

KRONIKLER

ORGAN NAKLİ

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ KARARI

3.6.1975, E. 1975/2433, K. 1975/3150

27/2/974 tarihinde Ankara Dışkapı Sosyal Sigortalar hastahanesinde kanserden ölen Y. İ.'nun cesedinden ertesi sabah gözünü alarak aynı hastahane beklemekte olup gözleri görmeyen H' Y. adındaki kadına ameliyatla nakletmekten (Transplantasyon) sanıklar aynı hastahane göz kliniği şefi O. S. U. ile asistan doktor O. D.'in beraetlerine dair (Altındağ) 1. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 3/3/975 günü hükmün yargıtayca incelenmesi müdahiller vekili tarafından süresinde istida ve şartı depo parası verilmek suretiyle ifa edilerek dava evrakı bozma isteyen 24/4/975 günlü tebliğname ile daireye gönderilmekle okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Müdahillerden A. S., H. N.; H. I. temyiz şartını yerine getirmediklerinden CMUK. nun 317. maddesi uyarınca temyiz isteklerinin istem gibi reddine;

Müdahil S. I. vekilinin temyizine gelince:

Sanıklar Ankara Dışkapı Sosyal Sigortalar Hastanesi Göz Kliniği şefi doktor O. S. U. ile aynı hastane asistanlarından doktor O. D.'in eylemleri, bu hastanede 27/2/974 tarihinde kanserden ölen Y. İ.'nun cesedinden ertesi sabah gözünü alarak 20 yıldan beri görmeyen ve hastahane beklemekte olan H. Y. adındaki hastaya ameliyatla nakletmiş bulunmalarından ibaret olup Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesinin 25/3/974 tarihli raporunda başarılı bir (Kornea transplantasyonu) neticesi adı geçen kadının tashihle 0,2 nisbetinde görmesinin sağlandığı bildirilmiştir.

Sanık doktorlar hakkında TCK. nun 178/2. maddesi uyarınca **cezalandırılmaları isteği** ile açılan kamu davası sonunda mahkeme müsnet suçun kanunî unsurlarının tekevvün etmediği ve hırsızlık kastı da bulunmadığını belirterek sanıklar hakkında beraet kararı verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı tebliğnamesinde sanıkların eylemlerinin görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunduğu halde beraet kararı verildiğinden bahisle hükmün bozulmasını istemiş isede sanıkların eylemlerinin suç teşkil etmesi veya cürüm kasıtlarının mevcudiyeti halinde ancak: TCK nun 178/2 ve 251. maddelerinin uygulanması mümkün olduğundan tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmediği ve müdahil vekilinin TCK. nun 493/4. maddesiyle ceza tayini gerektiği yolundaki itirazı da olayın cereyan şekline nazaran yerinde bulunmadığı gibi sanık doktorların eylemlerinde sözü edilen TCK. nun 178/2. maddesindeki suç unsurları ve cürüm kastı görülmemiştir.

Organ nakli konusunu iki yönden incelemek gerekmektedir. Hukuki bakımdan, ölü sahibinin muvafakatı dışında ölüden bir organ veya parça alınması halinde ilgililerin hukuk mahkemesine dava açacak müdahaleyi yapan doktordan tazminat istemesi söz konusu olabilir. Konunun ceza safhasına gelince: Bazı ülkelerde doktorların yapmakta oldukları organ nakli (Transplantasyon) hakkında kanunlar çıkartılmış ve bunun şartları tesbit edilmiştir. Türkiye'de yıllardan beri doktorlar tarafından bu konuda çalışmalar ve ameliyatlar yapılmakta ise de mevzuatta organ nakline ait gerekli hükümler bulunmadığı gibi teessüs etmiş içtihat da yoktur. Konuyu TCK. nun 178. maddesinin 2. fıkrası hükmünü gözönünde tutarak incelemek gerekmektedir. Maddenin 1. fıkrasında ölünün naaş ve kemiklerine hakaretten bahsedilmiş, 2. fıkrada ise (bunlar haricinde olarak bir kimse bir ölünün naaşını tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa cezalandırılır.) hükmü konulmuştur. Mevzuatın yapıldığı veya dilimize çevrildiği zamanlarda organ nakli diye tıbbî bir mevzu yoktu. Kanun koyucunun mevcut olmayan organ nakli konusunu da bu maddenin 2. fıkrasıyla müeyyide altına aldığı düşünülemez. Maddenin bu fıkrasını incelerken TCK. nun 2. babının 2. faslındaki başlığı da gözönünde tutmak lâzımdır. Başlıkta (din hürriyeti aleyhine cürümler) denmektedir. Sözü geçen maddenin 2. fıkrasının tedvinindeki sebep ve maksat üzerinde dur-

