biyolojik madde nakli konusunda çok önemli gelişmeler kaydedilmiştir. 1967 yılında, Güney Afrika'lı cerrah Chris Bernard'ın, Washanski adlı bir hastaya kalp nakletmesiyle bu alanda yeni bir çığır açılmıştır (2). Bu tarihten itibaren insandan insana yapılan kalp nakilleri birbirini izlemiştir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin nakledilmesi fikri uzun yıllar öncesine dayanmakla birlikte, ilk kalp nakli ameliyatından sonra, tıp ilmiyle uğraşan ilim adamlarının yanısıra hukukçuların da dikkatleri bu konu üzerinde yoğunlaşmıştır. Çünkü giderek yaygınlaşan ve kalp naklinden sonra insan mantığına bir daha sökülüp atılamayacak şekilde yerleşen "organ nakli" fikri ve olgusu, tıbbi sorunların yanında bazı önemli hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir (3).

Zaman içinde her ne kadar kan, kornea ve ilik gibi dokuların nakli yaygın olarak apılmaya başlandıysa da, bugün için kalp, böbrek ve karaciğer gibi organların (4) nakli, bir yandan bu organla-

(\*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Tarihçe için bak. Akıncı, 1 vd.

(2) Kopetzki, 30; Gramer, 4; Gellen, 373; Eraslan, 906; Abbasoğlu/Çakmakçı, 330; Baykal, 5; Güner, 584; Saracoğlu, Milliyet, 14.2.1967; Davas, Cumhuriyet, 6.1.1969.

(3) Tress, 1.

(4) "Organ", "doku" ve "insan kökenli biyolojik madde" kavramları için bak. Akıncı, 7 vd.

rın bulunmalarının zor oluşu, diğer yandan da ortaya çıkan hukuki sorunlar dolayısıyla çok daha fazla önem arz etmektedir. Özellikle kalp nakli yapılabilmesi için ölü bir vericiye ihtiyaç vardır. Böbrek nakilleri ise, canlı vericiden alınan böbreklerle de gerçekleştirilebilmesine rağmen, verici açısından riskli olması ve gönüllü vericilerin çok zor bulunması nedeniyle genellikle ölü bir vericiye ihtiyaç göstermektedir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin nakli, bazı tıbbi sorunların yanısıra çok önemli hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu alanda meydana gelen baş döndürücü gelişmeler, hukukun zamanla yetersiz kalmasına yol açmıştır. Hukuk düzenimiz tarafından kişi sadece sağlığında değil ölümünden sonra da 3. kişilerin her türlü tecavüzlerine karşı korunmuştur. Bu korumanın bir sonucu olarak, ölen kişinin irade beyanı olmaksızın onun cesedinden organ alınması, başta Türk (5), Alman ve Amerikan hukuku olmak üzere pek çok hukuk sistemi tarafından hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir (6). Fakat, her geçen gün artan organ ihtiyacı, ölüden organ alınmasını kolaylaştırıcı hukuki düzenlemelerin yapılmasına yönelik bazı fikirlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bunun da ötesinde, Belçika, Avusturya ve Fransa gibi ülkeler, ölen kişinin iradesini ikinci plana atan, hatta hiçe sayan düzenlemeler yapmışlar ve irade muhtariyeti ilkesini tersine çevirmişlerdir (7). Doktrinde de cesede sosyal bir mükellefiyetin yüklenip yüklenemeyeceği, daha açık bir deyişle, organa ihtiyacı olan kişilerin, herhangi bir cesedin sağlıklı organları üzerinde haklarının bulunup bulunmadığı hususu tartışılmaya başlanmıştır (8).

Bütün bu gelişmeler karşısında, mevcut hukuk kuralları yetersiz kaldığı için pek çok ülkede (9) ve bu arada Türkiye'de organ naklini düzenleyen kanunlar çıkarılmaya başlanmıştır. Bu kanunlarla, ölüden organ alınması konusunda kabul edilen başlıca üç tane model vardır. Bunlar, rıza ve anlaşma modeli, itiraz modeli ve zaruret modelidir. Bizim hukukumuzda ise, 2238 sayılı Organ ve Dokü Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ONK) ile kural olarak rıza ve anlaşma modeli kabul edilmiş, istisnai olarak di-

(5) ONK, m. 14/I ile rıza ve anlaşma modeli benimsenmiş, kişinin kendisinin ya da yakınlarının rızası olmaksızın cesedinden organ alınamayacağı ve ya cesedin bilimsel amaçlarla kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır.

(6) Cartens, 105 - 108; Forkel, 599; Trockel, 493.

(7) Kopetzki, 10 - 12; Cartens, 106 - 110.

(8) Hülchenbach, 112 - 114; Kohlhaas, 1224 vd.

(9) Bu konuda bak. Bilgin 19.

ğer modellere de yer verilmiştir. Ancak, cesetten organ temini konusunda rıza ve anlaşma modelinin yetersiz kalması karşısında yeni bazı düzenlemeler yapma ihtiyacı ortaya çıkmış, bu maksatla Sağlık Bakanlığı tarafından, kanun tasarısı haline getirilmek üzere çeşitli tasarılar hazırlanmıştır. İşte bu makalede öncelikle ölüden organ alınması konusunda kabul edilen modeller ve bu arada Türkiye'de kabul edilen model incelenmiş, daha sonra hazırlanan kanun tasarıları üzerinde durulmuş ve nihayet organ temini konusunda karşılaşılan sorunlar ve çözüm yolları ile ilgili şahsi görüşlerimiz ortaya konulmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, bu konuda maalesef fazla bir çalışma yapılmadığı için tartışmaya açık olan pek çok husus bulunmaktadır. Bu nedenle, bizim ortaya attığımız çözüm önerilerinden bazıları da başlangıçta yadırganabilir. Fakat unutulmamalıdır ki, böylesine önemli bir konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için sorunları olduğu gibi ortaya koymak ve her türlü çözüm teklifini tüm ayrıntılarıyla tartışmak gerekmektedir.

## I. ÖLÜDEN ORGAN ALINMASI KONUSUNDA KABUL EDİLEN BAŞLICA HUKUKİ MODELLER

### A) Rıza ve Anlaşma Modeli (Einwilligungsmodell)

Bu modele göre cesetten organ alınabilmesi için ya kişinin sağlığında bu konuda açıklanmış müsbet bir iradesinin bulunması ya da yakınlarıyla anlaşma sağlanması gerekir (10). Şu halde, rıza ve anlaşma modeline göre öncelikle kişinin sağlığında bu konuda müsbet bir irade beyanının bulunup bulunmadığına bakılır. Eğer böyle bir irade beyanı varsa, yakınlarının rızası araştırılmaksızın ölünün organları alınabilir. Fakat ölen kişinin açıklanmış bir iradesi mevcut değilse, artık yakınlarıyla anlaşmak gerekir (11).

Daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, bu arada İspanya, Güney Afrika ve Venezuela'da (12) benimsenmiş olan bu model, bazı Alman hukukçular (13) tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir (14).

Bu modelin tercih edilmesinin en önemli sebebi, açık bir rızayı teminat altına almasıdır (15). Rıza ve anlaşma modeli kabul edildiğinde, başta hekim, alıcı ve vericinin yakınları olmak üzere nakil

(10) Kopetzki, 10; Cartens, 118.

(11) Akıncı, 89.

(12) Cartens, 105 - 106.

(13) Cartens, 118; Forkel, 599; Trockel, 493.

(14) Cartens, 118.

(15) Cartens, 118; Samson, 2035.

fiiliyle ilgisi olan herkes, vericinin bu konuda mevcut ve geçerli bir rızasının bulunduğundan, dolayısıyla naklin caiz ve hukuka uygun olduğundan emindir. Bu nedenle hukuki bir ihtilâftan endişe etmelerine gerek yoktur (16).

Bu modeli kabul eden bazı yazarlara (17) göre de, ölüden organ alınması kural olarak ona duyulan saygıyı ihlâl eder. Organ alınmasının, ölüye duyulan saygıyı ihlâl etmemesi için ölen kişinin sağlığında bu konuda açıklanmış bir iradesinin olması ya da yakınlarının rızasının alınması gerekir. Ayrıca yapılan müdahale pek yakında gerçekleşecek olan ve kaçınılması mümkün olmayan hayati bir tehlike ile karşı karşıya bulunan bir hastanın kurtarılması maksadıyla yapılmalıdır.

Hiç şüphesiz, ölünün sağlığında açıkladığı iradesine dayanılarak organ alınması en ideal olanıdır. Fakat bu genellikle mümkün olmaz. Bu durumda yakınlarının iradesinin araştırılması gerekir. Fakat yakınlarının iradesinin araştırılması bir takım psikolojik sorunları da beraberinde getirmektedir. Ölüden organ alınması dolayısıyla kendisine karşı açılan ve Almanya'da "Gütgemann kararı" olarak literatüre geçen davada Gütgemann, yakınların böyle önemli bir kararı vermek durumunda kaldıkları için kendilerini yük altında hissettiklerini ve psikolojik bir baskı altında kaldıklarını ifade etmiştir. Gütgemann'a göre insanlar hukuken bağlayıcı bir açıklama dolayısıyla böyle bir duruma düşürülmemelidir (18). Doktrinde de bazı yazarlara göre (19), yakınların bu konuda iznini almada, fiilen yapılan müdahaleden daha fazla bir ihlâl tehlikesi mevcuttur. Verecekleri kararın bir insanın hayatı üzerinde etkili olduğunu bilen yakınları böyle bir külfetle karşı karşıya bırakmaktansa, onların da daha çok güvendiği hekime karar verme yetkisinin bırakılması daha doğrudur. Zira, bu nakil ilişkisi yakınların gücünü aşacak şekilde onların psikolojik durumlarını olumsuz yönde etkiler. Böyle bir durumda net düşüncelere sahip olma, aklı selimle düşünme ve karar verme yeteneği de bu insanlardan beklenemez (20).

Öte yandan, rıza ve anlaşma modelinin alıcının haklarını gözardı ettiği eleştirisi de ileri sürülmüştür (21). Verici açısından bakıldı-

(16) Cartens, 118; Hiltchenbach, 132 - 133.

(17) Forkel, 598; Strätz, 45 vd.

(18) Cartens, 118; Ayrıca karar için bak. BGE. 101, II, 177 - 195.

(19) Glesen, 34; Heinitz, 25; Hinderling, Die Transplantation, 67 ve Organ, 423; Akünal, 26.

(20) Cartens, 119.

(21) Samson, 2034; Cartens, 119.

ğında alıcının menfaatleri önemsizdir. Ayrıca alıcının kaderi sadece vericinin ya da yakınlarının arzusuna değil, aynı zamanda bir takım tesadüflere de bağlıdır. Kendisinden organ alınabilecek olan kişinin ölümcül bir biçimde yaralanması halinde, çoğu kez onun kimliğini tesbit etmek dahi uzun zaman alabilmektedir. Öte yandan yakınların iznine ihtiyaç duyulduğunda bu kimselerin meçhul veya ulaşılamaz olması da mümkündür ki bu da alıcının aleyhinedir. Bunun gibi, ölüden organ alınması hususunda irade beyanında bulunmaya yetkili olan kimseler, organ alınmasına izin verme eğiliminde olsalar bile bir süre kararsız kalmaları ya da pasif davranmaları halinde de nakil gecikir, hatta çoğu kez mümkün olmaz. Diğer bir deyişle red beyanı dışında açıklamada bulunmama hali de alıcının aleyhine sonuç doğurur (22). Bu konuda ortaya atılan bir fikre (23) göre, alıcının hayatını tehlikeye soksa dahi ölünün hatirasına saygı duyma konusundaki hukuki değer ihlâl edilemez. Bir başka fikre göre (24) ise, ölüden organ alınacağına, iki tarafın şahsi menfaatleri gözönünde tutulur ve ağır basan taraf dikkate alınır. Nitekim rıza ve anlaşma modelinden yana olan yazarlar da, alıcının menfaatlerinin vericiye nazaran çok ağır bastığı zaruret hali durumlarında, açık bir rızanın aranmasından sarfı nazar etme gereğini duymaktadırlar (25). Böyle bir modelin katıksız bir biçimde uygulanmasının (hukuken doğru olsa bile) alıcının menfaatlerini korumadığı gibi, tıbbi gelişmeleri de engellediği ileri sürülmektedir. Bu konuda Almanya'da yapılan istatistiklere dayanılarak verilen bilgilere göre, rızalı bağış kampanyaları düzenlemek yoluyla da çok fazla organ temin edilememektedir. Gerçi bu yolla sağlığında organ bağışında bulunan kişilerin sayısında bir miktar artış sağlanmıştır. Fakat pratikte bu artış mevcut ihtiyaçlar karşısında gözardı edilebilecek bir miktardadır (26).

### B) İtiraz Modeli (Widerspruchsmodell)

Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı kantonları (27) tarafından benimsenmiş olan (28) bu modele göre,

(22) Cartens, 119.

(23) Trockel, 493; Forkel, 599.

(24) Cartens, 120.

(25) Cartens, 120; Strätz, 52; Trockel, 493.

(26) Cartens, 120.

(27) İsviçre'nin Zürih, Appenzel ve Basei kantonlarında kabul edilen bir düzenlemeye göre, eğer ölünün ya da yakınlarının itirazı mevcut değilse, bir hastanın hayatını kurtarabilmek için gerekli olan organlar rıza olmaksızın cesetten alınabilir. Buna karşılık, Cenevre, Waadt ve Bern kantonlarında itiraz yeterli görülmemiş, ölünün ya da yakınlarının rızasının alın-

ölünün ya da yakınlarının organ alınmasına karşı herhangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ alınması caizdir. Müsbet bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alınmasını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı himaye etmekte, fakat, vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle kendisinden organ alınmasını engelleme imkânı tanımaktadır (29).

