

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**BİR TIBBİ MÜDAHALE ŞEKLİ OLARAK
ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ
SINIRLARI**

Gizem GÖZÜBÜYÜK
2501121333

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul 2016



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : GİZEM GÖZÜBÜYÜK Numarası : 2501121333
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 04.03.2016 Saati : 14:00
Tez Başlığı : BİR TIBBİ MÜDAHALE ŞEKLİ OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ SINIRLARI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. ADEM SÖZÜER		KABUL
2-PROF.DR.CANER YENİDÜNYA		KABUL
3-YRD.DOÇ.DR.MEHMET MADEN		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-YRD.DOÇ.DR.TUBA TOPÇUOĞLU		
2- YRD.DOÇ.DR.MEH MET EMİN ALŞAHİN		

BİR TIBBİ MÜDAHALE ŞEKLİ OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ SINIRLARI

GİZEM GÖZÜBÜYÜK

ÖZ

Başarı ile gerçekleştirilen organ ve doku nakilleri sonrası hukuk düzenleri özel bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku naklinde uyulması gereken kuralları saptamak adına yasa yapmaya koyulmuştur. Bu yasalarda genellikle insanlar arası naklin şartları belirlenerek bu şartlara aykırılık durumunda uygulanacak ceza yaptırımları düzenlenmiş ve özellikle organ ticaretinin önlenmesine yönelik tedbirler alınmıştır. Çalışmamızda, bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku naklinin hukuki sınırlarına dair Türk Hukuku'nda yapılan düzenlemeler irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku, Yaptırım, Tıbbi Müdahale, Organ ve Doku Nakli, Organ ve Doku Ticareti

ORGAN AND TISSUE TRANSPLANTATION AS A TYPE OF MEDICAL INTERVENTION AND ITS LIMITS

GİZEM GÖZÜBÜYÜK

ABSTRACT

Following successful organ and tissue transplantations, legislators from different jurisdictions have started to enact laws on the subject to determine the rules pertaining to organ and tissue transplantation, which is a special type of medical intervention. These laws generally set the conditions of human-to-human transplantation, regulate criminal sanctions to be applied in case of breach of such conditions and take precautions especially to prevent organ trade. In this study, regulations under Turkish Law in relation to the legal limits of organ and tissue transplantation which is a special type of medical intervention are examined.

Keywords: Criminal Law, Sanction, Medical Intervention, Organ and Tissue Transplantation, Organ and Tissue Trade

ÖNSÖZ

Hukukun ana öznesi olan insanın en temel hakkı yaşamdır. Diğer tüm haklar yaşam hakkı ile var olabilir. İnsanın yaşamını sürdürebilmesi için fizyolojik ve anatomik olarak organların fonksiyonunun devamlılığı ve organizmanın bütünselliği önem arz eder. İşte esasen yaşam hakkının korunmasına hizmet eden organ ve doku nakilleri belirli şartlara uygun olarak yapılması koşuluyla hukuka uygun addedilmiştir.

Organ ve doku nakilleri diğer tıbbi müdahalelerden, daha yüksek organizasyon gerektirmesi ve taraflardan biri için tedavi amacı güdülmese de tıbbi müdahaleye maruz kalan iki tarafın mevcut olması ile ayrılır. Arz ettiği bu farklılıklar organ ve doku nakillerini özel bir tıbbi müdahale türü olarak değerlendirmeyi gerektirmiştir.

Bu çalışma tıbbi müdahaleler içerisinde önemli bir yere sahip ve özellik arz eden organ ve doku nakillerinin Türk Hukuku'ndaki yasal sınırlarının belirlenmesi amacını taşımaktadır.

Tezimizin ortaya çıkmasında desteklerini esirgemeyen insanlara teşekkürü bir borç bilirim. Öncelikle tez danışmanlığımı üstlenen, tez konusunun belirlemesi ve sonrasındaki süreçte desteğini esirgemeyen Hocam Prof. Dr. Adem Sözüer'e; tezin yazımına başlandığı ilk aşamada danışmanlık görevini kabul eden Serdar Talas'a canı gönülden teşekkür ederim. Bugünlere gelmemde büyük emekleri olan annem ve babama sonsuz teşekkür ederim. Yine tez yazım sürecim boyunca desteklerini eksik etmeyen Sevgi Annem, Huzeyfe Babam ve değerli büyüğüm Orhan Çakıroğlu'na çok teşekkür ederim. Tüm sürece en yakından şahit olan ve en büyük yardımcım sevgili eşim Ali'ye sonsuz teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR TIBBİ MÜDAHALE OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİ

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI	3
II. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
A. Tıbbi Müdahalelerin “Tipe Uygun Eylem” Olmadığı Görüşü.....	5
B. Tıbbi Müdahalelerde Manevi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü.....	6
C. Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Aykırılık Unsurunun Gerçekleşmediği Görüşü	7
1. Üstün Menfaat Görüşü.....	7
2. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Görüşü.....	8
3. Zorunluluk Hali Dolayısıyla Hekimin Fiilinin Hukuka Uygun Olduğu Görüşü ..	8
4. İzin Verilen Risk Görüşü	9
5. Tıbbi Müdahalelerin Kendine Özgü Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğu Görüşü.....	9
6. Tıbbi Müdahalelerin Görevin İfası Dolayısıyla Hukuka Uygun Olduğu Görüşü	9
7. Hakkın İcrası Dolayısıyla Hekimin Fiilinin Hukuka Uygun Olduğu Görüşü	10
8. İlgilinin Rızası Dolayısıyla Hekimin Fiilinin Hukuka Uygun Olduğu Görüşü ..	11
9. Kanaatimiz	12
III. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI	14
A. Rızanın Bulunması Durumundaki Koşullar	14
1. Genel Olarak Rıza.....	14
2. Rızanın Şartları	16
a. Hastanın Rıza Göstermeye Ehil Olması	16
(1) Genel Olarak.....	16
(2) Küçüklerin Rıza Ehliyeti	17
(3) Kanuni Temsilcinin Verdiği Rızaya İlişkin Sorunlar.....	20
(4) Vesayet Altında Bulunanların Ehliyeti.....	21
b. Rızanın Konusu	22

(1) Rızanın Kapsamı	22
(2) Hastanın Tasarruf Yetkisi.....	22
c. İradenin Hukuken Kabul Edilebilir Bir Amaca Yönelik Olması	24
d. İradenin Sağlıklı Olması.....	26
(1) İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması	26
(2) Hastanın Aydınlatılmış Olması	27
i. Genel Olarak.....	27
ii. Aydınlatmanın Yerine Getirilmesi	28
a. Aydınlatmada Bulunacak Kişi.....	28
b. Aydınlatmanın Yapılacağı Kişi	29
c. Aydınlatma Zamanı	30
d. Aydınlatmanın Şekli.....	30
e. Aydınlatmanın Konusu.....	32
a) Teşhis konusunda aydınlatma	32
b) Tedavi ve Tedavi Süreci Hakkında Aydınlatma.....	32
c) Riskler Hakkında Aydınlatma.....	33
d) Tedavinin Sonuçları Hakkında Aydınlatma	34
f. Aydınlatmanın Kapsamı ve Sınırları.....	34
a) Kapsamın Genişlemesi.....	36
b) Kapsamın Daralması.....	37
c) Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkabileceği Haller	38
(i) Aydınlatmanın Hasta Üzerinde Olumsuz Etki Yapma Olasılığı Halinde.....	38
(ii) Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi	39
(iii) Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması veya Daha Önce Aydınlatılmış Olması	39
(iv) Acil Haller.....	40
(v) Aydınlatmanın Hasta Bakımından Anlamını Yitirmiş Olması	40
g. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinin Sonuçları.....	40
e. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye (Tıp Sanatını Uygulama Hak ve Yetkisi Olan Kişi) Yönelmesi.....	41
(1) Hekimlik Yapma Koşulları	42
(2) Hekimin Tıbbi Standarda Uygun Hareket Etme Zorunluluğu	45
f. Rızanın Açıklanması	47

(1) Genel Olarak.....	47
(2) Açıklamanın Zamanı	47
(3) Açıklamanın Şekli	49
B. Rızanın Bulunmaması Durumundaki Koşullar	50
1. Rızanın Alınmaması.....	50
2. Rızanın Esirgenmesi ve Tedaviyi Ret Hakkı.....	52

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİ VE İLGİLİ İDARİ DÜZENLEMELER

I. KONU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR	57
A. Organ.....	57
B. Doku	57
C. İnsan Kökenli Biyolojik Madde	59
D. Organ veya Doku Nakli (Transplantasyon)	59
E. Alıcı ve Verici (Bağışlayan/Donör).....	60
F. Greft.....	60
G. Organ veya Doku Uyuşmazlığı ve Reddi.....	60
II. HUKUKSAL TEMEL VE KAPSAM	61
III. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	63
A. Yirminci Yüzyıldan Önceki Durum.....	63
B. Yirminci Yüzyıldan Sonraki Durum	63
IV. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN AHLAKİ VE DİNİ BOYUTU.....	64
V. ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE İLGİLİ ORGANİZASYONLAR.....	66
A. Genel Olarak	66
B. Ülkemizde Organ Nakli İle İlgili Organizasyonlar ve İşleyiş	67
1. Kurumlar	69
2. Kuruluş.....	70
3. Denetim ve Yaptırım	71
4. Ülkemizde Organ ve Doku Nakline İlişkin Usul.....	72
VI. ORGAN VE DOKU NAKLİ ÇEŞİTLERİ	72
A. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Organ ve Doku Nakli (Otolog Transplantasyon/Oto-Greft).....	72
B. Hayvanlardan Yapılan Organ ve Doku Nakli (Heterolog Transplantasyon/Xeno-Greft).....	73

C. Yapay Organ.....	75
D. İnsanlar Arası Organ ve Doku Nakli (Homolog Transplantasyon/Allo-Greft).....	77
1. Canlılardan Organ ve Doku Nakli	77
a. Genel Olarak.....	77
b. Canlılardan Organ ve Doku Alınabilmesinin Şartları	79
(1) Vericiye İlişkin Şartlar	79
i. Uygun Verici	79
ii. Bağışlanan Organın Vericinin Hayatını Sona Erdirecek veya Tehlikeye Sokacak Bir Organ Olmaması	79
iii. Vericinin Rıza Göstermiş Olması.....	80
a. Rızanın Konusu	80
b. Vericinin Rıza Göstermeye Ehil Olması	81
c. Vericinin İradesinin Sağlıklı Olması	83
d. İrade Beyanının Muhtevası ve Özellikle Ticaret Yasağı.....	84
e. Rızanın Şekle Uygun Olarak Açıklanması	87
f. Rızanın Zamanında Açıklanmış Olması	89
iv. Alıcının Tedavisi Amacı.....	89
v. Akrabalık Şartı.....	91
(2) Hekime İlişkin Şartlar ve Hekimin Yükümlülükleri	92
(3) Nakil İşleminin Yapılacağı Sağlık Kurumuna İlişkin Şartlar	94
2. Ölümlerden Organ ve Doku Nakli.....	94
a. Genel Olarak.....	94
b. Ölümlerden Organ ve Doku Alınabilmesinin Şartları.....	96
(1) Organları Nakledilecek Hastanın Ölmüş Olması	96
i. Ölümün Tarifi	96
ii. Ölümün Tespiti	97
iii. Organ ve Doku Naklinde Ölümün Tespiti.....	100
iv. Şüpheli Ölümelerde Organ Nakli	103
(2) Organ Nakline Rıza Gösterilmiş Olmalı	104
i. Genel Olarak.....	104
ii. Rıza Şartına İlişkin Dünya Geneline Uygulanan Sistemler.....	105
a. Vericinin Onayını Aramayan Sistem.....	105
b. Vericinin Açık Onayını Arayan Sistem (Rıza ve Onay Modeli).....	105

c. Vericinin Zımni Onayını Öngören Sistem (İtiraz Modeli).....	106
d. Türk Hukuku'nda Kabul Edilen Model.....	106
e. Kanaatimiz.....	112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ORGAN VEYA DOKU ALINMASI İLE ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

I. GENEL OLARAK.....	114
II. MUKAYESELİ HUKUKTA ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU..	116
III. TÜRK HUKUKU'NDA 765 SAYILI TCK DÖNEMİNDE HUKUKA AYKIRI ORGAN VEYA DOKU ALINMASI İLE ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU	118
IV. TÜRK HUKUKU'NDA 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİNE GÖRE HUKUKA AYKIRI ORGAN VEYA DOKU ALINMASI İLE ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU	119
A. Genel Olarak	119
B. Suçla Korunan Hukuki Değer	120
C. Suçun Genel Unsurları	121
1. Maddî Unsurlar	121
a. Suçun Faili	121
b. Suçun Konusu, Mağdur	122
c. Fiil (=Hareket)	123
(1) Birinci Fıkra Yönünden Fiil	123
(2) İkinci Fıkra Yönünden Fiil	124
(3) Üçüncü Fıkra Yönünden Fiil	126
(4) Beşinci Fıkra Yönünden Fiil	128
(5) Altıncı Fıkra Yönünden Fiil	129
2. Manevi Unsur	131
a. Birinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur	132
b. İkinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur	132
c. Üçüncü Fıkra Yönünden Manevi Unsur	133
d. Beşinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur	133
e. Altıncı Fıkra Yönünden Manevi Unsur	134
f. Sekizinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur	134
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	135
D. Suçun Nitelikli Unsurları	136

E. Kusurluluk	138
1. Genel Olarak	138
2. Kusur Yeteneğini Ortadan Kaldıran Nedenler.....	138
3. Mazeret Sebepleri	138
4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri	141
F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	141
1. Suça Teşebbüs.....	141
2. Suça İştirak	143
3. Suçların İçtimaı.....	144
a. Suç Tekliği Halleri (Görünüşte İçtima)	144
b. Suç Çokluğu Halleri (Fikri İçtima ve Zincirleme Suç).....	148
G. Cezalandırılabilirliğin Diğer Koşulları.....	149
1. Genel Olarak	149
2. Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler.....	150
a. Genel Olarak	150
b. Etkin Pişmanlık	150
H. Yaptırım	151
İ. Muhakeme	153
SONUÇ	154
KAYNAKÇA	159

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Basım
bsk.	: Baskı
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi

HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KHuka	: Kamu Hukuku Arşivi Dergisi
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBĐ	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
THD	: Tıp Hukuku Dergisi
TTBK	: Türk Tabipleri Birliği Kanunu
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
Y	: Yıl
yay. haz.	: Yayına Hazırlayan
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

y.y. : Basım Yeri Yok



GİRİŞ

Ölüme çare bulamayan insanoğlu, yaşamı uzatmak için elinden geleni yapmaktadır. Bu çabalarının önemli bir kısmını işlevini yerine getiremeyen organ veya dokuların yerine yenisini yerleştirmek olarak tariflenebilecek organ veya doku nakilleri oluşturmaktadır. Tarih boyunca yapılması arzulanan organ nakillerinin başarı ile gerçekleştirilebilmesi yirminci yüzyıl bilgi ve teknolojisi ile mümkün olmuştur. Damar cerrahisi alanında yaşanan gelişmelerle organın yeni vücutta çalışır hale gelebilmesi ve alıcının bünyesinin yabancı organı reddetme reaksiyonuna karşı geliştirilen ilaçlar ile artık organ nakilleri uzun süreli iyileşmeler sağlayan güvenli, başarılı ve yaygın olarak uygulanan yöntemler haline almıştır. Tıbbın gelişmesi ile ortalama insan ömrünün artması ve yaşlanan insan nüfusunda gözlenen doğal hastalıklara bağlı olarak gelişen organ yetmezlikleri başarılı bir şekilde uygulanan nakillere talebi artırmıştır. Artan talebe karşın yapılan bağışların yetersizliği ise organ nakillerinin çıkmazıdır. Bu çıkmaz kötüye kullanımları beraberinde getirmiş, ulusal ve uluslararası düzeyde yeni bir pazar oluşturmuştur. Organ veya dokunun, dolayısıyla insan bedeni ve hayatının ekonomik bir meta haline getirilmesi, hukuk sistemlerini bununla mücadele için ceza yaptırımını öngören düzenlemeler getirmek zorunda bırakmıştır.

Üç bölümden oluşan çalışmamızda, özel bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku nakillerinin hukuki sınırları incelenmiştir. Organ ve doku nakillerinin birer tıbbi müdahale olmaları nedeniyle ilk bölümde öncelikle tıbbi müdahalelerin hukuki niteliği irdelenmiştir. Tıbbi müdahalelerin tipe uygun eylemler olmadığı, tıbbi müdahalelerde manevi unsurun gerçekleşmediği ve tıbbi müdahalelerde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediği şeklinde ana başlıklar halinde tasniflediğimiz görüşler ve bu görüşlere yapılan eleştiriler incelenmiştir. Ulaşılan sonuca göre tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan koşullar rızayı temel alan bir sistematikte ayrıntılı bir şekilde irdelenmiştir.

Genel olarak tıbbi müdahalelerin özellikle ceza hukuku karşısındaki yerini belirlemeyi amaçlayan ilk bölümden sonra ikinci bölümde, özel bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku nakilleri işlemleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Konu ile ilgili kavramların açıklanması ile başlayan bölümde organ ve doku nakillerinin

hukuksal temel ve kapsamı ile tarihi gelişimine yer verilmiştir. Çok yönlü bir konu olan organ ve doku nakillerinin ahlaki ve dini boyutuna değinilmiş, en önemli ayak olarak nitelendirilebilecek organ ve doku nakli organizasyonları ile ülkemizdeki işleyiş incelenmiştir. Son olarak hukukumuzda canlılardan ve ölülerden nakil yapılabilmesi için getirilen şartlar ayrıntılı olarak irdelenmiş, organ ve doku nakillerindeki hukuki prosedür ve aksaklıklar, organ ve doku nakliyle ilgili karşılaşılabilen diğer sorunlar aktarılmış, bu sorunlara çözüm önerileri getirilmiştir.

Son bölümde organ ve doku nakillerinin çıkmazı olan organ yetersizliğinin yol açtığı organ ticaretinin önlenmesi amacıyla hukukumuzda yer alan düzenlemelere yer verilmiştir. Ceza kanunumuzun 91. maddesinde organ veya doku ticareti başlığı altında düzenlenen suç, suç inceleme metoduna uygun bir şekilde irdelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR TIBBİ MÜDAHALE OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİ

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Ceza hukukunun temel fonksiyonu, toplumsal hayatın devamı bakımından hayati olarak görülen bireysel ve toplumsal hukuki değerlere yönelik yaratılan tehlike veya zararları, bu hukuki değerlerin önemine göre niteliği ve niceliği belirlenen kamusal yaptırımlarla karşılamaktır. Ceza hukukunu diğer hukuk alanlarından ayıran temel özellik ise yaptırım türünün niteliğinden kaynaklanmaktadır¹. Her tıbbi müdahale dış görünüş itibarıyla, kişinin vücut bütünlüğünü ve kendi geleceğini belirleme hakkını etkileyen bir davranış olduğu için, yapılan eylemin suç oluşturması durumunda ceza hukukunu ilgilendirmektedir².

Öğretide çeşitli tıbbi müdahale tanımları yapılmıştır. Bu tanımların ortak noktası, hekim tarafından, tedavi amacına yönelik ve tıp biliminin kurallarına uygun faaliyetler olmasıdır^{3,4}. Kanaatimizce hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin şartlarını temel alan bu tanımdan ziyade, tıbbi müdahalenin doğal niteliklerinden yola çıkarak,

¹ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.439-440; Hakan Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.65.

² Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.27; Selahattin Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **AÜHF**, C.XXXV, S:1-4, 1978, s.58.

³ Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.15; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s.24; Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, **Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan (1981-1982)**, **İÜHF**, C.XLV-XLVII, S:1-4, 1979-1980-1981, s.270-271; Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **AÜHF**, C.L, S:4, 2001, s.66; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s.5; Necati Meran, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası”, **AD**, Y:97, S:24, Ocak 2006, s.91.

⁴ Mevzuatımızda, kanunda açıkça tanımlanmayan tıbbi müdahale kavramının öğretide yapılan tanımlarına ışık tutar bazı hükümler yer almaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13 hekimin ilmi icaplara uygun teşhis ve tedavi uygulaması gerektiği ve teşhis, tedavi veya korunmak amacı olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir müdahalede bulunması yasağı; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14 hekimin durumun gerektirdiği tıbbi özeni göstermesi gerektiği hükümleri bunlardandır.

8.5.2014 tarih, 28994 s. R.G.’de yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.2 ile Hasta Hakları Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesine öğretide yapılan tanımlamalara paralel olarak, “*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim*” şeklinde bir tıbbi müdahale tanımı eklenmiştir.

kişinin vücut bütünlüğüne tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale şeklinde bir tanım daha doğru olacaktır⁵.

II. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kişinin vücut bütünlüğünü ve kendi geleceğini belirleme hakkını etkileyen tıbbi müdahalelerin suç teşkil edip etmediği⁶, eğer suç teşkil etmediği kabul edilirse⁷ müdahalelerin hukuka uygunluğunun gerekçesi oldukça tartışmalı olup halen fiilin hukuka uygunluğunu sağlayan etken bakımından görüş ayrılıkları mevcuttur⁸.

Bir görüşe göre, tıbbi müdahaleler kanuni tanıma uygun olmayan ve dolayısıyla suç teşkil etmeyen eylemlerdir⁹. Diğer bir görüşe göre ise tıbbi müdahaleler suçun manevi unsurundan yoksun müdahalelerdir¹⁰. Son olarak kanuni tanıma uygun olmasına ve manevi unsurun gerçekleşmesine rağmen hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle tıbbi müdahalelerin suç teşkil etmediği görüşü mevcuttur¹¹.

Tıbbi müdahalelerin tipe uygun olmayan fiiller olduğu görüşüne göre suçun maddi unsuru eksik iken tipe uygun olmakla birlikte hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle suç teşkil etmediği görüşüne göre suçun maddi unsuru oluşmuş ancak fiil hukuk düzeni tarafından tasvip edilmiştir.

⁵ Aynı yönde, Salih Şahiniz, “Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım, 2003, s.727; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.43.

Yargıtay 2. HD., 149/8841, 14.4.2014 tarihli kararda da bu şekilde tanımlamıştır. Hakeri, **a.g.e.**, s.43, dn.53.

⁶Gerçekten, tıbbi müdahaleler doğurduğu sonuçlara bakıldığında yaralama başta olmak üzere adam öldürme, özgürlüğü kısıtlama gibi birçok suç tipini ihlal eder nitelikte görünmektedir. Zeka Kayalı, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996, s.77 vd; Erman, **a.g.e.**, s.27; Henning Rosenau, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Çev. Ali Kemal Yıldız, C.III, S:2, 2006, s.49.

⁷Türk Hukuku’nda tıbbi müdahaleler hukuka uygun kabul edilmekte ancak hukuka uygunluğunu sağlayan gerekçe üzerinde görüş birliği sağlanamamaktadır.

⁸Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s.65; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.113; Erman, **a.g.e.**, s.27,48; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2 c., C.II, Gözden Geçirilmiş 10. bs., İstanbul, Beta Basım, 1994, s.44.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II.Tıbbi Müdahalelerin Hukuki Niteliği, A.Tıbbi Müdahalelerin “Tipe Uygun Eylem” Olmadığı Görüşü Başlığı.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II.Tıbbi Müdahalelerin Hukuki Niteliği, B.Tıbbi Müdahalelerde Manevi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü Başlığı.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II.Tıbbi Müdahalelerin Hukuki Niteliği, C.Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Aykırılık Unsurunun Gerçekleşmediği Görüşü Başlığı.

A. Tıbbi Müdahalelerin “Tipe Uygun Eylem” Olmadığı Görüşü

Tıbbi müdahalelerde kanuni unsurun gerçekleşmediği yani fiilin kanuni tanıma uygun olmadığı ve dolayısıyla suç teşkil etmediği görüşü bunlardan ilkidir¹². Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı müdahalenin amacını, bir kısmı müdahalenin sonucunu -yani başarılı olup olmamasını-, diğerleri ise müdahalenin meslek kurallarına uygunluğunu öne çıkarmaktadır¹³.

Müdahalenin amacını öne çıkararak yazarlar, tıbbi müdahalelerde, yaralama ve adam öldürme suçlarındaki kişinin vücut bütünlüğüne veya yaşamına zarar verebilecek nitelikteki hareket ve neticenin olmadığını, kişinin sağlığını düzeltme, yaşamını kurtarma amacının olduğunu¹⁴, müdahalenin sonucunu öne çıkararak yazarlar, bir tıbbi müdahalenin ancak bir bütün olarak değerlendirilebileceğini, yani söz konusu müdahale esnasında hasta bedeninde açılan yaraların verilen acıların müdahalenin belli bir parçasını oluşturduğunu ve sonuçta, hastanın sağlığında kötü yönde bir sonuçtan bahsedilemeyeceğini belirtmişlerdir¹⁵. Bir kısım yazar ise müdahalenin meslek kurallarına uygun yapılması halinde sonucu olumsuz dahi olsa suç oluşmayacağını savunmaktadır¹⁶.

Öğretide bu görüş Dönmezer/Erman tarafından, kanunun adam öldürme ve yaralama suçlarını düzenlerken tıbbi müdahaleleri açıkça ayırt etmediği ve tıbbi müdahalelerin zarar verici olmadığını a priori iddia etmenin mümkün olmadığı ancak müdahalenin sonucuna göre niteliğinin belirlenebileceği ve müdahalenin sonucuna bakmanın da hataya düşürebileceği belirtilerek eleştirilmiştir¹⁷.

Gerçekten, tıbbi müdahale çerçevesinde hekimin uygulamış olduğu fiiller, kanundaki tanıma uygun olduğu için tipe uygun fiillerdir¹⁸. Özellikle cerrahi

¹² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.44.

¹³ Erman, **a.g.e.**, s.35.

¹⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.44-45; Bayraktar, **a.g.e.**, s.65-66; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s. 113-114; Erman, **a.g.e.**, s.38.41

¹⁵ Erman, **a.g.e.**, s.35; Dönmezer/ Erman, **a.g.e.**, C.II, s.45.

¹⁶ Erman, **a.g.e.**, s.36; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.114.

¹⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.45-46.

¹⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2 c., C.I, Gözden Geçirilmiş 11. bs., İstanbul, Beta Basım, 1994, s.44; Gülsün Ayhan Aygörmüş, “Hukuki Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, **YÜHFD**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.VI, S:2, 2009, s.139-140; Wolfgang Oehler, “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından

müdahaleler olmak üzere birçok tıbbi müdahalede insan vücuduna doğrudan bir müdahale söz konusu olmaktadır. Fiilin iyileştirme amacına yönelik olması, fiilin meslek kurallarına uygun olarak yapılması ve hatta müdahalenin başarı ile sonuçlanması, bu sonucu değiştirmez¹⁹. Hareketin tipik olmadığı ifadesi, ancak fiilin objektif unsurları esas alınarak yapılabilir. Müdahalenin amacının iyi veya kötü olması, yani amaç maddi unsur kapsamında değil, manevi unsur kapsamında değerlendirilebilir.

B. Tıbbi Müdahalelerde Manevi Unsurun Gerçekleşmediği Görüşü

Tıbbi müdahalelerde manevi unsurun gerçekleşmediği görüşünü savunan yazarlardan bir kısmı kastın bulunmadığını, bir kısmı ise tıbbi müdahalelerin özelliği dolayısıyla belirli bir riske izin verildiğini ve taksirin bulunmadığını savunmaktadır²⁰.

Bu görüşler, tıbbi müdahalelerde tedavi amacıyla hareket edildiği ve zarar verme kastının mevcut olmadığı²¹ ve yapıları gereği tehlikeli bazı faaliyetlerin icrasında genel kural, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle taksirli davranıştan söz edilemeyeceği gerekçesine dayandırılmıştır²².

Tıbbi müdahalelerde manevi unsurun mevcut olmadığı düşüncesine katılmamaktayız. Söz konusu düşüncelerde kast, saik ve maksat karıştırılmıştır. Saik ve maksat bakımından bir farklılık ileri sürülebilirse de bu düşünce, ceza kanununca kendilerine açık bir atıf yapılmadıkça önem arz etmeyen hususlara kastı bertaraf edici nitelik tanıdığı gerekçesiyle öğretide haklı olarak eleştirilmiştir²³. Kastın mevcut olabilmesi için failin fiili bilip istemesi yeterlidir ve tıbbi müdahalelerde bu durum mevcuttur²⁴. Mesleğin tehlikeli olması nedeniyle taksirin bulunmadığı

Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”, **YÜHFD**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.VI, S:2, 2009, s.17.

¹⁹Türk uygulaması ve mevzuatı da bu konuda görüş birliği içindedir. Karşılaştırmalı hukuktaki durum ve görüşlerin eleştirileri için bkz. Erman, **a.g.e.**, s.28-47.

²⁰Bayraktar, **a.g.e.**, s.98; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.46.

²¹Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.46; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.117.

²²Bayraktar, **a.g.e.**, s.100.

²³Gürelli, a.g.m., s.267; Bayraktar, **a.g.e.**, s.99-100; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.46.

²⁴Bayraktar, **a.g.e.**, s.100; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.46.

görüşüne de katılmamaktayız. Tıbbi müdahalenin yapısı itibari ile risk içermesi nedeniyle illiyet bağının otomatik olarak kesilmesi yanlış sonuçlara yol açabilecek tehlikeli bir varsayımdır²⁵.

C. Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Aykırılık Unsurunun Gerçekleşmediği Görüşü

Öğretide tıbbi müdahaleler için çeşitli hukuka uygunluk sebeplerinin geçerli olabileceği savunulmuştur. Bu görüşler aşağıda incelenmiştir.

1. Üstün Menfaat Görüşü

Üstün menfaat gerekçesini ileri süren yazarlar, zarar verilen menfaatten daha yüksek bir menfaatin bulunması halinde hukuka aykırılığın kalkacağını, kanunda açıkça belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin mantığının da buna dayandığını ve kanunda belirtilmeyen hallerde de bu ilkenin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir²⁶. Sağlığın korunması hususunda toplumun büyük yararının olduğu ve toplumun yararı söz konusu iken kişisel yararın düşünülmemeyeceği bu nedenle de rıza olmasa dahi toplumun yararı için müdahalenin gerçekleştirilmesinin hukuka uygun olduğu savunulmuştur²⁷.

Söz konusu sebep, başkalarının güvenliğini tehlikeye atan haller haricinde sırf hastanın iyileşmesinde genel yararın bulunduğu gerekçesiyle hastanın müdahaleye zorlanabileceğinin iddia edilmesinin zor olacağı, başkalarının güvenliğini tehdit eden hallerde hukuka aykırılığın bulunmamasını açıklayabilmekle beraber bunlar dışındaki müdahalelerde rıza teorisine dayanılmak mecburiyetini doğuracağı ve bu itibarla da hukuka uygunluğu rızaya dayandıran görüşten ayrı bir hüviyet taşımadığı²⁸, tıbbi müdahalelerde toplum menfaati birey menfaati şeklinde bir ayırım yapılmasının mümkün olmadığı, yalnızca birey menfaatinin söz konusu olduğu²⁹ gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

²⁵ Bayraktar, **a.g.e.**, s.102.

²⁶ Bayraktar, **a.g.e.**, s.71.

²⁷ Bayraktar, **a.g.e.**, s.72; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.47.

²⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.47.

²⁹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.73.

2. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Görüşü

Tıbbi müdahalelerin toplumsal uygunluğu görüşü ileri sürülmüştür. Görüşe göre bu fiiller zaten devlet tarafından desteklenen, toplumun ilkeleri ile bağdaşan fiiller olup toplumsal menfaatlere ve devletin amaçlarına uygun niteliği ile hukuka uygun fiillerdir³⁰.

Tıbbi faaliyetlerin hukuka uygunluğunu esasen hukuk düzeninden ve toplumun amaçlarına uygunluktan alan bu görüşün tehlikeli olduğu ve kişinin amaç olması ilkesini ortadan kaldırdığı eleştirisi getirilmiştir³¹.

3. Zorunluluk Hali Dolayısıyla Hekimin Fiilinin Hukuka Uygun Olduğu Görüşü

Fiillerin zorunluluk hali dolayısıyla hukuka uygun olduğu görüşünü savunan yazarlar ise tıbbi müdahalenin hastayı kurtarmak için yegâne yöntem olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir³².

Bu görüş haklı olarak, zorunluluk halinin şartlarının tüm tıbbi müdahaleleri karşılamadığı ve uygulanabilirliğini daralttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³³. Kaldı ki 5237 s. TCK ile zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni olarak değil kusurluluğu etkileyen mazeret nedeni³⁴ olarak düzenlenmiştir. Yine 5271 s. CMK m.223/3-b'de suçun zorunluluk halinde işlenmesi halinde, kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir^{35,36}.

³⁰ Bayraktar, **a.g.e.**, s.73; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.115.

³¹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.75.

³² Bayraktar, **a.g.e.**, s.85.

³³ Bayraktar, **a.g.e.**, s.86; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.50.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Adem Sözüer, "Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasında Sorular ve Cevaplar, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:6, Mayıs 2006, s.230-233.

³⁵ M. Reşat Koparan, "TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler", **TBB Dergisi**, Ankara, 2006, S.64, s.344-345; Mahmut Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", **CHD**, Y:1, S:1, Eylül, 2006, s.129; Fatih Selami Mahmutoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Avukat M. Haldun Karacabey'e Armağan, Y:2, S:5, 2005, s.51.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü için bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 6. bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.389; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Gözden Geçirilmiş 8. bsk., İstanbul, Beta Basım, 2014, s.305; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Basım, 2007, s.41.

4. İzin Verilen Risk Görüşü

Doğası gereği belirli riskler içeren tıbbi müdahalelerin hukuk sistemince kabul edildiği ve bu sebeple riske izin verilen alanda serbestçe yürütülebileceği görüşü mevcuttur³⁷. Bir başka görüş ise izin verilen riskin varsayılan rızayı açıklamak için kullanılacağı şeklindedir³⁸.

İzin verilen riskin tek başına hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılmasının normalde başka hukuka uygunluk nedenleri ile açıklanabilecek durumlarda bunların ölçütünü tamamlamaktan ziyade muğlak ölçütler getireceği³⁹, söz konusu teorinin içeriğine göre, böyle bir durumun ne olanaklı ne de gerekli olduğu belirtilmiştir⁴⁰.

5. Tıbbi Müdahalelerin Kendine Özgü Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğu Görüşü

Hukuka uygunluk nedenlerinin tek başlarına tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklamada yetersiz kaldığı, söz konusu nedenlerin tıbbi müdahalelerin bir şartı olduğu ve tıbbi müdahalelerin kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu savunulmuştur⁴¹.

6. Tıbbi Müdahalelerin Görevin İfası Dolayısıyla Hukuka Uygun Olduğu Görüşü

Tıbbi müdahalelerin görevin ifası olduğu ve bu nedenle hukuka uygun olduğu görüşü mevcuttur⁴². Kanaatimizce görevin ifası bazı özel durumlar⁴³ için geçerli

Düzenlemenin somut olayın özelliğine göre kusurluluğu kaldıran hal veya hukuka uygunluk nedeni olabileceği görüşü için bkz. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.289.

³⁶ Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

³⁷ Erman, **a.g.e.**, s.69; **Yenerer Çakmut**, konunun hal ve şartlara göre değerlendirilmesi gerektiğini ve ağır yaralama halleri açısından izin verilen risk teorisinden yararlanmanın yerinde olduğunu belirtmiştir. **Yenerer Çakmut**, **a.g.e.**, s.212-213.

³⁸ Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul, Beta Basım, 1999, s.193-194; Erman, **a.g.e.**, s.77.

³⁹ Matthias Boll, **Strafrechtliche Probleme bei Kompetenzüberschreitungen nichtärztlicher medizinischer Hilfspersonen in Notsituationen**, Diss.; Heidelberg, 2000, s.189; Aktaran, Erman, **a.g.e.**, s.71.

⁴⁰ Ünver, **a.g.e.**, s.197.

⁴¹ Kayalı, "Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler", s.14; **Soyaslan**, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olduğunu belirtmekle birlikte, bunun kaynağını tedavi amaçlı müdahalelerde örf ve adet kurallarına, estetik operasyonlarında ise rızaya dayandırmıştır. **Soyaslan**, **a.g.e.**, s.358-361.

⁴² Güreli, **a.g.m.**, s.268.

olmakla birlikte -kanunların hekimlere görev yüklediği haller- her türlü tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklamaya yeterli değildir. Hastayı tedavi etme ve bu tedaviyi sürdürmede hekime serbestlik tanınması⁴⁴ zorunluluk yükleyen görevin ifasını her türlü tıbbi müdahalede hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeye engeldir⁴⁵.

7. Hakkın İcrası Dolayısıyla Hekimin Fiilinin Hukuka Uygun Olduğu Görüşü

Tıp fakültesinden diploma almak ve tabip odalarına kaydolmak şartı ile kanunun hekimlere meslek veya sanatın kullanılması konusunda sübjektif bir hak tanıdığı ve bu hakkın icrasının tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiği savunulmuştur⁴⁶.

⁴³Kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahaleler ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahaleler böyledir. Kamu sağlığına yönelik zorunlu müdahalelerin çoğu Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmiştir. Örnek vermek gerekirse; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.90 (zorunlu çiçek aşısı), m.99 (trahom ile mücadele için gerekli tedbir alma) yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.3/1 (acil vakalarda ilk yardımda bulunma). Ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahalelere örnek vermek gerekirse; TCK m.191/3 (uyuşturucu kullananların tedavisi), CMK m.75, 76 (beden muayenesi ve vücuttan örnek alma). Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, **a.g.e.**, s.105; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.46; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Güncellenmiş 2. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.212-236; Erman, **a.g.e.**, s.173-200.

Erman isabetli olarak, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçen, kamusal yararların üstün tutulduğu bu tip müdahalelerde, Anayasa m.13 gereği temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine uyulmasının ve üstün kamusal yararın yanında yasallık ve ölçülülük ölçütlerinin gözetilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Erman, **a.g.e.**, s.173.

Rıza alınmasının mümkün olmadığı haller için de görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin geçerli olacağını savunmaktayız. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, III.Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları, B.Rızanın Bulunmaması Durumundaki Koşullar Başlığı.

⁴⁴Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.18'de hekimlerin acil yardım, resmi veya insani görevin ifası halleri haricinde mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebileceği; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.19'da ise bazı kurallara uymak şartıyla hekimlerin mesleki veya şahsi sebeplerle tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabileceği düzenlenmiştir.

⁴⁵Bayraktar, **a.g.e.**, s.106.

⁴⁶**Dönmezer/Erman**, iyileştirme amacı dışında kalan müdahalelerin yapılmasına tıp biliminin izin vermesi halinde, bu müdahalelerde bulunan hekimlerin de yine haklarını icra ettiğini, bu tip müdahalelerde, mesleki bir yükümlülüğün yerine getirilmediği, yalnızca kendine tanınan yetkinin kullanıldığı ve bu sebeple de müdahaleye maruz kalacak kişilerin rızasının alınması ve bu rıza çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. "Şu halde estetik müdahalelerde de hukuka uygunluk sebebi, hastanın rızası olmayıp yine hakkın kullanılmasıdır. Ancak hekim, tıp biliminin cevaz verilmeyen bir estetik müdahale yaptığı veya üzerinde ameliyat yapılacak kişi buna razı olmadığı takdirde, hakkın kullanılmasının sınırlarını aşmış ve hareketi hukuka aykırı bulunmuş olur." Yani yazarların tedavi amacı gütmeyen müdahalelerde aranması gerektiğini iddia ettiği rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak değil, hakkın sınırının belirleyicisi olarak aranmaktadır.

Tedavi amacı güden tıbbi müdahalelerde ise, rıza açıklayabilecek durumda olan kişinin rızasının hakkını doğumu için şart olduğu, bu şartın gerçekleşmesinden sonra ise artık hekimin hakkını kullanacağı ve rızanın sınırları ile bağlı olmayacağı savunulmuştur.

Yazarlar organ ve doku nakli için ek olarak, nakil sonrası vericinin sakat kalmaması ve kişisel ve sosyal fonksiyonlarını eskisi gibi yerine getirebilmesi şartlarını aramaktadır. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**,

Bir hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, kişiye hukuk düzenince tanınmış bir sübjektif hakkın varlığının yanı sıra, bu hakkın doğrudan kullanılabilir olması ve hakkı ortaya çıkararak hukuk kaynağının sınırları içinde kullanılması şartları aranır⁴⁷. Öğretide, söz konusu hakkın sınırları objektif ve sübjektif olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, tıp meslek ve sanatının gerektirdiği şekilde hareket edilmesi objektif sınır, tedavi amacı ile hareket edilmesi ise sübjektif sınır olarak izah edilmiştir⁴⁸.

Görüş, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına getireceği kısıtlamalar nedeniyle ve hak ve görevlerin hekimlik faaliyetinin geneli üzerinde hukuka uygunluk nedeni yaratacağı ancak belirli müdahaleler için yeterli olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁹.

8. İlgilinin Rızası Dolayısıyla Hekimin Fiilinin Hukuka Uygun Olduğu Görüşü

Temel dayanağı kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı⁵⁰ olan, ilgilinin⁵¹ belli şartlar altında⁵² vereceği rızanın⁵³, tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirdiği

C.II, s.51-54; Sulhi Dönmezer, “Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler”, **Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası**, Y:1, S:6, Şubat 1949, s.250-251; **İçel v.d.**, gerek iyileştirme gerek estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk nedeninin hakkın kullanılması olarak kabul edilebilmesinin koşulu olarak rızanın aranması gerektiğini savunmuştur. Kayıhan İçel v.d., **İçel Suç Teorisi**, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 2004, s.175; **Bayraktar**, hakkın icrası hukuka uygunluk nedenini kabul etmekle birlikte bu nedenin tek başına yeterli olamayacağını ifade etmiştir. Yazar, tıbbi müdahaleler için rızanın aranması gerektiğini belirtmiş ancak rızanın ayrı bir unsur olmadığını, hakkın icrasının kaynağını teşkil ettiğini ve hakkın harekete geçirilmesini sağladığını savunmuştur. Bayraktar, **a.g.e.**, s.106; **Meran** da yine tıbbi müdahaleleri hakkın icrası başlığı altında incelemekle birlikte, hakkın icrası kabul edilebilmesi için rızanın gerektiğini belirtmiştir. Meran, a.g.m., s.91; Keyman, a.g.m., s.68; Koparan, a.g.m., s.347; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.431 vd.; Demirbaş, **a.g.e.**, s.304, 310; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.322.

⁴⁷ İçel v.d., **a.g.e.**, s.167-168; Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.320; Demirbaş, **a.g.e.**, s.304-305; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.272-273; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.321-322; Koparan, a.g.m., s.346; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.138; Meran, a.g.m., s.87-88; Fatih Selami Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, **Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi- Uluslararası Katılımlı İkinci Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2006, s.205.

⁴⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.52; Bayraktar, **a.g.e.**, s.106-107; Keyman, a.g.m., s.74, 76.

⁴⁹ Erman, **a.g.e.**, s.54-56, 76.

⁵⁰ Başta Anayasamızda (m.17/2) olmak üzere Medeni Kanun (m.24), Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (m.70/1), Hasta Hakları Yönetmeliği (m.5/d, 22, 25), ODNK (m.6) ve NPHK’da (m.4, m.6) bu hak açıkça tanınmıştır.

görüşü ileri sürülmüştür⁵⁴. Buna göre, hekim ancak kişinin rızası ile verilen rıza kapsamında müdahalede bulunabilecektir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk nedenini temel olarak hakkın icrasına dayandıran yazarların, hekimin müdahaleye başladıktan sonra yalnızca tıp biliminin sınırları içinde hareket etme yükümlülüğü bulunduğu ve ilgilinin rızası ile bağlı olmadığı⁵⁵ görüşü geçerli değildir⁵⁶.

Bu görüş taraftarları rızanın alınmasının mümkün olmadığı haller için varsayılan rıza veya kamu düzeninin gerektirdiği hallerde kanunun emrini yerine getirme gibi hukuka uygunluk nedenlerinin ikincil nitelikte uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁵⁷.

Bu görüş, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı haklara müdahaleyi⁵⁸ ve rızanın alınmasının mümkün olmadığı veya rızanın aranmadığı müdahaleleri⁵⁹ açıklayamadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

9. Kanaatimiz

Kanaatimizce, kanundaki tanıma uygun olması nedeniyle tipe uygun, hareket ve neticenin meydana gelmesi dolayısıyla maddi unsur ve kast ya da taksirin bulunmasıyla manevi unsur açısından yaralama suçundan farklılığı bulunmayan veya öldürme suçu kapsamında değerlendirilebilecek olan tıbbi müdahalelerin hukuka

⁵¹ Rıza sonrası gerçekleştirilen eylemin hukuka uygunluğunu kabul ederken mağdurdan söz etmenin hatalı olacağı düşüncesiyle ve TCK'da tercih edilen şekliyle "ilgili" teriminin kullanılması uygun görülmüştür. Aynı şekilde bkz. Yener Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.244.

⁵²Bkz. Birinci Bölüm, III.Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları, A.Rızanın Bulunması Durumundaki Koşullar, 2.Rızanın Şartları Başlığı.

⁵³Erman konuyu anlatırken "iradeyi esas alan görüşler" başlığını tercih etmiş ve bu görüşü savunanların temel hukuka uygunluk nedeni olarak rızayı kabul etmekle birlikte rıza alınmasının mümkün olmadığı durumlarda ikincil hukuka uygunluk nedenlerini kabul ettiklerini, bu nedenle de yalnız "ilgilinin rızası" başlığının eksik kalacağını ifade etmiştir. Erman, **a.g.e.**, s.57.

⁵⁴ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbî Mesuliyet**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi, 1953, s.64; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.43; Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, s.24; Erman, **a.g.e.**, s.77; Aygörmez, **a.g.m.**, s.143.

⁵⁵Bu görüşü savunan yazarlar, sağlığa yönelik fiiller ve sağlıkla yakından ilgili olmamakla birlikte, tıp bilimine kabul edilen diğer fiiller şeklinde bir ayırım yapmış ve sağlıkla ilgili fiiller için tıp bilimi sınırlarını kabul ederken, diğer fiiller de ilgilinin rızasının kapsamına bağlı olduğunu belirtmişlerdir. Bayraktar, **a.g.e.**, s.108; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.52-53.

⁵⁶Erman, **a.g.e.**, s.66.

⁵⁷Erman, **a.g.e.**, s.66; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.117.

⁵⁸ Bayraktar, **a.g.e.**, s.80.

⁵⁹ Dönmezer/Erman; **a.g.e.**, C.II, s.49.

uygunluğunu sağlayan, hukuka aykırılık unsurunun eksikliğidir⁶⁰. Hukuka uygunluk nedenleri incelendiğinde ise yukarıda sayılan görüşlerden hiç biri tek başına, tüm tıbbi müdahaleler açısından ortak bir hukuka uygunluk nedeni olmaya elverişli değildir. Nitekim öğretilerde de birçok yazar hukuka uygunluk nedenlerinin birlikte uygulanması gerektiğini savunmuştur⁶¹.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için, öncelikle hastanın rızası⁶², – rızanın bulunmadığı durumlar için, ya üstün kamusal yarar ya da ikincil hukuka uygunluk nedenleri- ve bununla birlikte müdahalenin yetkili kişi tarafından ve tıp mesleği kurallarına uygun bir şekilde yapılması –yani hakkın icrası- hukuka uygunluk nedenleri birlikte aranmalıdır. Hak ve görevlerin hekimlik faaliyetlerinin geneli üzerinde hukuka uygunluk yaratabileceği, fakat belirli tıbbi müdahaleler açısından yeterli olmayacağı, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan esas etkenin ilgilinin rızası olduğu kanaatindeyiz⁶³.

Kişî kanunların öngördüğü, tıbben ve toplumsal olarak kabul görmüş konularda ve kapsamda vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf etme hakkına sahip olup bu haklara

⁶⁰Bayraktar, **a.g.e.**, s.105; Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.4; **Oehler**, “Doktorun yaptığı müdahale -hukuka uygunluk nedeninin varlığına muhtaç- bir yaralamadır.” şeklinde ifade etmiştir. **Oehler**, a.g.m., s.19.

⁶¹ **Gökcan**, istisnai durumlar haricinde tıbbi müdahalelerin, tıp mesleğini icra yetkisinin varlığı şartıyla, hastanın rızasına dayalı hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını belirtmiştir. **Gökcan**, **a.g.e.**, s.498; Aynı yönde, Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, s.204; **Hakeri**, tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, hastanın rızası ile endikasyon bulunan ve tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun olacağını belirtmiştir. **Hakeri**, **a.g.e.**, s.187-188.

⁶² İnsan haklarında yaşanan değişim ve gelişim sonucunda, mutlak hak olarak korunan klasik kişilik değerlerinden yaşam ve vücut bütünlüğü hakları çağımızın insan haklarına bakışı karşısında önemini yitirmeye başlamıştır. Artık, kişilik hakkı olarak nitelendirilen ve mutlak hak olarak korunan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı özellikle kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf edebilme hakkı ile beraber değerlendirildiğinde yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık haklarının önüne geçebilmektedir. Kamu yararı ile getirilen sınırlı sayıdaki sınırlamalar bir kenara konulursa, kendi geleceğini belirleme hakkı en önemli insani değer olma yolundadır. Bu durum, hekimin hasta için en iyi olanı belirleme hakkı tekeline kaldırmakta, hasta ile işbirliği mecburiyetini doğurmaktadır. Zafer Zeytin, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu**, Hekimin Sorumluluğu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ed. : Hakan Hakeri, Henning Rosenau, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.2.

⁶³Erman, **a.g.e.**, s.77.

yönelik yapılan müdahalelere gösterdiği rıza geçerlidir. Tıbbi müdahalelerde hasta, müdahale kapsam ve içeriği açısından olanak ölçüsünde kanaat sahibi olmalıdır⁶⁴.

III. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

Günümüzde tıp hukuku bakımından, eski zamanlarda geçerli olan “iyileştiren daima haklıdır” tezi geçerliliğini yitirmiş^{65,66}, yaşamın kutsallığından yaşamın kaliteliliğine, hastanın yararından bireyin özgür tercihinin belirleyiciliği noktasına gelinmiştir^{67,68}. Bugün tıp hukukunda, tıbbi müdahalenin haklılığı için bir takım koşullar aranmaktadır⁶⁹.

A. Rızanın Bulunması Durumundaki Koşullar

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan esas etmenin ilgilinin rızası⁷⁰ olduğu kabulünden sonra unsurlarının açıklamasında rızayı ana unsur olarak hareket edeceğiz.

1. Genel Olarak Rıza

Sağlık kazandırma amaçlı da olsa her tıbbi müdahalenin esasen beden bütünlüğüne, sağlığa veya algılama yeteneğine bir müdahale olduğunu ve hekimin bu

⁶⁴Erman, **a.g.e.**, s.76-77; **Mahmutoğlu**, tıbbi müdahaleleri hakkın icrası başlığı altında incelemekle birlikte, bu hukuka uygunluk nedenini hak sahibinin rızası hukuka uygunluk nedeni ile birlikte incelemek gerektiğini ve tıbbi müdahalelerde rızanın ön planda olduğunu belirtmiştir. Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, s.54, dn.52.

⁶⁵ Brigitte Tag, “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”, **YÜHFD**, C.III, S:2, 2006, s.194.

⁶⁶ 18. yy’da aydınlanma süreci ile insanın birey haline gelmesi, özerklik ve özerkliğe saygı ilkelerini ön plana çıkarmıştır. 20. yy’da “insan hakları” kavramının hukuki metinlere işlenmesi ile birlikte Hipokratik tıbbin geleneksel hastaya yaklaşımını yansıtan “paternalist” (babacıl) tutum ve davranış terk edilmiş hekim ile hasta eşit iki taraf haline gelmiştir. Ahmet Nezih Kök, “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.213.

⁶⁷ Neuer-Miebach, **Gesellschaftliche Implikationen der Bio-Medizin-Konvention des Europarates**, s.22,24; Aktaran, Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.229.

⁶⁸ 1978 ve 1989 tarihli İtalyan Tıp Sanatı Meslek Kuralları’nda rıza önemsiz görülürken –hekime rızasız müdahalede bulunmak yalnız riskli müdahaleler için yasaklanmış hatta iyileştirme amaçlı müdahalelerin içinde rıza barındırdığı belirtilmişti- 1995 ve 1998 tarihli İtalyan Tıp Sanatı Meslek Kuralları’nda bu konuda dönüşüm yaşanmıştır. Fabio Massimo Scaramuzzino, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza)”, **YÜHFD**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.VI, S:2, 2009, s.29, dn.2.

⁶⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.187-188.

⁷⁰Kural ilgilinin rızasının alınması olmakla birlikte, istisnaen rızanın aranmadığı durumlar mevcuttur. Kamu sağlığının korunmasına ilişkin ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan bu müdahaleler konumuz dışında olması nedeniyle çalışmamızda yer almayacaktır.

fiili nedeniyle cezalandırılmaması için bir hukuka uygunluk nedenine ihtiyaç duyulduğunu, tıbbi müdahaleler açısından bu nedenin esasen ilgilinin rızası olduğunu kabul ettiğimizi belirtmiştik.

Kişinin –bazı durumlarda kanuni temsilcinin⁷¹- kendisine/temsil edilene karşı işlenen ve belirli bir süre haklarını ihlal niteliği taşıyan bir fiile izin vermesi anlamına gelen rıza⁷², Roma Hukukundan beri (volenti non fit iniuria: rıza ile yapılan hareket haksızlık oluşturmaz) tanınagelmiş⁷³, yeni Türk Ceza Kanunu⁷⁴ ile yazılı bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

Rızanın herhangi bir hukuki değere yönelik müdahaleyi yasak alanından çıkarması (maddi unsurun oluşmaması veya hukuka aykırılığı ortadan kaldırması suretiyle) için bazı şartları haiz olması gerekir. Esasen organ ve doku nakillerinde ve diğer tıbbi müdahalelerde rızaya ilişkin şartlar, rızanın esasına ilişkin geçerlilik şartları ve özel hukuktaki sözleşme geçerlilik şartları veya ispat şartları (rızaya ilişkin diğer şartlar şeklinde de ifade edebiliriz) şeklinde iki kategoride toplanabilir. Çünkü ceza hukukunda özel hukuktan ayrı bir sorumluluk ve ehliyet sistemi kabul edildiği ve ilgilinin rızasının da özerk bir nitelik taşıdığı kanaatindeyiz⁷⁵. Ceza hukuku bakımından önem arz edecek olan şartlar geçerlilik şartları olup bunlar, rıza göstermeye ehil olunması, konunun rıza gösterilebilir bir konu olması, sağlıklı bir irade ile rıza gösterilmiş olması -bunun için özellikle rıza göstermeden önce aydınlatılma- ve müdahale öncesi veya en geç müdahale esnasında rıza gösterilmiş

⁷¹ Hukuki düzenlemelerde, müdahalede bulunulacak kişi ya da kanuni temsilci dışında, aile, iradi temsilci, yakın vs. gibi herhangi bir kişi, rıza vermeye yetkili kılınmamıştır. Saibe Oktay Özdemir, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, 2 c., C.II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.1327-1328.

⁷² Ünver, öğretilerde (örnek için bkz. Koparan, a.g.m., s.347) yapılan, hak sahibinin sahibi olduğu hukuki değerden vazgeçmesi şeklindeki rıza tanımlamalarını, rızanın yalnızca hak sahibi tarafından verilmeyeceği ve hukuksal değerden tamamen vazgeçmenin söz konusu olmaması gerekçeleriyle haklı olarak eleştirmektedir. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.234.

Tıbbi müdahaleler açısından daha spesifik bir şekilde rıza, Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/1-h’de, “*kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁷³ Rosenau, a.g.m., s.49; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.312; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.273; Dönmezer, a.g.m., s.243.

⁷⁴ **Türk Ceza Kanunu m.26/2**; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”

⁷⁵ Aynı yönde, Erman, **a.g.e.**, s.84.

olmasıdır. Bunlar dışında aranan şartların eksikliği özel hukuk bakımından çeşitli sonuçlar doğurursa da ceza hukuku bakımından önem arz etmez.

2. Rızanın Şartları

a. Hastanın Rıza Göstermeye Ehil Olması

(1) Genel Olarak

Kişinin rıza verebilmesi için öncelikle o hakkın sahibi (diğer bir deyişle suç işlenseydi suçun pasif süjesi) olması gereklidir⁷⁶. Rıza verme yetkisi devredilemez iken⁷⁷ rıza açıklama yetkisi –açıklama yapılırken hak sahibinin iradesinden ayrılmamak koşuluyla- devredilebilir⁷⁸.

İkinci olarak, rıza verecek kişinin bunu yapma ehliyetine –yani anlama ve karar verme yeteneğine- sahip olması gereklidir⁷⁹. Buradan da anlaşılacağı üzere, rıza verebilmesi için kişinin öncelikle ayırt etme gücüne⁸⁰ sahip olması gereklidir. Yaş küçüklüğü ise bu husustaki en problemlili noktadır.

⁷⁶Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.69; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.313; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.345, 355; Bayraktar, **a.g.e.**, s.130; İçel v.d., **a.g.e.**, s.182; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.193, 205; Soyaslan, **a.g.e.**, s.372-373; Demirbaş, **a.g.e.**, s.318; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.313; Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, s.207.

⁷⁷Kendi aleyhine suç işlenmesine muvafakatin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu ve devredilemeyeceği hakkında bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.70; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458; Soyaslan, **a.g.e.**, s.373; Oktay Özdemir, a.g.m., s.1335; Demirbaş, **a.g.e.**, s.319; Zeytin, a.g.m., s.16; Alman Hukuku’nda isteğe bağlı temsilciliğin mümkün olduğu hakkında bkz. Rosenau, a.g.m., s.54-55; Ünver, kanuni veya iradi temsilcinin yanı sıra kanunda açıkça belirtilen hallerde bunlar dışındaki kimselerce de rızanın açıklanmasını kabul etmektedir. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.260.

⁷⁸İçel v.d., **a.g.e.**, s.183; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.314; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458; Meran, a.g.m., s.94.

Hak sahibinin rıza açıklamaya tek yetkili kişi olduğu hakkında bkz. Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.205.

⁷⁹Bayraktar, **a.g.e.**, s.130; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.71; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.355-356; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.349; Belgesay, **a.g.e.**, s.67; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.205; Erman, **a.g.e.**, s.80; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.456; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.140; Soyaslan, **a.g.e.**, s.373; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.280; Demirbaş, **a.g.e.**, s.319; Aygörmez, a.g.m., s.154; Alman yargı uygulamasının ve öğretisinin de aynı yönde olduğu hakkında bkz. Tag, a.g.m., s.202; Rosenau, a.g.m., s.51.

Rosenau, “rıza yeteneksizliği sorunu hakkında mantıksızlığın söz konusu olamayacağını görmek, önemlidir. Bu, hastanın birini ya da diğerini doğru kabul edip etmediğinin sonucuna göre yönlendirilmemesi gereken bir ön sorundur” diyerek önemli bir noktaya işaret etmiştir. Rosenau, a.g.m., s.51; Aynı yönde bkz. Tag, a.g.m., s.203; Demirbaş, **a.g.e.**, s.319.

⁸⁰**Medeni Kanun m.13**; “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan

Küçüğün ayırt etme gücünün olup olmadığı değerlendirmesi, rıza beyanında bulunurken kendi menfaatlerini gözetip gözetmemesi dikkate alınarak yapılır^{81,82}. Ancak, menfaatine aykırı olabilecek bir müdahaleye rıza vermesi durumunda, doğrudan, kendi menfaatlerini gözetmediği gerekçesiyle ayırt etme gücünden yoksun olduğu sonucuna da varılamaz⁸³.