mak ve failin hareketlerinin din hürriyeti aleyhinde olup olmadığını araştırmak lâzımdır. 178. maddedeki hükümlerle mezara ve ölüye tecavüz önlenmek istenmiştir. Doktorların, yaptıkları tıbbî çalışmaların din hürriyeti veya ölüye tecavüzle alâka ve münasebeti yoktur. 178. maddenin 2. fıkrasını yorumlarken dar mânâ vermiyerek geniş ve ilerletici bir yorum yapmak zorunluğu vardır. Dünyanın bir çok ülkelerinde ve memleketimizde doktorlar insanî gayelerle ve âcil tıbbî sebeplerle (belki ilgilinin muvafakatını almak imkânını bulamadan) organ nakli yapmaktadırlar. Kanun koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dar bir mânâ vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbî çalışmaları ve fennin ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca bir an evvel organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukukî yönlerini tayin ve tesbit etmektir.

Sonuç: Sosyal Sigortalar Hastanesinde kanserden ölen bir şahsın gözünü insanî ve tıbbî gaye ile görmeyen bir hastaya naklederek görmesini sağlayan doktorların fiil ve hareketlerinde TCK. nun 178. maddesinin 2. fıkrasındaki maddî ve manevî unsurların ve suç işlemek kastının bulunmadığı ve eylemlerinin başka bir suçda teşkil etmediği sonucuna varıldığından müdahil vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının ve tebliğnamedeki bozma düşüncesinin reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün (ONANMASINA), depo parasının gelir yazılmasına 2/6/975 gününde oybirliğiyle karar verildi. 3/6/975.».

Başkan	Üye	Üye	Üye	Uye
D. Dai	H. Köksal	F. Kıyak	S. Ersöz	N. Mısırlıoğlu

1. — Yukarıya metni nakledilmiş bulunan kararlar, Türk hukukunda, sahiplerinin rızası olmadan, ölüden organ veya parça alarak bir hastaya nakleden doktorun Ceza hukuku bakımından olan durumuna deyiniilmektedir. Karara konu teşkil eden hukukî problem esas itibariyle sahibinin rızası olmadan, tıbbî maksatlarla ölüden organ veya parça alınmasının ne gibi bir tavsife tâbi tutulabileceğidir. Bu hukukî problem yanında ayrıca, cesetten parça alma-

nın hırsızlık suçunu teşkil edip etmeyeceği, 178. maddenin 2. fıkrasında yer almış bulunan hükmün uygulanması yönünden gerekli şart ve unsurlar da aydınlatılmakta ve bir çözüm yoluna kavuşturulmuş olmaktadır.

Karara konu teşkil eden olayda hekim hastanede kanserden ölen bir hastanın, hasta sahibinin rızasını almadan, gözünün kornea tabakasını almış, gözleri görmeyen ve hastanede beklemekte olan diğer bir hastaya naklederek bir kornea transplantasyonu yapmıştır. Ameliye başarı ile sonuçlanmış ve hasta belirli bir oranda görmeye başlamıştır. Olay dolayısıyla hekimler hakkında cezaî takibat yapılmış ise de beraatla sonuçlanmıştır. Müdahillerin temyiz talepleri üzerine yargıtay yukarıya metnini naklettiğimiz kararlar esas mahkemesi hükmünü tasdik etmiştir.

İzah eylediğimiz olay dolayısıyla çözümlenmesi gerekli hukuki problem, bu nevi hallerde TCK. 178. maddenin 2. fıkrasının uygulanması kabil olup olmadığıdır.