İtiraz modeline göre ölüden organ alınmasının yakınların şahsiyet hakları ile ilgisinin bulunmadığı, ölenin rızası yerine bu kişilerin rızasının ikame edilemeyeceği, dolayısıyla yakınların itiraz haklarının olmadığı ileri sürülmüştür. Oysa böyle bir durumda yakınlar için de ölenin rızasının yeterli bir biçimde gözönüne alınmama tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, özellikle Almanya'da gerek eyalet, gerekse ülke düzeyinde hazırlanan tasarılar da, sadece hekimin iradesine bakılmaması, yakınların bildirebileceği hususların da gözönüne alınması istenmektedir (30).

İtiraz modelinin kabul edilmesi halinde kişinin yaşarken ve yakınlarının da öldükten sonra organ alınmasına izin vermesi mümkündür. Bu nedenle böyle müsbet bir beyanın da dikkate alınması gerekir (31).

İtiraz modeline göre, vericinin kendisinden organ alınmasını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğuna ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur. Böyle kesin olmayan bir karine anlayışı ise iki yönden vericinin veya yakınlarının menfaatlerini ihlâl edebilir. Birincisi, yakınların ölüye saygı duyulması konusunda ortaya çıkan ve korunmaya lâyık bir menfaatleri vardır. Onların bu menfaatleri, özellikle dini mülâhazalarla hareket edildiğinde alıcının iyileşmesindeki menfaatten daha aşağı mütalâ edilemez. İkinci olarak da, herkesten öldükten sonra potansiyel bir verici olarak gündeme gelebileceğini bilmesi beklenemez. Belki sadece bu konuda bilgilendirilmiş olanlardan bu husus beklenebilir. Diğer kişiler bakımından ise müsbet ya da menfi yönde bir karine koymak mümkün değildir (32).

Almanya'da hazırlanan bir nakil kanunu tasarısının gerekçesinde, itirazın bulunmamasının, en azından, ölüden organ alınması

---

ması şart koşulmuştur. Bu hususta bak. Hausheer, 253, N. 44; Cartens, 107 - 108.

(28) Cartens, 106 - 107.

(29) Kopetzki, 11.

(30) Cartens, 121.

(31) Cartens, 121 - 122.

(32) Cartens, 122.

ya da alınmaması konusunda bu kişinin bir menfaatinin bulunmadığının delili olduğu belirtilmiştir. Oysa, bu konuda pek çok kimseye ulaşılabilsen ve vatandaşların çoğu aydınlatılabilsen dahi, itiraz edilmemesi halinde ölüden organ almanın haklı olduğu karinesi ortaya çıkmaz (33). Zira, insanlar eğer ağır hasta veya çok yaşlı değillerse genellikle ölüm ile ilgili şeyleri düşünmezler ve bu konudaki kararları sonraya bırakırlar (34). Sağlıklı bir organı olan ve henüz genç yaşta iken geçirdiği bir kaza sonucu ölen insanlar ise verici olarak daha uygundur. Çünkü vericinin genç olması başarı şansını artırır. Oysa, bu kimselerin yakınları bir aile ferdinin beklenmeyen ölümü ile şiddetli bir biçimde sarsılırlar ve bu ölüm dolayısıyla vermek zorunda buldukları pek çok karar karşısında hazırlıksız yakalanırlar. Böyle bir durumda da bu kişiler ölümden hemen sonra gerçekleşecek olan bir nakle karşı itirazlarını zamanında yapabilecek durumda değildirler. Bu nedenle, yoğun kamu oyu çalışmaları yapılsa dahi gerek ölenin, gerekse yakınların itiraz etmemesinden onların böyle bir menfaati olmadığı sonucu çıkarılamaz (35).

### C) Zaruret Modeli (Notstansmodell)

Zaruret modeline göre genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ alınması caizdir. Burada kendisinden organ alınacak olan vericinin (veya yakınların) menfaati ile alıcının menfaati mukayese edilmekte ve sonuçta alıcının menfaati ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme, ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta, alıcı lehine çok önemli imkânlar bahşetmektedir. Burada, vatandaşların öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan sözkonusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır (36).

Avusturya'da 1982 yılında Sağlık Kurumları Kanunu (KAG) § 62/a-1 ile kabul edilen bu model (37), diğer Avrupa ülkelerinde pek rağbet görmemiştir.

## II. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN MODEL

Bizim hukukumuzda, Organ Nakli Kanunu ile kural olarak rıza

(33) Cartens, 122 - 123.

(34) Hilchenbach, 133; Cartens, 122 - 123.

(35) Cartens, 122 - 123.

(36) Kopetzki, 10.

(37) Kopetzki, 20, N. 13.

ve anlaşma modeli kabul edilmiştir. Kanunun 14/I. maddesine göre ölüden organ alınabilmesi için bu kişinin, sağlığında, vücudunun tamamını ya da belirli organ veya dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin, bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle ölüden organ alınabilir.

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

Bizim hukuk düzenimiz kural olarak rıza ve anlaşma modelini benimsemesine rağmen istisnaen bazı hallerde itiraz ve zaruret modellerine de yer vermiştir.

İtiraz modeli ONK. m. 14/II'de benimsenmiştir. Bu hükme göre, "aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir". Şu halde, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmamasını isteyen kişiler, bu konudaki itirazlarını bildirmek zorundadırlar. Eğer itiraz etmemişlerse, ölenin yakınlarının rızası olmaksızın, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ölüden alınabilir (38).

Görüldüğü gibi itiraz modeli sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edilmiştir.

Zaruret modeline ise aynı kanunun 14/IV. maddesinde yer verilmiştir.

Bu fıkraya göre, kaza veya tabii afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatı sona ermiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ nakline bağlı olan kimselere, "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" bulunan durumlarda vasiyet veya rıza aranmaksızın organ nakli aypılabilir.

(38) Toroslu, 104.



Burada "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" kavramlarından "zaruret hali"ni anlamak gerekir. Eğer böyle bir zaruret hali varsa, diğer bir deyişle, hastanın hayatı ancak organ nakli ile kurtarılabilirse ve bunun da bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölüden organ alınabilmesi için vasiyet veya rıza aranmaz. Ancak bu şekilde organ alabilmek için, ölen kişi kaza veya tabii afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucu hayatını kaybetmiş olmalıdır. Ayrıca ölenin yanında 1. fıkrada sayılan yakınlarından hiçbiri bulunmamalıdır. Eğer yakınlarından bir tanesi varsa, bunun rızasının alınması gerekir. Öte yandan aynı hükme göre, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı hekimler kurulu raporuyla belgelenmek zorundadır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde adli otopsi yapılmadan önce ölüden organ alınabilir.