(2) Küçüklerin Rıza Ehliyeti

Kanunun rıza için asgari yaş şartı⁸⁴ belirtmediği durumlarda rıza gösterebilmek için yaş sınırının gerekip gerekmediği, medeni hukuktaki fiil ehliyeti ya da ceza hukukundaki kusur yeteneğinin kabul edilip edilmeyeceği tartışılmış⁸⁵, ağırlıklı olarak, çeşitli yaş dilimleri ile rıza gösterebilme ehliyetini belirlemenin yeterli olmayacağı, ilgilinin durumu algılayabilme yeteneğinin esas alınması gerektiği kabul edilmiştir.

Tıbbi müdahaleler özelinde bakıldığında ise, 1219 s. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70. maddede, müdahalede bulunulacak kişinin küçük olması durumunda “öncelikle” veli ya da vasinin, HHY 24. maddede doğrudan veli ya da vasinin rızasının alınması gerektiği ve veli ya da vasinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi müdahaleyi anlayabilecek küçüğün dinlenmesi suretiyle tedaviye katılımının sağlanacağı düzenlenmiştir. AY m.90 hükmü gereği iç mevzuatımızda normlar hiyerarşisinde çatışma durumunda Kanundan üstün tutulan

herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Kanun yaş küçüklüğünün ayırt etme gücünü etkileyebilmesi için “akla uygun biçimde davranamama” kriterini aramaktadır. Kaldı ki m.16’da ayırt etme gücüne sahip küçükler diyerek küçüklerden bir kısmının ayırt etme yeteneğini kabul etmiştir. Gökcan, a.g.e., s.177.

⁸¹ Şenocak, a.g.m., s.78; Demirbaş, a.g.e., s.319.

⁸² Centel/Zafer/Çakmut, yaşa göre bir sınırlama yaparak 12 yaşından küçüklerin rıza ehliyetinin bulunmadığını, 18 yaşından büyüklerin rıza ehliyetinin bulunduğunu ve 12-18 yaş arası küçüklerin rıza ehliyetinin ise somut olaya göre kavrama yeteneğine bakılarak belirlenmesi gerektiğini savunmuşlardır. Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.313.

⁸³ Arif Barış Özbilen, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.263-264.

⁸⁴ODNK m.6’da organ vericisinin rıza gösterebilmesi için on sekiz yaşını doldurmuş olması, NPHK m.4/2’de tıbbi sakınca olmadığı durumlarda kişinin sterilizasyon ameliyatına rıza gösterebilmesi için reşit olması şartı getirilmiştir.

⁸⁵Rızayı özel hukuka ait hukuksal işlem olarak değerlendirenlerin fiil ehliyetini, rızayı kişinin kendisine karşı suç işlemesinin özel şekli olarak görenlerin ise ceza ehliyeti yaşını esas aldıkları hakkında bkz. Erman, a.g.e., s.80-81.

ve yasal bağlayıcılığı olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁸⁶ 6. maddeye göre ise, “muvafakat verme yeteneği bulunmayan” bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilecek, küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır. Sözleşmede, tüm küçükler için değil yalnız muvafakat verme yeteneği bulunmayan küçükler için kanuni temsilci izni aranmakla yaş sınırı değil doğal olgunluk esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Mevzuatımızdaki birbiriyle çelişen bu hükümler küçüğün rızası konusunda farklı görüşlere neden olmuştur.

Öğretide 1219 s. Kanun m.70 ve HHY m.24 hükümlerine dayanılarak, kanuni temsilcinin rızasının aranması gerektiği, küçüğün ise sadece görüşünün alınacağı ve bu görüşün de bağlayıcı olmadığı⁸⁷ savunulmuştur.

Bir diğer sav ise -küçüğü koruma amacı ile- küçüğün ve kanuni temsilcinin rızasının birlikte aranmasıdır⁸⁸. Küçüğün ayırt etme gücünün varlığı –ki somut olay açısından tıbbi müdahalenin anlam ve önemini kavrayabileceğini kabul etmiş olmak anlamı taşır- ve vücudu üzerinde karar verme özgürlüğü kabul edildikten sonra koruma amacıyla kanuni temsilci rızasına bağlanması gereksiz bir tedbirdir⁸⁹.

⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4.4.1997 tarihinde imzalanan sözleşme, TBMM tarafından 3.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 5013 s. sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğu dair Kanun 9.12.2003 tarih ve 25311 s. R.G.’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğü girmiştir. Bundan sonra kısaca İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi olarak kullanılacaktır.

⁸⁷ Bayraktar, **a.g.e.**, s.133; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.26; **Dural**, esasen rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle ayırt etme gücü olan küçüğün rıza ehliyetine sahip olduğunu, ancak tıbbi müdahalelerin önemi nedeniyle rıza beyanına kanuni temsilcinin de katılmasında yarar olduğunu, 1219 s. Kanun m.70’de ayırt etme gücüne sahip olup olmama ayrımı yapılmaksızın yasal temsilcinin rızasının arandığını ve HHY m.24/2’de yalnız küçüğün dinlenilmesinden söz edildiği için hekimin küçüğün beyanı ile bağlı olmadığını savunmuştur. Mustafa Dural, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2011, s.249-250; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Kişiler Hukuku**, C.II, 15. bsk., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.107; Oktay Özdemir, a.g.m., s.1335-1336.

⁸⁸ Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul, Beta Basım, 2000, s.115-116; **Zeytin**, kanuni temsilci ile küçüğün iradesinin çatışması durumu için; küçüğün rıza göstermesine rağmen kanuni temsilcinin rıza göstermemesi halinde, kanuni temsilcinin rızasının açıkça aranması sebebiyle müdahalenin yapılamayacağı; kanuni temsilcinin rıza göstermesine rağmen ayırt etme gücüne sahip küçüğün rıza göstermemesi halinde ise kişinin mutlak hakkına öncelik verileceği ve müdahalenin yapılamayacağı şeklinde bir yorum getirmektedir. Zeytin, a.g.m., s.18; **Oktay Özdemir**, HHY m.24/2’de küçük ve kısıtlının rızasının değil iştirakinin aranması nedeniyle, esas olanın kanuni temsilcinin rızası olduğunu ve küçük ya da kısıtlının izin vermemesi durumunda dahi müdahalede bulunulabileceğini belirtmiştir. Oktay Özdemir, a.g.m., s.1326.

⁸⁹Şenocak, a.g.m., s.75-76.

Son olarak bizim de katıldığımız görüşe göre ise, tıbbi müdahalede bulunabilmek için ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yeterli olacaktır⁹⁰. Bu görüşün temel dayanağı tıbbi müdahalede ihlal edilen hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve Medeni Kanun gereğince ayırt etme gücünü haiz küçüğün kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın bu hakkını kullanabileceğidir.

Erman, medeni hukuk ve borçlar hukukundan ayrı sorumluluk ve ehliyet sistemi düzenleyen ceza hukukundaki ilgilinin rızasının özerk nitelik taşıdığını, 1219 s. Kanun m.70'in rızaya ehliyet yaşıyla ilgili hükmünün ceza hukuku dışındaki hukuk dalları için belirleyici olduğunu, düzenlemenin tıbbi müdahalenin geçerlilik şartlarını değil yalnızca mesleki kuralları getirdiğini haklı olarak belirtmiştir⁹¹.

Şenocak ise 1219 s. Kanun m.70 ve HHY m.24'te aranan kanuni temsilci rızasının yalnızca ayırt etme gücünü haiz olmayan küçükler için geçerli bir düzenleme olduğunu belirtmiştir⁹².

Kanaatimizce, gerek Medeni Kanun'un ayırt etme gücüne sahip⁹³ küçükleri kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada tam ehliyetli sayması gerek Anayasa'da kabul edilen kendi geleceğini belirleme hakkı gerekse İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi uyarınca, küçük ayırt etme gücüne sahip yani tıbbi müdahalenin anlam ve önemini kavrayabilecek durumda ise kanuni temsilcinin rızası aranmaksızın

⁹⁰ M. Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s.66; Erman, **a.g.e.**, s.84; Özbilen, **a.g.e.**, s.276; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.356; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.278; Mahmutoğlu, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu", s.208, 216; **Çilingiroğlu**, MK m.16/2 uyarınca temyiz kudretine sahip küçüklerin rızasının geçerli olduğunu, ancak önemli müdahaleler açısından kanuni temsilcinin de katılmasında yarar bulunduğunu savunmuş, ayırt etme gücü olan küçüğün rızasına rağmen kanuni temsilcinin rıza vermemesi halinde küçüğün rızasının yeterli olacağını belirtmiştir. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.56; **Şenocak**, tıbbi müdahaleye rıza verme hakkının ayırt etme gücüne sahip olan küçükte olduğunu belirttikten sonra borç doğurucu tedavi sözleşmesinin küçük tarafından yapılamayacağını, kanuni temsilcisinin küçük yararına (3. kişi lehine sözleşme) ya da küçüğün temsilcisi olarak sözleşmeye izin/icazet vereceğini ve bu sözleşmeyi yapmaktan ya da izin/icazet vermekten kaçınması halinde MK m. 346 ve HHY m.24/2 uyarınca küçük lehine koruyucu tedbirlerin alınmasının sağlanabileceğini eklemiştir. Şenocak, **a.g.m.**, s.76. Yazarın, 1219 s. Kanun m.70 hükmünün, ayırt etme gücüne sahip olup olmama ayrımı yapmaksızın, küçüklerde kanuni temsilcinin rızasını araması nedeniyle kanuni temsilcinin rızası gerekeceğine dair eski görüşü için bkz. Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s.38-39.

⁹¹Erman, **a.g.e.**, s.85.

⁹²Şenocak, **a.g.m.**, s.80.

⁹³ Elbette ki müdahalenin önemi ve sonuçlarının geri dönülmezliği müdahalenin anlamını kavrama bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı yönde; Erman, **a.g.e.**, s.84; Tag, **a.g.m.**, s.202.

yalnız küçüğün rızası yeterli olmalıdır. Mevzuatımızda yer alan birbiriyle çelişik hükümler yerine, açık ve birbiriyle uyumlu düzenlemeler yapılması gereklidir.

(3) Kanuni Temsilcinin Verdiği Rızaya İlişkin Sorunlar

Kişiyе sıkı sıkıya bağı hakların esasında temsile uygun olmadığı ve kullanılmasındaki temsil düşmanlığı, ayırt etme gücünü haiz olmayanların bu haklarını kullanamamasına ve bu alanda hak ehliyetlerinin kalkmasına sebebiyet verecektir⁹⁴. Bu durum ise, tam ehliyetsizin menfaatini korumak düşüncesiyle bağdaşmaz⁹⁵. İşte bunu önlemek adına, mutlak anlamda kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar (temsil mümkün değil) ve nisbi anlamda kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar (ayırt etme gücü olmadığında temsil mümkün) ayırımına yer verilmiş ve kişilik haklarının korunması ve özellikle tıbbi müdahalelere rıza gösterme, nisbi kişiyе sıkı sıkıya bağı haklardan sayılarak ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün kanuni temsilcisinin müdahaleye rıza gösterebileceğı kabul edilmiştir^{96,97}. Ekleme gerekir ki, kanuni temsilcinin tam ehliyetsize uygulanacak tıbbi müdahaleye rızası, kural olarak, ehliyetsizin tedavisine yönelik müdahalelerle sınırlı olmalıdır⁹⁸. Yani, tam ehliyetsizin organ ve doku bağışlamasına müsaade edemez⁹⁹.

Kanuni temsilcinin¹⁰⁰, rıza ehliyeti olmayan küçüğe yapılması gereken tıbbi müdahaleye rıza vermekten kaçınması durumu karşılaşılan bir sorundur. Bu hallerde

⁹⁴ Şenocak, a.g.m., s.73.

⁹⁵ Özbilen, **a.g.e.**, s.279.

⁹⁶ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.24; Şenocak, a.g.m., s.73; Özbilen, **a.g.e.**, s.280.

⁹⁷ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.6/1,2,3 uyarınca, rıza verme yeteneğı bulunmayan kişiler için kanuni temsilcilerinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile ve Sözleşme’de belirtilen iki istisna (kendini yenileyebilen dokular ve bilimsel araştırma için getirilen) dışında, sadece onun doğrudan yararı için tıbbi müdahalede bulunabileceğı düzenlenmiştir.

⁹⁸ Özbilen, **a.g.e.**, s.280.

⁹⁹ ODNK m.5’te de mümeyyiz olmayan kişiden organ ve doku almak yasaklanmıştır.

¹⁰⁰ MK m.342 uyarınca velayet hakkı ana ve babanın olup, esasen tıbbi müdahalelere birlikte rıza vermeleri gerekmektedir. Ancak önemli risk taşımayan tıbbi müdahalelerde ana veya babadan birinin rızasının bulunması halinde, diğlerinin de iradesini temsil ettiği düşüncesiyle yine MK m.342/2 uyarınca yapılacak müdahalenin hukuka aykırı olmayacaktır. Gökcan, **a.g.e.**, s.180; Almanya’da da aynı yönde olduğu hakkında bkz. Rosenau, a.g.m., s.53.

Almanya’da, yapılan aşı sonrası çocuğun felç kalması olayında, müdahaleye yalnız annenin rıza göstermesi nedeniyle hekime karşı açılan davada mahkeme, esasen çocuğun velisi olarak hem annenin hem babanın rızası olması gerekmele birlikte hekimin bu tip rutin olaylarda aksini kabul etmesini gerektirecek veriler olmadığı müddetçe genel olarak çocukla birlikte gelen kişinin diğeri velinin de onayını temsil ettiğini kabul etmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.282, dn.510.

rıza vermektan kaçınma velayet hakkının kötüye kullanılması olup velayet hakkı kısıtlanabilir¹⁰¹.

Velayet ve vesayet altındaki kişilerin kanuni temsilcilerinin, gerekli ancak acil olmayan tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi durumunda, kişinin korunmaya ihtiyacı olabileceği ve söz konusu hükümler doğrultusunda hâkimin gereken önlemleri alabileceği belirtilmiştir¹⁰². Mahkemeye başvurmak için zaman olmayan acil hallerde ise “rızanın bulunmaması durumunda aranan koşullar” başlığı altında ayrıntılı olarak incelendiği üzere, küçüğe müdahalede bulunulabilir.

(4) Vesayet Altında Bulunanların Ehliyeti

Medeni Kanun’a göre, velayet altında olmayan küçükler vesayet altına alınır. Bunun yanı sıra; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olma veya istek üzerine de vesayet altına alınma durumu söz konusu olabilir.¹⁰³

Vesayet altında bulunan küçüklerin rıza ehliyeti, küçüklerin rıza ehliyeti başlığında izah edilmiş olup vesayet altındaki kısıtlıların özel durumu için ayrı işlemeyi uygun gördük.

Öğretide, 1219 s. Kanun m.70’de geçen “kısıtlıların”, Medeni Kanun’da belirtilen ve daha çok kişinin malvarlığını koruma amacı taşıyan vesayet sebeplerinin tümünü kapsamaması durumunda, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların alanının çok daralacağı bu nedenle, yalnızca Ceza Kanunundaki isnat kabiliyetine etkisi olan haller –akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk, sağırılık ve dilsizlik- sebebi ile vesayet altına alınan kişiler şeklinde anlaşılması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.288; Erman, **a.g.e.**, s.87.

Söz konusu soruna ilişkin karşılaştırmalı hukukta alınan önlemler için bkz. Erman, **a.g.e.**, s.87-88.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/4’te kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen ve müdahalede bulunmanın tıbben gerekli olduğu hallerde mahkeme kararı ile tıbbi müdahalede bulunulabileceği belirtilmiştir.

¹⁰² Şenocak, a.g.m., s.77, dn.56; Zeytin, a.g.m., s.18.

¹⁰³ MK m.404, 405, 406, 407, 408.

¹⁰⁴ Bayraktar, **a.g.e.**, s.136; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.26.

Küçüklerin rızaya ehil olabilmesi için kabul ettiğimiz tıbbi müdahaleyi anlama ve kavrama kabiliyeti görüşünü kısıtlılar için de kabul etmekteyiz¹⁰⁵.

b. Rızanın Konusu

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için aranan diğer şart, rıza gösteren hak sahibinin –hastanın veya ilgilinin- rıza gösterdiği konu üzerinde serbestçe tasarruf yetkisinin olması ve müdahalenin de razı olunan konuda ve sınırlar kapsamında gerçekleştirilmesidir¹⁰⁶. Yani kamuya ait hukuksal yararlar üzerinde veya bireyin üzerinde serbestçe tasarruf imkânı olmayan haklara ilişkin gösterilecek rıza hukuken bir değer taşımayacağından müdahaleyi hukuka uygun hale getiremeyecektir¹⁰⁷.

(1) Rızanın Kapsamı

Hekim tıbbi müdahaleyi hastanın verdiği rıza sınırları içinde gerçekleştirmelidir¹⁰⁸. Genel ve soyut olarak verilmiş bir rıza geçerli olmayacaktır¹⁰⁹. Rıza kural olarak yalnız aydınlatmanın konusu olan müdahaleyi kapsamakla birlikte¹¹⁰ HHY m.31/2 uyarınca, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar. Yani asıl tıbbi müdahale konusunda hasta bilgilendirildikten sonra, bu tıbbi müdahaleye bağlı olarak zorunlu, doğal, alışıldık olarak yapılması gereken ve hasta açısından risk teşkil etmeyen işlemler bakımından hastanın bilgilendirilmesi ve rızasına gerek yoktur¹¹¹.

(2) Hastanın Tasarruf Yetkisi

Rızasının geçerli olabilmesi için serbest şekilde tasarruf edilebilen bir hak üzerinde verilmiş olması gerekir. Hangi hakların tasarruf edilebilir nitelikte olduğu

¹⁰⁵ Aynı yönde Erman, **a.g.e.**, s.90. Aksi yönde, Bayraktar, **a.g.e.**, s.136-137.

¹⁰⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s.347; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.345; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.315; Demirbaş, **a.g.e.**, s.321; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.72; Bayraktar, **a.g.e.**, s.142; İçel v.d., **a.g.e.**, s.185.

¹⁰⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.74; İçel v.d., **a.g.e.**, s.186.

¹⁰⁸ TCK m.26/2'de, fiilin açıklanan rıza çerçevesinde olması halinde ceza verilmeyeceği ve yine Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan değişiklik sonrası m.31/3'te açıkça, tıbbi müdahalenin verilen rıza çerçevesinde olması gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁰⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.12; Dural, a.g.m., s.251.

¹¹⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.12.

¹¹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.295.

ve bu tasarrufun sınırları hukuk düzeninin genel ilkeleri uyarınca saptanır¹¹². Tıbbi müdahaleler açısından, yaşam ve vücut bütünlüğü hakları önem arz edecektir.

Kişinin yaşamı üzerinde tasarruf hakkı olmadığı¹¹³, vücut bütünlüğü üzerinde ise kısıtlı bir tasarruf hakkı olduğu genel olarak kabul edilmiştir¹¹⁴. Vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerde önemli olan, sınırın ne olduğudur.

Tıbbi müdahalelerin kişilik hakları ile bağdaşır nitelikte, yani kişiliği korumaya yönelik olması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁵. Ancak müdahalenin ölçütü açısından bir görüş¹¹⁶, kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gereken görevlerini yerine getirebilmesini engellemeyecek şekilde tasarruf yetkisinin olduğunu, diğer bir görüş¹¹⁷ ise, takibi şikâyete bağlı derecedeki yaralamalarda kişinin tasarruf yetkisini kabul etmekle birlikte re'sen kovuşturulan ve ağır yaralama hallerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını savunmuştur.

Tıbbi müdahalelerin kural olarak iyileştirme amacına yönelmesi nedeniyle, rızanın normal bir yaralama fiiline gösterilecek rızaya oranla daha geniş yorumlanacağı belirtilmiştir¹¹⁸.

¹¹² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.74; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.345; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.278; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.450.

¹¹³ Yaşam hakkının üzerinde tasarruf edilemeyecek bir hak olduğu, Türk öğretisi ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul görmüştür. Biz de yalnız genel kabulü belirtip yaşam hakkı ve aktif ötanazi hususunda ayrıntıya girmeyeceğiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, **a.g.e.**, s.126-134; Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı (Ötanazi)**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

¹¹⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s.78; Bayraktar, **a.g.e.**, s.144; İçel v.d., **a.g.e.**, s.188; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.105; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.316; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.349; Demirbaş, **a.g.e.**, s.323.

¹¹⁵ Nuşin Ayiter, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, **AÜHFD**, C.XXV, S:1-2, 1968, s.141.

¹¹⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s.78; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.115; Aytekin Ataay, “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, **MHAD**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, 1996, s.27.

¹¹⁷ İçel v.d., **a.g.e.**, s.188; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.316-317; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.139-140; Meran, **a.g.m.**, s.98; Keyman, **a.g.m.**, s.69; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.454-455. Söz konusu görüş, rıza ile şikâyet kurumlarının birbirinden farklı kurumlar olduğu, şikâyetin eylem sonrasında kullanılabilir bir hak ve muhakeme koşulu olmasına karşılık, rızanın suçun unsurlarından ve ancak eylem öncesi ya da esnasında kullanılabilir hak olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.252; Aygörmez, **a.g.m.**, s.144, dn.26.

Basit yaralama halleri açısından rızanın müdahaleyi hukuka uygun hale getireceği, ağır yaralama halleri için ise, üstün değere sahip bir amacın olması halinde rızanın geçerli olacağı hususunda bkz. Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.217.

¹¹⁸ Bayraktar, **a.g.e.**, s.144; Erman, **a.g.e.**, s.134.

Öğretide, vücut bütünlüğüne ilişkin bir tıbbi müdahaleye gösterilecek rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasının, rızanın neye ilişkin olduğuna ve müdahalenin türüne bağlı olduğu belirtilmiş, bunun saptanmasında da hukuk ve ahlaka uygunluk ölçütünün kullanılacağı savunulmuştur¹¹⁹. Gerçekten de MK m.23 hükmü kişilik haklarına yönelen müdahaleye gösterilecek rızanın sınırını hukuka ve ahlaka uygunluk olarak çizmiştir¹²⁰.

c. İradenin Hukuken Kabul Edilebilir Bir Amaca Yönelik Olması

Öğretide ağırlıklı olarak, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için “tedavi amacı” şartı da aranmıştır¹²¹. Bazı yazarlar tedavi amacını geniş yorumlamış, hastalığı önlemek, teşhis etmek, ortadan kaldırmak veya iyileşmesini çabuklaştırmak, tehlikesini azaltmak, yarattığı acıları dindirmek ve arzuları ortadan kaldırmak ya da hafifletmek için yapılacak fiilleri de tedavi amacının içinde saymıştır¹²². Tedavi amacını geniş yorumlamak yerine tıbbi müdahalelerin kanunen öngörülmuş amaçlara

¹¹⁹Erman, **a.g.e.**, s.134-135; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.317; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.279; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.459; Demirbaş, **a.g.e.**, s.322; Soyaslan, **a.g.e.**, s.372; Mahmutoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, s.56; Gökcan, **a.g.e.**, s.182; Ataay, a.g.m., s.26; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.36; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.77; Şenocak, **a.g.e.**, s.41.

Ahlak, adap gibi muğlak, suistimale açık ölçütlerin kullanılmasının ceza hukuku açısından doğru bir yaklaşım olmadığı, iyileştirici nitelikteki ahlaka aykırı sayılan tıbbi müdahaleleri hukuka aykırı saymayı gerektireceği nedeniyle eleştirilmiştir. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.255; Yener Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu**, 1 Haziran 2007, y.y., s.64. Yine ahlaka aykırılık kavramını eleştiren bir görüş bu konuda, kişinin belirli durumlarda tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkının, yani Anayasa m.17/1’de tanınan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlandırılmasının söz konusu olduğunu ve bu nedenle Anayasa m.13 temel ilkelerinin belirleyici olması gerektiğini belirtmiştir. Aygörmez, a.g.m., s.153.

¹²⁰ Erman, **a.g.e.**, s.135.

¹²¹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.149; Ayan, **a.g.e.**, s.9; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.355 vd.; Aydın, **a.g.e.**, s.113-114; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.35-37; Kayalı, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, s.31; Sarial, **a.g.e.**, s.74; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.49; Dural, a.g.m., s.249; Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, s.206.

Yazarlar dayanak olarak TDN m.13/3, hekimin teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir müdahalede bulunamayacağı hükmünü göstermiştir.

Hakeri ayrıca AY m.17/2, tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hükmünü endikasyon aranması gerektiğine dayanak olarak göstermiştir. Kanaatimizce bu hükümlerle endikasyon aranmamakta, acil durumlar ile rızanın kapsamını aşan müdahalelerden söz edilmektedir. Aynı yönde, Erman, **a.g.e.**, s.154; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.47; Yener Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, s.59.

¹²² Bayraktar, **a.g.e.**, s.149; Ayan, **a.g.e.**, s.9; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.41.

yönelik olması gerektiği, bu amaçların da teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek ve acıyı dindirmek, hastalıktan korumak ve nüfus planlaması olduğu savunulmuştur¹²³.

Tıbbi terminolojide hastada belirli bir tedavi veya girişim yapılmasını gerektiren durum¹²⁴ olarak tanımlanan endikasyon¹²⁵, öğretilerde de tıbbi gereklilik olarak açıklanmış ve genellikle tedavi amacı ile eş manada kullanılmıştır¹²⁶.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için endikasyonu şart koşan yazarlar, endikasyon olmaksızın yapılan -güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahaleler gibi- tıbbi müdahaleleri açıklamak için, endikasyonun geniş yorumlanması ve tıbbi endikasyonun yanı sıra sosyal ve psikolojik endikasyonun kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır^{127,128}. Bu yazarlar¹²⁹, kişinin psikolojik olarak iyileşmesine neden olmayacak -fotomodelin kazancını artırmak için estetik ameliyat olması gibi- müdahalelerin hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır¹³⁰.

Tıbbın gösterdiği her şeyin, amaca hizmet eden, ölçülü veya gerekli olmaması, hastanın iradesine tekabül etmektedir. Böylece, kişi tıbben gerekli bir tedaviyi reddedebilirken estetik operasyonlarda veya tıbbi deneylerde olduğu gibi endikasyon olmayan bir müdahaleye de rıza gösterebilir. Bu durum, endikasyonun tıbbi müdahalelerin tümü için uygulanabilir olmadığını gösterir¹³¹. Dolayısıyla bu amaca yönelmeyen tıbbi müdahalelerin doğrudan hukuka aykırı olduğu savunulamayacaktır¹³².

¹²³ Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.35-37.

¹²⁴ İsmet Dökmeci, Handan Dökmeci, **Büyük Tıp Sözlüğü**, 3. bsk., İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 2009, s.246.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, s.55-81.

¹²⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.356 vd.; Aydın, **a.g.e.**, s.113-114.

¹²⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.360; Aydın, **a.g.e.**, s.114; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.21; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.181; Gürelli, a.g.m., s.272.

¹²⁸ Bu görüşü savunan bazı yazarlar ise “dolaylı tedavi amacı” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Ayan, **a.g.e.**, s.9; Kayalı, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, s.47.

¹²⁹ Dönmezer, a.g.m., s.251; Ayan, **a.g.e.**, s.35; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.21; Sarial, **a.g.e.**, s.77; Gürelli, a.g.m., s.271-272; Çakmut Yenerer, **a.g.e.**, s.182. **Kayalı** ise sırf güzelleşmek için yaptırılan ameliyatlardan sonucunda da kişinin ruhsal yapısında bir düzelme olduğundan bu müdahalelerin hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Kayalı, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, s.47.

¹³⁰ Erman, **a.g.e.**, s.202.

¹³¹ Tag, a.g.m., s.192. Aynı yönde, Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, s.63,79.

¹³² Erman, **a.g.e.**, s.202; Şahiniz, a.g.m., s.727; Tag, a.g.m., s.192; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.249-250; Merter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki**

Tedavi amacı arayan yazarların atıf yaptığı TDN m.13 hükmünün de “iyileştirmeye yönelik olmayan bir tıbbi müdahale ile kişinin bedensel veya ruhsal sağlığı üzerinde önemli derecede bir bozulmaya yol açılmayacağı” şeklinde anlaşılması gerekir¹³³. Gerçekten, hukuk düzenimizce de tedavi amacı gütmeyen – elektif kürtaj, sterilizasyon, sünnet gibi- müdahalelerin düzenlenmiş olması bu görüşü destekler niteliktedir¹³⁴. Tedavi amacı gütmeyen müdahaleler, normal tıbbi müdahalelerden farklı koşulların aranmasını gerektirebilmekte, bu nedenle de genellikle kanun koyucu bu tip müdahaleler için özel düzenleme yapma yolunu seçmektedir. Ancak hakkında özel düzenleme yapılmamış ama düzenli olarak uygulanmakta olan, tedavi amacı gütmeyen müdahaleler de söz konusudur. Bu müdahalelerin hukuka uygunluğu, özellikle rızanın konusu bakımından ayrıntılı değerlendirme yapmak suretiyle incelenecektir¹³⁵.

Organ ve doku nakillerinin Kanunla düzenlenmiş olması nedeniyle hukuka uygunluğu konusunda bir tartışmaya gerek kalmamıştır. Kanunda aranan şartların bulunması halinde yapılan organ ve doku nakli hukuka uygun sayılacaktır. Kanunda naklin “alıcının tedavisi” amacıyla yapılması şartı aranmıştır.

d. İradenin Sağlıklı Olması

(1) İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması

Yanılıgı, aldatma, tehdit gibi iradeyi sakatlayan sebeplerin varlığı halinde sağlıklı bir iradeden ve bu iradenin fiili hukuka uygun hale getirmesinden söz etmek mümkün olmayacaktır¹³⁶.

Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.20; Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, s.68 vd.; Demirbaş, **a.g.e.**, s.312; Aygörmez, a.g.m., s.139.

Nitekim Yargıtay özel hukuk dairelerinin estetik operasyonların eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabulünden hareket ederek bu eser sözleşmesinin yapılması ve icrası için bir endikasyona gerek olmadığı kolaylıkla söylenebilecektir. Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, s.72.

¹³³ Erman, **a.g.e.**, s.203. Nitekim HHY 12. madde “*teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez*” hükmü de bu hususu tasdik eder niteliktedir. Özay, **a.g.e.**, s.21, dn.10.

¹³⁴ Erman, **a.g.e.**, s.203.

¹³⁵ Erman, **a.g.e.**, s.200, 203.

¹³⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.71-73; Bayraktar, **a.g.e.**, s.138; İçel v.d., **a.g.e.**, s.185; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458; Soyaslan, **a.g.e.**, s.375; Ayan, **a.g.e.**, s.11-12;

Hastanın iradesinin serbest olduğundan söz edebilmek için, aydınlatılmış olması, hekimin ya da üçüncü bir kişinin baskısı altında olmaması, düzenli bir psikolojik yapıya sahip olması, rızasının hata, hile, tehdit ile sakatlanmamış olması gerekir¹³⁷.

(2) Hastanın Aydınlatılmış Olması

i. Genel Olarak

Hekim hasta ilişkisi açısından yanılı, aydınlatma yükümlülüğü ile ilişkilidir¹³⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/1-ğ'de, yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi şeklinde tanımlanan aydınlatma, sağlıklı bir iradenin en önemli koşuludur.

Genelde hukukta, özelde ceza hukukunda rızadan kasıt “hukuken geçerli rıza” olup, rıza beyanı öncesi yeterli aydınlatmanın yapıldığı rıza anlaşılmalıdır¹³⁹. Gerçekten tıbbi müdahalenin türü, biçimi, içeriği, ivediliği, tehlikeleri hakkında bilgi verilmesi sonucunda ancak kişi serbest iradesiyle kendi hakkında karar verebilir¹⁴⁰.

Esasen hukuksal dayanağını AY m.17, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından alan¹⁴¹ aydınlatma, 1219 s. Kanun m.70, TDN m.14, HHY m.31 ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.5'de de yer almaktadır. Mevzuatımızda yer alan bu genel nitelikli düzenlemeler haricinde, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁴² m.7'de¹⁴³, TCK m.90/2-g'de ve yargı kararlarında¹⁴⁴ da aydınlatma zorunluluğu aranmaktadır.

Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.315; Demirbaş, **a.g.e.**, s.321; Andreas Mosenheuer, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.76-77.

¹³⁷ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.75; Bayraktar, **a.g.e.**, s.138-139; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458.

¹³⁸ Erman, **a.g.e.**, s.98.

¹³⁹ Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.237, 239, 244.

¹⁴⁰ Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul, 1983, s.32-35; Oehler, a.g.m., s.21; Ömer Köprülü, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İBD**, C.LVIII, S:10-11-12, 1984, s.594; Oehler, a.g.m., s.21; Ayan, **a.g.e.**, s.71; Keyman, a.g.m., s.69-70; Reşat Atabek, Merih Sezen, “Hekimin Mes’uliyeti”, **İBD**, C.XXVIII, S:2, 1954, s.150-151.

¹⁴¹ Ayan, **a.g.e.**, s.73; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.201; Zeytin, a.g.m., s.13; İtalya’da da aynı şekilde olduğu hakkında bkz. Scaramuzzino, a.g.m., s.30-31.

¹⁴² 29.05.1979 tarih ve 2238 s., 03.06.1979 tarih ve 16655 s. R.G.

ii. Aydınlatmanın Yerine Getirilmesi

a. Aydınlatmada Bulunacak Kişi

Aydınlatma tedavi sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülük olup kural olarak tedavi sözleşmesi tarafı olan hekimce yapılmalıdır¹⁴⁵. Ceza hukuku açısından ifadelendirilirse, kural olarak aydınlatmayı, müdahalenin yürütülmesinden sorumlu hekim yapmalıdır¹⁴⁶. Hekimin -bazı durumlarda-aydınlatmanın icrasını başka bir “hekime”¹⁴⁷ bırakabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁸. Nitekim aydınlatma usulünün düzenlendiği HHY m.18/2’de de, öğretilde kabul edilen şekilde, aydınlatmanın kural olarak müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu¹⁴⁹ tarafından, bunun mümkün olmaması halinde ise durumu hastaya bildirmek ve ancak aydınlatma yapabilecek yeterlilikte olmak şartı ile başka bir sağlık meslek mensubu tarafından yerine getirilebileceği belirtilmiştir.

¹⁴³ODNK m.7; “Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;
b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak ... zorundadırlar.”

¹⁴⁴ Yargıtay 4. HD, 7.3.1977 tarih ve 6297/1976 E., 2541/1977 K. numaralı prensip niteliğindeki kararında, “Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir ... Bu itibardır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.” **YKD.**, C.IV, S:6, Haziran 1978, s.905, 907. Kararın eleştirisi için bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.287-288.

Yargıtay 13 HD, 5.4.1993 tarih, 131/1993 E., 2741/1993 K.; Yargıtay 13 HD, 15.9.2014 tarih, 26330/2013 E., 27050/2014 K.; Yargıtay 13 HD, 9.4.2014 tarih, 30822/2013 E., 10772/2014 K.; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 7.3.2003 tarih, 716/2002 E., 91/2003 K. sayılı Karar, **Kazanç**.

¹⁴⁵ Sarıal, **a.g.e.**, s.55-56; Ayan, **a.g.e.**, s.81.

¹⁴⁶Hakan Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.35; Erman, **a.g.e.**, s.103; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.328.

Organ ve doku nakillerinde, ODNK m.7 hükmü gereğince, organ ve dokuyu alacak hekim, aydınlatma yapma yükümlülüğü altındadır.

¹⁴⁷Hekim dışında başka bir sağlık görevlisine devredilmesi kabul edilmemiştir.

¹⁴⁸**Ayan** bu durumda, müdahaleyi yapacak sorumlu hekimle aydınlatma yükümlülüğünün devredildiği hekim arasında Borçlar Hukuku anlamında yardımcı şahıs ilişkisi kurulacağını belirtmiştir. Ayan, **a.g.e.**, s.82; **Hakeri**, ağır ameliyatlardan açısında ise bizzat sorumlu hekimin aydınlatmayı yapması gerektiğini ifade etmiştir. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.238.

¹⁴⁹ Madde sağlık meslek mensubu diyerek daha geniş kapsamlı bir düzenleme getirmiş ve hekim dışındaki diğer sağlık meslek mensuplarının da yapacakları müdahalelerde aydınlatma yapmaları gerektiğini düzenlemiştir. Biz konumuz gereği yalnız hekimi incelediğimiz için bundan sonrasında sağlık meslek mensubu değil hekim diyeceğiz.

Aydınlatmanın başka hekime bırakılması halinde dahi kontrol yükümlülüğünün devam edeceği belirtilmiştir¹⁵⁰.

Birden fazla hekim tarafından gerçekleştirilecek müdahaleler açısından, her bir hekimin kendi uzmanlık alanı için aydınlatma yapabileceği ya da aydınlatma görevinin heyetin yöneticisi durumundaki hekime bırakılabileceği kabul edilmiştir¹⁵¹.

Tedavi sözleşmesinin¹⁵² yapıldığı hekim ile müdahalede bulunacak hekimin farklı olması durumunda her iki hekim tarafından da aydınlatma yapılması gerektiği kabul edilmiştir¹⁵³.

b. Aydınlatmanın Yapılacağı Kişi

Aydınlatma kural olarak tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastaya yapılacaktır. HHY m.15'te hangi konuların bilgilendirileceği sayılırken bilgilendirmenin hastaya yapılacağı, yine HHY m.18/3'te hastanın kendisinin bilgilendirilmesinin esas olduğu belirtilmiştir.

HHY m.18/3'te bu duruma bir istisna tanınarak, hastanın talebi halinde, bilgilendirilmesi istenen bir üçüncü kişiye bilgilendirilme yapılabileceği belirtilmiştir. Öğretide bu durumun kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişilik değerleri üzerinde tasarruf hakkının devri anlamına gelmediği, rızanın yine hastadan alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Hastanın temyiz kudretine sahip küçük ya da kısıtlı olması durumunda kendisi, temyiz kudretine sahip olmaması durumunda ise rıza vermeye yetkili kanuni temsilci veya mahkemeden izin alınması gereken hallerde mahkeme bilgilendirilmelidir¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Gerfried Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Çev. Efe Direnisa, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.11

¹⁵¹ Ayan, **a.g.e.**, s.82; Zeytin, a.g.m., s.15; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.70.

¹⁵² Çalışmamızda tedavi sözleşmesi olarak ifade ettiğimiz, hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu, öğretide ağırlıklı olarak benimsenmektedir. Aksi yönde bkz. Atabek/Sezen, a.g.m., s.144.

¹⁵³ Ayan, **a.g.e.**, s.82.

¹⁵⁴ Zeytin, a.g.m., s.17.

¹⁵⁵ **Bayraktar**, rıza ehliyeti olmayan hasta için önce onun basit bir şekilde aydınlatılması ve sonra kanuni temsilcilerin ayrıntılı aydınlatılmasını kabul etmekle birlikte, rıza konusunda küçükler için temyiz kudretinin olup olmamasına bakmadan 1219 s. Kanun m.70 gereği küçükler için kanuni temsilcinin rızasının alınması gerektiğini belirtmiştir. Bayraktar, **a.g.e.**, s.129, 133; **Fischer**, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kendilerinin aydınlatılacağını ancak, ağır tıbbi müdahaleler bakımından

Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği ve acil olmayan hallerde, aydınlatma ve rıza için beklenilmesi gerekir¹⁵⁶.

c. Aydınlatma Zamanı

Rızanın açıklanması konusunda ayrıntılı olarak izah edeceğimiz üzere, rıza müdahaleden önce verilmelidir. Rızanın geçerli olması için aranan aydınlatma ise rıza verilmesinden ve doğal olarak tıbbi müdahaleden önce yapılmalıdır. Aydınlatmanın tıbbi müdahaleden ne kadar önce yapılacağına dair ise açık bir düzenleme olmayıp -acil durumlar dışında- makul süre¹⁵⁷ esası benimsenmiştir. Makul süre için öğretide, uygulanacak müdahalenin üzerinde düşünme, fayda ve zararlarını tartma, gerekli görürse yakınlarının görüşüne başvurma ve karar verme için yeterli süre kriteri benimsenmiştir¹⁵⁸. Buna göre müdahalenin ivediliği ve niteliği sürenin belirlenmesinde önem arz edecek, derhal icra gereken hallerde ameliyattan hemen önce hatta ameliyat masasında ya da basit bir müdahale için hasta hazırsa hemen aydınlatma yaparak müdahalede bulunabilecektir¹⁵⁹.

d. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatma hususunda yanıtlanması, üzerinde durulması gereken ikinci sorun, aydınlatmanın bir şekle tabi olup olmadığıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği m.18 değiştirilmeden önce hukukumuzda aydınlatmaya dair bir şekil şartı öngörülüyor,

ailelerinin de aydınlatılacağını belirtmiştir. Fischer, a.g.m., s.11; **Aşçıoğlu**, küçükler üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleler için kural olarak kanuni temsilcinin aydınlatılacağı, ancak ayırt etme gücüne sahip küçüğün de aydınlatılması gerektiğini belirtmiştir. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.41; **Çilingiroğlu**, ayırt etme gücü olan küçüğün kendisine ve kanuni temsilcisine, ayırt etme gücü olmayan küçük için ise yalnız kanuni temsilcisine karşı aydınlatma yapılması gerektiğini belirtmiştir. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.70-71; Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.37.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.6/4; “Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen temsilci, makam, kişi veya kuruluşa, aynı şartlarda, Madde 5’te belirtilen bilgi verilecektir.”

¹⁵⁶ Zeytin, a.g.m., s.18; Erman, **a.g.e.**, s.150; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.211.

HHY m.24’te, acil durumlardan bağımsız olarak, hastanın ifade gücü olmayan hallerde rızasının aranmayacağı düzenlemesine yer verilerek ifade gücü bulunmayan kişilere acil olmayan müdahalelerin de yapılabileceği düzenlenmiştir. **Oktay Özdemir**, Yönetmelik maddesinin, uygulamaya paralel şekilde, hastanın iradesini açığa çıkarmak amacıyla, hastanın yakalarına belirli bir sıraya göre (fikir ayrılığını önlemek için) başvuru zorunluluğu gerektirir şekilde değiştirilmesinin uygun olacağını belirtmiştir. Oktay Özdemir, a.g.m., s.1329.

¹⁵⁷ **HHY m.18/5**; “Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.”

¹⁵⁸ Sarial, **a.g.e.**, s.62; Ayan, **a.g.e.**, s.83; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.52; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.71.

¹⁵⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.83; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.71; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.239-241.

aydınlatmanın sözlü ya da yazılı¹⁶⁰ yapılabileceği kabul ediliyordu. Değişiklik sonrasında HHY m.18/2’de, aydınlatmanın sözlü olarak yapılması gerektiği, 26. maddede ise uyuşmazlığa konu olabilecek tıbbi girişimlerde “rıza formu” düzenlenmesi ve bu rıza formunda yer alan bilgilerin sözlü olarak hastaya aktarılması gerektiği belirtilmiştir. Aydınlatma ve rıza arasında bir ayırım yapmayan 26. madde düzenlemesi, her ne kadar madde başlığında “rıza formundan” bahsetse de aydınlatmanın da sözlü olarak yapılmasından sonra bir forma bağlanması gerekip gerekmediği sorusunu gündeme getirmektedir¹⁶¹. Nitekim Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi EK’inde de aydınlatma formuna yer verilmiştir.

Kanaatimizce, güvene dayanan hasta hekim ilişkisine en uygun aydınlatma sözlü yapılandır¹⁶². Sözlü şekilde yapılan aydınlatmada, hekim somut olayın özelliklerini ve hastanın durumunu dikkate alabilecek ve aydınlatmanın kapsamını olması gerekene en yakın biçimde saptayabilecektir¹⁶³. Gerçekten, hem hekimin aydınlatma kapsamını ayarlayabilmesi hem hastanın önem verdiği ya da çekindiği konular hakkında ayrıntılı bilgi edinebilmesi ve kafasındaki sorulara cevap bulabilmesi açısından yüz yüze yapılacak bir görüşme faydalı olacaktır. Ancak sözlü aydınlatmanın ispat güçlüğü yaratacağı şüphesizdir. Bu sebeple, sözlü aydınlatma yapıldıktan sonra ispat açısından yazılı bir aydınlatmanın da yapılması gerektiği düşüncesindeyiz¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Yazılı aydınlatma, formüler (konulan teşhis ve uygulanması düşünülen tıbbi müdahaleye ilişkin bilgiler ve hastanın aydınlatılmış olduğuna dair kayıtlar yer alır ve hastaya imzalaması için verilir) veya broşür (tedavinin çeşitli yönleri, muhtemel yarar ve zararları, hekimin niçin bu yöntemi önerdiği gibi bilgiler yer alır) vasıtasıyla yapılabilir. Ayan, **a.g.e.**, s.84; Kayalı, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, s.37; **Aşçıoğlu**, uygulamada bazı ülkelerde, hastaya hastane tarafından temel bilgiler içeren formül bilgileri verildiğini, sonrasında aydınlatıcı nitelikte sözlü açıklamalar yapıldığını ancak bunun yeterli olmayacağını, yazılı açıklama yapılacaksa bunun temel bilgiler içeren ve sözlü aydınlatmaya hazırlayan nitelikte olması gerektiğini, esasen aydınlatmanın ise sözlü yapılmasının amaca uygun olduğunu belirtmiştir. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.27-28.

¹⁶¹ Hakan Hakeri, “Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Değişiklikler”, (Çevrimiçi), <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hasta-haklari-yonetmeliindeki-degisiklikler-72-64-3641.html>, 30 Haziran 2015.

¹⁶² Aynı yönde, Ayan, **a.g.e.**, s.85; Kayalı, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, s.38; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.28; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, s.55.

¹⁶³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.71.

¹⁶⁴ Aynı yönde, Şenocak, **a.g.e.**, s.60; Özay, **a.g.e.**, s.59.

Ayrıca HHY m.18/1’de belirtildiği üzere aydınlatma mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılmalıdır.

e. Aydınlatmanın Konusu

Aydınlatma yükümlülüğünün –tedavi (güvenlik)¹⁶⁵ ve müdahalenin mali yönü-gibi çeşitleri olmakla birlikte, bu tür aydınlatmaların yapılmaması halinde özel hukuk bakımından bir kusur ortaya çıkacaksa da ceza hukuku bakımından rızanın geçersizliğine yol açmayacağından¹⁶⁶ çalışmamızda yalnızca ceza hukukunu ilgilendiren ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını etkileyecek olan teşhis, tedavi süreci, riskler ve tedavinin sonucuna ilişkin aydınlatmalar izah edilecektir.

a) Teşhis konusunda aydınlatma

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için ilk olarak, tıbbi bulgular ve teşhis hakkında aydınlatılması gereklidir¹⁶⁷. Teşhis konusunda yapılacak aydınlatma, hastanın hasta olduğunu ve hastalığının ne olduğunu öğrenmesini sağlar. Kural olarak ağır, hatta ölümcül hastalıklar dahi hastaya söylenmelidir¹⁶⁸. Ancak aydınlatmanın hastanın maneviyatına yaptığı etki ile hastalığın artması veya hastalığın seyir ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, hastanın yararı için, teşhisin saklanabileceği düzenlenmiştir.

b) Tedavi ve Tedavi Süreci Hakkında Aydınlatma

Hekim yapılması planlanan tedavi ile müdahalenin türü, şekli, yöntemi, içeriği hakkında bilgilendirmede bulunmalıdır¹⁶⁹. Hasta yalnızca yapılması planlanan müdahale ve müdahale süreci hakkında değil, müdahalenin reddedilmesi halinde

¹⁶⁵Uyarı yükümlülüğü olarak da adlandırılan bu aydınlatma, hastanın rızasını alma amacı ile değil, hastanın, tıbbi müdahalenin gerekliliği ve tedavinin başarısı veya sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranışlara uymasını bildirme ve bu tavsiyelerle tedavinin en iyi şekilde yapılmasını sağlama amacıyla. Teşhise yönelik, yani teşhis yapılabilmesi için gereken aydınlatma da bu kapsamdadır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.221-223.

¹⁶⁶Erman, **a.g.e.**, s.100; Oehler, a.g.m., s.22; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.221.

¹⁶⁷ Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.41; Alman hukukunda teşhis aydınlatılması yapılmasına gerek olmayan görüşler ve eleştirileri için bkz. Erman, **a.g.e.**, s.106-107.

¹⁶⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.256.

¹⁶⁹ Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.41; Erman, **a.g.e.**, s.108.

ortaya çıkabilecek riskler ve hastalığın muhtemelen nasıl gelişeceği konusunda da aydınlatılmalıdır¹⁷⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile müdahalenin ne şekilde, nasıl yapılacağı ve nasıl seyredeceği hakkında bilgi verilmesi gerektiği düzenlenmiş, böylelikle tedavi ve tedavi süreci aydınlatmasının yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Hastalığa dair diğer bir tedavi seçeneği olması halinde, söz konusu alternatif yöntemin fayda ve riskleri hakkında da bilgilendirme yapılması ve HHY m.18'de kabul edilen sözlü aydınlatmaya uygun olarak, hekimin kendisini tanıtmaya gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide, uygulanacak yöntem ile aynı veya uygulanacak yöntemden daha fazla risk içeren alternatif yöntem hakkında aydınlatma yapmaya gerek olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca henüz deneme aşamasındaki bir alternatif yöntem için de aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁷¹.

Aydınlatma yapılabilmesi için, risklere ilişkin bilimsel tartışmaların bitmiş ve konunun açıklığa kavuşmuş olması gerekmemekte, müdahalenin risklerine yönelik ciddi görüşlerin, hekimin aydınlatma sorumluluğuna dâhil olduğu ifade edilmektedir¹⁷².

c) Riskler Hakkında Aydınlatma

Risk aydınlatmasının maksadı, hastayla birlikte, söz konusu müdahaleye cesaret edilip edilmeyeceğine karar vermektir¹⁷³. Gerekli özenin gösterilmesine¹⁷⁴ rağmen, müdahale sonucunda meydana gelmesi muhtemel, daimi veya geçici, istenmeyen sonuçlar anlamına gelen riskler, yaşam tehlikesinden, olası yan etkilere kadar, ortaya çıkış yoğunluklarına göre yoğun riskler ve uzak riskler olarak sınıflandırılabilir¹⁷⁵.

Riskler hususunda genel hatlarıyla yapılan bilgilendirmenin yeterli olacağı ve her müdahaleye bağlı olarak ortaya çıkan olağan riskler ile kolaylıkla ortadan

¹⁷⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.71; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.212-214.

¹⁷¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.215.

¹⁷² Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", s.41; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.215; Ayan, **a.g.e.**, s.74

¹⁷³ Erman, **a.g.e.**, s.109.

¹⁷⁴ Tıbbi bir hata olasılığında meydana gelebilecek neticeler konusunda aydınlatma yapmak gerekmemektedir, zira risk aydınlatması kurallarına uygun olarak yapılacak müdahale sonucu meydana gelebilecek riskler içindir. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.218.

¹⁷⁵ Erman, **a.g.e.**, s.109.

kaldırılabilir riskler konusunda bilgilendirme yapmaya gerek olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁶.

Öğretide çok düşük ihtimalle karşılaşılabilen risklerin dahi aydınlatma kapsamına dâhil olduğu belirtilmiştir¹⁷⁷. Almanya’da olası bir sınırın altında kalacak risklerin aydınlatma yükümlülüğüne istisna teşkil etmesini engellemek için yargı içtihatlarının tutarlı bir şekilde sınır öngörmemiş olduğu belirtilmiştir¹⁷⁸.

Riskler hususunda önemli olan, genel anlamdaki riskler değil belirli bir tıbbi müdahalede yer alan risklerdir. Yani örneğin müdahalenin hastanın başvurduğu hastanede yapılması daha yüksek bir risk taşıyorsa bu husus da aydınlatma kapsamındadır¹⁷⁹.

d) Tedavinin Sonuçları Hakkında Aydınlatma

İstensen ya da istenmesin, yapılacak müdahale sonucunda doğal olarak ortaya çıkması beklenen sonuçlar anlamındaki müdahalenin sonucu hususunda -özellikle olumsuz sonuçları- kişinin aydınlatılması gerekmektedir¹⁸⁰. Müdahalenin başarı şansı ve diğer bir anlatımla başarısızlık olasılığı da hastaya açıklanmalıdır¹⁸¹. Ayrıca hastanın tıbbi müdahale sonucunda bir yeteneğin kaybı gibi yan etkiler bakımından da aydınlatılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸².

f. Aydınlatmanın Kapsamı ve Sınırları

Hasta Hakları Yönetmeliğinde değişiklik yapılmadan önce Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14/2’deki *teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıklanması* hükmü, HHY m.15’de¹⁸³ hastanın bilgi isteyebileceği bazı durumlar,

¹⁷⁶Erman, **a.g.e.**, s.110.

¹⁷⁷ Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.241; Hastanın daha sonraki yaşamı açısından önemli olabilecek nadir risklerin açıklanması gerektiği hakkında bkz. Oehler, a.g.m., s.25; Aksi yönde bkz. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.62; Dural, a.g.m., s.254.

Nadir riskler hakkında aydınlatma yapılması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 4. HD, 7.3.1977 tarih, 6297/1976 E., 2541/1977 K.; Yargıtay 13. HD, 18.9.2008 tarih, 4519/2008 E., 10750/2008 K., **Kazancı**.

¹⁷⁸ Fischer, a.g.m., s.8-9.

¹⁷⁹ Fischer, a.g.m., s.9.

¹⁸⁰ Erman, **a.g.e.**, s.109; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.42.

¹⁸¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.213.

¹⁸² Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.41.

¹⁸³ 8.5.2014 tarih ve 28994 s. R.G.’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik öncesinde Hasta Hakları Yönetmeliği m.15/1; Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak olan tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve

HHY m.31’de tıbbi müdahale konusu ve sonuçları hakkında hastanın bilgilendirilmesi düzenlemeleri yer almakta idi. Yani, Hasta Hakları Yönetmeliğinde değişiklik yapılmadan önce mevzuatımızda yine hastanın bilgilendirilmesi düzenlenmişti. Yönetmelikte yapılan değişiklikle, HHY m.15¹⁸⁴, hastanın bilgi isteyebileceği değil hastaya bilgi verilmesi gereken haller şeklinde ve daha kapsamlı bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Buna göre hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve seyri, tıbbi müdahalenin kim tarafından uygulanacağı, tedavi süreci, alternatif tedavi seçenekleri, rizikolar, tedaviyi ret halinde ortaya çıkabilecek rizikolar, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, yaşam tarzına dair öneriler ve aynı konuda tekrar yardıma nasıl ulaşılabileceği hususlarında bilgi verilmesi gereklidir.

Aydınlatmadaki amaç, hastanın, müdahaleye ilişkin edindiği bilgiler doğrultusunda, serbest iradesiyle karar verebilecek hale getirilmesidir. Yönetmelikte de belirtildiği üzere hekim, hastaya teşhis aydınlatmasının yanı sıra tedavi ve süreç aydınlatması ile risk aydınlatması yapmalı ve müdahalenin türü, kapsamı, sonuçları, alternatifleri ve müdahaleye rıza göstermemesi durumunda karşılaşılabileceği tehlikeler konusunda bilgilendirmede bulunmalıdır.

Tedavinin çeşitli biçimleri olması halinde, bunların seçimi kural olarak hekime aittir. Aynı başarıyı sağlayabilen ve tıp biliminin kabul ettiği yöntemlerden her biri hakkında hastaya açıklamada bulunmak ve seçimine göre müdahalede bulunmak zorunlu olmayıp, ancak çeşitli tedavi yöntemlerinden birinin uygulanması somut

muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmişti.

¹⁸⁴ **Hasta Hakları Yönetmeliği m.15**; “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşılabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

olayda hasta için değişik riskler doğuracaksa hastaya bilgi verilmesi ve seçimine dayandırılması gerektiği belirtilmiřtir¹⁸⁵.

Kural olarak, hastanın genel bir bilgi sahibi olması, aydınlatma açısından yeterli görölmekle birlikte, her müdahalenin kendine özgü şartları gereği, açıklanacak olguların kapsamı daralıp genişlemekte ve hatta bazı durumlarda aydınlatma yükümlülüğü kalkmaktadır¹⁸⁶. Bu sebeple somut olayın özelliklerinden hareket ederek hastanın rıza gösterme hususundaki kararını etkileyebilecek şekilde belirlenen objektif kıstaslara göre aydınlatma yapılacaktır¹⁸⁷.

Aydınlatmanın kapsamını genişletip, daraltacak ve hatta bazen aydınlatma yükümlülüğünü kaldıracak somut olayın özelliklerini, uygulanacak müdahale ve müdahalenin uygulanacağı hasta bakımından incelemek gereklidir.

a) Kapsamın Genişlemesi

İlk olarak uygulanacak müdahale açısından bakacak olursak, müdahalenin acilliği, riskin ağırlığı, komplikasyon sıklığı ve müdahalenin salt tedavi amacı güdüp gütmemesi aydınlatmanın kapsamını belirlerken önem arz edecektir¹⁸⁸.

Müdahalenin acilliği ile aydınlatma yükümlülüğü arasında ters orantı vardır. Müdahalenin acilliği azaldıkça aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir¹⁸⁹. Bu halde, estetik operasyonlar, teşhisle ilgili müdahaleler ve tavsiye edilen ancak zorunlu olmayan müdahaleler açısından kapsam oldukça genişleyecek, müdahalenin olası sonuçları, yan etkileri ve başarısızlık riski konusunda ayrıntılı bilgi verilmesi gerekecektir¹⁹⁰.

Yine risk ne kadar ağır ise aydınlatmanın o derece geniş yapılması gerekmektedir¹⁹¹. Bu açıdan meydana gelebilecek riskin geçici olup olmadığı önem

¹⁸⁵Şenocak, **a.g.e.**, s.51; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.31-32.

¹⁸⁶Erman, **a.g.e.**, s.110.

¹⁸⁷Sarial, **a.g.e.**, s.57; Ayan, **a.g.e.**, s.75; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.242; Scaramuzzino, a.g.m., s.32.

¹⁸⁸Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi", s.38-40; Erman, **a.g.e.**, s.110-114; Ayan, **a.g.e.**, s.76-77.

¹⁸⁹Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi", s.39; Ayan, **a.g.e.**, s.76; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.31; Erman, **a.g.e.**, s.110-111.

¹⁹⁰Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi", s.39; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.31; Erman, **a.g.e.**, s.111; Ayan, **a.g.e.**, s.76.

¹⁹¹Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.243; Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi", s.40; Ayan, **a.g.e.**, s.76-77; Scaramuzzino, a.g.m., s.32.

taşıyacak ve sürekli zarar tehlikesinde kapsamlı bir aydınlatma yapılması aranacaktır¹⁹².

Müdahalenin salt tedavi amacı taşıyıp taşıyamaması da aydınlatma kapsamını belirlemede önem arz eder. Salt tedavi amacı taşımayan –estetik operasyon, kısırlaştırma, organ ve doku nakli- gibi müdahalelerde detaylı bilgi verilmesi gereklidir. Aynı esas yeni yöntemlerin denenmesinde de geçerlidir¹⁹³.

Müdahalenin uygulanacağı hasta bakımından aydınlatmanın geniş kapsamlı yapılması ise, hastanın açık arzusu ve gerçekleşme ihtimali bulunan zararın hasta açısından taşıdığı subjektif önem ile ilişkilidir¹⁹⁴.

Müdahalenin hastanın kişiliğine, mesleğine ya da toplumsal statüsüne ilişkin özel bir öneme sahip olması halinde, aydınlatma kapsamı genişleyecek ve uzak riskler dahi bu kapsama dâhil olacaktır¹⁹⁵.

Yine hastanın sorular sorarak belirli bir konuda aydınlatma talep etmesi halinde, normalde hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamına girmeyen konuların dahi hastanın önem vermesi nedeniyle yükümlülük kapsamında görülmesi gerektiği ve hekimin bu soruları, olanak dâhilinde ve gerçeğe uygun bir şekilde cevaplamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir¹⁹⁶.

b)Kapsamın Daralması

Yapılması gereken acil bir müdahale karşısında hastayı her türlü noktada bilgilendirmek, zaman kaybına ve hastanın sağlığını tehdit eden bir duruma sebep olabilecektir¹⁹⁷. Bu nedenle, müdahalenin acilliği oranında aydınlatma kapsamı dar tutulabilir.