2. — Bir kere her şeyden önce cesetten, naaştan, ölü sahiplerinin rızası alınmadan organ veya parça almanın hırsızlık cürmünü teşkil edip etmeyeceği konusu üzerinde durulmalıdır. Kararman, esas mahkemesinin ve yargıtay dairesinin de bu konu üzerinde durdukları anlaşılıyor. Gerçekten esas mahkemesi «sanık hekimlerde hırsızlık kastı bulunmadığı» gerekçesiyle bu cürüm yönünden beraat kararı vermiş 4. daire ise «olayın cereyan şekline nazaran 493/4. maddeyle ceza tayini gerektiği hakkındaki itirazı» yerinde bulmamıştır.

Görülüyor ki, bu konuda esas mahkemesi hırsızlık kastının bulunmadığı gerekçesine dayanmakta, yargıtay ise herhangi bir gerekçe öne sürmeden olayda hırsızlık cürmünün söz konusu olmadığını açıklamakla yetinmektedir.

Cesetten parça alma olaylarında, parça kimin tarafından alınırsa alınsın, hırsızlığın söz konusu olamayacağı açıktır. Gerçekten hırsızlık cürmünün söz konusu olabilmesi için alınan şeyin bir taşınabilir *mal* olması gerekir. Mal ancak mülkiyete konu teşkil edebilecek nitelikteki şeylerdir. (Bu konuda bakınız *Sulhi Dönmezer*, Ceza hukuku, özel kısım, Şahıslar ve mal aleyhinde cürümler, 9. bası İstanbul 1974). Ceset ise üzerinde mülkiyet hakkı teessüs edebilecek bir mal değildir; ceset üzerinde varislerin mülkiyet haklarını kabul etmek imkânı yoktur. Böyle bir kabul, ahlâka ve toplumda

geçerli hukuka da hâkim aslî kurallara aykırı olurdu. Söz gelimi ölenin varisleri birden çok ise ve ceset mal sayılacak olursa nasıl bölüşülecektir? Kaldı ki, TCK. 262. maddesi cesetlerin gömülebilecekleri mahaller dışına gömülmelelerini bile suç haline getirmek suretiyle cesetler üzerindeki tasarrufları sıkı bir biçimde sınırlamış bulunmaktadır. Gene Ceza kanununun 492. maddesi 4. fıkrasında açıkça «cesetle gömülmüş eşya hakkında» hırsızlığın işlenmesini ayrıca belirterek cezalandırdığı halde cesedin çalınmasından, cesedin bir mal teşkil etmemesi dolayısıyla, söz etmemektedir.

3. — Görülüyor ki, ceset bir mal değildir ve binnetice ceset üzerinde hırsızlık cürmünün işlenmesine de imkân yoktur. Bu durum karşısında akla şu soru gelir: Cesetler kanun koyucu tarafından herhangi bir himaye konusu yapılmamış mıdır? Kanun toplumda geçerli örf ve âdetleri, inançları cesetlerin korunması yönünden yeterli olarak mı saymaktadır?

Şüphesiz hayır! Bu kere 178. madde ölünün kemiklerine, parçalarına karşı hakareti, tahkir maksadıyla veya sair gayri meşru bir maksatla veya sair herhangi bir maksada dayanmaksızın cesedin alınmasını suç saymakta ve maddenin 3. fıkrasında da ağırlatıcı sebep gösterilmektedir. Cesetlerin alınması böylece ayrı ve müstakil bir suç teşkil ettiğine göre, TCK hırsızlığa ilişkin hükümlerinin cesetler hakkında uygulanamayacağı ve Ceza kanunu koyucusunun cesetleri mal saymadığı, ayrıca anlaşılmış olur. Yukarıda söylediklerimize ek olarak açıklayalım ki, ceset, kanun koyucu tarafından mal olarak sayılsa idi, alınması halinde hırsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması yeterli olur ve ayrıca 178. maddenin 2. fıkrasını koymaya gerek görülmez idi.

Diğer yandan, hemen açıklayalım ki, ölüye, cesede karşı her türlü tecavüz ölü sahibinin şahsiyet haklarına saldırı teşkil eder ve hukukî bakımdan tazminatı gerektiren bir eylemi oluşturur. Görülüyor ki, kanun koyucu, cesetleri 178. maddeyle cezaî ve medenî kanun marifetiyle de ayrıca hukukî bakımdan korumuş bulunmaktadır. Esasen metni yukarıya nakledilen yarıgtay kararında da bu konuya ilişkin olarak «...hukukî bakımdan ölü sahibinin muvafakatı dışında ölüden bir organ veya parça alınması halinde ilgililerin hukuk mahkemesinde dava açarak müdahaleyi yapan doktordan tazminat istemesi söz konusu olabilir» denilmektedir.