Kanunun bu hükmünden anlaşılan, zaruret modeline göre organ alınımının sadece kaza veya tabii afet gibi nedenlerle vücudu ağır harabiyete uradığı için hayatını kaybetmiş olan ve yanında da yakınları bulunmayan kimselerden yapılabileceğidir. Dolayısıyla, kanunun 14/IV. maddesi ile kabul edilen bu model, ancak istisnai durumlarda uygulanabilir.

Organ Nakli Kanunu ile kural olarak rıza ve anlaşma modeli kabul edilmiş olmasına rağmen, bu modele göre organ temininin güç olmasından dolayı, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Sağlık Kanunu Tasarısı taslağının 9/II. maddesinde itiraz modelinin benimsenmesi öngörülmüş ancak taslak daha sonra geri çekilmiştir. Taslak ile getirilmek istenen hüküm şu şekildedir:

"Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, ölüden bir başka insanın sağlığına kavuşması amacıyla kullanılmak üzere organ veya doku alınabilir. Bir kimse ölümünden sonra vücudunun organ ve dokularının alınmamasını istiyor ise bunu resmi veya yazılı bir vasiyetname ile belirtmesi veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olması gerekir".

Taslak ile getirilmek istenen bu hüküm, Organ Nakli Kanunu'nun kabul etmiş olduğu rıza ve anlaşma modelini tersine çevirerek katıksız bir itiraz modeli öngörmekteydi.

Bu taslak, kamu oyunun yoğun tepkisi üzerine geri çekilmiş ancak daha sonra yeni bir taslak (39) hazırlanmıştır. 2238 sayılı ONK.-

(39) Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı" adını taşıyan taslak, geçtiğimiz yıl Başbakanlık'a sunulmuş, ancak bugüne kadar Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek Meclis'e getirilmemiştir.

nun bazı maddelerinin değiştirilmesini öngören bu taslak ile de ilk taslak da olduğu gibi itiraz modeline benzer bir model getirilmek istenmektedir. Ayrıca, sağlararası organ nakilleri ile ilgili olarak da yeni bir düzenleme getirilmekte ve yalnızca yakın akrabalar arasındaki nakle izin verilmektedir. Böylece bir yandan ölüden organ alımı kolaylaştırılırken öbür yandan sağlararası organ nakilleri sınırlandırılmaktadır. Taslağın 1. maddesi ile, ONK'nun 5. maddesi şu şekilde değiştirilmektedir :

"Madde 5 - Organ ve doku alınabilmesi için alıcı ve vericinin I. derecede akraba (ana, baba, kardeş, çocuk), II. derecede akraba (hala, dayı, amca, teyze, kuzen, yeğen, babaanne, anneanne, dede) veya evlilik (karı, koca) ilişkilerinin bulunması zorunludur."

Bu hüküm, herşeyden önce kanun yapma tekniği açısından tam bir hilkat garibesidir. Zira ilk olarak, I. ve II. derece akrabaların parantez içinde sayılması kanun yapma tekniği açısından doğru değildir. Bunun yerine "alıcı ve verici arasında III. dereceye kadar hısımlık ilişkisinin bulunması zorunludur" denilmekle yetinilebilirdi. Öte yandan yapılan bu sayma da doğru değildir. Çünkü, ikinci dereceden hısımlık olan kardeşler ana, baba ve çocuklarla birlikte I. dereceden hısımlık olarak, III. dereceden hısımlık olan hala, dayı, amca, teyze ve yeğen ile, IV. dereceden hısımlık olan kuzenler ise II. dereceden hısımlık olarak sayılmıştır. Ayrıca, sıhri hısımlık ilişkisinden de hiç söz edilmemektedir. Böylece meselâ bir kimse istese de sağlığında gelin ya da damadına böbreğini veremeyecektir.

Bunun dışında, ONK'nun 5. maddesinde böyle bir değişikliğin yapılması da kanaatimizce pek isabetli değildir. Çünkü madde gerekçesinde, organ ticaretine engel olmak maksadıyla bu hükmün sevk edildiği belirtilmektedir. Fakat organ ticaretine engel olmanın yolu sağlararası organ nakillerini yakın akrabalarla sınırlamak olmamalıdır. Zaten organ sıkıntısının had safhada olduğu ölkemizde böyle bir sınırlama hastaların organ bulmasını daha da güçleştirecektir.

Taslağın 4. maddesi ile de ONK'nun 14. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmekte, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmaktadır. 14. maddenin birinci fıkrasında yapılması düşünölen değişiklik de şu şekildedir :

"Madde 14 — Reşit her kişi, sağlığında, kendi özgür iradesiyle, organlarını, kendisinin ölümlünden sonra bir başka insanın sağlığına kavuşturulması amacıyla kullanabilmesi için bağışlayıp bağışlamadığına karar verir. Reşit olmayan kişiler ve akıf balığ kişiler için

bu seçim vasisi tarafından yapılır. Organlarını bağışlamayanlar, bunu yazılı bir beyanla belirtirler. Ölüm anında ilgili kişiye ait yazılı beyan bulunmadığında, kişinin organlarını bağışlamadığı eşinin, reşit çocuklarından birinin, anasının, babasının, kardeşlerinden birinin ya da bir yakının beyanıyla belirlenir”.

“Sahipsiz olduğu güvenlik güçlerince saptanan kişiler ölüm anında üzerinde yazılı beyanları bulunmadığında, organlarını bağışlamış olarak kabul edilirler”.

“Adli olgularda, adli otopsi, organ alım işleminden sonra yapılır ve hekim kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir”.

14. maddenin ilk fıkrası ile getirilmek istenen model itiraz modelidir. Bu hükme göre herkesin sağlığında organlarını bağışlayıp bağışlamadığına karar vermesi ve bu konudaki iradesini açıklaması gerekir. Diğer bir deyişle herkes sağlığında, bu konuda bir vasiyetname yapmak zorundadır. Reşit olmayan ve “akli baliğ” (40) kişiler için bu seçim “vasisi” (41) tarafından yapılır. Eğer bir kimse organların alınmasını istemiyorsa bunu yazılı bir beyanla belirtmek zorundadır. Ölüm anında yanında böyle bir yazılı beyan bulunmayan kişilerden artık rıza aranmaksızın organ alınabilir. Şu kadar ki, ölen kişinin yanında bulunan eşi, reşit çocuklarından birisi, anası, babası, kardeşlerinden birisi ya da bir yakını (42), bu kişinin sağlığında organlarını bağışlamamak için vasiyetname yaptığını beyan ederse, artık ölüden organ alınamayacaktır. Çünkü bu beyan kişinin sağlığında, kendisinden organ alınmasını yasakladığının bir karnesi olarak kabul edilmektedir. Ancak bu hüküm kendi içinde çelişkili ve uygulamada da bazı sıkıntılara yol açabilecek bir hükümdür. Çünkü bu hükümlerle, sağlığında itiraz etmemiş olan bir ölüden organ alınmasının yolu açılmak istenmektedir. Fakat aynı yol, yakınlarla tanınmış olan yetki ile fiilen kapatılmıştır. Çünkü ölüden organ alınmasının istemeyen bir yakın, ölen kişinin sağlığında kendisinden organ alınmasına itiraz ettiğini beyan etmek suretiyle organ alımına engel olabilecektir. Yakının bu beyanı gerçeğe aykırı da olsa, aksinin isbatı güç olduğundan, organı alacak hekimin bağ-

(40) Burada herhalde mümeyyiz olmak kastediliyor!

(41) Burada da “vasi” tabiri yanlış kullanılmıştır. Çünkü bir kimse reşit değilse kural olarak velayet altındadır. Ancak, velisi olmayan kişilere vasi tayin edilir. Bu nedenle, “vasi” yerine “kanuni temsilci” tabiri kullanılsa daha isabetli olurdu.

(42) “Yakın” kavramından ne anlaşılması gerektiği de yeterince açık değildir.

layacaktır. Böylece, rıza ya da anlaşma olmaksızın ölüden organ alınması fiilen mümkün olmayacaktır.

Öte yandan, böyle bir modelin kabulü bizim hukukumuz açısından mümkün değildir.

Her şeyden önce, borçlar hukukumuzun kabul ettiği en önemli ilkelerden bir tanesi irade muhtariyeti ilkesidir. İrade muhtariyeti ilkesinin bir sonucu olarak borçlar hukukuna hakim olan bir diğer ilke de akit serbestisi ilkesidir. Akit serbestisi ilkesi, herhangi bir akdi yapıp yapmama istenilen tip ve muhtevada akit yapma, akdin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan bir akdi ortadan kaldırma serbestisi olarak bilinmektedir (43). Borçlar hukukumuzun temel ilkelerinden olan akit serbestisi ilkesinin sadece akitler alanında geçerli olduğunu düşünmek yanlış olur. Vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemler için de aynı ilkeyi geçerli kabul etmek gerekir. Taslak ile getirilmek istenen itiraz modelinin kabulü, bu ilkenin tamamen ortadan kaldırılması demektir. Çünkü, kendisinden organ alınmasını istemeyen kişiler, sağlıklarında bu konudaki iradelerini yazılı olarak beyan etmek zorundadırlar. Diğer bir deyişle, kendisinden organ alınmasını istemeyen herkes sağlığında bu iradesini açıklamak maksadıyla bir hukuki işlem yapmak zorunda bırakılmaktadır. Fakat iş bununla da bitmemektedir. Taslağın bu haliyle kabul edilerek kanunlaşması ve bu konuda başka bir düzenleme yapılmaması halinde, sağlıklarında kendilerinden ölümlerinden sonra organ alınmasına engel olmak için bir hukuki işlem yapan kişiler, bu iradelerini gösteren belgeyi (meselâ vasiyetnameyi), ölüncüye kadar sürekli olarak yanlarında taşımak zorunda kalacaklardır. Zira, öldükleri zaman böyle bir belge üzerlerinde bulunamaz, ya da organlarını bağışlamadıkları o anda yanlarında bulunan yakınları tarafından beyan edilmezse, daha önce olumsuz irade beyanında bulunmuş olmalarına rağmen kendilerinden organ alınabilecektir. Böylece kişilere hem hukuki muamele yapmak, hem de bu muameleyi sürekli yanlarında taşımak gibi bir çifte mükellefiyet yüklenmiş olmaktadır.

Diğer taraftan taslakla kabul edilmek istenen itiraz modeli, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da ortadan kaldırmaktadır. Oysa bir kimsenin ölmeden önce cesedi üzerinde tasarruf edebilme hakkını, öncelikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

(43) Eren, I, 21.

(44) İşgüzar, 858.

Kural olarak herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı mevcuttur. Cesedinin nerede ve nasıl gömüleceğini ya da ilmi amaçlarla bir kuruluşa bırakılıp bırakılmayacağını kişi önceden belirleyebilir (44). Fakat her hak gibi, kendi geleceğini belirleme hakkı da sınırsız değildir. Ancak, bu hakkın sınırlarını tayin eden özel düzenlemelere de rastlanmamaktadır (45). Bizim hukuk sistemimize göre, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlarını MK. m. 23 ve 24'e göre çok genel olarak çizmek mümkündür. Bunun yanı sıra, nakil amacıyla cesetten organ alınması konusunda, tıbbi araştırmalardaki gelişmeler ve doğrudan doğruya genel menfaatlere hizmet gibi belirli menfaatlerin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıyla mukayese edilmesi ve buna göre bir sınır çizilmesi düşünülebilir (46).

Ölüden alınan organ genellikle bir hayatı kurtarmak amacıyla başka bir kimseye nakledilmektedir. Burada şu soru akla gelmektedir. Acaba ölümcül hastaların, herhangi bir cesedin sağlıklı organları üzerinde hakkı olabilir mi? Çeşitli ülkelerin Anayasaları, kişilere, devlete karşı bazı mükellefiyetler yüklemektedir. Fakat bu mükellefiyetler özel hukuk ilişkileri açısından geçerli değildir. Üçüncü kişilerin devlete karşı olan talepleri de cesetten organ alınması açısından kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına bir sınır getirmez. Bu durumda, cesedin sosyal durumunun ne olduğu, daha açık bir ifadeyle, cesede sosyal bir mükellefiyet yüklenip yüklenemeyeceği sorusu karşınıza çıkmaktadır (47).

Bazı yazarlar cesedi bir fayda konusu olarak düşünüp, böyle bir sosyal mükellefiyetin yüklenmesi gerektiği kanaatinde idirler (48). Öte yandan, özellikle sosyalist ülkelerde cesede birtakım sosyal mükellefiyetler yüklenmiştir (49). Hukuk düzenimiz açısından ise bu soruya da olumsuz cevap vermek gerekir. Zira, kişilere yaşarken veya öldükten sonra başkalarına yardım etme mükellefiyeti yüklenmemektedir. Dolayısıyla kişilerin kendi geleceğini belirleme mükellefiyetleri de yoktur (50).

Şu halde herkes, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, öldükten sonra cesedinden organ alınmasına izin verip vermeme konusunda serbesttir. Eğer bir kimse sağlığında açıklamış olduğu iradesiyle cesedinden organ alınmasına izin vermişse, ancak o za-

(45) Hilchenbach, 111.

(46) Hilchenbach, 112.

(47) Hilchenbach, 112 - 113.

(48) Kohlhaas, 1224 vd.

(49) Hilchenbach, 114.

(50) Hilchenbach, 111 vd.

man cesetten organ alınabilir. Aksi takdirde kural olarak cesede müdahalede bulunulamaz (51).

Bu modelin kabulü halinde ortaya çıkması muhtemel olan bir diğer sakınca ise, öldükten sonra kendisinden organ alınmasını istemeyen kişilerin bu maksatla bir hukuki işlem yapmak zorunda olduklarını bilemeyebilecekleridir. Gerçi kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. Fakat pratik hayatta böyle bir hükmün pek çok kimse tarafından bilinmemesi mümkündür. Özellikle kırsal bölgelerde yaşayan kişilerin durumu dikkate alındığında, kanunun bilinmemesi ihtimali bir kat daha artmaktadır. Oysa böyle bir konuda kişilerin itirazlarını yapabilmeleri, herşeyden önce yapılan düzenleme hakkında bilgi sahibi olmalarına bağlıdır. Gerçi bu konuda halkın aydınlatılması düşünülebilir. Fakat böyle bir aydınlatma çalışması dahi yeterli olmayabilir. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi, insanlar ağır hastalık ya da yaşlılık gibi bir sebepten dolayı ölümü kendilerine yakın hissetmedikleri sürece, ölüm ile ilgili şeyleri sürekli olarak sonraki bir tarihe ertelerler. Dolayısıyla bu konuda irade beyanında bulunulmamış olması kişinin kendisinden organ alınmasını istediği sonucuna varmayı gerektirmez (52).

Taslağın taşıdığı sakıncalardan biri de, itiraz konusunda yakınların iradesine yer verilmemiş olmasıdır. Gerçi, ölen kişi organlarını bağışlamamış ve fakat üzerinde de yazılı bir beyan çıkmamışsa, yakınların bu hususu beyan ederek organ alınmasına engel olma imkânları bulunmaktadır. Fakat ölen kişinin sağlığında hiç bir irade beyanında bulunmaması halinde yakınlarla itiraz etme hakkı tanınmamakta (53), böylece yakınların itiraz hakları ortadan kaldırılmış olmaktadır. Oysa itiraz modeline göre bir kimseden organ alınabilmesi için kişinin kendisinin ya da yakınlarının itiraz etmemesi lâzımdır (54). Yani itiraz hakkı yakınlarla da tanınmaktadır ki bu onların en tabii hakkıdır. Taslak ile bu hak da ortadan kaldırılmaktadır.

### III. SONUÇ VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

Görüldüğü gibi, organ nakli konusunda yeni düzenlemeler yapmak maksadıyla hazırlanan bu taslaklar bir yandan hukukun temel ilkeleri ile çelişmekte diğer yandan da ölünün yakınlarının ce-

(51) Laufs/Uhlenbruck, 772 - 773; Sturm, 699; Vogel, 625; Oartens, 26 vd.; Feuster, 112 vd.; Hinderling, Die Organtransplantation, 33 vd.; Wasmuth, 25; Bayraktar, 192; Akınal, 24; Gürzumar, 376; Toroslu, 103 - 104 vd.

(52) Akıncı, 94.

set üzerindeki haklarını ihlâl etmektedir. Ancak şu da bir gerçektir ki, Türkiye'de organ temini konusunda çok ciddi sıkıntılar çekilmektedir. Bu sıkıntıların giderilebilmesi için kadavradan organ teminine ağırlık verilmeli ve bunu kolaylaştırıcı hukukî düzenlemeler de vakit geçirilmeden yapılmalıdır. Fakat bu düzenlemeler yapılırken, "daha çok organ temin etme uğruna", vericinin ve yakınlarının hakları da, hukukun temel ilkelerinin dışına çıkılarak gözardı edilmemelidir. Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, saf bir itiraz modelinin benimsenmesi halinde hem vericinin ve yakınlarının hakları ihlâl edilecek, hem de hukukun temel prensiplerinden önemli tavizler verilecektir. Aynı sorun saf bir zaruret modelinin benimsenmesi halinde de sözkonusudur.

Oysa, irade modelini kabul etmek ve fakat ONK. m. 14'de istisnai olarak öngörölmüş olan zaruret modelini, yapılacak olan kanuni bir düzenleme ile biraz daha genişletmek suretiyle bu soruna daha sağlıklı bir çözüm bulunabilir. Şöyle ki; bir zaruret halinin mevcut olması durumunda, ika edilen fiil ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkar. Ancak bunun için gerçek bir tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin kaçınılması mümkün olmayan zararlara yolaçabilecek nitelikte olması gerekir. Ayrıca, genellikle kabul edildiğine göre bu zarar, bir şahsa yönelik olmalıdır (55).

Borçlar hukuku açısından ise, şahsa veya mala yönelmiş bir zarar ya da derhal meydana gelecek bir tehlikenin bulunması durumunda zaruret halinden söz edilebilir. Ancak bunun için ayrıca, zarar veya tehlikenin kaynağının malına zarar verilecek kişi olması, zarar veya tehlike dolayısıyla sadece üçüncü bir şahsın malına zarar verilmiş olması, önlenemez zarar ile üçüncü kişinin malına verilecek zarar arasında bir dengenin bulunması ve zarar ya da tehlikenin kaçınılmaz olması gerekir (56).

Görüldüğü gibi, borçlar hukuku açısından, ancak üçüncü kişinin malına zarar verilmesi halinde bir zaruret halinden söz edilebilir. Nitekim bu husus BK. m. 52/II'de de açıkça hükme bağlanmıştır. Başka bir kişinin şahsiyet haklarına, özellikle vücut bütünlüğüne veya yaşama hakkına yönelik saldırılar, ceza hukuku yönünden suç

(53) Geri çekilen taslağın ilgili hükmünde de yakınların ölüden organ alınmasına itiraz edebilecekleri yolunda bir ibare olmadığı gibi, esasen yakınlarından da hiç söz edilmemekteydi.

(54) Kopetzki, 11; Cartens, 121.

(55) Bu konuda bak. Toroslu, Zaruret, 95 vd.

(56) Eren, II, 156 - 157.

teşkil etmese bile, borçlar hukuku yönünden hukuka aykırı fiil niteliğindedir (57).