¹⁹²Ayan, **a.g.e.**, s.77; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.40; Sarıal, **a.g.e.**, s.57.

¹⁹³Ayan, **a.g.e.**, s.77.

¹⁹⁴Ayan, **a.g.e.**, s.77; Erman, **a.g.e.**, s.114-115; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.40.

¹⁹⁵Erman, **a.g.e.**, s.114-115; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.40; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66.

¹⁹⁶Erman, **a.g.e.**, s. 115; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.40; Ayan, **a.g.e.**, s.77; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Oehler, a.g.m., s.25.

¹⁹⁷Erman, **a.g.e.**, s. 110.

Yine oldukça az risk taşıyan müdahalelerde kapsam dar tutulabileceği gibi hastanın arzu etmesi halinde de aydınlatmanın daraltılabilmesi savunulmuştur¹⁹⁸.

Bilgi hastaya sosyal, kültürel ve psikolojik durumuna göre anlayabileceği şekilde verilmelidir. Konu üzerinde, hastanın yeterli bilgiye sahip olması halinde, tüm ihtimallerin açıklanmasının gereksiz olduğu belirtilmiştir¹⁹⁹.

c) Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkabileceği Haller

(i) Aydınlatmanın Hasta Üzerinde Olumsuz Etki Yapma Olasılığı Halinde

HHY m. 19 ve TDN m.14/2’de, hekimin takdirine bağlı olarak, hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin söz konusu olması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin ve hastalığın akıbet ve seyrinin saklanabileceği belirtilmiştir²⁰⁰.

Öğretide, psikiyatri hastalarının aydınlatma sonucu üçüncü kişilere zarar verme ihtimalinin olması durumunda, aydınlatma yapılmayabileceği belirtilmiştir²⁰¹. Bu görüş haklı olarak, psikiyatri hastaları bakımından herhangi bir istisna olmadığı, hastanın ruhsal durumu itibariyle aydınlatılmasının anlamsız olacağı ve rıza yeteneğinin de olmadığı hallerde, kanuni temsilcisinin aydınlatılarak rızasının alınacağı belirtilerek eleştirilmiştir²⁰².

Öğretide yine, bilgilendirme halinde, hastanın panikleyerek kendisine yapılması zorunlu tıbbi müdahaleden vazgeçmesi ve müdahalenin yapılamaması tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda, aydınlatma yapmaktan vazgeçilebileceği belirtilmiştir²⁰³. Paternalist anlayışa ait bu görüş, haklı olarak eleştirilmiş, tıbbi

¹⁹⁸Ayan, **a.g.e.**, s.78.

¹⁹⁹Reisoğlu, **a.g.m.**, s.6.

²⁰⁰ **Duttge**, zarar ihtimalinin, teşhisin hastadan saklanması dışında engellenememesi halinde ancak aydınlatma yapılamayabileceğini belirtmiştir. Gunnar Duttge, “Hastanın ‘Merhamet Düşüncesiyle Yanıtlanması’ (Thomas Mann) Haklı Görülebilir Mi?”, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.86-87.

²⁰¹Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.47; Ayan, **a.g.e.**, s.81, dn. 255; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69.

²⁰² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.259; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.242.

²⁰³ Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.47; Ayan, **a.g.e.**, s.81; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.234.

müdahaleden vazgeçecek olmanın aydınlatılmama sebebi olamayacağı, yalnızca aydınlatma esnasında bu durumun dikkate alınması gerekeceği belirtilmiştir²⁰⁴.

(ii) Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

HHY m.20 gereği kişi, ilgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında “sağlık durumuna yönelik” aydınlatılma hakkından vazgeçebilir. Yakınlarının aydınlatılmasını önleme hakkını da haizdir. Bu konudaki talebi yazılı olmalıdır. Bu karardan istediği zaman vazgeçerek bilgilendirilme yapılmasını isteyebilir. Dikkat edilmelidir ki, yönetmelik yalnız sağlık durumuna yönelik aydınlatmadan vazgeçilebilmesine müsaade etmiştir. Yani bu hüküm, hastanın aydınlatma yerine getirilmeden tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği şeklinde yorumlanamaz. Yalnızca “mevcut durum ve hastalığın seyri” hakkında bilgilendirilmeme hakkı sağlar.

Öğretide hastanın müdahale öncesi aydınlatılmadan da vazgeçebileceği ancak hasta için hayati önem taşıyan müdahalelerde, yeni tıbbi müdahalelerde ve müdahaleye hastanın kanuni temsilcisinin rıza gösterebileceği hallerde kanuni temsilcinin aydınlatılma hakkından feragatinin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir²⁰⁵.

(iii) Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması veya Daha Önce Aydınlatılmış Olması

Hastanın aynı müdahaleyi ikinci kez yaşamaması nedeniyle daha önce aydınlatılmış olması ya da mesleği gereği²⁰⁶ bilgi sahibi olması ya da herhangi bir başka nedenle yapılacak müdahaleye dair yeterli bilgi sahibi olması halinde bilgi

²⁰⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.257; Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.42; Zeytin, a.g.m., s.28; Ünver, “Aydınlatmanın amacı hastayı ikna etmek değildir. Tercih hastanıdır. Aydınlatma sonrası hastanın tedaviden veya o doktora tedavi olmaktan vazgeçmesi amaca aykırı değildir. Bu aydınlatmadan beklenen iki etkiden birisidir, doğaldır ve hukuk da hastaya bu özgür tercihin sağlanmasını istemektedir.” Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.242.

²⁰⁵ Ayan, **a.g.e.**, s.79; Dural, a.g.m., s.254; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67-68; Zeytin, a.g.m., s.26.

²⁰⁶ Hastanın hekim olmasının her müdahale için aydınlatma yükümlülüğünü kaldıracağını söylemek mümkün değildir. Özellikle de tıbbın yeni alanları ve özel uzmanlık gerektiren alanlarında hekimin bilgi sahibi olmaması mümkündür ve somut olayda bu durum araştırılmalıdır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.254.

vermeye gerek kalmayabilir^{207,208}. Ancak her somut olayda hastanın yeniden aydınlatılması gerekip gerekmediği özenle araştırılmalıdır²⁰⁹.

(iv) Acil Haller

1219 s. Kanun m. 70/1 uyarınca, kanuni temsilcinin olmadığı veya bulunmadığı veya hastanın ifadeye muktedir olmadığı hallerde, rıza şart değildir. Yine HHY m.24/7'ye göre, hastanın rızasının alınmadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda ve bir organının kaybı ya da fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumlarda hastanın rızası aranmayacaktır. Bu durumda, rızanın ön koşulu sayılan ve rızanın geçerli olabilmesi için aranan aydınlatmanın da aranmayacağı söylenebilir.

(v) Aydınlatmanın Hasta Bakımından Anlamını Yitirmiş Olması

Öğretide, ölümü beklenen hastaya, acılarını azaltmak maksadıyla yapılan müdahaleler hakkında bilgilendirme yapmanın hasta için anlam ifade etmeyeceği ve tıbbi ve insani nedenlerle aydınlatma yapılmayabileceği belirtilmiştir²¹⁰.

g. Aydınlatma Yükümlüğünün Yerine Getirilmemesinin Sonuçları

Kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için, hastalığı, yapılması planlanan müdahale ve bu müdahalenin riskleri hakkında bilgi sahibi olması gereklidir. Aksi takdirde neye rıza gösterdiğini bilmeyen bir kişinin sağlıklı iradesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sağlıklı olmayan bir irade ise fiili hukuka uygun hale getiremez. İşte, iradenin geçerli bir irade olmasını ve dolayısıyla irade gösterilen fiilin hukuka uygun hale getirilmesini sağlayan aydınlatmanın hiç ya da gereği gibi

²⁰⁷Sarial, **a.g.e.**, s.58; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.6; Bayraktar, **a.g.e.**, s.129; Ayan, **a.g.e.**, s.79; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.254; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.45; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.110; Aksi yönde bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.241.

²⁰⁸Yargıtay hekimin muayene sırasında hastanın kızlığını bozduğu bir olayda, hastanın bu riski bilmesinin gerekip gerekmediğini tartışmış, olayın özelliğinin davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule olanak vermediğini zira tuşe rektumdan yapıldığını belirtmiştir. Yargıtay 4. HD, 7.3.1977 tarih, 6297/1976 E., 2541/1977 K., **YKD.**, C.IV, S:6, Haziran 1978, s.909.

²⁰⁹Ayan, **a.g.e.**, s.79; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.34; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.254.

²¹⁰Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, s.45; Ayan, **a.g.e.**, s.81.

yapılmaması halinde, geçersiz rızaya dayanan tıbbi müdahale –hastanın yararına olsa dahi- hukuka aykırı olacak ve hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir²¹¹.

Özel hukuk bakımından hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesi kurulmasının sonucu olarak hekimin yükümlülüğünün ihlali halinde, tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Ceza hukukundan farklı olarak, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali söz konusu iken müdahale sonucunda hastanın sağlığında herhangi bir zarar meydana gelmezse, maddi zarar olmadığı için tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak aydınlatma yapılmaması ile aynı zamanda bir kişilik hakkı ihlali söz konusu olacağından, manevi tazminat talep edilebilecektir²¹².

e. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye (Tıp Sanatını Uygulama Hak ve Yetkisi Olan Kişi) Yönelmesi

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu incelerken ilgilinin rızası ile hakkın icrasının birlikte aranması gerektiğini belirtmiştik. Yani ilgili –hasta/bazı durumlarda kanuni temsilci- rızasını, normal durumda müdahaleyi yapma hakkı olan –kanunen yetkili- kişiye yöneltmelidir²¹³.

Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler²¹⁴ ve bu kişilerde aranacak özellikler, 1219 s. Kanun’da ve TTBK’da düzenlenmiştir²¹⁵. Her ne kadar tıbbi müdahale denildiğinde akla ilk hekimler gelse de mevzuatımızda bazı müdahaleler açısından hekim dışındaki sağlık görevlilerine²¹⁶ de yetki tanınmış ve hatta bazı tıbbi

²¹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.261; Gökcan, **a.g.e.**, s.204,184; Alman Hukuku’nda, aydınlatma eksikliğinin hastanın somut kararı bakımından önem arz etmediği hallerde önemsiz olduğuna dair görüşler ve Federal Yüksek Mahkeme Kararı için bkz. Mosenheuer, a.g.m., s.69-80; Aynı yönde, Oehler, a.g.m., s.22.

²¹² Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.43; **Zeytin**, her genel kişilik hakkı ihlalinin, tazmini gereken bir zarar olarak düşünülmesinin tazminat sorumluluğu hallerini aşırı derecede genişleteceğini, rızanın olduğu ancak aydınlatmanın hiç ya da gereği gibi yapılmadığı ve müdahalenin başarı ile sonuçlandığı hallerde, hekimin tazminattan sorumlu tutulmaması gerektiğini ifade etmiştir. Zeytin, a.g.m., s.31; **Aşçıoğlu**, kişinin iyileşme süreci ve sonuçlarının maddi zarar oluşturabileceğini belirtmiştir. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.42.

²¹³ Erman, **a.g.e.**, s.92.

²¹⁴ **Çilingiroğlu**, “Tıbbi müdahaleler, yönelik olduğu değerler itibarıyla, sonradan karşılanması çoğunlukla olanak dışı nitelikte yaşamsal zararlara neden olabilecek, rizikolu ve karmaşık girişimlerdir.” Diyerek tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin yalnızca bazı kişilere tanınmasının bir gereklilik olduğunu belirtmiştir. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.16.

²¹⁵ Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.27.

²¹⁶ Sağlık görevlileri geniş manada sağlık sektöründe çalışan herkeştir. Çalışmamız kapsamında dar manada, doğrudan tıbbi nitelikli faaliyet gösteren personel olarak kullanılacaktır.

müdahaleleri gerçekleştirecek kişiler açısından tıbbi sıfat aranmamıştır²¹⁷. Hekim dışındaki sağlık görevlileri²¹⁸ ancak yasalar ve diğer düzenlemeler ile izin verilen ölçüde tıbbi müdahalede bulunabileceklerdir²¹⁹. Belirttiğimiz üzere, istisnaen –ilk yardım²²⁰, reçetesiz yazılan tıbbi malzemelerin başkasına uygulanması gibi- gündelik yaşamın bir parçası haline gelmiş bazı uygulamalar, müdahalede bulunacak kişiler açısından herhangi bir tıbbi sıfat aranmayan, herkes tarafından yerine getirilebilen tıbbi müdahalelerdir²²¹.

Yine tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olmayan kişilerin acil durumlarda yaptıkları müdahaleler için her ne kadar tıbbi müdahalede bulunan kişinin bir hakkından söz edilemeyecekse de duruma göre zorunluluk haline ilişkin koşulların bulunması halinde sorumluluk cihetine gidilmeyecektir²²².

Çalışmamızda yalnızca hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi ve bunun koşulları üzerinde durulacaktır.

(1) Hekimlik Yapma Koşulları

1219 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türkiye'de hekimlik yapabilmek için, tıp fakültesi diplomasına²²³ sahip olmak²²⁴ gerekir. Her ne kadar maddede,

²¹⁷Erman, **a.g.e.**, s.96.

²¹⁸1219 s. Kanun; m.3 küçük sıhhiye memurları, m.29 vd. dış hekimleri, m.47 vd. ebeler, m. 63 vd. hastabakıcı hemşireler için belirli tıbbi müdahaleler açısından yetki tanımıştır. Bu kişiler ancak kanunda verilen yetki çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunabilirler.

²¹⁹Erman, **a.g.e.**, s.95.

²²⁰**İlk Yardım Yönetmeliği m.1;** “*Bu Yönetmeliğin amacı; fertlerin ve toplumun temel sağlık bilgisinin artırılması, ilkyardım bilgi ve becerisinin toplumun her bireyine öğretilmesi...*”

Söz konusu hükümden de ilk yardım faaliyetinin herkes tarafından yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Kanaatimizce, gündelik yaşamın bir parçası haline gelen bu müdahaleler tıbbi niteliktedir ve İlk Yardım Yönetmeliğinde kişilere bu hakkın verilmesi nedeniyle, bazı müdahaleleri gerçekleştirecek kişiler açısından tıbbi sıfat aranmaması şeklinde ifade etmek doğru olacaktır.

²²¹Erman, **a.g.e.**, s.96.

²²² Özgenç, **a.g.e.**, s.361; **Yenerer Çakmut ve Gökcan**, bu durumda yetkili olmayan kişinin eyleminin zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun olacağını belirtmiştir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, 5237 s. TCK ile zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil kusurluluğu etkileyen mazeret nedeni olarak düzenlenmesi itibari ile Özgenç'in ifadesi doğrudur. **Yenerer Çakmut, a.g.e.**, s.26-27; **Gökcan, a.g.e.**, s.237.

²²³ 1219 s. Kanun m.2'ye göre, diplomanın geçerli olabilmesi için zorunlu hizmetin tamamlanmasından sonra Sağlık Bakanlığınca onaylanması ve sicile tescil edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Onay ve tescilin, diplomanın üniversite tarafından verildiği ve kanuni hükümlere uyulduğu tespiti amacıyla arandığı, bu sebeple onay ve tescil işleminin kurucu değil, bildirici nitelikte bir işlem olduğu belirtilmiştir. Bayraktar, **a.g.e.**, s.114.

²²⁴ 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesinde, –menfaat amacıyla olmasa bile- hasta tedavi eden veya hekim unvanını kullanan diploması olmayan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Türkiye’deki tıp fakültelerinden²²⁵ bir diploma alınması şartı aranmasa da yabancı bir ülkenin tıp fakültesinden alınan diploma ile hekimlik yapmak tamamen serbest olmayıp bir takım denklik işlemlerinin yapılması gerekmektedir.

Karmaşık kuralları olan ve kişinin önemli menfaatlerini ilgilendiren tıbbi müdahalelerin ancak gerekli eğitim görmüş hekim tarafından yapılabilmesi, kişilerin ve toplumun menfaatinedir. Kamu menfaati ile ilgili olması ise, kanunen yetkili olmayan kişilere gösterilecek rızaların geçersiz ve yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması sonucunu doğuracaktır²²⁶.

1219 s. Kanun m.8’de, bu kanunda aranan şartları taşıyan kişilerin Türkiye’de hastaları tedavi hakkını haiz olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere kural olarak uzmanlık yapmamış olan -pratisyen hekim- tıbbi müdahalede bulunmaya yetkilidir. Özel kanunlarda²²⁷ uzmanlık şartı aranan müdahaleler haricinde uzman, tek yetkili hekim değildir²²⁸.

Kanunda bir sınırlama olmamasına rağmen yürürlükten kaldırılan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü m.4’te, uzmanlık belgesi olmayanların, uzmanlık unvan ve “yetkisini kullanamayacağı” ve “uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamayacağı” belirtilerek, uzman olmayan hekimlerin uzmanlıkla ilgili tıbbi müdahalede bulunması açıkça yasaklanmıştı. Bu tüzüğün yerine konulan Tıpta ve Diş Hekimliğinde

²²⁵ 2.11.2011 tarih 28103 s. R.G.’de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 11.10.2011 tarih 663 s. Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.58 ile yapılan değişiklik öncesi madde, Türkiye’de hekimlik yapabilmek için, Türkiye’deki tıp fakültelerinden diploma sahibi olma ve Türk vatandaşı olma şartı arıyordu. Söz konusu hükmün insan yaşam ve sağlık hakkına zarar verdiği dolayısıyla eleştirisi için bkz. Bayraktar, **a.g.e.**, s.119.

²²⁶ Bayraktar, **a.g.e.**, s.112.

²²⁷ 1219 s. Kanun m.23/1’de, genel veya lokal anestezi gerektiren büyük cerrahi müdahalelerin, biri uzman olmak üzere iki hekim tarafından yapılması gerektiği; Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun m. 2’de bu kurumların uzman hekim tarafından açılacağı; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.10’da, sterilizasyon ameliyatının uzman hekim tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu tıbbi müdahaleler açısından tıp diploması yeterli olmayıp uzmanlık şartı da aranacaktır.

²²⁸ Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği m.3/1-r’de, *çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olan kimse* şeklinde tanımlanan uzman, ilgili dalda sanatını uygulama hakkı olan kişi olmakla birlikte o alanda tek yetkili olarak belirtilmemiştir. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.191.

Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde²²⁹ ise uzman olmayan hekimlerin uzmanlık unvan ve “yetkisini kullanamayacağı” belirtilmekle birlikte uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamayacağına dair açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak “uzmanlık yetkisinin kullanılamayacağı” ifadesinin de sonuçta aynı anlama geleceği söylenebilir²³⁰. Bu halde, uzmanlık gerektiren müdahaleler, -zorunlu hal haricinde- o alanda uzman olmayan hekimlerce yapılamayacaktır. Esasen kanunda bir sınırlama yapılmamışken yönetmelikle sınırlama getirilmesi eleştirilmeliyse de uzmanlığı gerektiren konularda bazı istisnalar haricinde uzmanlık şartı aranmamasının günümüz tıp bilimine uygun olmadığını ve klasik tıp bilimi ve hekimliğin bugün artık uzman hekimliği hazırlayıcı bir bilim dalı haline geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır²³¹. Uzman olmayan hekimlerce tıbbi müdahale yapılması durumunda, yapılan müdahalenin hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir²³². Ekleme gerekir ki uzmanlık için anlattıklarımız özel uzmanlık alanı için de geçerli olacaktır²³³.

Hekimlik yapabilmek için ikinci şart tabipler birliğine kaydolmak²³⁴ ve üçüncü şart da hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel bir halin bulunmamasıdır²³⁵.

²²⁹ 28983 s., 26.4.2014 tarih R.G.’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

²³⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.193.

²³¹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.117; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.193-194.

²³² Ayan, **a.g.e.**, s.6.

²³³ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.45.

²³⁴ TTBK m.7’de sivil ve askeri hekimlerin tabipler birliğine kaydolmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar maddenin ikinci fıkrasında mesleklerini serbest olarak icra etmeyenler için bu bir zorunluluk olarak düzenlenmese de, 1219 s. Kanun m.15 ile memur hekimlerin de kaydolmasının zorunlu olduğu düzenlenmişti. Ancak bu madde Türk Eczacıları Birliği Kanunu m.59 ile yürürlükten kaldırılmış ve durum TBMM 27.1.1956 tarihinde 1956 s. yorum kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur. Bu karar uyarınca memur hekimler de birliğe kayıt olmak zorundadır. Bayraktar, **a.g.e.**, s.119-120; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.32-33.

²³⁵ TTBK m. 38’de, Haysiyet Divanı’nın Tabipler Birliğine kaydolmayan ya da kanunun öngördüğü diğer görevleri yerine getirmeyen hekimler hakkında ceza vereceği, m.39’da bu cezanın fiilin mahiyetine göre 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca TTBK m.40’da -karar aleyhinde itiraz olmasa dahi- geçici men kararlarının uygulanabilmesi için Yüksek Haysiyet Divanının onayı gerekeceği düzenlenmiştir.

TTBK m. 49/1; “Memur olsun, serbest olsun Yüksek Haysiyet Divanı kararı ile geçici olarak sanat icrasından men edilen azalar, hiçbir suretle sanatlarını icra edemeyecekleri gibi hasta kabul ettikleri yerler de kapatılır.”

1219 s. Kanun m.28; “Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanunu’nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat

(2) Hekimin Tıbbi Standarda Uygun Hareket Etme Zorunluluğu

Gerek öğretilerde²³⁶, gerek yargı kararlarında²³⁷, gerekse normatif olarak²³⁸, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, tıbbi standarda²³⁹ uygun bir şekilde, yani tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde ve özenle gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Tıbbi standart, hekimin tedaviyi ve araçlarını seçme özgürlüğünü kısıtlamaz²⁴⁰. Hekimin seçtiği yöntem ve araç, “müdahalenin gerçekleştirildiği tarihteki” tıp bilimi tarafından bilinen ve kabul gören bir yöntem olmalı ve tıbbın gelişimi karşısında bunların kullanımında herhangi bir değişiklik olmuşsa, hekim kendi uzmanlık

karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir.

İcrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı akli ile malul olduğu bilmuayene tebeyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır.”

Maddede sayılan suçlardan birini işleyerek hapis cezasına mahkûm olan ya da mesleğini icra etmesine engel ve düzelme imkânı olmayan akıl hastalığı olan hekimlerin meslekten men edileceği belirtilmiştir.

Öğretilerde haklı olarak, hekimin meslekten kesin çıkarılması gibi önemli bir sonuç doğuracak sebeplerin hekimin mesleği ile bağdaşır nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Bayraktar, **a.g.e.**, s.121; Ayan, **a.g.e.**, s.9, dn.15; Ahmet Taşkın, **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s.43.

²³⁶**Dönmezer/Erman ve Bayraktar**, bu şartın, hakkın objektif sınırı olduğunu belirtmiştir. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.52; Bayraktar, **a.g.e.**, s.147; Belgesay, **a.g.e.**, s.106; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.112; Ayan, **a.g.e.**, s.12; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.33; Özgenç, **a.g.e.**, s.362; İçel v.d., **a.g.e.**, s.176; Köprülü, a.g.m., s.591; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.232; Yener Ünver, “Tıbbi Standart”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Hekimin Sorumluluğu**, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ed. : Hakan Hakeri, Henning Rosenau, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.37; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.355; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.38; Arpacı, **a.g.e.**, s.125; Dural, a.g.m., s.249; Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, s.206.

²³⁷ Yargıtay HGK, 7.10.1987 tarih, 13-640/1986 E., 701/1987K., Yargıtay 13 HD, 5.4.1993 tarih 131/1993 E., 2741/1993 K.; Yargıtay 4 HD 4.3.1994 tarih, 8557/1994 E., 2138/1994 K., Yargıtay 4. HD, 6.5.2003 tarih, 307/2003 E., 5910/2003 K.; Yargıtay 13 HD, 26.3.2013 tarih, 391/2013 E., 7544/2013 K., **Kazancı**.

²³⁸ **TDN m.13**; “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.”

TDN m.14; “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir.”*

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.4; “*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”*

²³⁹ Yargı organlarının daha çok “özen yükümlülüğüne riayet”, öğretinin ise “tıp biliminin verilerine uygunluk” ya da “tıp biliminin verilerine uygun ve özenli müdahale” şeklinde ifade ettiği bu husus ile bilim ve tıbbın gerektirdiği özenli müdahale kast edilmekte olup, dinamik bir kavram olması sebebiyle standart kelimesi tercih edilmiştir. Ünver, “Tıbbi Standart”, s.38.

²⁴⁰ Ünver, “Tıbbi Standart”, s.39; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.38.

alanında gerçekleşen bu gelişmeleri takip etmeli ve uygulamalıdır²⁴¹. Öğrenim süresinde öğrenilen bilgiler tıbbi standart için her zaman yeterli olmayacaktır²⁴².

Tıbbi standart açısından en önemli nokta, bu standardın belirlenirken somut olay koşullarının (müdahalenin türü, zamanı, hastanın kişiye özgü koşulları ve diğer somut etkenler) göz önünde bulundurulacak olmasıdır²⁴³.

Tıbbi standardın ölçüsü açısından hekimin kariyer ve tecrübesine göre değişiklik gösterip göstermeyeceği tartışılmıştır. Öğretide kariyerin etkili olacağını savunan²⁴⁴, fazla bilgi sahibi olması gerekmele birlikte özen sorumluluğunun aynı olması gerektiğini savunan²⁴⁵, hekimin özellikleriyle değil objektif olarak belirlenmesi gerektiğini savunan görüşler²⁴⁶ mevcuttur. Kanaatimizce de, hekimin özelliklerinden ziyade olayın özelliklerine göre objektif bir belirleme yapılmalıdır. Bu durumda, yapılacak müdahalenin önemi arttıkça hekimden beklenen dikkat ve özen derecesi de artacaktır. Organ ve doku nakli gerçekleştirecek hekimlerin, sıradan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekimlere nazaran daha fazla özen göstermesi gerekecektir²⁴⁷.

Son yıllarda bazı karar ve direktiflerle tıbbi standardı belirleme eğiliminin ortaya çıktığı, bunun doğru bir yaklaşım olduğu, tıbbin her alanına ilişkin tıbbi standardın olabildiğince düzenlenmesi ve sürekli bir şekilde güncellenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁴⁸. Kanaatimizce bu oldukça doğru bir yaklaşım olup, belirsizlik ihtiva

²⁴¹ Adolf Laufs; Bernd-Rüdiger Kern, **Handbuch des Arztrechts**, 4. Neubearbeitete Auflage, München, 2010, s.1199, 1201, 1205, 1206; Aktaran, Ünver, “Tıbbi Standart”, s.37-38; Bayraktar, **a.g.e.**, s.148.

²⁴² Ünver, “Tıbbi Standart”, s.38; Atabek/Sezen, a.g.m., s.145.

²⁴³ Ünver, “Tıbbi Standart”, s.39-40,50; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.34.

²⁴⁴ Atabek/Sezen, a.g.m., s.146; Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.220; Özay, **a.g.e.**, s.67.

²⁴⁵ Köprülü, a.g.m., s.590; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.812.

²⁴⁶ Ünver, “...Bu esasen uzmanlık kurumunun amaç ve niteliğine de aykırıdır. Belirtilen müdahaleyi yapamayacak olan, o müdahaleyi yapmamalı, akademik kariyerin varlığı, tıbbi standarda aykırılıkları nasıl örtmüyor ise, standartta artırım ve yüksek beklentiyi de mazur gösteremez.” Ünver, “Tıbbi Standart”, s.50.

²⁴⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s.221.

²⁴⁸ Ünver, “Tıbbi Standart”, s.47,55. Yazar örnek olarak, **ODNK m.10**; “Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılır.” hükmünü göstermiş, bunun da cüzi bir standart düzenlemesi olduğunu belirtmiştir. Yine yabancı ülkelerde bazı resmi

eden standart kavramının belirlenmesini ve hekimlerin daha rahat hareket etmesini sağlama bakımından yararlı olacaktır.

f. Rızanın Açıklanması

(1) Genel Olarak

Rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için bildirilmesi, açıklanması gereklidir²⁴⁹. Rıza göstermeyi isteme yahut düşünme, eylemi hukuka uygun hale getirmeye yeterli olmayıp, ancak açıklama halinde hukuk alanında etki doğurabilecektir²⁵⁰.

(2) Açıklamanın Zamanı

Rızanın geçerli olabilmesi için, fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlenmesi esnasında açıklanması gereklidir^{251,252}. Hareketten sonra açıklanan rıza, icazet olur ve fiilin hukuka uygunluğunu sağlayamaz²⁵³.

kurumların tespit niteliğinde kararları, direktifleri ve tavsiye niteliğinde kararları olduğunu ve bunların standart belirlemede yargı organlarınca mutlaka dikkate alındığını belirtmiştir.

²⁴⁹Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.71; İçel v.d., **a.g.e.**, s.184; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.281; Soyaslan, **a.g.e.**, s.375.

²⁵⁰İçel v.d., **a.g.e.**, s.184.

²⁵¹Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.73; Belgesay, **a.g.e.**, s.65; İçel v.d., **a.g.e.**, s.185; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.39; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.53; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.281; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.315; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458; Soyaslan, **a.g.e.**, s.375; Demirbaş, **a.g.e.**, s.321; Mahmutoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, s.43; Dural, a.g.m., s.255; Zeytin, a.g.m., s.9; Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", s.140; Meran, a.g.m., s.93; Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s.245; Aksi yönde Donay, **a.g.e.**, s.42-43; mutlak surette tasarruf edilebilir haklar üzerinde olması halinde, müdahaleden sonra verilen rızanın da eylemi hukuka uygun hale getireceğini belirtmişlerdir. Ünver, haklı olarak bu görüşün kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. "Eyleme rıza vermekten söz edilip, eylem sonrası ceza soruşturma veya kovuşturma organlarının devreye sokulması yönünde tanınan bir hakkın kullanılmasından söz etmediğimize göre, rıza olmadan gerçekleştirilen ve bu hukuksal değeri ve/veya hakkı ihlal eden eylem bitirilmekle birlikte, hukuka aykırı (diğer unsurları da varsa suç da) oluşmuştur... Yazarların eylemin 'mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak üzerinde gerçekleştirildiği' yönündeki gerekçesi yerinde ve kanuna/hukuka uygun değildir. Esasen TCK m.26/2 metnine dikkatli bakıldığında, hukukumuz açısından rızanın bir eylemin suç oluşturmasını engellemesi için zaten ancak 'mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak üzerinde rıza gösterilmesinin şart olduğu' açıkça görülür..." Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s.246-247.

²⁵² Genel hukuka uygunluk nedeni olan rızanın en geç müdahale esnasında verilmesi mümkün iken ODNK m.6 gereği organ ve doku alınmasında, müdahaleden önce rızanın verilmiş olması gereklidir. Mermut, a.g.m., s.1466; Aksi yönde, Soyaslan, a.g.m., s.127.

²⁵³ İçel v.d., **a.g.e.**, s.185; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.39; Köprülü, a.g.m., s.596; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.315; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458.

Tıbbi müdahaleye gösterilen rıza –yazılı şekilde açıklanmış olsa dahi hiçbir şekilde uymak gerekmeksizin- her zaman geri alınabilir²⁵⁴ ve bu geri alma işleminden sonra yapılacak müdahaleler artık hukuka aykırı olacaktır.

HHY m.25/1’de, kanunen zorunlu haller dışında ve sorumluluk hastaya ait olmak üzere hastanın kendisine uygulanan tedaviyi durdurma ya da uygulanacak tedaviyi reddetme hakkının olduğu açıkça düzenlenmiştir. Tedaviyi reddin ya da durdurmanın talep edilmesi halinde, hekim bunun sonuçlarını açıklamalıdır.

HHY’de değişiklik yapılmadan önce, bu madde aynen yer almakla birlikte HHY m.24/son’da; “Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır” hükmü yer almakta idi. Bu madde, rızanın genel ilkelerine aykırı olduğu gerekçesi ile öğretilde haklı olarak eleştirilmişti. Maddenin geniş yorumlanması halinde, kendi geleceğini belirleme hakkının bir kez kullanılması ile artık geri alınamaması ve hekime devredilmesi gibi bir sonucun ortaya çıkacağı ve HHY m.25’te, m.24’te olduğu gibi müdahale değil tedavi terimi kullanılmasından da yola çıkarak m.24’te kullanılan müdahale teriminin akut müdahalelere özgü anlaşılması gerektiği ve akut müdahaleler dışında kalan tedavilere ilişkin rızaların her zaman geri alınabileceği, yine ‘tıbbi sakıncadan’ da bir kez rıza verildikten ve bunun uygulanmaya başlanmasından sonra artık vazgeçme olanağı bulunmayan hallerin anlaşılması gerektiği belirtilmişti²⁵⁵.

HHY m.24/son fıkrasının yürürlükten kaldırılması ile akut müdahale, akut müdahaleler dışında kalan tedavi yöntemleri ayrımına gerek kalmaksızın, hastanın - kanunen öngörülen zorunlu haller haricinde- her zaman rızasını geri alabilmesi mümkün hale gelmiştir. Rızanın geri alınması halinde, artık müdahaleye dair bir rızadan bahsedilemeyeceğinden, geri almadan itibaren yapılacak tüm fiiller hukuka aykırı olacaktır.

²⁵⁴ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.74; Aygörmez, a.g.m., s.162; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.246; Tag, a.g.m., s.201.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.5/3’te de, herhangi bir şart aranmaksızın rızanın her zaman geri alınabileceği düzenlenmiştir.

²⁵⁵Erman, **a.g.e.**, s.123; **Hakeri** ise, bu sonucun da kabul edilemeyeceğini, kişinin kendi geleceğini kendisinin belirleyebileceğini ve ister müdahale ister tedavi olsun hastanın rızasını her zaman ve her koşulda geri alabileceğini belirtmiştir. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.349.

(3) Açıklamanın Şekli

Hasta Hakları Yönetmeliği m.28, mevzuatın öngördüğü istisnalar²⁵⁶ dışında rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığı hükmü ile şekil serbestisine işaret etmekle birlikte, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle m.26'da²⁵⁷ “uyuşmazlığa konu olabilecek” tıbbi girişimlerde “rıza formu” düzenlenmesi kuralı getirilmiştir.

Esasen kanunda yazılı rıza alınması öngörülen haller dışında, sözlü olarak alınan rızanın geçerli olacağını ancak ispat zorlukları nedeniyle rızanın yazılı alınmasının faydalı olacağını söylemek gerekirse de Yönetmeliğin uyuşmazlığa konu olabilecek haller için rıza formu öngörmesi ile kuralın neredeyse yazılı rıza alınmasına döndüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Yazılı rıza alınması gereken haller haricinde rıza açık olabileceği gibi zımni de olabilir ve hatta anlaşılır olması şartıyla işaretlerle dahi ifade edilebilir²⁵⁸. Zımni rızadan söz edebilmek için, durum ve hastanın halinden hastanın razı olduğunun anlaşılabilmesi aranır²⁵⁹. Ameliyat önerilen hastanın hastaneye yatması, kan tahlili istenen hastanın kolunu uzatması veya röntgen istenen hastanın röntgen odasına gitmesi gibi hallerde zımni rızanın varlığından bahsedilebilir²⁶⁰.

²⁵⁶ 1219 s. Kanun m.70'de büyük ameliyatlarda, MK m.23/3'te insan kökenli biyolojik madde alınması, aşılınması ve naklinde yine ODNK m.6'da organ ve doku naklinde yazılı rıza alınması gerektiği belirtilmiştir.

²⁵⁷ **HHY m.26**; “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.” “Uyuşmazlığa mahal vermesi tibben muhtemel görülen” ibaresi, uyuşmazlığın tıbbi değil hukuki bir konu olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir. Gökcan, **a.g.e.**, s.200.

²⁵⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.71-72; İçel v.d., **a.g.e.**, s.184; Bayraktar, **a.g.e.**, s.140; Belgesay, **a.g.e.**, s.66; Köprülü, a.g.m., s.595; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.281; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.458; Soyaslan, **a.g.e.**, s.368; Demirbaş, **a.g.e.**, s.320; Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s.314; Koca, “YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.140; Soyaslan, **a.g.e.**, s.374.

²⁵⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.II, s.72.

²⁶⁰ Bayraktar, **a.g.e.**, s.140; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.271.

Temel dayanağını anayasadaki kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından alan rızanın maddi, esasa ilişkin koşulları mevcut iken kanunlarla konulmuş diğer şekli koşulları gerekçe göstererek bireyin anayasal yetkisi sınırlandırılmaz. Yani rızanın açıklanması için şekil şartı arandığında her ne kadar bu şart tedavi sözleşmesinin kurulması açısından bağlayıcıysa da ceza hukuku açısından özel hukuktan farklı değerlendirilen rızanın şekle aykırılığı tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmez²⁶¹.

B. Rızanın Bulunmaması²⁶² Durumundaki Koşullar

1. Rızanın Alınmaması

Daha önce de belirttiğimiz üzere, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için kural rıza alınması ise de bazı durumlarda bu mümkün olmayabilir. Hastanın bilincinin²⁶³ yerinde olmaması hali böyledir. Bu bilinçsizlik durumu, operasyona başlamadan önce²⁶⁴ olabileceği gibi, başlanan bir operasyon sırasında ortaya çıkan beklenmedik bir durum nedeniyle operasyonun genişletilmesi gerekmesi halinde de söz konusu olabilir. Rıza, ancak verildiği sınır içerisindeki müdahaleleri hukuka uygun hale getireceği için, operasyonun genişletilmesinin zorunlu olduğu –hayati ya da sağlığa yönelik ciddi tehlike arz ettiği- ve rıza alınması için ameliyatın kesilmesinin hastaya getireceği yük ve tehlikenin büyük olduğu durumlarda, ikincil hukuka uygunluk nedenlerine başvurularak müdahale yapılabilir²⁶⁵.

Hastanın açık bir şekilde rıza göstermesinin mümkün olmadığı hallerde ortaya çıkabilecek hukuksal durum öğretide farklı şekillerde yorumlanmış ve değişik hukuksal kurumların uygulanması önerilmiştir²⁶⁶. Bir görüşe göre, hastanın iradesinin araştırılması ve bunu açığa çıkarır emare bulunmaması halinde orta

²⁶¹ Aynı yönde, Erman, **a.g.e.**, s.124; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.272.

²⁶² Konumuzun kapsamı dışında olması nedeni ile rıza aranmayan müdahalelerden bahsedilmeyecektir.

²⁶³ Bilinçsizlik durumunun uzun süreli olması halinde, MK m.405 uyarınca kişiye vasi atanmalıdır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.333.

²⁶⁴ Eğer acil bir durum yoksa hastanın iradesini öğrenmek için beklemek gerekir. Erman, **a.g.e.**, s.150; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.211.

²⁶⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.331 vd.; Erman, **a.g.e.**, s.151; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.246.

²⁶⁶ R. Barış Erman, “Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Y:2, S:4, 2010, s.31.

düzeyde makul bir insanın göstereceği tavrın ölçüt kabul edildiği²⁶⁷ “varsayılan rıza” kurumu devreye girecektir^{268,269}. Diğer bir görüşe göre ise, bu gibi müdahaleler “zorunluluk hali” nedeni ile hukuka uygun olacaktır²⁷⁰. Son olarak bizim de katıldığımız görüş ise “görevin ifası” nedeniyle hukuka uygun olduğu görüşüdür²⁷¹.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan esas unsurun rıza olduğunu kabul etmek ve iradeye önem vermekle birlikte rıza alınamayan durumlarda varsayılan rızaya dayanmanın hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını daha etkili koruduğu görüşüne²⁷² katılamamaktayız. Özellikle de rızanın alınmadığı durumlarda genelde acil bir müdahalenin söz konusu olması ve kişinin tercihini sağlıklı olarak belirleyebilmenin pek mümkün olmaması ve hastanın önceki iradesinin müdahale anındaki iradeyi yansıttığı konusundaki belirsizlik nedeniyle, esasen üçüncü bir kişinin değerlendirmesi olan varsayılan rıza kurumu ile sorunu çözenin çok sağlıklı olamayacağı kanaatindeyiz.

Gerçekten, özellikle de kişinin yaşamına yönelik doğrudan bir tehlike olmadığı müddetçe kişinin bu durumu bütün kapsamı ile değerlendirmesi söz konusu olamayacaktır²⁷³.

²⁶⁷ Tanım için bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.251.

²⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.434; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.335; Erman, **a.g.e.**, s.139 vd.; Demirbaş, **a.g.e.**, s.321; Köprülü, a.g.m., s.595; Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, s.211; Soyaslan, **a.g.e.**, s.360; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.140-141; Dural, a.g.m., s.251; Aygörmez, a.g.m., s.142; Rosenau, a.g.m., s.55; **Yenerer Çakmut**, daha önce de belirttiğimiz üzere ağır yaralama halleri açısından izin verilen risk teorisinden yararlanmak gerektiğini savunmuştur. **Yenerer Çakmut**, **a.g.e.**, s.212-213.

Varsayılan rıza kuramının eleştirisi için bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.251; Özgenç, **a.g.e.**, s.361; Arpacı, **a.g.e.**, s.116-117.

Ünver, varsayılan rıza kuramını, rıza kuramı ile bir ilgisi olmayan ve bu kurama göre açıklanması mümkün olmayan üçüncü kişilerin yaptığı değerlendirme ile müdahale olarak açıklamıştır. **Özgenç**, varsayıma dayalı olarak hüküm tesis edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirmiştir. **Arpacı**, pozitif temel varken (1219 s. Kanun m.70 hükmü) varsayılan iradede söz etmenin, zorlamalara gitmek olduğunu belirtmiştir.

²⁶⁹ Rıza alınamayan hallerde müdahalenin hukuka uygunluğunun “muhtemel rıza”ya dayandığı ve Federal Yüksek Mahkeme’nin “varsayılan rıza” kavramını eksik veya yanlış aydınlatma yapılması ya da kişinin hiç aydınlatılmaması durumunda müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamak için kullandığı hakkında bkz. Mosenheuer, a.g.m., s.71.

²⁷⁰ Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.251; Keyman, a.g.m., s.72.

²⁷¹ Özgenç, **a.g.e.**, s.357; Gökcan, **a.g.e.**, s.214, 222, 237; Özay, **a.g.e.**, s.21.

²⁷² Erman, a.g.m., s.32.

²⁷³ Erman, **a.g.e.**, s.161.

Mevzuatımızda²⁷⁴ hekimlere, rıza alınamayan hallerde tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü getirilmiş olup, söz konusu hükümler doğrultusunda hekimin müdahalede bulunması hukuka uygundur.

2. Rızanın Esirgenmesi ve Tedaviyi Ret Hakkı

Esasen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olduğunu belirttiğimiz rızanın, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için olmazsa olmaz koşul olduğunu belirtmiştik. Nasıl ki kişi kendi geleceğini belirleme hakkına²⁷⁵ dayanarak bir müdahaleye rıza gösterebiliyorsa, aynı şekilde bu hakkına dayanarak rıza göstermeme serbestisine²⁷⁶ de sahiptir. İşte kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermediği bu hallerde –ki rızanın alınamaması hali mevcut değilse, gösterdiği rızanın sınırını aşan haller için de rıza göstermeme durumu söz konusudur-, rıza esirgenmesi söz konusu olup, buna rağmen yapılan müdahale hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

²⁷⁴ 2219 s. Hususi Hastaneler Kanunu m.32 ani bir arıza veya kaza nedeniyle tedaviye muhtaç kimselerin tedavi edilmesi zorunluluğu; 1219 s. Kanun m.70 hastanın kanuni temsilcisinin olmaması veya bulunmaması veya hastanın ifadeye muktedir olmaması halinde rızanın şart olmadığı hükmü; TDN m.3 görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun hekimin gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunması zorunluluğu; TDN m.18 hekimin acil durumlarda tedaviyi reddedemeyeceği hükmü; HHY m.24/1 hastanın kanuni temsilcisinin olmaması veya hazır bulunmaması veya hastanın ifade gücünün olmaması hallerinde rıza şartının aranmayacağı; İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi m.8 acil bir durum nedeniyle uygun rızanın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabileceği hükmü bunlardandır.

Ünver, “hastanın ifade gücü olmadığı” şeklindeki ifade biçiminin yerinde olmadığını, bunun yerine, hastanın beyanda bulunma imkânının bulunmadığı bütün mücbir sebep hallerini kast eden bir ifadenin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.250-251.

Oktay Özdemir ise, hükümden kanuni temsilcisi olanlar bakımından ayrı bir düzenlemeye yer verildiği için, “ifade gücü olmayanlar” ibaresinden, tam ehliyetli olmakla birlikte geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişilerin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Oktay Özdemir, a.g.m., s.1327.

²⁷⁵ İrade özerkliği ilkesine göre; herkes bireysel değer yargıları, hayat anlayışı ve tercihleri doğrultusunda, bedenine ve sağlığına yapılacak tıbbi müdahaleye karar verme hakkına sahiptir. Ergun Özsunay, “Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin ‘Yeni Haklar’ın Belirlenmesi”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, Beta Basım, 1998, s.35.

²⁷⁶ Aksi yönde, **Ataay**, toplumun sağlığını veya rıza vermeyen kişinin yaşam veya sağlığını kesin olarak tehdit eden bir tehlikenin mevcut olması durumunda rıza vermeme halinde, üstün menfaatler gerekçesiyle, zorla müdahalenin kişilik haklarına aykırı olmayacağını belirtmiştir. Ataay, a.g.m., s.28; **Bayraktar**, kişinin hayat ve vücut bütünlüğünü önemli derecede zedeleyecek derecede tehdit eden hastalıklar şeklinde ortaya çıkan mevcut veya yakın tehlikeler için, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali nedeniyle hekimin müdahalede bulunabileceğini belirtmiştir. Bayraktar, **a.g.e.**, s130-131; Soyaslan, **a.g.e.**, s.360; Keyman, a.g.m., s.71; Ali Baykal, “Organ Nakli”, **AD**, Y:60, S:5, 1969, s.306-307.

Hekim hastanın kararının tıbbi açıdan mantığa aykırı olduğu iddiasında bulunarak müdahaleye girişemez, bu karara saygı duymak zorundadır²⁷⁷.

Rıza esirgemesi yani tedaviyi ret hakkı, gerek ulusal²⁷⁸, gerekse ulusal üstü düzlemde tanınmış bir haktır. Dünya Tabipler Birliği'nin Lizbon Bildirgesi c bendinde hastanın yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi reddedebileceği ve Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi m.3.2'de her hastanın tedaviyi reddetme ve durdurma hakkının olduğu belirtilmiştir. Anayasamızın 17. maddesinde, “tıbbi zorunluluklar” ve kanunda yazılan haller haricinde²⁷⁹ kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 25. maddesinde kanunen zorunlu haller dışında hastanın tedaviyi reddedebileceği açıkça belirtilmiştir.

Erman, “tıbbi zorunluluk”tan, rıza alınma olanağı bulunmayan acil durumlar ile rızanın kapsamını aşan müdahalelerin anlaşıldığı²⁸⁰, bu hallerde varsayılan rızanın aranması gerektiği ve varsayılan rızanın ikincilliği ilkesi gereği, tedavinin reddi – yani açık bir irade beyanı-söz konusu ise varsayılan rızaya başvurulamayacağı bu nedenle, tıbbi zorunluluk hali nedeniyle yapılacak sınırlamanın rızanın bulunmamasına dair olduğu ve esasen tedaviyi ret hakkını ilgilendirmediği yorumunu getirmiştir²⁸¹. Kanaatimizce de tıbbi zorunluktan rıza alınamayan hallerin anlaşılması gerekmekte olup açık ret irade beyanı varken ikincil bir hukuka uygunluk nedenine başvurulamayacağı için, Anayasada geçen tıbbi zorunluluk tedaviyi redde ilişkin değildir. Dolayısıyla tedaviyi ret hakkı ancak kanunda yer alan sınırlamalara²⁸² tabidir.

²⁷⁷ Reisoglu, a.g.m., s.6.

²⁷⁸Öğretide bu hakkın, rızayı tedavinin koşulu olarak kabul eden haller haricinde, yasal düzeyde kabul edilmediği belirtilip, -hakkı olarak- temel haklara ilişkin bu düzenlemenin Yönetmelikten daha güçlü norm olan yasa ile düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Erman, **a.g.e.**, s.153-154.

²⁷⁹ Anayasa Mahkemesi zorunlu aşı uygulamasına ilişkin yapılan bireysel başvuruya, zorunlu aşı uygulamasına ilişkin öngörülebilir nitelikte bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği şeklinde karar vermiştir. Başvuru No:2013/1789, Karar Tarihi:11.11.2015, 24.12.2015 tarih ve 29572 sayılı R.G.

²⁸⁰Aynı yönde, Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.47.

²⁸¹Erman, **a.g.e.**, s.154.

²⁸² Daha önce de belirttiğimiz üzere kural, ilgilinin rızasının alınması olmakla birlikte, istisnaen rızanın aranmadığı durumlar mevcuttur. Kamu sağlığının korunmasına ilişkin ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan bu müdahaleler kanun ile sayılmıştır. Dolayısıyla da tedaviyi ret hakkının sınırı, yalnız bu müdahalelerdir. Erman, **a.g.e.**, s.154.

Tedaviyi ret, rızanın ve dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sınırını gösteren bir irade beyanı olması nedeniyle rıza açıklaması ile aynı şekilde gerçekleşmeli ve bunun en önemli sonucu olarak da tedaviyi reddedecek kişinin aydınlatılmış olması gerekir²⁸³. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği m.25/1’de de, “*tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması...*” gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. Yine tedaviyi reddin geçerli olabilmesi için sağlıklı bir irade ile yapılmış olması gerekir. Aksi halde hekim bu iradeyi yok sayarak müdahalede bulunabilecektir²⁸⁴.

Önemli bir nokta ise tedaviyi reddin yahut tedaviyi durdurmanın ölüme yol açması, yani pasif ötenazi halidir. Pasif ötenazide, kişinin en temel haklarından biri olan kendi geleceğini belirleme hakkı ile yaşam hakkı çatışır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması durumunda, bu seçimini değiştirme olanağı ortadan kalkar²⁸⁵. Tedaviyi kesen hekim açısından bakıldığında ise, kasten öldürme, intihara yönlendirme gibi suçların varlığı tartışılacaktır.

İfade edildiği üzere tedaviyi ret, hastaya, kanunda yazılı sınırlamalar dışında herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tanınan bir hak olup, kanunda sonucunun ölüme yol açması şeklinde bir sınırlama yok iken, reddin ölüme yol açması halinde hakkın kullanılmaması²⁸⁶ kabul edilemez²⁸⁷. Kişinin bu hakkını kullanması ile birlikte hekimin tedavi yükümlülüğü kalkacağından hekimin ihmali (yapmama) şeklindeki hareketine ölüm sonucu yüklenemeyecektir²⁸⁸. Ancak tekrar etmek pahasına, burada önem teşkil eden olan nokta, hastanın kararının sağlıklı bir irade ile

²⁸³Erman, **a.g.e.**, s.154-155.

²⁸⁴ Erman, **a.g.e.**, s.166. Yazar bu duruma örnek olarak ani intihar vakıalarını göstermiştir.

²⁸⁵ Erman, **a.g.e.**, s.164.

²⁸⁶ Arpacı, **a.g.e.**, s.118; **Oktay Özdemir**, iyileştirmeye yönelik veya hayat uzatıcı bir müdahaleye reddin mümkün olmasına rağmen, hayati tehlikede bulunulması durumunda, yaşama hakkının vazgeçilmezliği nedeniyle, kişinin rızası hilafına müdahalede bulunulacağını savunmaktadır. Oktay Özdemir, a.g.m., s.1330-1331.

²⁸⁷ Aynı yönde, Taşkın, **a.g.e.**, s.75; Özgenç, **a.g.e.**, s.355-356; Aygörmez, a.g.m., s.148, 151; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.261; **Hakeri** haklı olarak, hastanın hastaneye gitmeye zorlanamayacağı gibi, hastaneye gitmiş hastanın da tedaviye zorlanamayacağını belirtmiştir. Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, s.69.

²⁸⁸ Erman, **a.g.e.**, s.166.

verilmiş olmasıdır. İradenin sağlıklı olmadığından kuşku duyulması için herhangi bir haklı nedenin varlığı halinde, müdahalede bulunulabilecektir²⁸⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 değişikliği öncesi mevcut tedaviyi redde ilişkin kısıtlamalar nedeniyle öğretide bir görüş, tedaviyi reddin yalnızca müdahaleye başlanmadan önce kullanılabilmesini, müdahaleye başladıktan sonra kullanılabilmesi için “tıbbi yönden sakınca bulunmaması” şartını aramaktaydı²⁹⁰. İster tedavi başlamadan önce tedavi reddedilsin, ister tedavi başladıktan sonra rıza geri alınsın ya da tedavinin hastanın vereceği sınırlar içinde yapılması zorunluluğu ve bu sınırların ötesi için –ikincil hukuka uygunluk nedenlerinin devreye girme şartları söz konusu değilse- tedavinin reddedildiği sonucu kendiliğinden çıkacağından, bu üç hal de tedavinin reddi olup hepsi için de aynı ölçütler uygulanmalıdır²⁹¹. Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile tıbbi sakınca bulunmaması şartının kaldırılması sonucu, öğretide de kayıtsız şartsız bu hakkın kullanılabilmesi yönündeki görüşlerin artmasını umut ediyoruz.

Tartışılması gereken bir diğer önemli husus, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne²⁹² paralel olarak Hasta Hakları Yönetmeliği’nde²⁹³ yapılan değişiklikle Türk Hukuku’na eklenen yine yabancı hukuklarda hem tartışılan hem de pozitif hukukta düzenlenen “hasta vasiyeti”, yani kişinin sağlıklı iken ayırt etme gücünü kaybettiği zaman için geçerli olmak üzere tasarrufta bulunması

²⁸⁹ Erman, **a.g.e.**, s.166.

²⁹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.435; Hasta Hakları Yönetmeliği öncesi, müdahaleye başladıktan sonra rızanın geri alınmasını kabul etmemeye, müdahaleye başladıktan sonra gereken şekilde yürütme konusunda sorumlu kişinin hekim olması nedeniyle artık hastanın rızasını geri almasını kabul etmek zorunda olmadığı, gerekçe gösterilmiştir. Sarıal, **a.g.e.**, s.70.

²⁹¹ Erman, a.g.m., s.32; Erman, **a.g.e.**, s.154; Aynı yönde, **Scaramuzzino**, “...Eğer, bir hastanın tedaviyi reddetme hakkı olduğu kabul ediliyorsa, açık bir şekilde, halihazırda tedaviye başlanmış olması (bunun sonlandırılmasının yine tıbbi müdahaleyi gerekli kıldığı) ile, henüz daha başlanmamış olması arasında bir ayrımın yapılması ve sadece ikinci durumdaki hasta iradesine saygı duyulması iddiası, bir zorlama oluşturacak ve bireyin insan öz saygınlığına saygı ilkesiyle, tamamen çelişecektir. Keza, buna izin vermek demek, hastanın, tıbbi müdahaleye başlamayla birlikte bireysel özerkliği yeteneğini kaybetmesi ve dolayısıyla da, insan öz saygınlığını yitirmesi, hekimin ve müdahalenin yapısının tamamıyla farklı bir şekle bürünmesi anlamına gelmektedir...” Scaramuzzino, a.g.m., s.37, dn.11.

²⁹² İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.9; “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

²⁹³ HHY m.24/5; “Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.” İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.

durumudur²⁹⁴. Özellikle hafızanın yitirileceği alzheimer gibi hastalıkların kişinin bilinçli olduğu dönemde saptanması halinde, hastanın tedavi sürecine ya da hayatının kalan kısmındaki tedavi yöntemlerine ilişkin kararları bu kapsamdadır²⁹⁵. Bunun yanı sıra, doğal olarak ileride gerçekleşebilecek durumlara ilişkin de hasta vasiyetinde bulunulabilir²⁹⁶. Özellikle varsayımsal hasta vasiyetlerinde, vasiyetin hastanın müdahale anındaki iradesini yansıtır yansıtmadığı konusundaki belirsizlik, durumu zorlaştırmakta ve dikkate alınabilmesi için sıkı koşullar aranması gerektiği kabul edilmektedir²⁹⁷. Kanaatimizce, alzheimer gibi, gelecekte hafızanın yitirileceğinin belirli olduğu ve bu dönemlere ilişkin yani varsayımsal olmayan durumlarda, hasta vasiyetinin sağlıklı bir irade ile açıklanmış olması ve hastanın önceden açıkladığı iradenin değiştiğine dair herhangi bir verinin olmaması durumunda, buna uygun hareket edilmelidir^{298,299}.

²⁹⁴ Oktay Özdemir, a.g.m., s.1318, 1336; Erman, **a.g.e.**, s.159.

²⁹⁵ Oktay Özdemir, a.g.m., s.1338.

²⁹⁶ Erman, **a.g.e.**, s.161.

²⁹⁷ Erman, **a.g.e.**, s.161, 164; Rosenau, a.g.m., s.55.

²⁹⁸ Aynı yönde, Özsunay, “Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin ‘Yeni Haklar’ın Belirlenmesi”, s.42. **Oktay Özdemir**, ancak tedavinin durdurulması teşkil etmeyen irade beyanlarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Oktay Özdemir, a.g.m., s.1339.

²⁹⁹ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 9. maddede de müdahale sırasında isteklerini açıklayamayacak durumda olan kişilerin daha önceden açıklamış oldukları isteklerinin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİ VE İLGİLİ İDARI DÜZENLEMELER

I. KONU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

Birinci bölümde genel olarak tıbbi müdahaleleri inceledikten sonra bu bölümde özel bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku nakli ve bu müdahale türüne ilişkin idari düzenlemeler incelenecektir. Bu incelemeyi yapmadan önce konu ile ilgili bazı kavramları açıklamak yerinde olacaktır.

A. Organ

Nakillerin esas konusunu teşkil eden organ, alet, araç anlamındaki Latince “organum” kelimesinden türemiş olup canlı bir organizmanın dokulardan oluşan belirli sınırları ve özel işlevleri olan bölümüdür¹.

B. Doku

Doku, belirli hücresel yapılardan oluşan ve anatomik bir bütünlük gösteren örgü, yapıdır². Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun kapsam başlıklı ikinci maddesinde, kanunda söz edilen organ ve doku deyiminden insan organizmasını oluşturan her türlü organ, doku ve bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmiş, organ ve doku terimleri tanımlanmamıştır³.

Dünyada ve ülkemizde son dönemlerde önem arz eden bir doku türü kompozit dokudur^{4,5}. Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan, kompozit doku nakli yapacak merkezlerin taşınması gereken şartlar ile çalışmalarına dair usul ve esasların

¹ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.XVII, 1986, s.8875; Dökmeci, **a.g.e.**, s.702.

² Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.VII, 1986, s.3283; Dökmeci, **a.g.e.**, s.212.

³ Akıncı, **a.g.e.**, s. 11.

⁴ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C.XIX, S:2, 2013, s.114.