4. — Yukarıda verdiğimiz izahat çerçevesinde cesetlerin korunmasına ilişkin hükümler, tıpta organ nakli ameliyelerine girişilme-

sinden önceki tarihlerde meydana getirilmiştir. Kuralların esas temelini din kuralları ve bu husustaki toplumsal inançlardır. Ceset bütün dinlerde üstün saygı gösterilmesi ve belirli törenlerle Allahın huzuruna teşyi edilmesi gösterilmesi ve belirli törenlerle Allahın huzuruna teşyi edilmesi gereken bir varlık sayılmıştır. Kanun koyucu cesedi korurken din kurallarınca da desteklenen ölü sahibinin duygularını himaye etmek istemiş bulunmaktadır. Nitekim 178. maddemizin bulunduğu faslın başlığı «din hürriyeti aleyhinde cürümler»dir. Demek ki, sözü geçen hükümlerin esas himaye konusu din hürriyetini ve dolayısıyla insanların duygularını korumaktır.

Ancak; özellikle son 15 yıl içinde tıp alanında meydana gelen yeni gelişmeler yaşayan kimselerden ya da ölümlerden canlılara bazı uzuvların nakledilmesini ve bu yolla tıpta, tedavide büyük aşamalara ulaşılmasını sağladı. Ölümlerden alınan uzuvların, tedavide kullanılması bunların ölüm vukua gelir gelmez derhal alınarak nakledilmesini ya da belirli usullere uyularak muhafazasını gerektirdiğinden çok kere uzuv ve parçaların alınması hususunda ölü sahiplerinin rızalarını elde etmek imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle yukarıda sözünü ettiğimiz mevzuatın değiştirilmesi ya da ikmal edilmesi zorunu ortaya çıkmış olduğundan, dünyanın çeşitli memleketlerinde özel kanunlar meydana getirilerek hekimlere, belirli şartlara uyulması suretiyle ölümlerden bazı parça ve uzuvları almak ve bunları sonra kullanılmak üzere muhafazası imkânını tanımak yolu tutuldu. Dünya memleketleri halen de bu tür hükümleri meydana getirektedirler (bu konular için bk. *Sulhi Dönmezer*, Organ transplantasyonları sempozyum notları; *Sulhi Dönmezer*, ölümün tarifi, Yeni İstanbul gazetesi 28.11.1968; *Sulhi Dönmezer*, talep üzerine öldürme; *Köksal Bayraktar*, hekimin tedavi nedeniyle cezaî sorumluluğu, İstanbul 1972 s. 169 ve son.).

5. — Böylece yeniden meydana getirilen veya getirilmesine girişilen hükümler arasında İtalyada 1973 yılında parlamentoya sunulan bir kanun projesi de vardır. Bu proje tıbbî maksatlarla nakletmek üzere ölünün parçalarını almayı düzenlemektedir. Proje özellikle ölümün saptanması konusunda durmakta ve ölüden alınabilecek organları ve bunların alınması usullerini tespit etmektedir. Parçaların kanuna aykırı olarak alınması hali ise çeşitli suçlara konu teşkil etmektedir (bk. Bulletin sur les activités législatives, Conseil de l'Europe, 1973 No. 7 s. 92).

Tıbbın bugün ulaştığı aşamalar ve organ nakillerinin artık geçerli bir tedavi metodu olarak tıpta vatandaşlık hakkını kazanmış olması karşısında konunun mutlaka ayrı kanunlarla düzenlenmesi zorunludur.

6. — İncelediğimiz kararda Yargıtay Dairesi çok yerinde olarak tedavi maksadıyla bir ölüden gözün kornea tabakasını alan hekim hakkında 178. maddenin 2. fıkrasının uygulanamayacağına karar vermiştir. Yargıtay kararında gerekçe olarak şu hususlar kaydedilmektedir.