Bu durumda, hayatı yapılacak olan nakle bağlı olan ve acilen kendisine organ nakledilmesi gereken bir hasta için, uygun bir vericiden rıza olmaksızın organ alınması halinde, ceza hukuku açısından bir zaruret halinin mevcudiyetinden söz edilebilir ve yapılan müdahale suç teşkil etmez. Fakat borçlar hukuku açısından böyle bir müdahale haksız fiil olarak kalmaya devam eder. Çünkü burada yakınların ceset üzerindeki hakları ihlâl edilmiştir. Yakınların ceset üzerindeki hakları onların şahsiyet hakları çerçevesinde mütalâ edildiğinden (58), cesede yönelik böyle bir müdahaleden dolayı yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilebilir. Bu da, organı alacak olan hekimin sorumluluk almamak için cesede müdahale etmekten kaçınmasına yolaçar. İşte bu noktada, yapılacak olan bir kanunî düzenleme ile, ceza hukuku açısından suç teşkil etmeyen bir müdahale sözkonusu olduğunda, bu müdahale özel hukuk açısından da hukuka uygun bir müdahale haline getirilebilir. Diğer bir deyişle, BK. m. 52/II'ye bir istisna getirilip, şahsiyet haklarını ihlâl eden bu tür bir müdahaleden dolayı yakınların tazminat talepleri ortadan kaldırılabilir. Ya da tazminat talep etme hakkı, kendisine organ nakledilen kişiye ya da onu sigortalayan kuruma karşı tanımlanabilir. Teklif ettiğimiz düzenlemenin haklılığı, acilen organ bekleyen ve hayatı buna bağlı olan hastanın menfaatleri ile, yakınların cesetten organ alınmaması ve ölünün hatırasına saygı gösterilmesi konusundaki menfaatleri mukayese edildiğinde daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Böyle bir değişiklikten sonra sadece, ONK. m. 14/IV'de belirtildiği gibi "kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle" hayatı sona ermiş olan kimselerden değil, her türlü vericiden, zaruret haline binaen organ alınabilir. Ancak burada, zaruret halinin hangi durumlarda mevcut olduğunun çok iyi tesbit edilmesi gerekir. Doktrinde ileri sürüldüğü gibi, Türkiye şartlarında organ bekleyen binlerce hasta varken, her halükârda zaruret halinin tahakkuk etmiş sayılması gerektiği görüşüne (59) katılmıyoruz. Zira, bir hastanın organa ihtiyacı olması ayrı şey, acilen organa ihtiyacı olması ayrı şeydir. Bir zaruret halinin mevcudiyete

(57) Von Tuhr/Peter, 422, N. 103; Eren, II, 156.

(58) Akıncı, 109; Zevkliler, 383 ve Tedavi Amaçlı, 7; Ayiter, Organtransplantation, 181 ve Şahsiyet, 143; Öztan, 118; Özsunay, 211; Ataay, 129 - 130; Tandoğan, Şahsiyet, 8, N. 24.

(59) Hacıömeroğlu, 540.



tinden söz edebilmek için, yukarıda da ifade edildiği gibi zarar tehlikesinin çok yakın olması gerekir. Bu durumda, örneğin böbrek hastası olduğu için diyaliz tedavisi gören ve bu tedaviyle daha aylarca, belki de yıllarca hayatını devam ettirebilecek olan bir hastaya aşılacak üzere cesetten böbrek alınması halinde zaruret halinden söz edilemez. Daha açık bir deyişle; zaruret halinden söz edebilmek için derhal nakil yapılmazsa hayatı bir tehlikeye maruz kalacak olan hastalara aşılacak üzere cesetten organ alınması gerekir.

Öte yandan, zaruret halinin şartları gerçekleşmişse artık ölünün ya da yakınların rızasının araştırılmasına gerek kalmamaktadır(60). Fakat, kendisinden organ alınacak olan kişi ya da onun yakınları, daha önceden bu konuda iradelerini açıklamışlar ve organ alınmasına muhalefet etmişlerse artık bu iradeye saygı göstermek gerekir.

Yapılacak olan bu hukuki düzenlemenin yanısıra, organ bağışını arttırmak için, kişileri organ vermekten alıkoyan sebeplerin tesbit edilerek ortadan kaldırılması, ayrıca bir takım özendirici tedbirlerin de alınması gerekir.

Türkiye'de cesetlerinden organ alınmasına karşı çıkan insanların büyük bir kısmı bunun dinî inançlarına aykırı olduğunu düşünmektedirler. Oysa İslâm hukukçularının (61) pek çoğu organ vermenin caiz, hatta sevaplı bir iş olduğu kanaatinde dirler. Ayrıca, Diyanet İşleri Başkanlığı (62) da organ naklinin İslâm'a aykırı olmadığı yolunda görüş beyan etmiştir. Ortadaki çelişkinin sebebi, halkın bu konuda yeterince aydınlatılmamış olmasıdır. Gerçekten de, organ nakli ile ilgili sorunlar ve naklin dinî yönü konusunda halkı

(60) Doktrinde de pek çok yazar tarafından, değişik sebeplere istinat etse de, zaruret halinin bulunması durumunda ölünün ya da yakınlarının rızası olmaksızın cesetten organ alınabileceği ve yapılan müdahalenin hukuka aykırı bir müdahale olmayacağı ileri sürülmüştür. Bu konuda bak. Kramer, 99 vd.; Laufs/Uhlenbruck, 773; Cartens, 125 vd.; Hinderling, Die Organtransplantation, 40 vd.; Die Transplantation, 67 ve Organ, 422 - 423; Schreiber/Wolfsblast, 192 - 193; Bayraktar, 192; Akunal, 26 - 28; Bayraktar, Organ, 20 - 21; Bilgin, Hayat, 56 - 57.

(61) Bu konudaki görüşler için bak. Akıncı, 25 vd.; Beki, 289 vd.; Haylamaz, 120 vd.

(62) Diyanet İşleri Başkanlığı, zaruret halinin bulunması, hastanın bu yoldan tedavi edilebileceğine hekimin kanaat getirmesi, organ veya dokusu alınan kişinin, bu işlemin yapıldığı esnada ölmüş olması ve alıcının da kendisine yapılacak bu nakle izin vermesi şartıyla, organ naklinin caiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, alıcının işlemiş olduğu iyilik ve kötülüklerden tamamen kendisinin sorumlu olduğu görüşüne de yer verilmiştir. Bu konuda bak. Diyanet İşleri Başkanlığı, Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 6.3.1980 tarih ve 396 sayılı kararı.

aydınlatmaya yönelik çalışmaların yeterli olduğunu söylemek maalesef mümkün değildir. Bu nedenle, halkın doğru bilgilendirilmesi yönünde yoğun çalışmalar yapılmalı ve özellikle naklin İslâm'a aykırı olmadığı hususu çok iyi anlatılmalıdır.

Öte yandan, organ bağışının dini inançlarına aykırı olmadığını düşünenlerin de pek çoğu, kendilerinden alınacak organların, istemedikleri kişilere aşılacağı endişesiyle organ vermekten imtina etmektedirler. Bu konuda fikrini sordüğümüz insanların büyük bir kısmı, organlarının kendileriyle aynı dinden olmayan kimselere aşılmasına karşı oldukları için bağış yapmak istemediklerini söylemişlerdir. Oysa bizim hukukumuzda kişilerin şarta bağlı vasiyetname yapmaları mümkündür. Diğer bir deyişle hukuk sistemimiz, bir kimsenin yapmış olduğu vasiyetname ile, organlarının belli kişilere aşılacak şartıyla alınmasına izin vermesini engelleyici hükümler ihtiva etmemektedir. Ancak bu husus da tam olarak bilinmemektedir. İşte, kamu oyu çalışmalarında halkın bu konuda aydınlatılması ya da şarta bağlı organ bağışı konusunda açık bir düzenleme yapılması, organ bağışını arttırıcı yönde önemli bir rol oynayacaktır.

Nihayet, devlet tarafından organ bağışı konusunda bazı özendirici tedbirler alınabilir. Meselâ hastanede ölen ve ölmeden önce kendisi ya da öldükten sonra yakınları tarafından organları bağışlanan kimselerin tüm hastane ve cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması düşünülebilir. Bu masrafları karşılayan devlet, gerekirse maddî durumu iyi olan alıcıya rücu edebilir. Böylece, hastanede belki uzun bir süre tedavi gördüğü halde sağlığına kavuşamayarak ölen hastaların, maddî durumu kötü olduğu için hastane ve cenaze masraflarını ödeyemeyen yakınlarını organ bağışına sevkedici özendirici bir tedbir alınmış olur.

## BİBLİYOGRAFYA

- Abbasoğlu, O. / Çakmakçı, M. : Günümüzde Organ Transplantasyonu, Bilim ve Teknik, Kasım 1993, C. 26, S. 312, s. 825-832.
- Akıncı, Ş. : Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Basılmamış Doktora Tezi, Konya 1994.
- Akünel, T. : "2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul 1993, s. 19-30.
- Atay, A. : Şahıslar Hukuku, Birinci Ayırım, Giriş - Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978.
- Ayiter, N. : Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD, 1975, C. XXXII, s. 173-184 (Ayiter, Organtransplantation).
- : Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD, 1968, C. XXV, S. 1-2, s. 137-144 (Ayiter, Şahsiyet).
- Baykal, A. : Organ Nakli, AD, 1969, S. 5, s. 298 vd.
- Bayraktar, K. : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- : "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun"a İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Yıl 1979, C. 1, S. 2, s. 15-22. (Bayraktar, Organ).
- Beki, A. : İslâm Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli, Kayseri 1993.
- Bilgin, A. : Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968 (Bilgin, Hayat).
- Bilgin, N. : Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü, Doku ve Organ Transplantasyonları (Editör, M. Haberal), Ankara 1993, s. 9-26.
- Cartens, T. : Das Recht der Organtransplantation, Frankfurt am main - Bern - Las Vegas 1978.

Davas, H. : Blaiberg Bir Yaşında, Cumhuriyet, 6.1.1969.

Eraslan, Ş. : Organ Transplantasyonu ve Fizyolojik Sorunları, AÜ. Tıp Fakültesi Dergisi, 1970, C. XXIII-III, s. 892 vd.

Eren F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1991, (Eren, I), Cilt II, (Eren, II).

Forkel, H. : Verfügungen über teile des Menschlichen Körpers, JZ. 1974, s. 593 vd.

Geilen, G. : Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ. 1968, s. 372-396.

Gramer, E. : Das Recht der Organtransplantation, Diss. Würzburg 1981.

Güner, Ş. : Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü, AD. 1975, S. 5-6, s. 584 vd.

Gürzumar, O. B. : Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, ABD. Mayıs 1991, S. 3, s. 364-389.

Hacıömeroğlu, B. : Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli, "Transplantation" ABD. Ağustos 1991, S. 4, s. 437-548.

Hausheer, H. : Arztrechtliche Fragen, SJZ. 1977/16-17, s. 245-255.

Haylamaz, R. : İslâm Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli, İzmir 1993.

Hilchenbach, F. : Die Zülässigkeit von Transplantaten nahmen vom toten Spender aus Ziviltrechtlicher sichts (unter besonderer Berücksichtigung der Zustimmungfragen) Diss. Heidelberg 1973.

Hinderling, H. : Die Organtransplantation, der heutigen Sichts des Juristen, SJZ. 1979/3, s. 37-43 (Hinderling, Die Organtransplantation).

————— : (Çev. Erdener Yurtcan), Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, MHAD. 1969, S. 5, s. 419-425 (Hinderling, Organ).

İşgüzar, H. : 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlâli Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, ABD. 1990, S. 1-6, s. 855-876.

Kohlhaas, M. : Rechtsfolgen von Transplantationseingriffen, NJW. 1970/28, s. 1224-1226.

- Kopetzki, C. H. : Organengewinnung zu Zwecken der Transplantation, Wien - New York 1968.
- Kramer, H. J. : Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987.
- Laufs, A./ Uhlenbruck, W. / Genzel, H. / Kern, B. R. / Krauskopf, / D. Schlund, G. H. / Ulsenheimer, K. : Handbuch des Arztechts, München 1992. (Laufs/Uhlenbruck).
- Özsunay, E. : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu 5. Basım, İstanbul 1982.
- Öztaş, B. : Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1990.
- Peuster, W. : Eigentumsverhältnisse an Leichen und ihre transplantationsrechtliche Relevanz, Dissertation, Klön 1971.
- Samson, E. : Legislatoische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW. 1974/45, 2030-2035.
- Saracoğlu, K. : Washanski'nin Takma Kalbi, Milliyet, 14.12.1967.
- Schreiber, H. L. / Wolfslast, G. : Ein Entwurf für ein Transplantationsgesetz, MedR. 1992/4, s. 189-195.
- Strätz, H. W. : Zivilrechtliche Aspekte der Rechtstellung des Toten Unter besonderer brücksichtigung der Transplantationen, Paderborn 1971.
- Sturm R. : Zum Regierungsentwurf eines Transplantationsgesetzes, JZ. 1979, s. 697-702.
- Tandoğan, H. : Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD. 1963, S. 1-4, s. 1-36 (Tandoğan, Şahsiyet).
- Toroslu, N. : Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968 (Toroslu, Zaruret).
- Toroslu, N. : Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD. 1978, XXXV. S. 1-4, s. 91-118.
- Tress, P. : Die Organtransplantation aus Zivilrechtlicher Sicht, Mainz 1977.
- Trockel, H. : Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW. 1970/12, s. 489-494.

**Vogel, H. J.** : Zustimmung oder Widderspruch, NJW. 1980/12, s. 625  
vd.

**von Tuhr / Peter** : Allgemeiner Teil des Echweizerischen Obligation-  
enrechts, Band I, Zürich 1979.

**Wasmuth, C. E.** : Legal Aspects of Organ Transplantation, Read at  
the 40th Congres of the International Anescnesia Research  
Society, February 27-Marc 3, 1966, Bal Harbour, Florida, Anesthesia  
And Analgesia, C. 46, No. 1, 1967, s. 25-28.

**Zevkliler, A.** : Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişi-  
ler Hukuk, Aile Hukuku, İzmir 1992.

————— : Tedavi Amaçlı Müdahelerle Kişilik Hakkına Saldırı-  
nın Sonuçları, DÜHFD S. 1, s. 1-37 Zevkliler, Tedavi amaçlı).