⁵ Yüz naklinin, dokunun immünolojik heterojen karakteri nedeniyle organ ve doku naklinden ayrıldığı belirtilmiştir. Diğer organların reddinden farklı olarak yüz naklinin reddinde, hastanın durumunun daha da kötüleşmesi ihtimalinin söz konusu olması, yeniden iyileştirme ameliyelerinin sınırlı ya da tamamen olanaksız hale gelebilmesi, ömür boyu direnç ilaçlarının toksik etkisine maruz kalma ve bunun getirdiği tehlikeler yine diğer nakillerden farklı bir naklin söz konusu olduğunu gösterir. Eva Cuallado Martorell, “Yüz Naklinin İspanya’daki Hukuksal Görünümü”, **THD**, Çev. Yener Ünver, C.I, S:2, 2012, s.145.

belirlendiği Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nde⁶ kompozit doku; deri, yağ, kas, sinir, lenf düğümü, kemik ve kıkırdaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği yerdeki damarların birleştirilmesiyle canlılığını devam ettiren doku şeklinde tanımlanmıştır⁷. Yine aynı yönergede kompozit doku nakli, vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara, form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan ameliye, olarak tarif edilmiştir⁸. Kompozit doku nakli türleri, ekstremiten nakli, yani hayat kurtarıcı özellikte olmayan ancak zarar gören dokuya fonksiyon kazandırmak, kişinin yaşamının kendi başına idamesini sağlayabilmek ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla yapılan operasyonlar⁹ -el, kol, ayak, bacak nakli-; yüz¹⁰ ve saçlı deri nakli; üst solunum ve üst sindirim yolları nakli ile barsak naklidir¹¹. Bu nakiller, 1998 yılında Fransa'da ve yine aynı yıl Amerika Birleşik Devletleri'nde el nakilleri ile başlayan, ardından 2005 yılında Fransa'da, 2006 yılında Çin'de ve daha sonra Amerika Birleşik Devletleri, İspanya, Mısır, Belçika ve Türkiye'de gerçekleştirilen yüz nakilleri ile devam eden, yeni tıp teknolojilerinin insanlığa sunduğu çok önemli tıbbi gelişmelerdir¹².

C. İnsan Kökenli Biyolojik Madde

Medeni Kanun'da¹³ kullanımı tercih edilen insan kökenli biyolojik madde¹⁴ terimi, canlıları inceleyen bilim dalı olan biyoloji kavramından türetilen ve biyolojiyle yani canlılarla ilgili anlamına gelen biyolojik kelimesi ile insan kökenli kelimelerinin birleşimi sonucu, canlıları insan ile sınırlandırarak, insan vücuduna ait

⁶ 29.03.2011 tarih ve 13984 sayılı onay ile yürürlüğe girmiştir.

⁷ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.3/1-k.

⁸ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.3/1-ğ.

⁹ (Çevrimiçi) <http://tonv.org.tr/tr/proje/kompozit-doku-nakli/7/0>, 22 Mayıs 2015.

¹⁰ İspanya öğretisinde baskın görüş, yüzün özel fonksiyonları nedeniyle, “organ” olarak kabul edilmesi yönündedir. Martorell, a.g.m., s.151.

¹¹ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.10.

¹² (Çevrimiçi) <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/kompozitrpr.pdf>, 22 Mayıs 2015.

¹³ Akıncı haklı olarak, genel bir kanun olan Medeni Kanun'da, konu hakkında müstakil bir kanun varken tekrar düzenleme yapılmasını eleştirmiş, bu durumun, birlik, açıklık ve güvenlik ilkeleri ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Akıncı, a.g.e., s.45.

¹⁴ Akıncı haklı olarak, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda “organ” ve “doku” kavramları kullanılmışken, Medeni Kanun'da “insan kökenli biyolojik madde” kavramı kullanılarak, aynı konunun farklı kavramlar ile düzenlenmesinin, birlik, açıklık ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Akıncı, a.g.e., s.45.

her türlü biyolojik maddeyi ifade eden bir terimdir¹⁵.

Öğretide insan kökenli maddenin, organ ve doku kavramlarını ihtiva eden bir üst kavram olarak anlaşılması ve bu nedenle organ ve doku kavramları yerine kullanılması gerektiği görüşünün¹⁶ yanı sıra, ODNK yürürlükte iken kanunda düzenlenen konunun başka terimle Medeni Kanun'da düzenlenmesi ve hatta geçerlilik şartlarından olan rızanın şeklinin kolaylaştırılması ile Medeni Kanun'da kullanılan insan kökenli biyolojik madde teriminden ODNK kapsamı dışında kalan kan, sperm, yumurta gibi yenilenebilen maddelerin anlaşılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür¹⁷. Bir başka görüşe göre ise, insan kökenli biyolojik madde ile ODNK hükümlerine tabi organ, doku ve parçaları ile söz konusu kanun kapsamı dışında kalan saç, deri, kan ve özellikle sperm, yumurta ve embriyo gibi insan organizmasında yer alan, onun tarafından üretilen ve bir başka kişiye aktarılmasına tıbbi ve hukuki engel bulunmayan her türlü şey anlaşılmalıdır¹⁸.

Kanaatimizce, organ ve dokuların farklı özelliklerinin olması nedeniyle, insan kökenli biyolojik madde yerine organ ve doku terimlerini kullanmak daha uygundur¹⁹. MK'da açıkça yenilenebilen yenilenemeyen ayrımı yapılmamışken, insan kökenli biyolojik maddenin ODNK kapsamı dışında kalan yenilenebilen maddeler için geçerli olacağı yorumuna katılmamaktayız. Bu nedenle bizce insan kökenli biyolojik madde, insan organizmasında yer alan, onun tarafından üretilen ve başka kişilere aktarılabilen (ODNK kapsamında olan ve olmayan) her şeydir.

D. Organ veya Doku Nakli (Transplantasyon)

Organ veya doku nakli (transplantasyonu), fonksiyonunu ifa edemez hale gelen organ veya doku yerine yenisinin yerleştirilmesidir²⁰. ODNK'da tanımlanmayan

¹⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s.12; Özbilen, **a.g.e.**, s.7-8.

¹⁶ Akıncı, **a.g.e.**, s.13.

¹⁷ Osman Berat Gürzumar, "Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler", **ABD**, 1991/3, s.379-380; Taşkın, **a.g.e.**, s.98.

¹⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.73;

¹⁹ TCK'da da organ veya doku ticareti suçu düzenlenirken, suç konusunun organ ve doku olmasına göre ayrı cezalar öngörülmüştür.

²⁰ (Çevrimiçi) Türk Dil Kurumu, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.565c47a6c06c77.6499259, 30 Kasım 2015.

terim, ODNY'de²¹, terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulaması şeklinde tanımlanmıştır. Yine Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda, vericiden alınan organ, doku veya hücrenin, tedavi amacıyla alıcının vücudu bütünleştirilmesi işlemi olarak tanımlanmıştır.

Vücudu oluşturan ve yaşamsal özelliği olan organların hastalanması ve nihayetinde fonksiyonunu tamamen kaybetmesi sonucu yaşamın sona ermesini engellemek için, günümüz koşullarında tek çare organ naklidir. Özellikle böbrek dışındaki hayati organlar açısından, makinalarla hayatta tutma olanağı sınırlı olduğu için, birçok durumda nakil olmadığında ölüm kaçınılmazdır²². Kaldı ki, böbrek açısından da diyaliz ile nakil eşdeğer yöntemler değildir. Yaşam süresini ve kalitesini düşüren diyaliz, maliyeti de yüksek bir yöntemdir²³.

E. Alıcı ve Verici (Bağışlayan/Donör)

Alıcı, kendisine organ veya doku aşılana kimse²⁴ verici ise kendisinden organ veya doku alınan kişi ya da hayvandır²⁵.

F. Greft

Greft, vericiden alınarak alıcıya nakledilecek olan organ veya dokuya denir²⁶. Alıcının kendi vücudundan çıkarılmışsa oto-greft, aynı türe ait başka bir canlıdan alınmışsa allo-greft, farklı bir türe ait canlıdan alınmışsa xeno-greft adını alır²⁷.

G. Organ veya Doku Uyuşmazlığı ve Reddi

Organ veya doku uyuşmazlığı, iki kişi arasında nakil yapılan doku ya da organın

²¹ 01.02.2012 tarih, 28191 s. R.G.

²² Cemal Ata Bozoklar, "Organ Alma Hakkı ve Hukuk", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.253.

²³ Organ nakilleri, ülke ekonomisine katkı sağlar. Bu tedaviye ihtiyaç duyan hastalar, kronik organ yetmezliği sürecinde büyük maliyet gerektirirler. Organ nakli yapıldığında, bu hastaların harcamalarında belirgin düzeyde düşüş olmasının yanı sıra, hastaların aktif hayata dönerek üretime katkıda bulunması söz konusudur. Bozoklar, "Organ Alma Hakkı ve Hukuk", s.254; Yener Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", **CHD**, Y:3, S:7, Ağustos 2008, s.219-220.

²⁴ Akıncı, **a.g.e.**, s.56.

²⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s.53; Murat Aydın, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.9.

²⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s.2.

²⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s.10.

reddine yol açan antijenler arasındaki genetik farklılıktır²⁸.

Organ veya doku reddi, vücudun bağışıklık sisteminin, nakledilen organ veya dokuyu yabancı madde olarak kabul edip dokuya saldırmasıdır²⁹.

II. HUKUKSAL TEMEL VE KAPSAM

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan tarafta alıcı ve verici olmak üzere en az iki kişinin bulunduğu ve verici açısından herhangi bir tedavi maksadı güdülmeyen organ ve doku nakli, özel bir tıbbi müdahale türüdür.

Beden bütünlüğüne ve hatta bazen yaşam hakkına müdahale sayılabilecek nitelikte ağır bir tıbbi müdahale olan organ nakline hukuken cevaz verilip verilmeyeceği, verilecekse hukuka uygunluk sebebi oldukça tartışılmış ve sorun yasama yoluyla çözüme kavuşturulmuştur³⁰. Organ ve doku nakli için bugün, kanunun açık izni söz konusudur³¹.

Türkiye'de organ ve doku nakline ilişkin kanun çalışmaları, birçok ülkeye nazaran daha erken tarihlerde başlamıştır³². 1979 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren Organ ve Doku Nakli Kanunu³³, 1982 ve 2014 yıllarında bir takım

²⁸ Dökmeci, **a.g.e.**, s.406.

²⁹ Taşkın, **a.g.e.**, s.3.

³⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.18.

Akveld ve Charro, vericinin rızasının, verici açısından indike bir operasyon olmayan organ ve doku nakillerini hukuka uygun hale getirmeye yeterli olmayacağını ve üçüncü kişilerin durumunun düzelmesinin de organ almaya hak vermeyeceğini belirtmiş, yaşayan bir kişiden organ alınabilmesi için yasal bir düzenlemenin zorunlu olduğunu ifade etmiştir. J. E. M. Akveld; F. Th de Charro, "Hollanda'da Canlı Organ Bağışı ve Bazı Diğer Ülkeler", **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA'nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Ere, Çev. Kemal Önen, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.31.

"Sağlar arası nakilde sağlıklı bir insanın vücut bütünlüğüne hiçbir tıbbi gerekçe olmaksızın müdahale edilerek bir organının alınması, ölüden nakilde ise ölüm anının tespiti, post-mortal kişiliğin korunması gibi sorunlar bu müdahaleler için hukuki çerçevenin çizilmesini kaçınılmaz kılmaktadır." Yeşim M. Atamer, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", **MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan**, Y:19-20, S:1-2, 1999-2000, İstanbul, Beta Basım, 2001, s.115.

³¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.368.

³² Gerçekten Organ Nakli ilgili kanun, Danimarka'da 1990, İsveç'te 1995, Almanya'da 1997 yılında çıkarılmıştır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.368.

³³ Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ölen bir kişiden yakınlarının rızası olmaksızın gözün kornea tabakasının alınması nedeniyle hekimlere karşı açılan davada Yargıtay, ölünün naaşının kısmen ya da tamamen alınması veya ruhsat almaksızın naaşın mezardan çıkarılması veya kemiklerinin alınması (ETCK m.178/2) suçunun ve hırsızlık suçunun şartlarının oluşmadığını belirterek yerel mahkemenin beraat kararını onamış ve bir an önce organ nakline dair kanun yapılması gerektiğine haklı olarak işaret etmiştir. Yargıtay 4. CD, 3.6.1975 tarih, 2433/1975 E., 3150/1975 K. sayılı karar. Sulhi Dönmezer, "Organ Nakli", **İÜHFİM**, C.XLI, S:1-2, 1975, s.373-380, (Çevrimiçi) <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004674/1023004266>, 14 Haziran 2014.

değişikliklere uğramıştır. 2005 yılında, organ ve doku nakline ilişkin üç hüküm getiren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesine dek, bütün yönleri ile yalnız Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda düzenlenen organ ve doku nakli için, bugün iki kanunun ayrı ayrı göz önünde bulundurulması gerekmektedir³⁴. Yine AY m.90 hükmü ile iç mevzuatımızdan sayılan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 19 ve 20. maddelerinde yer verilen organ ve doku nakline ilişkin düzenlemeler dikkate alınacaktır. Eklemek gerekir ki, organ ve doku nakline ilişkin yeni hukuki çalışmalar da yapılmış ve konuya dair, “Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı³⁵” adı altında bir taslak hazırlanmış ancak yürürlüğe girememiştir.

Tıbbın hızlı ilerleyişi karşısında yetersiz kalan 1979 tarihli Kanun, belirli konularda ulusal üstü sözleşme hükümleriyle çelişmekte ve son dönemde çıkan birçok Yönetmelik de Kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Ortaya çıkabilecek hukuki ihtilafların önlenmesi için, Kanunun İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne uygun hale getirilmesi ve Yönetmeliklerin de yeni yasal düzenlemeye dayanılarak oluşturulması gerekmektedir³⁶.

Organ ve Doku Nakli Kanununun kapsam başlıklı ikinci maddesinde, kanunda söz edilen organ ve doku terimlerinden insana ait organ ve dokuların anlaşılacağı belirtilmiş, oto-greftler, saç ve deri alınması, aşılama ve nakli ile kan transfüzyonu kanun kapsamı dışında bırakılmıştır³⁷. Kanun'un yalnız insana ait organ ve dokuları kapsamına alması nedeniyle, hiç hayata gelmemiş embriyodan (kürtaj sonucu ana rahminden tahliye edilen embriyo ya da düşük sonucu ana rahminden tahliye edilen dölüt) doku nakledilmesi³⁸ de bu Kanun kapsamında ele alınamayacak, ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulacaktır³⁹.

³⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.369.

³⁵ Tezimizde kısaca “Taslak” olarak ifade edilecek ve yeri geldiğinde maddelerine değinilecektir. Taslak metni için bkz. Aydın, **a.g.e.**, s.179-194.

³⁶ Özbilen, **a.g.e.**, s.341-342.

³⁷ **Akıncı**, bazı organ ve dokuların tahdidi bir şekilde sayılarak kanun kapsamı dışında bırakılmasını doğru bulmadığını, yapılması gerekenin kendini yenileyebilen ve verici açılarından ciddi tehlikelere yol açmayan organ ve dokuların kanun kapsamı dışında bırakılması olduğunu belirtmiştir Akıncı, **a.g.e.**, s.12.

³⁸ Çalışmamızda embriyodan doku nakli anlatılmayacaktır.

³⁹ Atamer, **a.g.m.**, s.119.

III. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Yirminci Yüzyıldan Önceki Durum

Yunan Mitolojisinde ve Orta Çağdan kalma bazı kiliselerdeki kabartma ve tablolarında rastlanan organ ve doku nakli, yeni bir fikir olmamakla birlikte, uygulamaya konulabilmesi 20. yüzyılı ve modern cerrahinin ilerlemesini beklemeyi gerektirmiştir⁴⁰. Yine de, 20. yüzyıl öncesinde bu alanda birçok çalışma yapılmıştır. 1597 yılında Bologna Üniversitesinde, burnunu kaybeden hastaya kolundan parça aktarılması, 1771 yılında İngiliz cerrah John Hunter'ın horozların testisini karnına koyarak, organın yeni yerinde fonksiyon yaptığını ve yine horozlardan tavuklara aktardığı testisin yaşadığını gözlemlemesi ve kan nakline ilişkin çalışmalar, verilen örneklerdendir⁴¹.

B. Yirminci Yüzyıldan Sonraki Durum

1900'de Landsteiner'in önce kan gruplarını sonra Rhesus faktörünü keşfetmesi ve damar cerrahisi alanında yaşanan ilerlemeler ile nakillerde ciddi gelişmeler sağlanmıştır⁴². Günümüzde yaygın olarak uygulanan böbrek nakillerinin ilk denemesi, 1902'de Viyana'da Ulmann tarafından köpekler üzerinde gerçekleştirilmiş, 1933'te Rusya'da Voronoy tarafından ölüden gerçekleştirilen nakille insanlar üzerinde böbrek naklinin modern çağı başlamıştır⁴³. Ardından, 1950, 1953, 1955 yıllarında bir dizi böbrek nakli yapılmış ancak her birinde hasta kısa sürede kaybedilmiştir⁴⁴. Bu sonuçlar, organ nakli hususunda büyük bir engelin, organ nakledilen kişinin bağışıklık sisteminin yabancı organa karşı gösterdiği tepki olduğunu ortaya çıkarmıştır⁴⁵. O dönemde ancak genetik yapısı tamamıyla örtüşen iki insan arasında yani tek yumurta ikizlerinde nakil başarılı olabilirdi⁴⁶ ve nitekim 1954 yılında biri Boston biri Paris'te ilk akrabalar arası (tek yumurta ikizleri) başarılı böbrek nakli gerçekleştirilmiştir⁴⁷. 1967 yılında Starzl tarafından gerçekleştirilen ilk

⁴⁰ Turgut Sengir, "Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler", **AD**, Y:59, S:11-12, 1968, s.645.

⁴¹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.170.

⁴² Bayraktar, **a.g.e.**, s.170; Atamer, a.g.m., s.121.

⁴³ Mehmet Haberal, "Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları", **Doku ve Organ Transplantasyonları**, Ed. Mehmet Haberal, Ankara, Pelin Ofset, 1993, s.3.

⁴⁴ Haberal, a.g.m., s.3; Atamer, a.g.m., s.121.

⁴⁵ Atamer, a.g.m., s.121.

⁴⁶ Atamer, a.g.m., s.121.

⁴⁷ Haberal, a.g.m., s.3.

başarılı karaciğer nakli ve yine aynı yıl Barnard tarafından gerçekleştirilen ilk kalp nakli ile organ nakillerinde gelişmeler hız kazanmıştır. Ülkemizde, 1975 yılında ilk akrabalar arası böbrek nakli ve 1978 yılında Eurotransplant'dan getirilen böbrek ile ilk ölüden böbrek nakli, Haberal ekibi tarafından gerçekleştirilmiştir. Yine ülkemizde yapılan çalışmalarla, o zamana dek otuz altı saat saklanabilen böbreklerin saklama süresi yüz on sekiz saate kadar çıkarılarak başarı ile nakledilmiştir⁴⁸.

Pek tabii, bağışlanan organın bakımı ve kullanımına kadar saklanması için gereken önlemlerin alınması, çok sayıda doku gruplarının modifikasyonu, alıcının bünyesinin yabancı organı reddetme reaksiyonuna karşı tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi ile organ naklinde daha başarılı sonuçlar alınmaya başlamıştır⁴⁹.

IV. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN AHLAKİ VE DİNİ BOYUTU

Organ nakil ve bağışları kişinin dünya görüşüyle yakından alakalı olduğu için, kişilerin dini ve ahlaki değerleri önem arz eder.

Nakiller ile ilgili ahlaki sorunların büyük çoğunluğu, insan organ ve dokularına duyulan gereksinim ve bunların sağlanabilirliği ile ilgilidir⁵⁰. Nakil için, henüz doğal organların işlevlerini yerine getirebilecek yapay organların üretilmemesi ve hayvanlardan organ ve doku nakillerinde yaşanan ciddi problemler, hemen hemen tek kaynağın insan organ ve dokuları olmasına yol açmıştır. İnsan organlarına talebin fazla olmasına rağmen organ bağışının az oluşu ise önemli ahlaki problemleri gündeme getirmektedir. Sağlanan bilimsel gelişmelere paralel olarak farklı boyutlar kazanan bu unsurlar, yalnız tek yumurta ikizlerinden başarılı nakil yapılabildiği nakillerin ilk yıllarında, yaşayan vericinin taşıdığı operasyon riskinin ve böbrek nakillerinde tek böbrekle kalışının uzun yıllar içinde doğurabileceği sorunların bilinmeyişiinden kaynaklanmakta iken, yaşanan bilimsel gelişmeler ile ikiz hatta akraba olmayan kişilerden dahi başarılı bir şekilde organ ve doku nakledilmeye

⁴⁸ Haberal, a.g.m., s.4-5.

⁴⁹ Arslan Terzioğlu, "Organ Transplantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi**, S:1, 1993, s.38.

⁵⁰ F. Akçiçek v.d., "Organ Nakli ve Tıbbi Ahlak", **Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi**, C.III, S.1, 1994, s.34.

başlanması organ ticaretini gündeme getirmiştir⁵¹. Herhangi bir çıkar ilişkisi söz konusu olmaksızın, bir insanın hayatını kurtarmaya yönelik olarak yapılan nakillerin ahlaka aykırı olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁵².

Tüm semavi dinler, insan hayatını kurtaran bir yöntem olan organ bağışını karşılıksız olmak koşuluyla onaylamaktadır⁵³.

İslam dininin kaynakları olan Kur'an ve hadislerde organ ve doku nakline ilişkin açık hüküm bulunmadığı için, İslam âlimleri tarafından, genel kurallar ile hükmü bilinen diğer meseleler kıyaslanarak hüküm açığa çıkarılmaktadır⁵⁴. İslam dini ölüye büyük önem vermekle birlikte insana ve hayata daha çok değer vererek hayatı korumayı temel amaçlardan saymaktadır. Kur'an'da ve hadislerde insan hayatını tehdit eden bir açlık ve zorunluluk halinde haram fiillerin mubah hale geleceği bildirilmiştir. İslam âlimleri bu hükümden yola çıkarak hastalığın da bir zorunluluk hali teşkil ettiğini ve organ ve doku naklinin mubah sayılacağını savunmuşlardır⁵⁵. Ülkemizde Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 19.1.1968 tarihli kararıyla zorunluluk halinde ve hayat kurtarmak amacıyla nakle cevaz verilmiştir. Yine 3.3.1980 tarihli verilen kararda; zorunluluk halinin bulunması, konunun uzmanlarında hastanın bu tedaviyle iyileşeceğine dair güçlü bir kanaatin oluşması, ölümünden önce kendisinin veya ölümünden sonra mirasçılarının onayının alınmış olması, organı alınacak kişinin ölmüş olması, organın bir ücret ve menfaat karşılığında verilmemiş olması ve alıcının da buna razı olması koşuluyla naklin caiz olacağı belirtilmiştir⁵⁶.

Hristiyanlıkta genel kabule göre organ bağışına itiraz edilmemekte yalnız kötüye kullanıma karşı çıkmaktadır. Olayın ticari boyuta dönüştürülmemesi, ölüm halinin

⁵¹ Akçiçek v.d., a.g.m., s.34-35.

⁵² Baykal, a.g.m., s.299.

⁵³ İnci Hot, Esin Karlıkaya, "Semavi Dinlerin Bakış Açısıyla Organ Nakli", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, Ed: Ayşegül Demirhan Erdemir v.d., İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.773; Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.35.

⁵⁴ Metin, a.g.e., s.35; Hot/Karlıkaya, a.g.m., s.776.

⁵⁵ Hot/Karlıkaya, a.g.m., s.776; Metin, a.g.e., s.36; İrfan İnce, "Organ Nakli", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C.XXXIII, 2007, s.373, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c33/c330249.pdf>, 14 Ekim 2015.

⁵⁶ (Çevrimiçi) <http://www2.diyamet.gov.tr/dinleryuksekKurulu/Sayfalar/OrganNakli.aspx>, 2 Temmuz 2015.

tespitinin garanti edilmesi ve organ dağıtımının nesnel ve etik kurallara göre yapılması şart koşulmuştur⁵⁷.

Musevilikte ölünün bedenine zarar vermenin yasak olması gerekçesiyle organ bağışına ancak acil durumlarda izin verilmiştir. Kimsenin organ nakline zorlanamayacağı ve organ ticaretinin yasak olduğu kabul edilmiştir. Musevi otoritelerinin bir kısmı canlıdan organ nakline de izin vermektedir⁵⁸.

V. ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE İLGİLİ ORGANİZASYONLAR

A. Genel Olarak

Türkiye’de olduğu gibi⁵⁹ diğer ülkelerde de organ nakline ilişkin en ciddi problem organ yetersizliğidir. Bu yetersizlik, ölümlerden alınacak organlara olan ihtiyacı artırmakta, bunları temin ve aktarıma kadar saklama gibi faaliyetleri yürütecek organizasyonları gerektirmektedir. Bu sebeple de hemen hemen her ülkede yasal veya yasal olmayan organizasyonlara girişilmektedir⁶⁰.

Hali hazırda nakledilecek organlar bu denli kıymetliken, organ kaybını önlemek ve alıcı ile verici arasında en iyi uyumu sağlamak için Avrupa’da, gerek ülkelerin kendi bünyelerinde gerekse diğer ülkelerle, ikili ve çok uluslu organizasyonlar kurulmuştur⁶¹. Bu organizasyonlara örnek olarak, Eurotransplant⁶²,

⁵⁷ Hot/Karlıkaya, a.g.m., s.779-780.

⁵⁸ Hot/Karlıkaya, a.g.m., s.780-781; Metin, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁹ Türkiye’de 7.1.2016 tarihi itibari ile 60.572 kişi diyaliz hastası olup, 22.372 kişi böbrek, 650 kişi kalp, 2.254 kişi karaciğer, 49 kişi akciğer, 3 kişi ince bağırsak, 3 kişi kalp kapağı, 270 kişi pankreas, 2.551 kişi kornea nakli beklemektedir. (Çevrimiçi) <https://organ.saglik.gov.tr/web/>, 7 Ocak 2016.

2008 yılı öncesi rakamlar için bkz. Musa Kanıcı, “Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.48 vd.

⁶⁰ Taşkın, **a.g.e.**, s.7.

⁶¹ Taşkın, **a.g.e.**, s.8.

⁶² Avusturya, Belçika, Hırvatistan, Almanya, Macaristan, Hollanda, Lüksemburg ve Slovenya işbirliğidir. Merkezi Hollanda’da bulunan organizasyon, kendisine bağlı ülkeler arasında organ ve doku sağlanmasını ve naklini organize eder. Merkeze bağlı ülkelerde organ ve doku ihtiyacı olan hastaların tüm özellikleri merkezde toplanmaktadır. Yine, merkeze bağlı ülkelerden elde edilen organ ve dokuların da derhal merkeze bildirilmesi gerekmektedir. Merkez organ ve doku bildirimine gelmesi akabinde, uygun alıcıyı tespit ederek alıcının merkezi ile vericinin merkezi arasındaki organizasyonu sağlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=home>.

Scandiatransplant⁶³, Francetransplant⁶⁴, Swisstransplant⁶⁵ sayılabilir.

İspanya’da düşük organ bağışlarını artırmak amacıyla 1989 yılında Ulusal Transplantasyon Kurumu (Organizacion Nacional de Transplantes)⁶⁶ kurulmuştur. Kurumun anlayışına göre, organ bağışlarında karşılaşılan sorunlar uygun bağışçı yokluğundan değil potansiyel vericilerin bulunmasından ve bunların rızalarının alınmasından kaynaklanmaktadır. Sistem bağış sürecinin bağış timi adı verilen ve bu konuda özel olarak yetiştirilmiş kişilere bırakılmasını öngörmüştür. Kurum bir buluşma noktasıdır. Kurum uygun zamanda ailelerden organ talep etmenin yanı sıra bekleme listelerinin yönetiminden, organların paylaşımından ve nakil grubu ile organ bekleyen grubun bilgilendirilmesinden sorumludur. Organ nakli ve bağışı konusunda eğitim programları ve araştırmalar düzenleyen kurum, organ nakli ve bağışı alanlarında resmi raporlardan sorumlu birim olup sistemin eşitliğini ve şeffaflığını garanti eder. 1989 yılında milyonda on dört olan organ bağış oranını 2000 yılında milyonda otuz dörde çıkarmayı başaran kurum, daha iyi organizasyon ile başarının artacağını ispatı olmuştur⁶⁷.

B. Ülkemizde Organ Nakli İle İlgili Organizasyonlar ve İşleyiş

Ülkemizde, 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği⁶⁸ yürürlüğe girene kadar ulusal koordinasyon sistemi mevcut değildi⁶⁹. Yönetmeliğin

⁶³ Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç işbirliğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.scandiatransplant.org/>.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.francetransplant.com/>.

⁶⁵ İsviçre’nin ulusal organizasyonudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.swisstransplant.org/14/>.

⁶⁶ <http://www.ont.es/Paginas/Home.aspx>.

⁶⁷ Hakan Ertin, Fatih Selami Mahmutoğlu, İbrahim Başağaoğlu, “Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması”, **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, Ed: Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Zafer Zeytin, Hafize Öztürk Türkmen, Sezer Erer, Hakan Ertin, Elif Atıcı, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.926-927.

⁶⁸ Söz konusu yönetmelik (1.6.2000 tarihli 24066 sayılı R.G.) 01.02.2012 tarih, 28191 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışmamızda yürürlükteki Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği maddeleri incelenecektir.

⁶⁹ Ulusal Koordinasyon Sisteminden önce organ dağıtımı, hastanelerin özel girişimleri ile oluşturduğu ve ulusal nitelik arz etmeyen bazı kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmekteydi. Bunlardan en önemlisi Organ Nakli Kuruluşları Koordinasyon Derneği’dir. Atamer, a.g.m., s.154, dn.126. 1994 yılında 16 transplantasyon merkezinin 14’ünün katılımıyla kurulan Dernek, merkezler arası ilişkisinin geliştirilmesi, organ temin ve dağıtımındaki esasların belirlenmesi, organ bekleme listelerinin oluşturulması çalışmalarında bulunmuş ve 1997 tarihi itibarıyla organ temini ve dağıtımına başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.tonkkd.org/tr/content.asp?PID={9DC0F17F-435A-4B5B-BD61-FD88836618B2}>.

yürürlüğe girmesi ile dağıtım sistemi oluşturulmuş ve akabinde yönetmeliğe dayanılarak çıkarılan, organ ve doku dağıtımına ilişkin usul ve esasları belirleyen Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi⁷⁰ ile dağıtım şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁷¹. Buna göre ölümlerden organ ve doku nakli, dağıtım şartları^{72,73} uyarınca sistemde kayıtlı⁷⁴ bir kişiye yapılacaktır. Yani esasen, canlılardan nakilde olduğu gibi, bağış yapılacak kişiyi seçme şansı yoktur. Ancak 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile tercihli (şartlı) bağış imkânı getirilmiştir⁷⁵. Yönetmelik m.4/1-i’de tercihli bağış, “*beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organının bağışlanması halinde, ölenin bekleme listesinde kayıtlı olan eşi ile dördüncü dereceye kadar olan (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türü*” olarak tanımlanmıştır.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde organ ve doku nakli

⁷⁰ 30.01.2001 tarihli ve 950 sayılı onay ile yürürlüğe giren söz konusu yönerge, 28.05.2008 tarihli ve 19735 sayılı onay ile yürürlüğe giren yeni Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışmamızda yeni yönerge maddeleri incelenecektir.

⁷¹ Temel haklara ilişkin böylesine önemli bir konunun genel prensipleri itibarıyla bile kanunda düzenlenmeyip yönetmelik ve yönergelerle düzenlenmesi anayasaya aykırıdır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.384.

⁷² Elde edilen kısıtlı sayıdaki organın hastalara dağıtımı hususunda izlenecek ilkeler tartışılmıştır. Soruna rasyonalist yaklaşan kişiler, kendilerince önemi en fazla olan özelliği (örneğin en fazla yarar sağlama, en istekli olma, topluma en fazla katkıda bulunma, daha fazla kişiye karşı sorumlulukta bulunma gibi pek çok değişik özellik) referans kabul ederek seçim yapılması gerektiğini savunmuşlardır. Herhangi bir referansa önem vermekte güçlük çekenler ise aciliyete göre, sıraya göre ya da rastgele seçim yapılmasını savunmuşlardır. Akçiçek, a.g.m., s.36; Adnan Ataç, Muharrem Uçar, “Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar”, **Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ed. : Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan, 1-2 Kasım 2013, 2014, s.83, 89-90.

Alman Nakil Kanunu uyarınca hastalar ülke çapındaki listeye başarı şansı ve acillik kriterleri çerçevesinde yerleştirilir. Bu yerleştirme, Federal Hekimler Birliği Daimi Organ Nakli Komisyonu tarafından tıp biliminin mevcut verilerine göre yapılır. Hans Lilie, “Organ Ticareti Suçu”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.362.

⁷³ Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi m.5’te, organ ve doku dağıtımının Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbî-etik anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirileceği genel kuralı ile 6-8. maddelerde kalp, akciğer, karaciğer ve böbrek dağıtımına ilişkin dağıtım prensipleri düzenlenmiştir.

⁷⁴ Burada değinilmesi gereken önemli bir sorun, yabancıların da bu sisteme dâhil olup olamayacaklarıdır. Mevzuatımızda yabancıların tedavisini engelleyen bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Organ Ticareti ve Nakil Turizmüne İlişkin İstanbul Protokolü’nde, yabancı hastaların tedavisinin ancak vatandaşlara organ naklinin garanti altına alınmış olması halinde kabul edilebileceği belirtilmiştir. Uygulamada da yabancıardan organ ve doku alınmakta ancak yabancılar alıcı olamamaktadır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.385.

⁷⁵ Taslak m.2’de, kişinin belirteceği yakınlarına öncelik tanınmasını isteyebileceği, ancak bunun gerçekleştirilebilmesi için tıbbi yönden uygunluk ve gereklilik şartlarının sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.

hizmetlerini yürütecek kurum ve kuruluşlar, bunların açılması, çalışması, denetimi ve organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu hususlar aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

1. Kurumlar

Organ ve doku alınabilecek potansiyel vericilerin saptanıp izleneceği hastaneler “organ ve doku kaynağı merkezleri”dir. Bu hastanelerin organ ve doku alımını gerçekleştirecek altyapıyı, potansiyel vericinin izlenmesine imkân veren araç-gereci ve tıbbi ölüm durumunu saptayacak kanunda belirtilen branşlara sahip hekimleri sağlamaları ve beyin ölümü tanısı konan kişileri derhal Bölge Koordinasyon Merkezine bildirmeleri gerekir.

Her organ ve doku kaynağı merkezinde, birimler arası koordinasyonu sağlamak amacıyla en az bir koordinatör görevlendirilir. Koordinatörler ayrıca beyin ölümü tutanağının yönetmelikte yer alan kriterlere ve kurallara uygun bir şekilde düzenlenip düzenlenmediğini kontrol eder. Yine ölenin ailesinden izin almak, organı almaya yönelik faaliyetleri organize etmek ve alınan organı ilgili merkeze göndermekten sorumludurlar.

Nakil işlemlerinin gerçekleştirildiği tıbbi tedavi merkezleri “organ ve doku nakli merkezleri”dir.

Organ ve doku verici adayı ile alıcıların doku tiplmeleri “doku tipleme laboratuvarları”nda gerçekleştirilir.

Bu organ ve doku kaynağı merkezleri, doku tipleme laboratuvarları ile organ ve doku nakli merkezleri arasındaki koordinasyon “Bölge Koordinasyon Merkezleri” tarafından sağlanır. Organ ve doku alım ekiplerinin, çıkarılan organ ve dokuların ve nakil yapılacak hastaların merkezlere nakilleri ile koordinasyonunu ve organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesine ilişkin verici adayı ve alıcı ile ilgili yapılması gereken tıbbi, idari ve hukuki işlemleri tamamlarlar. Kısaca, kendilerine bağlı illerde hizmetin yürütülmesini koordine ederler. Bölge Koordinasyon Merkezleri, Ulusal Koordinasyon Merkezine bağlı olarak çalışır. Türkiye’de dokuz tane Bölge Koordinasyon Merkezi bulunmakta olup, bu merkezler ve merkezlere bağlı olan iller Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi Ek-2’de sayılmıştır.

Ülke genelinde organ ve doku nakli bekleyen hastaların ve nakil merkezlerinin kayıtlarını tutma, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde, organ ve doku çıkarımının koordinasyonu ile Sağlık Bakanlığı'nın ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile nakil bekleyen hasta bilgilerini, verici kayıtlarını ve gerçekleşen nakillere ait alıcı ve verici izlem bilgilerini içeren veri tabanı sistemi olan Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi (TODS) üzerinden organ dağıtımını gerçekleştirme ise "Ulusal Koordinasyon Merkezi"nin görevidir. Ulusal Koordinasyon Merkezi, Bakanlık Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak yirmi dört saat kesintisiz hizmet verir.

2. Kuruluş

Organ ve doku nakli merkezleri, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından, bunlara ait genel ve özel hastaneler bünyesinde bir ünite biçiminde kurulabilir. Göz bankaları, yalnızca Bakanlık hastaneleri ve Devlet üniversitesi hastaneleri bünyesinde kurulabilir.

Yönetmelikte belirtilen, organ ve doku nakli merkezleri ve bu hizmetlere yönelik faaliyet gösterecek diğer hizmet birimleri, Sağlık Bakanlığınca belirlenen usule uygun yapılan başvuru sonrası Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek ruhsat ve/veya faaliyet izin belgesini alarak açılabilir.

Sağlık Bakanlığı birçok kriteri gözeterek bir planlama yapar ve ihtiyaç olan yeni bir nakil türü veya hizmet bölgesi faaliyet izni için başvurulabileceğine dair ilanı internet sitesinde yayınlar. Bakanlık eğitim araştırma, üniversite ve askeri hastaneleri planlamadan muaf tutar. Bu muafiyetle hizmetin sürekliliğini sağlamak ve muafiyet kapsamında ruhsatlandırılmış nakil merkezlerini eğitim merkezi kabul ederek uzman hekim eğitimini gerçekleştirmek hedeflenir. Yeni merkez açmak veya açılmış merkeze yeni bir nakil türü için faaliyet izni almak isteyenler, ilan edilen yerler için Bakanlığa müracaat ederek ön izin alırlar. Bu ön izin alanlar ile muafiyet kapsamındaki hastaneler Organ Nakli Merkezleri Yönergesi m.11'de belirtilen belgelerle birlikte İl Sağlık Müdürlüğü'ne ruhsat başvurusunda bulunabilir. Müdürlükçe dosya üzerinde yapılan inceleme sonrası Yönetmelikte aranan belgelerin noksansız olduğu tespit edilen dosyalar Bakanlığa gönderilir. Bakanlıkça da uygun

görülen dosya için Bakanlık temsilcisi bir heyet tarafından yerinde inceleme yapıldıktan sonra organ nakli merkezi ruhsatnamesi düzenlenir. Ruhsatname düzenleme tarihinden itibaren üç ay içerisinde Organ Nakli Merkezleri Yönergesi m.13'te belirtilen belgelerle birlikte Müdürlük aracılığıyla Bakanlığa başvurarak faaliyet izni almak ve faaliyete geçmek gerekir. Aksi takdirde ruhsatname yine Bakanlıkça iptal edilir.

3. Denetim ve Yaptırım

Hasta tarafından aksi belirtilmemiş ise, greft fonksiyonu devam ettiği sürece organ ve doku nakli merkezinin hastasını takip etmesi gerekir. Merkezler her yılın sonunda (en geç 31 Ocak tarihine kadar), yaptıkları nakil sayılarını ve hasta izlenimlerini Bakanlığa bildirmelidir. İlgili Komisyonlar dosyaları inceleyerek, merkez hakkında görüş ve önerilerini Ulusal Koordinasyon Kurulu'na bir rapor halinde sunar. Ulusal Koordinasyon Kurulunca bu raporların incelenmesi sonucunda merkezlerin ruhsat/faaliyet iznine ilişkin nitelikleri kaybettikleri veya faaliyetlerinin mevzuata aykırı olduğu kanaatine varıldığı durumlarda, Bakanlıkça da uygun görülmesi halinde ilgili merkezin faaliyetleri geçici olarak ya da tamamen durdurulur.

Yönetmelik ile belirlenen nitelik ve koşullara sahip olmadan ve Bakanlıktan izin almadan organ ve doku nakli yapmak için özel merkezler açılması, organ ve doku nakli yapılması yasaktır. Bu yasağa uymayan merkezlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulur ve haklarında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

Hastalara veya üçüncü kişilere maddi çıkar temin etmek suretiyle kendisine hasta yönlendiren merkezlerin faaliyeti birinci tespitte üç ay, ikinci tespitte altı ay süreyle durdurulur. Üçüncü tespitte faaliyet izni iptal edilir ve ilgililer hakkında ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır.

TODS üzerinden alıcı ve verici kaydı olmadan organ nakli yaptığı tespit edilen nakil merkezinin ilk tespitinde nakil yapması üç ay süre ile durdurulur. Aynı fiilin tekrarı halinde faaliyet izni iptal edilir.

Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak veya endikasyon dışı organ veya doku nakli yaptığı tespit edilen nakil merkezinin ilk tespitinde yeni nakil yapması üç ay süre ile durdurulur. Aynı fiilin tekrarı halinde faaliyet izni iptal edilir.

4. Ülkemizde Organ ve Doku Nakline İlişkin Usul

Ülke genelinde organ ve doku nakli hizmetleri alanında çalışan kurum ve kuruluşlar arasında gerekli koordinasyonu sağlamak ve çalışmaların verimliliğini artırmak, ölü vericilerden organ sayısını artırmak, bilimsel kurallara göre ve tıbbi etik anlayışına uygun, adaletli organ ve doku dağıtımını sağlamak üzere Ulusal Koordinasyon Sistemi oluşturulmuştur⁷⁶.

Bir merkezde beyin ölümü gerçekleşmesi halinde, bu merkezde bulunan koordinatörler, durumu Ulusal ve Bölgesel Koordinasyon Merkezi'ne bildirir. Ulusal Koordinasyon Merkezi, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen kurallara⁷⁷ uygun olarak organ ve doku çıkarımının koordinasyonu ile TODS üzerinden dağıtımı yapılır.

VI. ORGAN VE DOKU NAKLİ ÇEŞİTLERİ

A. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Organ ve Doku Nakli (Otolog Transplantasyon/Oto-Greft)

Kişinin vücudunun belirli bir bölümünden alınan organ veya dokunun yine aynı kişinin vücudunun başka bir bölümüne aktarılmasıdır⁷⁸. Organ ve Doku Nakli Kanunu m.2/2 uyarınca, aynı insan üzerinde organ ve doku nakli⁷⁹, kanun kapsamı

⁷⁶ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği m.14/1.

⁷⁷ Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi beşinci maddede genel dağıtım ilkelerinin belirlenmesi akabinde, altıncı maddede kalp ve akciğer, yedinci maddede karaciğer ve sekizinci maddede böbrek için özel dağıtım ilkeleri belirlenmiştir.

⁷⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.17; Adnan Öztürel, "Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri", **AÜHFĐ**, Ankara, 1973, s.457.

⁷⁹ Aynı insan üzerinde organ ve doku naklinin gerçek anlamda nakil olmadığı, gerçek anlamda nakil sayılabilmesi için alıcı ve vericinin farklı olması gerektiği, bu nedenle otogreftler için yer değiştirme ifadesini kullanmanın daha yerinde olduğu şeklindeki görüş için bkz. Selin Sert, Ali Hulki Cihan, **Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar**, İstanbul, Beta Basım, 2013, s.9, 25.

Yine "organ nakli" teriminin yalnız insanlar arası nakli ifade ettiği görüşü için bkz. Ekrem Kurt, "Organ Naklinde Modeller", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.239, 241.

Kanaatimizce, aynı insan üzerinde organ nakli her ne kadar insanlar arası nakilden farklı özellikleri bünyesinde barındırsa da tıbbi açıdan bir nakil işlemidir ve farklı bir terim kullanmaya gerek yoktur.

dışındadır. Bu tür tıbbi müdahaleler için yürürlükteki diğer sağlık mevzuatı geçerli olacaktır.

B. Hayvanlardan Yapılan Organ ve Doku Nakli (Heterolog Transplantasyon/Xeno-Greft)

Organ ve doku nakli, aynı türler arasında yapılabileceği gibi farklı türler arasında da yapılabilir. Yunanca yabancı manasına gelen ‘xeno’ kelimesinden türetilmiş xenotransplantasyon, farklı türler arasında özellikle de hayvandan insana organ ve doku naklini tanımlamak üzere kullanılan bir terimdir⁸⁰. İnsan organlarının yetersizliği, ölü vericilerden alınan organların vücutça reddedilmemesi için kısa sürede nakledilmesi gerekliliği, canlıdan alınan organların akrabalar dışında olması halinde uyum problemi ve organ ticareti gibi etik olmayan uygulamalara yol açması güçlükleri, hayvanlardan organ ve doku alınabilmesi düşüncesine ağırlık kazandırmıştır⁸¹. Bu konuda birçok çalışma yapılmasına rağmen, hâlâ aşılması gereken ciddi problemler söz konusudur. Bunlardan en önemlileri, hayvandan alınan organ veya dokunun reddi ve hayvanlardan geçerek insanlığı tehdit edecek yeni hastalıkların ortaya çıkma riskidir⁸². Hayvana ait enfeksiyon hastalıklarının taşınması tehlikesi, hayvandan insana organ veya doku naklinin yasaklanması gerekip gerekmediği konusunda, uzmanlar arasında görüş ayrılığına neden olmuştur. Enfeksiyon tehlikesinin giderilmesi ya da önemli oranda azaltılması şartı ile ancak yasaklanmaması gerektiği savunulmuştur⁸³. Şu anki gelişim durumu bakımından, hayvandan insana organ veya doku nakilleri, “tedavi denemeleri” olup, enfeksiyon

⁸⁰ Esin Karlıkaya, İnci Hot, “Xenotransplantasyon: Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin Etik Boyutu”, **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, Ed: Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Zafer Zeytin, Hafize Öztürk Türkmen, Sezer Erer, Hakan Ertin, Elif Atıcı, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.901; Cahid Doğan, “Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ ya da Doku Nakli)”, **Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ed. : Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan, 1-2 Kasım 2013, 2014, s.244.

⁸¹ Karlıkaya/Hot, a.g.m., s.910.

⁸² Karlıkaya/Hot, a.g.m., s.901; Doğan, a.g.m., s.248-249; Hans-Ludwig Schreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, **Tıp ve Ceza Hukuku**, yay. haz. Yener Ünver, Çev. Veli Özer Özbek, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.95; Şafak Parlak, “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, **TBDD**, S:83, 2009, s.193, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-531>, 14 Haziran 2014; Mehmet Ali Zengin, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, **TAAD**, Y:5, S:18, Temmuz 2014, s.189, (Çevrimiçi) <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-18/>, 8 Ekim 2014.

⁸³ Schreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, s.95.

tehlikesinin giderilmesi ya da önemli oranda azaltılmasının yanı sıra bazı şartları daha içermelidir⁸⁴. Bu şartlar Türk Ceza Kanunu m.90/4'te, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması, denemenin mahiyeti ve sonuçları hakkında yeterli bir şekilde bilgilendirilmiş kişinin yazılı rızası ile hastane ortamında ve uzman hekim tarafından, bilimsel yöntemlere uygun olarak denemenin yapılması, şeklinde sayılmıştır. Tedavi denemesi güvenilir olmayan bir usul olması nedeniyle uygulanabilmesi için başka bir müdahale ile hastaya yardım edilememesi ve son çare olması gereklidir. Yani ölen kişiden ya da canlıdan organ naklinin mümkün olmaması, müdahalenin hayatta kalmak için önemli bir şans ya da yaşamın oldukça kısa bir süre uzatılmasından daha fazla olanak sunduğunu göstermiş olması ve organ reddi ihtimalinin yüksek olmaması gereklidir⁸⁵.

Organ ve Doku Nakli Kanunu m.2/1'de, kanunda söz edilen organ ve dokudan insan organizmasını oluşturan organ ve dokuların anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda hayvanlardan insanlara yapılacak organ ve doku nakli, kanun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Hayvanları Koruma Kanunu incelendiğinde ise m.8/2'de, tıbbî amaçlar dışında, yaşayan hayvanların organ veya dokularının alınması yasaklanmıştır⁸⁶. Madde metni incelendiğinde ilk dikkat çeken husus, tıbbi amaçlar dışında “yaşayan” hayvanların organ veya dokularının alınması yasaklanmış iken, “ölü” hayvanların organ veya dokularının alınmasına ilişkin herhangi bir yasak söz konusu değildir. İkinci dikkat çeken husus ise, tıbbi amaçların söz konusu olması halinde yaşayan hayvanların organ veya dokularının alınmasının caiz olduğudur. Burada açıklığa kavuşturulması gereken nokta ise “tıbbi amaçlar”dan ne anlaşılması gerektiğidir.

Öğretide Hakeri, tıbbi amaç kavramının iki şekilde değerlendirilebileceğini belirtmiştir. İlk, hüküm ile yalnızca hayvanların kendilerine yönelik amaçlarla yapılacak nakillere izin verildiği ve her ne kadar kanun koyucunun hükmü koyarken insanlara organ ve doku naklini düşünüp düşünmediği anlaşılmasa da lafzi değerlendirme sonucu insanlara naklin yasaklandığı sonucuna varılabileceği

⁸⁴ Schreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, s. 95, 100.

⁸⁵ Schreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, s. 94-95.

⁸⁶ Alman Hayvanları Koruma Kanunu'na göre nakil için organ ya da doku alınması serbesttir. Schreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, s.94.

belirtmiştir. Yazar, bu yasaklayıcı hükme aykırı hareket edildiğinde ise Hayvanları Koruma Kanunu m.28/1-e uyarınca idari para cezasının söz konusu olduğunu, ancak bir insanın yaşamını kurtarmak amacıyla zorunluluk haline dayanılarak ceza verilemeyeceğini belirtmiştir⁸⁷.

İkinci bir düşünüş tarzı ise, bir hayvanın organ veya dokusunun başka bir hayvana nakil için alınabilmesinin mümkün olması halinde insan için naklin de evleviyetle mümkün olması gerektiği olup, yazar bu görüşe üstünlük tanınması gerektiğini savunmuştur⁸⁸.

Sert ve Cihan, Hakeri'nin görüşünü eleştirerek, Hayvanları Koruma Kanunu m.8/2'nin lafzından yalnızca hayvanlara naklin mümkün olduğu anlamının çıkarılamayacağını, maddenin, hayvanlardan organ ve doku alınabilme şartlarını düzenlerken, alınan organın insana ya da hayvana aktarılması hakkında bir düzenleme içermediğini ve düzenleme getirilmeyen bir hususun başkaca bir kanuna ve genel ahlak, adap kurallarına aykırı olmaması halinde serbest olduğunu belirtmiştir. Hakeri'nin maddenin yorumu açısından dikkate alınması gerektiğini savunduğu ikinci düşünüş tarzı için ise, hayvan hayatının insan hayatından değersiz olmasının ahlaki ölçüt ve değer yargılarına göre mümkün olmadığı ve kabul edilemeyeceği eleştirisi getirilmiştir⁸⁹.

Kanaatimizce de Hayvan Hakları Kanunu m.8/2'de yaşayan hayvanlardan organ veya doku alınabilmesi şartları düzenlenmiş olup, alınan organ veya dokunun nakli hususunda bir düzenleme yapılmamasından yola çıkarak, tıbbi amaçla insan ya da hayvana naklin mümkün olduğu yorumu yerindedir. Bu durumda, etik yönden kabul edilebilir bir yaklaşım olup olmadığı sorununa değinilmeden, hukuksal açıdan, hem ölü hem de yaşayan hayvanlardan –yaşayan hayvanlardan tıbbi amaç şartı ile- insanlara nakil için organ ve doku almanın mümkün olduğu söylenebilir.

C. Yapay Organ

Tüm dünyada, organ nakli bekleyen kişi sayısının hızlı artışına rağmen bağışın az

⁸⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.392; Hayvanlar arasında yapılan naklin de yasak olduğu hakkında bkz. Doğan, a.g.m., s.261.

⁸⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.393.

⁸⁹ Sert/Cihan, **a.g.e.**, s.24.

olması dolayısıyla yaşanan organ kıtlığı, bilim adamlarını yeni çareler aramaya yöneltmiş ve biyomühendislerle birlikte yapay organ modelleri üzerinde çalışmaya başlamışlardır⁹⁰. Yapay organ⁹¹, işlevini yitirmiş veya yitirmekte olan ve genellikle hayati önem taşıyan organların yerine, insan vücudu içerisine yerleştirme ya da insan vücudu dışında olup bağlantılarla insan vücuduna bağlanma suretiyle bu organların işlevlerinin bir kısmını ya da tamamını geri kazandırmak amacıyla tasarlanan, mekanik malzemelerden veya doku mühendisliği yoluyla, üretilen organlardır⁹².

1885 yılında ilk yapay kalp-akciğer makinesinin üretilmesi ile modern çağın yapay organlar dönemi başlatılmış olup günümüzde, kalp, karaciğer, pankreas, böbrek, deri, kulak, damar gibi birçok organın yapay modelleri üzerinde çalışmalar devam etmekte ve bunların bir kısmı klinikte başarıyla uygulanmaktadır⁹³.

İnsan vücuduna yerleştirilecek yapay organda, mekanik malzemelerle iskeleti hazırlanmış bir organın, kişiden alınan kök hücrenin bölünmesi suretiyle doldurulup fonksiyonel hale getirilmesi söz konusu olduğu için, doku reddi problemi ile karşılaşılmaz. Fakat insan vücudu dışında hücrelerin çoğaltılmasının zorluğu ve üretilen organın fizyolojik olarak doğal organın tam işlevini görememesi, hâlâ sorun teşkil etmektedir. Günümüz biyomalzeme teknolojisinin hızlı gelişimi ve her geçen gün insan organ fizyolojisini daha çok taklit edebilir düzeye gelmesi, kısa vadede daha kullanışlı yapay organlar vadetmektedir⁹⁴. İlerleyen yıllarda, yapay organ naklinin başarı ile gerçekleştirilmesi durumunda, insan kaynaklı organ naklinin ve hukukunun bitmesi kaçınılmazdır.

⁹⁰ **Bilim ve Teknik Dergisi**, Eylül 2007, (Çevrimiçi), <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/yeniufuk/icerik/ekYapayOrganlar.pdf>, 22 Mayıs 2015; (Çevrimiçi), http://www.ted.com/talks/anthony_atala_printing_a_human_kidney#t-11407, 12 Temmuz 2015.

⁹¹ ODNK m.2/1'de, kanunda söz edilen organ ve dokudan insan organizmasını oluşturan organ ve dokuların anlaşılması gerektiği belirtildiği için, yapay organ nakli, kanun kapsamı dışındadır.

⁹² Mehmet Akbalık, "Yapay Organ", (Çevrimiçi), <http://sauttat.com/bizden/56-yapay-organ>, 22 Mayıs 2015.

⁹³ **Bilim ve Teknik Dergisi**, Eylül 2007, (Çevrimiçi), <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/yeniufuk/icerik/ekYapayOrganlar.pdf>, 22.5.2015.

⁹⁴ Mehmet Akbalık, "Yapay Organ", (Çevrimiçi), <http://sauttat.com/bizden/56-yapay-organ>, 22 Mayıs 2015; (Çevrimiçi), http://www.ted.com/talks/anthony_atala_printing_a_human_kidney#t-11407, 12 Temmuz 2015.

D. İnsanlar Arası Organ ve Doku Nakli (Homolog Transplantasyon/Allo-Greft)

Alıcı ve vericinin farklı insanlar olduğu organ ve doku nakli, insanlar arası nakildir. Diğer tür organ nakilleri salt iyileştirme amacına yönelik tıbbi müdahaleler olduğu için, tıbbi müdahalelerin genel hukuka uygunluk koşullarına tabidir⁹⁵. Yine organ nakilleri alıcılar açısından salt tedavi amacı taşıdığı için -bazı özellikleri olmasına rağmen⁹⁶- organ nakillerini diğer tıbbi müdahalelerden farklı kılan tıbbi müdahaleden herhangi bir yarar sağlamayan ikinci süje verici perspektifinden bir sistematikle inceleme yapılmıştır.

Aynı genetik yapıya sahip bireyler (örn: tek yumurta ikizleri) arasında yapılan organ ve doku nakli için özel bir adlandırmada bulunularak izotransplantasyon (izogreft) denilmiştir.

1. Canlılardan Organ ve Doku Nakli

a. Genel Olarak

Canlı bir insandan alınan organ veya dokunun ihtiyaç içerisindeki bir başka insana nakli söz konusudur⁹⁷. Canlı verici kullanılması halinde greftin daha uzun ömürlü olduğu ve naklin daha başarılı olduğu belirtilse de, canlılardan organ ve doku alınmasının genellikle bir tıbbi operasyonu gerektirmesi ve her tıbbi operasyonun da az ya da çok tehlike taşıması sebebiyle, canlıdan organ ve doku nakli sık başvuru alan

⁹⁵ Erman, **a.g.e.**, s.216.

⁹⁶ Kompozit doku nakillerinin yaşam kurtarıcı özellikleri olmaması ve alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara ve buna bağlı komplikasyon ve yan etkilere maruz kalacak olması nedeniyle alıcı bakımından özellik arz eder. Kompozit doku alıcı adayının nakil işlemi yapılmadan önce, mekanik ve myoelektrik protez veya ortez gibi mevcut diğer alternatifleri kullanmış olmasına veya doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik yapılan ameliyatlara rağmen tatmin olmadığı kendisi veya kanuni temsilcisi tarafından yazılı olarak beyan edilmiş olmalıdır. (Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.28)

Yine diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak kompozit doku açısından endikasyon özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Sağlık Bakanlığı bünyesinde Kompozit Doku Nakli Bilimsel Danışma Komisyonu ve her kompozit doku nakli merkezinin bulunduğu hastanede bir Kompozit Doku Nakli Konseyi kurulacaktır. Bu konsey, nakil öncesinde naklin endikasyon listesine uygun olup olmadığını, alıcının rızasının usulüne uygun olarak alınıp alınmadığını ve yapılacak naklin sosyal ve etik açıdan uygun olup olmadığını değerlendirir. Yalnızca konseyin uygun bulunduğu vakalarda nakil yapılabilir. (Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.4-8) Kanaatimizce henüz deneme aşamasında olan bu tür nakillerin yaşamsal beklentilere etkisi ve uzun süreli sonuçları henüz belirsiz olduğu için bir süre daha gözlenmeye muhtaç olup endikasyon ve başka yönlerden daha ağır şartların aranması yerindedir. Aynı yönde, Martorell, **a.g.m.**, s.148, 150.

⁹⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.18.

bir yol olmamalıdır^{98,99}. Nitekim canlılardan naklin “primum nihil noçere (önce zarar verme)” temel tıp ilkesine aykırı olduğu ancak ölümlerden elde edilen organların sayısının yetersizliği nedeniyle buna mecbur kalındığı belirtilmiştir^{100,101}.

Canlılardan organ ve doku nakli, alıcının belirli olması bakımından, ölümlerden organ ve doku naklinden ayrılır¹⁰². Daha önce ayrıntılı şekilde izah edilmiş olan Ulusal Koordinasyon Sistemi, canlılardan yapılacak nakillerde geçerli değildir. Verici, belirli bir alıcıya organ bağışlamaktadır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.19/1'e göre, yaşayan bir insandan organ ve doku nakli, yalnızca alıcının tedavisi amacıyla ve ölmüş bir kimseden organ veya doku bulunamadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir. Buna göre, Sözleşme “ikincillik prensibini” benimsemiştir. Yani, nakilde öncelik ölümlerden organ ve doku alınması olup, ölümlerden organ ve doku alınma imkânı olmayan haller için yaşayan kişilere başvurulabilecektir¹⁰³. Kanaatimizce, hukukumuzda yer almayan bu şart, Sözleşme'nin iç mevzuatımızdan sayılması nedeniyle ülkemizde yapılacak

⁹⁸ Akıncı, a.g.e., s.15.

⁹⁹ **Bozoklar** canlılardan organ nakli için şu ifadeleri kullanmıştır: Organ bekleyen hastaların diğer hastalardan farkı, organ nakli yapılması halinde sağlıklı bir birey olarak yaşamına devam edebilecekken naklin yapılamaması durumunda hastanın kaybedilecek olmasıdır. Bu gerçek, duyulan suçluluk duygusu, hekimleri başka bir suçta –canlı verici nakillerine- itmiştir. Ata Bozoklar, “Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları”, **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.282.

¹⁰⁰ Bozoklar, “Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları”, s.283.

¹⁰¹ **Schreiber**, canlılardan organ veya doku alınmasının esasen “zarar vermeme” prensibine aykırı olduğunu belirtmekle birlikte yalnız verici üzerinde odaklanmanın dar görüşlülük olduğunu, bu prensibin mutlak veya sınırsız olmadığını ve bazı şartlarla sınırlanabileceğini belirtmiştir. H. L. Schreiber, “Primum Nihil Nocere (Öncelikle Zararlı Olmamak) Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafları”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA'nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kemal Önen, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.7-8; Aynı yönde, M. Broyer, “Canlı Organ Bağışının Çeşitli Yönleri ve Ticarileşmeye Karşı Savaşın Vurgulanması”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA'nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.148-149; Ataç/Uçar, a.g.m., s.75.

¹⁰² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.386.

¹⁰³ Aynı şekilde bkz. Alman Nakil Kanunu m.8/(1)-3; Taslak m.4/1.

Schroth, bunun sert paternalistik bir şart olduğunu ve cezai yaptırımının bulunmadığını belirtmiştir. Ulrich Schroth, “Almanya'da Organ Nakli'nin Hukuki Şartları Tebliği”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008,s.326.

canlılardan organ ve doku nakillerinde de aranmalıdır¹⁰⁴.

Canlılardan nakilde değinilmesi gereken önemli bir noktada “çapraz nakil”dir. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği¹⁰⁵ m.4/1-ç’de, *canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değıştirmek suretiyle yapılan nakil türü*, olarak tanımlanan çapraz nakle ilişkin başka bir düzenlemeye yer verilmemiş, gerektiğinde bakanlıkça düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir.

b. Canlılardan Organ ve Doku Alınabilmesinin Şartları

(1) Vericiye İlişkin Şartlar

i. Uygun Verici

Organ ve doku nakillerinde karşılaşılan en önemli tıbbi sorun uyum sorunu olup, vericiden organ veya doku alınabilmesi için, nakledilecek organ veya dokunun nakle ve alıcının bünyesine uygun olması gereklidir¹⁰⁶. Bu sebeple de nakilden önce tıbbi inceleme ve tahlil yapılması ve sonucun olurluluk raporu ile saptanması mecburiyeti getirilmiştir¹⁰⁷.

ii. Bağışlanan Organın Vericinin Hayatını Sona Erdirecek veya Tehlikeye Sokacak Bir Organ Olmaması

Öğretide genelde zararsızlık başlığı altında incelenmiş olan şart, kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, kişinin organ veya dokusunu bağışlamaya rıza gösterebilmesi için, bu bağışın “hayati tehlikeye neden olmaması” gerekir¹⁰⁸. Öğretide bu madde geniş yorumlanarak, naklin, kişinin toplum içindeki görevlerini büyük ölçüde aksatmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁹. Kanaatimizce kanunun açık

¹⁰⁴ Aynı yönde, Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.370; Aydın, **a.g.e.**, s.41.

¹⁰⁵ 2000 tarihli eski Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin ilk halinde yer verilmeyen çapraz nakil, 2010 tarihli değışiklikle eski yönetmeliğe de eklenmişti.

¹⁰⁶ Tek yumurta ikizleri haricinde tüm insanlar genetik olarak farklı özelliklere sahiptir. İşte alıcı ile vericinin doku antijenlerinin uygun olmaması halinde, alıcının organizması kendine yabancı maddeyi yok etmeye çalışacak, grefte saldırarak ve greftin bozulmasına, fonksiyonunu yerine getirememesine neden olacaktır. Günümüzde bunu önlemek için genellikle immünsüpressif ilaçlarla vücutta meydana gelecek reaksiyonlar giderilmeye çalışılmaktadır. Akıncı, **a.g.e.**, s.4, 162; Kök, **a.g.m.**, s.212.

¹⁰⁷ Organ ve Doku Nakli Kanunu m.9.

¹⁰⁸ Organ ve Doku Nakli Kanunu m.8.

¹⁰⁹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.54; Ahmet Gökçen, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, **SÜHFD**, Milenyum Armağanı, C.VIII, S:1-2, 2000, s.68; Mehmet Emin Özgül, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.119; Parlak, **a.g.m.**, s.200.

hükmü bu yoruma elverişli değildir¹¹⁰.

Kanun maddesine göre, vücutta iki tane bulunan ve alındığı zaman kişinin yaşamını sona erdirmeyen ya da tehlikeye sokmayan organlar alınabilir¹¹¹. Yine vücut tarafından yenilenebilen ve alındığı zaman vericinin organizmasının herhangi bir zarara yol açmayan (kemik iliği gibi) organ ve dokuların bağışlanabileceği genel olarak kabul edilmektedir¹¹². Eklemek gerekir ki vücutta tek olarak bulunan ancak kısmen alındığı zaman da fonksiyonlarını yerine getirebilen organların (karaciğer gibi) alınması da mümkündür¹¹³.

iii. Vericinin Rıza Göstermiş Olması

ODNK m.6'da açıkça hükme bağlandığı üzere, verici razı olmadığı müddetçe hiçbir esasa (zorunluluk hali gibi) dayanılarak organ ve doku alınmaz¹¹⁴. Alıcı açısından ise normal bir tıbbi müdahale söz konusu olduğu için, rıza alınamayan hallerde başka hukuka uygunluk sebeplerine başvurmak mümkün olacaktır. Verici rızasını her zaman geri alabilir. Verici bir sözleşme ile organ vermeyi taahhüt etmiş olsa dahi, rızasını istediği zaman geri alabilir ve taahhüdünü yerine getirmeye ya da herhangi bir tazminat ödemeye zorlanamaz¹¹⁵.

a. Rızanın Konusu

Rızasının geçerli olabilmesi için serbest şekilde tasarruf edilebilen bir hak üzerinde verilmiş olması gerekir. Hukukumuzda yaşam hakkı üzerinde mutlak bir şekilde tasarruf edilebilen bir hak olmadığından yaşam hakkını sona erdirecek bir

¹¹⁰ Aynı yönde Şahiniz, a.g.m., s.730-731.

Nitekim **Toroslu** bu maddeyi, vericinin kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak ya da zorlaştıracak organ ve dokuların alınmasına dahi imkân tanıdığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Nevzat Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", **AÜHFĐ**, C.XXXV, S:1-4, 1978, s.100; Aynı yönde, Taşkın, **a.g.e.**, s.92.

¹¹¹ Aksi yönde bkz. Ayiter, a.g.m., s.142.

¹¹² Ayiter, a.g.m., s.142.

¹¹³ Aydın, **a.g.e.**, s.48.

¹¹⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.19; Akıncı, **a.g.e.**, s.171; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.850; Aksi yönde bkz. A. Arif Bilgin, **Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme**, İstanbul Barosu Mecmuası, İstanbul, 1968, s.35, 44 vd., 56-57.

¹¹⁵ MK m.23/3. Verilen rızalardan gelişigüzel dönmeleri önlemek ve hayati öneme sahip bu konuda verilecek kararlara ciddiyet kazandırmak amacıyla tazminat sorumluluğunun olması gerektiği görüşü için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", **TBBĐ**, 1991/2, s.256, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19912-1009>, 14 Ekim 2015.

fiile rıza gösterilmesi de mümkün değildir. ODNK m.8’de de vericinin yaşamını sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak organların alınması yasaklanmıştır.

b. Vericinin Rıza Göstermeye Ehil Olması

Çalışmamızın ilk bölümünde tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti ayrıntılı olarak izah edilmişti. Kişinin rıza göstermeye ehil olması için, rıza gösterilecek hakkın sahibi olması ve rıza beyan etme yetkisinin bulunması gerekir. Organ ve doku nakli, alıcı açısından sıradan bir tıbbi müdahale olduğu için söz konusu açıklamalara işaret etmekle yetiniyoruz.

Organ ve doku nakillerinde özellik arz eden mesele, vericinin ehliyetidir. Kanuna göre ancak on sekiz yaşını doldurmuş^{116,117} ve mümeyyiz¹¹⁸ bir kişi organ veya dokusunu bağışlayabilir¹¹⁹. Yani, küçük veya mümeyyiz olmayanların kanuni temsilcilerinin, temsil edilen adına organ bağışlamaları mümkün değildir¹²⁰.

¹¹⁶ 27.10.2010 tarih, 27742 s. R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.4/1-1’de gönüllü verici, “insana uygulanmak amacıyla doku ve hücrelerini bağışlamak için ... 18 yaş üstü vericiyi, kordon kanı için anneyi, yasal temsilcilerinin onayı alınmış 18 yaşından küçük vericiyi veya kısıtlı kişiyi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, on sekiz yaşından küçük kişilerin doku ve hücrelerini bağışlayabileceği düzenlenmiştir ve bu hüküm ODNK m.5’e açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Yine, 13.4.2013 tarih, 28617 s. R.G.’de yayımlanan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile 18 yaşından küçükler ile tam ehliyetsizlerin klinik araştırmalarda gönüllü olabileceği düzenlenmiştir. Ülkemizde, kemik iliği nakli, bilimsel amaçla kişilerden genetik materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve bazı organ ve doku nakilleri klinik araştırma safhasında değerlendirilmekte ve ODNK’ya aykırı olarak Yönetmelik hükümleri vasıtasıyla uygulanmaktadır. Özbilen, **a.g.e.**, s.275, dn.721, s.281, dn.737, s.282, dn.738.

¹¹⁷ Bu kişilerden en azından birinci ve ikinci derece yakınlarına, özel durumlarda organ nakline izin veren düzenlemenin yapılması gerektiği savunulmuştur. Ömer Ömeroğlu, “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y:5, S:42, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.69.

¹¹⁸ On sekiz yaşını doldurmamış ya da mümeyyiz olmayan kişiden, rızasıyla organ veya doku alınması halinde TCK m.91/1 hükmünün uygulanmasının hükmedilecek ceza açısından ağır olacağı ve bu nedenle ODNK m.15 hükmünün uygulanmasının daha adil olacağı savunulmuştur. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.847-848. Her ne kadar rızası olmayan bir kişiden organ veya doku alınması ile rıza göstermesine rağmen küçük olması nedeniyle gösterdiği rızası geçerli olmayan kişiden organ veya doku alınması hali için aynı ceza öngörülmesi adaletli gelmese de daha az ceza öngördüğü için ODNK m.15’in uygulanması söz konusu olamaz. On sekiz yaş ve mümeyyizlik ehliyet koşulu olarak düzenlenmiş olup rızaya ehliyet rızanın geçerliliğine ilişkin esas şartlardandır. Geçerli rızası olmaksızın kişiden organ veya doku alınması durumunda TCK m.91 hükmü uygulanacağından ve TCK m.91’de düzenlenen hususlar ile ilgili özel kanunun hükümleri örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığından ODNK m.15’in uygulanması mümkün değildir.

¹¹⁹ ODNK m.5.

¹²⁰ Yargıtay, mümeyyiz olmayan kısıtlıdan böbrek nakli için vasiye izin verilmesine ilişkin mahkeme kararını, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle kanun yararına bozmuştur. Yargıtay 18. HD. 6.3.2014 tarih, 2013/16178 E., 2014/3998 K., 29.4.2014 tarih, 28986 s. R.G.

Kanunda yalnız temyiz kudreti ve on sekiz yaş şartı¹²¹ aranması nedeniyle, temyiz kudretine sahip kısıtlılar organ vermek için rıza gösterebilir.

Özellikle kardeşler arasındaki doku uyumunun yüksek olması nedeniyle, kardeşinin organ veya dokuya ihtiyacı olması durumunda, velayet hakkına sahip anne ve babanın çocuğa baskı yapabileceği ve çocuğun bu baskılara karşı korunması amacıyla yaş sınırı getirildiği düşünülebilir¹²². Ancak bu düzenleme bazı somut olaylarda¹²³ sakıncalı bir takım sonuçlar yaratabileceği gibi hukuk tekniği açısından da isabetli değildir. Gerçekten, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kendi kişilik değerleri hakkında tek başına karar verebilmesi ilkesini kabul ettikten sonra, kişilik değerleriyle ilgili bir konuda kendi başına karar alma özgürlüğünü mutlak biçimde kaldırmak çelişkilidir¹²⁴. Çocuğun korunması ve ortaya çıkabilecek suistimallerin önlenmesi amacıyla, bu kişiler bakımından müdahalenin tamamen yasaklanması yerine, denetimli bir sistem oluşturarak kontrollü biçimde yapılması suretiyle de ulaşılabilir¹²⁵.

Nitekim İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" başlıklı 20. maddesiyle, muvafakat gösterme yeteneği olmayan kimselerden, bazı şartlarla¹²⁶, kendisini yenileyen

¹²¹ Medeni Kanun'a göre kural olarak 18 yaşının doldurulması ile rüşt kazanılıyorsa da, mahkeme kararı ya da evlenme ile de rüşt kazanılması mümkündür. Kanun reşit olmayı değil, 18 yaşını doldurmuş olmayı aramıştır.

¹²² Schroth, a.g.m., s.326; Özbilen, a.g.e., s.272. **Özbilen**, 18 yaşın tamamlanmasıyla birlikte manevi baskının ortadan kalkacağı düşüncesinin mantıklı olmadığını savunmuştur. Gerçekten, canlılardan organ naklinde manevi baskı önemli bir problemdir. Ancak bu problemi önlemek adına canlılardan organ nakli tamamen yasaklanamaz. Çözüm olarak denetimli bir sistem kabul edilmelidir.

¹²³ Yasal yaş sınırını aşamaması nedeniyle kardeşine organ veya doku veremeyen ve kardeşini kaybeden kişinin ya da evlenmekle rüşt kazanan 17 yaşındaki kişinin yeni doğurduğu ve acilen organ veya dokuya ihtiyacı olan bebeğine organ veya doku veremeyerek bebeğini kaybeden kişinin yaşamı boyunca duyacağı üzüntüyü göz önünde bulundurmak gerekir. Özbilen, a.g.e., s.272-273.

¹²⁴ Özbilen, a.g.e., s.273-274.

Metin, "kendini yenileyebilen" dokularla sınırlı olarak 18 yaşından küçüklerin ve mümeyyiz olmayanların rıza gösterebilmesi gerektiğini savunmuştur. Metin, a.g.e., s.516.

¹²⁵ Özbilen, a.g.e., s.274-275.

¹²⁶ **Bu şartlar;**

- muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
- alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
- bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;
- 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;
- muhtemel vericinin buna itirazda bulunmamasıdır.

dokuların alınabilmesi imkânı getirilmiştir¹²⁷. Türkiye bu maddeye, Sözleşme'nin 36. maddesine¹²⁸ dayanarak, ODNK m.5 ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur. Her ne kadar Sözleşmede çekincelerin varlığı süre ile kısıtlanmamışsa da, Sözleşme'nin amacı bu alanlarda Avrupa standardı getirmek olduğu için çekinceler sürekli anlaşılmalıdır. Kaldı ki söz konusu çekince, Sözleşme'nin ruhuna aykırı olup yapılması gereken kanun hükümlerini Sözleşme'ye uygun hale getirmektedir¹²⁹. Sözleşme'ye paralel bir şekilde Taslak m.4/3'te, dokuları uyumlu ergin ve ayırt etme gücüne sahip vericinin bulunamaması, bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması, vericinin ayırt etme gücünün bulunması durumunda bu işleme karşı çıkmaması ve vericinin kanuni temsilcisinin noter onaylı izni ile bu izin belgesinin hekimler tarafından onaylanması halinde, muvafakat yeteneği olmayanlardan kardeşine nakil için kendini yenileyebilen dokuların alınabileceği düzenlenmiştir.

Alıcı için genel kurallar geçerli olacağından, ayırt etme gücü olmayan alıcının, kanuni temsilcisinin rızası ile organ alması mümkündür.

c. Vericinin İradesinin Sağlıklı Olması

Yanılı, tehdit, hile gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması, neye rıza gösterildiğinin bilinmesi ve herhangi bir etki altında kalmadan gönüllü olarak rıza gösterilmesi gerekir.

Canlılardan organ naklinin genellikle akrabalar arasında gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, verici açısından aile baskısı olup olmadığı önem arz edecektir. Vericinin baskı altında karar verdiği ya da kararından vazgeçmek istediği hallerde, hekimin tıbbi bir mazeret yaratarak kişinin aile ve toplum içindeki itibarının

¹²⁷ 11.11.1997 tarihli Federal Resmi Gazete'de yayımlanmış olan Alman Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantationsgesetz) m.8a'da, belirli şartlarla küçüklerden kemik iliği alınmasına müsaade edilmiştir. Kanunun Türkçe metni için bkz. "(Alman) Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon Kanunu)", **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu**, Ed. : Yener Ünver, Çev. Gülsün Ayhan Aygörmez, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.103-104. Bundan böyle Alman Nakil Kanunu'na yapılacak atıflar bu çeviriden faydalanarak yapılacak ve yalnız kanun maddesi verilecektir.

¹²⁸ **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.36/1**; "...bu Sözleşmenin herhangi bir hükmü ile uyum halinde olmaması nedeniyle, herhangi bir hüküm için çekince koyabilir..."

¹²⁹ Yener Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", **KHUKA**, Kasım 2005, 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s.183, 188.

zedelenmemesine yardımcı olması gerektiği belirtilmiştir¹³⁰.

Vericinin neye rıza gösterdiğini bilmesi için, müdahale hakkında bilgi sahibi olması gereklidir¹³¹. Verici açısından herhangi bir tedavi amacı ve endikasyonun söz konusu olmadığı organ ve doku nakli muamelelerinde, aydınlatmanın çok ayrıntılı yapılması ve vericinin kararını etkileyebilecek her şeyin bildirilmesi gerekmektedir¹³². Organ ve Doku Nakli Kanunu, vericinin hangi konularda aydınlatılması gerektiğini özel olarak düzenlemiştir. Buna göre; organ ve doku alacak hekimler, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ve organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak zorundadırlar¹³³.

Öğretideki bir görüşe göre, alıcının verici kadar geniş bir şekilde aydınlatılması gerekmemektedir. Hastanın psişik durumunu bozmamak adına gerçeğin ayrıntıları saklanabilir¹³⁴. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, organ ve doku nakli gibi ciddi ve önemli bir müdahaleye maruz kalacak kişinin gerçeği olanca açıklığı ile bilerek karar vermesi gerekmektedir¹³⁵.

d. İrade Beyanının Muhtevası ve Özellikle Ticaret Yasası

Yaşayan bir kimseden organ veya doku alınmasına dair sözleşme yapılması durumunda, sözleşme özgürlüğü gereği, MK m.23'e aykırı olmamak koşuluyla sözleşmenin muhtevasının serbestçe belirlenebileceği, şarta bağlı hukuki işlem yapılabileceği gibi, alıcıya mükellefiyet yüklenebileceği belirtilmiştir¹³⁶.

Canlılardan organ alınmasında en fazla sorun teşkil eden husus, "organ

¹³⁰ Akveld/Charro, a.g.m., s.32.

¹³¹ Nitekim AIHM de rıza alınmaksızın tıbbi gereklilik nedeniyle sterilizasyon işlemi gerçekleştirilmesini, AIHS'in özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi ile işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesine aykırı bulmuştur. (I.G. and Others v. Slovakia, Başvuru No. 15966/04, 24.09.2013.) Zengin, a.g.m., s.181-182.

¹³² Taşkın, **a.g.e.**, s.108; Sengir, a.g.m., s.647; Akıncı, **a.g.e.**, s.218; Akveld/Charro, a.g.m., s.32; Schreiber, "Primum Nihil Nocere (Öncelikle Zararlı Olmamak) Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafları", s.8.

¹³³ Organ ve Doku Nakli Kanunu m.7/1-a,b.

¹³⁴ Bayraktar, **a.g.e.**, s.193.

¹³⁵ Schreiber, "Primum Nihil Nocere (Öncelikle Zararlı Olmamak) Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafları", s.8; Akıncı, **a.g.e.**, s.219; Gökçen, a.g.m., s.71; Sengir, a.g.m., s.647; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.850; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.442.

¹³⁶ Akıncı, **a.g.e.**, s.178.

ticareti”dir. Pek çok ülkede olduğu gibi^{137,138} Türkiye’de de organ ve doku alım satımı yasaklanmış¹³⁹, ne var ki kesin çözüm elde edilememiştir¹⁴⁰. Ticareti önlemek için, alım satımı yasaklamanın yanı sıra çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yasağı¹⁴¹ ve akraba olmayan canlı vericilerden nakil yasağı¹⁴² bunlardandır.

Organ bağışına olan ihtiyacın artması, kişileri yeni çözüm yolları bulmaya yöneltmiştir. “Ödüllendirilmiş bağış”¹⁴³, bu gaye ile ortaya çıkmış ve bir kısım yazarlar tarafından, ticarete dönüşmemesi kaydıyla kabul edilebilir görülmüştür¹⁴⁴. Kanaatimizce, “tazmin edilmiş bağışa” izin vermek gereklidir¹⁴⁵. Büyük bir özveride bulunarak organını bağışlayan, önemli bir operasyona katlanan vericinin tekrar, ameliyat nedeniyle meydana gelecek masraflara (seyahat masrafları, kazanç kaybı

¹³⁷ 1967 tarihli İtalyan Yasası –ki canlı böbrek vericileri için her türlü mükâfat veya tazminatı yasaklamaktaydı- ticaret sorununu ele alan ilk yasa olarak zikredilmiştir. S. S. Fluss, “İnsan Organları ve Dokularıyla İlgili Ticari Muamelelerin Önlenmesi: Düzenleyici ve İdari Önlemlere Uluslararası Bir Bakış”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Ereğ, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.113.

¹³⁸ Ülkelerin yanı sıra hükümetler dışı ve hükümetlerarası organizasyonlar da organ ticaretine ilişkin bildirimler yayınlamıştır. Bu konuda ilk uluslararası çaba Uluslararası Transplantasyon Derneği’nin 1970 tarihli bildirisidir. Bu bildiriye, “canlı veya ölü vericilerin organlarının satışı hangi şartlar altında olursa olsun savunulamaz” denilmiştir. 1985 tarihli ikinci bir bildiriye ise “kadavra organlarının dağıtımı için yol gösterici kurallar” ve “akraba olmayan canlı vericiler tarafından böbrek bağışlanması için yol gösterici kurallar” belirlenmiş ve bu yol gösterici kurallarda net bir şekilde insan organlarının ticaretinin yapılmasına karşı çıkılmıştır. Yine hükümetler dışı organizasyonlardan Dünya Tıp Birliği insan organlarının alınıp satılmasını kınamıştır. Hükümetlerarası organizasyonlardan Avrupa Konseyi ve Dünya Sağlık Örgütü de insan parçalarının satılmayacağını belirtmiştir. Fluss, a.g.m., s.114-116.

¹³⁹ ODNK m.3’te bedel veya başka bir çıkar karşılığı organ veya doku alınıp satılması yasaklanır iken ODNK m.7/1-e’de hem bedel veya başka bir çıkar karşılığı organ veya doku alınıp satılması yasaklanmış hem de hem de insancıl amaç düşüncesiyle organ bağışı yapılması şart koşulmuştur.

¹⁴⁰ Akıncı, a.g.e., s.179.

¹⁴¹ **ODNK m.4:** “Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.”

¹⁴² Akraba olmayan canlı vericilerden naklin yasaklanması gereği, bu kişilerin para almadığından emin olmanın güç olması sebebine dayandırılmıştır. Broyer, a.g.m., s.149.

¹⁴³ **Daar**, ödüllendirilmiş bağışın “tazmin edilmiş bağış” ve “özendirmeli bağış” olmak üzere iki türü olduğunu belirtmiştir. Buna göre, maruz kalınan veya kalınacak kazanç kayıpları, hastane ve diğer masrafları karşılama amacıyla para verilmesi tazmin edilmiş bağış, masraflara ilaveten devlet kaynaklarından yapılacak maddi özendirmeler ise özendirmeli bağış olarak adlandırılmaktadır. A. S. Daar, “Ödüllendirilmiş Bağış ve Yaygınlaşan Ticarileşmeye Bakış: Aralarında Bir Fark Var mı?”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Ereğ, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.139.

¹⁴⁴ Daar, a.g.m., s.135 vd.

¹⁴⁵ Aynı yönde, Akıncı, a.g.e., s.181; Gökçen, a.g.m., s.69; Sarıal, a.g.e., s.16; Aksi yönde, Schreiber, “Primum Nihil Nocere (Öncelikle Zararlı Olmamak) Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafı”, s.9; Ünver, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, s.221.

gibi) katlanmasını beklemek hakkaniyetli bir davranış olmayacaktır. Burada önemli olan husus, ödenecek tazminatın bir ücrete dönüşmemesi ve yalnızca ameliyat nedeniyle meydana gelen masraflarla sınırlı olmasıdır. “Özendirmeli bağışa” gelince, kanaatimizce yalnızca belirli şartlarla kadaverik uygulamalarda kabul edilebilir¹⁴⁶. Nitekim Taslak'ta, beyin ölümü gerçekleşen kişinin organ ve dokularını bağışlayan yakınlarının, bağışın alındığı kurum tarafından verilen bu durumu gösterir belgenin ibrazı halinde, olanak dâhilinde sağlık hizmetlerinden öncelikli yararlanması öngörülmüştür.

Ödüllendirilmiş bağışın yanı sıra organ ve dokuların satımını savunan görüşler de ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Ticareti savunan bir görüşe göre¹⁴⁸, organlarını duygusal olarak verme hakkı olan kişinin, ücretle de verme hakkı olmalıdır. Para vermenin tek başına eylemi yasa dışı kıldığını belirtmek mantıksızdır. Alıcı ve vericinin yararlandığı alış veriş eylemini suç saymak mümkün değildir. Devletin amacı bu tür alış verişi önlemekse, organa olan ihtiyaçtan ticari yarar sağlayacak olanlara karşı harekete geçmesi gereklidir.

Diğer bir görüşe göre¹⁴⁹ ise, ticaretin yasaklanması, ticaret en iyi seçeneği olacak kadar kötü duruma düşmüş kişileri daha da kötü duruma düşürmektir. Başkalarının eylemine karışma gerekçemiz olan, onların başkalarına zarar vermesini önleme gerekçesi, satıcıların alıcıların hayatını kurtarması söz konusu iken mantıksız bir gerekçedir. Satıcıların korunması amacı söz konusu ise, bu, kişilerin eylem özgürlüğünün kısıtlanması olup, kişilerin eylem özgürlüğü başkalarına zarar vermeme için kısıtlanabilirse de, kişinin kendine zarar vermemesi için kısıtlanamaz.

Organ ticaretini savunan yazarların gerekçeleri ilk bakışta haklı görülebilir olsa

¹⁴⁶ Daar, a.g.m., s.138.

Kan gibi kendini yenileyebilen dokular açısından izin verilebileceği hakkında bkz. Akıncı, **a.g.e.**, s.180. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde organ ve doku ticareti yasak olmakla birlikte kan, saç, tırnak gibi parçaların satışı yasaldır. Zengin, a.g.m., s.159.

¹⁴⁷ J. Radeliffe Richards, “Olmayandan Almak”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA'nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.142; K. C. Reddy, “Bedel Karşılığı Organ Bağışı: Hindistan'dan Bir Bakış Açısı”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA'nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.131.

¹⁴⁸ Reddy, a.g.m., s.131.

¹⁴⁹ Richards, a.g.m., s.142.

da, ticarete izin vermeye yeterli değildir. Hele de fakirliğin ticareti haklı göstermesi gerekçesi, sefaletten kurtulmak için her yolun mübah olması sonucuna götürür. Doğru olan yoksulluğu ortadan kaldıracı tedbirlerin alınmasıdır¹⁵⁰. Ancak ticaret konusunda şu husus önemlidir ki, devletin, öncelikle ve özellikle, zor durumda kalan iki kişiden (alıcı ve verici) yararlanarak maddi kazanç sağlayan organize suç örgütleri ile mücadele etmesi gereklidir.

e. Rızanın Şekle Uygun Olarak Açıklanması

ODNK m.6'da rıza açıklamasının, 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 bir tutanağın hekim tarafından onaylanması ile yapılabileceğini düzenlemiştir.

Buna göre Kanun esasen yazılı irade beyanını öngörmüş, fakat vericinin iki tanık önünde sözlü olarak iradesini beyan etmesi ve bunun tutanak haline getirilmesi akabinde verici tarafından imzalanmasını^{151,152} da kabul etmiştir. Her iki durumda da düzenlenen tutanağın hekim tarafından onaylanması zorunlu kılınmıştır¹⁵³. Kanunda tutanağı hangi hekimin onaylayacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide, nakil yapmaya yetkili –konunun uzmanı- herhangi bir hekim olabileceği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Medeni Kanun m.23/3'te de Organ ve Doku Nakli Kanunu'na paralel olarak yazılılık şartı aranmış ancak Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda yer alan sözlü irade

¹⁵⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s.180.

¹⁵¹ Vericiyi korumak için, iki tanık huzurunda beyan edilen ve imzalanan tutanağın hekim gözetiminde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Serdar Mermut, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, 2 c., C.II, s.1466.

Nitekim Taslakta, vericinin irade beyanını en az iki tanık ve bir hekim önünde açıklaması ve bunun yazılı hale getirilmesinden sonra imzalaması şartı aranmıştır.

¹⁵² Buradaki imza kavramını dar yorumlamamak ve okuma yazma bilmeyenlerin parmak basmaları halinde bunu geçerli saymak gerektiği, aksi takdirde, organ bağışlamak isteyen ancak okuma yazma bilmeyen bir kişinin fedakârlığına engel olunacağı ve böyle bir sonucun kanunun amacına aykırı olduğu haklı olarak belirtilmiştir. Akıncı, **a.g.e.**, s.182.

¹⁵³ Akıncı, **a.g.e.**, s.181.

Rızanın geçerli olabilmesi için, tıp mesleğinin kişinin üzerinde operasyon yapılmasına müsaade etmesi yani hekimin müdahaleye onay vermesi gerekir. Emine Elif Vatanoğlu, "Türkiye'de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları" Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s.32.

¹⁵⁴ Taşkın, **a.g.e.**, s.102.

beyanında bulunma imkânına yer verilmemiştir. Bu durumda iki kanun arasında çelişki olup olmadığı konusu tartışma yaratmıştır. Bir görüşe göre, sonraki tarihli genel bir hüküm olan MK m.23/3, önceki tarihi ODNK m.6'yı saklı tutmak amacını taşımakta, hükümler birbirini tamamlamaktadır. Buna göre, MK m.23/3 insan kökenli biyolojik maddelerin aktarılmasına rızayı yazılı şekle bağlamakta, bu yazılı şeklin nasıl gerçekleştirileceği de ODNK m.6'da açıklanmaktadır¹⁵⁵. Aksi görüşe göre ise, artık ODNK m.6'da öngörülen iki tanık huzurunda sözlü olarak rızanın açıklanması ve bunun bir hekim tarafından onaylanması şekli, rızanın şekil yönünden geçerli olması için yeterli değildir. Çünkü rıza artık yalnız yazılı olarak verilebilecektir¹⁵⁶.

Kanun alıcının rızasına dair herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durumda genel kurallar geçerli olacaktır. 1219 s. Kanun m.70 uyarınca büyük cerrahi operasyonlarda yazılı rıza aranacağından, alıcının rızasının yazılı olması gereklidir.

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere şekil şartları geçerlilik şartlarından olmadığından şekle aykırılık durumunda fiil hukuka aykırı hale gelmeyecektir.

f. Rızanın Zamanında Açıklanmış Olması

Genel hukuka uygunluk nedeni olan rızanın en geç müdahale esnasında verilmesi mümkündür. Ancak ODNK m.6 gereği organ ve doku alınmasında, müdahaleden önce rızanın verilmiş olması gereklidir¹⁵⁷.

iv. Alıcının Tedavisi Amacı

Canlı bir vericiden alıcının tedavisi amacı ile organ veya doku alınması genel olarak kabul edilmekle birlikte, tedavi amacı dışında bir amaçla organ veya doku alınması hususu tartışmalıdır. Almanya, İspanya, İsviçre gibi birçok ülke hukukunda organ alımının ancak tedavi amacıyla yapılabileceği belirtilmiştir¹⁵⁸. Türk

¹⁵⁵ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.74; Şahiniz, a.g.m., s.748; Parlak, a.g.m., s.208; **Zevkliler** ise rıza sözlü olarak verilse de tutanağa bağlanması gerektiğinden esasen yine yazılılık şartının arandığını ve MK ile ODNK'nın uyum içerisinde olduğunu belirtmiştir. Aydın Zevkliler, "2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, s.282, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/hukukkurultay00-3.pdf>, 13 Haziran 2014.

¹⁵⁶ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.116; Ertin/Mahmutoğlu/Başagaolu, a.g.m., s.933, dn. 33.

¹⁵⁷ Mermut, a.g.m., s.1466; Aksi yönde, Soyaslan, a.g.m., s.127.

¹⁵⁸ Atamer, a.g.m., s.119.

Hukukunda ise organ ve doku alımı ve naklinin tedavi¹⁵⁹, teşhis¹⁶⁰ ve bilimsel amaçlarla¹⁶¹ yapılabileceği şeklinde geniş bir düzenlemeye yer verilmiştir.

ODNK yürürlüğe girmeden önce, organ ve doku naklinin ancak tedavi amacıyla yapılabileceği kabul ediliyor, bilimsel amaçla, yaşayan bir insandan organ alma ve yaşayan bir insana organ aşılama caiz görülüyordu¹⁶². ODNK'nın getirdiği organ ve doku alımı ve naklinin bilimsel amaçla yapılabileceği hükmü, insan hayatının bilimsel amaçlarla riske atılması ve kötüye kullanımına neden olabileceği endişesi ile eleştirilmiştir¹⁶³.

Öğretide bir görüşe göre, madde Kanununun ruhuyla bir bütün olarak ele alınmalı ve bilimsel amaçla organ alma ifadesi yalnız ölü vericiler için geçerli kabul edilmelidir¹⁶⁴. Bu görüşe gerekçe olarak, ODNK m.7/b'de vericinin alıcıya sağlayacağı yararlar konusunda aydınlatılması düzenlemesine rağmen, söz konusu davranışın bilime katkısından söz edilmediği ve ODNK m.7/e'de aranan insancıl amaçla verme şartının salt bilimsel amaçla nakilde gerçekleşmediği, gösterilmiştir.

¹⁵⁹ **Tedavi**, hastalığı önlemek, gidermek, azaltmak, yarattığı acıları dindirmek ve arazlarını ortadan kaldırmak ya da hafifletmek amacıyla yapılan, tıbbi, cerrahi ve psikolojik girişimlerdir. Bayraktar, **a.g.e.**, s.149; Güreli, a.g.m., s.271; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.49.

¹⁶⁰ **Teşhis**, bulgulara bakarak, kişide fizyolojik ya da psikolojik anomalilerin bulunup bulunmadığını, eğer bulunuyorsa bunların ne olduğunu tespit etmektir. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.18.

Bu bağlamda, teşhis amacıyla yapılacak biyopsi işlemlerinin de bu kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Vatanoğlu, "Türkiye'de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları", s.27.

¹⁶¹ **Bilimsel Amaç**, kişinin sağlık durumunu düzeltmekten ziyade, gelecekteki hastalıkların tedavisinde kullanılacak kesinleşmemiş tıbbi teorilerin doğrulanması ya da reddedilmesi amacıyla yapılan faaliyetlerdir. Bayraktar, **a.g.e.**, s.161.

¹⁶² Sengir, a.g.m., s.649; Bayraktar, **a.g.e.**, s.178; Sarial, **a.g.e.**, s.74; Ayiter, a.g.m., s.141; Keyman, a.g.m., s.76.

"*Bilimsel amaçlarla, yaşayan bir kişiden organ alınmasına ve yine yaşayan bir kişiye organ aşılanmasına cevaz verilmemesi, "yaşayan bir insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneylerin yapılması"nı caiz görmeyen görüş ile de uyumluydu. ... Bu görüşteki yazarlar, görüşlerine hukuki dayanak olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan hükmü göstermekteydiler. Söz konusu hüküm şöyledir: "Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi, aynı maksatla kimyevi, fiziki veya biyolojik herhangi bir tedavi de tatbik edilemez." "Tedavi amaçlı tıbbi deneyler"e gelince: Bu tür tıbbi deneylerde asıl amaç, bir hastanın tedavi edilmesi olduğu için, bu tür deneylerin yaşayan bir insan üzerinde uygulanmasına, belirli şartların bulunması halinde cevaz verilmekteydi. ... Organ Nakli Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan bu hükme ilişkin tartışmalar sürerken, 1998 tarihinde yürürlüğe giren "Hasta Hakları Yönetmeliği", daha da ileri giderek, belirli şartlar altında "yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneyler yapılması"na imkân tanıyan hükümler getirmiştir."* Şahiniz, a.g.m., s.732-733.

¹⁶³ Toroslu, a.g.m., s.97-98; Köksal Bayraktar, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'a İlişkin Düşünceler", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.I, S:2, 1979, s.15-16.

¹⁶⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.18, dn. 84; Taşkın, **a.g.e.**, s.86.

Söz konusu görüş, Kanun'un 1. maddesinde bilimsel amaç ifadesi kullanılırken ölü verici-canlı verici ayrımı yapılmadığı, ölü vericiden organ naklinde de bilime katkıdan söz edilmediği ve salt bilimsel¹⁶⁵ amacın bilimsel amacı da kapsayarak insancıl amaç olarak görülmemesi nedeniyle eleştirilmiştir¹⁶⁶. Şu önemli noktayı da belirtmek gerekir ki, ODNK m.7/e'de "vericinin" insancıl amaca uymayan düşünceyle verdiği organ ve dokulardan söz edilmektedir. Oysa bilimsel amaçlı tıbbi müdahalede salt bilimsel amaç güderek insancıl amaçtan uzaklaşabilecek kişinin hasta değil hekim olması daha olasıdır¹⁶⁷.

Kanaatimizce, kişiden ya da ölüden olması bakımından ayırım gözetmeksizin bilimsel amaçla organ ve doku alımını tecviz eden Kanun, belirli koşulların sağlanmasıyla bilimsel ve tıbbi amaçlı deneylere izin veren mevzuatımızla uyum içerisindedir¹⁶⁸. Ancak A.Y. m.90 hükmü gereğince iç mevzuatımızdan sayılan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda kanunlardan farklı hükümler içermesi halinde üstünlük tanınması gereken ve bu nedenle de dikkate almak zorunda olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.19'a göre¹⁶⁹, canlılardan nakil amacıyla organ ve doku alınması, yalnız alıcının tedavisi amacıyla mümkündür. ODNK m.14/5 hükmü gereği bilimsel amaçla cesetten organ alınması mümkündür. Bu durumda, farklı gerekçelerle olmak üzere, bilimsel amaçla organ ve doku alınmasının, yalnızca ölülerden yapılabileceği görüşüne katılmaktayız. Yani canlılardan ancak alıcının tedavisi amacıyla organ veya doku almak mümkündür. Belirtmek gerekir ki bilimsel amaçla canlılara nakil açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Düşüncemize göre kendini yenileyebilen dokulara özgü olarak canlılardan bilimsel amaçla nakle izin verilmesi uygun olacaktır. Kişiye herhangi bir

¹⁶⁵ Yazar salt bilimsel amaç, bilimsel amaç ayrımı yaparak, salt bilimsel amaç taşıyan müdahalelerin, insanın kobay olarak kullanıldığı müdahaleler olduğunu, bilimsel amaçlı müdahalelerin ise, bilimin gelişmesi ve bu yolla insana yardım edilmesi düşüncesiyle yapılan müdahaleler olduğunu belirtmiştir.

¹⁶⁶ Özgül, **a.g.e.**, s.116.

¹⁶⁷ **A.e.**, s.118.

¹⁶⁸ Aynı yönde, Şahiniz, a.g.m., s.732-735; Parlak, a.g.m., s.202. Yazarlar bu nedenle, mevzuatta aranan şartlara uymak koşuluyla, bilimsel ve tedavi amaçlı tıbbi deneyler için canlılardan organ ve doku alınabileceğini savunmuştur.

¹⁶⁹ ODNK'nın Sözleşme'ye uygun olarak güncellenmesi gereklidir.

zararı dokunmayacak bu muamele ile belki de bilim alanında önemli bir yol kat edilerek insanlığa fayda sağlanacaktır¹⁷⁰.

v. Akrabalık Şartı

Canlılardan nakil amacıyla organ veya doku alınabilmesi bazı hukuk sistemlerinde vericinin alıcının akrabası olması şartına bağlanmıştır. Birçok Avrupa ülkesinin aksine Alman Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda¹⁷¹, kendisini yenileyemeyen organların ancak birinci ve ikinci derece akrabalara, eşe, nişanlıya ve bağışlayanla özel bir kişisel bağı bulunan kişilere bağışlanmasına müsaade edilmiştir¹⁷². Düzenlemenin amacı organ ticaretini önlemek olsa da, organ nakli konusunda engel teşkil ettiği gerekçesiyle çokça eleştirilmiştir¹⁷³.

Hukukumuzda ise yasal bir engel bulunmamasına rağmen¹⁷⁴, ODNHY m.16/1'de, canlılardan organ ve doku naklinin, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabileceği düzenlenmiştir¹⁷⁵. Anayasal dayanağı olan ve kanunla verilmiş olan bir hakkın, yani organ bağışlama hakkının sınırlanması da ancak kanunla yapılabilir. Böyle bir düzenlemenin yönetmelikle yapılması hatalıdır.

Yönetmelikte akrabalık şartı aranmakla birlikte akraba olmayan kişiler arasında organ nakli yapılabilmesi için de bir imkân getirilmiştir. Buna göre naklin yapılacağı ilde oluşturulacak "Etik Komisyon" un verici ile alıcı arasında mevzuata aykırı bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışını onaylaması gerekir. Kişiler İl

¹⁷⁰ Aynı yönde Sengir, a.g.m., s.650; Toroslu, a.g.m., s.98, dn. 23; Özgül, **a.g.e.**, s.118-120.

¹⁷¹ Alman Nakil Kanunu m.8'e göre canlı vericiden organ alınabilmesi için, akrabalık şartının yanı sıra, vericinin ergin ve rıza ehliyetine sahip olması, organ aktarılacak kişi açısından iyileştirme amacı, vericinin kendisinden organ alınabileceğinin tıbbi olarak saptanması ve operasyonun olağan riskinin üzerinde herhangi bir tehlike altına girmeyeceğinin veya müdahalenin doğrudan sonucu olarak sağlığının ağır şekilde bozulmayacağına öngörülmesi ve organ aktarımı sırasında aynı elverişlilik koşullarına sahip ve ölü bir vericiden kaynaklanan bir organa ulaşamıyor olması şartları aranır.

Akrabalık şartı düzenlemesi Anayasaya aykırılık iddiasının konusu olmuş ancak Anayasa Mahkemesi kısıtlanan haklar açısından kullanılan yöntemin gerekli ve orantılı olduğu gerekçesiyle iddiayı reddetmiştir. Erman, **a.g.e.**, s.220.

¹⁷² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.389.

¹⁷³ Erman, **a.g.e.**, s.220-221.

¹⁷⁴ Taslak m.5'te, Yönetmelikteki düzenlemeye paralel olarak, akrabalık şartı aranmış, akraba olmayan kişiler için Komisyon Kararı öngörülmüştür.

¹⁷⁵ Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi 9. maddede de canlılardan organ ve doku naklinin ancak alıcının dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabileceği düzenlenmekle birlikte kemik iliği, kök hücre ve kordon kanı nakillerinde bu şartın aranmayacağı belirtilmiştir.

Sağlık Müdürlüğü aracılığıyla ve bazı belgelerle birlikte bu Komisyona başvurabilir. Vericinin rızasının ve alıcı ile vericinin nakle uygunluğunu gösteren sağlık raporunun yanı sıra alıcı ile vericinin yakınlığının nereden kaynaklandığını, alıcı ile vericinin gelir düzeyini ve vericinin borcu olup olmadığını gösterir beyanlar bu belgelerdendir. İl sağlık müdür yardımcısı başkanlığında, valilikçe görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da kaçakçılık ve organize suçlarla mücadele şube müdürü, naklin yapılacağı hastane haricindeki kamu hastanesinden bir hekim, naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat ve valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanından oluşan Komisyon on beş günde bir üye tamsayısının en az 2/3 çoğunluğuyla toplanır. Acil nakil gereken hasta bulunması durumunda ise ivedilikle toplanıp karar alır. Gerekli gördüğü durumlarda alıcı ve/veya vericiyi dinleme hakkını haiz olan komisyon, belgelerin doğruluğunu araştırarak alıcı ve verici arasında etik ve yasal olmayan bir durumun bulunmadığı kanaati oluştuğunda naklin etik açıdan uygunluğuna karar verir. Komisyon kararları üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuyla alınmalıdır. Komisyon kararları kesin olup Komisyonca uygun görülmeyen naklin yapılması mümkün değildir. Yine bir komisyonun uygun görmediği nakil başka bir Komisyon tarafından onaylanamaz. Komisyon kararları TODS'a kaydedilir ve böylece talebi reddedilen kişinin başka bir nakil merkezine başvuru yapması durumunda diğer Komisyon'un olumsuz kararı kolaylıkla görülebilecektir.

(1) Hekime İlişkin Şartlar ve Hekimin Yükümlülükleri

Organ ve doku nakil işlemini gerçekleştirecek olan hekimin bazı şartları taşıması ve bazı kurallara uyması gereklidir. Bu şartlardan ilki uzman hekim olmaktır. 1219 s. Kanun m.23/1 gereği genel veya lokal anestezi gerektiren büyük cerrahi müdahaleler, biri uzman olmak üzere iki hekim tarafından yapılmalıdır. Nakil yapabilmek için, uzmanlığın yanı sıra, özel bilgi ve yetenek gerekmektedir¹⁷⁶. ODNK m.10'da organ ya da doku naklinde uzman bir hekim olması gerektiği

¹⁷⁶ Taşkın, a.g.e., s.136.

Uzman hekim nakil işlemlerine başlamadan önce bazı eğitimler almak ve belirli sayıda nakil işlemine katılmış olmak mecburiyetindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Organ Nakli Merkezleri Yönergesi.

belirtilmiştir¹⁷⁷.

Tüm tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hekim, tıp biliminin verilerine uygun ve özenli bir müdahale gerçekleştirmek zorundadır¹⁷⁸. Yine diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerekir¹⁷⁹.

ODNK'ya göre hekim, vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin¹⁸⁰, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını¹⁸¹ araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini¹⁸² bir tutanakla tespit etmek zorundadır. Yine ODNK uyarınca hekim, akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verecek durumda olmayan kişilerden organ ve dokuların alınmasını ve bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek zorundadır. Hekim, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuları alamaz. Verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce gerekli tıbbi inceleme ve tahlilleri yapmak ve sonucunu bir olurluluk raporu ile saptamak zorundadır.

¹⁷⁷ Bayraktar, a.g.m., s.18.

¹⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, III. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları, A. Rızanın Bulunması Durumundaki Koşullar, (2) Hekimin Tıbbi Standarda Uygun Hareket Etme Zorunluluğu.

¹⁷⁹ Alman Nakil Kanunu'nda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü yanında, devlete de, halkı organ aktarmaları konusunda aydınlatma görevi yüklenmiştir. Erman, a.g.e., s.220.

¹⁸⁰ Eşlerin ayrı yaşaması halinde artık diğer eşin haberdar olup olmadığını araştırmak gerekemeyecektir. Burada ayrı yaşamaktan maksadın, Medeni Kanun anlamında ayrılık olmayıp fiili bir ayrılık olduğu haklı olarak belirtilmiştir. Akıncı, a.g.e., s.182; Kılıçoğlu, a.g.m., s.254; Aksi yönde, Mermut, a.g.m., s.1465.

¹⁸¹ Kanunda, vericinin birlikte yaşadığı eşinin rızası aranmamakta, yalnız haberdar olması aranmaktadır. Gerçekten, bir kimsenin organ veya dokusunu bağışlaması, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, bu konuda yalnız kendi irade beyanında bulunabilir ve kişinin yerine bir başkasının karar vermesi ya da kişinin irade beyanına ikinci bir irade beyanı eklenmesi düşünülemez. Kişiden organ ve doku alınmasının sonuçları birlikte yaşadığı eşini de etkileyeceğinden, en azından haberdar olma, eşin hakkı olup bu hüküm isabetli bir düzenlemedir. Akıncı, a.g.e., s.182; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.56; Teoman Akunal, "2238 Sayılı 'Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun' Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, MHAUM, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.21; Mermut, a.g.m., s.1464; Gürzumar, a.g.m., s.382.

¹⁸² Hekimin eşin haberi olup olmadığını "öğrendiğini" mi yoksa eşin nakli "öğrendiğini" mi tutanak altına alması gerektiği hükümden anlaşılamamaktadır. Biz amaca uygun olarak hükmü, hekimin eşin nakilden haberinin olmasını öğrendiğini tutanak altına alması gerektiği şeklinde yorumluyoruz. Hekimin eşin haberdar olup olmadığını öğrendiğini tutanak altına alması gerektiği yorumu için bkz. Zevkliler, a.g.m., s.283.

ODNK uyarınca kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar hariç olmak üzere, hekim alıcının ve vericinin isimlerini açıklayamaz.

(2) Nakil İşleminin Yapılacağı Sağlık Kurumuna İlişkin Şartlar

ODNK m.10'da, organ ve doku alma, taşıma, saklama, aşılama ve nakil ile yurt dışından temin etme işlemlerinin, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılacağı öngörülmüştür. Yine ODNHY m.17/2'de ve Organ Nakli Merkezleri Yönergesi'nde¹⁸³, organ ve doku nakli merkezlerinin ve bu hizmetlere yönelik faaliyet gösterecek diğer hizmet birimlerinin, Bakanlıkça düzenlenecek ruhsat ve/veya faaliyet izin belgesini almak suretiyle açılabilceği belirtilmiştir.

Organ Nakli Merkezleri Yönergesi'nde, nakil merkezlerinde bulunması gereken personele ve donanımına dair de ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Yani, organ ve doku nakli merkezlerinin, Sağlık Bakanlığı'nca yetkilendirilmiş olması ve gerekli uzman personel ile gerekli donanımına sahip olması gereklidir.

2. Ölülerden Organ ve Doku Nakli

a. Genel Olarak

Tıptaki gelişmeler hastalıklara bağlı ölüm olgularını önemli oranda azaltarak ortalama yaşam süresini uzatırken diğer yandan yaşlanan insan nüfusunda gözlenen doğal hastalıklara bağlı olarak gelişen organ yetmezliklerini ve organ ihtiyacını artırmıştır. Bu durumun yanı sıra canlılardan organ naklinin sınırlı oluşu ve nakil sonrası vericinin bir organından yoksun kalacak olması ölülerden yapılacak nakilleri daha önemli hale getirmiştir¹⁸⁴.

Ölülerden nakilde, ölmüş bir insanın organ veya dokularının canlı bir insana aktarılması söz konusudur. Ölülerden organ alımı bakımından, canlılarda olduğu gibi herhangi bir yaş sınırı yoktur¹⁸⁵. Yaşayan kişilerden organ ve doku naklinde, sağlıklı

¹⁸³ 13.02.2012 tarihli ve 6157 sayılı Bakan Onayı ile yürürlüğe giren Yönerge, 19.7.2012 tarihli ve 15399 sayılı Bakan Onayı ve 11.10.2013 tarihli ve 34492 sayılı Bakan Onayı ile değişikliğe uğramıştır.

¹⁸⁴ Kök, a.g.m., s.216.

¹⁸⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.370.

bir insanın tıbbi endikasyon ve kendisi için tedavi amacı söz konusu değilken ciddi bir müdahaleye maruz kalmasının yanı sıra, bir organının eksilmesi söz konusu olduğu için, ölü vericilerden organ alınmasına ağırlık verilmeli ve buna ilişkin programların geliştirilmesi sağlanmalıdır.

Dünyada milyon nüfus başına yılda temin edilen ölü verici sayısına bakıldığında, ne yazık ki ülkemiz oldukça geri durumdadır. Dünya Transplantasyon Birliği'nin 2000 yılında Roma'da kabul ettiği karara göre dünyada milyon nüfus başına yılda temin edilen ölü verici sayısı ortalama 25'tir. 2004 yılı rakamlarına göre milyon nüfus başına yılda temin edilen ölü verici sayısı İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da 13.8 iken Türkiye'de yalnız 2'dir^{186,187}. Ölü verici sayısının bu denli az olması hekimleri canlılardan nakle yöneltmiş ve Avrupa ülkelerinin tam aksine yüzde 75'lere varan oranlarda canlılardan nakil yapılmaya başlanmıştır¹⁸⁸.

Yapılan araştırmalarda Türkiye ile diğer ülkeler arasındaki ölü verici sayısındaki bu büyük farkın esas sebebinin, halkımızın bağış konusundaki gönülsüzlüğü olmayıp, yoğun bakımlarda tespit edilebilecek beyin ölümü vakıalarının zamanında yakalanamaması olduğu¹⁸⁹ ortaya çıkmıştır. Ölenin organlarının kullanılabilmesi için muhakkak yoğun bakımda ve solunum cihazına bağlı olarak ölmesi gerektiğinden

¹⁸⁶ Parlak, a.g.m., s.189.

¹⁸⁷ Bu oranı artırabilmek adına getirilen önerilerden biri şöyledir: Merkezde bir koordinatör ve bu koordinatörün elinde iki liste bulunacaktır. Bu listelerden biri, organını öldükten sonra kullanılması için bağışlayanların olduğu A Listesi diğeri ise organ ihtiyacı olanların yer aldığı B Listesidir. B listesi, organ ihtiyacı olanların daha önce organ bağışlayıp bağışlamamış olmasına göre (ihtiyaç duyulmasından en az 1 yıl önce) B1 ve B2 şeklinde ikiye ayrılır ve ihtiyacı olanlar buna göre iki listeden birine yazılır. Mevcut organlar daha önce organ bağışlayanların bulunduğu listeye öncelik tanımak suretiyle dağıtılır. Böylece insanlar bir gün organa ihtiyaç duyabileceği düşüncesiyle ölmeden organlarını bağışlayacaktır. Şahin Aksoy, "Kadavradan Organ Bağışını Artırmaya Yönelik Bir Öneri", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi**, S:11, 2003, s.192-193. Yine organ bağışlayanlara öncelik tanınması gerektiği görüşü için bkz. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.218.

¹⁸⁸ Bozoklar, "Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları", s.283.

¹⁸⁹ Esasında bu yoruma şu tabloya bakarak da ulaşmak mümkündür: 2011 yılında 1291 beyin ölümü vakiası tespit edilmişken aile izin sayısı 333, 2012 yılında 1478 beyin ölümü vakiası tespit edilmişken aile izin sayısı 345, 2013 yılında 1709 beyin ölümü vakiası tespit edilmişken aile izin sayısı 379, 2014 yılında 1816 beyin ölümü vakiası tespit edilmişken aile izin sayısı 407, 2015 yılında 1455 beyin ölümü vakiası tespit edilmişken aile izin sayısı 345'tir. (Çevrimiçi), <https://organ.saglik.gov.tr/web/>, 30 Eylül 2015. Tabloya bakıldığında yüzde 20-25'lik bir izin oranı görülmektedir. 2008 yılı öncesi oranları için bkz. Kanıcı, "Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar", s.55-57.

gelişmiş yoğun bakımlar ve personel eğitimi¹⁹⁰ şarttır¹⁹¹. Bunun yanı sıra elbette toplum da eğitilmeli, insanlara “organlarımı bağışlarsam; organ mafyası peşime düşer, beni tedavi etmeye uğraşmadan organlarımı alırlar, organımın yeni sahibinin işlediği günahlardan sorumlu olurum, diğer dünyada eksik dirilirim” ve bunun benzeri düşüncelerin¹⁹² yanlış ve yersiz olduğu ayrıntılı olarak izah edilmelidir. Yine, konunun güncel tutulması¹⁹³, sağlıklı insanlara bir gün onların da organa ihtiyaç duyabileceğinin hatırlatılması da faydalı olacaktır.

Ölülerden organ ve doku alınmasında, vericinin yaşamını tehlikeye düşürmeme şartı aranmayacağından, her türlü organ ve dokunun alınması mümkündür¹⁹⁴. Canlılardan alınamayan kalp gibi organların ve yine kompozit dokuların tek kaynağı ölü vericilerdir. Kanun’un açık hükmü uyarınca, ölülerden bilimsel amaçla organ ve doku alınması mümkündür.

b. Ölülerden Organ ve Doku Alınabilmesinin Şartları

Ölülerden organ ve doku alınabilmesi için öncelikle kişinin ölmüş olması ve bu ölüm halinin saptanmış olması gereklidir. Sonrasında organ alınmasına rıza gösterilip gösterilmediği incelenecektir.

(1) Organları Nakledilecek Hastanın Ölmüş Olması

i. Ölümün Tarifi

Medeni Kanun’a göre kişiliği sona erdiren, miras hukuku, ceza hukuku gibi birçok hukuk dalında büyük öneme sahip olan “ölüm” kavramı, kanunlarda tanımlanmamıştır. Doğumdan sonraki en tabii olay olan ölüm, bilinmeyen olmakla,

¹⁹⁰ Personel eğitimi eksikliği, beyin ölümünün teşhis edilmesinde ve aileye açıklanmasında çekingenlik veya aileden organ bağıışı yapılmasını istemede başarısız olma gibi değişik birçok şekilde potansiyel bağıışçıların kaybına neden olabilir. Aksoy, “Kadavradan Organ Bağıışını Arttırmaya Yönelik Bir Öneri”, s.191.

¹⁹¹ Bozoklar, “Organ Alma Hakkı ve Hukuk”, s.258.

¹⁹² Farklı ülkelerde toplumların organ bağıışına yeterli ilgi göstermemelerinin nedenlerini açığa çıkarmayı amaçlayan bazı araştırmaların sonuçlarını inceleyen bir çalışma için bkz. Nurten Özdağ, “Organ Nakli ve Bağıışına Toplumun Bakışı”, **Cumhuriyet Üniversitesi Hemsirelik Yüksekokulu Dergisi**, C.V, S:2, 2001, s.46-55, (Çevrimiçi) <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/593.pdf>, 14 Haziran 2014.

¹⁹³ Gerçekten, İspanya’da ilkökul öğrencileri üzerinde yapılan bir araştırmada, öğrencilerin bilgi puanlarının eğitimi takiben yükselmesine rağmen eğitimden 3 ay sonra tekrar düşmeye başladığı tespit edilmiştir. Özdağ, a.g.m., s.52.

¹⁹⁴ Akünal, a.g.m., s.22.

tarifi insanın ne olduğunu söylemek kadar zordur¹⁹⁵. Bu nedenle de tarifinden ziyade tespiti üzerinde yoğunlaşmıştır¹⁹⁶. Yine de hukuki açıdan, “insan hayatının ve buna bağlı olarak da şahsiyetin sona ermesi” şeklinde bir tanım yapılarak sorunun çözümü ölümün tespitine bırakılabilir¹⁹⁷.

ii. Ölümün Tespiti

Ölümün tespiti tıp biliminin verilerine göre hekimlerce yerine getirilecek ve hukuk bu verilere dayanacaktır¹⁹⁸. Hayati önem arz eden organların alınabilmesi ve naklin başarılı olabilmesi için kişinin ölmüş olmasına rağmen alınacak organların hayatini devam ettirmesi gerekliliği¹⁹⁹, ölümün tespitinin önemini bir kat daha artırır²⁰⁰.

Tıp ve biyoloji alanlarında yaşanan gelişmeler, hayatın başlangıcı ve sonuna ilişkin geleneksel görüşü değiştirmiştir²⁰¹. Ölümün tespitinde uzun zaman kullanılan, nefes alıp vermenin, kan dolaşımının ve buna bağlı olarak kalbin durması kriteri, tıptaki gelişmeler karşısında yetersiz kalmıştır. Zira klasik ölüm, klinik ölüm ya da fizyolojik ölüm gibi çeşitli şekillerde adlandırılan haldeki kalbi ve solunumu durmuş hastaların, ilaçlar, elektrik şoku, açık veya kapalı kalp masajı ve suni solunum gibi reanimasyon (yeniden canlandırma) yöntemleri sayesinde, kısmen tekrar hayata döndürülebilmeleri mümkün olmuştur²⁰². Ancak büyük başarı teşkil eden bu gelişmeler bazı hallerde önemli sorunları da beraberinde getirmiştir. İlk defa 1959 yılında iki Fransız hekimin (H. Mollaret ve M. Goulan) tespit ettiği üzere, bu tür hastaların bir kısmında hayata döndükten sonra hiçbir beyin faaliyetine rastlanmamış ve suni solunum kesildikten sonra da hastalar ölmüştür. İlerleyen araştırmalarda ise,

¹⁹⁵ Hans- Ludwig Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, **Tıp ve Ceza Hukuku**, Yay. Haz. Yener Ünver, Çev. Ali Kemal Yıldız, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.152.

¹⁹⁶ Aydın, **a.g.e.**, s.25.

¹⁹⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s.103.

¹⁹⁸ Bayraktar, **a.g.e.**, s.185; Toroslu, a.g.m., s.106; Akıncı, **a.g.e.**, s.102; Özsunay, “Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin ‘Yeni Haklar’ın Belirlenmesi”, s.37; Arpacı, **a.g.e.**, s.183; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.24; Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, s.155.

¹⁹⁹ Özellikle kalbin kısa sürede aktarılması gereklidir.

²⁰⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s.103; Atamer, a.g.m., s.123; Toroslu, a.g.m., s.104; Terzioğlu, a.g.m., s.41-42; Gürzumar, a.g.m., s.374; Öztürel, a.g.m., s.458.

²⁰¹ Özsunay, “Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin ‘Yeni Haklar’ın Belirlenmesi”, s.4.

²⁰² Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, s.153; Atamer, a.g.m., s.123-124; Bilgin, **a.g.e.**, s.10-11.

her organın belirli bir süre oksijensiz kalmaya (yani kan dolaşımının durmasına) tahammülü olduğu, bu sürenin geçmesi halinde ise geri dönülemez şekilde işlevlerini yitirdiği tespit edilmiştir. Oksijen eksikliğine en duyarlı organ olan beyinde, 3-8 dakikalık oksijensizlikte beyin kabuğu bölgesinde (korteks), 5-10 dakikalık oksijensizlikte beyin sapında temelli işlev kaybı gerçekleşir²⁰³.

Yoğun bakım alanında yaşanan bu gelişmeler, kalp ve solunumu suni olarak çalışan ve bu sayede normal gözükten, ancak beyinsel faaliyeti sıfıra inmiş kişilerin hayatta sayılıp sayılamayacağı sorusunu getirmiştir²⁰⁴. Bu belirsizliğe ilk yanıt 1968 yılında Harvard Tıp Fakültesinden gelmiş olmakla birlikte, aynı yıl Almanya’da, bir yıl sonra İsviçre’de ve 1976 yılında İngiltere’de tıp çevrelerince de beyin ölümü kriteri kabul edilmiştir²⁰⁵.

Ülkemizde, ilk olarak 1968 tarihli Türk Tabipler Birliği Komite Kararı ile *“beynin fonksiyon yapmaması, solunum ve dolaşımın ancak sun’i araçlarla devam ettirilmesi ve bu araçlar kullanılmadığı takdirde bu fonksiyonların tamamının durması olarak belirlenen fizyolojik ölümün vuku bulması halinde bu kişinin ölmüş olduğu ve bu kişiden organ nakli yapılabileceği”* kabul edilmiştir²⁰⁶. Kararda fizyolojik ölüm denmekle birlikte tarife göre beyin ölümü kriteri kabul edilmiştir²⁰⁷. Bu Komite Kararından bir yıl sonra 1969 yılında Yüksek Sağlık Şurası, *“(ölüm) ... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve en hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur”* kararı²⁰⁸ ile yine beyin ölümü kriterini benimsemiştir. Daha sonra ise Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği²⁰⁹ ile beyin ölümü kriteri benimsenmiş ve tespit metodu ayrıntılı olarak

²⁰³ Atamer, a.g.m., s.124-125.

²⁰⁴ Atamer, a.g.m., s.125.

²⁰⁵ Atamer, a.g.m., s.125-126.

²⁰⁶ Kararın tamamı için Bilgin, a.g.e., s.72-73; Öztürel, a.g.m., s.476-477.

²⁰⁷ Aynı yönde bkz. **Bilgin** komite kararının, beynin fonksiyon yapmaması, solunum ve dolaşımın ancak sun’i araçlarla devam ettirilmesi (ve bu araçlar kullanılmadığı takdirde bu fonksiyonların tamamının durması olarak belirlenen fizyolojik ölümün vuku bulması) halinde bu kişinin ölmüş olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bilgin, a.g.e., s.72; Akıncı, a.g.e., s.110.

²⁰⁸ Bayraktar, a.g.e., s.186.

²⁰⁹ 20.08.1993 tarih 21674 s. R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik, 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmış, 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ise 2012 tarihli şu an yürürlükte olan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 3 yönetmelikte de beyin ölümü kriteri benimsenmiş ve tespit metodu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

düzenlenmiştir.

Vücudun bir anda paramparça olması gibi istisnai haller haricinde, ölüm bir an değil bir süreçtir. Vücudun bölümleri, oksijensiz kalmaya tahammüllerine göre birbirinden bağımsız olarak ölürlür. Ölümün tespitinde vücudun her bir parçasının ayrı ayrı ölmesi değil, geri dönülmez sürece ne zaman girildiği önemlidir²¹⁰. İşte insanın şahsiyetini oluşturan, organların çalışmasını ve birbirleri arasındaki koordinasyonu sağlayan, yani vücudu sevk ve idare eden beyin ölümü ile organizasyonun sağlanamaması ve geri dönülemez sürece girilmesi söz konusu olacağından, ölüm tespitinde beyin ölümü kriterini benimsemek gerekmiştir²¹¹. Beyin ölümü fizyolojik ölümün de habercisidir. Beyin ölümünün gerçekleşmesinden bir süre sonra organların da öleceği kesindir ve hayata dönme mümkün değildir²¹². Ağır koma²¹³ ya da bitkisel hayatın²¹⁴ yanlış teşhis sonucu beyin ölümü olarak nitelendirildiği bazı hallerde, ağır koma hastaları kurtarılmış ve bu durum, beyin ölümünden kurtarılanın mümkün olduğu zannına sebep olmuştur. Bu gibi hallerle

²¹⁰ **Atamer**, konuyla ilgili olarak bir Alman Mahkeme kararını örnek vermiştir. Karara konu olayda, karı koca uğradıkları bir saldırı sonucu hayatlarını kaybetmiş ve otopside kalbin durması sonucu ölümün gerçekleştiği an esas alınarak sonuca varılmıştır. Mahkeme bu işlemi hatalı bularak, beyin ölümünün gerçekleştiği anın tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar bu kararı eleştirmiş, ölümü belirlemede, ölüm sürecinin geri dönülmez bir noktaya geldiği anın esas alınması gerektiğini, hastane koşulları dışında kalbi durmuş ve tüm kurtarma faaliyetleri için geç kalınmış bir insanda ayrıca beyin ölümü anı araştırmanın yersiz olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce de bu doğru bir yaklaşımdır. Nasıl ki beyin ölümü kriterini benimsemekteki amaç geri dönülmez olan sürece beyin ölümüyle girilmesi nedeniyle, kalbin durması ile bu sürece girilmesinde, kalbin durma anını ölüm anı olarak kabul etmek gerekecektir. Ancak organ nakli için açıkça beyin ölümü arandığı için beyin ölümünün gerçekleşmesi gerekir. Atamer, a.g.m., s.135; Schroth, a.g.m., s.314-315; Öztürel, a.g.m., s.457-458.

²¹¹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.184; Bilgin, **a.g.e.**, s.14, 16-17, 19; Ataç/Uçar, a.g.m., s.77; Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, s.154; Aksi yönde, Şahin Aksoy, “Ölümün Sıcak Yüzü: Beyin Ölümünde Organ Nakli”, **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, Ed. : Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Arın Namal, Yener Ünver, Hanzade Doğan, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2005, s.80-83. **Aksoy**, beyin ölümünün daha fazla organ elde etmek adına yapılan varsayımsal bir ölüm tanımı olduğunu ve bu nedenle beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerden yapılan organ naklinin canlıdan organ naklinin farklı bir türü olduğunu savunmuştur.

²¹² Schroth, a.g.m., s.315. Beyin Ölümü, (Çevrimiçi), <http://tonv.org.tr/tr/coklu-sayfa/organ-bagisi/beyin-olumu/4/24>, 1 Haziran 2015.

²¹³ Komada, beyin tüm merkezlerini etkileyen geçici bir durum söz konusudur. Her ne kadar bu süreç boyunca hastaya solunum desteği, ilaç desteği, beslenme desteği ve sıvı desteği verilmesi gerekirse de hasta komadan çıkarsa bu desteklerin çoğuna ihtiyaç duymaz ve bilinci açılır. Beyin Ölümü, (Çevrimiçi), <http://tonv.org.tr/tr/coklu-sayfa/organ-bagisi/beyin-olumu/4/24>, 1 Haziran 2015.

²¹⁴ Bitkisel hayatta, beyin kabuğunun kalıcı ya da geçici olarak işlevlerini kaybetmesi söz konusudur. Beyin sapı sağlam olduğu için genellikle solunuma ihtiyaç duyulmaz. Bilinç kapalıdır. Beyin Ölümü, (Çevrimiçi), <http://tonv.org.tr/tr/coklu-sayfa/organ-bagisi/beyin-olumu/4/24>, 1 Haziran 2015.

karşılaşılması için tanının dikkatli bir şekilde konulması gereklidir²¹⁵.

Beyin ölümü, tüm beyin (beyin kabuğu, beyincik ve beyin sapı) fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı, olarak tanımlanmıştır^{216,217}. Eğer beynin bir bölümünün ölümünün –beyin kabuğunun ölmesi ile bitkisel hayata girilmesi şeklinde- yeterli sayılması kabul edilecek olursa, sınırların silikleşmesi ve beyninin daha küçük bir bölümü çalışmayan insanların ölü sayılması yargısının kolaylaşacağı belirtilmiştir^{218,219}. Yine İngiltere’de olduğu gibi beyin sapının faaliyetini yitirmesinin yeterli kabul edilmesi halinde, ölüm sürecine girildiği kesin olsa da beyin kabuğunun ne ölçüde çalışmaya devam ettiğini ve özellikle hissedebilme yeteneğinin ne ölçüde var olduğunu söylemenin mümkün olmadığı ve bu nedenle bu kıstasın yeterli olmadığı belirtilmiştir²²⁰.

iii. Organ ve Doku Naklinde Ölümün Tespiti

Önemli sonuçlar bağlanan ölümün ne olduğu ve nasıl tespit edileceği hususunda, ODNK’da herhangi bir kıstas kabul edilmemiştir. Kanunda yalnız, “tıbbi ölüm” olarak adlandırılan ölüm halinin, “kanıta dayalı tıp kurallarına uygun” olarak tespit edileceği şeklinde genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, öğretilerde bir kısım yazarca²²¹ bilimsel gelişmelerin önünün kapatılmadığı gerekçesiyle isabetli bulunurken, bir kısım yazarca²²² konunun kanunda boşluk bırakmaya uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Kanaatimizce, mevcut düzenleme ile her ne kadar bilimsel gelişmeler önü kapatılmamış olsa da kişinin yaşamı ile alakalı önemli bir konu olan ölümün tespiti kanuni düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Kanunda kullanılan “tıbbi ölüm” kavramı, klinik ölümü ve beyin ölümünü kapsayan

²¹⁵ Taşkın, **a.g.e.**, s.121.

²¹⁶ ODNHY Ek-1 fıkra1. Birçok ülkede de aynı şekilde anlaşıldığı hakkında, Atamer, a.g.m., s.127, dn.40.

²¹⁷ Ölümün beyin sapı ölümü olduğu hakkında bkz. Kök, a.g.m., s.217.

²¹⁸ Atamer, a.g.m., s.139-140.

²¹⁹ Bitkisel hayattaki kişilerden zaruret sebebiyle organ alınabileceği görüşü için bkz. Bilgin, **a.g.e.**, s.35, 49.

²²⁰ Atamer, a.g.m., s.141; **Schroth**, beyin kökü ölümünü, Locked-In-Sendromu’ndan (görme, duyma ve anlama yetenekleri bulunmakta ancak vücut hareket edememektedir) ayırt etmenin güçlüğü nedeniyle Alman Kanun Koyucunun bunu ölçüt olarak kabul etmediğini belirtmiştir. Schroth, a.g.m., s.316.

²²¹ Akınal, a.g.m., s.23; Gürzumar, a.g.m., s.376, dn.40, s.383; Erman, **a.g.e.**, s.222.

²²² Akıncı, **a.g.e.**, s.111; Bayraktar, a.g.m., s.18-19; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.372; Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, s.153; Ünver, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, s.217.

bir kavram olup, kanun koyucunun hangi ölüm halini tercih ettiği anlaşılabilir. Esasen kanun koyucu mevcut düzenleme ile tıbbın benimsediği ölüm kriterini kendisinin de benimsediğini göstermiştir²²³. Ancak daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, bu konuda hukukun tıbbın verilerine dayanması gerekmektedir birlikte, bu dayanacağı verilerin ne olduğunu kanuni düzenleme altına alması gerekir. Yani, kişinin yaşamının son bulduğuna dair kararın ne şekilde tespit edilmesi gerektiği, ana hatları ile düzenlenmelidir. Kanunda açıklık olmamasına rağmen, ODNHY maddelerinden, beyin ölümünün benimsendiği anlaşılmakta olup Yönetmeliğin Ek-1 düzenlemesi²²⁴ ile beyin ölümü tanısının ne şekilde konulacağı

²²³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.371.

²²⁴ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1; “Beyin Ölümü Tanısı

(1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıbdır. Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir.

a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,

b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,

c) Santral vücut ısısı ≥ 32 °C olması,

ç) Hipotansif şok tablosu olmaması,

d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması,

e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.

(2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.

a) Derin komanın olması (Tam yanıtızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınmaması),

b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;

1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),

2) Oküloşefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,

3) Kornea refleks yokluğu,

4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu.

c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması,

b) Yüzeysel reflekslerin alınması,

c) Babinski işaretinin bulunması,

ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması,

d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması,

e) Diabetes insipidus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

ayrıntılı olarak belirtilmiştir²²⁵.

Yönetmeliğe baktığımızda ilk olarak, beyin ölümü tanısı koyabilmek için gereken ön koşullar sayılmıştır. Bu ön koşullar, hastanın beyin hasarına uğramış olmasının ve benzer semptomları nedeniyle karışma ihtimali gösteren diğer bazı rahatsızlıkların var olmadığına tespit edilmesidir. İkinci olarak, ölümü teyit edecek klinik bulguların teşhis edilmesi ve son olarak da bu bulguların bir süre devamı ile destekleyici testlerle tanının teyit edilmesi aranır²²⁶.

ODNK m.11'e göre ölüm hali, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim²²⁷ tarafından oybirliğiyle saptanır²²⁸. Hekimlerden birinin beyin ölümü tespitine katılmaması halinde tanı konulamayacağı gibi, onay vermeyen hekim yerine başka bir hekim de çağrılmaz. Bu hekim kararını değiştirmede müddetçe beyin ölümü kabul edilemez²²⁹. Yine ODNK m.12 uyarınca, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır. Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olan bu düzenlemenin amacı, ölüm halinin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde, tarafsız kişilerce tespit edilmesini

a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir.

b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir.

c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz."

²²⁵ Diğer ülkelerde de aynı yöntemlerin uygulandığı hakkında bkz. Atamer, a.g.m., s.129, dn.46.

²²⁶ Atamer, a.g.m., s.131-132.

²²⁷ Maddede, 2.1.2014 tarihinde yapılan değişiklik sonrası, tanıyı koyacak hekim sayısı 2'ye düşürülmüştür. Değişiklik öncesi, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptama aranıyordu.

²²⁸ Alman Nakil Kanunu m.5/1'de, tüm beyin ölümünün, bu alanda uzman 2 hekim tarafından, birbirinden bağımsız olarak saptanacağı belirtilmiştir. Aynı Kanunun 16. maddesinin verdiği yetki çerçevesinde Federal Tabipler Odası, tüm beyin ölümünü belirleyecek olan hekimlerin, ağır beyin hasarı bulunan hastaların yoğun bakımından uzun yıllar tecrübesi bulunan hekimler olması gerektiğine karar vermiştir. Schroth, a.g.m., s.317.

²²⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.373.

sağlamaktır^{230,231}. Ölen kişinin müdavi hekiminin de, organ nakli yapan hekim grubu içinde bulunmaması gerektiği savunulmuştur²³².

ODNK m.13'e göre, ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna verme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu tutanak ve eklerinin ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanması gereklidir.

iv. Şüpheli Ölümlerde Organ Nakli

Adli vakalarda, beyin ölümünün gerçekleşmesine ve ölenin yakınlarının nakle izin vermesine rağmen, otopsi için beklenmesi nedeniyle oluşacak zaman kaybının nakle engel olması önemli bir sorundur²³³. Organ alımı için son derece çabuk davranılması gerektiği gerçeği karşısında, otopsilerde, mesai saati beklemek ve cesedi bekletmek kayıp oluşturmamaktadır²³⁴.

Öğretide bir görüşe göre, organ nakli ile korunan yarar, otopsi ile elde edilecek yarardan üstün olduğundan, savcının izni beklenmeksizin organ alınabilmelidir²³⁵. Yine organ alan hekimin zorunluluk hali nedeniyle ceza almayacağı belirtilmiştir²³⁶. Diğer bir görüşe göre ise, öncelik otopsiye verilmeli, organ ve doku nakli ikinci planda olmalıdır²³⁷. Otopsi ve organ alımı ile elde edilecek yararların karşılaştırılması yerine, çözüm olarak, öncelikle beyin ölümünü saptayacak kurulda ve daha sonra organ alınması aşamasında, tıbbi ekip içerisinde adli tıp uzmanının da

²³⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s.117; Taşkın, **a.g.e.**, s.127; Doğan Soyaslan, "Organ Nakilleri", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı:1, 17 Kasım 2006, İstanbul, 2007, s.130; Akünal, a.g.m., s.23,24; Gürzumar, a.g.m., s.384; Kurt, a.g.m., s.247; Ataç/Uçar, a.g.m., s.79; Metin, **a.g.e.**, s.519-520; Kılıçoğlu, a.g.m., s.259.

²³¹ Hüküm, kişilerin "ölmeden organlarının alınması" tereddütlerini bertaraf etmek için getirilmiştir. Kanıcı, "Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar", s.9.

²³² Atamer, a.g.m., s.134.

²³³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.380.

İsviçre Hukuku'nda bu durum kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, ortada geçerli bir rıza söz konusudur ve bu nedenle Savcılığa haber verilmesine gerek olmaksızın nakil yapılabilir. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.212.

²³⁴ Bozoklar, "Organ Alma Hakkı ve Hukuk", s.259.

²³⁵ Soyaslan, a.g.m., s.130; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.381; Yüksek Sağlık Şurası da, savcının izni olmaksızın gerçekleştirilen organ nakillerinin etik prensiplere aykırı olmadığını belirtmiştir.

²³⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.381; Aydın, **a.g.e.**, s.31; Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.211.

²³⁷ İzzet Özgenç, (Çevrimiçi), <http://www.milliyet.com.tr/2001/06/20/guncel/gun08.html>, 22 Haziran 2015; Metin, **a.g.e.**, s.523, dn.282.

yer alması gerektiği savunulmuştur²³⁸. Yalnız şüpheli ölümlerde olmak kaydıyla, beyin ölümünü saptayacak kurulda ve nakil için organ alma ekibi içerisinde adli tıp uzmanı bulundurulması konuya çözüm sağlayabilir.

Organ ve Doku Nakli Kanunu m.14/4'te organ ve doku alınabilmesi için rıza aranmayan özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve bu hallerde adli otopsinin organ ve doku alma işleminden sonra yapılacağı belirtilmiştir²³⁹. Kanaatimizce m.14/4'te düzenlenen haller dışında da organ nakli ile otopsi arasındaki öncelik ilişkisi kanunda açıkça düzenlenmelidir.

(3) Organ Nakline Rıza Gösterilmiş Olmalı

i. Genel Olarak

Ölüden organ naklinde, bir yanda ölümle boğuşan ve tek kurtuluşu nakil olan hasta (yaşama hakkı) ile diğer yanda post mortem kişiliği saldırıya uğrayacak ölmüş bir insanın (irade özgürlüğü)²⁴⁰ çatışan menfaatlerinin dengelenmesi sorunu söz konusudur. Kişilik haklarına müdahale edilebilmesi için, müdahalenin yasal temele dayanması, ağır basan toplumsal menfaate hizmet etmesi ve ölçülü –yöntemin amaca ulaşmaya elverişli ve temel hakkı en az zedeleyici- olması gerekmektedir²⁴¹. Elbette yaşarken organ bağışlayan kişilerin sayısı, organ bekleyen hastaların sayısına eşit ya da daha fazla olsa, böyle bir problem ile karşılaşılmayacaktır. Ancak, dünya genelinde yaşanan organ kıtlığı bilinen bir gerçektir²⁴².

²³⁸ Kök, a.g.m., s.217, 221. Yazar, Cumhuriyet Savcısının da nakil ekibiyle eşgüdüm içerisinde hareket etmesi gerektiğini, Cumhuriyet Savcısıyla ekip arasındaki bilgi akışının da organ nakli koordinatörlerince sağlanmasının uygun olacağını belirtmiştir.

²³⁹ Gerçekte kasti veya taksirli bir ölüm varsa yani kaza veya doğal afet nedeni kesin değilse ve şüpheler varsa önce otopsinin yapılması gerektiği savunulmuştur. İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, 4 c., C.II, Ankara, y.y., 2013, s.1542. Kanaatimizce maddede, böyle bir ihtimale yer vermeksizin kaza ve doğal afetlerde diğer şartların da sağlanması koşuluyla doğrudan organ veya doku alınabileceği şeklinde bir düzenleme yapıldığı için, söz konusu görüş yerinde değildir.

²⁴⁰ Ceset, ölenin kişilik değerlerinden biri olarak kabul edilmekte ve bu nedenle bireyin ölümünden önceki ceseti, cezası ve definle ilgili dileklerine -bazı kamu hukuku kuralları ile sınır getirilebilmekle birlikte- uyulmaktadır. Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.426-427. Yani kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yalnız yaşarken ki istekleri bakımından değil ölüm sonrası istekleri bakımından da anlaşılmalıdır.

²⁴¹ Atamer, a.g.m., s.142.

²⁴² Atamer, a.g.m., s.142-143.

ii. Rıza Şartına İlişkin Dünya Geneline Uygulanan Sistemler

a. Vericinin Onayını Aramayan Sistem

Bu sisteme göre, ölen kişinin ölmeden önce rıza vermiş olması ya da ölen kişinin yakınlarının rızası aranmamakta ve hatta aksi irade söz konusu ise bu iradeye rağmen nakil yapılmaktadır. Hastanın menfaatine ağırlık veren sistem her ne kadar organ teminini kolaylaştırıyorsa da ölen kişi aleyhine sınırsız müdahale ölçülülük ilkesine aykırıdır²⁴³. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, ölçülü bir müdahaleden söz edebilmek için seçilen yöntemin amaca ulaşmaya elverişli ve temel hakkı en az zedeleyen yöntem olması gerekir. Ölen kişinin açık iradesine aykırı olmasına rağmen organının alınması durumunda kişinin temel hakkı olan irade özgürlüğü yok sayılmıştır.

b. Vericinin Açık Onayını Arayan Sistem (Rıza ve Onay Modeli)

Bu sisteme göre, kişinin sağlığında, belirli usullere uyarak ölümünden sonra organlarının nakline izin vermiş olması gereklidir²⁴⁴. Ölünün post mortem kişilik haklarına öncelik tanınmıştır. Rıza sistemini savunan yazarlar, ölümcül hastaların herhangi bir cesedin sağlıklı organları üzerinde hak iddia edemeyeceğini, üçüncü kişilerin devlete karşı taleplerinin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına sınırlama getiremeyeceğini savunmuştur²⁴⁵.

Bu sistemin katı bir şekilde uygulanması halinde nakil, yalnızca ölen kişinin sağlığında vermiş olduğu rıza ile mümkün iken, daha esnek ve yaygın olan onay sisteminde^{246,247}, ölenin sağlığında nakle ilişkin bir açıklaması olmaması durumunda yakınların onay vermesi ile nakil mümkündür²⁴⁸.

²⁴³ Akıncı, **a.g.e.**, s.129; Atamer, a.g.m., s.143-144; Metin, **a.g.e.**, s.309.

²⁴⁴ Çin'de idam mahkûmlarından organ alındığı bilinmektedir. Her ne kadar mahkûmun veya ailesinin onayının alındığı iddia ediliyorsa da bu iddia oldukça şüpheli görünmektedir. Ertin/Mahmutoğlu/Başagaoglu, a.g.m., s.926, dn.7; Kurt, a.g.m., s.252.

Uluslararası insan hakları örgütleri tarafından eleştirilen ve Çin'de de tartışma konusu olan idam edilen mahkûmlardan organ naklinin 2015 yılında yasaklanacağı belirtilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.scmp.com/news/china/article/1345805/china-end-use-prisoners-organs-transplants>, 3 Temmuz 2015.

²⁴⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s.136.

²⁴⁶ Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İngiltere, Danimarka, Romanya, Libya rıza ve onay sistemini kabul etmiş ülkelerdendir. Atamer, a.g.m., s.145, dn.100; Akıncı, **a.g.e.**, s.127; Kurt, a.g.m., s.242.

c. Vericinin Zımnı Onayını Öngören Sistem (İtiraz Modeli)

Beyin ölümü gerçekleşmiş her hastadan, sağlığında aksi yönde bir iradesi söz konusu değilse organ ve doku alınabilir. Sistemin daha esnek uygulanması halinde yakınlarla da itiraz etme hakkı tanınır^{249,250}. Bu modelin irade serbestisi ilkesine aykırı olduğu, hukukumuzca benimsenemeyeceği savunulmuştur²⁵¹.

d. Türk Hukuku'nda Kabul Edilen Model

Türk Hukuku'nda kural olarak rıza ve onay, istisnaen ise itiraz modeline yakın bir sistem kabul edilmiştir²⁵².

Organ ve Doku Nakli Kanunu m.14/1'e göre, kişi sağlığında resmi ya da yazılı vasiyet ile ya da iki tanık huzurunda, vücudunun tamamını ya da bazı organ ve dokularını²⁵³ bağışlayabilir. Kişinin sağlığında belirtilen şekil şartına uygun bir açıklaması olmaması durumunda, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının onayıyla ölüden organ veya doku alınabilir.

Kanuna göre öncelikle ölen kişinin iradesine bakılacaktır. Ölen kişi organlarının bir kısmını ya da tamamını bağışlamış ya da organlarının bir kısmının ya da tamamının alınmasını yasaklamışsa²⁵⁴ artık yakınlarına başvurulamayacaktır. Ölen kişinin iradesi üstündür. Yakınlara, ölen kişinin olumlu ya da olumsuz irade beyanı olmadığı zaman başvurulacaktır.

²⁴⁷ Almanya'da "Gütgemann kararı" olarak bilinen davada Gütgemann, yakınların böylesine önemli bir karar vermek durumunda kaldıkları için psikolojik baskı altında kaldıklarını ifade etmiştir. Akıncı, **a.g.e.**, s.126.

²⁴⁸ Akıncı, **a.g.e.**, s.125; Atamer, a.g.m., s.144-145.

²⁴⁹ Atamer, a.g.m., s.145; Akıncı, **a.g.e.**, s.127.

²⁵⁰ Lüksemburg, Avusturya, Polonya, Portekiz, İspanya ve Macaristan'da yalnız kişi ölmeden itiraz edebilirken; Fransa, Belçika, İtalya, Ukrayna, Norveç, Rusya ve İsveç'te kişinin yakınları da itiraz etmek suretiyle organ alımını engelleyebilir. Kurt, a.g.m., s.242; Atamer, a.g.m., s.146; Akıncı, **a.g.e.**, s.127.

²⁵¹ Akıncı, **a.g.e.**, s.131; Gökçen, a.g.m., s.83.

²⁵² Akıncı, **a.g.e.**, s.130.

Taslakta da aynı sistem benimsenmiştir.

²⁵³ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi 28. maddeye göre, vericinin sağlığında ya da ölümünden sonra ailesinin kompozit doku bağışında bulunabilmesi için, bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmalıdır.

²⁵⁴ ODNK m.14/3; "Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz."

Kişinin sağlığında iradesini, resmi vasiyetname²⁵⁵ ile yazılı vasiyetname²⁵⁶ ile veya sözlü olarak iki tanık huzurunda açıklaması şartı²⁵⁷ aranmıştır. Resmi ve yazılı vasiyetname için Medeni Kanun'da belirtilen şartlar geçerlidir²⁵⁸. Öğretide, kanunun tahdidi olarak üç tür vasiyetname kabul etmesi²⁵⁹ ve basit bir şekilde iki tanık huzurunda beyanı kabul etmenin kişinin haklarını korumaya yeterli olmadığı²⁶⁰ gerekçeleriyle, iki tanık huzurunda sözlü açıklamanın sözlü vasiyetname²⁶¹ olarak anlaşılması gerektiği, bu nedenle ancak olağanüstü durumlarda başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce kanunun açık hükmü uyarınca sözlü vasiyetname değil, iki tanık huzurunda sözlü beyanda bulunma şekli yeterlidir²⁶².

Organ nakli konusunda ölenin rızasını belirten vasiyetnamenin sık rastlanan bir durum olmadığı, böyle bir vasiyetnamenin söz konusu olmasında dahi durumun organ nakli gerçekleştirildikten ya da gerçekleştirilme imkânı ortadan kalktıktan sonra öğrenilebileceği gerçeği karşısında, ölüme bağlı tasarruflarda sıkı şekil şartlarını aramanın isabetli olmadığı da bir gerçektir^{263,264}.

Önemli bir husus da, uygulamada organ bağışlamak isteyen kişilere verilen bağış kartlarının geçerliliğidir. İki nüsha halinde düzenlenerek biri ilgili kuruma biri de devamlı üzerinde taşımak üzere kişiye verilen bağış kartları, matbu olarak hazırlanmış ve yalnız boş bırakılan bölümlerin doldurulup imzalandığı kartlardır. Bu

²⁵⁵ MK m.532 uyarınca resmî vasiyetname, iki tanığın katılımıyla resmî memur tarafından düzenlenir. Resmî memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir.

²⁵⁶ MK m.538/1 uyarınca, el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması gereklidir.

²⁵⁷ Alman Hukuku'nda ölen kimsenin yaşarken rızasını üçüncü kişilerin anlayabileceği herhangi bir şekilde açıklaması yeterli kabul edilmiş ayrıca belirli bir formun kullanılması gerekli görülmemiştir. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.210.

²⁵⁸ İki tanık huzurunda sözlü açıklamada bulunabilmek için de, vasiyetname yapabilme ehliyetinin (15 yaşını doldurmuş ve temyiz kudretini haiz) aranmasının uygun olacağı belirtilmiştir. Akünal, a.g.m., s.25; Arpacı, a.g.e., s.128.

²⁵⁹ Akıncı, a.g.e., s.141-142; Parlak, a.g.m., s.211-212.

²⁶⁰ Mermut, a.g.m., s.1469.

²⁶¹ MK m.539/1-2 uyarınca sözlü vasiyet yoluna başvurulabilmek için, miras bırakanın yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyor olması gereklidir. Miras bırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler.

²⁶² Aynı yönde, Akünal, a.g.m., s.24; Taşkın, a.g.e., s.128; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 6 c., C.III, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.3151; Arpacı, a.g.e., s.127; Kılıçoğlu, a.g.m., s.260.

²⁶³ Akünal, a.g.m., s.25.

²⁶⁴ **Taşkın**, bu görüşe katılmakta, çözüm olarak bağışa ilişkin beyan veya vasiyetin merkezi bilgisayarlara kaydedilmesini önermektedir. Taşkın, a.g.e., s.129.

kartlar iki tanık huzurunda hazırlanır ve iki tanığın da imzası alınır. Öğretide bağışın ancak üç şekilde yapılabileceği, bağış kartlarının başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmadığı ve mahal ve tarih içermediği için, yazılı vasiyetname şartlarına uygun olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu savunulmuştur²⁶⁵. Kanaatimizce, iki tanık huzurunda bağış iradesinin açıklanması ile kanunda aranan şart yerine getirildiği için, organ bağış kartları geçerlidir. Ancak uygulamada bağış kartları dikkate alınmamakta, yakınların onayı aranmaktadır²⁶⁶. Taslak m.2/3'te, tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında, nüfus müdürlüklerinde, trafik şube müdürlüklerinde, pasaport işlemlerinde, evlenme dairelerinde ve askerlik şubelerinde bağış yapılabileceği, m.3/3'te ise ölüm anında bu bağış kartı yanında bulunanların doğrudan organlarının alınabileceği düzenlenmiştir. Haklı olarak, bu uygulamanın sıkı denetim altında yapılması ve ayrı bir bağış kartı yerine insanların sürekli üzerlerinde taşıdığı nüfus cüzdanı gibi evraklara bağış iradesinin yazılması gerektiği belirtilmiştir²⁶⁷.

Öğretide yakınlarla başvurma şartı tartışılmıştır. Bir görüş²⁶⁸, yakınların ceset üzerinde tasarruf imkânının bulunmadığını dolayısıyla organ ve doku almaya onay vermelerinin uygun olmayacağını savunmaktadır. Diğer görüş ise, yakınların ceset üzerinde tasarruf edebileceğini dolayısıyla organ ve doku almaya onay vermelerinin uygun olduğunu savunmaktadır. Ancak bu hakkın niteliği konusunda fikir ayrılığı mevcuttur. Buna göre, bu hakkın ölenin yakınlarının kişilik haklarına dâhil bir hak²⁶⁹ olduğu ve nevi şahsına münhasır bir hak²⁷⁰ olduğu savunulmuştur. Kanunumuzun da yakınların ceset üzerinde tasarruf imkânına sahip olduğu görüşünü tercih ettiği anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce, Kanunun ölenin iradesine üstünlük tanınmasından yola çıkarak yakınlarla ilk olarak ölenin iradesini ortaya çıkarmak amacıyla başvurulmalıdır²⁷¹. Ölenin iradesini bilmemeleri halinde, kendi iradelerini açıklama imkânı tanınmalıdır.

²⁶⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s.140; Aydın, **a.g.e.**, s.35.

²⁶⁶ Bozoklar, "Organ Alma Hakkı ve Hukuk", s.257.

²⁶⁷ Aydın, **a.g.e.**, s.36.

²⁶⁸ Baykal, a.g.m., s.306.

²⁶⁹ Ataay, a.g.m., s.28.

²⁷⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s.153,156; Gürzumar, a.g.m., s.377; Ayiter, a.g.m., s.143.

²⁷¹ Nitekim Alman Nakil Kanunu m.4'te, sıradaki yakına ilk olarak ölenin bağışa ilişkin bir açıklaması olup olmadığı sorulacaktır. Sıradaki yakının böyle bir açıklamaya dair bilgisi yoksa karar verirken ölenin varsayılan rızasını göz önünde bulundurması zorunludur.

Önemli bir husus da yakınların kim olduğu ve hangi yakınların iradesinin öncelikle alınacağı sorunudur²⁷². Kanunda yakınlar sayılırken öncelikle ölüm anında yanında olma şart koşulmuş ve eş, eşin bulunmaması halinde reşit çocuklar²⁷³, onlar da yoksa ana veya baba veya kardeşlerden biri, onlar da yoksa herhangi bir yakın şeklinde bir öncelik sıralaması^{274,275} yapılmıştır. Ölenin yanında bulunma şartının aranmasıyla, öncelikli iradesine başvurulması gereken kişinin, ölenin yanında olmaması halinde, diğer yakınların rızası yeterli olacak ve muhtemel gecikmeler engellenecektir²⁷⁶. Sayılan kişilerden hiç birinin ölenin yanında olmaması halinde, kanunda sayılan sıraya göre yakınların araştırılması gerekir^{277,278}. Hiçbir yakının bulunmaması halinde artık organ almak mümkün olmayacaktır²⁷⁹.

Yakınların irade beyanlarının ne şekilde olacağına dair bir düzenleme bulunmadığı için sözlü ya da yazılı olarak alınabilir²⁸⁰. İspat açısından yazılı alınmasında fayda vardır.

Kanunda, birden fazla reşit çocuğun bulunması halinde, hangisinin oyuna üstünlük tanınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yakınların onayının, ölüye yapılan müdahalenin bu kişilerin şahsiyet haklarını ihlal ettiği düşüncesine

İsviçre Hukuku'nda da aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.205.

²⁷² Akıncı, **a.g.e.**, s.156.

²⁷³ Çocuklar için aranan ergin olma şartının diğer yakınlar için aranmaması haklı olarak eleştirilmiştir. Akıncı, **a.g.e.**, s.160. Alman Hukuku'nda çocukların yanı sıra kardeşler için de ergin olma şartı aranır. (Alman Nakil Kanunu m.1a/5-d)

²⁷⁴ Aynı yönde, Akıncı, **a.g.e.**, s.157; Aksi yönde, Bayraktar, a.g.m., s.19; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.54.

²⁷⁵ Alman Nakil Kanunu m.4'te de, bizim sistemimize benzer bir sıralama yapılmış, eş, ergin çocuklar, ana-baba, veli veya vasi, ergin kardeşler ve büyükanne-büyükbaba sayılmış, "yanında bulunan herhangi bir yakın" ölçütü ise kabul edilmemiştir. Sayılan kişilerin rıza gösterebilmesi için, vericinin ölmeden önce bu konuda yetkili bir kimseyi atamamış olması ve söz konusu yakınların, verici ile ölümünden önceki iki yıl içinde kişisel bağlantı kurmuş olması şartı aranmıştır. Erman, **a.g.e.**, s.224. Ayrıca, olası organ ya da doku bağışçısının ölümüne dek çok açık bir şekilde yakın ilişkide bulunduğu ergin kişinin, sıradaki yakınla aynı konumda olduğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce, esasen yakınlarla kendi iradelerinden önce ölenin iradesini belirlemek amacıyla başvurulması gerektiği için, ölenin yakın ilişkide olduğu kişileri seçmeye yönelik bir düzenleme yerinde olmuştur.

²⁷⁶ Akıncı, **a.g.e.**, s.157.

²⁷⁷ Toroslu, a.g.m., s.104.

²⁷⁸ En yakın kişiye uygun zamanda ulaşılamaması halinde, bir sonraki yakın karar verme yetkisine sahip olur. Uygun zaman, organların hangi sürede nakledilmesi gerektiğine göre belirlenecektir. Schroth, a.g.m., s.322.

²⁷⁹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.193; Toroslu, a.g.m., s.104; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.378; Metin, **a.g.e.**, s.523; Aksi yönde, Soyaslan, a.g.m., s.131; Aksi yönde Zevkliler, a.g.m., s.288.

İsviçre Hukuku'nda da bu halde organ alınmaz. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.205.

²⁸⁰ Mermut, a.g.m., s.1474.

dayanarak alınması söz konusu ise, ölüm anında ölen kişinin yanında bulunan tüm çocukların onayının alınması gerekir^{281,282}.

Yine Kanun, ana “veya” baba ve kardeşlerden “birisi” ibarelerini kullanarak, bu kişilerden birinin onayını yeterli görmüştür²⁸³. Ancak, yakınların onayının ölüye yapılan müdahalenin bu kişilerin şahsiyet haklarını ihlal ettiği düşüncesine dayanarak alınması söz konusu ise, bu durumda reddeden yakınların hakları ihlal edilecektir²⁸⁴.

Son olarak sayılan “yakınların”, kimleri kapsayacağı belirsizdir. Bir görüşe göre, yakınlık için aile hukuku bağı aranması gerekirken²⁸⁵, diğer bir görüşe göre aile hukuku bağı değil, duygusal bağ aranmalıdır^{286,287}. Kanaatimizce de yakınlar ifadesi hukuki bir ifade olarak nitelendirilmeli ve aile hukuku bağı aranmalıdır. Çünkü duygusal bağ ispat edilebilir nitelikte değildir. Ölünün herhangi bir yakınının rıza gösterebilmesi düzenlemesi, vericinin sağlığında sıkı şartlara bağlanan iradesinin ölümü ile çok serbest bırakıldığı ve madde metnindeki belirsizliğin vericinin haklarına saygısızlık teşkil ettiği²⁸⁸ gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Organ ve Doku Nakli Kanunu m.14/2 uyarınca, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular²⁸⁹ aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe rıza aranmaksızın alınabilecektir^{290,291}. Ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokulara özgü olarak itiraz modeli benimsenmiştir.

²⁸¹ Akıncı, **a.g.e.**, s.158; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.377; Aksi yönde, Gökçen, a.g.m., s.77; Metin, **a.g.e.**, s.522, dn.278; Parlak, a.g.m., s.213.

²⁸² Alman Nakil Kanunu m.4/2 uyarınca, birden fazla eşit derecede sıradaki yakın bulunması durumunda, sadece birisinin izni yeterli olmakla birlikte, bunlardan birinin itirazının bulunması durumunda bunun da göz önüne alınması gereklidir.

²⁸³ Aynı yönde, Akıncı, **a.g.e.**, s.158; Gökçen, a.g.m., s.77; Zevkliler, a.g.m., s.287.

²⁸⁴ Akıncı, **a.g.e.**, s.159.

²⁸⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s.156-157.

²⁸⁶ Taşkın, **a.g.e.**, s.130; Ataay, a.g.m., s.28, dn.31; Vatanoglu, “Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları”, s.39.

²⁸⁷ **Soyaslan**, ölenin yanında bulunan herhangi bir tanıdık olabileceğini belirtiyor. Soyaslan, a.g.m., s.131; Aynı yönde, Metin, **a.g.e.**, s.521.

²⁸⁸ Bayraktar, a.g.m., s.20; Mermut, a.g.m., s.1474.

²⁸⁹ Ancak ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için rızasız alınabilme öngörüldüğünden, Danıştay korneanın değil de gözün tamamının alınması için rıza gerektiğini haklı olarak belirtmiştir. Danıştay 1. Daire, 7.2.2007 tarih, 1270/2006 E., 101/2007 K. sayılı Karar, **Kazancı**.

²⁹⁰ 2.1.2014 tarih 6514 s. Kanun m.42 ile fıkra yer alan “veya beyan” ibaresi “ibraz edilmedikçe” şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile yakınların ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınmasını engellemesi yolu kapatılmıştır. Ölenin bu yönde bir vasiyeti ibraz edilmedikçe, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilecektir.

²⁹¹ Herhangi bir tıbbi zorunluluk veya ivedi bir durum yokken rızasız bir şekilde doku alınmasına imkân sağlayan düzenleme, kanunun amacıyla bağdaşmadığı ve vericinin haklarına aykırılık teşkil

Yine Organ ve Doku Nakli Kanunu m.14/4 uyarınca, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş²⁹² olan kişilerin, “yanında” sayılan kimseleri olmaması halinde, sağlam doku ve organları, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere, naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın²⁹³ nakledilebilecektir^{294,295}. Maddede yer alan zorunluluk hali, mazeret sebeplerinden olan zorunluluk hali olmayıp kanun tarafından, zorunluluk halinin koşullarından farklı bir şekilde sınırları çizilmiş özel bir durumdur ve bu koşullara uygun şekilde organ nakleden hekim kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır²⁹⁶. Esasen her gün kazaların fazlaca gerçekleştiği ülkemizde, genelde kaza anında rıza gösterecek yakınların bulunmaması ve organ naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan yaşamı nakle bağlı onlarca kişinin olması, bu maddenin uygulanması durumunda ülkemizdeki organ gereksinimini büyük oranda karşılayacak niteliktedir. Ancak hekimlerin özellikle daha sonra ortaya çıkacak ölenin yakınlarının tepkisiyle karşılaşmamak için maddede sayılan koşullar mevcut olsa dahi yakınların rızası olmaksızın organ almadıkları bilinen bir gerçektir.

Son olarak, ODNK m.14/5’te, vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetlerin, aksine bir vasiyet olmadığı takdirde altı aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili

ettiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bayraktar, a.g.m., s.21; Mermut, a.g.m., s.1474; Vatanoglu, “Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları”, s.40.

²⁹² Ağır harabiyet şeklindeki muğlak ifade haklı olarak eleştirilmiş, tıp literatüründe ağır harabiyet nedeniyle yaşamın sona ermesi gibi bir hal bulunmadığı ve bu ifade yerine beyin ölümü ifadesini kullanmanın maddeye netlik kazandıracağı belirtilmiştir. Bayraktar, a.g.m., s.20; Mermut, a.g.m., s.1475.

²⁹³ Uygulamada ise hekimler her koşulda ölenin yakınlarının rızasına başvurmaktadır.

²⁹⁴ “Gerekçede “vasiyet”, “muafakat” kuralına bu aykırılık şöylece açıklanmıştır: “Böyle bir kişinin yanında yakınları yoksa ve bir başka kişinin yaşamı da bunun organ ve dokusunun nakline bağlı ve durum ivedi ise, yakınlarının muafakatını sağlamak zaman alabileceğinden, bu gibi durumlarda ölüden, rıza ve vasiyet aranmadan organ ve doku alınması, insancıl düşünce açısından yerinde görülür” (!). Olaya geç yetişen yakınları için kaza veya doğal afete bir ikinci, “duygusal yıkıntı”nın eklenmesi düşündürücüdür.” Faruk Erem, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, YD, C.V, S:4, 1979, s.717.

²⁹⁵ Organ ihtiyacını karşılamak gibi meşru bir amaç güdülse de, rıza olmaksızın organların alınmaması gerektiği şeklinde madde eleştirisi için bkz. Taşkın, a.g.e., s.32; Hükmün ölenin yakınlarının haklarını ihlal ettiği ve suistimallere elverişli olduğu şeklinde eleştiri için bkz. Zevkliler, a.g.m., s.288.

²⁹⁶ Erman, a.g.e., s.221-222; Zengin, a.g.m., s.179.

yükseköğretim kurumlarına verilebileceği düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan kimsesizlerin yalnız bilimsel amaçlarla organ ve dokularının alınacağı düzenlemesi eleştirilmiş, öncelikle nakil amacının düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir²⁹⁷. Ancak bu cesetlerin öncelikle altı ay muhafaza edilmesi gerektiği için, nakil zaten mümkün görünmemektedir. Yine kanun metnine bakıldığında, vücudunun bilimsel amaçla kullanılmasını vasiyet edenlerle kimsesizlerden bilimsel amaçla organ ve doku alınabileceği düzenlenmiş olup, yakınların bilimsel amaçla organ ve doku alınmasına izin verip veremeyeceği belirsizdir. Maddenin birinci fıkrasında, kişinin sağlığında ölümünden sonra teşhis, tedavi, bilimsel amaçlarla organ ve dokularını bağışlayabileceği belirtilmiş, kişinin irade beyanı olmadığı takdirde yakınların organ ve doku alınmasına izin verebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak yakınların bilimsel amaçla organ ve doku bağışlayabileceği söylenebilir²⁹⁸.

e. Kanaatimiz

Kanaatimizce, rıza ve onay sistemi ile her ne kadar ölünün post mortem kişiliğine saygı duyulması söz konusu ise de bu sistemle alıcının hakları göz ardı edilmektedir. Bilindiği üzere, organ naklinde başarı elde edebilmek için, kişinin ölmesine rağmen organların canlılığını koruması gereklidir. Bu da kısa bir sürede aktarmanın yapılmasını gerektirir. Rıza gösterecek kişilerin bir süre sessiz kalması, ya da bir şekilde yakınlarla ulaşamama, ölenin iradesini bilememe gibi nedenler alıcının aleyhine olacaktır. Yani ölünün post mortem kişiliğinin korunmasının karşısında, alıcının yaşam hakkı büyük darbe almaktadır. Bu nedenle bazı ön koşullarla birlikte, vericinin onayını zımni olarak kabul eden (itiraz) sisteminin tercih edilmesi gerektiğini savunuyoruz. Söz konusu ön koşullar ise, kişilerin sağlığında veya ölümü sonrasında yakınlarının²⁹⁹ itiraz edebilmesinin imkânını tanıyacak önlemler alınmasıdır. Öncelikle kişilerin sağlığında sistem hakkında yani itiraz haklarının olduğu ve nasıl kullanabilecekleri hususunda bilgilendirilmeleri gereklidir. Esasında kanunu bilmemek mazeret değildir, ancak konunun kişilik haklarını

²⁹⁷ Aydın, **a.g.e.**, s.37.

²⁹⁸ Aksi yönde, Ayan, **a.g.e.**, s.24.

²⁹⁹ **Atamer**, yakınların itirazından, ölene ek olarak onlara da itiraz hakkı verilmesinin değil, ölenin iradesi itiraz yönündeysen bunun açıklığa kavuşturulmasının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten aksi takdirde, kişinin yaşarken organlarının nakledilmesi amacıyla itiraz etmemesi ama ölümü sonrası yakınlarının itirazı nedeniyle naklin mümkün olmaması gibi çarpık durumlar ortaya çıkabilecektir. Atamer, **a.g.m.**, s.152.

doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle kişilerin bilgilendirilmesi gereklidir. Bilgilendirme herhangi bir konu için hastaneye başvurma esnasında, kamu spot reklamları ile televizyonda, okullarda ve benzeri yerlerde, değişik yöntemlerle yapılabilir. Önemli olan halka ulaşmaktır. Eğer kişilere gerçekten itiraz etme imkânı³⁰⁰ sağlanırsa, hem vericilerin post mortem kişiliği hem de alıcıların yaşam hakkı korunmuş olacaktır.



³⁰⁰ **Atamer**, kişilerin itirazlarının kaydedilebileceği bir kütük oluşturulması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten bilgisayar ortamından erişilebilecek bir sistemle, zaman kaybedilmeksizin kişinin aksine irade beyanı olup olmadığına bakılarak nakil işlemi gerçekleştirilebilecektir. Atamer, a.g.m., s.148. **Ünver**, muvafakat yeteneği bulunmayanları koruyucu özel hükümler getirilmesinin ve bireyin harekete geçerek olumsuz beyanda bulunmaya zorlanması yerine devlet makamlarının bu soruyu yönlendirerek iradenin tespit edilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Ünver, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, s.219.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ORGAN VEYA DOKU ALINMASI İLE ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

I. GENEL OLARAK

Çağlardır insanın hayalini kurduğu organ nakli, 20. yüzyılda başarıyla gerçekleştirilebilmiş ve günümüzde sık uygulanan ve yüksek başarı elde edilen bir cerrahi müdahale halini almıştır. Nakillerde başarının artması organ ve dokulara talebi artırmıştır. Tıp ve teknolojinin gelişmesi ile nakil ameliyatlarına ve sonraki sürece ilişkin birçok problem halledilmiş olsa da organ ve doku nakillerine ilişkin en büyük problem olan organ yetersizliği hâlâ çözümlenebilmiş değildir. Talep artışı ve aynı zamanda yaşanan organ ve doku yetersizliği, kötüye kullanımları beraberinde getirmiş¹ ve hukuk sistemlerini bununla mücadele etmek için, ceza yaptırımını getiren düzenlemelere yöneltmiştir^{2,3}.

Türk Hukuku'nda bu konudaki ilk düzenleme 1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'dur. Bu kanunla, teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlarla kişilerden ve ölümlerden yapılacak organ ve doku naklinin koşulları ve bu koşullara uyulmaması halinde uygulanacak cezai yaptırım belirlenmiştir. Mevcut özel kanundaki suç tipi revize edilmek yerine büyük oranda benzer bir suç tipi, ODNK'daki suç tipi açıkça ilga edilmeksizin 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile de düzenlenmiştir⁴. Buna göre, TCK'nın ikinci kitap, ikinci kısım, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlıklı ikinci

¹ Organ ve doku ticaretinin ulusal düzlemin yanı sıra uluslararası düzlemde de uygulanageldiği ve zengin diyaliz hastalarının böbrek bulmak için dünyayı dolaştığı hatta İsrail Hastalık Sigortalarının yabancı ülkedeki nakiller için belirli bir miktarı sağlık bakanlığı onayı ile ödediği bilinen bir gerçektir. Lilie, a.g.m., s.361-362.

² Ömeroğlu, a.g.m., s.57.

³ Avrupa Konseyi'nin, Bulgaristan, İrlanda, Litvanya ve Malta haricindeki tüm üye ülkelerinde organ ticareti yasaklanmıştır. Avusturya, Gürcistan, İngiltere ve Polonya gibi bazı ülkelerde ise organların yurt dışından alınması ve ithali serbest bırakılmıştır. Lilie, a.g.m., s.361.

⁴ Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s.203.

bölümünde, 91. maddede organ veya doku ticareti, 92. maddede zorunluluk hali ve 93. maddede etkin pişmanlık başlığı altında düzenlenmiştir⁵.

Ceza Kanunumuzda esasen ODNK'da öngörülen ilkelerin yaptırımları düzenlediği veya genişletildiği için, organ ve doku nakline ilişkin temel esaslar konusunda uygulanacak kanun, hâlâ ODNK olup TCK'nın konuya ilişkin hükümleri bu kanunla bağlantılı olarak ele alınmalıdır⁶.

TCK'nın ODNK m.15'i açıkça yürürlükten kaldırmaması nedeniyle, yaptırımlara dair hangi kanunun uygulanacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ağırlıklı olarak, TCK'nın ODNK m.15'i yürürlükten kaldırmaması nedeniyle m.15'in hâlâ yürürlükte olduğu ve bu nedenle fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı savunulmuştur^{7,8}. Buna göre, ölüden organ veya doku alınması suçu hariç, diğer suçlar bakımından daha ağır ceza öngörmesi nedeniyle TCK m.91 uygulanacaktır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise sonraki kanun ilkesi gereği TCK 91. maddede düzenlenen hususlar ile ilgili özel kanunun hükümleri örtülü olarak yürürlükten kalkmıştır⁹. Buna göre yalnız rızaya ilişkin diğer şartlar olarak saydığımız rıza şekil şartı, eşin haberdar edilmemesi gibi ceza hukuku bakımından rızanın geçerliliğini etkilemeyen fiiller hakkında ODNK m.15 uygulanacaktır. Konu, yorum ve yürürlük ilkelerine bırakılamayacak kadar önemli bir konu olup

⁵ Bu suçun (hiç olmazsa organize bir biçimde işlenmesi halinde) TCK m.13 kapsamına alınmayarak uluslararası ceza kovuşturmasına konu yapılmamasının, uluslararası mücadeleyi zayıflatacağı belirtilmiştir. Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", s.193.

⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.846; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.201; Ertin/Mahmutoğlu/Başagaoglu, a.g.m., s.931.

⁷ Necati Meran, **Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.229; Malkoç, **a.g.e.**, s.1545; Mermut, a.g.m., s.1487; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3155; Gökcen/Balcı, a.g.m., s.127, 139, 144; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.318, 325.

⁸ Soyaslan, genel kanunun özel hükümlerine nazaran, özel kanunun yani ODNK'nın uygulanması gerektiğini savunmuştur. Soyaslan, a.g.m., s.126 vd., 135, 136.

⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.846; Aydın, **a.g.e.**, s.118, 127; Yener Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihteki Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, Ed. : Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Arın Namal, Yener Ünver, Hanzade Doğan, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2005, s.103; Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.251; Ömeroğlu, a.g.m., s.60; Ertin/Mahmutoğlu/Başagaoglu, a.g.m., s.934; Donay, **a.g.e.**, s.151; Kanıcı, "Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar", s.31; Zengin, a.g.m., s.183.

uygulamada karışıklığa yol açılmaması için açık bir düzenleme ile ODNK'nın hangi hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmelidir¹⁰.

Ekleme gerekir ki, taslakta¹¹ bu sorunun çözümü için, açıkça TCK'ya atıf yapılmakta ve cezai açıdan TCK m.91, 92, 93 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir¹².

Yasal bağlayıcılığı olan ve bu alandaki ilk ulusalüstü metin olma özelliği taşıyan Biyotıp Sözleşmesi 21. maddede de, insan vücudu ve parçalarının, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacakları belirtilmiştir¹³.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

Mukayeseli hukukta organ veya doku ticareti suçuna ilişkin düzenlemelere kısaca göz atmak gerekirse;

Amerika Birleşik Devletleri'nde, insan organlarının ticari amaçla nakledilmesinin yasak olduğu belirtilmiş, buna aykırılık halinde, failin 50.000 dolar para cezası veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası veya hem 50.000 dolar para cezası hem de 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür¹⁴.

Singapur'da, neticenin meydana gelip gelmemesine göre ayırım yapılarak ceza miktarı belirlenmiştir. Buna göre, kişi organını belirli bir değer üzerinden satmak ya da organ almak için anlaşma yapar fakat buna ilişkin işlemler yapılmazsa, fail hakkında 10.000 Singapur Doları para cezası ya da 12 aya kadar hapis cezası veya hem 10.000 Singapur Doları para cezası hem de 12 aya kadar hapis cezasına hükmedilir. Kişinin organ satması veya organ satın alması işlemlerinin

¹⁰ Aynı yönde, Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", s.103; Aydın, a.g.e., s.118.

¹¹ **Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı m.16/1**; " Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, dağıtan ve nakledenler ile, bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu ve reklamını yapanlar hakkında, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91, 92 ve 93. maddeleri uygulanır.

¹² Aydın, a.g.e., s.119.

¹³ Mermut, a.g.m., s.1478.

¹⁴ (Çevrimiçi) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/274e>, 13 Mayıs 2015. Mermut, a.g.m., s.1460.

tamamlanması halinde ise, failin 10 yıla kadar hapis cezası veya 100.000 Singapur Doları para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür¹⁵.

Birleşik Krallık'ta, insani materyaller üzerine anlaşma yapılması, para veya ödül konması ve ilan veya reklam verilmesi hallerinde, failin 3 yıla kadar hapis cezası veya para cezası ya da hem 3 yıla kadar hapis cezası hem de para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür¹⁶.

Macaristan'da, kanuna aykırı olarak insan genlerini, hücrelerini, gametlerini, embriyolarını, organlarını, dokularını ya da kadavrasını veya bunların bir kısmını ya da kısımlarını veya ölmüş fetüsü maddi çıkar sağlamak amacıyla alan, satan ya da ticaretini yapan failin 3 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. İnsan vücudunun kanuna aykırı kullanımının bir sağlık hizmet sağlayıcısı çalışanı tarafından, mesleği ile ilişkili amaçlarla yapılması durumunda 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. İnsan vücudunun kanuna aykırı kullanımının; 18 yaşından küçük birine karşı yapılması ya da ticari çapta yapılması veya birden fazla kişi tarafından yapılması durumunda ise birinci fıkradaki durumlarda 1 yıldan 5 yıla kadar, ikinci fıkradaki durumlarda 2 yıldan 8 yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. İnsan vücudunun kanuna aykırı kullanımı için yapılan hazırlıklara dâhil olan kişi birinci fıkradaki durumlarda 1 yılı geçmeyen, ikinci ve üçüncü fıkralardaki durumlarda 2 yılı geçmeyen hapis cezasıyla cezalandırılır¹⁷.

Almanya'da, organ veya doku ticareti ya da ticaret konusu organ veya dokunun alınması, başka bir insana nakledilmesi veya naklettirilmesi halinde 5 yıla kadar hapis cezasına veya para cezasına, söz konusu suçların meslek haline getirilmesi durumunda ise 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, mahkemenin, takdirine göre, organ veya dokularını satan ve organ veya doku

¹⁵ (Çevrimiçi) <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=e086cb67-10b9-4a7e-ae3c-d41c53ddc0cf;page=0;query=DocId%3A%22db05e985-f8a0-4d61-a906-9fd39f3b5ac9%22%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0#P11V->, 13 Mayıs 2015. Mermut, a.g.m., s.1461.

¹⁶ (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/section/32>, 13 Mayıs 2015. Mermut, a.g.m., s.1461.

¹⁷ (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/section/32>, 13 Mayıs 2015.

satın alan kişileri cezalandırmaktan kaçınabileceği ya da cezayı hafifletebileceği düzenlenmiştir¹⁸.

Endonezya’da, ticari amaçla organ, doku veya kan nakli yapılması halinde 15 yıl hapis ve 300 milyon rupi para cezasına; uzmanlık ve yetki bulunmamasına rağmen nakil işlemlerinin gerçekleştirilmesi halinde ise 7 yıl hapis ve 140 milyon rupi para cezasına hükmedilmesi öngörülmektedir¹⁹.

Görüldüğü üzere, hukukumuzda ve birçok ülke hukukunda menfaat karşılığı organ vermek kesin olarak yasaklanmıştır. Burada İran modeli olarak adlandırılan canlılardan bedel karşılığı organ alınmasına değinmekte fayda vardır. Buna göre ilk olarak alıcı ve verici hayır kurumu olan Böbrek Hastalarına Destek Derneği’ne başvuruda bulunur. Verici alıcıdan maddi bir bedel istemeyeceğine dair, alıcı ise vericiyi doğrudan ödüllendirmeyeceğine dair sözleşme imzalar. Nakil işlemi özel olmayan üniversite hastanelerinde gerçekleştirilir ve maliyeti devletçe karşılanır. Devlete bağlı olmayan Özel Hastalıklar için Hayırseverlik Kurumu tarafından vericiye sosyal bir hediye olarak tanımlanan cüzi bir miktar ödenir. İran vatandaşı olmayan kişilerin sistemden yararlanması yasaklanarak ülkenin organ ticareti merkezine dönüşmesi engellenmiştir²⁰.

III. TÜRK HUKUKU’NDA 765 SAYILI TCK DÖNEMİNDE HUKUKA AYKIRI ORGAN VEYA DOKU ALINMASI İLE ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

765 s. TCK’da düzenlenmemiş olan hukuka aykırı organ ve doku alınması ile organ veya doku ticareti suçu, 5237 s. TCK’da düzenleninceye kadar, bu konuda uygulanmakta olan hüküm ODNK yasak eylemler başlıklı 15. maddeydi²¹. Buna göre, ODNK’ya aykırı olarak organ ve doku alınması, saklanması, aşılması, nakledilmesi ve bunların alım satımının yapılması, alım satımına aracılık edilmesi veya komisyonculuğunun yapılması fiilleri suç olarak düzenlenmiş²² ve fiil daha ağır

¹⁸ Alman Nakil Kanunu m.18.

¹⁹ Zengin, a.g.m., s.187.

²⁰ Ertin/Mahmutoğlu/Başağaoğlu, a.g.m., s.928.

²¹ Aydın, a.g.e., s.122.

²² Her birinin ayrı suç olmadığı, seçimlik hareketler olduğu düşüncesi için bkz. Gökçen, a.g.m., s.84.

bir cezayı gerektirmediği takdirde faillere iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

ODNK'nın 15. maddesi incelendiğinde, birden çok suçun bir arada düzenlendiği ve fiillerin ağırlığına bakılmaksızın tüm suçlara ortak yaptırım belirlendiği görülmektedir. Ağırlığı birbirinden farklı fiillere aynı ceza öngörülmesi adil olmayan sonuçlar çıkarmaya müsait olduğu için, öğretide haklı olarak epeyce eleştirilmiştir^{23,24}. 5237 sayılı TCK ile farklı fiillerin cezalarının ağırlığı da farklı düzenlenerek bu sıkıntı aşılmaya çalışılmıştır²⁵.

IV. TÜRK HUKUKU'NDA 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİNE GÖRE HUKUKA AYKIRI ORGAN VEYA DOKU ALINMASI İLE ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

A. Genel Olarak

Organ veya doku ticareti başlıklı TCK 91. maddede²⁶, kişiden geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alınması; hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması; organ satın alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi; hukuka aykırı yollarla elde edilen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi, aşılması; belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması fiilleri suç olarak sayılmıştır. Her bir fıkrada sayılan fiiller ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Organ ticaretinin yanı sıra organ alımı, muhafazası, nakli ve temine yönelik ilan, reklam verilmesi de cezalandırılmakta ve bu nedenle de başlık ile madde metni uyumsuzdur²⁷.

²³ Malkoç, **a.g.e.**, s.1539; Toroslu, a.g.m., s.111, 113-114; Gökçen, a.g.m., s.84; Bayraktar, a.g.m., s.22.

²⁴ Gerçekten, vericinin eşinin haberdar edildiğinin tutanak ile tespit edilmemesi haliyle, kişinin yaşamına son verecek bir organın alınması halinde fail hakkında aynı cezaya hükmedilebilecektir. Elbette cezanın alt sınırı ile üst sınırı arasında karar vermek hâkimin takdirindedir. Ancak yine de düzenleme adil olmayan sonuçlara sebebiyet vermeye müsaittir. Soyaslan, a.g.m., s.133; Ertin/Mahmutoğlu/Başagağlu, a.g.m., s.933.

²⁵ Aydın, **a.g.e.**, s.120.

²⁶ Tezimizde her seferinde TCK m.91'de düzenlenen suçlar tek tek sayılmak yerine, organ veya doku ticareti suçu ibaresi kullanılarak TCK m.91'de düzenlenen suçlar kast edilecektir. TCK m.91/3'te düzenlenen organ veya doku ticareti suçuna ilişkin özel bir açıklama yapılacağına ise madde ve fıkra numarası belirtilecektir.

²⁷ Soyaslan, a.g.m., s.135; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.251; Ertin/Mahmutoğlu/Başagağlu, a.g.m., s.933.

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Her hukuk kuralının temelinde bir değer bulunmakta ve bu değerlerin korunması amacıyla, değerlerin açık ve bilinçli ihlali veya en azından bu değeri korumaya yöneltilmiş kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları suç olarak düzenlenmiştir²⁸.

TCK'nın organ veya doku ticareti başlığı altında düzenlenen 91. maddesinde, kişilerden ve ölümlerden, hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiilleri suç olarak tanımlanmıştır²⁹. Organ ve doku alınmasının hangi hallerde hukuka aykırı olacağını tespit etmek için, organ ve doku alınması ve nakline ilişkin kuralların düzenlendiği ODNK'ya bakmak gerekir.

ODNK m.8'de, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organların alınması yasaklanmıştır. Yani, kişinin ölümüne ya da hayati tehlike geçirmesine sebep olacak bir organının alınması, hukuka aykırı bir işlem olup, TCK m.91 uyarınca cezalandırılacaktır. Bu durumda maddenin, öncelikle kişinin "yaşam" ve "vücut bütünlüğü" haklarını korumak istediği söylenebilir³⁰.

ODNK m.6 ve 7'de, kendisinden organ ve doku alınacak kişilerin bilgilendirilmesi ve belli şekil şartlarına uyarak rıza göstermesi aranmış, TCK m.91/1'de de, hukuken geçerli rıza olmaksızın organ ve doku alınması, suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerle, kişinin "irade hürriyetinin" korunmak istendiği söylenebilir³¹.

Yine ODNK m.14'te, ölüden organ veya doku alınabilmesi için ölünün sağlığında açıkladığı bir rızanın bulunması veya bu yoksa yakınların rızası aranmış, TCK m.91/2'de de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması suç olarak

²⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s.154.

²⁹ Madde gerekçesinden.

³⁰ Aydın, **a.g.e.**, s.128; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.252; Meran, **a.g.e.**, s.222; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 4 c., C.II, 3. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.1555.

³¹ Aydın, **a.g.e.**, s.128; Metin, **a.g.e.**, s.525; Zengin, **a.g.m.**, s.183.

düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerle, ölünün hatırasına saygı ve organ ve doku nakline ilişkin yapılmış kamusal düzeninin korunması amaçlanmıştır³².

Gerek ODNK m.3 gerekse TCK m.91/3'te yasaklanan organ ve doku ticareti fiilleri ile kişilerin vücutlarının belirli kısımlarının ticari meta şeklinde değerlendirilmesinin önüne geçilmek ve "insan onuru"³³ korunmak istenmiştir³⁴. Çünkü insan, gerek etikte gerek hukukta en üstün değerdir. İnsan, nesne, şey değil öznedir. Bundan dolayı da insan vücudu, organ ve dokuları mülkiyetin, mübadelenin, herhangi bir ticari ilişkinin konusu olamaz³⁵.

C. Suçun Genel Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Suçun Faili

Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alan ya da hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan, organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ ve dokuyu saklayan, nakleden veya aşılamanı herkes, suçun faili olabilir^{36,37}. Organ veya doku alınmasının ve naklinin uzmanlığı gerektiren bir konu olması nedeniyle hukuka aykırı olarak organ veya doku alma ve hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokuyu nakletme, aşılama fiillerinin hekim olmayan kişilerce işlenmesi imkânsız gibi görünse de³⁸ suçun düzenlenişi bakımından faile dair bir kısıtlama yoktur³⁹.

³² Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayın, 2004, s.412.

³³ İnsan onuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.936-943.

³⁴ Aydın, **a.g.e.**, s.129; Metin, **a.g.e.**, s.525; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.409; Zengin, **a.g.m.**, s.184.

³⁵ Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 3. bsk., Ankara, Us-A Yayıncılık, 2013, s.105.

³⁶ Meran, **a.g.e.**, s.222-223; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1556; İlhan Üzülmöz, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.127, 130.

³⁷ Ünver, TCK m.91/3'te "kabul eden kimse" nin fail olarak düzenlenemeyişinin hatalı ve önemli bir eksiklik olduğunu belirtmiştir. Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", s.103.

³⁸ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1556.

³⁹ Öğretide failin, hekim veya sağlık görevlisi veya kamu görevlisi olması halinde ceza artırımı öngörülmesinin yerinde olacağı savunulmuştur. Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", s.191; Ömeroğlu, **a.g.m.**, s.69.

Taslak m.16/2'de, suçun failinin sağlık personeli olması halinde faile verilecek cezanın iki kat oranında arttırılacağı ve fail hakkında ömür boyu meslekten men cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

Yani hukuka aykırı olarak organ veya doku alma ve organ veya doku ticareti suçu, özgü bir suç değildir⁴⁰.

TCK m.91/3'te düzenlenen organ ve doku ticareti suçunun gerçekleştirilebilmesi için bir alıcı ve bir satıcının bulunmasına ihtiyaç vardır. Yani organ ve doku ticareti suçu çok failli bir suçtur. Zorunlu iştirak⁴¹ olarak da adlandırılan bu halin söz konusu olduğu suçlar, ancak birden fazla kişinin fail olarak katılımıyla gerçekleştirilebilir. Çok failli suçlar, zorunlu olarak suçun işlenişine katılımda bulunanların aynı yönden aynı amaca hareket ettiği hallerde yakınsama, farklı yönden aynı amaca hareket ettiği hallerde ise karşılaşma suçları olarak adlandırılır⁴². Organ ve doku ticaretinde, alıcı ve vericinin, aynı amaca farklı yönlerden hareket ederek ulaşması durumu söz konusu olduğu için, bir karşılaşma suçudur.

b. Suçun Konusu, Mağdur

TCK m.91/1'de kişilerden, m.91/2'de ölümlerden hukuka aykırı olarak alınan, diğer fıkralarda ise kaynağı belirtilmeksizin organ ve dokudan bahsedilmiştir. Maddede organ veya dokuya dair herhangi bir kısıtlama getirilmediği için tıbbi olarak organ ve doku sayılan her şey suçun konusu olabilecektir. Kısaca suçun konusu, kişilerden ya da ölümlerden alınan organ ve dokudur.

Tarihi pek eski olmayan ve özellikle son dönemlerde sık sık uygulanmakta olan kompozit doku nakillerinin konusunu oluşturan kompozit dokular da özel nitelikli de olsa doku olmaları itibarıyla bu suçun konusunu oluşturabilirler. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere el, ayak, yüz gibi deri, yağ, kas, sinir, lenf düğümü, kemik ve kıkırdaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren dokular kompozit dokulardır.

⁴⁰ Aksi yönde; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.241, 243; Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.106. Yazarlar, maddede kullanılan "kişiden organ alan kimse" ifadesinin herkesi değil işin mahiyeti icabı sadece mesleği hekimlik olan kimseleri anlattığını, bu nedenle de TCK m.91/1 ve 91/2'deki suçların özgü suçlar olduğunu belirterek hekimden başka bir kişi tarafından organ almaya kalkışıldığında fiilin kasten yaralama, yaralamaya teşebbüs veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama olacağını savunmuşlardır.

⁴¹ Esasen, "zorunlu iştirak" daha geniş bir kavram olup hem çok failli suçları hem de zorunlu şerikliği kapsar. Özgenç, **a.g.e.**, s.480-481, dn.929-930.

⁴² Özgenç, **a.g.e.**, s.481-482.

Bu suçun mağduru herkes olabilir⁴³. Geçerli rızası olmaksızın kişilerden organ ve doku alınıp, bunların ticaretinin yapılması suçlarının mağduru, kendisinden organ veya doku alınan kimse; hukuka aykırı olarak ölüden⁴⁴ organ ve doku alma ve bunların ticaretini yapma eyleminde ise suçun mağduru, ölünün mirasçılaridir^{45,46}. Üçüncü fıkra düzenlenen organ ticareti, beşinci fıkra düzenlenen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama ve altıncı fıkra düzenlenen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme suçları ise mağduru gayri muayyen suçlardır. Çünkü bu suçların bir veya birkaç kişi olarak belli bir mağduru yoktur⁴⁷.

c. Fiil (=Hareket)

(1) Birinci Fıkra Yönünden Fiil

Birinci fıkra göre, geçerli rızası olmaksızın kişiden organ veya doku⁴⁸ alınması halinde suç oluşacaktır. Suçun fiil unsuru, “alma”dır. Organ veya doku almak, organ veya dokunun vücutta bulunduğu yerden çıkartılmasıdır. Almanın ne şekilde gerçekleştirileceğine dair suçun kanuni tanımında bir sınırlama söz konusu olmadığı için, suç serbest hareketli bir suçtur⁴⁹. Önemli olan “hukuken geçerli rıza olmaksızın⁵⁰” organ veya dokunun bulunduğu yerden alınmasıdır. Yani bu suç tipi bakımından rızanın yokluğu suçun maddi unsurlarından birini oluşturmaktadır⁵¹.

⁴³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3146; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.409.

⁴⁴ “Kişinin mağdur olabilmesi için, suçu oluşturan fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerekir.” Özgenç, **a.g.e.**, s.210.

⁴⁵ Özgenç, **a.g.e.**, s.210; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.412.

⁴⁶ Ölenin mirasçılarının yanı sıra devletin de mağdur olduğu görüşü için bkz. Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.412; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3146.

Mağdurun ölenin rıza açıklamaya hakkı olan yakınları olduğu görüşü için bkz. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1556; Üzülmöz, **a.g.e.**, s.130; Koca/Üzülmöz, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.243; Gökçen/Balcı, a.g.m., s.136; Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.108.

⁴⁷ Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.109, 112, 114.

⁴⁸ TCK m.91/1’de kişiden geçerli rızası olmaksızın organ alınması ve kişiden geçerli rızası olmaksızın doku alınması şeklinde iki ayrı suç düzenlenmiştir. Suçların konusu dışındaki tüm unsurları aynı olduğu için, konuya “organ veya doku” diyerek iki suç birlikte işlenecektir.

⁴⁹ Aksi yönde Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.106. Yazarlar, almanın cerrahi usullerle yapılması gerektiğini, aksi takdirde kasten yaralama suçunun oluşacağını, yani suçun bağlı hareketli suç olduğunu savunmuşlardır.

⁵⁰ Geçerli bir rızanın bulunmaması; hem rızanın hiç alınmaması hem de koşulları yerine getirilmeksizin alınmış olması hallerini kapsar. Malkoç, **a.g.e.**, s.1541.

⁵¹ Üzülmöz, a.g.m., s.128; Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.276; Koca/Üzülmöz, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.242; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.253, 257; Gökçen/Balcı, a.g.m., s.116; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.449-450;

Önceki bölümlerde ayrıntılı olarak izah edildiği üzere rızanın esasına ilişkin geçerlilik şartlarında (rıza gösterilebilen bir hak, ehliyet, aydınlatma, rıza açıklaması) eksiklik olması durumunda rıza geçersiz sayılacak ve suç oluşacaktır. Rızaya ilişkin diğer şartlarda (rıza şekil şartı, ODNK m.7 organ almadan önce eşin bilgilendirilmesi gereği gibi) eksiklik olması durumunda ise bu şartlar rızayı geçersiz kılmayacağından TCK m.91/1’de düzenlenen suç oluşmayacaktır. Önemle eklemek gerekir ki ODNK m.15’te bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alma, saklama, aşılama, nakletme, alım satım ve aracılık yapma fiillerinin cezalandırılacağı belirtildiği için ODNK’da düzenlenen kurallara (ODNK m.7, 10 gibi) aykırılık durumunda fail ODNK m.15’e göre cezalandırılabilir.

Geçerli rızaya dayanmaksızın organ veya dokunun alınması ile yani ilgili kişinin bedeninden ayrılması ile suç tamamlanır⁵². Bu alınan organ veya dokunun alıcıya nakli gerekmez. Hatta kanun hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş organ ve dokuların naklini ayrı suç olarak düzenlemiştir⁵³. Yine fiilin icrası ile suç tamamlanmakta, mağdurun zarar görmesi ya da başka bir netice aranmamaktadır. Yani suç, sırf hareket suçudur⁵⁴.

(2) İkinci Fıkra Yönünden Fiil

İkinci fıkra göre, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması halinde suç oluşacaktır. Yine suçun fiil unsuru “alma” olup, serbest hareketli bir suç söz konusudur. Ölüden organ almanın hangi koşullarda hukuka uygun olduğunu saptamak için ODNK’ya bakmak gerekir.

Ölüden hukuka uygun bir şekilde organ veya doku alınabilmesi için, öncelikle ölüm halinin gerçekleşmiş olması gereklidir. ODNK’nın 13. maddesi uyarınca, ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halini nasıl saptadığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyerek organ ve dokunun alındığı

Madde metninde aranan rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rıza olduğu görüşü için bkz. Aydın, **a.g.e.**, s.136; Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.107.

⁵² Meran, **a.g.e.**, s.224.

⁵³ Şen, **a.g.e.**, s.316, 325.

⁵⁴ Aksi yönde Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.107.

sağlık kurumuna vermeleri zorunludur. Söz konusu tutanak düzenlenmedikçe ölüm hali kesinlik kazanmış sayılamaz ve organ ve doku alınamaz⁵⁵.

Ölüden hukuka uygun bir şekilde organ veya doku alınabilmesi için aranan ikinci koşul ise rızadır. Kural olarak ancak kişinin hayatta iken rıza vermesi ya da ölünün yakınlarının izin vermesi ile organ ve dokular alınabilir.

Gerek birinci gerekse ikinci fıkrada düzenlenen suçların serbest hareketli suçlar olmaları nedeniyle, fiil icrai olarak gerçekleştirilebileceği gibi ihmali olarak da gerçekleştirilebilir⁵⁶. Hatta icrai olarak fiili gerçekleştiren faile ihmali olarak müşterek faillik söz konusu olabilir⁵⁷. Örneğin, geçerli rızaya dayanmaksızın kişiden organ alan ya da hukuka aykırı olarak ölüden organ alan hekimin hareketine göz yuman başhekim, ihmali nedeniyle müşterek fail⁵⁸ olarak sorumlu olacaktır⁵⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, müşterek faillik için birlikte suç işleme kararı arandığından başhekimin yalnız durumu bilmesi müşterek fail olması bakımından yeterli olmayıp suç işleme kararının da olması gerekir. Taslağın 16. maddesinin son fıkrasında, kaynağı belirli olmayan organı kullanan, kullanımına izin veren, nakleden ve kendine bu nitelikte bir organın nakline izin veren sağlık personeli ve işlemin gerçekleştirildiği sağlık kurumunun idarecilerine on yıla kadar hapis ve ömür boyu meslekten men cezası verileceğine dair düzenlemeye yer verilmiş, sağlık kurumunda hukuka aykırı organ ve doku nakline izin veren idarecilerin doğrudan doğruya cezalandırılması amaçlanmıştır⁶⁰.

Hukuka aykırılığın özellikle vurgulandığı suç tiplerinde, failin, suçun maddi unsurlarının yanı sıra, fiilin hukuka aykırı olduğunun da bilincinde olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır⁶¹.

Öğretide haklı biçimde “hukuka aykırı olarak” ifadesinin içeriğinin saptanması hususunda güçlükler bulunduğu belirtilmiştir⁶². Mesela ODNK m.12’de düzenlenen

⁵⁵ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.260.

⁵⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s.220.

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklama ve tartışmalar için bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.283-284.

⁵⁸ Aynı yönde, Özgenç, **a.g.e.**, s.510; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.283-284.

⁵⁹ Aydın, **a.g.e.**, s.132.

⁶⁰ Aydın, **a.g.e.**, s.132-133.

⁶¹ Özgenç, **a.g.e.**, s.289; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.118.

alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması ya da naklini gerçekleştirecek hekimlerin ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda bulunması yasağına rağmen organ naklini gerçekleştirecek hekimin ölüm halini saptayacak kurulda yer alması halinde hekimin TCK m.91/2 uyarınca cezalandırılıp cezalandırılmayacağı belirsizdir⁶³. Kanaatimizce hukuka aykırılık ile kast edilen hukuken geçerli bir rızaya tekabül etmesi gereken bir durumdur. Dolayısıyla da ölen veya yakınlarının izni olmaksızın alma, kanunun açıkça yasakladığı alma veya açıkça alınmasını belirli bir izin veya onaya bağlı tuttuğu durumlar bu kapsamda değerlendirmelidir. Yani ODNK m.12'ye aykırılığın almayı hukuka aykırı hale getirmeyeceği düşüncesindeyiz.

Kanun koyucu bu fıkrada, birinci fıkrada olduğu gibi, organ veya doku alınması arasında ceza miktarı bakımından bir ayrıma gitmemiştir. Ölen açısından organ veya doku kaybının herhangi bir fark yaratmaması nedeniyle yerinde bir düzenleme olmuştur⁶⁴.

(3) Üçüncü Fıkra Yönünden Fiil

Üçüncü fıkraya göre, organ veya dokunun satılması, satın alınması ve satılmasına aracılık edilmesi⁶⁵ fiilleri suç teşkil etmektedir⁶⁶. Her ne kadar gerekçede organ ve dokunun “para veya sair bir maddi menfaat” karşılığında tedavüle tutulmasından bahsedilse de satmak fiili para karşılığında gerçekleştirilebilir⁶⁷. Para dışında bir menfaatin cezalandırılabilmesi için maddede açıkça yazması gereklidir⁶⁸. Satım için

⁶² Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.103.

⁶³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.852.

⁶⁴ Aynı yönde, Mermut, a.g.m., s.1476.

⁶⁵ Esasen aracılık etmenin TCK’da şeriklik olarak kabul edilen yardım etme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği yardım etme halini tamamlanmış suç olarak düzenlemesi nedeniyle, aracılık eden kişinin fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Gökçen/Balcı, a.g.m., s.141.

⁶⁶ Organ veya dokusunu satan ve organ veya doku satın alan kişilerin cezalandırılmasının akılcı olmadığı görüşü için bkz. Yıldız, **a.g.e.**, s.201; Ertin/Mahmutoğlu/Başagaoglu, a.g.m., s.936.

⁶⁷ TCK m.191 kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak suçunda da satın almak fiili “para” karşılığı uyuşturucu ve uyarıcı madde almak şeklinde tanımlanmıştır. Erdener Yurtcan, **Uyuşturucu Suçları**, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.60. Nitekim terimin kaynağı borçlar özel hukukunda da satış bedeli alıcının karşı edim olarak ödemeyi taahhüt ettiği bir miktar “para” olarak tanımlanmıştır. Nihat Yavuz, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 2 c., C.I, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.1047.

⁶⁸ Nitekim TCK m.250 irtikap, TCK m.252 rüşvet, TCK m.255 nüfuz ticareti, TCK m.257 görevi kötüye kullanma gibi birçok suç tipinde menfaat temini açıkça yasaklanmıştır.

para dışında bir menfaatin kararlaştırılması durumunda bir bedel veya “başkaca çıkarın” cezalandırıldığı ODNK m.15 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Para dışında bir karşılık ile ticaret yapılmasının daha ağır bir ceza öngören TCK m.91/3 kapsamında değerlendirilebilmesi için maddede değişiklik yapılması gerekmektedir.

Filler seçimlik olarak sayılmıştır. Bu suçun oluşması için organ veya dokunun kişiden veya ölüden⁶⁹ alınması ya da hukuka uygun olarak alınıp alınmamış olması bir önem arz etmemektedir.

Organ veya doku satma, alma suçu, satım anlaşmasının yapılması ile tamamlanır⁷⁰. Ödemenin ne zaman yapıldığı ya da yapılıp yapılmadığı suçun oluşması bakımından bir önem arz etmez⁷¹. Yine aracılık etme fiili bakımından, satış anlaşmasının sağlanmış olması zorunlu değildir⁷².

Öğretide, organ veya doku satmaktan, kendi organ veya dokusunu satmanın anlaşılması gerektiği; başkasına ait organ veya dokuların satılmasının, organ veya doku satmaya aracılık etme fiilini teşkil edeceği savunulmuştur⁷³. Biz bu yoruma katılmıyoruz. Maddede kendisinin ya da başkasının organ veya dokusu olmasına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle organ veya dokunun kime ait olmasından ziyade gerçekleştirilen fiile göre değerlendirme yapmak gerekir. İster kendisinin ister bir başkasının organ veya dokusunu satan kişi organ veya doku satmaktan sorumlu olacaktır. Organ veya doku satmayan, ancak organ veya doku satan ve almak isteyen kişilerin anlaşmasını sağlayan kişi ise organ veya doku satmaya aracılık etmekten sorumlu olacaktır.

Organ ticaretinden bahsedebilmek için, tarafların nakil öncesi veya esnasında, maddi menfaat hususunda konuşup anlaşmış olmaları gereklidir. Eğer nakil öncesi

⁶⁹ **Yener**, organ veya doku ticareti suçu düzenlenirken alınan organ veya dokunun kişiden ya da ölüden olması arasında fark gözetilmeksizin aynı cezaların belirlenmesini haklı olarak eleştirmiştir. Maddenin bu haliyle, organ veya dokunun satılmasına aracılık eden kişinin, organ veya dokuyu ölüden alan kişiden daha fazla ceza alacağı ve hukuksal değer ihlaliyle ceza arasındaki dengenin bozulacağı belirtilmiştir. Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.103.

⁷⁰ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1562; Şen, **a.g.e.**, s.320; Ömeroğlu, a.g.m., s.67; Vatanoglu, “Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları”, s.49; Suçun teslimle tamamlanacağı görüşü için bkz. Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.110; Gökçen/Balci, a.g.m., s.140.

⁷¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3152; Yavuz, **a.g.e.**, s.1047.

⁷² Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1562.

⁷³ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.261; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.414.

veya esnasında taraflar arasında böyle bir anlaşma olmamasına rağmen, nakilden sonra alıcının, verici ya da aracıya maddi menfaat sağlaması durumu söz konusu olursa, organ veya doku ticareti suçu gerçekleşmeyecektir. Yine nakil öncesi veya esnasında maddi menfaat sağlanmasına yönelik bir anlaşma olmamasına rağmen, nakil sonrasında verici ya da aracının tehdit, şantaj, yağma gibi fiillerle maddi menfaat sağlaması durumu söz konusu olursa, organ veya doku ticareti suçu gerçekleşmeyecek, ilgili suçlar kapsamında cezalandırmaya gidilecektir⁷⁴.

Maddede satma ve alma dışında menfaat temininin cezalandırılmadığı, dolayısıyla bunlar dışında bir menfaat temininin ceza kanununa göre suç teşkil etmeyeceği ancak ODNK m.3'te sadece bir bedel karşılığı değil başkaca çıkar karşılığı organ veya doku alınıp satılması da yasaklandığından, bu madde uyarınca cezalandırmanın söz konusu olacağı haklı olarak belirtilmiştir⁷⁵. Yine “çıkar karşılığı” ifadesinden kast edilen şeyin belirsiz olduğu ve organ bağışlayan kişilerin masraflarının çıkar sayılmaması gerektiği savunulmuştur^{76,77}.

(4) Beşinci Fıkra Yönünden Fiil

Beşinci fıkraya göre, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması fiilleri suç teşkil etmektedir. Yukarıda kişilerden ve ölülerden, organ veya doku alma kuralları izah edilmişti. İşte bu kurallara aykırı bir şekilde organ veya doku alma halinde, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya doku söz konusu olacak ve bunların saklanması, nakledilmesi veya aşılması suç teşkil edecektir. Maddede sayılan fiiller seçimlik olarak düzenlenmiştir.

Saklama, organ veya dokunun her an kullanıma hazır bulundurulması; aşılama, bir dokunun alıcıya aktarılması işlemi iken nakil, organ veya dokunun cerrahi bakımdan alıcıya aktarılması işlemi olup organ veya dokunun bir yerden bir yere taşınması değildir⁷⁸.

⁷⁴ Şen, **a.g.e.**, s.319-320.

⁷⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.848.

⁷⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.848.

⁷⁷ Organ ticaretini yasaklayan Alman Nakil Kanunu 17. maddede, özellikle organ alınmasında, saklanmasında ve ulaştırılmasında ortaya çıkacak masraflar gibi sadece tedavi için gerekli olan tedbirler bakımından uygun bir karşılığa müsaade edilmiştir. Lilie, a.g.m., s.361.

⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, s.3152-3153; Şen, **a.g.e.**, s.325.

Suç tanımında “hukuka aykırı yollarla” ifadesine yer verilerek ikinci fıkrada olduğu gibi fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiş ve bu suretle failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda “doğrudan kastla” hareket etmesi aranmıştır⁷⁹.

(5) Altıncı Fıkra Yönünden Fiil

Belirli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiilleri suç teşkil etmektedir. Maddede “belirli bir çıkar” denildiğine göre çıkarın niteliği önemli değildir. Yani para ya da mal olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir⁸⁰. Seçimlik hareketli suçtur.

İlan, duyuru, açıkça bildirme, açıkça duyurma anlamlarına gelir iken, reklam, bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylece sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol ve bu amaç için kullanılan yazı resim film ve bunun benzeri şeyler şeklinde tanımlanmıştır⁸¹. Organ veya doku teminine yönelik duyuru yapılması ya da temin edilmek istenen organ veya dokunun herhangi bir yöntemle sürümünü sağlamaya yönelik fiillerin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olur. Mesela kişinin ilan vermesine rağmen gazetenin yayınlamaması durumunda, duyuru yapma hali gerçekleşmediği için kişi bu suça teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Maddede, ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması fiilleri seçimlik olarak sayıldığı için yayınlanmaksızın ilan verilmesi fiilinin icrası ile de suç tamamlanmış olacaktır. Yani posta kutularına el ilanı bırakmak şeklindeki fiiller de bu suç kapsamında cezalandırılacaktır.

Öğretide fıkrada organ veya doku “temininden” bahsedildiği için, henüz alınmış bir organ veya dokunun olmaması gerektiği, hukuka uygun ya da hukuka aykırı yollarla alınmış organ veya dokulara müşteri aranması durumu söz konusu ise maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen ticaret suçu kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmuştur⁸². Kanaatimizce organın hâlihazırda elde

⁷⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s.288-289; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.118.

⁸⁰ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.263; Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.115; Aksi yönde, Şen, **a.g.e.**, s.326; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3153; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.415.

⁸¹ (Çevrimiçi) Türk Dil Kurumu, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.564b32c9aafd00.4415040, 17 Kasım 2015.

⁸² Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1564.

bulunması ya da bulunmaması temin fiili için bir önem arz etmez. Fiilin niteliğine bakarak karar vermek gerekir. Organın alınacağına dair bir ilan verilmiş olması durumunda yalnız altıncı fıkra gündeme gelecek iken organ satmaya dair bir ilan verilmesi durumunda hukuka uygun veya aykırı yollarla alınmış bir organı satmak söz konusu ise önce ticareti yasaklayan üçüncü fıkra, ikinci bir suç olarak ise belirli bir çıkar karşılığında temine yönelik ilanı yasaklayan altıncı fıkra gündeme gelecektir. Çünkü belirli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan verme, organ ticareti suçundan bağımsız olarak düzenlenmiş bir suçtur.

Temin etmek, “sağlamak”, “elde etmek” manasına gelir⁸³. Yani, hem organ ihtiyacı olan kişilerin organ elde etme amacıyla yapacakları ilan hem de organ sağlanması için verilen ilan ve reklamlar bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

İlk olarak “sağlamak” manası bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. Bir organ mafyasının para karşılığı organ teminine yönelik ilan ya da reklam vermesi pek olası görünmemektedir. Bu tarz işlerin gizli saklı yapıldığı bilinen bir gerçektir. Ancak günlük hayatta karşılaşılan “böbreğimi satıyorum” şeklindeki ilanların bu kapsama girip girmeyeceği tartışılmalıdır. Öğretide, organ satışına ilişkin ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması suç olarak düzenlenmediği gerekçesiyle bu tarz ilanların cezalandırılmayacağı belirtilmiştir⁸⁴. Kanaatimizce ise bu tarz ilanlar, belli bir çıkar karşılığında organ sağlamaya yönelik olup TCK m.91/6 hükmü uyarınca cezalandırılmalıdır. Her ne kadar TCK 92. maddede, bu hükümden organ veya dokularını satan kişilerin yararlanacağı belirtiliyorsa da mantık gereği bu hükmün organ veya dokularını satışa çıkaran kişiler için de geçerli olacağı belirtilmiştir⁸⁵. Ancak, maddede yalnız organ veya dokularını satan kişilerin bu hükümden faydalanacağı belirtildiği için, hükmün ilan veya reklam verenlere uygulanamayacağını kanaatindeyiz. Bu durumun, yani daha ağır bir suç işlenmesi halinde cezasızlık ya da cezada indirime gidilebilecekken daha hafif bir suçta

⁸³ (Çevrimiçi) Türk Dil Kurumu, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.554de1df84b4d7.89020769, 7 Haziran 2015.

⁸⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.849. Yazar, bu ilanların organ satma fiilinin hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirileceğini ve bu nedenle kişiyi organ satmaya teşebbüsten de sorumlu tutmanın mümkün olmayacağını belirtmiştir.

⁸⁵ Şen, **a.g.e.**, s.327.

cezasızlık ya da cezada indirim gidilememesinin, adaletsiz bir sonuca yol açtığı aşikârdır. Bu nedenle maddede değişiklik yapılması gereklidir.

Öğretide genelde, bu maddenin “elde etme” amacı üzerinde durulmuştur.

Hakeri, kanun koyucunun her türlü ilan ve reklam verilmesini ya da yayınlanmasını değil, sadece çıkar amaçlı ilan ve reklam verilmesini veya yayınlanmasını yasaklayarak ihtiyacı olan kimselerin maddi çıkar sağlamaksızın kamuoyuna müracaat etmesinin engellenmediğini belirtmiştir⁸⁶. Ancak bu durumun günlük hayatta pek uygulanabilir olduğu kanaatinde değiliz. Ölümlerden organ nakillerinin belirli bir dağıtım sistemine dayanması ve istenilen kişiye bağış yapılamaması nedeniyle ölümlerden temin mümkün değildir. Canlılardan organ nakillerinde ise, kişilerin akrabalarına dahi organ vermektan çekindiği gerçeği karşısında, hiç tanımadığı bir insan için organını bağışlaması söz konusu olabilir de sayılı örnekler olacağı kanaatindeyiz. Kötüye kullanılmaya daha elverişli bir hükümdür. Bu nedenle, “çıkara elde etmeyince suç oluşmaz” şeklindeki düzenleme eleştirilmeli, çıkar sağlamayan, yetkisi olmayan kişilerin de bu ilan ve reklamı verememesi, yayınlamayaması gereklidir. Kaldı ki, somut olayda çıkar sağlandığını ispat etmek oldukça güçtür. Ayrıca, organ veya dokuyu ücretsiz toplayan kişilerin bunu suistimal etmeyeceği veya bu haldeki eylemin hukuka uygun olacağı şeklindeki tutum, mantık ve hukuk kurallarıyla bağdaşmayacaktır⁸⁷.

2. Manevi Unsur

Suçun ikinci unsuru, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eden manevi unsurdur. Kişi suç işlerken kasten ya da taksirle hareket edebilir.

TCK m.91'e genel olarak bakıldığında, kasten işlenebilen bir suç olduğu görülmektedir. Kast failin işlediği suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisine göre doğrudan kast ve olası kast olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁸. Yani suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi teorik olarak olası kastla da işlenebilir. Suçun taksirli hali cezalandırılmadığı için, taksirle işlenmesi mümkün değildir.

⁸⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.849.

⁸⁷ Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.103; Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.190-191.

⁸⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s.238.

a. Birinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur

Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rıza olmaksızın organ veya doku alan kişi cezalandırılır. Buna göre kişi kasten hareket etmelidir. Yani kişinin geçerli bir rızasının olmadığı bilinmesine rağmen organ veya dokunun alınması durumu söz konusu olmalıdır. Her ne kadar teorik olarak olası kastla hareket edilebilmesi mümkünse de fiilen olası kastla hareket edilmesi mümkün görünmemektedir.

Söz konusu suça dair fiiller gerçekleştirilirken, kastı kaldıran hata halleri söz konusu olabilir. Failin geçerli rızanın koşullarında hataya düşmesi ile organ veya dokusunu aldığı kişinin geçerli rızasına dayandığı varsayımı sonucu organ veya doku alması durumunda hata hali söz konusu olup, TCK m.30/1 hükmü uyarınca, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimseler kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve söz konusu fiilin taksirle işlenmesi de mümkün olmadığından bu suç oluşmayacaktır. Yine organ veya doku alınacak kişinin ya da alınacak olan organ veya dokunun karıştırılması durumunda failin hatasından bahsetmek mümkün olacak ve fail bu hatasından yararlanacaktır⁸⁹.

b. İkinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur

İkinci fıkraya göre, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kişi cezalandırılır. Buna göre kişi kasten hareket etmelidir. Suç tanımında “hukuka aykırı olarak” ifadesine yer verilerek fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiş ve bu suretle failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda “doğrudan kastla” hareket etmesi, olası kastın yeterli olmadığı ifade edilmiştir⁹⁰. Yani kişinin, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen ölüden organ veya doku alması durumu söz konusu olmalıdır.

Söz konusu suça dair fiiller gerçekleştirilirken, kastı kaldıran hata halleri söz konusu olabilir. Failin geçerli rızanın koşullarında hataya düşmesi ile organ veya dokusunu aldığı ölenin yakınlarının geçerli rızasına dayandığı varsayımı sonucu organ veya doku alması durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

⁸⁹ Aydın, **a.g.e.**, s.134-135.

⁹⁰ Özgenç, **a.g.e.**, s.288-289; Gökçen/Balcı, **a.g.m.**, s.136-137; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.118, Yargıtay CGK, 12.11.2013 tarih, 2013/14-511 E., 2013/449 K.

koşullarında hata^{91,92} hali söz konusu olup TCK m.30/1⁹³ hükmü uyarınca, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimseler kasten hareket etmiş sayılamayacağından ve söz konusu fiilin taksirle işlenmesi de mümkün olmadığından bu suç oluşmayacaktır⁹⁴.

c. Üçüncü Fıkra Yönünden Manevi Unsur

Üçüncü fıkraya göre, organ veya doku satın alan, satan, aracılık eden kişi cezalandırılır. Yine failin kasten hareket etmesi aranmıştır. Fiilen olası kastla hareket edilmesi mümkün görünmese de teorik olarak olası kastla hareket edilmesi mümkündür.

d. Beşinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur

Beşinci fıkraya göre, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi cezalandırılır. Yine failin kasten hareket etmesi aranmıştır. Suç tipinde hukuka aykırılığa özel olarak yer verildiği için olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Kişinin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesine rağmen organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılması durumu söz konusu olmalıdır.

⁹¹ Esasen bu hatanın değerlendirilebilmesi için öncelikle söz konusu hukuka uygunluk nedeninin ve koşullarının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme, hukuka aykırılık unsuru içerisinde yapılması gereken bir durum olduğundan, hukuka uygunluk nedeni ve koşulları değerlendirmesi, “hukuka aykırılık unsuru” başlığı altında yapılacaktır.

⁹² Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olduğu, yani kişinin fiili açısından hukuka uygunluk sebeplerinden birinin şartlarının gerçekleştiği hususunda kural olarak bilgi sahibi olması gerektiği görüşünün terk edilmesi ile hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin bilginin hangi bağlamda inceleneceği, öğretilerde tartışılmıştır. “Suçun olumsuz unsurları teorisi” olarak adlandırılan görüşe göre, suçun kanuni tarifinin fonksiyonu, sadece suça ilişkin maddi ve manevi unsurları değil hukuka aykırılık teşkil ettiği hususundaki bütün unsurları da kapsamaktadır. Bu itibarla işlenen suç açısından hukuka uygunluk sebeplerinden birinin şartlarının gerçekleşmediği hususundaki bilgi kasta dâhildir. Sonuç olarak ise, hukuka uygunluk sebebinin şartlarında hata, suçun unsurlarındaki hata ile aynı muameleye tabi tutulacaktır. “Kusur teorisi” olarak adlandırılan diğer görüşe göre ise, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki hata gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde de haksızlık yanılığısı mevcuttur. Bu itibarla da, meselenin haksızlık yanılığısı hükümleri ile çözümü gerekecektir. Öğretilerde çoğu yazar esas itibarıyla kusur teorisini benimsemekle birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının varlığı hususundaki hatanın, suçun olumsuz unsurları teorisinde olduğu gibi, kastı kaldıran hata olduğu görüşündedir. (Sınırlı kusur teorisi) Özgenç, **a.g.e.**, s.437-439.

⁹³ **Özgenç**, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı kastı kaldıran hata hallerinden kabul etmekle birlikte, yeni TCK’da hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin aynı bölümde düzenlenmesi nedeniyle, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hatanın düzenlendiği TCK m.30/3 hükmünün uygulanması ve dolayısıyla da “kaçınılmaz” hatanın aranması gerektiğini savunmuştur. Özgenç, **a.g.e.**, s.439, 442.

⁹⁴ Aynı yönde, Koca, **a.g.m.**, s.122-123, 126.

Söz konusu suça dair fiiller gerçekleştirilirken, kastı kaldıran hata halleri söz konusu olabilir. Mesela, saklama, nakil ya da aşılama işlemini gerçekleştiren kişi, sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmiyorsa, TCK m.30/1 hükmü uyarınca, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimseler kasten hareket etmiş sayılamayacağından ve söz konusu fiilin taksirle işlenmesi de mümkün olmadığından suç oluşmayacaktır.

e. Altıncı Fıkra Yönünden Manevi Unsur

Altıncı fıkraya göre, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi cezalandırılır. Bu fıkroda suçun oluşumu bakımından kişinin kasten hareket etmesinin yanı sıra failin belli bir maksatla (fıkraya göre, çıkar elde etme maksadı) hareket etmesi aranmıştır⁹⁵.

f. Sekizinci Fıkra Yönünden Manevi Unsur

Sekizinci fıkroda, maddenin birinci fıkrasındaki fiillerin işlenmesi sonucu kişinin ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durum madde gerekçesinde, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişilerin, meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceğinin düşünüldüğü şeklinde ifade edilmiştir. Ancak meydana gelen ölüm neticesi açısından pekâlâ taksirle de hareket edilebilir ve bu nedenle gerekçenin hatalı olduğu düşüncesindeyiz⁹⁶. Esasen TCK m.91/8'de neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi söz konusu olup, haklı olarak, zaten olası kast ile hareket söz konusu ise bu madde hükmüne gerek olmadığı eleştirisi getirilmiş ve burada gerçekleşen netice açısından en azından taksirle hareket etmenin ve nedensellik bağının aranması gerektiği savunulmuştur⁹⁷.

⁹⁵ Üzülmöz, **a.g.e.**, s.134; Koca/Üzülmöz, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.247; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.415.

⁹⁶ Aynı yönde, Malkoç, **a.g.e.**, s.1544; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.256.

⁹⁷ Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", s.103; Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", s.191.

Kanun koyucu bu hükümlerle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun şartlarının oluşup oluşmadığına bakmaksızın doğrudan, failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmasını amaçlamıştır^{98,99,100}.

Önemle belirtmek gerekir ki, TCK m.91/8’de birinci fıkrada tanımlanan suçun “işlenmesi” ifadesine yer verilmiştir. Yani, geçerli rızaya dayanmaksızın organ veya doku alma suçu tamamlanmadan, suça teşebbüs sonucunda kişinin ölmesi halinde TCK m.91/8 geçerli olamayacak ve doğrudan kasten öldürme hükümleri uygulanamayacaktır. Bu durumda genel hükümler gereğince, faili TCK m.87/4’ten sorumlu tutmak gerekecektir¹⁰¹. Bu sonuç ise kanun koyucunun faili doğrudan kasten öldürmeden sorumlu tutma amacıyla çelişir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişki, çatışma ilişkisidir¹⁰². Bir fiilin kanunda tanımlanan suç tipine uygun olması hukuka aykırı olduğu hususunda bir karine yaratır ve hukuka aykırılığının ayrıca araştırılması gerekmez¹⁰³. Aksine suç tipine uygun fiilin buna rağmen hukuka uygun olmasını gerektiren bir neden olup olmadığı araştırılacaktır¹⁰⁴. Hukuka uygunluk nedenleri, suçun hukuka aykırılık unsurunu, dolayısıyla da suç vasfını ortadan kaldırır. Bu nedenler; kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası), meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızadır. TCK m.91 açısından görevin ifası, hakkın kullanılması ve meşru savunma hukuka uygunluk nedenlerinin kullanılması mümkün görünmemektedir. Daha önce izah ettiğimiz üzere birinci fıkrada düzenlenen rıza tipikliği kaldırıcı bir etkiye sahip olup hukuka uygunluk nedeni olan rızadan farklıdır. İkinci fıkra hariç

⁹⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.849; Aydın, **a.g.e.**, s.142.

⁹⁹ Meydana gelen ölüm neticesi açısından taksirle yapılmış bir hareket söz konusu ise failin TCK m.87/4 yerine yine TCK m.91/8 gereği kasten öldürmeden sorumlu tutulmasının adaletsiz bir sonuca neden olabileceği düşünülürse de organ ve doku ticareti suçuyla mücadele açısından yerinde bir hüküm olduğu hakkında bkz. Aydın, **a.g.e.**, s.142.

¹⁰⁰ Şen, açık düzenlemeye rağmen, ölüm neticesi açısından taksirle hareket edilmesi halinde taksirden dolayı sorumlu olunacağını belirtmiştir. Şen, **a.g.e.**, s.326; Aynı yönde, Ertin/Mahmutoğlu/Başağaoğlu, a.g.m., s.934, dn. 34.

¹⁰¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.849.

¹⁰² Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s.7; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.283.

¹⁰³ Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, s.118; Özgenç, **a.g.e.**, s.287; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.284.

¹⁰⁴ Özgenç, **a.g.e.**, s.287.

diğer fıkralar açısından da rıza hukuka uygunluk nedeninin uygulanması mümkün değildir.

İkinci fıkrada hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınmasının cezalandırılacağı belirtilmiştir. Hukuka aykırılığın suç tipinde özel olarak belirtilmesi¹⁰⁵ öğretide genellikle hukuka özel aykırılık olarak adlandırılmış ve bunun anlamı oldukça tartışılmıştır. Öğretide ağırlıklı olarak hukuka aykırılığın özel olarak belirtildiği suç tiplerinde failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesinin yani işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesinin gerektiği savunulmuştur¹⁰⁶. Bir başka görüşe göre ise bu ifadeler belli bir unsur nitelemeyen, suç tipinin önünde, bütününe değerlendirilmesi ile ilgili ise hukuka aykırılığın suçun genel bir unsuru olduğuna işaret eden gereksiz ibareler olup yalnız hâkimi somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmaya sevk etmeyi amaçlar ve kastın kapsamına girmez. Buna karşılık kavram suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak görünüyorsa suç tipine ait bir unsur olarak değerlendirilir ve kastın bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekir¹⁰⁷.

İkinci fıkra açısından rıza hukuku uygunluk nedeni söz konusu olabilir. Önceki bölümlerde geçerli bir rızanın koşulları ayrıntılı olarak işlendiği için tekrarlanmayacaktır.

D. Suçun Nitelikli Unsurları

Suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlara, suçun nitelikli unsurları denir¹⁰⁸.

TCK m.91/4'te, bir ve üçüncü fıkralardaki suçların (kişilerden geçerli rızaları olmaksızın organ veya doku alınması ve organ veya doku satma, satın alma, satılmasına aracılık etme suçları), bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde daha ağır cezalara hükmedileceği belirtilmiştir. Yani, söz konusu suçların bir örgüt

¹⁰⁵ TCK m.91/2, 109/1, 120, 124/1-2-3, 132/2, 135/1-2, 136, 139, 209/2, 243/1, 260/1, 277.

¹⁰⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s.288-289; Gökçen/Balcı, a.g.m., s.136-137; Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", s.118; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, s.378.

¹⁰⁷ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.254-255; Üzülmez, **a.g.e.**, s.131; Koca/Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.244-245.

¹⁰⁸ Özgenç, **a.g.e.**, s.212.

faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun örgütlü olarak işlenmesi, suç işlemeyi kolaylaştırırken buna karşı mücadeleyi de bir o kadar zorlaştırmaktadır¹⁰⁹.

Maddede “bir ve üçüncü” fıkralardaki suçlar için nitelikli halin söz konusu olduğu belirtilmekle birlikte, madde gerekçesinde “bir ila üçüncü” fıkralardaki suçlar için nitelikli halin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, madde metninin asıl, gerekçenin ise metni yorumlamaya yardımcı olması nedeniyle, düzenlemenin, metindeki şekliyle kabul edilmesi gerekir. Buna göre, ikinci fıkra için nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacaktır¹¹⁰. Ancak, geçerli rızaya dayanmaksızın kişilerden organ alınmasının ve organ ticaretinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde daha fazla cezaya hükmedilmesi söz konusu iken, hukuka aykırı olarak ölümlerden organ alınmasının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde daha fazla cezaya hükmedilmemesi anlaşılır değildir. Kanun metninin gerekçede olduğu şekilde düzeltilmesi gereklidir.

Kanun koyucu, geçerli rıza olmaksızın kişiden organ veya doku alınması ile organ veya doku ticareti suçlarının ne şekilde işlenmesinin örgüt kapsamında sayılacağına, örgütün, yöneticilerinin ve üyelerinin kimlerden, ne sayıda oluşacağına dair bir tanıma yer vermeksizin, yalnızca örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini düzenlemiştir¹¹¹. Bu sebeple ilk olarak örgütten ne anlaşılması gerektiği hususu araştırılmalıdır. TCK'nın 220. maddesine göre, en az üç kişinin, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla bir araya gelmesi ve bu örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gereklidir¹¹².

¹⁰⁹ Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s.783; Soyaslan, a.g.m., s.137.

¹¹⁰ Aynı yönde, Meran, **a.g.e.**, s.226; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.848; Aksi yönde Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.1562-1563.

¹¹¹ Şen, **a.g.e.**, s.322.

¹¹² **Yargıtay** da örgütü, “çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik bir biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grup” şeklinde tanımlamıştır. Yargıtay 8. CD, 5.4.2005 tarih, 341/2005 E., 2011/2005 K., **YKD**, Kasım 2005, s.1822; Aynı yönde, Yargıtay 10. CD, 3.2.2011 tarih, 41378/2010 E., 1746/2011 K., **Uyap**.

E. Kusurluluk

1. Genel Olarak

Kişinin gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şarttır. Kusur yeteneği ve haksızlık bilinci kusurun kurucu şartlarıdır. Kusurluluğu kaldıran ve etkileyen bazı nedenler mevcuttur.

2. Kusur Yeteneğini Ortadan Kaldıran Nedenler

Kusurluluğu kaldıran nedenler; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağırılık ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma ve haksız tahriktir. Organ veya doku ticareti suçu açısından bu nedenler herhangi bir özellik arz etmediğinden yalnız saymak ile yetinilecektir.

3. Mazeret Sebepleri

Kusurluluğu etkileyen “mazeret sebepleri” ise, haksızlık ve kusurun içeriğini azaltan ancak tamamen ortadan kaldırmayan nedenlerdir. Failin kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip olmasına rağmen, cezaya layık olma sınırına varılmadığı için, kanun koyucu bu hallerde cezasızlık öngörmektedir¹¹³. Mazeret sebepleri; zorunluluk hali, hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, meşru savunmada heyecan, korku veya telaş nedeniyle sınırın aşılması, cebir veya tehdit altında suç işlenmesidir. Organ veya doku ticareti suçu açısından, hukuka aykırı ancak bağlayıcı emir ve meşru savunmada heyecan, korku veya telaş nedeniyle sınırın aşılması halleri uygulanabilir nitelikte değildir.

Organ veya doku ticareti suçu açısından cebir veya tehdit altında suç işlenmesi hali söz konusu olabilir. Mesela cebir veya tehdit altında hekime organ alma ameliyatının yaptırılması durumunda, hekim açısından bu mazeret sebebi söz konusu olacak ve TCK m.28/2 gereği ceza verilmeyecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, karşı konamayacak veya kurtulamayacak derecede bir cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit halinin olması gerekliliğidir.

¹¹³ Sözüer, a.g.m., s.231.

Organ veya doku ticareti suçu açısından zorunluluk halinin söz konusu olup olamayacağı tartışılmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, TCK m.25/2’de düzenlenen zorunluluk hali, organ veya doku ticareti suçu açısından uygulanabilir niteliktedir. Buna örnek olarak da organ naklinin gerçekleşmemesi durumunda ölecek olan yakınına kurtarmak için, diğer bir kişiden zorla organ alınması hali gösterilmiştir¹¹⁴. Yine organ veya doku satın alan kişi açısından, vericinin hayatını tehlikeye düşürmeyen bir organ veya dokunun satın alınması halinde, zorunluluk halinin uygulanabileceği savunulmuştur¹¹⁵. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, zorunluluk hali, organ veya doku ticareti suçu açısından uygulanabilir nitelikte değildir. Çünkü organ veya doku alınması zaten kişilerin hayatını kurtarmak amacıyla yapılmaktadır. Buna zorunluluk halinin uygulanması, suça teşvik sağlayacak ve organ ve doku ticareti ile mücadeleyi anlamsız hale getirecektir¹¹⁶. Kaldı ki, zorunluluk halinin şartları olan “ağır ve muhakkak bir tehlike” ve “tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında denge” de sağlanmamaktadır. Bir tehlikenin muhakkak olabilmesi için başka türlü def etme imkânının bulunmaması gerekir. Yasal organ nakli imkânı teorik olarak sürdürdükçe muhakkak demek mümkün değildir.

TCK’nın 92. maddesinde “zorunluluk hali” başlıklı özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, organ veya dokularını “satan” kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar cezalandırmayı anlamsız kılacaksa verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza verilmesinden de vazgeçilebilecektir.

Bu düzenleme “özel zorunluluk hali” düzenlemesidir¹¹⁷. Özeldir çünkü TCK m.25/2’de düzenlenmiş olan genel zorunluluk halinin ağır koşullarına nazaran daha basit koşullarla cezasızlığı sağlamaktadır. Öğretide savunulan bu düzenlemenin şahsi cezasızlık sebebi olduğu görüşüne¹¹⁸, sosyal ve ekonomik koşullara bağlı bir şahsi cezasızlık sebebi olamayacağını düşündüğümüzden katılmıyoruz. Yine “cezada

¹¹⁴ Mahmut Koca, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu”, AÜHFĐ, C.LII, S:2, 2003, s.160. Yazar söz konusu örneği, insan ticareti suçu kapsamında organ nakli amacıyla kişinin kaçırılması hali için vermiştir.

¹¹⁵ Şen, a.g.e., s.328.

¹¹⁶ Aydın, a.g.e., s.139; Ertin/Mahmutoğlu/Başagaoglu, a.g.m., s.930.

¹¹⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.847; Aydın, a.g.e., s.138; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1567; Malkoç, a.g.e., s.1540; Meran, a.g.e., s.233; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.328.

¹¹⁸ Soyaslan, a.g.m., s.138; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.261.

indirim yapılabilir veya ceza verilmeyebilir” şeklindeki düzenlemenin doğrudan failin kusuru ile ilgili olduğu ve kusurla ilgili olduğu için de özel zorunluluk hali olarak kabul etmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Maddeye göre özel zorunluluk halinden yararlanabilecek kişi sadece satan olduğu için suça bir şekilde katılan diğer kişilerin yararlanması mümkün değildir.

Bu madde öğretide şiddetle eleştirilmektedir¹¹⁹. Hükümün suistimal edilebileceği, iç ve dış kaynaklı organ mafyasının tetikleneceği, fakir kimselerin sömürüleceği kaygıları dile getirilmiş ve sosyal ve ekonomik nedenlerin bir cezasızlık sebebi sayılamayacağı haklı olarak belirtilmiştir¹²⁰. Organ satan kişinin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar göz önünde bulundurulurken organa ihtiyacı olan alıcının içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve sağlık koşullarının göz önünde bulundurulmaması da önemli bir eleştiridir¹²¹.

Yine, maddede hâkime seçenekli bir yetki verilmesine rağmen bunun kullanılması için ölçüt belirlenmemesi, keyfiliğe yol açacağı haklı eleştirisine maruz kalmıştır¹²².

Organ veya doku ticareti suçu açısından, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. TCK m.27/1 uyarınca, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının taksirle aşılması halinde, suç taksirle işlenebilen bir suç ise taksirli halinin cezasında belli miktarda indirim yapılarak cezaya hükmedilir. Her ne kadar TCK m.91/2 ölüden hukuka aykırı olarak organ

¹¹⁹ Ünver, maddeyi vahim bir hata olarak yorumlamakta ve bir an önce Kanundan çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.103; Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.191, dn.50.

Yaşar/Gökcan/Artuç, hükümün, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi ile 12. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez niteliklerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3160; Aynı yönde, Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.116.

¹²⁰ Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.104; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3160; Donay, **a.g.e.**, s.152; Aksı yönde, Ömeroğlu, a.g.m., s.68; Ertin/Mahmutoğlu/Başagaoglu, a.g.m., s.936. Yazarlar, düzenlemenin teşvikten öte insani yönü ağır basan ve yerinde bir düzenleme olduğunu savunmuşlardır.

¹²¹ Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.104; Yıldız, **a.g.e.**, s.203; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, hayatı tehlikeye karşı sosyal ve ekonomik nedenlere üstünlük tanıdığını belirtmiştir. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3160.

¹²² Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.104; Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.192; Soyaslan, a.g.m., s.138; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.855.

veya doku alınması suçu açısından “rıza” hukuka uygunluk nedeni söz konusu ise de suç taksirle işlenebilen bir suç değildir. Yani, dikkat ve özen eksikliği nedeniyle ölenin ya da yakınlarının rıza göstermiş olduğu organ veya doku dışında başka bir organ veya dokunun daha alınması örneğinde olduğu gibi, hukuka uygunluk nedeninin sınırı taksirle aşılsa da suç taksirle işlenebilen bir suç olmadığı için aşılınan kısım dolayısıyla kişi TCK m.91/2’den cezalandırılmaz. Sınır kasten aşıldıysa elbette kişi kasten işlediği suçtan sorumlu olacaktır.

4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Kusurluluğu etkileyen hata, kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında veya işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda olabilir.

TCK m.30/3 uyarınca, kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında “kaçınılmaz” bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz. Burada en önemli husus, hatanın kaçınılabilir bir hata olmamasıdır. Aksi takdirde kişi cezalandırılacaktır.

Kusurluluk açısından, kişinin işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğu bilincinde olması aranır¹²³. TCK m.30/4 uyarınca, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda “kaçınılmaz” bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz. Organ veya doku ticareti suçu açısından haksızlık yanılığına düşülmesi pek mümkün görünmemektedir.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Suç bir süreç halinde işlenir ve buna “suç yolu” denir¹²⁴. Hazırlık hareketleri ile başlayıp, icra hareketleri ile devam eden ve kanuni tanımda ayrıca unsur olarak neticenin aranması söz konusu ise neticenin meydana gelmesi ile tamamlanan bu süreçte, hazırlık aşamasını geçip, suç işlemeye elverişli icra hareketlerine başlama ve elde olmayan sebeplerle tamamlayamama halinde suça teşebbüs söz konusu olur.

TCK’nın 91. maddesinde düzenlenen tüm suçlar teşebbüse elverişlidir. Birinci ve ikinci fıkrada, fail alma işleminin icrai hareketlerine başlar, ancak elinde olmayan

¹²³ Özgenç, a.g.e., s.364, 444.

¹²⁴ Özgenç, a.g.e., s.451.

nedenlerle gerçekleştiremezse bu durumda suça teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Mesela, ameliyata başlanmış olmasına rağmen henüz organ alınmadan yapılan polis baskını ile suçun tamamlanamaması halinde, kişiyi teşebbüsten sorumlu tutmak gerekecektir.

Üçüncü fıkrada failler alım, satım fiillerinin icra hareketlerine başlar ancak elde olmayan nedenlerle tamamlayamazlarsa¹²⁵, örneğin alım satım pazarlığı yaparken yakalanırlarsa, suça teşebbüsten sorumlu tutmak gerekecektir¹²⁶.

Yine hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun nakline başlanması ancak elde olmayan sebeplerle gerçekleştirilememesi, örneğin rızası olmayan kişiden alınan organın nakli için ameliyata başlandığı esnada failin yakalanması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak ve fail suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. TCK m.35/2 uyarınca, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, suçun temel şekline nazaran belirli oranlarda indirim yapılarak cezaya hükmedilir.

TCK m.36 uyarınca fail, TCK m.91’de düzenlenen suçların icra hareketlerinden kendi isteği ile vazgeçer veya suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önüne geçerse, söz konusu suçlara teşebbüsten cezalandırılmaz.

¹²⁵ Şen, burada iki türlü yorum yapmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. İlk yorum tarzına göre, organ veya doku ticaretinin tamamlanabilmesi için yalnız anlaşma yapmak yeterli olmayıp organ veya dokunun nakil veya teslimi de gerekmektedir. Yani icrai hareketler parçalanabilir ve bu nedenle de teşebbüs mümkündür. Özellikle madde lafzından yola çıkarak yapılacak diğer bir türlü yorum ise, hükümde organ veya dokunun alım, satım ya da satıma aracılığından söz edilmekte olup, suçun tamamlanması için organ veya doku nakli ya da teslimi aranmamaktadır. Bu durumda, alım satım hususunda anlaşmaya varılması halinde suç tamamlanmış sayılacaktır. Yani, organ ve doku alım satım hususunda anlaşmaya varılması hali, birinci yorum tarzı bakımından suça teşebbüs, ikinci yorum tarzı bakımından ise suçun tamamlanmış haline tekabül etmektedir. Şen, **a.g.e.**, s.320. Madde lafzından yola çıkarak, alım satım hususunda anlaşmaya varılması ile suçun tamamlandığı görüşünderiz. Ancak bu yorum tarzının kabul edilmesi halinde de suça teşebbüs mümkündür. Yukarıda verdiğimiz örneği tekrar edecek olursak, faillerin alım satım pazarlığı yaparken yakalanması halinde suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Şen ve Ömeroğlu, organ veya doku alım satımı hususunda anlaşmaya vararak suçun tamamlandığını kabul etmekle birlikte, anlaşmaya dair pazarlık yapılması gibi hareketlerin hazırlık hareketleri olduğunu ve suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadırlar. Şen, **a.g.e.**, s.320-321; Ömeroğlu, a.g.m., s.67.

İkinci tarz yorumun kabul edilmesi halinde, alım satım hususunda anlaşıldıktan sonra gerçekleştirilecek nakil işleminin ya bu suç içinde görüleceği ya da, vericinin rızasının menfaat sağlamak suretiyle sakatlandığı gerekçesiyle geçersiz sayılacağı ve TCK m.91/1’in uygulanmasının gündeme geleceği belirtilmiştir. Şen, sırf menfaatten dolayı eşit düzeydeki iki kişi arasındaki anlaşmada rızanın varlığının reddedilemeyeceğini bu nedenle ayrıca TCK m.91/1’den cezalandırmanın söz konusu olmayacağını savunmuştur. Şen, **a.g.e.**, s.320-321. Kanaatimizce, alım satım hususunda anlaşıldıktan sonra yapılan organ alımı için gerçek içtima kuralları geçerli olacak ve ayrıca TCK m.91/1’den cezalandırmak gerekecektir.

¹²⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3153; Malkoç, **a.g.e.**, s.1544; Aksi yönde; Şen, **a.g.e.**, s.320-321.

Fakat teşebbüs aşamasına kadar gerçekleştirilen fiil başka bir suç teşkil ediyorsa, o suça ait ceza söz konusu olacaktır. Mesela, fail kişinin geçerli rızası olmaksızın organını almak için narkoz verip kesik atar daha sonra, herhangi bir dış etmen olmaksızın fiilden vazgeçerse, TCK m.91/1'e teşebbüsten cezalandırılmayacak yalnız kasten yaralamadan cezalandırılacaktır. Yine, fail ölenin ve yakınlarının rızası yokken ölüden organ almak için ameliyata başlar ancak daha sonra kendi isteğiyle organ almadan vazgeçerse, TCK m.91/2'ye teşebbüsten cezalandırılmayacak yalnız kişinin hatırasına hakareten cezalandırılacaktır¹²⁷.

2. Suça İştirak

Kanuni tarifte fiili bir kişinin müstakilen gerçekleştirmesi esas alınmaktaysa da, çoğu zaman fiiller birden fazla kişinin müşterek katılımı ile işlenmektedir¹²⁸. İştirak şekilleri, faillik ve şeriklik olmak üzere ikiye ayrılır. Kişi, doğrudan (müstakil), dolaylı ya da müşterek fail olabilir. Kanunda suç olarak sayılan fiilin yalnız işlenmesi halinde doğrudan veya müstakil faillik, suç işlenmesinde başkasının araç olarak kullanılması halinde dolaylı faillik, fiilin birden fazla suç ortağı tarafından müştereken gerçekleştirilmesi halinde ise müşterek faillik söz konusu olur. Şeriklik, yardım etme ve azmettirme şeklinde gerçekleştirilebilir. Başkasını suç işlemeye karar verdirme halinde azmettirme, suç işlemeye teşvik veya suç işleme kararını kuvvetlendirme veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etme, fiilin nasıl işleneceği hususunda yol gösterme veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma gibi fiillerle maddi veya manevi olarak suçun işlenmesinin kolaylaştırılması halinde ise yardım etme söz konusu olur.

Bu itibarla, TCK m.91'de düzenlenen tüm suçlara, her türlü iştirak mümkündür. Mesela, kişiden geçerli rızası olmaksızın organ alan kişi doğrudan faildir. Eğer kişi organı kendi almıyor ama fiili gerçekleştiren kişi üzerinde üstün hâkimiyet kurmak vasıtasıyla onu aracı olarak kullanıyorsa, örneğin¹²⁹, sahte belgelerle kişinin hukuka uygun rızası olduğunu belirterek organ alımını sağlamak durumunda, dolaylı fail

¹²⁷ Gökçen/Balcı, a.g.m., s.138.

¹²⁸ Özgenç, a.g.e., s.482; Demirbaş, a.g.e., s.479.

¹²⁹ Örnek için Aydın, a.g.e., s.144.

olarak sorumlu tutulacaktır. Birden fazla kişi, birlikte suç işleme kararına binaen işbölümü yaparak organ veya doku alıyorsa, örneğin biri narkoz verirken diğeri ameliyat işlemini gerçekleştiriyorsa, müşterek faillik durumu söz konusu olacaktır. Yine, geçerli rızası olmayan kişiden organ veya doku alma düşüncesi olmayan kişiye bu kararı aldırma halinde azmettirme, yukarda sayılan herhangi bir şekilde, örneğin ameliyat araç gereçlerini sağlayarak fiilin gerçekleştirilmesini kolaylaştırma halinde ise yardım etme söz konusu olacaktır.

TCK m.91/4'te düzenlenen nitelikli hale iştirak edildiğinde, nitelikli halin sirayeti de tartışılmalıdır. Faillik (doğrudan, dolaylı ya da müşterek) açısından herhangi bir problem yoktur. Nitelikli hal sirayet edecektir. Mesela, organ veya doku satılmasına aracılık eden örgüt üyeleri müşterek fail olarak nitelikli halden sorumlu olacaktır. Şeriklik durumunda nitelikli halin sirayet edip etmemesi “bağlılık kuralı” ile çözümlenebilir. Şeriki cezalandırmanın dayanağını teşkil eden bağlılık kuralı, fail gibi suçun objesiyle doğrudan doğruya temas halinde olmayan şerikin faile bağlılığı ile haksızlıktan sorumlu tutulmasını sağlar¹³⁰. Bağlılık kuralına göre şeriklerin sorumluluğu fiile göre belirleneceğinden, şerik nitelikli hali biliyorsa nitelikli hal sirayet edecektir.

3. Suçların İçtimaı

Suçların içtimaı yani birleşmesi, görünüşte içtima ve gerçek içtima olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.

a. Suç Tekliği Halleri (Görünüşte İçtima)

Görünüşte içtima, çeşitli normların aynı eylemle ilgili görünmesine rağmen, aslında bunlardan yalnız birinin uygulanabilmesi durumudur¹³¹. Fikri içtima halinde olduğu gibi bir hareketle birden fazla suç tipinin gerçekleştirilmesi söz konusu olmayıp, ceza normlarının ve suçların çokluğu tamamen görünüştedir¹³². Yani esasında, görünüşte içtima hallerinde yorum sorunu söz konusudur¹³³. Görünüşte

¹³⁰ Özgenç, a.g.e., s.513.

¹³¹ İçel v.d., a.g.e., s.456; Özbek vd., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.612.

¹³² İçel v.d., a.g.e., s.457.

¹³³ Özgenç, a.g.e., s.581.

içtima ilkeleri, özel normun önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi, yardımcı normun sonralığı olarak sayılabilir.

TCK m.91 açısından bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ilkesinin söz konusu olup olmayacağı tartışılmalıdır. Bir normun bir başka norm tarafından tüketilmesi ilkesi, bir normun diğeri bazı normların korudukları hukuki değerlerin tümünü ortak şekilde koruması ve cezalandırmanın yalnız ortak değerleri koruyan norma göre yapılması ile diğeri normları adeta tüketmesi halidir¹³⁴. Bir normun diğeri bir normu tüketmesi ile cezalandırılmayan sonraki fiil ya da bileşik suç şeklinde karşılaşılabılır.

Cezalandırılmayan sonraki fiil, önce işlenen fiilin meydana getirdiği hukuka aykırılığın bundan sonra meydana gelen fiilleri de kapsamaması ve böylece ilk fiili düzenleyen normun sonraki fiili düzenleyen normu tüketmesidir. Sonra işlenen fiil önceki fiille aynı suçu sonuçlayabileceği gibi farklı bir suçu da sonuçlayabilir. Sonra işlenen fiilin önceki fiille aynı suçu sonuçlamaması durumu seçimlik hareketli suçlarda söz konusudur. Kanun belirli bir neticeyi meydana getirebilecek birkaç hareket göstermiş ve bunlardan yalnız birinin yapılması halinde suçun gerçekleşebileceğini kabul etmişse seçimlik hareketli suçlardan söz edilir. Fail seçimlik olarak sayılan fiillerden biri ile yetinmeyip birden çok seçimlik harekette bulursa dahi tek cezaya hükmedilir. Bir suçun işlenmesinden sonra aynı suç konusuyla ilgili başka bir suçun işlenmesi halinde sonraki fiilin cezalandırılmayan sonraki fiil kapsamına dâhil olabilmesi için başka bir hukuki değeri ihlal etmemesi ve mevcut zararı büyütmemesi gerekir¹³⁵.

TCK m.91 açısından cezalandırılmayan sonraki hareketin mümkün olup olmadığını bakılacak olursa, TCK m.91/1 çerçevesinde kişiden geçerli rızası olmaksızın veya TCK m.91/2 çerçevesinde hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kişinin daha sonra bu organı satması halinde TCK m.91/3 kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılmalıdır¹³⁶. Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz üzere, TCK m.91 fıkralarında düzenlenen suçlar bağımsız suçlardır. Bu

¹³⁴ Kayıhan İçel, **Suçların İçtimaı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s.174; İçel v.d., **a.g.e.**, s.467.

¹³⁵ İçel v.d., **a.g.e.**, s.468-469; İçel, **a.g.e.**, s.195-201.

¹³⁶ Aydın, **a.g.e.**, s.147.

nedenle bu fiilleri aynı suçun seçimlik hareketleri olarak kabul etmek mümkün değildir. Kişiden geçerli rızası olmaksızın ya da ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması ve sonrasında bunun satılması durumunda her ne kadar sonra işlenen suç ile ilk suçun konusu ortak ise de ihlal edilen hukuki değerler tamamen farklıdır. Kişiden geçerli rızası olmaksızın organının veya dokusunun alınması durumunda o kişinin beden bütünlüğü ve irade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gereken ve o kişiye karşı işlenmiş bir suç söz konusu iken bu organın başka bir kişiye satılması durumunda kişilerin vücutlarının belirli kısımlarının ticari bir meta şeklinde değerlendirilmesinin önüne geçmeyi ve insan onurunun korunmasını amaçlayan ikinci bağımsız bir suç söz konusudur. Yani sonraki fiilin önceki fiilden farklı bir hukuki değeri ihlal etmesi durumu söz konusu olduğu için cezalandırılmayan sonraki fiil kapsamında kabul etmek mümkün olmayacak ve alma, satma veya aracılık etme fiillerinden ayrıca cezalandırmak gerekecektir¹³⁷.

TCK m.91/3'te düzenlenen satın alma, satma, satılmasına aracılık etme fiilleri, suçun seçimlik hareketleridir. Yani, kişinin bir organ satın almasıyla TCK m.91/3'te düzenlenen suç tamamlanır. Ancak kişi satın alma fiili ile yetinmez sonrasında satma fiilini de gerçekleştirirse, kişiye satmadan dolayı tekrar ceza verilmez. Yine TCK m.91/5 ve TCK m.91/6'daki suçlar, seçimlik hareketli suçlardır. Hukuka aykırı yollarla elde edilen organı saklayan ve daha sonra nakleden kişi ya da ekonomik çıkar amaçlı ilan veren ve daha sonra bunu yayınlayan kişi seçimlik ikinci hareketinden cezalandırılmayacaktır. Her ne kadar birden fazla seçimlik hareket gerçekleştirmek suçun tekliğini etkilemese de TCK m.61/1 uyarınca cezanın sınırının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır¹³⁸.

TCK m.42'de düzenlenen, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan bileşik suçlarda da tek ceza söz konusudur. TCK m.91 açısından yalnız dördüncü fıkrada “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenme” ağırlaştırıcı nedeni mevcuttur. Ancak madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, fail

¹³⁷ Aynı yönde Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.110; Aksi yönde Aydın, **a.g.e.**, s.148.

¹³⁸ Malkoç, **a.g.e.**, s.1543.

ayrıca örgüt kurma veya yönetme ya da örgüte üye olma suçlarından da cezalandırılacağından bileşik suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹³⁹.

Yine TCK m.91 açısından asıl norm yardımcı norm ilişkisinin söz konusu olup olamayacağı tartışılmalıdır. Bir normun yardımcı norm olduğu ve dolayısıyla yalnız asıl normun kapsamına girmeyen hallerde uygulanabileceği, ya yardımcı normun metninde açıkça gösterilmesi ya da kanunun esas fikri normlar arasındaki ilişkiler ve normun ihtiva ettiği suçun özelliği aracılığıyla anlaşılır¹⁴⁰. Karma suçlar ve geçit suçları kanunda açıkça düzenlenmeyen yardımcı normlardandır. Geçit suçları, failin bir suçu işlemek için aynı hukuki değeri koruyan daha hafif bir suçtan geçmek zorunda olduğu suçlardır¹⁴¹. TCK m.91/1'de hem organ hem doku alınmasının düzenlenmesi ve fakat farklı cezaların öngörülmesi nedeniyle, önce doku sonra organ alınması halinde geçitli suç yardımıyla yalnız organ alınmasından cezalandırılacağı savunulmuştur¹⁴². Kanaatimizce, organ alma fiilini gerçekleştirebilmek için doku alma fiilini gerçekleştirme zorunluluğu söz konusu olmadığı, yani geçitli suçun şartları gerçekleşmediği için, uygulanması mümkün değildir. Fiili esas olarak bir değerlendirme yapmak gereklidir. Almak şeklinde tanımlanmış davranış tek bir fiil olarak icra edilmiyorsa, yani icrasının bir birinden bağımsız olarak gerçekleşmesi söz konusuysa iki ayrı fiil ve iki ayrı suç söz konusu olacaktır. Tek bir almak fiili ile hem organ hem de bağımsız bir dokunun alınması mümkün olabilirse fikri içtima gündeme gelebilir.

Geçerli rıza olmaksızın kişiden organ veya doku alınması halinde aynı zamanda kişinin yaralanması söz konusudur. Daha doğru bir anlatımla kişiyi yaralamadan kişiden organ veya doku alınması mümkün değildir. Yani organ veya doku alabilmek için yaralama suçunu basamak yapma zorunluluğu vardır. Kasten yaralama suçu geçit suç olduğu için ayrıca kasten yaralama suçundan bir cezaya hükmedilmeyecek yalnız TCK m.91/1 kapsamında değerlendirilecektir.

¹³⁹ Aksi yönde, Aydın, **a.g.e.**, s.146.

¹⁴⁰ İçel v.d., **a.g.e.**, s.471.

¹⁴¹ İçel v.d., **a.g.e.**, s.472; İçel, **a.g.e.**, s.226-227.

¹⁴² Aydın, **a.g.e.**, s.149.

b.Suç Çokluğu Halleri (Fikri İçtima ve Zincirleme Suç)

TCK'da kural olarak fiil sayısınca suç, suç sayısınca ceza ilkesi, yani gerçek içtima benimsenmiştir. Ancak bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki, TCK m.43'te düzenlenen ve zincirleme suç olarak adlandırılan, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda, bir kişiye aynı suçun birden fazla kez işlenmesi halidir. Zincirleme suçun söz konusu olması durumunda, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılarak bir cezaya hükmedilir. Kanun, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Bu durumda, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye birden fazla kez TCK m.91'de sayılan fiillerin işlenmesi halinde artırılarak bir cezaya hükmedilecektir. Mesela bir suç işleme kararı çerçevesinde, farklı zamanlarda, bir kişiden geçerli rızası olmaksızın birden çok doku alınması durumunda, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Gerçek içtimanın ikinci istisnası fikri içtimadır. Fikri içtima, aynı neviden ve farklı neviden olmak üzere iki türdür. Tek fiille aynı suçun birden çok kişiye karşı işlenmesi halinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olur. Aynı neviden fikri içtima halinde, zincirleme suçta olduğu gibi, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılarak bir cezaya hükmedilir. Farklı neviden fikri içtima halinde ise, bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verme hali söz konusu olup bunlardan en ağır olan cezaya hükmedilir.

Öğretide ölülerden organ veya doku alınması durumunda TCK m.91/2'nin yanı sıra TCK m.130/2'de düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçunun gündeme geleceği ve bu suçlar arasında fikri içtimanın söz konusu olacağı savunulmuştur¹⁴³. Kanaatimizce bu suçlar arasındaki ilişki özel norm genel norm ilişkisidir. Her ne kadar maddelerin içeriklerinde saike ilişkin bir atıf bulunmakta değilse de madde başlıkları yorum aracı olarak kullanıldığında 91. maddedeki almanın organ veya doku ticareti yani aynı bedenın veya beden parçalarının tekrar kullanılması amacı ile yapılması gerektiği sonucuna varılır. Bu durumda TCK m.91/2'de düzenlenen nakil amacıyla ölüden organ veya doku alma suçu TCK m.130/2'de düzenlenen bir ölünün

¹⁴³ Aydın, a.g.e., s.146.

kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alma suçuna nazaran özel norm niteliğindedir.

TCK m.91/8’de kişiden geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alınması neticesinde mağdurun ölmesi halinde, failin kasten öldürme suçundan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda kanunun açık hükmü gereği fail sadece kasten öldürmeden sorumlu olacak TCK m.91/1 kapsamında sorumlu olmayacaktır. Mağdurun ölümüne sebebiyet vermeye rağmen organ veya doku alınması durumunda ise gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail hem kasten öldürme hem de ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçundan sorumlu tutulacaktır¹⁴⁴.

TCK m.80/1’de düzenlenen organların alınması maksadıyla insan ticareti suçu ile organ veya doku ticareti suçunun bir araya gelmesi halinde ne şekil bir çözüm getirilmesi gerektiği tartışılmalıdır. TCK m.80’de düzenlenen suç, insan ticareti suçu olup, failin amacını oluşturan organ alma ayrı bir suçtur. Bu nedenle içtima kuralları uygulanmalı ve fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır¹⁴⁵.

G. Cezalandırılabilirliğin Diğer Koşulları

1. Genel Olarak

Kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin işlenmesine rağmen, bazı durumların gerçekleşmesi halinde faile ceza verilememekte ya da verilecek cezada indirim yapılmaktadır¹⁴⁶. İşte suçun unsurları dışında kalan, yaptırımın uygulanması için gereken veya yaptırımın uygulanmasını engelleyen bu özel koşullar; şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler ve objektif cezalandırılabilme şartlarıdır. Organ veya doku ticareti suçu bakımından objektif cezalandırılma şartı bulunmamaktadır.

¹⁴⁴ Aydın, **a.g.e.**, s.151.

¹⁴⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.847; Aydın, **a.g.e.**, s.147; Koca, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu”, s.163-164.

¹⁴⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s.591.

2. Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler

a. Genel Olarak

Suç teşkil eden fiil işlenirken kişinin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olmamasına rağmen, suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan ve kişiye hiç ceza verilmemesini ya da cezasında indirim yapılmasını sağlayan sebeplerdir¹⁴⁷.

b. Etkin Pişmanlık

TCK m.93'te organ veya dokularını "satan" kişiler açısından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için organ satılması yeterli olup, ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmiş olması gerekmektedir¹⁴⁸. Madde metninde organ veya dokunun alınmamış olmasının gerekip gerekmediği hususunda bir açıklama yapılmamış olması ve organın alınmış olması ile olmaması arasında fark gözetmeksizin her iki olasılığa da aynı etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına yol açacak genel bir ifade kullanılması hatalı olmuştur. Etkin pişmanlık hükmü açısından en önemli belirleyici unsur olan organın alınmış olup olmamasının madde metninde dikkate alınmaması büyük eksiklikler¹⁴⁹. Buna göre, organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz¹⁵⁰. Organ veya dokularını satan kişi, eğer bu suç haber alındıktan sonra gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilecektir.

Kanun koyucu bu maddeyle, organ veya dokularını satan fail bakımından TCK m.92'den sonra ikinci bir güvence sağlamıştır. İlk güvence, failin sosyal ve iktisadi durumu ile ilgili iken, bu ikinci güvence adli makamlara yardımıyla bağlantılıdır¹⁵¹.

Kanun koyucu, para karşılığı organ alanları ve hatta örgütlü olarak bu işi yapanları, verici kişi tarafından bile olsa ihbar sistemi çalıştırarak yakalatmayı

¹⁴⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s.603.

¹⁴⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.856.

¹⁴⁹ Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", s.192-193.

¹⁵⁰ Bu düzenlemenin, organını satan kişinin satın alan kişi üzerinde daha fazla para elde etmek için bir başki aracı olarak kullanmaya elverişli olduğu bu nedenle de yalnız suç örgütlerinin işin içinde olduğu durumlarda yerinde bir düzenleme olacağı belirtilmiştir. Yıldız, **a.g.e.**, s.203.

¹⁵¹ Şen, **a.g.e.**, s.330.

amaçlamıştır¹⁵². Ancak özellikle örgütlü olarak bu işi yapanların yakalanması için, aynı imkânın alıcıya da sağlanması gerekir. Zaten TCK m.92 düzenlemesi ile vericinin üzerindeki yaptırım tehdidi azaltılmıştır¹⁵³. Maddede satın alan ve satın almaya aracılık edenin pişmanlığının düzenlenmeyişi, çelişkili ve eşitliği aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁴. Yine, 92. veya 93. maddenin uygulanması suretiyle “satan” kimseye ceza verilmemesi durumunda, organın satılması suretiyle elde edilen haksız kazancın ne olacağı konusunda madde metninde düzenlemeye yer verilmeyişi bir başka eksikliği oluşturmaktadır¹⁵⁵.

Maddenin birinci fıkrasındaki etkin pişmanlık için failin içten pişman olması koşulu aranmaz iken, aynı halin eylemin resmi makamlarca öğrenilmesinden sonraki aşaması açısından bizzat pişmanlığın aranması haklı olarak eleştirilmiş, kişinin pişmanlık duymamasına ve gönülsüz olmasına rağmen pişmanlık olarak düzenlenen fiilleri gerçekleştirmesi durumunda, hedefe ulaşıldığında kişinin madde hükmünden yararlandırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁶.

H. Yaptırım

Kişi yükümlülüklerine aykırı davranışta bulunması halinde sorumlu olur. Her ne kadar yükümlülüklerle aykırı davranış ile meydana gelen haksızlığı gerçekleşmemiş hale döndürmek mümkün değilse de, hukuk düzenin idamesi amacıyla bir takım yaptırımlar uygulanır¹⁵⁷. Kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olan yaptırımları yazmak yerine bu alanda tartışmalı olan bazı önemli noktalara dikkat çekmeliyiz.

Maddenin birinci fıkrasında, organ veya doku alınmasına göre farklı cezalara hükmedileceği düzenlenmiştir. Organ veya doku alınmasına göre cezalandırmanın farklılığı, organ ve dokunun hayatiyeti hususunda bir ayırım yapılamayacağı

¹⁵² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3156; Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s.117.

¹⁵³ Şen, **a.g.e.**, s.329.

¹⁵⁴ Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.104; Yıldız, **a.g.e.**, s.203; Donay, **a.g.e.**, s.152.

¹⁵⁵ Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.193.

¹⁵⁶ Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, s.104; Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.193.

¹⁵⁷ Özgenç, **a.g.e.**, s.623.

gerekeci ile eleştirilmiştir¹⁵⁸. Kanaatimizce organ ve doku şeklinde bir ayırım yapmak yerine, hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun sebep olduğu fonksiyon kaybını temel alan bir yaklaşım daha yerinde olacaktır. Çünkü bazı durumlarda alınan doku, organ kaybına nazaran daha fazla fonksiyon kaybına ve zarara sebebiyet verebilecektir. Kişinin karaciğerinin bir kısmının alınması ile korneasının alınması hali buna örnek olarak gösterilebilir. Herhangi bir komplikasyon gelişmemesi şartıyla, karaciğerinin bir kısmı alınan kişi normal hayatına dönebilecekken korneası alınan kişi görme yetisini kaybedecektir. Nitekim bazı kompozit dokularda da durum bu şekildedir. Kişinin ayağının alınması örneğinde olduğu gibi beden bütünlüğü ve fonksiyonlarını ciddi şekilde bozan bir girişimde, ayağın doku sayılması nedeniyle failin 2-5 yıl arasında cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Maddenin yedinci fıkrasında, bu maddede düzenlenen suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁵⁹. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği TCK m.60'a göre, müsadere ya da faaliyet izninin iptaline karar verilebilir. Suçla mücadele açısından tüzel kişiler için para cezasının öngörülmesinin faydalı olacağı belirtilmiştir¹⁶⁰.

Yine maddede düzenlenen suçlar açısından, müsadere hükümlerinin uygulanması mümkündür. Suç işlemek amacıyla kullanılan eşyalar ya da söz konusu suçtan elde edilen gelir, müsadere konusu olabilir. Hukuka aykırı olarak alınan organın bir başkasına aşılması halinde, organın, aşılama yapılan kişinin vücudunun bir parçası haline geldiği ve mal sayılamayacağı, bu nedenle de müsadere edilemeyeceği haklı olarak belirtilmiştir. Kaldı ki kanun, yeni bir hukuksuzluğa, yeniden başka bir kişinin

¹⁵⁸ Aydın, **a.g.e.**, s.151; Aksi yönde, Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3149; Malkoç, **a.g.e.**, s.1540; Şen, **a.g.e.**, s.315.

¹⁵⁹ Ünver, bu hükmün pratik uygulama açısından fazla bir önem ve işleve sahip olmadığını savunmuştur. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği TCK 60. maddenin ilk fıkrası uyarınca bu tedbirlerin kamu tüzel kişilerine uygulanamaması ve TCK 60. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bu tedbirlerin bir kamu kurumunun verdiği izne dayanarak kurulan özel hukuk tüzel kişilerine uygulanması halinde işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçların ortaya çıkabileceği durumlarda hâkimin bu tedbirlere hükmetmeyebileceği hükmü, bu düşünceye gerekçe olarak gösterilmiştir. Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", s.102-103.

¹⁶⁰ Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", s.193; Ömeroğlu, **a.g.m.**, s.70.

vücut bütünlüğünün ihlaline cevaz veremez¹⁶¹. Elbette organı alınan kişinin medeni hukuktan kaynaklanan hakları saklıdır¹⁶².

İ. Muhakeme

TCK m. 91’de düzenlenen suçların tamamı, re’sen takip gereken, takibi şikâyete bağlı olmayan suçlardandır.

Sulh Ceza Mahkemelerinin görevlerinde yapılan değişiklik sonrası, eskiden Sulh Ceza Mahkemesinin görev alanına dahil TCK 91. maddenin ikinci ve altıncı fıkralarının da Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına dahil olmasıyla, TCK 91. maddenin dördüncü ve sekizinci fıkralarında düzenlenen Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlar hariç diğer fıkralarda düzenlenen suçlar için görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetkili mahkeme, alma, satma, satın alma, satılmaya aracılık etme, saklama, nakletme, aşılama fiillerinin ve yayınlamanın yapıldığı yerdeki mahkemedir.

TCK m.66 uyarınca, TCK 91. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde ve dördüncü fıkrasında düzenlenen suçlar için dava zamanaşımı 15 yıl, TCK 91. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, ikinci, beşinci ve altıncı fıkralarında düzenlenen suçlar için ise dava zamanaşımı 8 yıldır. TCK 91. maddenin son fıkrasında kasten adam öldürmeden sorumlu olunacağı belirtildiği için, müebbet hapis cezası verilmesi gereken hallerde 25 yıl, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi gereken hallerde ise 30 yıl, dava zamanaşımı süresidir.

CMK m.150 uyarınca, TCK 91. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, dördüncü ve sekizinci fıkralarında düzenlenen suçların cezalarının alt sınırı beş yıldan fazla olduğu için, suçun soruşturma ve kovuşturma aşamasında müdafî bulunmazsa bir müdafî görevlendirilir.

CMK m.100 uyarınca, TCK 91. maddenin ikinci ve altıncı fıkralarında düzenlenen suçların cezalarının üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezası olmadığı için tutuklama kararı verilemez.

¹⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.3159; Şen, **a.g.e.**, s.318.

¹⁶² Aydın, **a.g.e.**, s.152; Şen, **a.g.e.**, s.318.

SONUÇ

Organ naklinin birçok hastalıkta hayat kurtaran tek girişim olması ve birçok insan hayatının bu müdahaleye bağlı olması, komplike bir organizasyon gerektirmesi gibi özellikleriyle hukukun önemli bir konusu olmaya devam edeceği tahmininde bulunmak zor değildir.

Genel olarak tıbbi müdahalelerin hukuki niteliğinin irdelenmesi ile başlayan çalışmamızda, suçun maddi ve manevi unsurları bakımından bir değerlendirme yapıldığında yaralama veya öldürme suçu kapsamında değerlendirilebilecek olan tıbbi müdahalelerin tipe uygun eylemler olduğu ancak hukuka aykırılık unsurunun eksikliği nedeni ile hukuka uygun sayılacağı sonucuna ulaştık. Hukuka aykırılık unsurunun eksikliği yani tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebepleri ile ilgili görüşler değerlendirildiğinde ise esasen hekime verilmiş mesleki bir hak yani hakkın icrası ve vücut bütünlüğü üzerinde söz sahibi olan, anayasa ile geleceğini belirleme hakkı tanınan bireyin rıza göstermesi yani rıza hukuka uygunluk sebeplerinin kişinin bedensel bütünlüğüne bir müdahale olan bu eylemleri suç olmaktan çıkardığı kanaatine vardık. Hak ve görevlerin hekimlik faaliyetlerinin geneli üzerinde hukuka uygunluk yaratacağı ancak belirli tıbbi müdahaleler açısından esas hukuka uygunluğu sağlayan sebebin rıza olduğu düşüncesindeyiz. Rızanın bir müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için geçerli olması gerekir. Özel hukuktan farklı bir ehliyet ve sorumluluk sistemi olan ceza hukukunda, geçerli bir rızanın şartlarını belirleyebilmek için rızanın esasına ilişkin şartlar ve diğer şartlar şeklinde bir ayırım yapmak gerekmektedir. Rızanın konusu, rıza göstermeye ehil olma, sağlıklı ve zamanında irade beyanında bulunma haricindeki şartlar diğer şartlardan olup ceza hukuku açısından eylemin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaz. Sağlıklı bir irade gösterebilmenin önkoşulu olan neye rıza gösterdiğini bilme yani kişinin aydınlatılması tıbbi müdahalelerin en önemli konusudur. Hele de inceleme konumuz olan organ ve doku nakillerinde kendisine fayda sağlamayan bir müdahaleye maruz kalacak vericinin aydınlatılması büyük önem taşır ve ayrıntılı yapılmalıdır. Tıbbi müdahaleler açısından rıza büyük önem arz etmekle birlikte rıza alınamayan durumların çokluğu da yadsınamaz. Bilinci kapalı olarak hastaneye gelen ve acil müdahale edilmesi gereken veyahut müdahaleye rıza göstermekle birlikte bilinci

kapandıktan sonra ameliyatın genişlemesi gereği rızasını aşan bir müdahale gereken hastalarda durum böyledir. Rıza alınamayan bu kişilere müdahale edilmesi genel olarak kabul edilmekle birlikte bu müdahalenin hukuka uygunluk sebebi hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Biz öğretilerde ağırlıklı olarak savunulan varsayılan rızadan ziyade hekimlere bu durumlarda müdahalede bulunmayı emreden mevzuat hükümleri gereği görevin ifasının müdahaleleri hukuka uygun hale getireceği kanaatindeyiz.

Organ ve doku nakilleri birer tıbbi müdahale olmakla birlikte, gerek kendisine faydası olmamasına rağmen müdahaleye maruz kalan ikinci bir kişinin olması gerekse hekim hasta ilişkisi dışında birçok sacayağının olması bu müdahaleye özel kılar ve çeşitli alanlarda değişik problemlere yol açar. Bu problemlerin en başında tüm dünyada yaşanan organ kıtlığı gelir. Bu nedenle de ölümlerden organ veya doku alınmasında ölenin ya da yakınlarının rızasına ilişkin kabul edilmiş olan sistem önem arz eder. Her ne kadar ölünün post mortem kişiliğine saygı duyulması bakımından rıza modeli tercih edilebilir bir modelse de vericinin rıza göstermemesi durumları haricinde zamana dair problemler nedeniyle rıza gösterilebilecek durumlarda dahi organların alınamamasına ve alıcının aleyhine sonuçlara sebebiyet verme ihtimaline binaen, bazı şartlara uymak ön koşulu ile itiraz modelinin tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu şartlar, ölümüyle organ vericisi haline gelecek kişinin sistemden haberdar olmasının ve kişiye fazla bir külfet yüklemekten itiraz edebilmesinin mümkün kılınmasıdır. Gerek rıza gerekse itiraz modeli kabul edilmiş olsun, bağış oranlarını artırmak ilk hedef olmalıdır. Bağış oranlarının artırılması, iyi bir araştırma sonucu bağış oranlarının düşük olmasının nedenlerini tespit etme ve bunlara karşı çözümler üretme ile mümkün olur. Ülkemizde ve dünya genelinde bu alanda yapılmış birçok çalışma bulunmaktadır. Bu çalışmaların ortaya çıkardığı şey ise insanların ölüme dair düşüncelerden uzak olduğu ve organ nakli konusunda kulaktan dolma yalan yanlış bilgilere sahip olduğudur. Her kaçırılan çocuk haberinde organ mafyası olabileceğine dair haberler esasen medyanın da konuya dair bihaber olduğunun kanıtıdır. Organ nakilleri özel uzmanlık gerektiren ciddi ameliyatlardır. Bu ameliyatlara yapabilecek hekimler ve ameliyatların yapılacağı şartlar bellidir. Organ ticareti de sanıldığı gibi aksine, adam kaçırap organlarını almaktan çok sahte

kimlik düzenleme ya da sahte evliliklerle alıcı ve vericiyi akraba göstermek suretiyle naklin yapılmasını sağlama şeklinde gerçekleştirilmektedir. Yapılan araştırmalarda kişilerin, eksik dirilme, alıcının kişinin organı ile işlediği günahlardan sorumlu olması, bağış yapma durumunda tedavi edilmeden organların alınması, bağış yapma halinde organ mafyasının kişinin peşine düşmesi gibi çeşitli çekincelerle organ bağışlamaya sıcak yaklaşmadığı tespit edilmiştir. Yalnız yoğun bakım şartlarında beyin ölümü gerçekleşen kişilerin organları alınabiliyorken bir de bu tarz çekincelerle insanların organ bağışlamaktan imtina etmesi organ teminini daha da zorlaştırmaktadır. Bu tablo öncelikli görevin halkı eğitmek olduğunu gösterir. Okullarda, hastanelerde, televizyonlarda ve gerekirse kapı kapı gezerek insanlara organ bağışının ne olduğu ve hangi şartlarda gerçekleştirilebileceği anlatılmalı, korkularının yersiz olduğuna ikna edilmelilerdir. Bunun yanı sıra yoğun bakım ünitelerinin artırılması ve tıbbi personelin de bilgilendirilmesi gerekmektedir. Araştırmalarda gözlemlenen, tıbbi personelin organ nakline dair bilgi seviyesi de çok iç açıcı değildir. Özellikle de hukukumuzda kabul edilmiş olan rıza modeli uygulanmaya devam edilecekse insanlarımızı bu konuya dair bilgilendirmek bağış oranını artırmanın tek yoludur.

Uygulamada organ bağışlama beyanımızı bildirdiğimizde hastanelerden verilen organ bağış kartlarının şekil şartlarına uygun olmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılacağı görüşüne katılmıyoruz. Bağış kartları verilirken iki şahit önünde kişinin irade beyanında bulunması sağlandığı için sözlü şekil şartı sağlanmış olmaktadır ve dolayısıyla bu kartlar geçerlidir.

Ölümlerden nakillere ilişkin önemli bir problem de şüpheli ölümlerde otopsi ile nakil arasında nasıl bir ilişki kurulacağıdır. Ne yazık ki kanunda bu önemli konuya dair bir açıklama yoktur. Kanaatimizce şüpheli ölümlere özel olarak beyin ölümünü tespit edecek kurulda ve daha sonra organ alınması aşamasında tıbbi ekip içerisinde bir adli tıp uzmanına yer verilmesi çözüm olabilir. Bu konunun açıkça kanunda düzenlenmesi suretiyle öğretilerdeki tartışmalara son verilmesi ve ikilemde kalan hekimlere çare olunması gerekmektedir.

Ölülerden organ nakillerinin yetersiz miktarda olması hekimleri canlılardan nakil yapmaya yöneltmiştir. Canlılardan nakillerde ise en problemlilik nokta organ ticaretidir. Organ ticaretinin önlenmesi bunun cezalandırılmasına dair hükümler vaz etmenin yanı sıra organ nakli akrabalar ile sınırlandırılmıştır. Yine küçük ve ayırt etme gücü olmayanları aile baskısından kurtarmak için, on sekiz yaşından küçük ve ayırt etme gücünden yoksun olanların organ bağışlaması yasaklanmıştır. Belli şartlarla muvafakat verme yeteneği olmayanlardan kendisini yenileyebilen dokuların alınmasına izin veren İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.20/2'ye de ODNK'ya aykırı olduğu gerekçesiyle çekince konmuştur. Çekince koymak yerine iç hukukta sözleşme doğrultusunda düzenleme yapmak yerinde olacaktır.

Canlıdan ve ölüden yapılan nakillere ilişkin genel kuralların düzenlendiği 1978 tarihli Organ ve Doku Nakli Kanunu'muz alanında ilk kanunlardan olmakla birlikte artık ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Teknolojinin sürekli gelişmesi ve yeni imkânlar sunması aynı zamanda yeni problemler de getirmektedir. Bu problemlerin çözümünü ise kırk yıl önceki bir kanunda bulmak zordur. Bu nedenle organ nakilleri için yeni bir kanun en öncelikli konu olmalıdır. Organ ve Doku Nakli Kanunu güncel problemleri çözümede yetersiz olmanın yanı sıra, kanunda düzenlenmiş olan tüm kurallara aykırılığa aynı ağırlıkta ceza öngörmesi nedeniyle de eleştirilmekteydi. Bu duruma çözüm olarak 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'da yer verilmeyen organ ve doku ticareti suçu düzenlenmiştir. Madde organ ve doku ticareti başlığını taşımakla birlikte hukuken geçerli rıza olmaksızın kişilerden organ alma, hukuka aykırı olarak ölülerden organ alma, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama ve belirli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama fiillerini de suç olarak tanımlamıştır. Kısaca kanun koyucu naklin hiçbir aşamasına para karıştırılmasına müsaade etmemektedir.

TCK 91. maddenin ODNK m.15'i açıkça yürürlükten kaldırmamış olması nedeniyle ODNK m.15'in hâlâ yürürlükte olduğu ve fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yorumuna katılmamakta, TCK m.91'de düzenlenen hususların örtülü olarak yürürlükten kalktığı kanaatindeyiz. Ancak önemli bir konu olması nedeniyle kanunun konuyu açıkça düzenlemesi gerekmektedir.

TCK m.91’de suç konusunun organ veya doku olmasına göre ceza miktarlarında farklılık öngör÷lmüştür. Kanaatimizce organ ve doku şeklinde bir ayırım yapmak yerine, hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun sebep olduğu fonksiyon kaybını temel alan bir yaklaşım daha yerinde olacaktır. Çünkü bazı durumlarda alınan doku, organ kaybına nazaran daha fazla fonksiyon kaybına ve zarara sebebiyet verebilmektedir.

Organ ve doku nakillerinin düzenlendiği mevzuat hukukçular için bile böylesine çetrefilli ve tartışmalı iken mesleği hekimlik olanlar için oldukça karmaşık görünüyor olsa gerektir. Zaten zor şartlarda, yoğun tempoda çalışan hekimlerimizin kanundaki belirsizlikler nedeniyle organ nakillerinden imtina etmeleri ya da bu zor ve kutsal görevi gerçekleştirdikten sonra soruşturmalarla karşılaşmaları önemli bir problemdir. Bu problemleri aşmak için daha yalın, anlaşılır kanunlar yapılmasını ve bu çalışmanın da bir nebze olsun organ nakillerine dair önemli hususlara ışık tutmasını umut ediyoruz.

KAYNAKÇA

Akçiçek F./ Atabay G./ Başçı A.,

Evert J./ Dorhout M.:

“Organ Nakli ve Tıbbi Ahlak”, **Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi**, C.III, S.1, 1994, s.34-36.

Akıncı, Şahin:

Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Aksoy, Şahin:

“Ölümün Sıcak Yüzü: Beyin Ölümünde Organ Nakli”, **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, Ed. : Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Arın Namal, Yener Ünver, Hanzade Doğan, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2005, s.80-85.

Aksoy, Şahin:

“Kadavradan Organ Bağışını Artırmaya Yönelik Bir Öneri”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi**, S:11, 2003, s.189-194.

Akünel, Teoman:

“2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu-Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1983, s.19-30.

Akveld, J. E. M./ Charro F. Th de:

“Hollanda’da Canlı Organ Bağışı ve Bazı Diğer Ülkeler”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kemal Önen, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.31-33.

Arpacı, Abdülkadir:

Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, Beta Basım, 2000.

- Arslan, Çetin/ Azizağaoğlu Bahattin: **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayın, 2004.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/
Yenidünya, Ahmet Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Aşçıoğlu, Çetin: **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993.
- Ataay, Aytekin: “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, **MHAD**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, S:20, İstanbul, 1996, s.25-29.
- Atabek, Reşat/ Sezen, Merih: “Hekimin Mesuliyeti”, **İBD**, C.XXVIII, S:2, 1954, s.135-166.
- Ataç, Adnan/ Uçar, Muharrem: “Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar”, **Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ed. : Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan, 1-2 Kasım 2013, 2014, s.73-91.
- Atamer, Yeşim M: “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Y:19-20, S:1-2, 1999-2000, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.115-159.
- Ayan, Mehmet: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.
- Aydın, Murat: **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Ayiter, Nuşin: “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, **AÜHFD**, C.XXV, 1968/1-2, s.137-144.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan: “Hukuki Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, **YÜHFD**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve

- Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu
Özel Sayısı, C.VI, S:2, 2009, s.135-171.
- Baykal, Ali: “Organ Nakli”, **AD**, Y:60, S:5, Mayıs 1969, s.298-311.
- Bayraktar, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.
- Bayraktar, Köksal: "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a İlişkin Düşünceler", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.I, S:2, 1979, s.15-22.
- Belgesay, Mustafa Reşit: **Tıbbî Mesuliyet**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi, 1953.
- Bilgin, A. Arif: **Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme**, İstanbul Barosu Mecmuası, İstanbul, 1968.
- Boll, Matthias: **Strafrechtliche Probleme bei Kompetenzüberschreitungen nichtärztlicher medizinischer Hilfspersonen in Notsituationen, Diss.;** Heidelberg, 2000.
- Bozoklar, Cemal Ata: “Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları”, **A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.281-287.
- Bozoklar, Cemal Ata: “Organ Alma Hakkı ve Hukuk”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.253-260.
- Broyer, M.: “Canlı Organ Bağışının Çeşitli Yönleri ve Ticarileşmeye Karşı Savaşın Vurgulanması”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed.

- Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.148-150.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/
Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Gözden Geçirilmiş 8. bsk., İstanbul, Beta Basım, 2014.
- Çilingiroğlu, Cüneyt: **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Daar, A. S.: “Ödüllendirilmiş Bağış ve Yaygınlaşan Ticarileşmeye Bakış: Aralarında Bir Fark Var mı?”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.135-141.
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Doğan, Cahid: “Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ ya da Doku Nakli)”, **Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ed. : Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan, 1-2 Kasım 2013, 2014, s.243-273.
- Donay, Süheyl: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Basım, 2007.
- Dönmezer, Sulhi: “Organ Nakli”, **İÜHF**, C.XLI, S:1-2, 1975, s.373-380, (Çevrimiçi) <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhf/article/view/1023004674/1023004266>, 14 Haziran 2014.
- Dönmezer, Sulhi: “Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler”, **Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası**, Y:1, S:6, Şubat 1949, s.242-253.

- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.I-II, İstanbul, Beta Basım, Gözden Geçirilmiş 11. bs, 1994.
- Dural, Mustafa: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Uluslararası Birinci Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2011, s.249-258.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: **Kişiler Hukuku**, C.II, 15. bsk., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.24.
- Duttge, Gunnar: “Hastanın ‘Merhamet Düşüncesiyle Yanıltılması’ (Thomas Mann) Haklı Görülebilir Mi?”, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.83-90.
- Erem, Faruk: “Organ Nakli Hakkında Kanun”, **YD**, C.V, S:4, Ekim 1979, s.707-718.
- Erman, Barış: **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Erman, R. Barış: “Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Y:2, S:4, 2010, s.31-34.
- Erman, R. Barış: “Yanıltmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi” Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- Fischer, Gerfried: “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Çev. Efe Direnisa, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.3-16.
- Fluss, S. S.: “İnsan Organları ve Dokularıyla İlgili Ticari Muamelelerin Önlenmesi: Düzenleyici ve İdari Önlemlere Uluslararası Bir Bakış”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA'nın İlk Müşterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.113-120.

- Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. bsk, 2014.
- Gökcen, Ahmet: “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, **SÜHFD Milenyum Armağanı**, C.VIII, S:1-2, 2000, s.63-85.
- Gökcen, Ahmet/ Balcı, Murat: “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, **T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C.XIX, S:2, 2013, s.111-146.
- Güneş, Cemile: “Hukukumuzda Organ ve Doku Naklindeki İzin Koşulu”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.III, S:36, 2005, s.4273-4276.
- Gürelli, Nevzat: “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan (1981-1982) **İÜHFMD**, C.XVL-XVLI, S:1-4, 1979-1980-1981, s.267-275.
- Gürzumar, Osman Berat: "Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler", **ABD**, 1991/3, s.364-389.
- Haberal, Mehmet: “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları”, **Doku ve Organ Transplantasyonları**, Ed. : Mehmet Haberal, Ankara, Pelin Ofset, 1993, s.3-8.
- Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 3. bsk., Ankara, Us-A Yayıncılık, 2013.
- Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku**, 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Hakeri, Hakan: “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.31-48.
- Hakeri, Hakan: “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım

- 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.65-84.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Hot, İnci/ Karlıkaya, Esin: “Semavi Dinlerin Bakış Açısıyla Organ Nakli”, **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, Ed: Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Zafer Zeytin, Hafize Öztürk Türkmen, Sezer Erer, Hakan Ertin, Elif Atıcı, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.773-782.
- İçel, Kayıhan/ Sokullu Akıncı, Füsun/
Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/
Fatih S., Mahmutoğlu/ Ünver, Yener: **İçel Suç Teorisi**, İstanbul, Beta Basım, 3. bs., 2004.
- İçel, Kayıhan: **Suçların İctimai**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- İnce, İrfan: “Organ Nakli”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C.XXXIII, 2007, s.373, (Çevrimiçi)
<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c33/c330249.pdf>, 14 Ekim 2015.
- İnceoğlu, Sibel: **Ölme Hakkı (Ötanazi)**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.
- Kangal, Zeynel T.: **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Kanıcı, Musa: “Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- Karlıkaya, Esin/ Hot, İnci: “Xenotransplantasyon: Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin Etik Boyutu”, **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, Ed: Ayşegül

- Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Zafer Zeytin, Hafize Öztürk Türkmen, Sezer Erer, Hakan Ertin, Elif Atıcı, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.901-912.
- Kayalı, Zeka: “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996.
- Keyman, Selahattin: “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C.XXXV, S:1-4, 1978, s.57-89.
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, **TBB**, 1991/2, s.246-265, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19912-1009>, 14 Ekim 2015.
- Koca, Mahmut: “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD**, Y:1, S:1, 2006, s.111-143.
- Koca, Mahmut: “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu”, **AÜHFD**, C.LII, S:2, 2003, s.141-172.
- Koca, Mahmut/ Üzülmmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Koca, Mahmut/ Üzülmmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Koparan, M. Reşat: “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, **TBB Dergisi**, S:64, Ankara, 2006, s.337-367.
- Kök, Ahmet Nezih: “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.209-222.
- Köprülü, Ömer: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İBD**, C.LVIII, S:10-11-12, 1984, s.589-613.
- Kurt, Ekrem: “Organ Naklinde Modeller”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.239-252.

- Laufs, Adolf/ Kern Bernd-Rüdiger: **Handbuch des Arztrechts**, 4. Neubearbeitete Auflage, München, 2010.
- Lilie, Hans: “Organ Ticareti Suçu”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.359-366.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Avukat M. Haldun Karacabey’e Armağan, Y:2, S:5, 2005, s.42-60.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, **Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi- Uluslararası Katılımlı İkinci Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Ed. : Öztan Öncel, Arın Namal, Ayşegül Demirhan Erdemir, Hakan Ertin, Elif Atıcı, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2006, s.203-220.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ertin, Hakan/ Başağaoğlu, İbrahim: “Organ Bağışında Modeller; Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması”, **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, Ed: Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Zafer Zeytin, Hafize Öztürk Türkmen, Sezer Erer, Hakan Ertin, Elif Atıcı, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.923-938.
- Malkoç, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, 4 c., C.II; Ankara, y.y., 2013.
- Martorell, Eva Cuallado: “Yüz Naklinin İspanya’daki Hukuksal Görünümü”, **THD**, Çev. Yener Ünver, C.I, S:2, 2012, s.135-159.
- Meran, Necati: **Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı Suçlar**, Genişletilmiş ve Gözden

- Geçirilmiş 2. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Meran, Necati: “Yeni Türk Ceza Kanununda Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası”, **AD**, Y:97, S:24, Ocak 2006, s.86-99.
- Mermut, Serdar: “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Köksal Bayraktar’a Armağan**, 2 c., C.II, 2010.
- Metin, Sevtap: **Biyotıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Mosenheuer, Andreas: “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayılan Rıza”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.69-80.
- Neuer; Miebach: **Gesellschaftliche Implikationen der Bio-Medizin-Konvention des Europarates.**
- Oehler, Wolfgang: “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”, **YÜHFD**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.VI, S:2, 2009, s.15-28.
- Oktay Özdemir, Saibe: “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, 2 c., C.II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.1315-1351.
- Ömeroğlu, Ömer: “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y:5, S:42, Ankara, Şubat 2010, s.57-72.
- Özay, Merter: **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/

- Doğan Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/
- Doğan Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özbilen, Arif Barış: **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Özdağ, Nurten: “Organ Nakli ve Bağışına Toplumun Bakışı”, **Cumhuriyet Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi**, C.V, S:2, 2001, s.46-55 (Çevrimiçi) <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/593.pdf>, 14 Haziran 2014.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Özgül, Mehmet Emin: **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Özsunay, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu-Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, 1983, s.31-59.
- Özsunay, Ergun: “Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin ‘Yeni Haklar’ın Belirlenmesi”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, Beta Basım, 1998, s.4-58.
- Öztürel, Adnan: “Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri”, **AÜHFD**, Ankara, 1973, s.457-492.
- Parlak, Şafak: “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, **TBBD**, S:83, 2009, s.189-222, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-531>, 14 Haziran 2014.
- Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 4 c., C.II, 3. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

- Reddy, K. C.: “Bedel Karşılığı Organ Bağışı: Hindistan’dan Bir Bakış Açısı”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.128-134.
- Reisoğlu, Seza: “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu-Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1983, s.1-18.
- Richards, J. Radcliffe: “Olmayandan Almak”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kamil Serdengeçti, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.142-147.
- Rosenau, Henning: “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Çev. Ali Kemal Yıldız, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.49-58.
- Sarial, M. Enis: **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.
- Scaramuzzino, Fabio Massimo: “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza)”, **YÜHFD**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.VI, S:2, 2009, s.29-42.
- Schreiber, Hans-Ludwig: “Primum Nihil Nocere (Öncelikle Zararlı Olmamak) Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafları”, **Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müsterek Toplantısı**, Münih, 1990, W. Land, J. B. Dossetor Eds., Türkçe

- Çevirisi Ed. Ekrem Erek, Çev. Kemal Önen, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 1994, s.7-10.
- Schreiber, Hans-Ludwig: “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, **Tıp ve Ceza Hukuku**, yay. haz. Yener Ünver, Çev. Veli Özer Özbek, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.91-100.
- Schreiber, Hans-Ludwig: “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, **Tıp ve Ceza Hukuku**, yay. haz. Yener Ünver, Çev. Ali Kemal Yıldız, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.151-159.
- Schroth, Ulrich: “Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları Tebliği”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.313-327.
- Sengir, Turgut: “Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler”, **AD**, Y:59, S:11-12, Kasım-Aralık 1968, s.645-660.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Sert, Selin/ Cihan, Ali Hulki: **Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, Beta Basım, 2013.
- Soyaslan, Doğan: “Organ Nakilleri”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı:1, 17 Kasım 2006, İstanbul, 2007, s.123-139.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 6. bsk., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Sözüer, Adem: “Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **Yeni Türk Ceza Kanununun**

- Uygulanmasında Sorular ve Cevaplar, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:6, Mayıs 2006, s.230-233.
- Şahiniz, Salih: “Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım, 2003, s.723-750.
- Şen, Ersan: **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Şenocak, Zariye: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- Şenocak, Zariye: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **AÜFHD**, C.L, S:4, 2001, s.65-80.
- Tag, Brigitte: “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”, Çev. Yener Ünver, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.187-205.
- Taşkın, Ahmet: **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997.
- Terzioğlu, Arslan: “Organ Transplantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi**, S:1, 1993, s.35-52.
- Toroslu, Nevzat: “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, **AÜHFD**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, C.XXXV, S:1-4, 1978, s.91-118.
- Ünver, Yener: **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul, Beta Basım, 1999.
- Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünver, Yener: “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, **CHD**, Y:3, S:7, 2008, s.203-221.
- Ünver, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **YÜHFD**, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku

- Sempozyumu, C.III, S:2, 2006, s.227-288.
- Ünver, Yener: “Tıbbi Standart”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Hekim Sorumluluğu**, Hekimin Sorumluluğu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ed. : Hakan Hakeri, Henning Rosenau, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.37-59.
- Ünver, Yener: “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri”, **KHUKA**, Kasım 2005, 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s.182-198.
- Ünver, Yener: “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı**, Ed. : Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel, Arın Namal, Yener Ünver, Hanzade Doğan, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2005.
- Ünver, Yener: “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu**, 1 Haziran 2007, y.y., s.55-81.
- Üzülmez, İlhan: **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Vatanoğlu, Emine Elif: “Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları” Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.
- Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan/
Artuç Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 6 c., C.III, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

- Yavuz, Nihat: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 2 c., C.I, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Yenerer Çakmut, Özlem: **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.
- Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Yurtcan, Erdener: **Uyuşturucu Suçları**, 2. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Zengin, Mehmet Ali: “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, **TAAD**, Y:5, S:18, Temmuz 2014, s.153-196, (Çevrimiçi) <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-18/>, 8 Ekim 2014.
- Zevkliler, Aydın: “2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, s.277-303, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/hukukkurultay00-3.pdf>, 13 Haziran 2014.
- Zeytin, Zafer: “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Hekim Sorumluluğu**, Hekimin Sorumluluğu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ed. : Hakan Hakeri, Henning Rosenau, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.1-35.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hasta-haklari-yonetmeligindeki-degisiklikler-72-64-3641.html>

<http://www.ttb.org.tr/kutuphane/kompozitrpr.pdf>

<http://www2.diyamet.gov.tr/dinisleriyuksekkurulu/Sayfalar/OrganNakli.aspx>

<http://www.scmp.com/news/china/article/1345805/china-end-use-prisoners-organs-transplants>

<https://organ.saglik.gov.tr/web/>

<http://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=home>

<http://www.scandiatransplant.org/>

<http://www.francetransplant.com/>

<http://www.swisstransplant.org/14/>

<http://www.tonkkd.org/tr/content.asp?PID={9DC0F17F-435A-4B5B-BD61-FD88836618B2}>

<http://tonv.org.tr/tr/coklu-sayfa/organ-bagisi/beyin-olumu/4/24>

<http://www.milliyet.com.tr/2001/06/20/guncel/gun08.html>

<http://sauttat.com/bizden/56-yapay-organ>

<http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/yeniufuk/icerik/ekYapayOrganlar.pdf>

http://www.ted.com/talks/anthony_atala_printing_a_human_kidney#t-11407

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.554de1df84b4d7.89020769