1) 178. maddenin 1. fıkrasında hakaret maksadıyla ölünün naaş ve kemiklerinden söz ediliyor. 2. fıkrada ise 1. fıkra haricinde ölünün naaşının tamamen veya kısmen alınmasından söz edilmiştir. Bu hükümler organ nakli haline uygulanamaz, zira kanun vücuda getirildiği sırada organ nakli diye bir konu yoktu. Olmayan bu konunun 2. fıkra ile müeyyide altına alındığı düşünülemez.

2) TCK. 2. babın 2. faslının başlığı «Din hürriyeti aleyhinde cürümler» dir. O halde 2. fıkranın meydana getirilmesinin nedeni ve maksadı din hürriyetini korumaktır. Tedavi maksadıyla ölüden kornea tabakasını alan hekimde din hürriyetini ihlâl etme maksadı yoktur.

3) O halde 2. fıkrayı *ilerletici* bir yoruma tabi kılarak yorumlamalıdır. Bu fıkrayı, hekimlerin insanî gayelerle ve âcil tıbbî sebeplerle ilgilinin muvafakatını almak imkânı bulamadan organ nakli yapmaları halinde uygulamamalıdır.

4) Bu fıkra ile kanun koyucunun insani maksatla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Hukuk kuralları tıbbî çalışmaları ve fennin ilerlemesini aksatacak biçimde yorumlanıp uygulanamaz.

Olayda uygulanacak hukuk kuralları yönünden yargıtayın yorumuna ve gerekçesine katılıyoruz. Kaldı ki, 178. maddenin 2. fıkrasının organ nakli ameliyelerine başlanmadan önceki tarihlerde İtalyadaki uygulamalarında da kabul edilen esas, hiç olmazsa sonuç bakımından, böyle idi. Söz gelimi maddeyi yorumlayan *Manzini* alınacak parçanın cesedin ana karakteristiğini bozacak derece ve miktarda olmasını maddenin uygulanması için şart saymıştı. Böylece meselâ cesedin saçlarından hatıra için bir kısım almak ya da tırnaklarını kesip saklamak *Manzini*'ye göre ikinci fıkrayı ihlâl

etmez. Alınan parça cesedin tümlüğünü bozarsa fikranın uygulanması gerekir. Demek oluyor ki, tıbbî mülâhazalar dışında da olayda 178. maddenin 2. fıkrasını uygulamak mümkün değildir.

Durum böyle olmakla beraber yargıtayın yaptığı yorumun *geliştirmeci* ve *genişletici* nitelikte olduğunu kaydetmelidir. İlerde çıkabilecek diğer bir kısım olaylarda bu yorumun geçerli olması mümkün olmayabilir. Söz gelimi eğitim maksadıyla ceset parçalanacak olursa gene aynı yorumu uygulayarak, 178. maddenin bilimin gelişmesini durdurucu biçimde uygulanmasının doğru olmayacağını ileri sürebilecek miyiz? Bu nedenle vakit geçirilmeden yapılması gerekli olan şey diğer batı memleketlerinin saptadığı esaslara uyarak konuyu özel bir kanunla düzenlemektir. Böyle bir kanuna ihtiyaç olduğu açıktır. İncelenen faraziye de tıbbî, bilimsel ihtiyaçlarla insanların duyguları çatışıyor. Her ikisi de saygı gösterilmesi ve muhafaza edilmesi gerekli aslî değerlerdir. Mesele bu ikisinin telifini sağlayacak bir orta yol bulmaktır. Bu orta yol ise ancak meseleyi derinliğine, titizlik ve hassasiyetle düzenleyecek bir kanunla meydana getirilebilir. Bu nedenle sözü geçen kanunun bir an önce meydana getirilmesi zorununa inanıyoruz. Nitekim metni naklolan kararda da Yargıtay dairesi çok aydın bir görüşle geniş bir yorumu yeğ tutarken aynı zamanda «yapılması gereken şey kanun vazınca bir an evvel organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukukî yönlerini tayin ve tespit etmektir» diyor. Böylece Daire ilerde çıkabilecek başka olaylarda durumun geniş ve geliştirmeci bir yorumla da çözümlenemeyeceği ve ortaya adaletsiz sonuçların çıkabileceği ihtimaline de dikkati çekmiş oluyor. Kanun koyucunun Yargıtay Dairesinin önerisine bir an önce uymasını ve gerekli çalışmalara vakit geçirilmeden başlanmasını biz de temenni ediyoruz.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER