



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

ORGAN VE DOKU NAKLİNDE “RIZA”

Elif Rumeysa GÜRBÜZ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

ORGAN VE DOKU NAKLİNDE “RIZA”

Elif Rumeysa GÜRBÜZ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

ÖZET

GÜRBÜZ, Elif Rumeysa. *Organ ve Doku Naklinde “Rıza”*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.

Yüzlerce yıl önceye dayanan organ ve doku nakli denemeleri, özellikle son yarım yüzyılda oldukça başarılı bir konuma gelmiştir. Tıp biliminin organ ve doku naklindeki bu başarısının ardından, naklin hukuki bir zemine kavuşturulması ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla hukuk düzenleri tarafından naklin şartları düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte organ ve doku nakli konusu, uluslararası alanda da pek çok düzenlemeye konu olmuştur. Bu düzenlemelerden en önemlisi ise İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’dir.

Giriş, üç ana bölüm ve sonuçtan oluşan “Organ ve Doku Naklinde Rıza” başlıklı çalışmamızda, organ ve doku nakillerine rıza penceresinden bakılacaktır. Bu kapsamda organ ve doku nakline ilişkin temel düzenleme olan 1979 tarihli 2238 sayılı Kanun’un rıza hükümleri incelenecektir. Kanun’daki eksikliklerin daha iyi anlaşılabilmesi adına Biyotıp Sözleşmesi ve diğer ülkelerin kanuni düzenlemelerine de yeri geldikçe değinilecektir.

Anahtar Sözcükler

Organ ve Doku Nakli, 2238 sayılı Kanun, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Tıbbi Müdahale, Organ ve Doku Naklinde Rıza, Beyin Ölümü.

ABSTRACT

GÜRBÜZ, Elif Rumeysa. “*Consent*” in *Organ and Tissue Transplantation*, Master Thesis, Ankara, 2021.

Organ and tissue transplantation experimentations date back to hundreds of years have come to a very successful position, especially in the last half century. Following this success of medical science in organ and tissue transplantation, the need for a legal basis for transplantation has arisen. For this purpose, the terms of the transplantation have been regulated by legal orders. At the same time the issue of organ and tissue transplantation has been subjected to many international regulations. The most important of those regulations is the European Convention on Human Rights and Biomedicine.

In our study titled "Consent in Organ and Tissue Transplantation" which consists of an introduction, three main parts and a result, organ and tissue transplants will be examined in the frame of consent. In this context, the consent provisions of the Law No. 2238 which was enacted in 1979 and that is the basic regulation on organ and tissue transplantation, will be examined. In order to better understand the deficiencies in that Law, the Biomedicine Convention and the legal regulations of other countries will be mentioned as the subject rises.

Keywords

Organ and Tissue Transplantation, The Law numbered 2238, Convention on Human Rights and Biomedicine, Medical Treatment, Consent in Organ and Tissue Transplantation, Brain Death.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİ

1.1. ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR	4
1.1.1. Organ ve Doku	4
1.1.1.1. Tanım	4
1.1.1.2. Organ ve Dokunun Hukuki Niteliği ile Organ ve Doku Üzerinde Söz Konusu Olabilecek Haklar.....	6
1.1.1.2.1. Genel Olarak	6
1.1.1.2.2. İnsan Vücuduna Bağlı Organ ve Dokular Yönünden	6
1.1.1.2.3. İnsan Vücudundan Ayrılmış Organ ve Dokular Yönünden.....	8
1.1.2. İnsan Kökenli Biyolojik Madde	11
1.1.3. Alıcı ve Verici	13
1.1.4. Organ ve Doku Nakli	14
1.2. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	17
1.2.1. Dünyada Organ ve Doku Naklinin Tarihi Gelişimi	17
1.2.2. Türkiye’de Organ ve Doku Naklinin Tarihi Gelişimi	21
1.3. ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	23
1.3.1. Ulusal Düzenlemeler	23

1.3.1.1. Türk Hukukundaki Düzenlemeler	23
1.3.1.1.1. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakline İlişkin Kanun	24
1.3.1.1.1.1. Genel Olarak.....	24
1.3.1.1.1.2. Kanunun Amacı.....	26
1.3.1.1.1.3. Kanunun Kapsamı	31
1.3.1.1.1.4. Kanuni Yasaklar	33
1.3.1.1.2. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği	34
1.3.1.2. İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler	35
1.3.1.3. Alman Hukukundaki Düzenlemeler	37
1.3.1.4. İngiliz Hukukundaki Düzenlemeler.....	39
1.3.2. Uluslararası Düzenlemeler	40
1.3.2.1. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	40
1.3.2.2. Dünya Sağlık Örgütü Yol Gösterici İlkeler Kılavuzu	44
1.4. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ AÇIDAN ÖNEMİ	45
1.4.1. Genel Olarak.....	45
1.4.2. Anayasa Hukuku Açısından	46
1.4.3. Ceza Hukuku Açısından	47
1.4.4. Borçlar Hukuku Açısından	48
1.4.5. Medeni Hukuk Açısından.....	48
1.5. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN SINIFLANDIRILMASI.....	50
1.5.1. Genel Olarak.....	50
1.5.2. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Nakiller (Otogreft/Ototransplantasyon).....	51
1.5.3. Türler Arasında Yapılan Nakiller (Ksenogreft/Ksenotransplantasyon).....	52
1.5.4. İnsandan İnsana Yapılan Nakiller (Allogreft/Allotransplantasyon).....	55
1.5.4.1. Genel Olarak	55

1.5.4.2. Ölüden Organ ve Doku Nakli	56
1.5.4.3. Canlıdan Organ ve Doku Nakli	57

İKİNCİ BÖLÜM

CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

2.1. BİR TIBBİ MÜDAHALE ŞEKLİ OLARAK CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİ.....	61
2.1.1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı ve Unsurları	61
2.1.1.1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı	61
2.1.1.2. Tıbbi Müdahalenin Unsurları	62
2.1.2. Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Müdahaleler	65
2.1.2.1. Kişilik Hakkının Tanımı	65
2.1.2.2. Kişilik Hakkının Nitelikleri	66
2.1.2.3. Kişilik Hakkının Konusu: Kişilik Değerleri	68
2.1.2.4. Yaşam, Sağlık ve Vücut Tamlığı Açısından Tıbbi Müdahaleler: Özel Olarak Canlıdan Organ ve Doku Nakli.....	69
2.1.3. Kişiliğin Korunması Bağlamında Tıbbi Müdahaleler ve Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza	71
2.2. CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN ŞARTLARI.....	77
2.2.1. Genel Olarak.....	77
2.2.2. Organ ve Doku Naklinin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi.....	79
2.2.3. Ölüden Uygun Bir Organ Temin Edilememesi (İkincillik Prensibi) ve Başkaca Bir Tedavi Seçeneğinin Kalmaması	81
2.2.4. Naklin Taraflara Zarar Vermeyecek Nitelikte Olması	82
2.2.5. Alıcı ve Verici Arasında Kanunun Aradığı Ölçüde Yakınlığın Bulunması	85

2.2.6. Naklin Yetkilendirilmiş Personel Tarafından, Yeterli Donanıma Sahip Sağlık Kuruluşunda Yapılması	90
2.2.7. Taraflarca Rızanın Açıklanmış Olması	91
2.3. CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA	92
2.3.1. Genel Olarak Rıza	92
2.3.2. Rızanın Hukuki Niteliği	92
2.3.3. Rıza Açıklamasında Bulunacak Kişi	94
2.3.4. Rızanın Geçerlilik Şartları	97
2.3.4.1. Vericinin Rıza Göstermeye Ehil Olması	97
2.3.4.1.1. Tam Ehliyetliler Açısından	98
2.3.4.1.2. Sınırlı Ehliyetliler Açısından	100
2.3.4.1.3. Sınırlı Ehliyetsizler Açısından	101
2.3.4.1.4. Tam Ehliyetsizler Açısından	105
2.3.4.1.5. Ehliyet Şartına İlişkin Değerlendirme.....	109
2.3.4.2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması.....	111
2.3.4.2.1. Rıza Açıklamasının Ön Şartı Olarak Aydınlatma Yükümlülüğü.....	111
2.3.4.2.2. Aydınlatmanın Şekli ve Zamanı.....	115
2.3.4.2.3. Aydınlatılacak ve Aydınlatılacak Kişi	117
2.3.4.2.4. Aydınlatmanın Türleri.....	119
2.3.4.2.5. Aydınlatmanın Kapsamı.....	121
2.3.4.3. Rızanın Şekle Uygun ve Zamanında Açıklanmış Olması	124
2.3.4.3.1. Rıza Açıklamasının Şekli.....	124
2.3.4.3.2. Rıza Açıklamasının Zamanı.....	128
2.3.4.4. İradelerin Sağlıklı Olması.....	129
2.3.4.5. Rızanın Hukuk ve Ahlak Kurallarına Aykırı Olmaması	131
2.3.5. Rıza Açıklamasının Geri Alınması.....	133

2.3.5.1. Genel Olarak	133
2.3.5.2. Alıcı ve Verici Arasındaki Hukuki İlişki	133
2.3.5.3. Rıza Açıklamasının Geri Alınmasının Hukuki Dayanağı.....	134
2.3.5.4. Rıza Açıklamasının Geri Alınmasının Sonuçları	137

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

3.1. KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN ÖLÜM	141
3.1.1. Ölümün Tanımı ve Ölüm Anının Tespiti	141
3.1.1.1. Genel Olarak	141
3.1.1.2. Biyolojik Ölüm (Klasik Ölüm) Anlayışı	143
3.1.1.3. Beyin Ölümü Anlayışı	143
3.1.1.3.1. Genel Olarak	143
3.1.1.3.2. Beyin Ölümü Tanısı	145
3.1.1.3.3. Anensefalik Bebekler ve Beyin Ölümü Tartışması.....	149
3.1.2. Cesedin Hukuki Niteliği	150
3.1.3. Ceset Üzerinde Söz Konusu Olabilecek Haklar	152
3.2. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA.....	155
3.2.1. Genel Olarak.....	155
3.2.2. Rıza Şartına İlişkin Dünya Genelinde Uygulanan Sistemler	155
3.2.2.1. Genel Olarak	155
3.2.2.2. İrade Sistemi	156
3.2.2.3. İtiraz Sistemi	158
3.2.2.4. Zorunluluk Sistemi	160
3.2.2.5. Türk Hukuku'nda Benimsenen Sistem	161

3.2.3. Rızanın Açıklanması	162
3.2.3.1. Genel Olarak	162
3.2.3.2. Kişinin Hayattayken Göstermiş Olduğu Rıza.....	163
3.2.3.2.1. Genel Olarak	163
3.2.3.2.2. Rıza Açıklamasının İçeriği.....	163
3.2.3.2.3. Rıza Açıklamasının Şekli.....	165
3.2.3.2.4. Rıza Ehliyeti.....	170
3.2.3.3. Kişinin Ölümünden Sonra Yakınları Tarafından Gösterilen Rıza.....	171
3.2.3.3.1. Genel Olarak	171
3.2.3.3.2. Rıza Gösterecek Kişilerin Belirlenmesi	172
3.2.3.3.3. Rıza Gösterecek Kişilerin Ehliyeti ve Rıza Açıklamasının Şekli	179
3.2.4. Rızanın Aranmadığı Haller	180
3.2.4.1. Genel Olarak	180
3.2.4.2. ODNK md. 14/2 Hükmüne Göre Doku Alınması	180
3.2.4.3. ODNK md. 14/4 Hükmüne Göre Organ ve Doku Alınması	182
3.2.4.4. ODNK md. 14/5 Hükmüne Göre Cesedin Bilimsel Araştırmalar İçin Kullanılması.....	186
3.2.5. Türk Hukuku'nda Benimsenen Rıza Sistemine İlişkin Değerlendirme	187
SONUÇ.....	191
KAYNAKÇA	199

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
BÜHFD	: Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜSBED	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HKK	: Hayvanları Koruma Kanunu
Iss.	: Issue
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K.	: Karar
M.S.	: Milattan Sonra
md.	: Madde
MK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
NEÜHFD	: Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

v.d. : Ve diğerleri

vd. : Ve devamı

Vol. : Volume

Y. : Yıl

YD : Yargıtay Dergisi

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

İnsan vücudundaki hastalıklı veya hasar görmüş parçaların değiştirilmesi düşüncesi yüzlerce yıldır varlığını sürdürmektedir. Bu düşünceler ışığında gelişen operasyonlar ancak yirminci yüzyılın başlarında modern anlamda nakil niteliği kazanabilmiş, son yarım yüzyıldır da oldukça başarılı bir konuma gelmiştir. İnsan vücuduna bir müdahalenin varlığını gerekli kılan nakiller, pek tabii bazı hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda organ ve doku nakillerinin, tıp ve hukuk biliminin ortak yaklaşımını gerektiren disiplinler arası bir çalışma alanı olduğu yadsınamaz.

Organ ve doku nakillerinin hukuki yönü, hukuk biliminin birçok alt dalıyla ilişkilendirilebilir. Başta kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesi, yaşam hakkının geliştirilmesi ve vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin hükümleri ile genel çerçeveyi çizmiş, konuya ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelerin yapılmasını kanun koyucuya bırakmıştır. Bu doğrultuda 1979 yılında yürürlüğe giren 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile konunun hukuki yönü pek çok açıdan hükme bağlanmıştır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) kişiliğin korunmasına, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) organ veya doku ticareti suçuna ilişkin hükümler de konuya ilişkin hukuki sorunların çözümünde başvurulacak kanuni düzenlemelerdir.

Bu çalışma kapsamında organ ve doku nakillerinin hukuki yönü, tıp biliminin verileriyle desteklenerek ele alınacaktır. Çalışmamızda konu yönünden bir sınırlamaya gidilerek organ ve doku nakillerine, uygulamada hukuki problemlerin en çok karşımıza çıktığı rıza penceresinden bakılacaktır. Söz konusu alanın disiplinler arası niteliği haiz olması sebebi ile konuya her yönden değinmeye çalışmak yerine, konunun medeni hukuk yönü incelenmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte konunun sınırlandırılması bakımından 2238 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı ikinci maddesine göre, bu Kanun'a tabi olmayan oto-graft, saç ve deri nakilleri ile kan transfüzyonu ile 2018

yılında yürürlüğe giren “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları” başlıklı Ek Madde-1 çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir.

“Organ ve Doku Naklinde Rıza” başlıklı çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde organ ve doku nakline ilişkin temel kavramlara yer verilerek bir giriş yapılacak, organ ve doku nakillerinin dünyadaki ve ülkemizdeki tarihi gelişiminden bahsedilecektir. Ayrıca çalışmanın devamında değineceğimiz pek çok hukuki kurumun ve hukuki sorunun karşılaştırmalı hukuktaki durumundan da bahsedileceği için, Türk Hukuku’ndaki düzenlemelerin yanı sıra Alman, İngiliz ve İsviçre Hukuku’ndaki düzenlemelere de bu bölümde, genel hatları ile yer verilecektir. Ayrıca organ ve doku nakillerinin, uluslararası düzenlemelere de konu olması sebebiyle bu düzenlemelerden de bahsedilecektir.

İlk bölümde ayrıca organ ve doku nakillerinin hukuki açıdan önemine değinilecek, bu başlık altında nakillerin anayasa hukuku, ceza hukuku, borçlar hukuku ve medeni hukuk ile ilişkisinden bahsedilecektir. Son olarak organ ve doku nakillerinin sınıflandırılmasına yer verilerek, çalışmamızın diğer iki bölümünün temelini oluşturan canlıdan ve ölüden nakillere genel hatları ile değinilecektir.

İkinci bölümde ise tezimizin konusunu oluşturan “rıza”, canlıdan gerçekleştirilen nakillere özgü olarak incelenecektir. Canlıdan organ ve doku naklinin tıbbi müdahalelerin özel bir türü olması sebebi ile ilk olarak tıbbi müdahalelerin tanımı ve unsurlarından; ardından genel olarak tıbbi müdahalelerin kişilik hakkını ihlal etmesi sebebi ile kişilik hakkı ve kişilik değerleri kavramlarından kısaca bahsedilecektir. Bir tıbbi müdahale şekli olan canlıdan organ ve doku naklinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi için aranan şartlara, özel olarak rızaya ayrıntılı olarak değinilecektir. Bu bağlamda rızanın geçerlilik şartları tek tek ele alınarak mevcut düzenlemelerimizdeki boşluklara, bu boşluklara ilişkin tartışmalara ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

Çalışmamızın son bölümü olan üçüncü bölümde ise “rıza” konusu ölüden nakiller çerçevesinde incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle, ölüden organ ve doku alınabilmesi için ilk olarak tespiti gereken “ölüm” olgusu ele alınacaktır. Ardından ölüden organ ve doku alınmasına kişinin ve yakınlarının rıza göstermesinin dayanağının belirlenebilmesi açısından cesedin hukuki niteliği ve ceset üzerinde söz konusu olabilecek haklar tespit edilecektir.

Ölüden nakillerde Türk Hukuku’nda benimsenen rıza sistemi ele alınmadan önce, dünya genelinde uygulanan sistemlere değinilecektir. Ardından 2238 sayılı Kanun çerçevesinde ölüden organ ve doku alınmasında rızanın açıklanmasına ilişkin hükümler değerlendirilerek doktrindeki görüşlere yer verilecektir.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise tezde ele alınan konularla ilgili varılan sonuçlar ve çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ORGAN VE DOKU NAKLİ

1.1. ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

1.1.1. Organ ve Doku

1.1.1.1. Tanım

Fransızca “*organe*” kelimesinden dilimize geçen organ, Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanıma göre “*Vücutun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, örge, uzuv*”¹; tıp terimleri sözlüğüne göre ise, vücutun dokulardan ve birçok hücreden oluşan yapısal-fonksiyonel birimidir. Tıp terimleri sözlüğündeki bir diğer tanıma göre ise organ, hücre ve dokulardan oluşan, belirli bir işlevi yerine getiren farklılaşmış bir yapı veya vücut sisteminin bir parçasıdır². Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise eski tarihli bir kararında organı “*vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısım*” olarak tanımlamıştır³. Bu açıklamalardan yola çıkılarak kapsamlı bir tanım yapılacak olursa; dokuların ve hücrelerin birleşmesinden oluşan, sınırları tespit edilebilen, belirli bir görevi yapan vücut parçaları organ olarak adlandırılacaktır. Dolayısıyla bu nitelikleri taşıyan böbrek, kalp, karaciğer, akciğer gibi parçalar insan vücudundaki organlara örnek olarak verilebilir⁴.

Doku ise TDK sözlüğünde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bir vücutun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü, nesic*”⁵. Tıp terimleri sözlüğünde ise,

¹ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=organ> E.T: 20.08.2020.

² <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/organ> E.T: 20.08.2020.

³ Yargıtay CGK, 1978/350 E., 1978/387 K., 23.10.1078 T. www.lexpera.com.tr E.T: 22.08.2020.

⁴ **Akıncı**, Şahin, Türk Özel Hukuku’nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996, s. 10; **Sözüer**, Erdoğan, “Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ankara, 2020, s. 17; **Özbilen**, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011, s. 10; **Aksoy Dursun**, Sanem, Eşya Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s. 123; **Sert, Selin/Cihan**, Ali Hulki, Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 7.

⁵ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=doku> E.T: 20.08.2020.

benzer hücreler ve bu hücreleri çevreleyen hücreler arası maddelerden oluşan koleksiyon ya da bir veya daha fazla spesifik görevi yerine getirmek için bir araya gelmiş benzer nitelikteki hücrelerden oluşan canlı küme şeklinde tanımlanmaktadır⁶. İnsan vücudundaki dokulara kornea, kemik iliği, kas dokusu, epitel doku, sinir dokusu örnek olarak verilebilir.

TDK'daki ve tıp terimleri sözlüğündeki bu tanımların yanında 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un⁷ (ODNK) "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.*" Bu hükümde organ ve dokunun tanımına yer verilmemekle beraber organ ve doku ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu ifadeye göre insan vücudunda bulunan yapılardan hangilerinin organ, hangilerinin doku olduğunun tespit edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun organ ve dokunun tespitini tıp bilimine bıraktığı, kendisinin ise organ veya doku olarak belirlenmiş olan parçaların nakline odaklandığı söylenebilir⁸.

ODNK'dan sonraki bir tarihte yürürlüğe giren alt bir düzenleme olan İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'te⁹ organ ve dokunun tanımına açıkça yer verilmiştir. Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4. maddesine göre organ "*özerk olarak fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesi olan, damarlanmış ve yapısını muhafaza eden çeşitli dokulardan oluşan insan vücudunun farklılaşmış hayati bir bölümü*"; doku ise "*hücrelerden ve hücre dışı elemanlardan oluşan ve insan vücudunun bütünü oluşturulan parçalar*" olarak tanımlanmıştır.

⁶ <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/tissue> E.T: 20.08.2020.

⁷ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 03.06.1979 tarihli ve 16655 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸ Örneğin ODNK md. 14/2: "*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*" hükmünde sadece dokulardan bahsedilmiştir. Dolayısıyla tıp biliminin organ kabul ettiği bir parça, bu hüküm kapsamında alınamayacaktır.

⁹ İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik 27.10.2010 tarihli ve 27742 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Organ ve dokunun tanımı verildikten sonra bu iki kavram arasındaki farklara kısaca değinmek gerekirse organlar, dokuların bir araya gelmesiyle oluşurken; dokular, benzer işlevleri yerine getiren hücre ve liflerden oluşur. Diğer bir fark ise organların sınırları ve yerine getirdikleri fonksiyonlar kesin olarak belirlenebilirken dokularda bu belirliliğin olmamasıdır. Son olarak birçok dokunun rejenerasyon ile kendini yenilemesi mümkünken, organların kendini yenilemesi dokuların yenilenmesi suretiyle gerçekleşir¹⁰.

1.1.1.2. Organ ve Dokunun Hukuki Niteliği ile Organ ve Doku Üzerinde Söz Konusu Olabilecek Haklar

1.1.1.2.1. Genel Olarak

Organ ve dokunun hukuki niteliği, bu parçaların insan vücuduna bağlı olup olmamasına göre farklı değerlendirilmektedir. Zira insan vücudundan ayrılmış olan organ ve dokular, vücuda organik olarak bağlı bulunanlar kadar insan vücudu ile ilişkilendirilememektedir. Dolayısıyla vücuttan ayrılmış parçaların hukuki niteliği daha tartışmalı hale gelmektedir¹¹. Bununla birlikte bu parçaların hukuki niteliği, söz konusu olabilecek haklardan yola çıkılarak tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple insan vücuduna bağlı olan ve insan vücudundan ayrılmış olan organ ve dokular şeklinde ikili bir ayrıma gidilerek mülkiyet hakkı ve kişilik hakkı çerçevesinde, bu parçaların hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer verilecektir.

1.1.1.2.2. İnsan Vücuduna Bağlı Organ ve Dokular Yönünden

Günümüzde insan vücudunun, buna bağlı olarak da organ ve dokuların herhangi bir tereddüt olmaksızın eşya kabul edilmediğini söylemek mümkündür¹². Şöyle ki organ ve

¹⁰ Akıncı, Biyolojik Madde, s. 11; Özbilen, s. 14.

¹¹ Özbilen, s. 21.

¹² İnsan vücudunun eşya olduğuna ilişkin görüş modern hukuk düzenlerinde kabul edilmemektedir. Köleliğin hüküm sürdüğü çağlarda ise bir insanın vücudunun eşya olabileceği kabul edilmekteydi. Zira köleler, efendilerinin eşyası sayılırdı. Bu yönde bkz. Bozkurt, Gülnehal, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, AÜHFD, C. 38, S. 1, 1981, s. 93; Aksoy Dursun, s. 119. Buradan hareketle nasıl ki bir kölenin vücudunun tamamı efendisinin eşyası olarak kabul ediliyorsa, kölenin vücuduna

dokular insandan köken alan ve normal şartlarda insan vücuduna bağlı olarak bulunan biyolojik maddelerdir. Vücut ile arasında fiziksel bir bağın bulunması sebebiyle organ ve dokular, kişinin vücut bütünlüğünü oluşturan değerler arasında yer almaktadır¹³. Bu sebeple organ ve dokular, insan vücuduna sağlanan korumadan yararlanmalıdır¹⁴. İnsan vücuduna sağlanan koruma ise kişilere, mülkiyet hakkının değil kişilik hakkının tanınmasıdır¹⁵. Zira insan vücudunun eşya sayılarak, bu eşya üzerinde mülkiyet hakkının tanınması dahi kişiye gerekli güvenceyi sağlamayacaktır. En büyük güvence, kişiyi kendisine karşı dahi koruyacak olan kişilik hakkının tanınmasıdır¹⁶.

İnsan vücuduna bağlı organ ve dokuların eşya olmadığına yönelik bir diğer gerekçe ise şöyledir: Şahıs dışı olma ve üzerinde hakimiyet kurulabilme unsurları eşyanın ayırt edici unsurlarındandır. Diğer bir deyişle kişisel olmayan, kendisi için var olan ve hakimiyete elverişli parçalar eşya olarak nitelendirilebilir. Ancak vücuda bağlı organ ve dokular, organik olarak vücutla birleşik olmaları sebebi ile kişiseldir ve hukuken üzerlerinde hakimiyet kurulması mümkün değildir. Bu sebeple organ ve dokular üzerinde söz konusu olabilecek hak mülkiyet değil, kişilik hakkıdır¹⁷.

biyolojik olarak bağlı bulunan organ ve dokuların da efendisinin eşyası olarak nitelendirildiği sonucuna ulaşabiliriz.

¹³ 2005 yılında İngiltere’de temyiz mahkemesinin önüne gelen dosya kapsamında, elini fermuarlı ceketinin içinde tutarak silah varmış görünümü vermek isteyen bir kişinin Ateşli Silahlar Kanunu’na göre suç işleyip işlemediği tartışılmıştır. Kanun’a göre ateşli silah “*herhangi bir atış, mermi veya başka bir füzenin atılabileceği herhangi bir tanıma sahip ölümcül namlulu bir silah*”; imitasyon ateşli silah ise “*Mermi veya başka bir şey atıp atmadığına bakılmaksızın ateşli silah gibi görünen herhangi bir şey*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlara göre insan vücuduna bağlı el veya parmağın kişinin bir parçası (kişisel) olduğu, “şey” olarak tanımlanamayacağı; dolayısıyla ona sahip olunamayacağı belirtilerek eşya olmadığı ifade edilmiştir. Kararın İngilizce tam metni için bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050310/bent-1.htm> E.T: 19.03.2021.

¹⁴ **Özbilen**, s. 14-15.

¹⁵ Kişinin vücudu üzerindeki sahipliğe ilişkin olarak kaleme alınan bir makalenin sonuç kısmında “*Nobody owns my body, not even me.*” (Kimse vücuduma sahip değildir, ben dahi.) ifadesine yer verilerek kimsenin insan vücudu üzerinde mülkiyet hakkı iddia edemeyeceği, dolayısıyla vücudun eşya sayılamayacağı net bir şekilde açıklanmıştır. Bkz. **Harris**, J. W., “Who Owns My Body”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16, 1996, s. 84.

¹⁶ **Aksoy Dursun**, s. 122.

¹⁷ **Reisoğlu**, Safa, Eşya Hukuku, C. 1, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 1984, s. 29; **Sarıal**, Enis, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986, s. 8-9; **Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 54; **Antalya**, O. Gökhan, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul, 2017, s. 17; **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2017, s. 5; **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2012, s. 68-69.

Buradan hareketle insan vücudu ile organik bağı bulunan organ ve dokuların “kişilik değeri” kavramı içinde ele alınması gerektiği¹⁸, üzerindeki hakkın ancak kişilik hakkı olarak nitelendirilebileceği sonucuna varabiliriz.

1.1.1.2.3. İnsan Vücutundan Ayrılmış Organ ve Dokular Yönünden

Doktrindeki esas tartışmalar insan vücutundan ayrılmış organ ve dokunun hukuki niteliği noktasında toplanmaktadır. Zira bu konuda, insan vücuduna bağlı olan organ ve dokular kadar kolay tespit edilebilen ve üzerinde görüş birliği bulunan bir nitelendirme mevcut değildir. Doktrinde bu konudaki görüşler, birbirinden keskin çizgilerle ayrılmamaktadır. Temelde vücuttan ayrılmış organ veya dokunun eşya olduğunu ve eşya olmadığını savunan iki görüş olduğu söylenebilirse de bu görüşler bazı noktalarda diğer görüşe yaklaşabilmektedir¹⁹.

İsviçre ve Alman doktrininde hâkim olan görüşe göre insan vücutundan ayrılan organ ve dokuların eşya niteliği kazandığı belirtilmektedir²⁰. Bu görüşün gerekçesine yer verilmeden önce eşyanın tanımına ve unsurlarına kısaca değinilmesi yerinde olacaktır. Eşya; ekonomik bir değeri haiz olsun veya olmasın, maddi bir varlığa sahip olan, üzerinde hakimiyet kurmanın mümkün olduğu, kişisel olmayan, sınırları belirli varlık olarak tanımlanabilir²¹.

Organ ve dokular açısından eşyanın unsurları değerlendirilecek olursa ilk olarak, maddi bir varlığa sahip olma unsuru incelenmelidir. Organ ve dokular ister insan vücudunda bulunsun ister vücuttan ayrılınsın elle tutulabilir, somut bir yapıya sahip olduklarından cismani/maddi bir varlığa sahiptir.

¹⁸ **Antalya**, Eşya Hukuku, s. 17.

¹⁹ Vücuttan ayrılmış organ ve dokular üzerinde söz konusu olabilecek haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksoy Dursun**, s. 125 vd.; **Özbilen**, s. 40 vd.

²⁰ **Gemalmaz**, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Basım, İstanbul, 2017, s. 269-270; **Sarial**, s. 13; **Antalya**, Eşya Hukuku, s. 17; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 172; **Özbilen**, s. 98.

²¹ **Ünal/Başpınar**, s. 72; **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2017, s. 41-42. Eşyanın, bu unsurlara ek olarak ekonomik bir değeri haiz olması gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 6.

Organ ve dokular üzerinde hakimiyet kurulabilmesi ise farklı açılardan ele alınmalıdır. Zira bir şeyin üzerinde hakimiyet kurmak fiziken mümkün olsa bile hukuken mümkün olmayabilir. İnsan vücudundan organik olarak ayrılmış olan organ ve dokular üzerinde fiziken hakimiyet kurabilme noktasında herhangi bir problem bulunmamaktadır. Ancak hukuk düzeni, bu maddeler üzerinde bireysel hakimiyet kurmaya müsaade etmiyorsa, bu maddelerin eşya olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Buradan hareketle, organ ve dokular üzerinde bireysel hakimiyet kurulabilmesinin mümkün olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Zira hukuk düzeni, bu maddelerin nakline ilişkin hukuki şartları düzenleyerek üzerinde hakimiyet kurma olgusunu kabul etmektedir²².

Organ ve dokuların kişisel (gayri şahsi) olup olmadığının belirlenmesi noktasında ise kesin bir yargıya ulaşmak mümkün görünmemektedir. Organ ve dokuların, insan vücuduna bağlı bulunduğu durumlarda kişilik değeri niteliğini haiz olduğu açık ise de vücuttan ayrıldıktan sonra bu parçaları kişilik değeri kapsamına dahil edebilmek zordur²³. Ancak böyle bir niteleme, vücuttan ayrılmış olan her türlü biyolojik madde için geçerli olmayacaktır. Örneğin insanın genetik bilgilerini içeren DNA molekülünün veya üreme hücrelerinin kişi dışı olduğu söylenemez. Zira bu maddeler her ne kadar vücuttan uzaklaştırılsa da kişiden soyutlanamaz, kişiye münhasır ve tektir, kişi için asli öneme sahiptir. Ancak vücuttan ayrılan böbrek veya kalp için aynı şeyi söylemek mümkün değildir²⁴.

Yukarıda açıklandığı şekilde vücuttan ayrılan organ ve dokuların, eşyanın unsurlarını sağladığı kabul edildiğinde karşımıza, bu eşyanın mülkiyetinin kime ait olacağı sorusu çıkar. Bu hususta doktrinde, bu parçaların kimin vücudundan ayrılmışsa onun mülkiyetinde olacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, TMK md.

²² **Özbilen**, s. 46-47. Ayrıca yazar bu noktada hukuken üzerinde hakimiyet kurulamama ve ticarete konu edilememe olgusunun karıştırılmaması gerektiğini önemle vurgulamaktadır. Zira bir şeyin üzerinde hakimiyet kurulamıyorsa eşya olma unsurlarından birisi sağlanamamaktadır. Eğer bir şey üzerinde hakimiyet kurulmakla birlikte ticarete konu edilemiyorsa bu şey eşyadır, ancak sadece birtakım hukuki işlemlere konu edilemez. İlk duruma örnek olarak insan vücudu, ikinci duruma örnek olarak uyuşturucu madde verilebilir. **Özbilen**, s. 47-48.

²³ **Antalya**, O. Gökhan, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul, 2017, s. 17; **Özarpat**, Hilmi, "Transplantasyon=Organ Nakli Hukuku", ABD, C. 25, S. 2, 1968, s. 258; **Özbilen**, s. 49-51.

²⁴ **Özbilen**, s. 72 vd.

685/1 “Bir şeyin maliki, onun ürünlerinin de maliki olur.” hükmünün vücuttan ayrılan organ ve dokulara kıyasen uygulanması ile sonuca varılabilecektir²⁵.

Vücuttan ayrılan organ ve dokunun eşya olmadığını savunan yazarlar ise farklı gerekçelerle farklı şekillerde nitelendirme yapmaktadırlar. Bir görüşe göre vücuttan ayrılan organ ve dokular üzerinde vericinin uzatılmış bir kişilik hakkı vardır²⁶. Diğer bir görüşe göre ise organ ve dokuların satışının hem ahlaka aykırı olması hem de kanunun satışı bir suç olarak belirleyip yasaklaması sebebi ile üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacağından dolayı eşya olarak kabul edilemeyeceği; vücuttan ayrılan organ ve dokular üzerinde bizzat kişilik hakkının bulunduğu ifade edilmektedir²⁷.

Bir diğer görüşe göre, nakil amacı ile vücuttan alınan organ ve dokular, başka bir vücudun bütünlüğüne gireceğinden nakledileceği kişinin, kişilik hakkı kapsamına dahil olur. Bu parçalar üzerinde kişilik hakkı devam edeceği için eşya hukuku kuralları değil, kişilik hakkına ilişkin kurallar uygulanır. Ancak vücuttan ayrılan kan, doku, sperm gibi maddeler hemen nakledilmeyip bir süre saklanacak ise bu durumda kişilik hakkı kurallarının yanında uygun düştüğü ölçüde eşya hukuku kuralları da uygulanabilir²⁸.

Doktrinde, vücuttan ayrılan organ ve dokuların nakledileceği kişiye göre ikili bir ayrıma gidilerek de hukuki nitelendirmesinin yapıldığı görülmektedir. Vücuttan ayrılan organ veya dokunun yine aynı kişiye nakledileceği durumlarda, organ ve doku ile vücut arasında işlevsel birlik sona ermediği için bu durumda eşya hukuku kurallarının yanında kişilik hakkına ilişkin kuralların da uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bunun yanında vücuttan ayrılan organ ve doku, başka bir vücuda nakledilecekse vücuttan

²⁵ **Özbilen**, s. 116.

²⁶ **Badur**, Emel, “Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması”, ÇÜHFD, C. 5, S. 1, 2020, s. 301.

²⁷ **Sert/Cihan**, s. 30. Yazarlar, ODNK kapsamına girmeyen ve vücuttan ayrılmış olan organ ve dokuların hukuki niteliği noktasında ise karma bir görüşü benimsemektedirler. Buna göre, bu parçaların, satışı başka kanunlarca yasaklanmamışsa mülkiyet hakkına konu olabilir. Yani eşya olarak nitelendirmek yanlış değildir. Ancak bu maddeler üzerinde aynı zamanda kişilik hakkı da bulunmaktadır. Bkz. **Sert/Cihan**, s. 30. Buna karşın Serozan’a göre ise kişilik hakkının kapsamında olan bir değer aynı zamanda aynı hak konusu olması mümkün değildir. Zira her iki hakkın kesişim kümesi bulunmamaktadır. **Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul, 2007, s. 71.

²⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 5.

ayrıldığı andan itibaren eşya niteliğini kazanacağı, alıcının vücuduna nakledilmekle de eşya olma özelliğini kaybedip tekrardan kişilik değeri haline geleceği ileri sürülmektedir²⁹.

Kanaatimizce insan vücudundan ayrılmış organ ve dokuların hukuki niteliği noktasında son görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira organ veya doku yine çıkarıldığı kişiye nakledilecekse, yani bir ototransplantasyon uygulaması gerçekleştirilecekse, organ veya dokunun vücuttan ayrılması geçici bir ayrılmadır ve bu aşamada insan vücudundan ayrılmış bulunan organ veya dokunun kişilik hakkını koruyucu hükümler ile korunması gerekmektedir. Ancak başka bir kişiye nakledilmek amacıyla çıkarılan organ veya doku ile vücudundan organ veya doku çıkarılan kişinin vücudu arasında işlevsel birlik sona erdiği için, çıkarılma anından itibaren bu parçaların eşya niteliği kazanacağı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde insan vücudundan ayrılan organ ve dokunun alındığı kişinin mi aşılacağı kişinin mi kişilik hakkı kapsamına gireceği sorunu ile karşılaşılacaktır.

1.1.2. İnsan Kökenli Biyolojik Madde

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı hukukumuzda ilk defa 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile TMK'nın 23. maddesine eklenen 3. fıkra³⁰ ile girmiştir. İlgili hüküm, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan, edimini yerine*

²⁹ **Sirmen**, Lale, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 9. Organ ve dokunun yine aynı kişiye nakledileceği durumlarda bu parçaların eşya niteliğini kazanmayacağı fikrine katılmakla birlikte başka bir kişiye nakledileceği hallerde de bu esasın kabul edilmesi gerektiği; çıkarılan organ ve dokular başka bir kimseye nakledilmeyecekse ancak eşya niteliği kazanabileceği yönünde bkz. **Aksoy Dursun**, s. 140. Benzer yöndeki diğer bir görüş ise, ameliyat sırasında bir süreliğine vücuttan ayrılan organı ele alarak, bu organa o esnada verilen zararın eşyaya verilen zarar olarak değil; bedensel zarar olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Baysal**, Başak, Haksız Fiil Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 382.

³⁰ Kanunun gerekçesinde *“Yürürlükteki maddenin üçüncü fıkrasına 3678 sayılı Kanunla eklenen hükmün, ülkemizde bu konu ile ilgili özel bir kanun olan 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun” varken, aynen korunmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilirse de kişi haklarının korunması açısından madde metninde yer alması uygun görülmüştür.”* ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/zgb-alp-amtl-begr.pdf> E.T: 15.09.2020.

getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.” şeklinde düzenlenmiş olup, doktrine incelenmesi gereken yeni bir kavram kazandırmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 236. toplantısında kurulmasına karar verilen ve ilk toplantısını 17-19 Mart 1975 tarihleri arasında yapan Uzmanlar Komitesi, insan kökenli biyolojik madde kavramının, organ ve doku kavramlarının yerine kullanılmasını uygun görmüş; bu kavramın organ ve doku kavramlarını da kapsadığı, ayrıca insan vücudundaki bir parçanın organ mı doku mu olduğu noktasındaki belirsizliği gidereceği gerekçesi ile kullanılmasının daha yerinde olduğunu belirtmiştir³¹.

TMK md. 23/3 hükmü, insan kökenli biyolojik maddelerin tanımına yer vermemiştir. Bu nedenle bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, insan kökenli biyolojik madde, insan vücuduna ait (suni parçalar ve hayvanlardan alınarak insana nakledilen parçalar dışında), canlı organizması ile ilgili olan her türlü parçayı kapsar. Kan, kas, deri, sperm, hatta saç ve tırnaklar da insan kökenli biyolojik maddedir³².

Diğer bir görüşe göre ise ilgili kanun maddesindeki insan kökenli biyolojik madde kavramından ODNK'nın kapsamı dışında kalan insan vücuduna ilişkin parçalar anlaşılmalıdır. Kan, saç, deri, yumurta hücresi, sperm gibi kendini yenileyebilen

³¹ **Özdemir**, Salim, “Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler”, YD, C. 2, S. 1, 1975, s. 104; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 12-13;

³² Akıncı, bir üst kavram olan insan kökenli biyolojik madde ifadesinin, organ ve doku kavramlarının yerine kullanılmasını daha uygun bulmaktadır. Bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 13-14. **Çilingiroğlu** da insan kökenli biyolojik maddeleri, 2238 sayılı Kanun kapsamındaki organ, doku ve bunların parçalarından başka, bu kanuna tabi olmayan ancak insan organizmasında bulunan, insan tarafından üretilebilen, nakline herhangi bir tıbbi veya hukuki engel bulunmayan her türlü şey olarak tanımlamaktadır. Bu tanıma göre saç, deri, sperm, kan ile insana ait DNA gibi moleküller de insan kökenli biyolojik maddelerdir. Bkz. **Çilingiroğlu**, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s. 73. Özbilen ise şu şekilde bir tanıma yer vermektedir: İnsan vücudundaki organ, doku ve hücrelerin yanı sıra herhangi bir cerrahi müdahale olmaksızın insan vücudundan ayrılabilen maddeler insan kökenli biyolojik maddedir. Bu bağlamda hayvan ve bitkilerden elde edilen biyolojik maddelerle; peruk, takma kirpik, protez gibi suni materyaller insan kökenli olmadığı için ilgili kavram kapsamında değerlendirilemez. Bkz. **Özbilen**, s. 7-8.

maddeler insan kökenli biyolojik madde olarak anlaşılmalı, TMK md. 23/3 hükmü de sadece bu tür biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakline uygulanmalıdır³³.

ODNK kapsamında olsun olmasın, insan kökenli biyolojik maddelerin, insana ait her türlü parça olduğu görüşüne üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, yukarıda yer verilen tanımlardan yola çıkarak insan kökenli biyolojik madde kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: İnsan vücudundan köken alan, dışarıdan vücuda dâhil edilmemiş her türlü organ, doku ve hücrenin yanı sıra vücuttan kolayca ayrılabilen saç, deri, tırnak, sperm gibi biyolojik parçaların tümüdür.

Organ ve dokuların hukuki niteliğine ilişkin görüşler insan kökenli biyolojik maddeler için de geçerlidir. Ancak farklılık arz eden bazı durumlar da vardır. Bunlar üreme hücreleri ve DNA gibi genetik materyallerdir. Bu parçalar, kişinin genetik mirasını taşıdıkları için farklı değerlendirilmektedir. Ancak çalışmamızda ODNK'nın kapsamı dışında kalan biyolojik maddelere değinilmeyeceği için burada daha ayrıntılı bir açıklama yapılmayacaktır³⁴.

1.1.3. Alıcı ve Verici

Naklin gerçekleştirilebilmesi için organ ve dokunun alındığı bir organizmaya ihtiyaç vardır. Organ ve doku nakline kaynak olan bu organizma, organ vericisi veya donör olarak adlandırılır. Fransızca “*donneur*” kelimesinden dilimize geçmiş olan donör kavramı daha ziyade tıp bilimince tercih edilmektedir. 2238 sayılı Kanun'da ise donör yerine, verici ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeple biz de çalışmamızda Kanun'daki kullanıma uygun olması açısından, donör kelimesinin Türkçe karşılığı olan verici ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz³⁵.

³³ **Gürzumar**, Osman Berat, “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, ABD, S. 3, 1991, s. 380.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbilen**, s. 26-35.

³⁵ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=donor> E.T: 20.08.2020.

Organ ve doku naklinde verici, canlı bir organizma olabileceği gibi ölü de olabilir. Dolayısıyla vericinin biyolojik durumuna göre organ ve doku nakilleri, canlıdan organ ve doku nakilleri-ölüden organ ve doku nakilleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Alıcı ise vericiden alınan organ veya dokunun nakledildiği kişidir. Alıcının mutlaka yaşayan bir kişi olması gerekmektedir. Zira nakil işlemi, alıcının iyileştirilmesi amacıyla gerçekleştirilmektedir³⁶.

1.1.4. Organ ve Doku Nakli

TDK sözlüğündeki tanıma göre organ nakli, “*İşlevini yitirmiş bir organın yerine sağlam bir organı koyma, organ aktarımı, transplantasyon.*” olarak tanımlanmaktadır³⁷. Bu tanımda geçen transplantasyon ifadesi genellikle tıp terminolojisinde kullanılmakla birlikte biz, çalışmamız kapsamında 2238 sayılı ODNK’da kullanıldığı şekilde nakil ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin³⁸ “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlıklı 4. maddesinin “ğ” bendinde organ ve doku nakli, “*Terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulaması*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimizce Yönetmelikteki bu tanım, organ ve doku nakli faaliyetini açıklamada yeterli değildir. Zira Yönetmelik, organ ve doku naklini tanımlarken, gerçekleştirilen faaliyeti açıklamaktan ziyade uygulamanın amacını ve yapılabileceği zamanı belirlemiştir. Ayrıca “organ ve doku nakli uygulaması” ifadesine yer vererek de tekrara düşülmüştür.

Türkiye Organ Nakli Derneği tarafından yapılan tanıma göre organ ve doku nakli, başkaca bir çözüm yolu bulunmadığı için bir kişiden alınan organ veya dokuların, tedavi

³⁶ Aydın, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 9.

³⁷ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=organ%20nakli> E.T: 09.08.2020.

³⁸ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 01.02.2012 tarihli ve 28191 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

amacı ile bir başka kişiye nakledilmesi işlemidir³⁹. Görüldüğü üzere bu tanımda alıcı için başka bir tıbbi çözümün kalmamış olması ve naklin tedavi amacı ile yapılacağı noktalarına değinilmiştir.

İleride ayrıntılı bir şekilde bahsedilecek olan Biyotıp Sözleşmesi'nin, ülkemiz tarafından imzalanmayan⁴⁰ 24.01.2002 tarihli İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakli Hakkındaki Ek Protokol'ünün⁴¹ “Kapsamlar ve Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 4. fıkrasında naklin tanımına ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Tanıma göre nakil; organ veya dokunun bir kişiden alınması ve bu organ veya dokunun bir başka kişiye aktarılması arasında geçen tüm hazırlık, koruma ve saklama aşamalarını da kapsayan bir işlemdir⁴².

Doktrindeki bir tanıma göre organ ve doku nakli, başka bir tıbbi çözüm yolu kalmadığı için bir kimsenin organ veya dokularını, yaşarken veya ölümünden sonra nakledilmesi amacıyla kronik organ rahatsızlığı olan kişilere bağışladıktan sonra tedavi amacıyla gerçekleştirilen aktarım işlemidir⁴³. Bu tanımda da organ naklinin alıcı için son çare olmasına ve tedavi amacı ile yapılması gerektiğine değinilmiştir. Ayrıca tanımda sadece insandan insana yapılan nakiller üzerinde durulmuştur. Hayvandan insana yapılan veya insanın kendi dokusunun yine kendisine aşılandığı nakillere yer verilmemiştir. Ancak bunun bir eksiklik olduğunu düşünmemekteyiz. Zira ilgili tanım ODNK kapsamındaki organ ve doku nakilleri esas alınarak yapılmıştır.

Organ ve doku naklinin doktrindeki bir diğer tanımı ise şu şekildedir: İşlevlerini yerine getiremeyen organ, doku veya hücrelerin çıkartılarak yerine yeni bir organ, doku veya

³⁹ <http://www.tond.org.tr/tr/sayfalar/sss.php> E.T: 09.08.2020.

⁴⁰ Sözleşmenin rızaya ilişkin hükümlerine ve çekince konulmasına getirilen eleştirilere ayrıntılı olarak çalışmamızın ikinci bölümünde değinilecektir.

⁴¹ İnsan Kökenli Organ ve Dokuların Nakli Hakkındaki Ek Protokol'ün İngilizce metni için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081562> E.T: 20.03.2021.

⁴² Biyotıp Sözleşmesi ve söz konusu Ek Protokol'e çalışmamızın “Uluslararası Düzenlemeler” başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecektir.

⁴³ **Akyıldız, Sunay**, “2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu ile Organ Bağışı”, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul, 2007, s. 288.

hücrenin yerleştirilmesi işlemidir⁴⁴. Vericinin biyolojik durumu, organın elde edildiği kaynak, tedavi amacı gibi yönere değinilmeden yapılan bu tanım hem ODNK kapsamındaki nakilleri hem de ODNK kapsamında olmayan nakilleri ifade eden genel bir tanımdır.

ODNK’da ise tanımlar maddesi olmadığı için organ ve doku nakli açıkça tanımlanmamıştır. Ancak “Amaç” başlıklı birinci maddesinin yorumlanması ile organ ve doku naklinin bir tanımının yapılması mümkündür. Birinci madde “*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre organ ve doku naklini; insan organizmasını oluşturan organ ve dokular ve bunların parçalarının, canlıdan veya ölüden, kanunda belirtilmiş tıbbi ve hukuki şartlara uyulmak suretiyle tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar⁴⁵ gözetilerek alıcıya aktarılması işlemi olarak tanımlayabiliriz⁴⁶.

Sonuç olarak organ ve doku naklinin yeknesak bir tanımının yapılması mümkün görünmemektedir. Zira nakle bakış açısının farklı olmasından dolayı çeşitli tanımlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin sadece insandan insana yapılan nakillere ilişkin tanım, türler arası nakilleri de içine alan genel bir tanıma göre daha sınırlı olacaktır. Benzer şekilde sadece ODNK kapsamındaki nakillerin tanımı, tüm insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan naklin tanımından daha dar kapsamlı olacaktır. Dolayısıyla çalışmamızda Kanun kapsamındaki organ ve doku nakilleri için ayrı, genel olarak nakli açıklamak için ayrı tanımlara yer vermeyi uygun bulmaktayız.

İlk tanım ilgili kanun kapsamındaki nakilleri açıklayacak şekildedir. Bu tanıma göre organ ve doku nakli; insan organizmasını oluşturan nakle konu olabilecek organ veya dokuların, yaşayan bir kişiden onun rızası ile veya kişinin sağlığında, ölümünden sonra yapılacak nakle rıza göstermesi ile ya da kanundaki şartların sağlanması halinde

⁴⁴ **Ayan**, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 17.

⁴⁵ Kanun’un tedavi, teşhis ve bilimsel amaç ifadesine yer vermesi doktrinde oldukça tartışılan bir konudur. Çalışmamızda, “Türk Hukukundaki Düzenlemeler” başlığı altında bu konu ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

⁴⁶ **Sert/Cihan**, s. 13.

yakınların rızası ile veya rıza aranmaksızın, tıbbi ve hukuki sınırlamalara uyularak alınıp, alıcıya aktarılması işlemine denir.

Kanunun kapsamı dışında kalan nakilleri de içine alacak şekilde kapsamlı bir tanım yapmak gerekirse organ ve doku nakli, organ veya dokuların insanlar arasında veya farklı türe mensup canlılar arasında veyahut da bir canlının kendi vücudundan alınıp yine kendi vücudunda başka bir yere aktarılması şeklinde gerçekleşen işlemler olarak ifade edilebilir.

1.2. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

1.2.1. Dünyada Organ ve Doku Naklinin Tarihi Gelişimi

İnsan vücudundaki hastalıklı veya hasar görmüş uzuvların değiştirilmesi düşüncesi yüzlerce yıldır varlığını sürdürmektedir. Tarihteki ilk organ naklinin, Cosmos ve Damian kardeşler tarafından M.S. üçüncü yüzyılda yapıldığı ve dönemin birçok ünlü resminde tasvir edildiği bilinmektedir⁴⁷. Nakil, kangren olmuş bir bacağın kesilerek yerine ölmüş bir kişinin bacağının nakledilmesi şeklinde gerçekleştirilmiştir. “Siyah bacak mucizesi (“The Miracle of the Moor’s (Black) Leg)”⁴⁸ olarak da bilinen naklin başarılı olup olmadığı hakkında kesin bir bilgi olmamakla beraber modern cerrahi yöntemlerin o dönemlerde bilinmemesinden dolayı naklin başarısız olduğu tahmin edilmektedir⁴⁹.

Geçmiş yüzyıllardaki en önemli gelişme ise on altıncı yüzyılda Bologna Üniversitesi profesörü, İtalyan cerrah Gasparo Tagliacozzi tarafından gerçekleştirilen plastik

⁴⁷ **Barker**, Clyde F./**Markmann**, James F., “Historical Overview of Transplantation”, Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine, Vol. 3, Iss. 4, 2013, s. 1. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3684003/> E.T: 06.08.2020.

⁴⁸ **Jović**, Nebojša J./**Theologou**, Marios, “The Miracle of the Black Leg: Eastern Neglect of Western Addition to The Hagiography of Saints Cosmas And Damian”, Journal AMHA, Vol. 13, Iss. 2, 2015, s. 331. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27604202/> E.T: 06.08.2020.

⁴⁹ **Terzioğlu**, Aslan, “Organ Transplantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 1993, s. 35.

rekonstrüksiyon⁵⁰ işlemidir. Bu uygulamada Tagliacozzi, hastaların kendi vücutlarından alınan derileri, hasar görmüş veya kaybedilmiş burunlarına nakletmekteydi. Tagliacozzi, farklı bireylerden alınan dokuların naklin gerçekleştirildiği kişide immünolojik reaksiyona neden olacağını yani vücudun bu dokuya karşı alerjik tepki göstereceğini, dokuyu kabul etmeyeceğini savunmaktaydı⁵¹.

On sekizinci yüzyıla gelindiğinde İskoç cerrah John Hunter tarafından yapılan denemeler, organ nakline ilişkin ilk bilimsel denemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Hunter, hayvanlar üzerinde çalışmalar yapmıştır. Bir horozun pençesini başka bir horozun ibiğine nakletmiş, pençenin nakledildiği yerde gelişimini sürdürdüğünü gözlemlemiştir⁵². Ayrıca John Hunter'ın ölüden ve canlıdan diş nakilleri gerçekleştirdiği de bilinmektedir. O dönemde diş nakli ile sifiliz (frengi) gibi hastalıkların dişin nakledildiği kişiye geçebileceğini düşünen bilim adamlarının aksine Hunter, nakiller ile sifilizin geçebileceğine inanmıyordu. Ancak yapmış olduğu bir diş nakli neticesinde bir gencin sifilizden dolayı öldüğüne ilişkin haberler de tıp basınında yer almıştır. Bu ve benzeri ilginç görüşlerine ve çalışmalarına rağmen Hunter'ın, organ naklinin öncüsü olduğu kabul edilmektedir⁵³. On sekizinci yüzyılın sonlarına doğru ise diş nakilleri yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Ancak bu tür nakillerden sifiliz gibi hastalıkların ortaya çıkmasından dolayı vazgeçilmiş, yeni uygulamalar geliştirilmeye çalışılmıştır⁵⁴.

Her ne kadar organ nakli hayalleri ve bu yöndeki denemeler M.S. üçüncü yüzyıla kadar dayansa da modern anlamdaki nakil uygulamalarının yirminci yüzyılın başlarında karşımıza çıktığı söylenebilir. Modern tıp, deneysel anlamda ilk organ nakli olan böbrek

⁵⁰ Tıbbi bir müdahale ile eksik bir organ veya organ parçasına normal şeklini kazandırma işlemidir. Örneğin yüz şekli bozukluklarında, kişinin kendi dokusu ile mevcut anomalinin düzeltilmesi işlemi rekonstrüksiyon işlemidir. <https://saglik.sozlugu.org/reconstruction/> E.T: 06.08.2020.

⁵¹ **Ziroğlu**, Şefik, Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar, Ankara, 2019, s. 22; **Bezinover**, Dmitri/**Saner**, Fuat, “Organ Transplantation in the Modern Era”, BMC Anesthesiology, 2019, s. 1. <https://bmcanesthesiol.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12871-019-0704-z> E.T: 06.08.2020.

⁵² **Abbasoğlu**, Osman/**Çakmakçı**, Metin, “Günümüzde Organ Transplantasyonu”, Bilim ve Teknik, C. 26, S. 312, 1993, s. 825.

⁵³ **Richardson**, Ruth, “Human Dissection And Organ Donation: A Historical And Social Background”, Mortality, Vol. 11, Iss. 2, 2006, s. 157-159; **Terzioğlu**, s. 36-37.

⁵⁴ **Terzioğlu**, s. 37.

naklinin, 1902 yılında Viyana’da Macar asıllı Doktor Emerich Ullmann tarafından hayvanlar üzerinde gerçekleştirildiğini kayıt altına almıştır.⁵⁵ Bu nakilde Ullmann, bir köpeğin böbreklerini aynı köpeğin boynuna başarılı bir şekilde nakletmiş ve nakledilen organ beş gün boyunca işlevlerini yerine getirmiştir. Bu nakilden kısa bir süre sonra Ullmann, köpek ve keçi arasında organ nakli denemesi yaparak ilk ksenotransplantasyonu (türler arası transplantasyon) gerçekleştirmiş, ancak bu uygulamasında başarısız olmuştur⁵⁶.

1906 yılında Fransız cerrah Mathieu Jaboulay tarafından ilk kez ikili böbrek nakli denenmiş, böbrek yetmezliği olan hastaya bir domuzdan bir de keçiden alınan böbrekler nakledilmiş, ancak bu operasyonda başarısız olunmuştur⁵⁷. Daha sonra Joboulay’ın öğrencisi Alexis Carrel, 1904-1910 yılları arasında yaptığı çalışmalar sonucunda kan damarlarının dikilebilmesine ilişkin özel teknikler geliştirmiştir. Carrel, ince iğneleri ve ince dikiş iplerini kullandığı bu teknikle hayvanlar üzerinde organ nakli gerçekleştirmiş, sonuçta organların başarılı bir şekilde alıcının vücuduna dikilebileceğini göstermiştir. Carrel, bu çalışmaları ile 1912 yılında Nobel Ödülü’ne layık görülmüştür⁵⁸.

İnsanlar üzerindeki böbrek nakillerinin modern çağı ise 1933 yılında Rusya’da, Yurii Voronoy tarafından kadavradan böbrek nakli yapılması ile başlamıştır. Voronoy’un gerçekleştirmiş olduğu nakil, alıcı ve vericinin kan gruplarının uyuşmaması sebebi ile başarısızlıkla sonuçlanmış olmasına rağmen bir ilk olması açısından oldukça önemlidir⁵⁹.

İkinci Dünya Savaşı’nın başlaması ile organ nakillerine olan ilgi artmıştır. O dönemde bilim adamları tarafından savaşta yaralanan ve organları zarar görmüş askerlerin tedavisi için çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Savaş döneminde nakil alanında en

⁵⁵ **Haberal**, Mehmet, “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları”, Doku ve Organ Transplantasyonları, 1993, s. 3.

⁵⁶ **Dangoor**, Joseph Yoav/**Hakim**, David N./**Singh**, Rajinder Pal/**Hakim**, Nadey S., “Transplantation: A Brief History”, Experimental and Clinical Transplantation, Vol. 13, Iss. 1, 2015, s. 1. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25542855/> E.T: 07.08.2020; **Barker/Markmann**, s. 3.

⁵⁷ **Barker/Markmann**, s. 3; **Dangoor/Hakim/Singh/Hakim**, s. 1.

⁵⁸ **Dangoor/Hakim/Singh/Hakim**, s. 3; **Abbasoğlu/Çakmakçı**, s. 826.

⁵⁹ **Barker/Markmann**, s. 3.

dikkat çekici gelişme İngiliz biyolog Peter Brian Medawar tarafından yapılan transplantasyon immünolojisi çalışmalarıdır. Medawar, bu çalışmalarını ile 1960 yılında Nobel Ödülü almıştır⁶⁰.

Nihayet 1954 yılında Amerika/Boston’da, Joseph Murray ve ekibi tarafından ilk başarılı böbrek nakli gerçekleştirilmiştir. Tek yumurta ikizleri arasında gerçekleştirilen nakil beş buçuk saat sürmüş, böbrek nakledilen hasta, operasyon sonrasında sağlığına kavuşmuştur. Murray, tek yumurta ikizleri arasında yapmış olduğu naklin başarısının ardından ekibi ile akraba olmayanlar arasında nakil için çalışmalara başlamış ve birçok başarısız operasyonun ardından başarıya ulaşmıştır. Murray, organ nakli alanında yapmış olduğu başarılı çalışmalar neticesinde 1990 yılında Nobel Ödülü’ne layık görülmüştür⁶¹.

1960’lardan itibaren immüsupresif (bağışıklığı baskılayıcı) ilaçların keşfedilmesi ile organ ve doku nakli uygulamaları dünya genelinde hız kazanmıştır. 1967 yılında Thomas Starzl tarafından ilk başarılı karaciğer nakli, yine aynı yılda Christiaan Barnard tarafından ilk başarılı kalp nakli gerçekleştirilmiştir. Kalp nakli gerçekleştirilen hasta on sekiz gün boyunca yaşamını sürdürmüştür. Bu naklin ardından dünya genelinde yüzlerce kalp nakli gerçekleştirilmiş, ancak hastaların yaşam süresi noktasında başarılı sonuçlara ulaşamamıştır⁶².

Nakle konu olabilecek diğer organların (pankreas, akciğer lobları, bağırsak vb.) nakilleri de tarihsel süreçte cerrahlar tarafından gerçekleştirilmiş, başarısız denemelerin ardından geliştirilen yeni yöntemlerle başarılı sonuçlar elde edilmiştir. Özellikle, dünyada kompozit doku nakillerinin⁶³ ilk örnekleri niteliğinde olan 2005 yılında Fransa’da kısmi yüz nakli, 2006 yılında Çin’de ayı saldırısı sonucu yaralanan bir hastaya yüz nakli ve

⁶⁰ **Bezinover/Saner**, s. 1; **Dangoor/Hakim/Singh/Hakim**, s. 2; **Barker/Markmann**, s. 2.

⁶¹ **Koçak Süren**, Özlem, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açından İncelenmesi”, TBBD, C. 20, S. 73, 2007, s. 176-177; **Dangoor/Hakim/Singh/Hakim**, s. 2; **Bezinover/Saner**, s. 1.

⁶² **Bezinover/Saner**, s. 1; **Ziroğlu**, s. 24.

⁶³ Alıcının yaşam kalitesini artırmak amacı ile doku vericisinden alınan ve birden çok dokudan oluşan el, yüz, kol, bacak, ayak gibi yapıların bir başka kişiye nakledilmesine kompozit doku nakli denir. Bkz. **Batur Özçetin**, Arzu, “Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması ve Yasal Durumlar”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 147-149; **Özmen**, Selahattin, “Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 157.

2007 yılından sonra Amerika'da gerçekleştirilen nakiller, dünyada organ nakillerinin hangi seviyeye geldiğini gösteren en iyi örneklerdir⁶⁴.

Tıp tarihinde son yarım yüzyıl organ nakilleri açısından oldukça başarılı kabul edilmektedir⁶⁵. Ancak organ naklinin günümüzdeki seviyesine gelebilmesinde geçmişteki çalışmaların ve denemelerin çok büyük bir rolünün olduğunu belirtmek gerekir, zira geçmiş dönemde başarısızlıkla sonuçlanan nakil denemelerinin sonuçları, bilim insanlarını yeni çalışmalar yapmaya sevk etmiştir. Gelişen teknoloji sayesinde de nakillerin başarı oranı giderek yükselmekte ve daha kısa sürede, daha az yan etkili nakiller gerçekleştirilmektedir. Bu gelişmeler hastalar açısından da umut ışığı olmaktadır.

1.2.2. Türkiye'de Organ ve Doku Naklinin Tarihi Gelişimi

Ülkemizde ilk organ nakli girişimi, 1968 yılında Dr. Kemal Beyazıt tarafından gerçekleştirilen kalp naklidir. Ancak bu nakil, hastanın operasyondan 18 saat sonra yaşamını yitirmesi sebebiyle başarılı bir nakil olarak kayıtlara geçememiştir⁶⁶. Dünyada ilk başarılı böbrek naklinden yaklaşık yirmi bir yıl sonra, 1975 yılında, ilk başarılı böbrek nakli Dr. Mehmet Haberal ve ekibi tarafından Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nde gerçekleştirilmiştir. On iki yaşındaki erkek bir hastaya, annesinden alınan böbrek nakledilmiştir. Yapılan bu akrabalar arası böbrek nakli, ülkemizdeki ilk başarılı organ naklidir⁶⁷.

Organ ve doku nakli alanındaki bu gelişmelerin ardından ülkemizde nakil çalışmaları hız kazanmıştır. 1978 yılında Avrupa Transplantasyon Birliği'nden (Eurotransplant) getirilen böbrekle, ilk kadavradan böbrek nakli; 1979 yılında 2238 sayılı ODNK'nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra ise yerli kadavradan böbrek nakli; 1988 yılında kadavradan karaciğer nakli yine Dr. Mehmet Haberal ve ekibi tarafından

⁶⁴ Özmen, s. 161.

⁶⁵ Barker/Markmann, s. 14.

⁶⁶ Ziroğlu, s. 26; Koçak Süren, s. 177.

⁶⁷ Haberal, s. 4.

gerçekleştirilmiştir⁶⁸. Ardından 1998 yılında İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Dr. Öztekın Oto ve ekibi tarafından dokuz yaşındaki bir çocuga, ateşli silah yaralaması sebebi ile hayatını kaybeden beş yaşındaki bir çocuktan alınan organlar nakledilmiştir. Böylece ülkemizde ilk defa kalp-akciğer nakli gerçekleştirilmiştir⁶⁹.

2000'li yıllara gelindiğinde dünya genelinde denenen kompozit doku nakillerinin ülkemizde de uygulanmaya başlandığı görülmektedir⁷⁰. 2010 yılında Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde kadavradan çift kol; 2012 yılında yine aynı fakültede Dr. Ömer Özkan tarafından ilk yüz nakli başarıyla gerçekleştirilmiştir⁷¹. 2011 yılında ise dünyada sayılı olarak gerçekleştirilen ve başarıya ulaşması zor bir nakil operasyonu olan rahim nakli yine Dr. Ömer Özkan ve ekibi tarafından gerçekleştirilmiş olup; 2020 yılında rahim nakledilen kadın çocuk sahibi olmuş ve naklin başarısı bir kez daha kanıtlanmıştır. Bu operasyondan sonra ülkemizde gerçekleştirilen nakil operasyonları, dünya genelinde büyük bir ilgi odağı haline gelmiştir⁷².

Sonuç olarak dünya genelinde organ nakline olan ilginin ve bu alandaki çalışmaların artmasına Türkiye'de de kayıtsız kalınmamış, bu alanda önemli adımlar atılmıştır. Ülkemizdeki nakil çalışmaları, ilk organ naklinin gerçekleştirilmesinden yaklaşık yirmi yıl kadar sonra başlasa da bu alanda hızlı bir gelişme kaydedildiği söylenebilir. Organ nakli alanında, dünyada öncü niteliğindeki gelişmeler yakından takip edilerek, yeni nakil teknikleri ülkemizde de uygulanmaya başlanmıştır. Örneğin 1989 yılında dünyada ilk defa uygulanmaya başlanmış olan akrabalar arası kısmi karaciğer nakli uygulaması,

⁶⁸ **Karakayalı, Hamdi/Haberal, Mehmet**, "The History and Activities of Transplantation in Turkey", *Transplantation Proceedings*, Vol. 37, Iss. 7, 2005, s. 2906. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041134505007682?via%3Dihub> E.T: 08.08.2020.

⁶⁹ **Gözübüyük, Alper**, "Solid Organ Nakil Tarihçesi", s. 3. <http://www.jcam.com.tr/files/KATD-1720.pdf> E.T: 08.08.2020.

⁷⁰ 2238 sayılı Kanun'da aranan şartların yanında kompozit doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için birtakım ek şartlar aranmaktadır. Bu şartlar ilgili Bakanlığın 29.03.2011 tarihli ve 13984 sayılı onayı ile yürürlüğe giren Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nde düzenlenmektedir. Kompozit doku nakillerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Özmen**, s. 157 vd.; **Batur Özçetin**, s. 147-149.

⁷¹ **İşıl Ülman, Yeşim**, "Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Görüşü (Ülkemizde Son Dönemde Gerçekleşen Organ ve Kompozit Doku Nakilleri Bağlamında)", *Biyoetik Araştırmaları*, 2012, s. 1. <https://www.researchgate.net/publication/268217168> E.T: 09.08.2020; **Özmen**, s. 162.

⁷² Türkiye'de gerçekleştirilen ilk rahim nakline ilişkin haberler için bkz. <https://www.akdeniz.edu.tr/on-yillik-mucadele-sonunda-gelen-buyuk-mutluluk/> , <https://www.trthaber.com/haber/saglik/kedilerin-otizmli-cocuklar-uzerinde-olumlu-etkisine-rastlandi-549138.html> E.T: 22.01.2021.

çok kısa bir süre sonra, 1990 yılında, ülkemizde de uygulanmaya başlanmış ve bu yöntemle birçok nakil gerçekleştirilmiştir⁷³. Ülkemizde ilk kalp naklinin denendiği 1968 yılından bugüne kadar geçen süre içerisinde böbrek, karaciğer, kalp vb. nakiller başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiş, bu operasyonlar artık rutin uygulamalar düzeyine inmiştir. Ülkemizde organ nakli çalışmalarının hala gelişmekte olduğu ve özellikle son yıllarda organ bağıışı oranının diğer pek çok ülkeden yüksek olduğu istatistiksel verilerden de anlaşılmaktadır⁷⁴.

1.3. ORGAN VE DOKU NAKLINE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1.3.1. Ulusal Düzenlemeler

1.3.1.1. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk Hukuku'nda organ ve doku nakline ilişkin ilk ve en temel düzenleme 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakline İlişkin Kanun'dur. Bu kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde, bir hastanede herhangi bir rıza olmaksızın ölüden kornea alınmış ve bu alım işlemi Yargıtay kararına⁷⁵ konu olmuştur. Yargıtay, naklin hem hukuki yönden hem de cezai yönden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda, kornea naklini gerçekleştiren hekimlerin davranışlarının hırsızlık suçunu oluşturmadığı; ancak yakınların kişilik hakkının ihlal edilmesi gerekçesi ile hukuk mahkemelerinde dava açılarak hekimlerden tazminat isteminin söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca Yargıtay kararında, gerek mevzuatta organ ve doku nakline ilişkin hükümlerin bulunmaması gerek içtihatların da

⁷³ Haberal, s. 6.

⁷⁴ <http://www.tonv.org.tr/wp-content/uploads/2019/05/organ-nakli-istatistikler-2018.pdf> E.T: 08.08.2020.

⁷⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 1975/2433 E., 1975/3150 K., 02.06.1975 T. Yargıtay Kararı'nın tam metni ve kararın yorumu için bkz. **Dönmezer**, Sulhi, "Organ Nakli", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 373-380; **Özdemir, S.**, s. 109.

henüz oluşmaması sebebi ile bir an önce bu alanda kanun çıkarılması gerektiği önemle vurgulanmıştır⁷⁶.

2238 sayılı Kanun'un yanı sıra organ ve doku nakline ilişkin birçok alt düzenleme de bulunmaktadır. Bunların başında Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği gelmektedir. Ayrıca Bakanlık tarafından yayımlanan pek çok genelge, yönerge ve tebliğ de bulunmaktadır. Bu düzenlemeler kanun ve yönetmeliklerin uygulanması için detaylı bilgiler veren düzenlemelerdir. Organ ve doku nakline ilişkin bazı alt düzenlemeler Organ Nakli Merkezleri Yönergesi, Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi, Ulusal Organ Nakli Bilgi Sistemi Genelgesi'dir⁷⁷. Bu bölümde, temel düzenlemeler olması sebebi ile ODNK ve Yönetmelik'e değinilecektir.

1.3.1.1.1. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakline İlişkin Kanun

1.3.1.1.1.1. Genel Olarak

Dünya genelinde gerçekleştirilen başarılı nakillerin ardından 1960'lı yılların sonlarına doğru Türkiye'de de bu alanda çalışmalar başlamıştır. Kısa bir süre içinde nakillerde başarı sağlanmış, ülke genelinde bu operasyonlar yaygınlaşmıştır. Yaşanan gelişmelerin ardından, 1968 yılında Türk Tabipler Birliği tarafından oluşturulan beş kişilik komite, ölümün tanımı ve tespitine ilişkin kriterler; organ ve doku naklinin alıcı, verici ve hekim açısından gerektirdiği şartlar vb. konularda kanunların çıkarılması gerektiğini vurgulamıştır. Yürürlükteki temel düzenlemelerin yetersiz kalması ve Türk Tabipler Birliği'nin açıklamaları üzerine, gerçekleştirilecek nakillerin yasal bir zemine

⁷⁶ Söz konusu Yargıtay Kararı'nda bu gereklilik şu şekilde ifade edilmiştir: "...Dünyanın birçok ülkelerinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve âcil tıbbî sebeplerle (belki ilgilinin muvafakatini almak imkânını bulamadan) organ nakli yapmaktadırlar. Kanun koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dar bir mânâ vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbî çalışmalarını ve fennin ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazunca bir an evvel organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukuki yönlerini tayin ve tesbit etmektir." Bkz. **Dönmezer**, s. 375.

⁷⁷ Organ ve doku nakline ilişkin tüm düzenlemeler için bkz. <https://www.saglik.gov.tr/TR,10357/saglik-mevzuati.html> E.T: 15.09.2020.

kavuşturulması için çalışmalara başlanmıştır⁷⁸. Bunun üzerine Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 29.05.1979 tarihinde kabul edilerek 03.06.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁹. Diğer pek çok ülkeden daha erken bir tarihte konuya ilişkin kanuni düzenleme yapılmış olması sebebi ile kanunumuzun, öncü niteliğinde bir kanun olduğu söylenebilir⁸⁰.

Kanun genel hükümler, yaşayan kişilerden organ ve doku alınması, ölüden organ ve doku alınması, ceza hükümleri başlıklarını taşıyan dört bölüm ve on yedi maddeden oluşmaktadır. Kanun'da, 2594 sayılı Kanun ile 21.01.1982 tarihinde, 6514 sayılı Kanun ile 02.01.2014 tarihinde, 698 sayılı KHK ile 24.06.2018 tarihinde ve son olarak 7151 sayılı Kanun ile 15.11.2018 tarihinde olmak üzere birçok değişiklik yapılmıştır. Yapılan son değişiklik ile Kanun'a, "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları" başlıklı Ek Madde-1 ile "Canlıdan Organ Alınması ve Etik Komisyonlar" başlıklı Ek Madde-2 eklenmiştir. Bu başlık altında 2238 sayılı Kanun'un Genel Hükümlerine kısaca değinilecektir.

⁷⁸ 1978 yılında TBMM'ye sunulan kanun teklifinin gerekçesinde "Transplantasyonun tıbbi (medical) gelişim gereksinimi, akademik ve klinik çalışmalarına büyük ölçüde hız vermişse de bu gelişimi engelleyen en büyük faktörlerin başında, ortaya çıkan hukuksal sorunların giderilmemiş olması gelmektedir. Bu yönde gelişmiş ülkeler çıkardıkları yasalar ile hukuksal sorunlarını gidermişler ve çağın insan sağlık ve yaşamında büyük yeri olan organ naklinde önemli derecede ilmi ve teknik başarı düzeyine ulaşmışlardır." ifadesi yer almaktadır. Gerekçede organ ve doku naklinde, gerçekleştirilen operasyonların hukuka uygunluğunu sağlayacak bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olduğuna dikkat çekilmiştir. Ayrıca gerekçe metninin devamında "Öte yandan transplantasyonun İslam Dini kurallarına ters düştüğü akla gelebilirse de dinimiz kurallarının da organ nakline olanak verdiği anlaşılmaktadır. Nitekim, bir yaralıya ve hastaya tedavi maksadıyla başka birinin kanını vermesinde veya bir körü gördürmek için ölü bir insanın gözünden bir kısmını alıp ona takmakta dinen bir sakınca bulunup bulunmadığı hakkındaki Diyanet işleri İstişare Kurulunun 20.01.1960 günlü kararında; 1. Ayeti Kur'an'ın delaletlerinden de anlaşılacağı üzere İslâmiyette, hayati beşerin muhafazası zarureti ile haram şeylerin zaruri miktarda yenilmesi, içilmesi caiz olduğundan bir hastanın veya yaralının tedavisi kanlı canlı kimselerden alınıp verilecek kana tevakkuf ettiği takdirde bunu yapmakta bir mahzur bulunmadığı, 2. Bir körün görmesi, ölmüş bir insanın vasiyeti üzerine gözlerinin alınıp takılacak bir kısma tevakkuf ettiği takdirde bunu yapmakta da, - İslâm fakihlerinden bazılarının ölmüş bir insanın kemiklerinden bir kısmının o kemiğe muhtaç diri bir insana eklenebileceği hakkındaki içtihatlarına binaen bir mahzur görülmediği açıklanmıştır." şeklinde Diyanet İşleri İstişare Kurulu'nun kararına yer verilmesi, konunun dine uygunluğunun da dikkate alındığını göstermektedir. Kanun teklifi ve gerekçe metninin tamamı için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d05/c012/mm_05012077ss0328.pdf E.T: 29.08.2020.

⁷⁹ **Kılıçoğlu**, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBBB, C. 1, S. 2, 1991, s. 248; **Bayraktar**, Köksal, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a İlişkin Düşünceler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 2, s. 15; **Ziroğlu**, s. 53.

⁸⁰ Organ ve doku nakli kanunları, Avusturya'da 1982'de, İngiltere'de 1989'da İtalya'da, 1993'te, Belçika'da 1986'da yürürlüğe girmiştir. **Gökçen**, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SÜHFD, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 63.

1.3.1.1.1.2. Kanunun Amacı

ODNK, 1979 yılından önce organ ve doku nakillerine ilişkin doktrinde hâkim olan görüşleri ve Türk özel hukukundaki kişilik hakkını koruyan temel düzenlemeleri (TMK md. 23, 24) esas alarak oluşturulmuştur. Kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının, spesifik olarak organ ve doku nakli uygulamalarında korunabilmesini amaçlayan kanunun “Amaç” başlıklı birinci maddesine göre, “*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir*”. Bu hükme göre organ ve doku; alım, saklama, aşılama ve nakil işlemlerine konu yapılabilecektir. Dolayısıyla nakil işlemi hükmün düzenlediği dört işlemten sadece birisidir⁸¹. Ayrıca Kanun bu işlemlerin tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla gerçekleştirilebileceğini düzenlemiştir. Bu amaçlar dışında organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakledilmesi hukuk aykırı kabul edilmektedir⁸².

Kanunun tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınabilmesini düzenleyen birinci maddesi, bu amaçların hangi kaynağa ilişkin olduğunu açıklamamaktadır. Diğer bir deyişle kanun, organ ve doku alımının yukarıda belirtilen amaçlarla yaşayan kişiden mi ölüden mi gerçekleştirileceğini belirtmemiştir. Dolayısıyla kanunun lafzından, yaşayan kişilerden de bilimsel amaçlarla organ ve doku alınabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca tedavi amacından ne anlaşılması gerektiği, tedavinin kapsamına hangi tür iyileştirmelerin girdiğine ilişkin de doktrinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Tedavi, teşhis ve bilimsel amaç ifadelerine kısaca yer verilerek, kanunun birinci maddesine ilişkin doktrindeki görüşlerin incelenmesinde yarar bulunduğunu düşünüyoruz.

⁸¹ Kanun’da yer verilen nakil kavramı alma, aşılama ve saklamayı da kapsayan bir üst kavramdır. Bu sebeple nakil sözleşmesi alma, aşılama veya saklama fiillerinin sadece bir tanesini değil çoğu zaman hem alma hem aşılama hatta saklama fiillerini de ihtiva eder. Bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 47. Benzer şekilde 2002 tarihli Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokolü’nde de naklin, organ veya dokunun alımından aşılmasına kadarki tüm süreci kapsayan bir kavram olduğundan bahsedilmektedir. Bkz. **Özsunay**, Ergun, “ ‘Oviedo Sözleşmesi’ ve ‘Ek Protokol’ Uyarınca İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakilleri (Oviedo Sözleşmesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirme)”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi, Antalya, 2017, s. 4.

⁸² **Vatanoğlu**, Emine Elif, Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları, Doktora Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Hanzade Doğan), İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s. 28; **Gürzumar**, s. 378.

Bilimsel amaç, hastanın sağlık durumunu iyileştirme amacının yanında bir bilimsel çalışmanın sonuçlarını gözlemlemek amacıyla yapılan uygulamalardır. Bu tür faaliyetlerde hasta, bilimsel amaç güdülerek kesinleşmemiş yeni yöntemler kullanılmak suretiyle tedavi edilmeye çalışılmaktadır⁸³.

Kanun'da, bilimsel amaçlarla organ ve doku nakledilmesine imkân tanınması doktrinde oldukça eleştirilmektedir. Organ alımının sadece tedavi amacı ile yapılabileceği, bilimsel amaçlarla sadece ölüden organ ve doku alınabileceği dolayısıyla kanun hükmünün dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Yaşayan kişilerden bilimsel amaçlarla organ ve doku alımını kabul eden bir anlayış, insanın bilimsel bilgiye kurban edilmesi ve insancıl amaçlara aykırılık şeklinde nitelendirilmektedir. Ayrıca Kanun'daki bu ifadenin yanıltıcı olduğu ve bilimsel amaçlarla canlıdan organ ve doku alımlarına dayanak olarak gösterilebileceği; ancak böyle bir işlemin hukuka uygun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu sebeple hükmün herhangi bir tereddüte yer vermeyecek derecede açık olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁴. Benzer doğrultudaki diğer bir görüş ise kanundaki tedavi ve teşhis amacı ne kadar yerinde ise bilimsel amacın o kadar tehlikeli olduğu, zira bilimsel amaç ifadesinin organ ve doku alımlarında tedavi amacını ortadan kaldırma riskinin olduğu yönündedir⁸⁵.

Gerçekten de ODNK'daki bilimsel amaç ifadesinin, organ ve doku vericisinin biyolojik durumunun belirtilmemesi sebebi ile açık ve net olmadığı, bu hükmün bilimsel amaçlarla canlıdan da organ ve doku alınmasına hukuki dayanak yapılabileceği anlaşılmaktadır. Vatanoğlu'na göre böyle bir uygulama hukukun genel ilkelerine ve

⁸³ **Bayraktar**, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 161; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 14. Ayan, bu noktada tedaviye yönelik araştırma faaliyetleri ve deneysel araştırma faaliyetleri olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir. Salt deneysel amaç güden faaliyetlerin tıbbi müdahale olarak dahi değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 12-14.

⁸⁴ **Toroslu**, Nevzat, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", AÜHFİD, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 98; **Atamer**, Yeşim M., "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, S. 1-2, Y. 1999-2000, s. 119; **Aksaray**, Buse, "Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu", Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul, 2012, s. 154; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 18-19; **Cihan/Sert**, s. 14.

⁸⁵ **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 15-16. Kanun'da bir sınırlama olmamasına rağmen TMK md. 23 hükmü uyarınca zaten tedavi amacı dışında başka bir amaçla organ ve doku verilmesinin batıl sayılacağı yönünde bkz. **Biton Serdaroğlu**, Erika, "Ölüden Organ Nakli", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s. 156.

kanunlara aykırılık teşkil eder. Zira Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁸⁶ (TDN) md. 11/1’de düzenlenen “*Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.*” hükmü gereğince de yaşayan kişiyi kobay olarak kullanacak şekilde müdahalede bulunulamaz⁸⁷.

Biyotıp Sözleşmesi md. 19/1’de de benzer bir düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Hükme göre “*Yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviden istifadesi için...*” gerçekleştirilebilir. Böylece canlıdan yapılacak nakillerin sadece tedavi amacına yönelik olacağı, bilimsel amaçlarla organ ve dokuların alınamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Doktrinde, yukarıda yer verilen çoğunluk görüşünün aksine bilimsel amaç ifadesini çok katı yorumlamayan bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş gerekçesini Hasta Hakları Yönetmeliği’ne⁸⁸ (HHY) dayandırmaktadır. 2238 sayılı Kanun’dan çok daha sonra yürürlüğe giren HHY’nin ilgili hükümlerinde⁸⁹, belirli şartlara uyulması halinde canlı üzerinde bilimsel ve tedavi amacıyla faaliyetlerde bulunulabileceği düzenlenmektedir. Bu tür faaliyetler tıbbi müdahale olarak görülmektedir. Bu görüş doğrultusunda, ODNK ve HHY’deki şartlara uyularak bilimsel amaçla ve tedavi amacıyla gerçekleştirilen naklin, hukuka uygun kabul edileceği ifade edilmektedir⁹⁰.

Kanaatimizce kanun koyucu bilimsel amaçlarla, sadece ölüden nakil yapılmasına imkân tanımak istemişse bunu tereddüte yer vermeyecek şekilde hüküm altına almalıdır. Aksi

⁸⁶ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 19.02.1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁷ **Vatanoğlu**, s. 28.

⁸⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁹ HHY md. 32: “(1) Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.

(2) Tıbbi araştırmalardan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz.

(3) Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmayan yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür.

(4) Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

⁹⁰ **Sözüer**, s. 29; **Parlak**, s. 201-202.

takdirde mevcut hükümle canlıdan da bilimsel amaçlarla naklin yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla Kanun'daki bilimsel amaçlarla canlıdan organ ve doku alınmasına yol açabilecek bu hükmün, uygulamada suistimallere sebep olabileceği görüşüne katılmaktayız. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi md. 19/1 hükmünden de bilimsel amaçlarla canlıdan organ ve doku alınamayacağı sonucu çıkmaktadır. İleride de bahsedileceği üzere, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların benzer konudaki kanun hükümleri ile çatışması halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin uygulanacağından bahisle canlıdan organ alımlarında bilimsel amaç güdülemeyeceği sonucuna ulaşabiliriz.

Ancak kendini yenileyebilen dokular açısından bir istisna tanınabilir. Zira vericisine alımı halinde herhangi bir zararı dokunmayacak, vücudun tekrardan üretebileceği bir parçanın alınmasına katı bir şekilde karşı çıkılması bilimin gelişmesi bakımından da sınırlayıcı olacaktır⁹¹. Pek tabii böyle bir istisnanın, tartışmalara sebebiyet vermeyecek şekilde kanunda düzenlenmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

Kanun'un birinci maddesinde organ ve doku naklinin tedavi amacı ile de gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu noktada tedavi kavramına kısaca değinilmesi gerekmektedir. Tedavi, bir hastalığın tıbbi metotlarla teşhisinden sonra, hastalığın iyileştirilmesi veya hafifletilmesine yönelik tatbikler veya tavsiyelerdir. Diğer bir ifade ile tıp bilimince kabul edilen metotlar ve etkinlikler kullanılarak uygulanan tıbbi, cerrahi ve psikolojik fiillerin tamamıdır⁹².

Genel olarak tıbbi müdahalelerin tedavi amacı ile yapılması kapsamına, kişinin maddi anlamda bir bozukluğu olması halinin yanı sıra kişinin psikolojisini etkileyecek

⁹¹ Benzer yöndeki bir görüş için bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 167-168; **Gözübüyük**, Gizem, Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2016, s. 91; **Sengir**, Turgut, "Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler", AD, C. 1, S. 11-12, Y. 59, 1968, s. 649-650. "... tıbbi araştırma gayesi dahi ameliyatın sebebi bulunamaz. İnsanoğlu bir kobay olmadığı cihetle ilim gayesi ile dahi olsa onun üzerinde yapılacak her tecrübe ceza kanunu ve tazminat hukuku ile karşılaşacaktır. Bununla beraber bu konuda dahi kat'iyet yoktur. Mevcut tatbikata bakarak kan, deri, saç gibi zamanla eski hale gelebilecek nakillerde bu kadar sert davranmak doğru olamaz." Bkz. **Sengir**, s. 649.

⁹² **Özdemir**, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, B. 1, Ankara, 2017, s. 38.

derecede önemli hale gelen estetik girişimlerin de dâhil edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre beden ve ruh sağlığının birbiri ile yatay ve dikey olmak üzere iki tür etkileşimi bulunmaktadır. Yatay etkileşim, beden ve ruh sağlığının bağımsız olduğu durumları ifade etmektedir. Dikey etkileşimde ise beden sağlığı ve ruh sağlığı olumlu veya olumsuz olarak birbirini etkiler. İşte bu noktada, kişinin vücudunda sağlığını etkilemeyen ancak estetik anlamda bozukluğun olduğu durumlarda dikey ilişki olumsuz olarak gelişir ve kişinin ruh sağlığı bundan etkilenir. Kişi, normal görünüme kavuşmak için müdahale isteyebilir. Kişinin geçireceği bir operasyon ile dış görünüşü değişmekle birlikte ruh bütünlüğü de olumlu yönde etkilenir. Bu amaçla yapılan organ ve doku nakillerinin hukuka uygun olduğu ve tedavi amacının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹³. Dolayısıyla estetik amaçlı müdahalelerde doğrudan doğruya beden sağlığını koruma amacı güdülmese dahi beden ve ruh sağlığı bir bütün olarak düşünüldüğünde, ruh sağlığını etkileyebilecek estetik bozuklukları giderici operasyonların da tedavi amacına yönelik olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁴. Ancak estetik operasyonların tedavi amacı kapsamına gireceği genel olarak tıbbi müdahalelerde kabul edilse de organ ve doku nakli özelinde bu pek mümkün görünmemektedir. Zira estetik amaçlı bir naklin gündeme gelmesi oldukça zordur. Her ne kadar yüz naklinin estetik amaçlı yapıldığı akla gelebilirse de yüzün pek çok fonksiyonunun olduğu ve kimliğin belirlenmesinde önemli bir rol oynadığı dikkate alınacak olursa bu yargının doğru olmadığı anlaşılabilir⁹⁵.

Tedavi amacına ilişkin diğer bir husus ise organ ve doku naklinin alıcı açısından tedavi amacı taşımasına rağmen, verici açısından bu amacı taşımasıdır. Ancak alıcı yönünden var olan tedavi amacının verici yönünden de kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁶. Aksi görüşe göre ise vericinin bedeninden organ veya doku alınması işlemi, alınan madde, vericinin kendisine aktarılmayacaksa (ototransplantasyon) verici

⁹³ **Cihan/Sert**, s. 11-12; **Çilingiroğlu**, s. 21.

⁹⁴ **Petek**, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006, s. 185; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 34; **Sarial**, s. 77.

⁹⁵ **Erpek**, Ayşe Güner, Organ Naklinde Rıza, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Sevinç Arslan Hızal), İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Sağlık Hukuku Programı, İzmir, 2015, s. 35.

⁹⁶ **Sarial**, s. 72.

açısından tedavi amacı taşımaz. Ancak bu müdahalenin hukuka aykırı olduğu anlamına da gelmez. Zira müdahale üstün bir amaca hizmet etmektedir⁹⁷.

Son olarak Kanun, teşhis amacı ile de vücuttan organ ve doku alınmasına izin vermektedir. Teşhis, hastalığın bulgulara bakılarak tespit edilmesi veya bir hastalığın diğer bir hastalıktan ayırt edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Doktorun hastayı elle muayene etmesi, uygun araç ve gereçlerin kullanılarak kontrol edilmesi, konsültasyon yapılması ve laboratuvar incelemesi yapılması gibi uygulamalar teşhis fiilini oluşturmaktadır⁹⁸. Teşhisin tanımı dikkate alındığında biyopsi işleminin⁹⁹ de ilgili ODNK kapsamında olması gerektiği, ancak uygulamada kanun kapsamında değerlendirilmediği belirtilmektedir¹⁰⁰. Aksi görüşe göre ise, madde yorumlanırken genel uygulama ve tıbbi doğrular da dikkate alınmalıdır. Teşhis amacıyla kişiden doku parçası alınması halinde, kişinin kendi sağlığının düzeltilmesi ve tanı konulması amacı güdüldüğünden gerçekleştirilen işlemler, ODNK kapsamında değil 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹⁰¹ (TŞSTİDK) kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰².

1.3.1.1.1.3. Kanunun Kapsamı

Kanun'un ikinci maddesi, bu Kanun kapsamında hangi nakil işlemlerinin yer aldığını, yani Kanun'un kapsamını düzenlemektedir. Hükümün birinci fıkrasına göre “*Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır*”. Hükümde özellikle insan

⁹⁷ **Yenerer Çakmut**, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003, s. 163; **Çilingiroğlu**, s. 22.

⁹⁸ **Özdemir, H.**, s. 37.

⁹⁹ Biyopsi, bir hastalığın nedenini veya kapsamını belirlemek amacıyla vücuttan alınan bir doku parçasının mikroskop altında incelenmesi olarak tanımlanmaktadır. <https://www.health.harvard.edu/medical-dictionary-of-health-terms/a-through-c/#B-terms> E.T: 30.08.2020.

¹⁰⁰ **Vatanoğlu**, s. 27.

¹⁰¹ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 14.04.1928 tarihli ve 863 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, pek çok kez değişikliğe uğramıştır.

¹⁰² **Banak**, Selim, Etik ve Hukuki Yönleriyle Organ ve Doku Nakilleri, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Tarık Polat İşoğlu), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Mersin, 2014, s. 282.

organizmasından bahsedildiği için Kanun'un kapsamına hayvandan insana yapılacak nakillerin girmediği anlaşılmaktadır.

Hükmün ikinci fıkrası “*Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, (...) yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir*” düzenlemesi ile kapsamı sınırlandırmıştır. Dolayısıyla organ ve doku dışında kalan insan kökenli biyolojik maddelerin (saç, kan, deri vb.) nakli, bu kanun kapsamına dâhil değildir. Kapsam dışında kalan bazı insan kökenli biyolojik maddelerin nakli, özel düzenlemelere tabidir. Örneğin kan transfüzyonu, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu'nda¹⁰³ düzenlenmiştir. Bu kanunun “Amaç ve Kapsam” başlıklı birinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre: “*Kan kök hücresi uygulamaları bu Kanun kapsamı dışındadır*”. Kanun, kan kök hücrelerini kapsam dışı tutmaktadır. Ancak kök hücre¹⁰⁴ uygulamalarına ilişkin henüz kanuni bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu sebeple kök hücrelerin hangi kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Doktrinde, kök hücrelerin organ/doku olarak nitelendirilmesi¹⁰⁵; bu sebeple kök hücre çalışmalarının 2238 sayılı Kanun kapsamında incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak insanın kendi kök hücresinin yine kendisine nakledildiği durumlarda ODNK md. 2/2 hükmü gereğince bu Kanun uygulama alanı bulmayacaktır¹⁰⁶.

¹⁰³ 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu 02.05.2007 tarihli ve 26510 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁴ Kök hücreler, işlevsel olarak henüz farklılaşmamış ancak vücudun başka hücrelerine dönüşebilme potansiyeline sahip, çoğalabilme yeteneği bulunan, hasar görmüş hücreleri tamir edebilen hücrelerdir. Bkz. **Beksaç**, Meral, “Kök Hücre: Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?”, Bilim ve Teknik, S. 511, 2010, s. 37; **Söğüt**, İpek Sevda, “Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları”, TBBD, S. 134, 2018, s. 38; **Başar**, Didem, “Hekimin Embriyonik Kök Hücre Naklinden Dolayı Kişisel Sorumluluğu”, TAAD, S. 39, 2019, s. 190; **Özbilen**, s. 11.

¹⁰⁵ Kök hücrenin insan kökenli biyolojik madde olduğu açıksa da yasal düzenlemelerde hukuki nitelendirilmesinin yapılmadığı, ayrı bir hukuki değerlendirmeye ihtiyaç olduğu yönündeki görüş için bkz. **Söğüt**, s. 43.

¹⁰⁶ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 535; **Başar**, s. 193. Ayrıca Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'nin organ ve doku nakli merkezlerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrasında “*Kemik iliği, kök hücre ve kordon kanı nakillerinde hısımlık bağı şartı aranmaz*” ifadesi de bahsi geçen aktarımların ODNK kapsamında olduğunu destekler niteliktedir.

1.3.1.1.1.4. Kanuni Yasaklar

Kanunun “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümünün üçüncü ve dördüncü maddeleri yasak işlemleri düzenlemektedir. Kanunun üçüncü maddesi: “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.*” hükmünü düzenleyerek bedel veya çıkar karşılığı organ ve dokuların alınmasını yasaklamıştır. Burada amaçlanan, üstün amaç ilkesine aykırılık teşkil eden işlemleri yasaklamaktır. Bu ilke doğrultusunda kişi, kendisinin veya bir başkasının yaşamını ve sağlığını korumak amacıyla organ ve doku nakline rıza gösterebilecek, çıkar amacı gütmeyecektir.

Söz konusu hüküm, bedel veya çıkar karşılığı yapılan organ nakli sözleşmelerinin “*causa credendi*” (alacak sebebi) ile, bir ivaz karşılığında yapılmasını yasaklamaktadır¹⁰⁷. Bu yasağa aykırı hareket etmenin yaptırımını olarak da doktrinde, organ ve dokuların naklinin bir çıkar veya bedel karşılığında yapılmasını öngören sözleşmelerin batıl olduğu, hiçbir sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁸. Ayrıca Kanun’un “Ceza Hükümleri” başlıklı dördüncü bölümünde, bu yasağa aykırı hareket edilmesi halinde uygulanacak hükümler belirtilmiş, TCK’nın 91. maddesine¹⁰⁹ atıf yapılmıştır.

¹⁰⁷ **Hatemi**, s. 71.

¹⁰⁸ **Gürzumar**, s. 380. Buna karşın bir çıkar karşılığı organ ve dokuların nakli yasaklanmış olsa da ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz verilmesi gerektiği de doktrinde belirtilmektedir. Zira verici de tıpkı alıcı gibi tıbbi müdahaleye maruz kalacak, bir süre işinden uzak kalacak dolayısıyla elde edeceği kazançtan yoksun kalacaktır. Böyle bir fedakarlığa katlanan vericiye uygun bir tazminat verilmesi ve bunun bir sözleşmede düzenlenmesi ne hukuka ne ahlaka aykırı olur. Bu yönde bkz. **Gökçen**, s. 69. İran’da organ naklinde bulunan kişilere hediye adı altında bir miktar paranın ödenmesi hukuka aykırı kabul edilmemektedir. Bkz. **Banak**, s. 200.

¹⁰⁹ TCK md. 91: “(1) *Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(2) *Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.*

(4) *Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

(5) *Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Kanunun dördüncü maddesine göre, “*Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımını halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır*”. Bu düzenleme ile de bilimsel ve istatistiki haberler dışında organ ve doku alınması ve nakline ilişkin reklamlar yasaklanmıştır. Aynı şekilde söz konusu yasağın yaptırımının tespiti için TCK md. 91 hükmüne başvurulacaktır.

1.3.1.1.2. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği

Ülkemizde Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ilk olarak 01.06.2000 tarihinde 24066 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce organ ve doku naklinde ulusal koordinasyon sistemi¹¹⁰ mevcut değildi. Türkiye genelinde bazı hastanelerin özel girişimleri sonucunda kurulmuş ve ulusal nitelikte olmayan bazı kuruluşlar vardı. Bunlardan en önemlisi Organ Nakli Kuruluşları Koordinasyon Derneği’dir. Bu Derneğe üye hastaneler arasında alıcı ve vericilere ilişkin bilgi aktarımı yapılmakta ve nakil için en uygun alıcı belirlenmekteydi¹¹¹. Kanunun yürürlüğe girmesi ile bir dağıtım sistemi oluşturulmuş, ardından bu Yönetmeliğe dayanılarak hazırlanan, 30.01.2001 tarihli 950 sayılı onay ile yürürlüğe giren Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi ile dağıtımın usul ve esasları belirlenmiştir. Daha sonra 01.02.2012 tarihli ve 28191 sayılı Resmî Gazete’de

(6) *Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(7) *Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

(8) *Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*

¹¹⁰ Yönetmelik md. 14/1: “*Ülke genelinde organ ve doku nakli hizmetleri alanında çalışan kurum ve kuruluşlar arasında gerekli koordinasyonu sağlamak ve çalışmaların verimliliğini artırmak, kadavra organ sayısını artırmak, bilimsel kurallara göre ve tıbbi etik anlayışına uygun, adaletli organ ve doku dağıtımını sağlamak üzere Ulusal Koordinasyon Sistemi oluşturulur.*” Hükme göre ulusal koordinasyon sisteminin amacı kısaca, ülke genelindeki nakil alanında çalışan kurum ve kuruluşlar arasındaki koordineyi ve iş birliğini sağlamaktır. Türkiye’deki koordinasyon sistemine göre ülke coğrafi yakınlık bakımından dokuz bölgeye ayrılmıştır. Beyin ölümü gerçekleşenler, hasta koordinatörleri tarafından Bölge Koordinasyon Merkezine, buradan da Ulusal Koordinasyon Merkezine bildirilmektedir. Belirli faktörlerin etkili olduğu bir puanlama sistemine göre organ ve dokular ilgili hastaneye gönderilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aytekin**, Faruk Önder, “Transplant Koordinasyon”, Bozok Tıp Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 95-96.

¹¹¹ **Atamer**, s. 154.

yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği¹¹² ile 2000 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Yönerge'nin güncel hali ise 28.05.2008 tarih ve 19735 sayılı onay ile yürürlüğe konulan halidir.

Yönetmelik, beş bölüm ve yirmi altı maddeden oluşmakta olup ayrıca “Beyin Ölümü Tanısı” başlıklı bir ek içermektedir. Bu ekte beyin ölümünün tanımı yapılmış, tanısında gereken ön koşullara maddeler halinde yer verilmiştir. Yönetmeliğin birinci bölümünde amaç, kapsam, dayanak ve tanımlar; ikinci bölümünde ulusal koordinasyon kurulunun ve bilimsel danışma komisyonlarının yapısı, görevleri ve çalışma usulü; üçüncü bölümünde ulusal koordinasyon sistemi ve organ ve doku dağıtım esasları, canlıdan organ bağıışı ve nakli; dördüncü bölümünde nakil merkezlerinin kuruluşu izlenmesi ve denetimi, bunun yanında diğer merkez ve laboratuvarların kuruluş ve çalışma usulleri; son bölümünde ise çeşitli ve son hükümler başlığı altında idari yaptırımlar ve diğer hükümler düzenlenmiştir.

Yönetmelik, 2238 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanmış olup, operasyonları gerçekleştirecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku tipleme laboratuvarlarının açılması, çalışması ve denetimine ilişkin usul ve esasları belirleme amacı taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, Yönetmelik, ulusal düzeyde organ ve doku nakli hizmetlerini koordine ederek, nakle ilişkin merkezlerin çalışmasına ve denetimine ilişkin usul ve esasları düzenleme amacı gütmektedir. Ayrıca Yönetmelik, spesifik olarak canlıdan yapılacak organ ve doku alımlarının şartlarını ve yöntemlerini ayrıntılı bir biçimde düzenlemekle birlikte akraba dışı nakil durumlarında oluşturulacak olan Etik Komisyon'a başvuru şartlarına da yer vermiştir.

1.3.1.2. İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler

İsviçre'de organ ve doku nakli konusunda 2004 yılına kadar sadece kantonların kendilerine ait düzenlemeleri bulunmakta ancak federal düzeyde bir kanun

¹¹² Çalışmamızda Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nden kısaca Yönetmelik olarak bahsedilecektir.

bulunmamaktaydı. Organ, Doku ve Hücrelerin Nakli Hakkında Federal Kanun¹¹³, kısaca Nakil Kanunu, 08.10.2004 yılında kabul edilerek 01.07.2007 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece organ ve doku nakillerinde ülke genelinde uygulanacak federal düzeyde bir kanunun eksikliği giderilmiştir. Bu kanun ile birlikte ayrıca organ ve doku nakline ilişkin İsviçre’de üç temel düzenleme daha bulunmaktadır: Nakil Yönetmeliği, Organ Tahsisi Yönetmeliği ve İçişleri Bakanlığı Organ Tahsisi Yönetmeliği¹¹⁴.

Nakil Kanunu yedi bölüm, yetmiş bir maddeden oluşmakta olup sadece insanlar arası yapılan nakillere ilişkin hükümleri değil; organ, doku ve hücre nakillerinin farklı boyutlarıyla ilgili hükümleri de ihtiva etmektedir. Kanunun ayrıntılı düzenlenmiş olması, İsviçre Tıbbi Bilimler Akademisi¹¹⁵ tarafından eleştirilmektedir. Zira ayrıntılı düzenlemeler, tıp biliminin her geçen gün gelişmesi neticesinde yetersiz kalma tehlikesini barındırmaktadır¹¹⁶.

Kanunun birinci maddesinde nakle konu olabilecek organ, doku ve hücrelerin belirlenmesinin, nakil konusu organ, doku veya hücrenin uygunsuz kullanımının önlenmesinin, insan onuru ve kişi sağlığının korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir. “Kapsam” başlıklı ikinci maddede ise 2238 sayılı Kanun’dan farklı olarak, hayvanlardan elde edilecek organ, doku ve hücreler kapsam dışında bırakılmamış; “Hayvan Organları, Dokuları ve Hücreleri” başlıklı üçüncü bölümde buna ilişkin hükümler getirilmiştir.

Canlıdan ve ölüden organ ve doku alınması ise Kanun’un “İnsan Doku, Organ ve Hücreleri” başlıklı ikinci bölümünün ikinci ve üçüncü kısımlarında düzenlenmiştir. Söz konusu hususlar 2238 sayılı Kanuna göre daha ayrıntılı olarak ele alınmış, canlı

¹¹³ Kanunun Almanca orijinal adı: Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20010918/index.html> E.T: 30.08.2020.

¹¹⁴ İsviçre’de organ ve doku nakline ilişkin düzenlemeler ve organizasyonlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.swisstransplant.org/de/organspende-transplantation/rechtlichegrundlagen/> E.T: 30.08.2020.

¹¹⁵ SAMW (Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften).

¹¹⁶ **Edisan, Zehra/Akgül, Mehmet Ali/Kadıoğlu, Selim**, “Organ Nakliyle İlgili Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İsviçre ile Türkiye Arasında Bir Karşılaştırma”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 604-607.

bağışçıların sağlık durumlarının kontrol edilmesine ilişkin düzenlemelere de ayrıca yer verilmiştir.

Son olarak İsviçre Nakil Kanunu da bir çıkar karşılığında organ, doku ve hücrelerin alınmasını ve satılmasını yasaklamaktadır. Çıkar yasağı, ODNK'ya göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup maddi çıkar sayılmayan durumlar da ayrıca belirtilmiştir. Kanunda reklam yasağına ilişkin bir hükme ise yer verilmemiştir.

1.3.1.3. Alman Hukukundaki Düzenlemeler

Organ ve Dokuların Bağışlanması, Alınması ve Nakledilmesi Hakkında Kanun, kısaca Transplantationsgesetz (TPG)¹¹⁷, yani Nakil Kanunu olarak ifade edilmektedir. Almanya'da Nakil Kanunu, diğer Avrupa ülkeleri ile kıyaslandığında daha geç yürürlüğe girmiştir. Kanunun bu kadar geç yürürlüğe girmesinin sebebi olarak, konuya dair ahlaki ve siyasi tartışmalar gösterilmektedir. Bu kanun yürürlüğe girene kadar pek çok yasa tasarısı meclise sunulmuş ancak kabul edilmemiştir. Nihayet 05.11.1997 tarihinde kabul edilen kanun, 01.12.1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca yasal bağlayıcılığı bulunan pek çok yönerge ve kılavuzlarla da kanunun etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır¹¹⁸.

Alman Nakil Kanunu'nun birinci bölümünde iki madde halinde genel hükümler düzenlenmektedir. Kanunun amacını ve uygulama alanını düzenleyen birinci maddeye göre bu kanun, insana ait organ ve dokuları konu almaktadır. Bu hükümden, hayvanlardan insana organ veya doku nakillerinin bu kanun kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır¹¹⁹. Birinci maddenin devamında nakle konu organ ve dokuların

¹¹⁷ Kanunun Almanca orijinal adı: Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz-TPG) Kanun'un Almanca tam metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf> E.T: 09.09.2020; Kanunun Türkçe çevirisi için bkz. **Aygörmez**, Gülsün Ayhan, "(Alman) Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon Kanunu) Çevirisi", Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 95-118.

¹¹⁸ **Kocamaz Şahin**, Begüm, Organ Nakli Hukuku-Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması, 2019, s. 53.

¹¹⁹ **Schreiber**, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş", (Çev. V. Özer Özbek), Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Ankara, 2004,

sağlanması ve alınması, organ bağıışı ve organ ticaretine ilişkin yasaklar düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise kişinin kendi vücudundan alınan organ veya dokunun yine kendi vücuduna aktarıldığı nakillerin, kan ve kemik iliği nakillerinin bu kanun kapsamında düzenlenmediği hususuna yer verilmiştir. ODNK'dan farklı olarak Alman Nakil Kanunu'nda, genel hükümler bölümünde 1a maddesinde tanımlara ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Organ, doku, yenilenemeyen organlar, yakın akrabalar, doku kuruluşları gibi kanunda yer verilen ifadelerden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Ayrıca nakle konu olabilen ve olamayan organ ayrımı bu kısımda yapılmış, ölüden ve canlıdan yapılan nakillerde hangi organların aktarımının yapılabileceği net bir şekilde belirlenmiştir¹²⁰. Bu bölümün ikinci maddesinde ise organ ve doku bağıışı konusunda halkın eğitimi, bağıış konusunda izlenecek prosedür ve gerekli izinler, bağıış kartları gibi hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹²¹.

Ölüden organ ve doku nakli bölümünde, kişinin kendi rızası ile ölümünden sonra organlarının alınmasına rıza göstermesinin ve ölümünden sonra yakınları tarafından gösterilen rızanın şartları ayrı ayrı açıklanmıştır. Ayrıca ODNK'dan ve diğer birçok düzenlemeden farklı olarak bu bölümde embriyo ve fetüsten yapılan nakiller de düzenlenmiştir¹²².

Canlıdan organ ve doku nakli bölümünde ise hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve hangi hususlar bakımından hastanın aydınlatılacağı, rızanın verilmesi ve şartları gibi hususlara yer verilmiştir. Ayrıca Kanun bu bölümde, yenilenebilir dokuların bilinmeyen kişilere

s. 92. Alman Hayvanları Koruma Kanununun 6. maddesine göre hayvan bedenine ait bölümlerin kısmen veya tamamen ayrılması yasaktır. Ancak nakil amacıyla hayvanlardan organ ve dokuların alınması, kültür yapılması ve organın tedavisi amacıyla çıkarılmasında bu hüküm geçerli değildir. Bahsi geçen nakilden kastın hayvandan insana nakil olup olmadığı hususu ise açık değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schreiber**, Hücre-Doku-Organ, s. 94.

¹²⁰ **Kocamaz Şahin**, s. 53-54.

¹²¹ Almanya, organ ve doku nakli koordinasyonunu uluslararası düzeyde sağlamak amacıyla Eurotransplant'e üye olmuştur. Eurotransplant, organ teminini kolaylaştırmak ve uygun alıcıları eşleştirmek için kurulan bir organizasyondur. Belçika, Avusturya, Lüksemburg, Macaristan gibi ülkelerin de aralarında bulunduğu bu organizasyon, ölüden elde edilen organ ve dokular için en uygun alıcıyı bulmaya çalışmaktadır. Son zamanlarda çapraz nakiller için uygun alıcı-verici eşleştirilmesi uygulamasına başlanmıştır. Ancak bu uygulama ülkelerin canlıdan organ ve doku naklinde sıkı şartlar öngörmesi sebebi ile sadece Belçika, Avusturya ve Hollanda'da uygulanmaktadır. <https://www.eurotransplant.org/about-eurotransplant/eurotransplants-aims/> E.T: 11.09.2020.

¹²² **Kocamaz Şahin**, s. 58.

de nakledilmesi, yenilenemeyen organların (böbrek gibi) ise sadece verici ile özel bir bağıllık ilişkisi olanlara (örneğin birinci ve ikinci dereceden akrabalar, eş, nişanlılara) verilmesi şartını da düzenleme altına almıştır¹²³.

Sonuç olarak, ODNK ile karşılaştırıldığında Alman Nakil Kanunu'nun daha ayrıntılı hükümlere yer vermesi, embriyo ve fetüsten yapılan nakilleri de kapsamına alması, rızaya ilişkin bazı şartları farklı düzenlemesi gibi hususları dikkat çekmektedir. Rıza konusunda Türk Hukuku'ndan ayrılan noktalara, çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde yeri geldikçe değinilecektir.

1.3.1.4. İngiliz Hukukundaki Düzenlemeler

İngiltere'de, organ ve dokuların nakline ilişkin olarak 1961 yılında yürürlüğe giren İnsan Dokusu Kanunu (The Human Tissue Act), sadece dört maddeden oluşan çerçeve niteliğinde bir düzenlemeydi. Bu maddelerden ikisi, insan organlarının ve dokusunun çıkarılması ve kullanılmasıyla ilgiliydi. Kanun, dokuların sadece tedavi, eğitim veya araştırma amacıyla kullanılmasını öngörüyordu. Kanunda, kişinin ölümünden sonra vücudundan organ veya doku alınması sıkı şartlara bağlanmamış, hatta hastanede ölen hastaların vücudunun yasal olarak hastaneye ait olduğu düzenlenmişti¹²⁴. Bu düzenlemeye dayanarak gerçekleştirilen operasyonlar çeşitli soruşturmaların açılmasına ve raporların hazırlanmasına neden olmuştur¹²⁵. Bunun üzerine mevzuatta değişiklik

¹²³ **Kühn**, Christoph Hermann, “Yeni Alman Nakil Kanunu”, (Çev. Yener Ünver), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 123.

¹²⁴ **Johnson**, Gillian/**Wilson**, Alex, “Human Tissue Act 2004: The Age of Consent Arrives in the UK”, Journal of Commercial Biotechnology, Vol. 12, Iss. 1, 2005, s. 40. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1057/palgrave.jcb.3040146.pdf> E.T: 14.09.2020.

¹²⁵ 1999 yılında Liverpool Alder Hey Hastanesinde, ebeveynlerin bilgisi ve izni olmadan ölen çocukların otopsi sırasında kalp ve beyin de dahil olmak üzere çeşitli organların alındığı ortaya çıkmıştır. Bu olaydan sonra, tıp biliminin, uygulamaya rehberlik etmek için eski standartlara veya yasalara güvenmemesi gerektiği uzmanlar tarafından belirtilmiştir. Alder Hey olayıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bauchner**, Howard/**Vinci**, Robert, “What Have We Learnt From the Alder Hey Affair?”, British Medical Journal, Vol. 322, Iss. 7282, 2001, s. 309-310. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1119560/> E.T: 14.09.2020; **Price**, David, Human Tissue in Transplantation and Research: A Model Legal and Ethical Donation Framework (Cambridge Law, Medicine and Ethics), 1st Edition, Cambridge, 2009, s. 39.

yapılması tartışmaları gündeme gelmiş ve 2004 tarihli İnsan Dokusu Kanunu (Human Tissue Act)¹²⁶ kabul edilerek 01.09.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²⁷.

Kanun, insan organ ve dokularının alınması, depolanması ve kullanılmasıyla ilgili konuları düzenleyen yasal bir çerçeve oluşturmuştur. Kanunun getirdiği en büyük yenilik ise hiç şüphesiz rızaya ilişkindir. Geçmişte yaşanan olaylar sebebiyle duyulan endişeleri dikkate alan kanun koyucu, bu faaliyetlerin denetimini sağlamak için yasal bir organizasyonun¹²⁸ kurulmasını öngörmüştür¹²⁹.

Üç ana bölümden oluşmakta olan Kanun'un ilk bölümünde, insan vücudundan organ veya dokunun alınmasında rızaya ilişkin hükümler, ikinci bölümünde başta İnsan Doku Otoritesi'nin yetki ve görev alanı olmak üzere insan dokusunun alınmasına ilişkin faaliyetlerin düzenlenmesi, üçüncü bölümde ise çeşitli ve genel hükümler düzenlenmiştir.

İnsan Dokusu Kanunu, rıza konusunu ilk bölümde düzenleyerek ve konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vererek organ ve doku naklinde rızanın önemine vurgu yapmaktadır. Kanun, Türk hukukundaki düzenlemelerden farklı olarak çocukların rızasına ilişkin hükümlere de yer vermektedir.

1.3.2. Uluslararası Düzenlemeler

1.3.2.1. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Bir biyoloji ve tıp etiği sözleşmesi hazırlanmasına dair Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1160 sayılı tavsiye kararı dikkate alınarak Biyoetik Yürütme Kurulu (Steering Committee on Bioethics) tarafından hazırlanan ve Oviedo Sözleşmesi olarak

¹²⁶ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents> E.T: 14.09.2020.

¹²⁷ **Johnson/Wilson**, s. 41; **Furness**, Peter N., "The Human Tissue Act", British Medical Journal, Vol. 333, S. 7567, 2006, s. 512. <https://www.bmj.com/content/333/7567/512> E.T: 13.02.2021.

¹²⁸ İnsan Doku Otoritesi (The Human Tissue Authority). <https://www.gov.uk/government/organisations/human-tissue-authority> E.T: 14.09.2020.

¹²⁹ **Johnson/Wilson**, s. 41.

da bilinen “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”¹³⁰ Avrupa Konseyi bünyesinde 04.04.1997’de İspanya’nın Oviedo (Asturias) kentinde imzaya açılmış, 01.12.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³¹. Türkiye’de ise bu sözleşme, 03.12.2003 tarihinde 5013 sayılı kanun¹³² ile TBMM tarafından onaylanmasının uygun bulunması üzerine Bakanlar Kurulu tarafından 16.03.2004 tarih 2004/7024 sayılı karar ile onaylanmış, 20.04.2004 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹³³.

Sözleşmenin, Türk hukukuna etkisi bakımından Anayasa’nın “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesinin incelenmesi gerekmektedir. İlgili maddenin son fıkrasına göre: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” Hükme göre sözleşme, iç hukukun bir parçasıdır ve kanun hükmündedir. Ayrıca sözleşmenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması sebebiyle, iç hukukta aynı konuya ilişkin bir düzenleme ile sözleşme hükümlerinin sınırlandırılması veya engellenmesi mümkün değildir. Zira Biyotıp Sözleşmesi’nin önceliği, Anayasa’nın amir hükmü gereğince teminat altına alınmıştır¹³⁴.

¹³⁰ Sözleşmenin Türkçe tam adı “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”. İngilizce tam adı “Convention For the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine” <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98> E.T: 28.08.2020.

¹³¹ **Katoğlu**, Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 157; **Özsunay**, Oviedo Sözleşmesi, s. 3.

¹³² 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun 03.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³³ **Kalabalık**, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 142; **Özsunay**, Oviedo Sözleşmesi, s. 3.

¹³⁴ **Kök**, Ahmet Nezh, “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, S. 1, 2018, s. 156; **Katoğlu**, s. 166. Bu Sözleşme ve Ek Protokol’de düzenlenen hükümlere paralel olarak iç hukukta kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Sözleşme hükümlerine iç hukukumuzda

Biyotıp Sözleşmesi, on dört bölüm ve otuz sekiz maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümünde amaç ve kapsam, insanın üstünlüğü, sağlık hizmetlerine erişimde adalet ve mesleki standartlar üzerinde durulmuştur. Sözleşmenin amacı, tüm insanların onurunun ve kimliğinin korunması, vücut bütünlüğünün ve her türlü temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, bu doğrultuda biyotıp alanındaki çalışmaların geliştirilmesi ve yeni teknolojilerin kullanılmasıdır¹³⁵.

Sözleşmenin, temel hak ve özgürlükleri teminat altına alma amacı güden AİHS ile benzer bir amacı haiz olduğu anlaşılmaktadır. AİHS'nin ikinci maddesi yaşam hakkını düzenleme altına almaktadır. Aynı konunun tıbbi ve biyolojiye bakan yönü ise Biyotıp Sözleşmesi ile özel olarak düzenlenmiştir. Buradan hareketle Biyotıp Sözleşmesi'nin, AİHS'nin bir uzantısı niteliğinde olduğu söylenebilir¹³⁶.

Sözleşmede dikkat çeken bazı düzenlemeler şunlardır: Rıza, bilimsel araştırmalar, insan genomu, organ ve doku nakli, tüpte (in vitro) embriyo üzerinde araştırmalar, insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruflar vb¹³⁷. Sözleşmenin genel itibarıyla iki tür hüküm içerdiği söylenebilir. İlk bölüm modern tıp hukukuna ilişkin ilkeleri derlerken, ikinci bölüm biyotıp araştırmalarını ve teknolojilerini düzenlemektedir¹³⁸. Özellikle yeni gelişmeler ile ilgili gündeme gelebilecek problemlerin çözümü veya söz konusu ilkelerin geliştirilmesi için sözleşmenin 31. maddesi uyarınca protokoller eklenebileceği öngörülmüştür. Ayrıca sözleşmede düzenlenen birçok hükmün,

kanun vasfı veren AY md. 90/son hükmünün yeterli olmayacağı, ilgili alanlarda koruma sağlamak için kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Ünver, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri”, I. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, C. 8, S. 2, 2005, s. 182.

¹³⁵ Kalabalık, s. 142-143; Kök, s. 155.

¹³⁶ Kaplan, Yavuz, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 529.

¹³⁷ Katoğlu, s. 168.

¹³⁸ Kalabalık, s. 142.

hukukçular ve tıpçılar arasında görüş ayrılığına sebep olmayacak nitelikte olduğu da belirtilmektedir¹³⁹.

Sözleşmenin 5. ve 9. maddeleri arasında tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin rızasına ilişkin şartlar hüküm altına alınmıştır. Rıza konusunun hem hasta hem de hekim açısından büyük önemi haiz olması sebebi ile sözleşmede bu konu, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca rıza ile yakından ilgili olan, hastanın bilgilendirilmesi konusuna 11. maddede yer verilmiştir.

Sözleşmenin altıncı bölümünde özel olarak “Nakil Amacıyla Canlı Vericilerden Organ ve Doku Alınması” konusu düzenlenmektedir. İlgili bölümün 19. ve 20. maddesinde canlı vericiden organ ve doku alınması konusunda genel kurallar ve şartlar belirlenmiştir. Sözleşme’nin 19. maddesine göre canlıdan organ ve doku alınabilmesi için ölüden organ ve doku alınmasının mümkün olmaması ve alıcı için başka bir tedavi seçeneğinin bulunmaması şartı aranmıştır. Maddenin devamında verilecek rızanın şekli düzenlenmiştir. Sözleşmenin 20. maddesine göre ise rıza ehliyeti bulunmayan kişilerden organ ve doku alınmasının kural olarak mümkün olmadığı, ancak bunun aynı maddenin ikinci fıkrasında¹⁴⁰ düzenlenen bazı sıkı şartların gerçekleşmesi halinde geçerli olabileceği düzenlenmiştir. Türkiye, Biyotıp Sözleşmesi’nin 36. maddesinin imzacı devletlere sunduğu belirli şartlar altında bazı maddelere çekince koyabilme imkânından yararlanarak 20. maddenin ikinci fıkrasına çekince koymuştur¹⁴¹.

Değiniilmesi gereken diğer bir husus, sözleşme kapsamında ölüden organ ve doku nakilleri ile ilgili herhangi bir düzenlemenin bulunmamasıdır. 24.01.2002 tarihli İnsan

¹³⁹ Ünver, Biyo-Hukuk, s. 182.

¹⁴⁰ Md. 20/2: “İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörölmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:

i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;

ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;

iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;

iv) 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörölen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;

v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.”

¹⁴¹ Sözleşmenin 20. Maddesinin ikinci fıkrasına çekince konulmasına getirilen eleştirilere için bkz. 2.3.4.1.3, 2.3.4.1.4 ve 2.3.4.1.5 başlıkları.

Kökenli Organ ve Doku Nakli başlıklı Ek Protokol¹⁴² ile bu eksiklik giderilmiş, ancak Türkiye bu ek protokolü imzalamamıştır¹⁴³.

1.3.2.2. Dünya Sağlık Örgütü Yol Gösterici İlkeler Kılavuzu

Dünya Sağlık Örgütü, Birleşmiş Milletler'in bünyesinde sağlık alanında faaliyet gösteren bir ihtisas kuruluşudur. 22.07.1946 tarihinde New York'ta düzenlenen Uluslararası Sağlık Konferansı'nda örgütün anayasası kabul edilerek, 07.04.1948 yılında yürürlüğe girmiştir. Örgütün amacı, dünya genelinde bir milyardan fazla insanın evrensel sağlık sigortasına sahip olmasını sağlamak, insanları acil sağlık durumlarından korumak ve daha fazla insana daha iyi sağlık imkanları sağlamaktır. Türkiye, örgütün anayasasını 09.06.1949 yılında onaylayarak, örgüte üye olmuştur¹⁴⁴.

Dünya Sağlık Örgütü, yetki alanındaki ülkelerde sağlık alanındaki gelişmeleri ve sorunları takip ederek raporlar, ilkeler, öneriler ve tüzükler yayınlamaktadır. DSÖ'nün bağlayıcı hukuk kuralları ortaya koyabilme yetkisinin yanında, bağlayıcı olmayan ancak örgütün amacına ulaşabilmesi için gerekli olan ve üye ülkeleri belirli bir şekilde davranmaya yöneltmeyi hedefleyen ilkeler ve standartlar belirleme yetkisi de vardır¹⁴⁵.

Kurulduğu günden beri pek çok yol gösterici ilke yayımlayan Dünya Sağlık Örgütü, organ ve doku nakillerine ilişkin ilk defa 1991 yılında bir kılavuz yayımlamıştır. Kılavuzdaki ilkeler zaman içinde güncellenmiştir. En son 2010 yılında 63. Dünya Sağlık Asamblesi'nde organ, doku ve hücre transplantasyonu ile ilgili uygulama ve tutum değişiklikleri ışığında güncellenen Yol Gösterici İlkeler¹⁴⁶ kabul edilmiştir.

¹⁴² Ek Protokol'ün İngilizce metni için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081562> E.T: 09.01.2021.

¹⁴³ **Özsunay**, Oviedo Sözleşmesi, s. 3.

¹⁴⁴ **Samancı**, Uğur, "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi", DEÜSBED, C. 18, S. 1, 2016, s. 62-63; <https://www.who.int/about/what-we-do> E.T: 14.09.2020.

¹⁴⁵ **Samancı**, s. 71.

¹⁴⁶ https://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf E.T: 14.09.2020.

Kılavuz, on iki yol gösterici ilkeden oluşmaktadır. Birinci ilke, ölüden organ, doku ve hücre alınması için gereken şartları belirlemektedir. Bu ilkeye göre ölüden bir maddenin alınabilmesi, hukuka uygun olarak gösterilen rızanın varlığı ve kişinin sağlığında nakle karşı çıktığına inanmak için bir sebebin olmaması gerekmektedir. İkinci ilke, ölüm kriterlerinin her ülkenin kanunlarında ayrıca düzenleneceğini ve ölümü tespit eden hekimlerin nakil işlemine doğrudan dahil olamayacağını öngörmektedir. Üçüncü ilke ise canlıdan organ naklinin mümkün olduğunu ancak bu naklin genel olarak aralarında duygusal veya genetik yakınlık bulunan kişiler arasında uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca maddenin devamında aydınlatılmış rızadan da bahsedilmektedir. Dördüncü ilke devletlerin kendi kanunlarında izin verilen istisnalar dışında ergin olmayan küçükten naklin gerçekleştirilemeyeceğini düzenlemektedir. Beşinci ilkede ise organ, doku ve hücre alımının parasal bir karşılık için yapılmasının yasaklanması gerektiği belirtilerek, bu tür parçaların satıma konu olması engellenmeye çalışılmıştır. Maddenin devamında verici tarafından naklin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan makul ve ispatlanabilir masrafların tazmin edilebilir olduğu üzerinde durulmuştur. Kılavuzun devamı ilkelerinde ise genel olarak nakil hizmetleri için yapılacak ödemeler, organ dağıtımının etik ve klinik ilkelere bağlı olarak yapılması, alıcı ve verici için naklin uzun süreçte değerlendirilmesi gibi yol gösterici bazı ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler emredici nitelikte olmayıp, ülkeler açısından tavsiye niteliği taşımaktadır.

1.4. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKİ AÇIDAN ÖNEMİ

1.4.1. Genel Olarak

Organ ve doku nakilleri, tıbbi açıdan başka bir tedavi imkânı kalmamış hastaların iyileştirilmesi noktasında büyük bir önemi haiz olmasının yanında; bu nakillerin yapılmasındaki prosedürün ve naklin şartlarının kanuni bir zemine oturtulması açısından da hukuki yönden büyük bir öneme sahiptir. Hekimlerin gerçekleştirmiş oldukları nakillerde kanuni sınırlamalar dışına çıkmamaları, vericinin söz konusu nakle ilişkin rızasını açıklaması, hekim-hastane-alıcı ve verici arasındaki hukuki ilişki, mevcut düzenlemelere aykırılık halinde hangi yaptırımlarla karşılaşılacağı vb. konulara bakıldığında naklin hukuk dalları ile yakın ilişkisi anlaşılabilir.

Organ ve doku naklinin hukuk ile ilişkisi hemen hemen tüm hukuk dallarını ilgilendirmektedir. Örneğin, organ ve doku nakillerinin yaşam hakkını yakından ilgilendirmesi açısından anayasa hukuku ile, organ ve dokunun çıkar karşılığı satılmasının TCK'da suç tipi olarak düzenlenmesi ve nakli gerçekleştirecek hekimin kanuni sınırlar dışına çıkması halinde ceza hukuku yaptırımıyla karşılaşacak olması sebebi ile ceza hukuku ile, farklı hukuk sistemlerinde organ ve doku naklinin incelenmesi açısından karşılaştırmalı hukuk ile, ülkemizde bir yabancıya alıcı veya verici olarak nakil operasyonunda yer alması halinde uygulanacak hukukun tespiti açısından ise milletlerarası özel hukuk ile¹⁴⁷ yakından ilgilidir¹⁴⁸. Bu sebeple aşağıda bazı hukuk dalları açısından konunun önemine ayrı ayrı değinilecek, çalışmamızın temelini oluşturması sebebiyle medeni hukuk ile ilişkisi daha ayrıntılı ele alınacaktır.

1.4.2. Anayasa Hukuku Açısından

Kişilerin temel hak ve ödevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın ikinci kısmında "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlıklı 17. madde, yaşam hakkını düzenleyen en temel hükümdür. Anayasa'nın bu maddesi, ilk fıkrası¹⁴⁹ ile kişi dokunulmazlığı ilkesini ilan etmekte, ikinci fıkrası¹⁵⁰ ile de vücut dokunulmazlığını koruma altına almaktadır¹⁵¹.

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk iki fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, tıbbi müdahalelere ilişkin genel ve temel bazı ilkelerin tespit edildiği görülmektedir. Anayasa, herkesin yaşam hakkına sahip olduğunu ve kişilerin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını belirtmekle ilke olarak bir kimseden organ ve doku alımlarına izin vermemektedir. Ancak buna bir istisna getirilerek kanunda belirtilen hallerde kişinin de rızasının varlığı halinde tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkün kılınmıştır.

¹⁴⁷ Organ ve doku naklinin milletlerarası özel hukuk boyutuna ilişkin olarak bkz. **Nagel**, Markus, "Organtransplantation und Internationales Privatrecht", 1st Edition, Heidelberg, 2009.

¹⁴⁸ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 21-22.

¹⁴⁹ AY md. 17/1: "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*"

¹⁵⁰ AY md. 17/2: "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*"

¹⁵¹ **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2009, s. 156.

Böylece Anayasa md. 17 hükmü bir çerçeve çizmiş ve içinin doldurulmasını kanun koyucuya bırakmıştır¹⁵².

1.4.3. Ceza Hukuku Açısından

TCK'nın "Organ veya Doku Ticareti" başlıklı 91. Maddesinde, konusu organ ve doku olan ve farklı eylemlerle işlenebilen suç tipleri düzenlenmiştir. Kanunda yer verilen maddi ve manevi unsurları sağlayan davranışların, yani konusu organ ve doku alımı veya ticareti olan tipe uygun eylemlerin, hukuka aykırı olması halinde suç meydana gelecektir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki her ne kadar madde başlığı organ veya doku ticareti olsa da 91. madde sadece bu suç tipini düzenlememiş, konusu organ ve doku olan başka eylemlerin de suç teşkil edeceği kabul edilerek yaptırıma bağlanmıştır. İlgili maddede beş ayrı suç tipinin düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla hem hukuka aykırı şekilde organ ve doku alımı hem de organ ve doku ticareti eylemleri suç olarak tanımlanmıştır¹⁵³.

Maddenin ilk fıkrasında hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın canlıdan, ikinci fıkrasında ise ölüden organ ve doku alımı suç tipi olarak düzenlenmiş; üçüncü fıkrasında ise zaten vücuttan çıkarılmış organ ve dokunun tedavüle sokulmasının suç teşkil edeceği belirtilmiştir. İlgili maddenin beşinci fıkrasında ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokunun saklanması, nakledilmesi ve aşılması eylemlerinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca hükmün altıncı fıkrasında, ODNK md. 4'te düzenlenen reklam yasağının daha dar kapsamlı halinin bir suç tipi olarak belirlendiği görülmektedir¹⁵⁴. Doktrinde TCK md. 91 hükmünde yer alan suç tiplerinin, organ veya doku alınması suretiyle işlenen suçlar ve organ veya dokunun ticarete konu edilmesi

¹⁵² Akıncı, Biyolojik Madde, s. 22.

¹⁵³ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 274; Üzülmez, İlhan, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 126; Algan, Hazal, Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Ticareti Suçları, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 83.

¹⁵⁴ Koca/Üzülmez, s. 275; Algan, s. 84.

suretiyle işlenen suçlar olarak ikili bir ayırmda ele alınarak incelenmesinin sistematığe uygun ve daha anlaşılır olduğu da belirtilmektedir¹⁵⁵.

1.4.4. Borçlar Hukuku Açısından

Organ ve doku naklini konu alan hukuki ilişki, klasik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı bir hukuki niteliğe sahiptir. Meydana gelen ilişki, alıcı-verici-hastane-hekim arasında kurulan çok yönlü bir hukuki ilişkidir. Bu hukuki ilişkinin tarafları arasında kurulan sözleşmelerin hukuki niteliği, taraflara hangi hak ve borçları yüklediği, ihlali halinde tazminat yükümlülüğü doğurup doğurmadığı konuları borçlar hukukunu ilgilendirmektedir. Bununla birlikte hekimin kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek, aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi halinde, hangi hükümlere göre sorumlu olacağını tespiti de yine borçlar hukuku kuralları çerçevesinde belirlenecektir¹⁵⁶.

1.4.5. Medeni Hukuk Açısından

Organ ve doku nakilleri, medeni hukukun her alanını ilgilendiren tıbbi, aynı zamanda hukuki işlemlerdir. Organ ve doku naklini ilk olarak aile hukuku açısından değerlendirmek gerekirse, ODNK'nın organ ve doku nakli için bazı durumlarda aile hukuku anlamında yakınlık şartını aradığı görülmektedir. Kanunun 7. maddesinin b bendine göre organ ve doku naklini gerçekleştirecek olan hekimler “*Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek*” ile yükümlü tutulmuşlardır. Bu maddede düzenlenen hekimden beklenen araştırma yükümlülüğü, sadece eş açısından aranmaktadır. Dolayısıyla Kanun'un organ ve doku nakline ilişkin hükümleri düzenlerken, aile hukuku ilişkilerini dikkate aldığı görülmektedir.

¹⁵⁵ Algan, s. 84.

¹⁵⁶ Akıncı, Biyolojik Madde, s. 32.

Organ ve doku naklinin aile hukuku ile olan ilişkisi bakımından verilebilecek bir diğer örnek ODNK md. 14'tür. Hükme göre “...sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.” Bu hükümle birlikte kanun koyucu, kişinin ölümünden sonra organ ve dokularının nakline rıza gösterilmesi açısından ilk sırada aile hukuku anlamındaki yakınlarla imkân tanımıştır¹⁵⁷.

Ayrıca insan kökenli biyolojik madde olmakla beraber ODNK kapsamında yer almayan sperm ve embriyo gibi üreme hücresi nakillerinde ortaya çıkabilecek soybağı ve velayete ilişkin sorunlar da yine aile hukukunu ilgilendirmektedir. Verilen örneklerden organ ve doku naklinin aile hukuku ile ilişkili olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Organ ve doku nakilleri, vücut bütünlüğüne karşı bir müdahale olduğu için kişilik hakkı ile de doğrudan ilişkilidir. Kişilik hakkı kavramı, kişiliğe bağlı değerler üzerinde sahip olunan, insanın insan olması dolayısıyla ayrılmaz şekilde sahip olduğu hakları ifade eden bir kavramdır¹⁵⁸. Kişinin vücut bütünlüğü de kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerden olduğu için organ ve doku nakli, kişiler hukukunu da doğrudan ilgilendirmektedir.

Organ ve doku nakli canlıdan gerçekleştiriliyorsa, kural olarak kişilik hakkını ihlal ettiği kabul edilmektedir¹⁵⁹. Zira kişinin vücudundan henüz ayrılmamış olan organ ve dokuların hukuki niteliği, kişilik değeridir. Kural, kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılacak olan müdahalelerin hukuka aykırı olması; istisna ise TMK md. 23/3'te ve ODNK'nın ilgili maddelerinde aranan şartların gerçekleşmesi halinde kişinin vereceği rıza ile organ ve dokularının alınmasının hukuka uygun olmasıdır¹⁶⁰. Bunun yanında

¹⁵⁷ Akıncı, Biyolojik Madde, s. 28.

¹⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 170-171.

¹⁵⁹ Kahraman, Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 502.

¹⁶⁰ Ayiter, Nuşin, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFHD, C. XXV, S. 1-2, s. 142; Akıncı, Biyolojik Madde, s. 31. Ayrıca Ayiter, bu hususu şöyle ifade etmektedir: “Müdahale edilen şahsın rızası, müdahale, şahsiyet hakları ile kabili telif ise bu rıza şahsiyetin tahribine değil bilakis idamesine yönelik bir müdahale için veriliyorsa muteberdir ve hukuka aykırılık ortadan kalkar.” Bkz. Ayiter, s. 141.

kişinin rızasını beyan etme noktasında da yine kişiler hukukunu ilgilendiren bir diğer mevzuu olan hukuki işlem ehliyeti gündeme gelmektedir.

Kişinin vücudundan henüz ayrılmamış veya ayrılmış organ ve dokuların hukuki niteliğinin tespitinde de medeni hukukun bir diğer alt dalı olan eşya hukukundan faydalanılmaktadır. Daha önceden de üzerinde ayrıntılı olarak durulduğu üzere¹⁶¹ vücuttan ayrılmış organ ve dokuların eşya olup olmadığı hususu eşyanın unsurları ele alınarak irdelenmektedir. Bunun yanında kişinin ölümünden sonra cesedinin bilimsel araştırmalarda kullanılması için bir yükseköğretim kurumuna bağışlanması halinde ilgili kurumun ceset üzerinde mülkiyet hakkına sahip olup olmadığı tartışması da eşya hukuku alanında tartışılan konulardan birisidir.

Organ ve doku nakli, miras hukuku ile de yakından ilgilidir. ODNK md. 14'te ölüden organ ve doku alınması hususu düzenlenmiştir. Hükme göre ölenin sağlığında, organ ve dokularının alınması yönünde rızasını açıklaması halinde bu beyan esas alınacaktır. Aksi halde, yani ölenin sağlığında bir açıklamada bulunmaması ihtimalinde, ölüm anında yanında bulunan birtakım yakınlarının rıza göstermiş olması gerekmektedir. Burada bahsi geçen yakınların mirasçı olmasının gerekip gerekmediği; ölenin sağlığında vasiyetname bırakması durumunda, bu vasiyetnamenin miras hukuku açısından geçerli olup olmadığı konuları, organ ve doku naklinin miras hukuku ile ilişkisini göstermektedir.

1.5. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN SINIFLANDIRILMASI

1.5.1. Genel Olarak

Organ ve doku nakilleri farklı kriterler esas alınarak değişik şekillerde sınıflandırılabilir. Nakle konu organların elde edildiği kaynağa göre ototransplantasyon, allotransplantasyon ve ksentransplantasyon¹⁶²; vericinin biyolojik

¹⁶¹ Bkz. 1.1.1.2.3.

¹⁶² Bu şekildeki sınıflandırma ayrıca “alıcı ve verici arasındaki genetik yapıya göre sınıflandırma” olarak da ifade edilebilir.

durumuna göre ölüden ve canlıdan; organ naklinin yapıldığı yere göre ortotopik ve heterotopik nakiller şeklinde sınıflandırılabilir. Ayrıca özellikle canlıdan yapılan nakillere özgü olarak alıcı-verici ilişkisine göre genetik bağlı, duygusal bağlı ve bağısız nakiller¹⁶³ olarak da sınıflandırma yapılmaktadır¹⁶⁴. Ancak bu tür sınıflandırmalar daha çok tıp bilimince belirlenmiştir. Çalışmamızda nakle konu organların elde edildiği kaynağa göre yapılan sınıflandırmaya yer verilerek, insandan insana nakillere daha ayrıntılı bir şekilde değinilecektir. Bu kapsamda Kanun'un sistematığına uygun olması açısından insandan insana gerçekleştirilen nakiller, canlıdan ve ölüden olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

1.5.2. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Nakiller (Otogreft/Ototransplantasyon)

Aynı insan üzerinde yapılan nakillerde, alıcı da verici de aynı kişidir. Diğer bir ifade ile kişinin vücudunun herhangi bir yerinden alınan bir doku, yine aynı kişinin vücudunda başka bir yere nakledilmektedir¹⁶⁵. Örneğin bypass cerrahisinde bacadan ya da vücudun

¹⁶³ **Oktay**, Bülent, "Organ ve Doku Naklinde Etik ve Hukuksal Sorunlar", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 151.

¹⁶⁴ Canlıdan organ ve doku naklinin sınıflandırılmasında ESOT'un (European Society for Organ Transplantation) bünyesinde alt bölüm olan ELPAT (Ethical, Legal, and Psychosocial Aspects of Transplantation), ahlaki ve dini terimlerle ilgili ifadeleri içermeyen, tutarlı bir sınıflandırma yapmak için çalışmalar yapmıştır. ELPAT sınıflandırmasına göre canlıdan nakiller, genel olarak belirlenmiş ve belirsiz nakiller olarak ikiye ayrılmaktadır. Belirlenmiş nakil, belirli bir alıcıya yönelik olarak yapılan nakillerdir. Belirsiz nakillerde ise alıcı anonimdir. Burada bekleme listesindeki herhangi bir hasta alıcı olabilir. Belirli nakiller de kendi içinde doğrudan veya dolaylı nakiller olarak ikiye ayrılır. Doğrudan nakillerde alıcı belirli bir kişidir. Kişinin böbreklerinden birisini eşine vermesi buna örnek olarak verilebilir. Dolaylı nakillerde ise kişi alıcıyı bilmekte, ancak kendisi bizzat belirlememektedir. Örneğin değişim programı ile organ nakli kapsamındaki çapraz nakiller dolaylı nakildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dor**, Frank J.M.F./**Massey**, Emma K./**Frunza**, Mihaela, "New Classification of ELPAT for Living Organ Donation", Transplantation Journal, Vol. 91, Iss. 9, 2011, s. 935-938. https://journals.lww.com/transplantjournal/Fulltext/2011/05150/New_Classification_of_ELPAT_for_Living_Organ.1.aspx E.T: 09.09.2020.

¹⁶⁵ Kişinin kendi vücudundan alınan organ veya dokunun yine kendi vücudunda başka bir yere aktarılması işlemi için nakil ifadesinin kullanımının yerinde olmadığı; bu ifadenin yerine yer değiştirme ifadesinin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin doktrinde bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre nakil alıcı ve vericinin farklı kişiler arasında olması halinde söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cihan/Sert**, s. 9. Kanaatimizce, sözlük anlamı itibarı ile "bir yerden alıp bir yere iletme, aktarma, taşıma, geçirme, aktarım" anlamına gelmekte olan nakil kelimesi mutlaka farklı kişiler arasında yapıldığında kullanılması gereken bir kavram değildir. Örneğin bir kişinin bacağından alınan derinin koluna dikilmesi işlemi de her ne kadar ODNK kapsamında organ ve doku nakli olarak kabul edilmese de bir nakil işlemidir. Kişinin kendi vücudundan alınan bir doku veya organın yine kendi vücudunda bir yere nakledilmesi işlemi İngilizcede "autotransplantation" kelimesi ile ifade edilmektedir. Transplante kelimesi Türkçe'deki nakil ifadesini karşılayan bir kelime olduğu için İngilizce'de de kişinin kendi vücudundaki aktarımların yine nakil olarak ifade edildiğini görmekteyiz.

başka bir bölgesinden alınan damarın, tıkalı kalp damarları yerine nakledilmesi işleminde greft¹⁶⁶ olarak aynı kişiye ait parçalar kullanılmaktadır. Gerçekleştirilen bu tür nakiller ototransplantasyon olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁷.

ODNK, aynı insan üzerinde yapılan nakilleri kapsam dışında bırakmıştır. Dolayısıyla ototransplantasyon uygulamalarında tabi olunan düzenlemeler diğer ilgili sağlık mevzuatıdır.

1.5.3. Türler Arasında Yapılan Nakiller (Ksenogreft/Ksenotransplantasyon)

Günümüzde organ nakli için bekleyen hastaların sayısının gün geçtikçe artması, ancak gerçekleştirilen nakillerin bu artışa nazaran yetersiz kalması sebebiyle farklı türler arasında organ ve doku nakli düşüncesi tartışılmaya başlanmıştır. Ksenotransplantasyon¹⁶⁸ olarak adlandırılan farklı canlı türleri arasında gerçekleştirilen nakiller daha ziyade hayvandan insana organ, doku ve hücre nakli şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Domuzdan veya şempanzeden alınan kalbin insana nakledilmesi buna örnek olarak gösterilebilir¹⁶⁹.

Ülkemizde hayvandan insana veya insandan hayvana yapılan organ ve doku nakillerini düzenleyen kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Dünya genelinde ise hayvandan insana yapılacak nakiller için düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. İsviçre’de ve ABD’de 1996, İspanya’da 1997 ve Hollanda’da 1998 yıllarında bir komisyon kararı ile

¹⁶⁶ Greft, bir kişinin vücudunun başka bir yerinden veya başka bir kişinin vücudundan alınan, vücuttaki hasarlı bölgeye nakledilen organ veya dokudur. Diğer bir ifade ile nakle konu her bir organ veya dokudur. Bkz. **Doğan**, Cahid, “Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ Ya Da Doku Nakli)”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 243. Allogreft, otogreft gibi ifadeler esasen başka bir canlıdan alınan nakle konu organ ve doku; kişinin kendi vücudundan alınan nakle konu organ ve doku anlamına gelmektedir. Bununla birlikte allogreft ve otogreft, gerçekleştirilen işlemin adı olarak da kullanımına rastlanmaktadır. Kanunun “Kapsam” başlıklı ikinci maddesinde de bu yönde bir kullanıma yer verilmiştir.

¹⁶⁷ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 17; **Cihan/Sert**, s. 9.

¹⁶⁸ Ksenotransplantasyon, Yunancada yabancı anlamına gelen “xeno” kelimesinden türemiştir. Bkz. **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, İstanbul, 2007, s. 169; **Doğan**, C., s. 244.

¹⁶⁹ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 441; **Karlıkaya/Hot**, s. 170-171.

hayvandan insana yapılacak nakiller etik açıdan doğru bulunmuştur¹⁷⁰. Ayrıca yukarıda da açıklandığı üzere, İsviçre Nakil Kanunu'nda da “Hayvansal Organ, Doku ve Hücreler” başlıklı bir bölüm yer almaktadır. Alman Nakil Kanunu'nda ise sadece insana ait organ ve dokuların nakli düzenlenmiş, hayvana ait organ ve dokuların nakli hususuna Alman Hayvanları Koruma Kanunu'nun 6. maddesinde yer verilmiştir. Bu hükme göre hayvan bedenine ait bölümlerin kısmen veya tamamen ayrılması yasaktır. Ancak nakil amacıyla hayvanlardan organ ve dokuların alınması, kültür yapılması, organın tedavisi amacıyla çıkarılması bakımından bu yasak geçerli değildir. Bahsi geçen nakilden maksadın, hayvandan insana nakil olup olmadığı ise açık değildir¹⁷¹.

Türk Hukuku'nda ise ODNK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “*Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.*” hükmü gereğince yapılacak olan nakillere sadece insandan insana gerçekleştirilenler dâhildir. Dolayısıyla hayvansal organ ve dokuların nakli, bu kanun kapsamı dışındadır. Ancak mevzuatımızda, hayvandan yapılacak olan nakilleri yasaklayıcı herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilecek olan operasyonların, tıbbi müdahalelerin şartlarına uyulması durumunda mümkün olabileceği ifade edilmektedir¹⁷².

Konuya organ ve doku nakli açısından değil de hayvanları ilgilendiren yönden bakıldığında Hayvanları Koruma Kanunu'nun¹⁷³ (HKK) “Hayvanlara Müdahaleler” başlıklı 8. maddesinin incelenmesi gerekmektedir. HKK md. 8/2: “*Hayvanların, yaşadıkları sürece, tıbbî amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez*”. Kanun hükmünde, ölü hayvanlardan organ ve doku alımıyla ilgili herhangi bir düzenleme olmadığı için bu tür alımların

¹⁷⁰ Koçak Süren, s. 188.

¹⁷¹ Schreiber, Hücre-Doku-Organ, s. 94.

¹⁷² Hakeri, Tıp Hukuku, s. 441; Parlak, s. 194.

¹⁷³ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, 01.07.2004 tarihli ve 25509 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

serbest olduğu sonucuna varılabilir. Yaşayan hayvanlar noktasında ise kanun, tıbbi amaçlar dışında bir alımı yasaklamaktadır¹⁷⁴.

HKK md. 8/2 hükmündeki tıbbi amaçlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Hakeri, iki farklı bakış açısı sunmaktadır. Birinci bakış açısına göre, hayvanlara yönelik amaçlarla (bir hayvandan başka bir hayvana) yapılacak nakillere izin verilmektedir. Diğer bir ifade ile Kanun, hayvandan insana yapılacak nakilleri yasaklamaktadır, çünkü kanun koyucunun bu hükmü düzenleme amacı hayvanların korunmasıdır. İkinci bakış açısına göre, HKK md. 8/2'ye göre bir hayvandan başka bir hayvana tıbbi amaçlarla gerçekleştirilecek nakiller mümkünse, bu organ ve dokuların insanlara nakledilebileceği de kabul edilmelidir. Hakeri, bu iki görüşten ikincisine üstünlük tanınması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁵.

Hakeri'nin ikinci görüşüne başka bir gerekçe ile katılan Gülel'e göre ise HKK md. 9/3'te¹⁷⁶ başka bir seçeneğin olmaması halinde hayvanların bilimsel çalışmalarda denek olarak kullanılmasına müsaade edilmektedir. Buradan hareketle insan hayatını kurtarmak için hayvanlardan organ veya doku alınmasının evleviyetle kabul edilmesi gerekmektedir¹⁷⁷.

Hakeri'nin sunmuş olduğu görüşlerin her ikisine de doktrinde şu şekilde bir eleştiri getirilmiştir: Birinci görüşün kabul edilmesi mümkün değildir, zira Kanun'un lafzından naklin sadece hayvanlar arasında gerçekleştirilebileceği sonucu çıkmamaktadır. Madde hükmü, hayvandan alınacak organ ve dokunun hangi canlıya aktarılacağına ilişkin bir düzenleme getirmemektedir¹⁷⁸. İkinci görüş ise hayvanların, insanlardan daha değersiz canlılar olmadığı düşüncesiyle eleştirilmektedir. Bu görüşe göre Kanun'da, hayvandan

¹⁷⁴ **Gülel**, İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara, 2018, s. 76.

¹⁷⁵ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 442. Doktrinde Hakeri'nin görüşüne benzer bir görüş daha ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre de tıbbi amaçlarla yaşayan hayvanlardan organ veya doku alınabilmesi mümkün kılındığına göre insan hayatının kurtarılması gibi bir durum söz konusu olduğunda hayvandan insana nakle de imkân tanınmalıdır. Bkz. **Başpınar**, Veysel, "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 208.

¹⁷⁶ HKK md. 9/3: "*Başkaca bir seçenek olmaması halinde, hayvanlar bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılabilir.*"

¹⁷⁷ **Gülel**, s. 76.

¹⁷⁸ **Sert/Cihan**, s. 23-24.

alınacak organ ve dokunun hangi canlıya aktarılacağı noktasında bir sınırlama getirilmediği gibi, hükmün insana evleviyetle uygulanacağı şeklinde yorumlanmasını gerektirecek bir öncelik de bulunmamaktadır. Dolayısıyla tıbbi amaçlarla hayvanlardan alınacak organ ve dokuların hem hayvandan hayvana hem de hayvandan insana yapılacak nakillerde kullanılabileceği kabul edilmelidir¹⁷⁹.

1.5.4. İnsandan İnsana Yapılan Nakiller (Allogreft/Allotransplantasyon)

1.5.4.1. Genel Olarak

Allotransplantasyon genel olarak, aynı türe mensup fakat farklı genetik kimliğe sahip canlılar arasında gerçekleştirilen nakilleri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır¹⁸⁰. Allotransplantasyonun bir alt kavramı olan izotransplantasyon ise genetik olarak aynı kimliğe sahip olan alıcı ve verici arasında gerçekleştirilen nakillerdir. Buna örnek olarak 1954 yılında Joseph Murray ve ekibi tarafından tek yumurta ikizleri arasında gerçekleştirilen böbrek naklini örnek olarak gösterebiliriz. Bu tür nakillerin başarı şansı, farklı genetik kimliğe sahip olanlar arasındaki nakle göre daha yüksektir¹⁸¹.

ODNK, sadece insanlar arası organ ve doku nakline ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Kanun'un ikinci maddesinde de bahsedildiği gibi kişinin vücudundaki bir dokunun yine aynı kişiye nakledilmesi kanun kapsamında değildir. Ayrıca Kanun'un, sadece insan organizmasını oluşturan organ ve dokuların nakline müsaade etmesi, hayvanlardan yapılacak nakilleri kapsam dışı bıraktığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kanunun düzenlediği nakiller sadece allotransplantasyondur. Kanun kapsamındaki bu nakiller de kendi içinde vericinin biyolojik durumuna göre ölüden ve canlıdan olmak üzere iki başlık altında sınıflandırılmaktadır.

¹⁷⁹ Sert/Cihan, s. 24; Benzer yönde bkz. Aksaray, s. 164.

¹⁸⁰ Vatanoglu, s. 12; Ziroglu, s. 31.

¹⁸¹ Doğan, C., s. 243; Erpek, s. 21; Gözübüyük, G., s. 77

1.5.4.2. Ölüden Organ ve Doku Nakli

Ölüden organ ve doku nakli, vericisinin yaşayan bir insan olmadığı, yani tıbben ölmüş olanlardan yapılan nakillerdir. Bu tip nakillere canlıdan yapılan organ ve doku nakillerinde vericinin sağlığının olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi için öncelikle başvurulmaktadır. Bunun yanında tek seferde birden çok organın alınarak sırada bekleyen birden fazla hastaya nakledilmesi de ölüden organ naklinin öncelikle tercih edilebilir bir yöntem olduğunu göstermektedir¹⁸².

Ölüden yapılan nakillerin avantajları yanında birtakım dezavantajları da bulunmaktadır. Canlıdan yapılan nakillerde nakle konu organ veya doku zaten sağlıklı bir insanın vücudundadır. Dolayısıyla ekstra bazı medikal işlemlerle bu organ veya dokuların canlı tutulmaya çalışılması söz konusu değildir. Ancak ölüden gerçekleştirilen nakillerde, aktarımı yapılacak organ veya dokunun alınabilmesi için sınırlı bir zaman vardır ve zaman sınırı da bu tür nakillere her durumda başvurulmasını engellemektedir¹⁸³.

Diğer bir önemli husus ise ölüden naklin gerçekleştirilebilmesi için hastanın ölümünün tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptanmasıdır. Aksi halde, bir başkasının sağlığına kavuşması için, ölüm hali kesin olmayan bir kimsenin hayatı feda edilmiş olacaktır. Böyle bir durumda da hem kişilik hakkının ihlali hem de nakli gerçekleştiren hekimin hukuki ve cezai yaptırıma uğrama ihtimali gündeme gelecektir¹⁸⁴.

Ölüden organ ve doku nakli konusu, 2238 sayılı Kanun'un 3. bölümünde düzenlenmiştir. Bu kapsamda ölüm halinin saptanması, hekimlere ilişkin yasaklar ve tutanak düzenleme, organ ve doku alınabilmesinin koşullarının yanı sıra cesedin bilimsel araştırma için muhafaza edilmesi konuları hükme bağlanmıştır. Burada dikkat

¹⁸² **Akıncı**, Şahin, “Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 138; **Acıduman**, Ahmet/**Arda**, Berna, “Etik ve Hukukun Kavşağında Bir Konu: Organ ve Doku Aktarımları”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 85; **Aksoy**, Şahin, “Kadavradan Organ Bağışını Artırmaya Yönelik Bir Öneri”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi Dergisi, C. 11, 2013, s. 190.

¹⁸³ **Acıduman/Arda**, s. 85-86.

¹⁸⁴ **Kılıçoğlu**, s 258; **Atamer**, s. 123.

çeken husus, 2238 sayılı Kanun'un "Amaç" maddesinde düzenlenen bilimsel amaç ifadesinin cesetler için ayrıca düzenlenmiş olmasıdır. Kanun'un kapsamı açıklanırken yer verilen çoğunluk görüşüne göre, Kanun her ne kadar bilimsel araştırmalar için ölüden ve canlıdan şeklinde bir ayrıma gitmemiş olsa da canlıdan bilimsel amaçlarla organ veya doku alınması kabul edilemez. Ancak ölüden bilimsel amaçlarla organ veya doku alınması durumunda, naklin ODNK md. 14/5'teki şartlara uyularak gerçekleştirilmesi halinde, naklin hukuka uygunluğu bakımından herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Son olarak ölüden yapılan nakillerle ilgili terminoloji hususuna değinilmesi gerekmektedir. Mevzuatta ve doktrinde yeknesak bir kullanım bulunmamakta farklı kullanımlar karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde ölüden, cesetten, ölü vericiden, kadavradan gibi ifadelerle yer verildiği görülmektedir. Organ ve doku naklini düzenleyen temel kanunumuz olan ODNK'da ise ölüden ifadesi kullanılmaktadır. Tıp kaynaklarına bakıldığında ise daha çok kadavradan ifadesi tercih edilmektedir. Çalışmamızda, mevzuattaki kullanıma paralel olması açısından ve canlıdan ifadesinin zıttı olarak kullanılmaya uygun olduğu kanaatinde olduğumuz için ölüden ifadesi tercih edilecektir.

1.5.4.3. Canlıdan Organ ve Doku Nakli

Canlıdan organ ve doku nakli, alıcı ile aynı türe mensup ancak farklı genetik kimlikteki yaşayan bir vericiden organ ve doku alınması işlemi olarak tanımlanabilir. Canlı ise naklin gerçekleştirileceği esnada kişi vasfını kazanmış ve halen hayatta olan varlıktır¹⁸⁵. Bu bağlamda henüz kişi vasfını kazanmayan, diğer bir ifade ile henüz dünyaya gelmeyen cenin, canlıdan organ ve doku nakli açısından verici olarak değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla ceninden gerçekleştirilecek olan nakiller için ayrı bir düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Aydın, s. 59.

¹⁸⁶ Benzer şekilde kürtaj ile sonlandırılan veya düşük sonucu kaybedilen ceninden elde edilen fetal doku ve organların kullanılması da birtakım tartışmaları beraberinde getirmektedir. Zira sadece tam ve sağ doğanların ölümü söz konusu olacağı için, vücuttan uzaklaştırılan ceninin de ölü olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple vücuttan uzaklaştırılan ceninden nakil amacı ile

Ölüden gerçekleştirilen nakle kıyasla canlıdan yapılacak olan nakillerin, aktarılacak organ veya dokunun zaten canlı bir vücutta bulunuyor olması ve bu nedenle saklanması gerekli olmaması, vericinin önceden belirli olması, gerçekleştirilecek naklin detaylı olarak planlanabilmesi, canlıdan organ ve doku havuzunun daha geniş olması, organın kalitesinin ve hangi alıcı için uygun olduğunun denetlenebilmesi gibi nedenlerden dolayı daha avantajlı olduğu söylenebilir¹⁸⁷.

Canlıdan organ ve doku naklinin avantajlarının yanında birtakım dezavantajları da bulunmaktadır. Canlıdan nakillerde sağlıklı bir birey, organ veya dokuya muhtaç bir başka bireyin sağlığına kavuşması amacıyla ameliyat riskini göze almaktadır. Bu durumda hem alıcı hem verici olmak üzere iki kişi operasyon geçirmek zorunda kaldıkları için, potansiyel ölüm oranı %200 olmaktadır. Canlıdan organ ve doku nakilleri bu yönden değerlendirildiğinde, tıp alanında kendine özgü bir müdahale şekli olduğu da söylenebilir. Zira diğer tıbbi müdahalelerde risk tek bir kişi üzerinde toplanmakta ve potansiyel ölüm oranı %100 olmaktadır¹⁸⁸. Bu sorun aynı zamanda etik bir problem olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bir tarafta sağlıklı bir insanın kısa bir süreliğine de olsa hasta bir insan haline gelmesi, diğer tarafta başarılı sonuçlanan bir operasyonda her iki tarafın da önceki duruma göre daha mutlu olması ihtimali bulunmaktadır¹⁸⁹.

Biyotıp Sözleşmesi md. 19/2'ye göre: *“Yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviden istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunamadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi*

faydalanılması için ayrı bir yasal düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır. Bkz. **Atamer**, s. 119; **Ünver**, Hukuksal Boyut, s. 221; **Aydın**, s. 39. Bu tür fetal doku ve organların kullanımına imkân tanımanın, organ ve doku elde edebilmek için kürtaj yoluna başvurmayı artırabileceği yönünde bkz. **Cenan**, Rasime Sevgi, “Kadavradan Organ Naklinde Biyoetik Sorunlar”, Bezmialem Vakıf Üniversitesi Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul, 2018, s. 159. Alman Nakil Kanunu’nda bu yönde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre fetüsün ölmüş olduğunun tespit edilmesi ve gebe kadının organ alınmasına yazılı olarak rıza göstermesi halinde anne karnında ölen fetüsten organ ve doku alınabilecektir. Bkz. **Kocamaz Şahin**, s. 59; **Zengin**, Mehmet Ali, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, TAAD, S. 18, 2014, s. 169.

¹⁸⁷ **Hakim**, Nadey S., Introduction to Organ Transplantation, 2nd Edition, Imperial College Press, London, 2012, s. 43.

¹⁸⁸ **Gruessner**, Rainer W.G./**Benedetti**, Enrico, Living Donor Organ Transplantation, 1st Edition, 2008, s. 17.

¹⁸⁹ **Hakim**, s. 43.

yöntemi seçeneğinin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir". Sözleşme hükmüne göre öncelik ölüden yapılan organ ve doku nakilleri olmakla birlikte, bunun mümkün olmaması halinde yaşayan bir kimseden organ ve doku alınabilir. Dolayısıyla canlıdan yapılacak nakiller öncelikli değil, ikincil bir yöntem olarak belirlenmiştir. Kanunumuzda böyle bir öncelik sonralık ilişkisine yer verilmemiş olmasına rağmen, etik problemler ve tıbbi riskler de göz önüne alınarak bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Hukukumuzda canlıdan organ ve doku nakilleri, ODNK'nın ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde canlıdan organ ve doku naklinde rızanın açıklanması, rıza ehliyeti, bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü, alınması yasak organ ve dokular, verici ve alıcı açısından gerekli tahlillerin yapılması zorunluluğu ve bu işlemleri gerçekleştirmeye yetkili sağlık kuruluşları gibi hususlar düzenleme altına alınmıştır. Bu hususlara ayrıca çalışmamızın ikinci bölümünde değinilecektir¹⁹⁰.

Canlıdan gerçekleştirilen organ ve doku nakilleri, biyolojik yakınlık olup olmamasına göre akrabalar arası nakil ve akraba olmayanlar arasında nakil olarak iki şekilde sınıflandırılabilir. İlk durumda motivasyonun daha yüksek olması evrensel bir gerçek olarak kabul edilmektedir, zira kişinin özellikle birinci dereceden yakını olan anne ve babasının çocukları için tıbbi müdahaleden doğan riskleri göze alması daha olasıdır¹⁹¹. Ancak bu tip nakillerde sosyal baskı da göz ardı edilemez. Zira nakle rıza göstermeyen akrabasının, çevresi tarafından dışlanabilmesi ve dolayısıyla iradesinin etkilenmesi söz konusu olabilir¹⁹².

Akraba olmayanlar arasındaki nakillerde ise bir başkasının hayatı için kişinin kendi hayatını riske atması bakımından motivasyon daha düşüktür. Burada, kişinin tanımadığı bir kimse için organ ve dokularının nakline müsaade göstermesi hayranlık uyandırıcı bir durum olarak değerlendirilmektedir¹⁹³. Akraba olmayanlar arasındaki nakilde duygusal olarak yakın kişiler arasındaki nakil de incelenebilir. Bu tip nakillere ise birbirinin

¹⁹⁰ Bkz. 2.2. ve 2.3.

¹⁹¹ **Acıduman/Arda**, s. 83.

¹⁹² **Oktay**, s. 151.

¹⁹³ **Ayiter**, s. 142.

akrabası olmaması sebebi ile eş örneği verilebilir. Akraba olmayanlar arası nakillerde vericinin rızasının gerçek bir rıza olmadığı, zira alınacak organ veya dokuların çıkar karşılığı bir nakle konu edilebilme ihtimalinin olduğundan bahsedilmektedir. Bu durumun düşük bir ihtimal de olsa akrabalar arası nakillerde de görülebilmesi pek tabii mümkündür¹⁹⁴.

Son olarak canlıdan yapılan nakillerle ilgili terminoloji hususuna değinilmesi gerekmektedir. Doktrinde yaşayan kişilerden, canlı vericiden, canlıdan, sağlararası gibi ifadeler kullanılmaktadır. Düzenlemelere bakıldığında ise Biyotıp Sözleşmesi'nde, canlı verici; ODNK'da yaşayan kişi ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Bununla birlikte Kanun'a 15.11.2018 tarihinde eklenen Ek Madde-2'de ve Yönetmelik'te canlıdan ifadesi kullanılmıştır. Bu açıdan hem kanunun kendi içinde ve hem de Yönetmelik'le terminolojide birliği sağlayamamış olması eleştirilebilecek bir noktadır. Çalışmamızda, Ek Madde-2'de ve Yönetmelik'te kullanıldığı haliyle canlıdan ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz. Canlıdan ifadesini tercih etmemizin sebebi ise Kanun'un ikinci bölüm başlığında geçen "yaşayan kişi" ifadesinin, "kişi"nin tanımı düşünülecek olursa yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek olmasıdır. Örneğin bir önceki bölümde açıklanan ölüden organ ve doku naklinde, yaşayan kişi ifadesinin tersi olduğu düşünülerek "ölü kişi" ifadesi akla gelecektir ve hukuken doğru olmayan bir kullanım ortaya çıkacaktır.

¹⁹⁴ Oktay, s. 151.

İKİNCİ BÖLÜM

CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

2.1. BİR TIBBİ MÜDAHALE ŞEKLİ OLARAK CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİ

2.1.1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı ve Unsurları

2.1.1.1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı

En kısa ve basit tanımıyla tıbbi müdahaleler, hekimler tarafından hastanın tedavisine yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, kişideki normal dışılığı iyileştirmek, bunun meydana gelmesini önlemek ve etkilerinin azaltılmasını sağlamak için ortaya konulan her türlü etkinliktir¹⁹⁵.

Daha kapsamlı bir tanım ise şöyledir: Tıbbi müdahaleler, kişinin beden veya ruh bütünlüğünü bozan birtakım anormalliklerin teşhisi, tedavisi veya önlenmesine ilişkin girişimlerin yanında nüfus planlaması amacına da yönelebilen, tıp biliminin mevcut tekniklerine ve kurallarına uygun olarak, tıbbi faaliyetleri gerçekleştirebilmek için yetkilendirilmiş kişiler tarafından uygulanan girişimlerdir¹⁹⁶.

Tıbbi müdahalelerin hastalık niteliği taşımayan bozukluklar için de uygulanabileceğini vurgulayan tanıma göre ise tıbbi müdahaleler, fiziksel ya da psikolojik hastalıkların, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukların veya şikayetlerin önlenmesi, teşhisi ve iyileştirilmesi için yapılan müdahalelerdir. Bu tanıma göre hastalık

¹⁹⁵ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 5.

¹⁹⁶ **Kıcalıoğlu**, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, 1. Baskı, Ankara, 2011, s. 3; **Altun**, Abdurrahim, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, NEÜHFD, C. 1, S. 1, 2018, s. 38; **Çilingiroğlu**, s. 15; **Kahraman**, s. 480.

niteliği taşımayan fiziksel rahatsızlıklara şaşılık, hastalık niteliği taşımayan şikayetlere de hamilelik dönemindeki şikayetler örnek verilmektedir¹⁹⁷.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin¹⁹⁸ “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde de müdahalenin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre müdahale, “*Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler*”, cerrahi müdahale ise, “*Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*” olarak tanımlanmaktadır.

2.1.1.2. Tıbbi Müdahalenin Unsurları

Verilen tanımlardan sonra bir faaliyetin, hangi asgari unsurları taşıması durumunda tıbbi müdahale olarak nitelendirilebileceği, tespit edilmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta, doktrinde yeknesak bir görüş bulunmamaktadır, zira yazarlar tıbbi müdahalenin unsurlarını farklı yönlerden değerlendirerek ele almaktadırlar. Ayan’a göre bir davranışın tıbbi müdahale niteliği taşıması için temel olarak iki unsura sahip olması gerekli ve yeterlidir. Bu unsurlar “hekim tarafından gerçekleştirilmiş olma” ve “doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelme”dir¹⁹⁹. Çilingiroğlu ise tıbbi müdahalenin kim tarafından (resmi olarak yetkilendirilmiş kişiler tarafından), hangi amaçla (kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü zedeleyen fiziki ve

¹⁹⁷ **Şenocak**, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 66-67. Yazar, hasta-hekim arasında kurulan doğrudan tedavi amacı taşımayan müdahalelere ilişkin sözleşmeler için tıbbi müdahale sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi ifadelerinin kullanımının yerinde olacağını belirtmektedir.

¹⁹⁸ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik 01.06.2005 tarihli ve 5832 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁹ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 5. Ayan, bu noktada estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde tedavi amacının doğrudan olmadığını ancak fiziksel anormalliklerin ruhsal bütünlüğe de zarar vermesi sebebi ile dolaylı olarak tedavi amacına sahip olduğunu; ancak bu tür müdahalelere, kişinin hayatını idamesinde tehlikeyi artırdığı oranda izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 34. Tıbbi müdahalenin teşhis, önleme ve tedavi amacına yönelik olması ifadesinin yerine, “müdahalenin hukuken öngörülen bir amaca yönelik olması” şeklinde daha geniş bir ifadenin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Altun**, s. 39; Tıbbi müdahalelerde doğrudan veya dolaylı tedavi amacı unsurunu isabetli bulmayan görüş için bkz. **Koyuncu Aktaş**, Nihan, Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2020, s. 34.

ruhsal anormalliklerin tespit edilmesi, önlenmesi ve tedavisi veya nüfus planlaması amacıyla) ve nasıl (tıp biliminin genel olarak kabul edilen kural ve tekniklerine uygun olarak) gerçekleştirildiği sorularına cevap verecek şekilde üç unsur olduğuna işaret etmektedir²⁰⁰. Bunun yanında tıbbi müdahalenin unsurlarının amaç ve gereklilik²⁰¹, müdahalenin yetkilendirilmiş kişiler tarafından uygulanması, rıza ve hukuki bir sebebe dayanma şeklinde dört unsur şeklinde ele alındığı da görülmektedir²⁰².

Doktrinde tıbbi müdahalelerin unsurlarına ilişkin yukarıda yer verilen görüşler genel olarak kendi içinde tutarlı olmakla beraber, bir davranışın tıbbi müdahale niteliği taşıması için öncelikle temel unsurların belirlenmesi; daha sonra hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartlarına geçilmesi şeklinde dereceli bir sistematığe yer verilmesi gerektiğini düşündüğümüz için “aydınlatılmış rıza” ve “hukuk düzenince öngörülmuş bir amaca yönelik olma” unsurlarına yer vermeksizin tıbbi müdahalelerin unsurlarına değinmeyi uygun görmekteyiz. Zira tıbbi müdahaleleri hukuka uygunluğu açısından hukuka uygun ve hukuka aykırı tıbbi müdahaleler olarak sınıflandırdığımızda; ilk olarak somut bir tıbbi müdahalenin olup olmadığını tespit edip, ortada tıbbi müdahale denilebilecek bir eylem varsa bu müdahalede hukuka uygunluk sebebinin varlığını ele alırız²⁰³. Buradan hareketle bize göre, bir tıbbi müdahalenin varlığı için müdahalenin kanun tarafından yetkilendirilmiş sağlık personeli tarafından ve müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve teknikleri kullanılarak gerçekleştirilmiş olması, bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesi için aranan temel unsurlardır²⁰⁴.

²⁰⁰ **Çilingiroğlu**, s. 15.

²⁰¹ Doktrinde amaç ve gereklilik unsuru, endikasyon olarak da ele alınmaktadır. Ancak endikasyonun ayrı bir şart olarak ele alınması yerine müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun ve bu verilere göre gerekli olma şartının içinde düzenlenmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir. **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 94; **Aydın**, s. 58. Ancak dikkat edilmelidir ki Hakeri ve Aydın, bizzat tıbbi müdahalenin unsurlarını değil hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartlarını açıklarken bu şarta yer vermektedirler.

²⁰² **Gülel**, s. 24.

²⁰³ Benzer şekilde tıbbi müdahale kavramının bünyesinde, kendiliğinden hukuka uygunluk vasfını taşımadığı, tıbbi müdahalelere hukuka uygunluk vasfının eklenecek diğer olgularla sağlanacağı ve bu olguların başında rıza olmak üzere TMK md. 24’te sayılan diğer hukuka uygunluk sebeplerinin olduğu yönünde bkz. **Koyuncu Aktaş**, s. 38.

²⁰⁴ Benzer bir görüş, tıbbi müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesinde tedavi unsuruna ön şart olarak yer verilmemesini uygun bulmaktadır. Bu görüşe göre müdahaleye tıbbi olma niteliğini veren unsurlar, müdahalenin yetkili kişiler tarafından ve tıp biliminin yöntemleri kullanılarak yürütülmesidir; hukuka uygunluk ise farklı bir kavramdır. **Koyuncu Aktaş**, s. 37.

İlk unsur, müdahalenin kanun tarafından yetkilendirilmiş sağlık personeli tarafından yerine getirilmesidir. Burada bahsi geçen sağlık personeli, esasen geniş bir kavram olmakla birlikte konu itibari ile ifade edilmek istenen tıbbi nitelikte faaliyet gösteren sağlık personelidir²⁰⁵. Tıbbi müdahalede bulunabilecek sağlık personeli, kanun tarafından müdahaleye yetkilendirilmiş olmalıdır²⁰⁶. 1219 sayılı TŞSTİDK'ya göre tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olanlar temel olarak hekimlerdir. Ancak diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları ve hastabakıcı hemşireler²⁰⁷ de kanuna göre belirli koşullar altında müdahalede bulunmaya yetkilidir²⁰⁸.

İkinci unsur ise tıbbi müdahalede, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve tekniklerinin kullanılmasıdır. TDN md. 13/2 hükmü gereğince: “*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır*”. Dolayısıyla uygulanan teknikler, tıp biliminin prensiplerine uygun olmalıdır. Aksi halde gerçekleştirilen faaliyet teknik olarak tıbbi müdahale olarak ifade edilemez²⁰⁹. Ancak bu noktada hekimin, tıbbi kural ve standartlardan ayrılması halinde tıbbi müdahaleyi özensiz gerçekleştirdiği, dolayısıyla hekimlik sözleşmesini ihlal ettiği; bu hususun ise bir müdahalenin tıbbi olup olmadığı üzerinde bir etkisinin olmadığı da doktrinde ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bir tıbbi müdahalenin yetkili kişiler tarafından tıp biliminin yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilmiş olması yeterlidir²¹⁰.

Son olarak, açıklamaya çalıştığımız doğrultuda tıbbi müdahaleler ve hukuka uygun tıbbi müdahaleler ayırımına dikkat ederek bir tanım yapmak gerekirse tıbbi müdahaleler, bu

²⁰⁵ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 95; **Aydın**, s. 58.

²⁰⁶ Pratisyen bir hekimin, uzmanlık gerektiren bir konuda müdahalede bulunması ihtimalinde ise tıbbi müdahale niteliğinin devam ettiği ancak hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacağına ilişkin bkz. **Aydın**, s. 61. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira bu ihtimalde pratisyen hekim 1219 sayılı kanunda tıbbi müdahalede bulunabilecek sağlık personeli olarak sayılmaktadır. Ancak özel olarak “uzmanlık” şartı aranan müdahalelerde bulunmaya yetkili değildir. Burada bir yetki aşımı durumu vardır. Dolayısıyla hekimin özen sorumluluğuna gidilmesi düşünülebilir.

²⁰⁷ Kanunun dördüncü faslında 58-62 maddeleri arasında sünnetçiler hususu düzenlenmişti. 58. maddeye göre hekim olmayanlar da belirli şartlar altında sünnete yönelik tıbbi müdahalede bulunabileceklerdi. 18.01.2014 tarihinde dördüncü fasıldaki tüm maddeler ilga edilmiş, kanunun tabipler faslındaki 3. maddesine eklenen ek cümle ile sünneti her tabibin yapabileceği düzenlenmiştir.

²⁰⁸ **Aydın**, s. 58-59; **Koyuncu Aktaş**, s. 34. Ayrıca tıbbi müdahaleye yetkilendirilmiş kişiler için aranan birtakım özel şartlar da (Örneğin hekimler için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak gibi) TŞSTİDK'da düzenlenmiştir.

²⁰⁹ **Çilingiroğlu**, s. 33; **Altun**, s. 40; **Kahraman**, s. 482.

²¹⁰ **Koyuncu Aktaş**, s. 37.

konuda yetkilendirilmiş kişiler tarafından gerçekleştirilen ve tıp biliminin yöntemleri kullanılarak kişinin fiziki ve ruhi varlığına yönelmiş her türlü faaliyettir. Böylece bu tanım tedavi, teşhis ve bilimsel amaç taşıyan müdahaleleri; bunların yanında cinsiyet değişikliğini, sünnet uygulamasını, organ ve doku naklini, nüfus planlamasını da kapsayan her türlü faaliyeti bünyesinde barındıracaktır²¹¹.

2.1.2. Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Müdahaleler

2.1.2.1. Kişilik Hakkının Tanımı

Kişilik hakkının gerek TMK ve TBK’da gerekse diğer özel nitelikli düzenlemelerde bir tanımının yapılmamış olması sebebi ile doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Yapılan bu tanımlar kişilik hakkını bir veya birden çok yönüyle açıklamaktadır. Bir tanıma göre kişilik hakkı, kişinin toplumdaki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesine imkân sağlayan haklardır. Diğer bir deyişle kişilik hakkı, kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin yetkileri ifade eden bir kavramdır²¹². Diğer bir tanıma göre ise kişilik hakkı²¹³, insanın insan olması dolayısıyla ayrılmaz bir şekilde sahip olduğu haktır²¹⁴. Serozan’a göre kişilik hakkı, insanı insan yapan ve onun kişiliğini oluşturan değerler üzerindeki haktır. Yazar bu noktada “korunması tüm soylu değerler”

²¹¹ **Koyuncu Aktaş**, s. 38.

²¹² **Dural/Öğüz**, s. 66; **Dural, Mustafa/Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2014, s. 162.

²¹³ Tek bir kişilik hakkının mı birden çok kişilik hakkının mı olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. TMK md. 24’te “kişilik hakkı” ifadesi kullanılmaktadır. Buradan hareketle kanun genel bir kişilik hakkının olduğunu kabul etmektedir. Bu itibarla TMK md. 24 hükmü çerçeve bir hükümdür. Zaten bu tartışmanın pratikte bir önemi bulunmamaktadır, teorik bir tartışmadır. Zira kanunda haklar tek tek sayılıyorsa, bu tartışma pratikte önem taşırdı. Bkz. **Helvacı**, Serap, Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul, 2012, s. 98-99. Benzer yöndeki görüşler için bkz. **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C. 1, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2014, s. 342; **Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Konya, 2011, s. 52; **Dural/Öğüz**, s. 101; **Cihan/Sert**, s. 41. Kişilik hakları gibi çoğul bir ifadenin yerine kişilik hakkı ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu zira kişilik değerlerinin çoğul olduğu ve bu kişilik değerleri üzerindeki hakkın tek olduğu; ancak TMK md. 24/1 hükmünde “kişilik hakkı” ifadesi kullanıldıktan sonra md. 24/2’de “kişilik hakları” ifadesine yer verilmesinin uyumsuz olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Hatemi**, s. 66-67.

²¹⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 170; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 97.

ifadesini kullanmaktadır; dolayısıyla her değer değil, korunması gereken değerler üzerindeki hak kişilik hakkıdır²¹⁵.

Yargıtay, kişilik hakkına ilişkin davalarda atıf yaptığı bir kararında “*Kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan, yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir hak.*” şeklinde bir tanıma yer vermiştir²¹⁶. Bu tanım, kişilik hakkının niteliklerini de kapsamı itibarı ile geniş bir tanımdır. Ayrıca Yargıtay bu ifadesinde, doktrindeki çoğunluk görüşün aksine, kişilik hakları şeklinde çoğul bir ifade kullanmıştır.

Bu tanımlardan yola çıkarak en genel ve öz haliyle kişilik hakkı, kişilik değerleri üzerindeki mutlak bir hak olarak tanımlanmaktadır²¹⁷.

2.1.2.2. Kişilik Hakkının Nitelikleri

Kişilik hakkını diğer haklardan ayıran, kendine özgü birtakım nitelikleri bulunmaktadır. Bunlar kişilik hakkının mutlak hak olması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve şahısvarlığı haklarından birisi olmasıdır.

İlk olarak kişilik hakkı mutlak hak niteliğindedir. Bu niteliğin bir sonucu olarak kişilik hakkı herkese karşı ileri sürülebilir ve üçüncü kişilerin, kişilik hakkına müdahale etmeme yükümlülüğü vardır²¹⁸. Dolayısıyla kişilik hakkının mutlak hak olma niteliğinin, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Kişilik hakkının olumlu yönünü, hak sahibine, üçüncü kişilere karşı bu hakkına uygun davranılmasını

²¹⁵ **Serozan**, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm- Kişiler Hukuku), 7. Bası, İstanbul, 2017, s. 454.

²¹⁶ Yargıtay HGK, 1981/4-56 E., 1982/348 K., 09.04.1982 T. www.hukukturk.com E.T: 01.11.2020.

²¹⁷ **Ayan/Ayan**, s. 51.

²¹⁸ **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 101; **Ayan/Ayan**, s. 53; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 347; **Dural/Öğüz**, s. 103; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 171; **Serozan**, Kişiler Hukuku, s. 455.

isteme yetkisi sağlaması; olumsuz yönünü, üçüncü kişilerin bu hakka saygı gösterme yükümlülüğünün olması oluşturur²¹⁹.

İkinci olarak kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu niteliğin bir sonucu olarak kişilik hakkı başkasına devredilemez ve bu haktan feragat edilemez²²⁰. Ayrıca kişilik hakkı kişinin kendisi tarafından kullanılır, bir başkası tarafından kullanılması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile kişilik hakkının kullanımına üçüncü bir kişi katılamaz²²¹. Serozan, bu yönü itibariyle kişilik hakkını “yasal temsile düşman” olarak nitelendirmektedir²²². Ancak devredilememe ve feragat edilememe bakımından dikkat edilmesi gereken husus, kişilik hakkından feragat edilememesi ve kişilik hakkının devredilememesidir; yoksa birtakım kişilik değerlerinin kullanılması üçüncü kişilere bırakılabilir. Fotoğraf veya ismin bir başkası tarafından kullanımına izin verilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir²²³. Ayrıca belirtmek gerekir ki kişilik hakkının konusunu oluşturan kişilik değerlerinin ihlali sonucunda elde edilen maddi-manevi tazminat alacağı devredilebilir ya da bu alacaktan vazgeçilebilir²²⁴. Son olarak kişilik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasından dolayı mirasçılara intikal etmez. Hak sahibinin ölümü ile kişilik hakkı da sona erer. Bu nedenledir ki cesede yapılan saldırılar ölenin kişilik hakkını değil, belirli şartların varlığı halinde yakınlarının kişilik hakkını zedeler²²⁵.

Üçüncü olarak kişilik hakkı, şahısvarlığı haklarındanır. Hakların sınıflandırılmasında şahısvarlığı haklarının karşısında malvarlığı hakları yer almaktadır, buradan hareketle kişilik hakkının para ile ölçülemeyen değerleri konu edildiği söylenebilir²²⁶. Ancak kişilik hakkının ihlalinin malvarlığına etkilerinin olmayacağı söylenemez. Zira kişilik

²¹⁹ **Ayan/Ayan**, s. 54.

²²⁰ **Karakaş**, Fatma Tülay, *Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, Ankara, 2015, s. 26; **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 101; **Ayan/Ayan**, s. 54; **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 347; **Dural/Öğüz**, s. 104; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 172; **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 455.

²²¹ **Karakaş**, s. 29.

²²² **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 455.

²²³ **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 102; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 172.

²²⁴ **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 102.

²²⁵ **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 347; **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 102.

²²⁶ **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 101; **Ayan/Ayan**, s. 54; **Dural/Öğüz**, s. 103; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 172. Kişilik hakkının şahısvarlığı hakkı olması niteliğini para ile ölçülemez şeklinde farklı bir nitelik olarak ele alan bir görüş için bkz. **Cihan/Sert**, s. 44.

hakkının ihlali halinde tazminat talep hakkının doğmuş olması, bu hakkın şahısvarlığı haklarından birisi olduğunu değiştirmez²²⁷.

2.1.2.3. Kişilik Hakkının Konusu: Kişilik Değerleri

Kişilik hakkının konusunu hukuk düzenince koruma altına alınan kişilik değerleri²²⁸ oluşturur. Kanun bu değerleri tek tek tespit etmemektedir. Zira kişilik değerleri sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere paralel olarak değişime uğrayabilir veya yeni kişilik değerleri ortaya çıkabilir²²⁹. Dolayısıyla önceden kişilik değerlerinin tespit edilip, kanun tarafından düzenlenmesi mümkün olmadığı için hâkim, önüne gelen her bir somut değer hukuk düzeni tarafından korunmaya layık olup olmadığına kendisi karar verecektir. Hâkim bu tespiti yaparken TMK md. 4 hükmünce kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde hareket edecektir²³⁰.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından kişilik değerlerinin belirli ayrımlara tabi tutularak incelendiği görülmektedir. Buna göre kişilik değerleri; maddi bütünlük, manevi bütünlük, sır çevresi ve gizlilik alanı, iktisadi bütünlük üzerindeki değerler şeklinde dörtlü bir sınıflandırmaya²³¹ tabi tutulabileceği gibi sır çevresi ve gizlilik alanının manevi bütünlüğe ilişkin değerler kapsamında değerlendirilerek üçlü bir ayrımda²³² ele alınması da mümkündür. Bu tür bir sınıflandırmanın yanı sıra doktrinde, kişilik değerlerini somut (maddi) ve soyut (manevi) değerler olarak ikili bir ayrıma tabi tutarak

²²⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 171. Kişinin vücut bütünlüğüne zarar verilmesi halinde tedavi masraflarının zarar verenden tazmin edilmesi hali bu duruma örnek olarak verilebilir. **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 101.

²²⁸ Doktrinde kişilik değerleri yerine kişisel varlıklar, şahsi varlıklar, şahsi menfaatler ifadelerinin de kullanımına rastlanmaktadır. Yargıtay kararlarında da yeknesak bir kullanım bulunmamaktadır.

²²⁹ Serozan, kişilik değerlerinin sınırlandırılmayacağını "*Kişilik hakkının konusu değerler tahdidi olarak kapalı bir kovaya sokulamaz; ancak tadadi olarak ucu açık bir muslukta akıtılabilir.*" şeklinde ifade etmektedir. Özellikle gen teknolojisindeki ilerlemeler, hacker saldırıları, kişisel verilerin saklanması, takip programları gibi pek çok alandaki gelişmeler kişilik haklarının ihlali ihtimalini artırmakla birlikte kişilik değerlerinin de çerçevesini genişletmektedir. Bkz. **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 454-455. Kişilik değerlerinin saptanmasının yerinde olmayacağına ilişkin benzer bir yorum için bkz. **Dural/Öğüz**, s. 101.

²³⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 174; **Ayan/Ayan**, s. 56.

²³¹ **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 346. Ancak yazarlar, bu gruplandırmanın mutlak ve kesin olmadığını, bir değer birden çok grupta yer alabileceğini belirtmektedirler. Örneğin resim üzerindeki hak, manevi bütünlük üzerindeki haklardan birisi olarak değerlendirilmekle birlikte bu hakkın vücut bütünlüğünün bir görüntüsü olarak algılanması da mümkündür.

²³² **Ayan/Ayan**, s. 57.

inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu ayrıma göre bedensel değerler somut değerlerden; kişinin saygınlığı, özgürlükleri, adı, sırları vb. değerler ise soyut değerlerden sayılmaktadır. Soyut değerler aynı zamanda ruhsal değerler olarak da nitelendirilmektedir²³³.

Görüldüğü üzere kişilik değerlerinin tek tek belirlenmesinin mümkün olmaması, onların net bir şekilde sınıflandırılmasını da engellemektedir. Bu sebeple bazı yazarlar, sınıflandırma yapmaksızın başlıca kişilik değerlerini sayma yoluna gitmektedirler²³⁴. Bu değerlerin başlıcaları şunlardır: Yaşam, sağlık ve vücut tamlığı, şeref ve haysiyet, hayat alanı, ad, resim ve ses, meslek hayatı vb²³⁵.

2.1.2.4. Yaşam, Sağlık ve Vücut Tamlığı Açısından Tıbbi Müdahaleler: Özel Olarak Canlıdan Organ ve Doku Nakli

Kişinin yaşam, sağlık ve vücut tamlığı, kişilik hakkının konusunu oluşturan başlıca kişilik değerlerindedir. Yaşam hakkının kişiliği oluşturan değerlerden en önemlisi olduğu, diğer bütün değerlerin yaşam hakkı ile anlam kazanacağı önemle belirtilmektedir²³⁶. Bu sebeptir ki AY md. 17/1’de “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek yaşam hakkının anayasal düzeyde korunması amaçlanmaktadır.

Sağlık hakkı ve vücut tamlığı²³⁷ ise yaşam hakkının doğal bir sonucu olarak kişilik değerlerine dahil edilmekte ve korunmaktadır. Sağlık hakkı kişinin yaşamını iyi ve

²³³ Kılıçoğlu, s. 246; Cihan/Sert, s. 47-48.

²³⁴ Dural/Öğüz, s. 104; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 175 vd.; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 103 vd.

²³⁵ Yargıtay HGK, 2009/4-120 E., 2009/193 K., 13.05.2009 T. “...Hukukumuzda kişilik haklarının tanımı yapılmamış ve bu hakkın hangi değerleri kapsadığı da açıklanmamıştır. Böylece kişilik haklarının diğer bir anlatımla şahsiyet haklarının nelerden ibaret olduğunun belirlenmesi ve sınırının çizilmesi uygulamaya yani yargıya bırakılmıştır. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda kişisel değerlerin; fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olarak belirlendiği kişinin toplum içindeki mesleki kimliği şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, vücut ve ruh bütünlüğü ve sağlığı, ırk, din ve vatandaşlık gibi bağları kapsadığı kabul edilmektedir.” www.legalbank.net E.T: 01.10.2020.

²³⁶ Ayan/Ayan, s. 57.

²³⁷ Sağlık ve vücut tamlığı farklı kavramlardır. Vücut tamlığı, kişinin doğuştan sahip olduğu doğal ve organik tümlüktür. Sağlık ise bu tümlüğün, yani organizmanın düzenli işleyişine ilişkindir. Bkz.

düzenli bir şekilde idame ettirebilmesini; vücut tamlığı ise kişinin hem beden hem de ruhsal anlamda bütünlüğünü ifade etmektedir²³⁸. Bu çerçevede sağlık hakkı ve vücut tamlığı da yaşam hakkı kadar önemlidir. Bu önemine binaen vücut tamlığı değeri de AY md. 17/2’de “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” şeklindeki ifade ile koruma altına alınmıştır.

Kişinin yaşamı, sağlığı ve vücut tamlığı üzerindeki tasarruf imkânı, gerçekleştirilecek tasarrufun kişiliğe zarar vermemesi şartına bağlıdır. Bu sebeptir ki kişinin yaşamını sona erdirecek bir tasarrufta bulunulması mümkün değildir²³⁹. Buna karşın vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunabilme imkânı, yaşam hakkında olduğu kadar mutlak surette yasaklanmamıştır. Belirli şartlar altında, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunabilmesine imkân tanınmıştır²⁴⁰. Bu tasarruf imkânı da tıbbi müdahalelerde karşımıza çıkmaktadır.

Tıbbi müdahaleler, kişinin vücudu üzerinde birtakım işlemlerde bulunmayı zorunlu kılan faaliyetlerdir. Dolayısıyla tıbbi müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut tamlığı değerlerine zarar verdiği için gerçekleştirildikleri andan itibaren kişilik hakkını ihlal eder ve kural olarak hukuka aykırıdır²⁴¹.

Bir tıbbi müdahaleyi zorunlu kılması açısından canlıdan organ ve doku nakli ise tıbbi müdahalelerin özellik gösteren bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu tür müdahalelerde insan vücudundan bir organ veya doku alınıp, başka bir insanın vücuduna nakledilmektedir. Bu müdahalenin doğal bir sonucu olarak da iki kişinin vücut tamlığı zarar görmektedir.

Zevkliler, Aydın, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD, C. 1, S. 1, 1983, s. 9.

²³⁸ **Yenerer Çakmut**, s. 50-54.

²³⁹ İyileşme imkânı olmayan bir hastalık dolayısıyla çekilen acılara son verilmesi amacıyla gerçekleştirilen ötenazi, Türk Hukuku’nda kabul edilmemiştir. Dolayısıyla kişinin yaşamına son verilmesi yönündeki rızası da yaşam hakkı açısından geçerli olmayacaktır. **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 104.

²⁴⁰ **Dural/Öğüz**, s. 105; **Yenerer Çakmut**, s. 53.

²⁴¹ **Dural/Öğüz**, s. 106; **Çilingiroğlu**, s. 36.

Nakilde alıcı ve verici olmak üzere operasyona dahil olacak iki taraf olduğu için organ ve doku nakilleri, klasik anlamda tıbbi müdahalelerden ayrılmaktadır. Burada verici en başta sağlıklı bir bireydir, ancak nakil operasyonundan sonra vücut tamlığı zarar görmektedir; alıcı ise operasyondan önce zaten hastadır, ancak sonrasında da vücut tamlığı tıbbi müdahale ile zedelenmektedir. İleride bahsedilecek olan²⁴² tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için gereken şartlar bir tarafa bırakılacak olursa, alıcı ve vericiye ilişkin müdahalelerin kural olarak her iki taraf açısından da kişilik hakkını ihlal ettiği söylenebilir.

Tıbbi müdahalelerin, kişilerin sağlığına kavuşturulması açısından gerekli hatta zorunlu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, her koşulda bu müdahaleleri hukuka aykırı kabul etmek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Aksinin kabulü tıbbi müdahalelerin hiçbir surette hukuka uygun olarak gerçekleştirilememesi, dolayısıyla bu müdahalelerden mahrum kalan, ancak müdahaleye muhtaç kişilerin iyileştirilememesi anlamına gelir. Bu durumda da pasif kalınmak suretiyle kişilik hakkının ihlali sonucu doğabilir. Zira kişilik değerlerinden olan sağlık hakkını geliştirmek ve iyileştirmek isteyen bir kişiye bu hakkın tanınmaması, dolaylı yoldan kişilik hakkının zarar görmesine neden olur.

2.1.3. Kişiliğin Korunması Bağlamında Tıbbi Müdahaleler ve Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza

Hukukun değer atfettiği varlıklardan en başta geleni kişidir. Bununla birlikte hem mevcut otoritelerden hem de diğer kişilerden gelen saldırılara karşı en açık varlık da kişidir. Bu sebeptendir ki kişi, hukuk düzeninin korumayı ve geliştirmeyi amaçladığı en değerli varlıktır²⁴³. Hukuk düzeni, kişilik hakkını ve kişilik hakkının konusunu oluşturan değerleri korumakla yükümlüdür. Hukuk düzeni tarafından sağlanacak

²⁴² Bkz. 2.1.1.2 ve 2.2.

²⁴³ Dural/Öğüz, s. 100.

koruma ile kişilik hakkı anlam bulur ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesine, kişinin hürriyetlerinden yararlanabilmesine imkân sağlanır²⁴⁴.

Kişilik hakkı, hukuk düzenince korunması amaçlanan bir hak olduğu için sadece ulusal düzenlemelere değil pek çok temel uluslararası düzenlemeye de konu olmaktadır. Örneğin Birleşmiş Milletler’de kabul edilen 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin²⁴⁵ daha ilk maddesinde tüm insanların haklar ve özgürlükler açısından eşit doğduklarından bahsedilmektedir. Bununla sınırlı kalınmamış, Bildiri’nin ilk on dört maddesi ve devamı bölümlerindeki pek çok hükümde kişi hak ve özgürlüklerine yer verilmiştir²⁴⁶. Bildiri’nin yanı sıra kişiliğin korunmasını amaçlayan bir diğer uluslararası sözleşme de 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir²⁴⁷. Sözleşme’nin Bildiri’den farkı, kişi hak ve özgürlüklerinin tanınıp açıklanması ile yetinilmeyip bu hak ve özgürlüklerin sınırlarının, sınırlanmasının ölçütlerinin de düzenlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla Sözleşme’nin kişilik hakkına daha ayrıntılı ve somut olarak yer verdiği söylenebilir²⁴⁸. Doktrinde “uluslararası insan hakları manzumesi” olarak adlandırılan ve Beyanname ile birlikte üç ana sözleşmeyi oluşturan BM Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi²⁴⁹ ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi²⁵⁰ de insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını amaçlayan temel belgelerdir²⁵¹.

²⁴⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 350.

²⁴⁵ Bildiri’nin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> İngilizce metni için bkz. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> E.T: 07.11.2020.

²⁴⁶ Doğan, İlyas, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 166; Akad, Mehmed/Vural Dinçkol, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Genişletilmiş 3. Basım, İstanbul, 2004, s. 304-305.

²⁴⁷ Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf ; İngilizce metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf E.T: 07.11.2020.

²⁴⁸ Akad/Vural Dinçkol, s. 314.

²⁴⁹ Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> ; İngilizce metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> E.T: 18.11.2020.

²⁵⁰ Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/83-93.pdf> ; İngilizce metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> E.T: 18.11.2020.

²⁵¹ Doğan, Murat, “Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli (15 Mart 2019-Kayseri), Ankara, 2020, s. 235.

Kişilik hakkını korumayı amaçlayan uluslararası belgeler bunlarla sınırlı olmayıp pek çok düzenleme söz konusudur. Bu düzenlemelere Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ve konumuzla ilgisi olması bakımından Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi örnek olarak verilebilir.

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra kişiliğin korunması ulusal düzeyde de sağlanmaktadır. Kişiliğin ulusal kanunlar yoluyla korunmasını, kamu hukuku karakterli kanunlar ile koruma ve özel hukuk karakterli kanunlar ile koruma şeklinde ikili bir ayrıma giderek incelemek mümkündür²⁵². Kamu hukuku karakterli korumaya örnek olarak Anayasal koruma verilebilir. Zira Türk Hukuku'nda kişilik hakkı başta Anayasa ile koruma altına alınmıştır²⁵³. Örneğin AY md. 12'de kişiliğe bağlı vazgeçilemez ve devredilemez hak ve özgürlüklerden; md. 17'de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğundan ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığından bahsedilmekle kişiliğe bağlı değerler koruma altına alınmaktadır²⁵⁴. Kamu hukuku karakterli kanunlar yolu ile kişiliğin korunmasına diğer bir örnek ise TCK ile korumadır. Örneğin TCK'nın 81 vd. maddeleri kişinin vücut tamlığına karşı, TCK md. 125 vd. maddeleri ise kişinin şeref ve haysiyetine karşı gelecek saldırıları korumayı amaçlamaktadır²⁵⁵.

Özel hukuk açısından kişiliğin korunmasına yönelik ise TMK md. 23-24 ve TBK md. 58²⁵⁶ hükümleri genel hüküm niteliğindedir. Bu genel korumanın yanında bazı kişisel

²⁵² Kişiliğin kanun yoluyla korunmasına ilişkin bu şekilde bir ayrıma yer veren yazarlar için bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 352; **Kılıçoğlu**, s. 246.

²⁵³ Kişilik hakkı, Anayasal teminata kavuşturulmuş olması sebebi ile kamusal hak niteliği de taşımaktadır. **Bilge**, Necip, Hukuk Başlangıcı, 5. Baskı, 1983, s. 193.

²⁵⁴ **Dural/Öğüz**, s. 148.

²⁵⁵ **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 353.

²⁵⁶ TMK md. 25 hükmü, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin manevi tazminat talebinde bulunabileceğinden bahsetmektedir. TBK md. 58 hükmü ise kişilik hakkının ihlali halinde manevi zararı düzenleyen genel kural niteliğindedir. Özel nitelikte başka bir kanun, kişilik hakkının olgularını düzenlemediği takdirde uygulanacak hüküm budur. **Antalya**, O. Gökhan, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararı İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 224.

değerleri koruyan özel hükümler de bulunmaktadır. FSEK²⁵⁷ md. 14-19, 70-71; TTK md. 56; 5651 sayılı Kanun²⁵⁸ md. 9, 9A gibi hükümler özel nitelikli kişilik hakkını koruyan hükümlere örnek olarak verilebilir. Konumuzla ilgili olması açısından ise sağlık hukukundaki özel nitelikli hükümlere de kısaca değinilmesi gerekir. TŞSTİDK, ODNK, TDN, HHY gibi sağlık hukukuna ilişkin düzenlemelerde kişilik hakkını koruyucu pek çok hükme rastlanmaktadır. Tezimizin konusunu oluşturan ODNK kapsamındaki pek çok hüküm de kişilik hakkını koruma amacı gütmektedir. Örneğin Kanun'un 3. maddesinde organ ve dokuların bir çıkar karşılığında satılmasının yasak olduğu düzenlenerek kişiliğin korunması amaçlanmaktadır. Aynı şekilde canlıdan organ ve doku alınmasında rızayı düzenleyen 6. madde hükmü de kişinin vücut tamlığına karşı gelecek müdahaleler açısından kişiyi koruyarak kanunda düzenlenmiş belirli şartlar altında organ ve doku nakline rıza gösterilebileceğini düzenlemektedir. Kanunun 8. maddesi de alınması halinde kişinin yaşamına son verebilecek ya da kişinin yaşamını tehlikeye sokabilecek organ ve dokuların alınmasını yasaklayarak kişiliği koruma altına almaktadır. Buna benzer diğer bir düzenleme ise TDN md. 11/1'de hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm, tecrübe etmek için kişiler üzerinde cerrahi müdahalelerde bulunulamayacağını düzenleyerek, kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerden yaşam, sağlık ve vücut tamlığına yönelik saldırılara karşı kişiyi korumaktadır.

Yukarıda bahsedildiği üzere TMK'nın "Kişiliğin Korunması" başlıklı 23. maddesi ve "Saldırıya Karşı" başlıklı 24. maddesi, kişiliği koruyucu genel hüküm niteliğindedir. 23. madde kişinin, hak ve fiil ehliyetinden vazgeçemeyeceği, özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı kuralını getirmektedir. TMK md. 24 ise hukuka aykırı olarak kişilik hakkı ihlal edilen kişinin bu ihlallere karşı korunmasını düzenleyerek, kişiyi başkalarının saldırılarına karşı korumaktadır. Bu itibarla kişinin, md. 23 hükmü ile hukuki işlem yoluyla²⁵⁹ saldırılara karşı korunması; md. 24 hükmü ile

²⁵⁷ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 13.12.1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵⁸ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁵⁹ Kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesi veya özgürlüklerini sınırlandırması hukuki işlemler yoluyla gerçekleşir. Bu sebeple TMK md. 23 hükmünün kişiyi hukuki işlemlere karşı koruduğuna ilişkin bkz. **Karabağ Bulut**, Nil, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 85.

de haksız fiil yoluyla saldırılara karşı korunmasını amaçlanmaktadır²⁶⁰. Doktrinde TMK md. 23 hükmünün içe karşı koruma; md. 24 hükmünün dışa karşı koruma şeklinde ele alındığı görülmektedir²⁶¹. Ancak son zamanlarda kabul edilen çoğunluk görüşü, içe karşı ve dışa karşı koruma ayrımının bugün artık terk edilmiş olduğunu göstermektedir²⁶².

TMK md. 23'ün ilk fıkrası, "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*", ikinci fıkrası, "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*" hükmünü haizdir. 23. maddenin ilk iki fıkrasında bu hükümlerin ayrı ayrı düzenlenmesinin yerinde olup olmadığına ilişkin doktrinde tartışmalar vardır. Bir görüşe göre ilk iki fıkranın ayrı olarak düzenlenmiş olması yapay bir ayrıştırma değildir. Dolayısıyla "kişilik değerlerinden kısmen vazgeçme" ve "kişilik değerlerini sınırlama" ifadelerinin birleştirilmesi daha uygundur. "*Kimse kişilik değerlerini ahlaki değer yargularına aykırı olarak gözden çıkaramaz ve sınırlayamaz.*" şeklinde bir ifade ilk iki fıkrayı karşılayabilecek yeterliliktedir²⁶³. Diğer bir görüşe göre ise her iki hükmün amacı farklıdır. İlk fıkra kişinin, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklardan kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini ve hukuki işlemler yoluyla bu hakları sınırlamayacağını; ikinci fıkra ise -her ne kadar fıkroda özgürlüklerden bahsedilse de- kişiliğe bağlı tüm değerlerin korunmasını hüküm altına almaktadır²⁶⁴. Örneğin bir kişinin hiçbir zaman evlenmeyeceği, boşanmayacağı veya borç altına girmeyeceğine yönelik taahhütleri TMK md. 23/1; kişinin hayatı boyunca, bir odaya hapsedilmesine veya bir başkasının emri altında köle olarak çalışmasına rıza göstermesi de TMK md. 23/2 hükmüne aykırılık teşkil eder²⁶⁵.

²⁶⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 208; **Dural/Öğüz**, s. 148; **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 134; **Karabağ Bulut**, s. 86.

²⁶¹ **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 456 vd.

²⁶² Zira her iki hüküm de kişiliği dıştan gelen tehlikelere karşı korumaktadır. Bu iki hüküm arasındaki tek fark, kişinin rızasının olup olmadığıdır. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 148.

²⁶³ **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 457-458. Yazar ayrıca "ehliyetten vazgeçme", "özgürlükten vazgeçme", "kısmen vazgeçme" ve "sınırlama" ifadelerine ilk iki fıkroda yer verilmesinin kavram hukukçuluğunun bir sonucu olduğunu, yabancı hukuklarda bu tarz ayrımlara yer verilmediğinin üzerinde durmaktadır. Bkz. **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 458.

²⁶⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 210-211. Ayrıca TMK md. 23/1 ve TMK md. 23/2'deki düzenlemeler hiç olmasaydı bile hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüklerin TBK md. 27 hükmü gereğince yine korunacağına ilişkin bkz. **Dural/Öğüz**, s. 149.

²⁶⁵ **Dural/Öğüz**, s. 149-150; **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, s. 135-136. Doktrinde TMK md. 23/1 ve 23/2 kapsamında verilebilecek örneklerden bir kısmı bazı yazarlarca birinci fıkra hükmü kapsamında

TMK'nın 23. maddesine 3678 sayı ve 14.11.1990 tarihli Kanun ile eklenen fıkra ise ana kurala, yani 23. maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen kurala, bir istisna getirmektedir. Söz konusu fıkra *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”* şeklinde bir hüküm getirmektedir. Bu hükme, rıza konusuna geçildiğinde ayrıntılı olarak değinileceği için burada sadece zikretmekle yetiniyoruz.

TMK md. 24/1 ise *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* hükmünü düzenlemektedir. Bu fıkraya göre kişi, kişilik hakkına karşı hukuka aykırı saldırılardan korunmayı talep edebilecektir. Önemli olan saldırının hukuka aykırı olmasıdır. Bu hukuka aykırılığın sınırını da aynı maddenin ikinci fıkrası belirlemektedir. Hükme göre, *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”*. Dolayısıyla kişi, her türlü müdahaleye değil, her türlü hukuka aykırı müdahaleye karşı korunmayı talep edebilecektir.

Tıbbi müdahaleler açısından bir değerlendirme yapıldığında kişilik değerlerinden olan vücut tamlığının TMK md. 24/1 hükmü kapsamında korunacağı, vücut tamlığına karşı gerçekleştirilen müdahalelerde TMK md. 24/2'de düzenlenen ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden birinin bulunmaması halinde ise kişilik hakkının saldırıya uğramış olacağı sonucuna ulaşılabilir. Özel olarak canlıdan organ ve doku nakilleri açısından değerlendirildiğinde ise nakil işleminin hukuka aykırılığını engelleyen hukuka uygunluk sebebi rızadır. Hükümde düzenlenen üstün nitelikte özel ve kamusal yarar, kanunun verdiği yetki ise verici açısından organ ve doku nakillerini tek başına hukuka uygun kılmaya yetmeyecektir²⁶⁶. Verici, nakil öncesinde sağlıklı bir kişidir ve vücut bütünlüğünü bozan bir müdahalenin, üstün nitelikte özel veya kamusal yarara

değerlendirilmekteyken, diğer bir kısım yazarlarca ikinci fıkra hükmü kapsamında ele alınmaktadır. Dolayısıyla doktrinde ilgili fıkralar arasındaki ayrıma ilişkin istikrarlı bir görüş bulunmamaktadır.

²⁶⁶ Ancak dikkat edilmelidir ki bu tespitler verici açısından yapılmaktadır. Zira organ ve doku nakilleri alıcı açısından sıradan bir tıbbi müdahaledir. Dolayısıyla alıcının rıza açıklayabilecek durumda olmaması halinde hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması durumunda hastanın üstün nitelikte özel yararı bulunmaktadır. Ancak verici için de aynısını söylemek pek mümkün görünmemektedir.

dayanılarak yapılması mümkün değildir. Zira kimsenin vücut bütünlüğü, bir başkasının vücut bütünlüğünü korumak için ihlal edilemez, meğerki geçerli bir rıza bulunmasın.

Son olarak TMK md. 25 hükmüne kısaca değinmek gerekirse, söz konusu hükümde kişilik değerlerine bir müdahalenin varlığı halinde açılacak davalar düzenlenmektedir. Madde kapsamında durdurma (saldırıya son verme), önleme (saldırı tehlikesinin önlenmesi), hukuka aykırılığın tespiti, maddi ve manevi tazminat davaları ile son olarak vekaletsiz iş görmeden doğan (kazancın geri verilmesi)²⁶⁷ davalar düzenlenmektedir. Bu davalar doktrinde, ikili bir ayrıma tabi tutularak da incelenmektedir. Önleme, durdurma ve tespit davaları koruyucu davalar; maddi ve manevi tazminat, kazancın geri verilmesi davaları ise tazminat davaları olarak adlandırılmaktadır²⁶⁸. Çalışmamızla doğrudan ilgili olmaması sebebi ile bu konuda ayrıntılı açıklamalara yer vermemeyi tercih ediyoruz²⁶⁹.

2.2. CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN ŞARTLARI

2.2.1. Genel Olarak

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için gereken unsurlar, tıbbi müdahalelerin bir türü olması sebebi ile canlıdan organ ve doku nakli için de aranmaktadır. Bununla birlikte tıbbi müdahaleler esas olarak kişilik hakkını ihlal eden uygulamalar olduğu için TMK md. 24/2'deki hukuka uygunluk sebeplerinden birisi olan rıza hukuka uygun kılınmadığı sürece hukuka aykırı olarak nitelendirilmeye devam edecektir²⁷⁰. Dolayısıyla canlıdan organ ve doku naklinin hukuka uygun bir şekilde yapılabilmesi için rızanın mevcudiyeti aranmaktadır. Ancak rızanın mevcut olması tek başına müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecek, rızanın geçerlilik koşullarının yanında bazı ek şartlar da aranacaktır. Dolayısıyla rızanın yanında canlıdan organ ve

²⁶⁷ Hatemi, söz konusu talebi “haksız karışma kazancı talebi” olarak ifade etmektedir. **Hatemi**, s. 78.

²⁶⁸ **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 152 vd.

²⁶⁹ TMK md. 25'te düzenlenen davalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı**, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, 1. Baskı, İstanbul, 2001, s. 79 vd.; **Hatemi**, s. 75 vd.; **Dural/Öğüz**, s. 155 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 255 vd.

²⁷⁰ **Koyuncu Aktaş**, s. 37.

doku naklini hukuka uygun hale getiren bazı şartların da kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, canlıdan organ ve doku naklinin şartları ve rızanın geçerlilik şartları noktasında da net bir ayırım bulunmamaktadır. Örneğin vericinin on sekiz yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip olması, canlıdan organ ve doku naklinin şartları arasında ele alınabileceği gibi rızanın geçerlilik şartı olarak da değerlendirilebilir. Zira ODNK md. 5'te on sekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olduğu; md. 6'da ise kişinin kendisinden organ ve doku alınmasına rıza gösterebilmesi için on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir şartın canlıdan organ ve doku naklinin şartlarında mı rızanın geçerlilik şartlarında mı incelenmesi gerektiğini net bir şekilde belirlemeye çalışmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çalışmamızda esas incelenmek istenen konu rıza olduğu için söz konusu şartlardan, özellikle rıza yönünden incelenmesi gerektiğini düşündüklerimize rızanın geçerlilik şartları kısmında yer vermeyi tercih etmekteyiz.

Son olarak, doktrinde bazı yazarlarca organ ve doku naklinin şartlarının üçlü veya ikili sınıflandırma yoluna gidilerek ele alındığı görülmektedir. Buna göre şartlar vericiye ilişkin, hekime ilişkin ve naklin gerçekleştirileceği sağlık kurumuna ilişkin olmak üzere üçlü²⁷¹; maddi ve hukuki şartlar olmak üzere ikili²⁷² bir ayırma tabi tutularak da incelenmektedir. Organ ve doku naklinin şartlarını maddi ve hukuki şartlar olarak ele alan yazarlar, hukuki şartlarda vericinin rızasını ve yakınlarının irade beyanını incelemektedirler. Ancak çalışmamızda organ ve doku naklinde aranan en önemli şart olan rızadan bir sonraki kısımda ayrıntılı olarak bahsedileceği için kategorize etmeksizin şartlara tek tek yer vermeyi ve en sonunda da rızaya ayrıntılı olarak değinmeyi uygun bulmaktayız.

²⁷¹ Gözübüyük, G., s. 79 vd.

²⁷² Akıncı, Biyolojik Madde, s. 162 vd.

2.2.2. Organ ve Doku Naklinin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi

Tıbbi müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne zarar verecek nitelikte faaliyetler olsa da esasen bu kişilik değerlerinin geliştirilmesi ve iyileştirilmesi amaçlandığı için kabul edilmektedir²⁷³. Canlıdan organ ve doku naklinde alıcı tarafın kişilik değerlerini iyileştirme amacı aşikardır, ancak verici açısından böyle bir amaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir kimseden biyolojik bir maddenin alınması, temelde Hipokrat ilkelerinin başında gelen “Önce zarar verme!” (*primum nil nocere*) ilkesine ters düşmektedir. Sağlıklı bir kişiden sağlıklı bir parça, onun vücut bütünlüğünü bozma pahasına çıkarılmaktadır. Naklin vericiye hiçbir faydası bulunmamakta, hatta onun vücudunda fiziksel bir zarara yol açmaktadır. Ancak vericinin, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin kendisine olmasa bile bir başkasına yarar sağlayacağına inanması, naklin kabul edilebilir nedenini oluşturmaktadır²⁷⁴. Diğer bir deyişle vericinin kendisinin değil, hasta bir kişinin sağlığını iyileştirme ve geliştirme amacı gözetmesi nedeniyle bu müdahaleler hukuka uygun kabul edilmektedir²⁷⁵. Zira ortada bir başka kişinin hayatını kurtarma, kişiyi sağlığına kavuşturma veya kişideki hastalığın yoğunluğunu azaltma gibi insani ve üstün bir amaç vardır ve bu amaç, naklin hukuka uygun olmasını sağlamaktadır²⁷⁶.

²⁷³ **Yenerer Çakmut**, s. 43.

²⁷⁴ **Bilgin**, Nevzat, “Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü”, Doku ve Organ Transplantasyonları, 1993, s. 10; **Gözübüyük, G.**, s. 78.

²⁷⁵ Parlak, üstün amaçtan bahsederken sadece bir başkasının iyileştirilmesi ifadesini kullanmamakta, bunun yanında tıp biliminin ilerlemesi amacının güdülmesi halinde de üstün amaçtan söz edilebileceğini belirtmektedir. **Parlak**, s. 202. Aksi görüşte olan Akıncı ise bilimsel amaçlarla organ alınmasının üstün amaca hizmet etmediğini belirtmekle birlikte bu konuda çok fazla katı davranılmaması gerektiğini de vurgulamakta; alındığı takdirde vericiye zararı dokunmayan kan, sperm, yumurta hücresi gibi biyolojik maddelerin bilimsel amaçlarla alınabileceğini, ki zaten ODNK md. 2/2 hükmü gereğince de bu maddelerin kanunun kapsamı dışında tutulduğunu ifade etmektedir. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 167-168. Kanunumuzda üstün amaçtan söz edilmemekle birlikte, kanunun “Amaç” başlıklı 1. maddesinde, naklin ancak tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla yapılabileceği düzenlenmiştir. Tezin birinci bölümünde kanunun amacı başlığında üç amaç da tek tek incelenmiş olup, özellikle naklin bilimsel amaçlarla gerçekleştirilmesi noktasında tereddütlerin bulunduğu ve kanundaki bu ifadenin tekrardan düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüşlere değinilmiştir. Tekrara düşmemek adına ilgili bölümde yer verilen tartışmalarla üstün amaç ifadesinin birlikte yorumlanması gerektiği yönündeki görüşümüzü belirtmekle yetiniyoruz. Bkz. 1. Bölüm, III. A. 1. a. aa.

²⁷⁶ **Akünel**, Teoman, “2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai

Üstün amaçtan söz edilebilmesi için öncelikle alıcının menfaatinin, vericinin menfaatinden üstün olması gerekmektedir²⁷⁷. Diğer bir ifade ile alıcının nakle olan ihtiyacı ile vericinin bu nakilden en az zararı görmesi, yani en yüksek fayda en düşük zarar amaçlanmalıdır²⁷⁸. Aksi takdirde organ ve doku naklinin üstün amaca hizmet ettiğinden bahsedilemeyecek, gerçekleştirilecek olan nakil hukuka aykırı hale gelecektir²⁷⁹. Örneğin, alıcının mevcut bir hastalığının iyileştirilmesi için uygulanmakta olan ve genel kabul görmüş bir tedavi yöntemi bulunmamaktadır. Bu sebeple, yeni bir tedavi yönteminin hastada işe yarayıp yaramayacağını tespit edilmesi için organ naklinin gerçekleştirilmesi düşünülmektedir. Ancak burada vericinin menfaatinin, alıcıdan daha az olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Nitekim muhakkak bir zarar, müphem bir faydaya tercih edilemeyecektir. Zira verilen örnek bakımından verici tarafın sağlığının (bir süreliğine de olsa) bozulması muhakkak, alıcının sağlığının iyileşmesi ise müphemdir.

Üstün amaç şartına ilişkin diğer bir husus ise Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen bedel karşılığı organ ve doku alınması yasağının, esasen üstün amaç şartına hizmet eden bir hüküm olmasıdır. Zira organ vericisi hiçbir çıkar gözetmeksizin sadece üstün bir amaca hizmet etmek için kendisine karşı bir tıbbi müdahale yapılmasına, dolayısıyla vücut tamlığının bozulmasına rıza göstermektedir. Aksi takdirde, alıcının hastalığının iyileştirilmesi dışındaki bir amaca hizmet eden nakillere gösterilen rıza hukuka aykırı olacaktır.

Dolayısıyla vericinin vücut tamlığına bir müdahalenin varlığı halinde kişilik hakkı zarar görürken bir yandan da üstün bir amaca hizmet edilmektedir. İki çıkar arasında bir çatışma olduğundan, bu çatışmadan dolayı ortaya çıkacak sorunların düzenlenmesi için

Sorumluluğu, İstanbul, 1983, s. 21; **Nar**, Ahmet, "İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 55-56, 2009, s. 8; **Erman**, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, Ankara, 2003, s. 217; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 164; **Çilingiroğlu**, s. 22.

²⁷⁷ **Kara Kılıçarslan**, Seda, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 6 **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 164.

²⁷⁸ **Sert/Cihan**, s. 92.

²⁷⁹ Örneğin vericinin vücudunda çift olarak bulunan organlardan sadece birisinin işlevlerini yerine getiriyor olması halinde bu organın nakli mümkün değildir. Zira vericinin uğrayacağı zarar alıcıya sağlanacak yarardan daha az değildir. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 166.

2238 sayılı ODNK kabul edilmiştir. ODNK’da özellikle 1982 yılında yapılan değişikliklerle hekimin iyileştirme hakkına açıkça üstünlük sağlandığı söylenebilir²⁸⁰.

Kanun, üstün amaç ifadesi yerine insancıl amaç ifadesini tercih etmektedir. “Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü” başlıklı 7. maddenin e bendine göre hekimler “*Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*” zorundadırlar. Dolayısıyla Kanun söz konusu müdahalelerde üstün amacın sağlanması için hekimlere de bir yükümlülük yüklemiştir. Kanun hükmündeki ifadesiyle “insancıl amaç” sağlanmıyorsa hekim tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeyi reddeder. Dolayısıyla vericinin rızasını açıklamış olması dahi insancıl amaca aykırı bir nakle hukuka uygunluk kazandırmaz.

2.2.3. Ölüden Uygun Bir Organ Temin Edilememesi (İkincillik Prensibi) ve Başkaca Bir Tedavi Seçeneğinin Kalmaması

Kural olarak canlıdan organ ve doku nakli, ancak alıcı için ölüden uygun organ veya doku bulunmadığı takdirde kabul edilebilir. Bu şart doktrinde ikincillik prensibi olarak ifade edilmektedir²⁸¹. Ancak organ ve doku nakline ilişkin mevzuatımıza bakıldığında böyle bir prensibe yer verilmediği görülmektedir.

Hukukumuzda her ne kadar ikincillik prensibine yer verilmese de tarafı olduğumuz Biyotıp Sözleşmesi md. 19/1 hükmü ikincillik prensibini düzenlemektedir. Yukarıda uluslararası sözleşmelerin AY md. 90/son hükmü çerçevesinde iç hukuka etkisi açıklanmıştır. Bu doğrultuda esasen hukukumuzda düzenlenmeyen bir prensibin, tarafı olduğumuz bir uluslararası sözleşmede düzenlenmesiyle ülkemizde de uygulama alanı bulacağı muhakkaktır²⁸².

²⁸⁰ Parlak, s. 196; Gökçen, s. 64; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 180.

²⁸¹ Aydın, s. 60; Badur, Organ ve Doku, s. 322; Gözübüyük G., s. 78; Şahin, s. 51.

²⁸² Zeytin, Zafer, “Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 257; Aydın, s. 41.

Alman Nakil Kanunu'nda ise ikincillik prensibine açıkça yer verildiği görülmektedir. Kanunun, sırasıyla ikinci ve üçüncü bölümlerinde ölüden ve canlıdan organ ve doku nakli konusu düzenlenmiştir. Gerek kanunun sistematığına bakıldığında ölüden nakillerin daha önce düzenlemesi, gerekse kanunun 8. maddesinde²⁸³, organ veya doku bekleyen hastalar için öncelikle ölüden alımı yapılan organ veya dokuların naklinin gerçekleştirilmesi; bunun mümkün olmaması halinde canlıdan nakil yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler ölüden organ ve doku naklinin öncelikli olduğunu ispatlar niteliktedir²⁸⁴.

Son olarak Biyotıp Sözleşmesi md. 19/1'de canlıdan organ ve doku naklinin, alıcı için başka bir tedavi yöntemi kalmaması halinde başvurulacak bir yöntem olması gerektiği düzenlenmiştir. Yukarıda bahsedildiği şekilde, bu şart da Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukuka etkisi dikkate alındığında canlıdan organ ve doku naklinde aranan bir şart olarak değerlendirilmelidir. Başkaca bir tedavi yönteminin kalmaması, doktrinde ikincillik prensibi olarak ifade edilmemekle birlikte kanaatimizce, bu şartın yöntemin ikincilliği olarak adlandırılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira mümkünse alıcı için tıbbın geldiği son aşamaya göre başka bir tedavi yöntemi varsa o uygulanmalı, bu tedaviler başarısız olursa veya başarısız olacağı ciddi emarelerle öngörülürse nakil yoluna gidilmelidir. Yani nakil öncelikli değil, ikincil bir tedavi yöntemi olarak uygulanmalıdır²⁸⁵.

2.2.4. Naklin Taraflara Zarar Vermeyecek Nitelikte Olması

Canlıdan organ ve doku naklinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için aranan bir diğer şart, vericiden alıcının ihtiyacı olan organ ve dokunun alınması halinde

²⁸³ Alman Nakil Kanunu "Yaşayan Bağışçıdan Organların ya da Dokuların Alınması" başlıklı 3. bölümün md. 8/1-3 hükmü şu şartı getirmektedir: "*Organ alınması için 3. ve 4. maddeye göre bir bağışçıya ait uygun bir organ, organ alınması anında mevcut değilse...*". ifadede Kanun'un 3. ve 4. maddelerine atıf yapılmaktadır ki bu maddeler de ölüden organ ve doku naklinin şartlarını düzenlemektedir. **Aygörmez**, s. 102.

²⁸⁴ **Kühn**, s. 123.

²⁸⁵ Naklin gerçekleştirilmesi için alıcının hayatının son safhasında olması gerekmemektedir. Zira hastanın diyaliz tedavisi hem zaman hem de maliyet yönünden külfete sebep olmaktadır. Bu nedenle kişi hastalığının başında olsa bile naklin yapılması gerekmektedir. Bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 187.

vericinin aşırı bir zarara uğramaması; gerçekleştirilecek müdahalenin, vericinin sağlığı açısından orantısız bir tehlikeye sebep olmamasıdır²⁸⁶. Bu ilkenin, vericinin vücut bütünlüğünü zedelememesi şeklinde anlaşılması gerektiğini belirten görüşe²⁸⁷ katılmıyoruz. Zira tıbbi müdahaleler niteliği itibarı ile müdahaleye maruz kalacak kişinin vücut bütünlüğünü en az ölçüde de olsa zedelemektedir. Dolayısıyla zararsızlık şartı hiç zarar vermeme şeklinde yorumlanmayacaktır. Zaten ODNK md. 8 hükmü de zararsızlığın sınırını belirleyecek şekilde düzenlenmiştir.

Doktrinde zararsızlık olarak anılan bu şart, ODNK’da canlıdan organ ve doku naklini düzenleyen ikinci bölümde “Alınamayacak Organ ve Dokular” başlıklı 8. maddede açıkça düzenlenmiştir. İlgili hükme göre “*Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.*” Hükümde vericinin “yaşamını sona erdirmeyecek” ve “yaşamını tehlikeye sokmayacak” şeklinde iki ölçüt belirlenmiştir. Alındığı takdirde kişinin yaşamını sona erdirecek veya yaşamını tehlikeye sokacak organ ve dokular tıp bilimine belirlenecektir²⁸⁸. Örneğin kalp gibi hayati nitelikteki organlar alındığı takdirde vericinin yaşamını sona erdirecektir, dolayısıyla bu organlar canlıdan alınamaz. Benzer şekilde yüz, kol ve bacak gibi kompozit dokular da sadece ölüden alınabilecektir. Zaten bu tür bir organın alınmasına en başta TMK md. 23 hükmü engeldir. Ancak hayati nitelikte olmayan ve kişide çift olarak bulunan organların²⁸⁹ veya kendini yenileyebilen dokuların veya bir kısmının alınması, vericinin yaşamını tehlikeye sokmayacak nitelikteyse kabul edilmektedir²⁹⁰.

²⁸⁶ **Gökçen**, s. 68; **Erman**, s. 218; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 20.

²⁸⁷ **Sert/Cihan**, s. 88.

²⁸⁸ Kanunun ilk çıktığı zamanlarda doktrinde, hangi organın nakledilebileceğinin kanunda tek tek sayılması gerektiğine ilişkin bir görüş bulunmaktaydı. Ancak Kanun’un bu görüşü değil, tıbbi takdiri esas aldığı ve bu düşüncenin benimsenmesinin daha isabetli olduğu yönünde bkz. **Erem**, Faruk, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, YD, C. 5, S. 4, 1979, s. 709.

²⁸⁹ Bu organlardan birinin naklinin kişinin sağlığını ciddi derecede etkilemeyeceği, topluma ve ailesine karşı olan ödevlerini yerine getirmesini engellemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde çift organlardan birinin dahi alınmayacağı savunulmaktadır. **Dural/Öğüz**, s. 115; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 165; **Gökçen**, s. 68. Naklin, kişinin topluma ve ailesine karşı olan görevlerini aksatmaması gerektiğine ilişkin yoruma, kanunun açık hükmünden ulaşılamayacağını ifade eden görüş için bkz. **Gözübüyük, G.**, s. 79-80.

²⁹⁰ **Toroslu**, s. 100; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 20; **Parlak**, s. 200. Vericide çift olarak bulunan organların naklinin hukuka uygun olma sebebinin zararsızlık değil, üstün amaç olduğu yönündeki görüş için

Nakle konu olacak organ veya dokunun, kişinin hayatını tehlikeye sokacak veya hayatını sona erdirecek nitelikte olup olmadığı hekim tarafından tespit edilir²⁹¹. Kanunun “Tahlil ve İnceleme Yapma Zorunluluğu” başlıklı 9. maddesine göre “*Organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur.*” Söz konusu hüküm uyarınca alıcı ve verici arasında biyolojik anlamda bir uygunluğun olup olmadığı, yani vericiden alınan organ veya dokunun alıcının vücudu tarafından kabul edilip edilmeyeceği belirlenerek taraflar açısından naklin büyük bir tehlike oluşturmayacağı saptanmış olmaktadır²⁹². Aksi halde, yani gerekli tetkiklerin yapılmayıp sonuçların bir rapor ile saptanmaması halinde ise hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması ile aynı sonuçların doğacağı belirtilmektedir²⁹³.

Son olarak, zararsızlık şartının sadece verici açısından değerlendirilmemesi gerektiği, alıcı açısından da bu şartın aranması gerektiği ifade edilmektedir. Alıcının, kendisine organ veya doku nakledildiği takdirde hayatı tehlikeye girecekse hem alıcının hem de vericinin zarar görmemesi açısından nakil gerçekleştirilmemelidir. Bu durumda her iki taraf için de değerlendirme yapılarak, menfaatler dengesinin sağlanması amaçlanmalıdır. Bunun için alıcı ve vericinin nakil öncesi durumları ve nakil sonrası riskleri karşılaştırılarak, en yüksek faydanın elde edileceği yönündeki kararın verilmesi gerekmektedir²⁹⁴. Bu hususu Kanun’un 10. maddesinin lafzından da çıkarabilmek mümkündür. Zira ilgili hükümde gerekli tahlil ve incelemelerin hem alıcı hem de verici için yapılması gerektiği ifade edilmektedir.

bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 170. Çift olarak bulunan organlardan birisinin alınması, vericide sürekli bir eksiklik meydana getirecekse, verilecek rızanın batıl olduğu yönünde bkz. **Ayiter**, s. 142. Ancak günümüz tıp biliminin geldiği nokta düşünülecek olursa, tek böbrekle kişinin hayat standardında çok büyük bir değişiklik olmadan hayatına devam etmesinin mümkün olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle kesin bir şekilde, çift organlardan birisinin alınmasına verilecek rızanın batıl olduğunu söylemek doğru olmayacaktır.

²⁹¹ **Sözür**, s. 27.

²⁹² Olurluluk raporunun hangi hekim tarafından düzenleneceği hükümde açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde, organ veya doku nakli operasyonunu gerçekleştirecek olan hekimin bu raporu düzenlemesinin, hekimin sorumluluğuna gidilmesi açısından daha yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Abik**, Yıldız, “Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 129.

²⁹³ **Abik**, s. 129; **Parlak**, s. 198-199.

²⁹⁴ **Sert/Cihan**, s. 88-89.

2.2.5. Alıcı ve Verici Arasında Kanunun Aradığı Ölçüde Yakınlığın Bulunması

ODNK Ek Madde-2/1'e göre organ ve doku naklinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için alıcı ve verici arasında hükümde aranan ölçüde bir yakınlığın bulunması gerekmektedir. Bu hüküm 2018 yılında Kanun'a eklenmeden önce hukukumuzda, canlıdan organ ve doku naklinin akrabalık ilişkisi olmayan kişiler arasında gerçekleştirilmesine engel olan herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak Yönetmelik md. 16/1 hükmü canlıdan gerçekleştirilecek nakillerde akrabalık şartı aramaktaydı. Böyle bir kısıtlamanın Yönetmelik ile düzenlenmiş olması eleştirilmekteydi²⁹⁵. 2018 yılında 7151 sayılı Kanun ile ODNK'ya eklenen Ek Madde-2 ile söz konusu şart, kanuni zemine kavuşmuştur.

ODNK Ek Madde-2/1 hükmü gereğince canlıdan organ ve doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için vericinin, "...*alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından ...*" olması şartı aranmaktadır²⁹⁶. Söz konusu hükmün vericileri, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi²⁹⁷ ile alıcının dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları şeklinde iki gruba ayırdığı görülmektedir. Verici bu iki gruptan birisine giriyorsa canlıdan organ ve doku nakli bu iki kişi arasında gerçekleştirilebilir²⁹⁸.

Yönetmelik md. 16/1 hükmü ise kanundaki düzenleme ile paralel olmasına rağmen evli olma şartında "fiilen birlikte yaşadığı eşi" ifadesine yer vererek kanundan ayrılmaktadır.

²⁹⁵ Gözübüyük, G., s. 91.

²⁹⁶ Ancak Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi md. 9/2'ye göre "*Kemik iliği, kök hücre ve kordon kanı nakillerinde hısımlık bağı şartı aranmaz.*"

²⁹⁷ Kanunun akrabalık şartını araması sebebi ile uygulamada bazı etik sorunlarla karşılaşmaktadır. Eşlerin birbirine organ nakledebilmesine kanunun izin vermiş olmasından dolayı, salt naklin yapılabilmesi için evliliklerin yapılması buna örnek olarak verilebilir. Şahinoğlu, Serap, "Organ Nakli ve Etik Sorunlar", Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, 1. Baskı, 2014, s. 203. Ek Madde-2'nin devamında naklin gerçekleştirilme sebebi olan hastalığın, tarafların evlenmesinden sonra teşhis edildiği durumlarda en az iki yıldır evli olma şartının aranmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükümle kanun koyucu naklin gerçekleştirilmesi amacı güden evliliklerin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

²⁹⁸ Şahin, Mehmet Metin, Canlı Vericili Organ Nakli ve Aydınlatma Yükümlülüğü, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Sevgi Usta), Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Kanuna Ek Madde-2 hükmü eklenmeden önceki dönemde, Yönetmelik'teki hüküm doğrultusunda eşlerin fiilen birlikte yaşaması şartı aranmaktayken, şu anda kanun gereği fiilen yaşıyor olma şartının aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanunla getirilmeyen bir kısıtlamanın Yönetmelik ile düzenlenerek uygulanması mümkün değildir.

Açıklandığı üzere Kanun, canlıdan organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesini akrabalık şartına bağlamış, ancak akraba olmayanlar arasında nakli de kesin surette yasaklamamıştır. ODNK Ek Madde-2/2²⁹⁹ hükmünde düzenlendiği şekilde “Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyon” unun onayı alınmak sureti ile, kanunda nakil için aranan akrabalık şartı olmaksızın canlıdan organ ve doku nakline imkân sağlanmıştır. Ayrıca Yönetmelik md. 16/2 vd.³⁰⁰ hükümlerinde de Etik Komisyon'a sunulacak

²⁹⁹ Ek Madde-2/2: “Birinci fıkrada yer alan hususların dışında kalan canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları tarafından yapılır. Organ nakli hizmeti sunan hastanelerin bulunduğu her ilde Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu kurulur. Komisyon başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde, acil durumlarda ise derhâl toplanır ve oyçokluğu ile karar alır.”

³⁰⁰ Yönetmelik md. 16/2: “Akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilecek akraba dışı kişilerden yapılır. Akraba dışı canlıdan organ nakli için;

a) Alıcının TODS'a kaydı yapılır.

b) Nakil için alıcı ve verici, il sağlık müdürlüğü aracılığıyla aşağıda yer alan belgelerle birlikte Etik Komisyona başvurur.

1) Alıcı ve vericinin T.C. Kimlik Numarası,

2) Vericinin mümeyyiz olduğuna dair rapor,

3) Vericiden alınmış, en az iki tanıklı hekim onaylı muvafakat belgesi,

4) Verici ve alıcının hekim onaylı bilgilendirme formu,

5) Verici ve alıcının nâkile uygunluğunu bildiren sağlık raporu,

6) Alıcı ile vericinin yakınlığının nereden kaynaklandığını gösteren dilekçe ve mevcut ise ilgili belgeleri,

7) Alıcının ve vericinin gelir düzeyini gösteren beyanı,

8) Vericinin borcunun olup olmadığına dair beyanı,

9) Alıcının ve vericinin adres beyanı,

10) Komisyonun gerekli görmesi halinde ilgili diğer belgeler.

16/3: “Etik Komisyon, il sağlık müdür yardımcısı başkanlığında aşağıdaki üyelerden oluşur;

a) Valilikçe görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da kaçakçılık ve organize suçlarla mücadele şube müdürü,

b) Naklin yapılacağı hastane haricindeki kamu hastanesinden bir tabip,

c) Naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı,

ç) Baro tarafından görevlendirilecek bir avukat,

d) Valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanı.

belgelere; Etik Komisyon'un kimlerden oluşacağına, kararları nasıl alacağına ve hangi süre içinde toplanacağına ilişkin ayrıntılara yer verilmiştir.

Nakil başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Etik Komisyonlar, alıcı ve verici arasında gerçekleştirilmesi düşünülen naklin mevzuata ve etik kurallara aykırı olup olmadığını inceler, naklin uygunluğunu onaylarsa akraba olmayan kişiler arasında nakil gerçekleştirilir³⁰¹. Etik Komisyon, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde, acil durumlarda ise derhal toplanır ve kararlarını oyçokluğu ile alır. Etik Komisyon'da yer alacak kişilerin, özellikle büyük şehirlerde görev alanların, öngörülen sürede toplanmasının çok güç olacağı, bu durumun da nakillerde geri dönülmesi mümkün olmayan sıkıntılara sebep olacağı doktrinde belirtilmektedir³⁰².

Son olarak Kanun'da, Etik Komisyon'un kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmüştür. İtirazların incelenmesi için Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu oluşturulur. Etik Kurul, komisyon kararını onaylayabilir, iptal edebilir, hatta komisyonun yerine geçip karar verebilir. Etik Kurul tarafından verilen kararlar kesindir³⁰³. Ancak unutulmamalıdır ki Etik Kurul tarafından verilecek kararlar idari karar niteliğindedir. Bu sebeple her ne kadar verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmış olsa da AY md. 125 hükmü

16/4: "Komisyonun sekretaryası il sağlık müdürlüğünce yürütülür. Başvurular naklin yapılacağı hastane başhekimliğince il sağlık müdürlüğüne yapılır. Komisyon 15 günde bir üye tamsayısının en az 2/3 çoğunluğuyla toplanır, gerekli gördüğü takdirde verici ve/veya alıcıyı ve akrabalarını dinler. Komisyona sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğunu araştırır, alıcı ve verici arasında etik ve yasal olmayan bir durumun bulunmadığı kanaati oluştuğunda naklin etik açıdan uygunluğuna karar verir. Kararlar üye tamsayısının 2/3 oy çoğunluğu ile alınır. Acil nakil gereken hasta için başvuru olması halinde Komisyon ivedilikle toplanır ve karar alır. Etik Komisyon kayıtları TODS'a kayıt edilir. Komisyon kararları kesindir ve Komisyonca uygun görülmeyen nakiller yapılamaz. Bir komisyonun uygun görmediği başvuru için başka bir komisyon karar alamaz."

16/5: "Komisyon, müracaat eden hasta ve vericinin T.C. kimlik numaraları ile birlikte kararın bir örneğini nakli yapacak merkeze, TODS üzerinden alınan bir örneğini de imzalı olarak Bakanlığa gönderir. Komisyona sunulacak dosyalar nakil merkezleri tarafından kişilerin daha önce başvurusunun olup olmadığı yönünde TODS üzerinden incelenir."

16/6: "Bakanlık gerektiğinde çapraz nakillere yönelik düzenleme yapabilir."

³⁰¹ Yönetmelik'te 2010 yılında yapılan değişiklikten önce, söz konusu onay işlemi hastane etik kurulları tarafından gerçekleştirilmekteydi. Bkz. Şahin, s. 61.

³⁰² Aydın, s. 43-44.

³⁰³ Ek Madde-2'nin yürürlüğe girmesinden önce, Yönetmelik'te Etik Komisyon kararlarına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmemişti. Bu hususun AY'nin idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağına ilişkin 125. maddesine aykırı olacağı doktrinde ifade edilmekteydi Şahin, s. 61.

gereğince idari yargı yolu kapatılamaz³⁰⁴. Bu görüşü destekleyecek şekilde yakın tarihli bir Bölge İdare Mahkemesi kararına Etik Komisyon tarafından verilen ret kararı konu olmuştur. Karara konu olayda, bir verici aday aralarında yakın bir ilişki bulunmamasına rağmen bir hastaya böbrek vermek istemektedir. Bu amaçla taraflar Etik Komisyon'a başvuru yapmış, ancak Komisyon'un, tanışıklık düzeyinin nakil için hayatın olağan akışına uygun olmadığını belirterek başvuruyu reddetmesi üzerine olay yargıya taşınmıştır. Bölge İdare Mahkemesi, tarafların nakil gerçekleştirmeye yeter ölçüde tanışıklıklarının bulunmadığı ve naklin etik açıdan uygun olmadığı gerekçeleri ile Etik Komisyon kararının hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir³⁰⁵.

Akrabalık şartına ilişkin olarak bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise çapraz nakillerdir. Çapraz nakil, organ bekleyen iki hasta için verici olmak isteyen akrabalarının, karşılıklı olarak birbirlerinin hastalarına organlarını vermesidir³⁰⁶. Yönetmelik'in "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 4. maddesinde ise çapraz nakil şu şekilde tanımlanmıştır: "*Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil*". Çapraz nakli bir örnekle açıklamak gerekirse: A'nın eşi B ve C'nin eşi D için bir böbreğe ihtiyaç vardır. A, eşine böbreğini bağışlamak istemekte ancak A ve B arasında biyolojik uygunluk bulunmamaktadır. Aynı engel C ve D arasında da vardır. A'nın böbreğinin D ile, C'nin böbreğinin de B ile uyumlu olması halinde bu kişiler arasında çapraz nakil gerçekleştirilebilir³⁰⁷. Bu tür nakillerin Etik Komisyon'a başvuru yapılmaksızın karşılıklı rıza ile gerçekleştirilmesi mümkündür.

³⁰⁴ **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, 21. Baskı, Ankara, 2020, s. 273.

³⁰⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi, 2019/436 E., 2019/645 K., 03.04.2019 T. "*...uyuşmazlık konusu olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde vericinin, alıcı ve abisi ile iş dışında görüşmediğini beyan ettiği, alıcı ve vericinin birbirlerini bir yıllık bir süreden beri tanıdıkları, verici ve alıcının abisi ile aralarında işçi işveren ilişkisi olduğu beyanı dikkate alındığında verdikleri ifadelerden alıcı ve verici arasında organ nakli yapılması için gönüllü olunabilecek bir düzeyde tanışıklık durumları olmadığı hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, akraba dışı canlıdan organ nakli yapılması talebiyle yapılan başvurunun Etik Komisyonca reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonuç ve vicdani kanaatine ulaşılmıştır.*" www.legalbank.net E.T: 16.02.2021.

³⁰⁶ **Erpek**, s. 38.

³⁰⁷ **Kühn**, s. 127.

Alman Nakil Kanunu ise akrabalık şartında Türk Hukuku'ndan farklı bir düzenlemeye yer vermektedir. Kanun'un 8. maddesinde kendini yenileyemeyen bir organ veya dokunun, ancak birinci ya da ikinci dereceden bir yakına, eşe, kayıtlı hayat ortağına ya da verici ile özel bir kişisel bağının bulunduğu açıkça anlaşılan kişiye³⁰⁸ nakledilebileceği düzenlenmiştir³⁰⁹. Hükümün bu şekilde formüle edilmesinin, bir belirsizlik oluşturduğu ve etik açıdan bir problem olmamasına rağmen canlıdan nakil yapılamamasına yol açtığı ifade edilmektedir³¹⁰. Ayrıca bu hüküm Alman doktrininde, liberal devlet anlayışına uymadığı ve kişiler üzerinde bir baskı oluşturduğu gerekçeleri ile de eleştirilmektedir³¹¹. Alman Nakil Kanunu'ndaki bu hükümün amacı her ne kadar organ ve dokuların bir çıkar karşılığı nakline rıza gösterilmesinin engellenmesi olsa da kesin bir yasak koymaktan ziyade, bir komisyon tarafından nakil dosyasının incelenerek nakle izin verilip verilmeyeceğine karar verilmesi daha uygun görülmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Alman Nakil Kanunu her ne kadar yenilenemeyen organ ve dokular açısından nakli belirli kişilerle sınırlamışsa da çapraz nakiller için bu şart geçerli değildir. Zira özel bir kişisel bağın varlığı, çiftler açısından kabul edilebilir

³⁰⁸ Özel bir kişisel bağ ifadesi tartışmaya açıktır. Doktrinde bu bağın hem dışsal hem de içsel olarak düzenlilik art etmesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin aynı evi paylaşan kişiler arasında özel bir kişisel bağın varlığı kabul edilebilir. **Kocamaz Şahin**, s. 63.

³⁰⁹ **Ünver**, Yener, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 7, 2008, s. 213; **Aygörmez**, s. 102; **Kocamaz Şahin**, s. 62-63; **Zengin**, s. 181.

³¹⁰ **Ünver**, Hukuksal Boyut, s. 213.

³¹¹ Kendini yenileme özelliği bulunmayan organların naklinde, verici ile alıcı arasında özel bir bağlılık ilişkisinin arandığı kanun hükmünün anayasaya aykırılığının denetlendiği bir kararın özeti şöyledir: Birinci başvuran böbrek yetmezliği olan ve hastalığın son aşamasındaki bir kişi, ikinci başvuran böbreklerinden birisinin tanımadığı bir kimseye bağışlamak isteyen bir kişi ve üçüncü başvuru ise organ nakli cerrahidir. Mahkeme tarafından tek bir karar verilmesi için bu üç dosya birleştirilerek incelenmiştir. Kanun koyucunun yenilenemeyen organların naklinde naklin gerçekleştirilebileceği çevreyi dar tutmasında maddi hukuk bağlamında Anayasa Hukuku açısından bir engelle karşılaşılmadığı belirtilmiştir. Mevcut sınırlama Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı açısından da değerlendirilmiştir. Nakil Kanunu'nun 8. maddesi her ne kadar canlıdan organ ve doku naklini sınırlasa da bu sınırlama ölüden naklin önceliğine ve vericinin sağlığının korunmasına hizmet etmektedir. Bunun yanında organ naklinin ticarete dönüşebilme riski düşünülerek de böyle bir sınırlama getirilmiştir. Her üç başvuran açısından ayrı ayrı yapılan değerlendirmeler neticesinde, ilgili hükümün anayasal açıdan herhangi bir sorun oluşturmadığı kanaatine varılmıştır. Kararın tamamı için bkz. **Heper**, Altan, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Sağlardan Organ Nakli (Organ Nakli Yasası) Konusundaki Bir Kararının Çevirisi", Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 307-316.

niteliktedir, bu nedenle kanunda çapraz nakiller için bir düzenleme bulunmasa dahi çiftler arasında çapraz nakil gerçekleştirilebilmektedir³¹².

2.2.6. Naklin Yetkilendirilmiş Personel Tarafından, Yeterli Donanıma Sahip Sağlık Kuruluşunda Yapılması

Yukarıda tıbbi müdahalenin unsurlarında açıklamış olduğumuz şartlardan birisi, müdahalenin kanun tarafından müdahaleye yetkilendirilmiş sağlık personeli tarafından yapılmasıdır. 1219 sayılı TŞSTİDK'ya göre tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olanlar kural olarak hekimlerdir. Canlıdan organ ve doku nakli de bir tıbbi müdahale türü olduğu için ilgili kanun gereğince yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmelidir. Ancak sıklıkla belirttiğimiz üzere nakil, tıbbi müdahalelerin özellik gösteren bir türü yani uzmanlık gerektiren bir alandır. Bu sebeple, TŞSTİDK md. 23/1 hükmü bu ve benzeri müdahaleleri özel bir hükümlerle düzenleme altına almıştır. Söz konusu hüküm uyarınca genel veya lokal anesteziyi gerektiren büyük bir müdahalenin söz konusu olduğu hallerde, birisi uzman olmak üzere iki hekim tarafından müdahalenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı yönde ODNK md. 10'daki düzenlemeye göre, "*Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır.*" Söz konusu hükümde de naklin, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş uzman personel tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca Kanun'un 10. maddesinde ilgili personel yanında, naklin gerçekleştirileceği sağlık kuruluşunun da yeterli donanıma sahip bir kurum olması şartı aranmaktadır. Yönetmelik'in "Organ ve Doku Nakli Merkezleri ve Diğer Hizmet Birimlerinin Kuruluşu" başlıklı 17. maddesinde³¹³ ilgili kurumların, Bakanlığa, usulüne uygun

³¹² Kocamaz Şahin, s. 64.

³¹³ Yönetmelik md. 17: "(1) 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.

(2) Bu Yönetmelikte belirtilen, organ ve doku nakli merkezleri ve bu hizmetlere yönelik faaliyet gösterecek diğer hizmet birimleri, Bakanlıkça belirlenen usule uygun olarak başvuru yapıp Bakanlıkça düzenlenecek ruhsat ve/veya faaliyet izin belgesin iolarak açılır.

başvuru yaparak faaliyet izin belgesi ve/veya ruhsat alması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Organ Nakli Merkezleri Yönergesi de gerekli izinlerin alınmasına ilişkin prosedürü ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

Son olarak naklin, yetkili sağlık personeli tarafından, donanımlı bir kurumda gerçekleştirilmesi şartının hem organ alıcısı hem de organ vericisi açısından gözetilmesi gerekmektedir³¹⁴.

2.2.7. Taraflarca Rızanın Açıklanmış Olması

Canlıdan organ ve doku naklinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için aranan bir diğer şart da rızadır. Canlıdan gerçekleştirilen nakiller tıbbi müdahale niteliğinde olduğundan kural olarak kişilik hakkını ihlal etmektedir. Ancak kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi ve diğer şartların da varlığı halinde, söz konusu müdahale hukuka uygun hale gelmektedir.

Genel olarak tıbbi müdahaleler açısından rızası aranan kişinin hasta olduğu söylenebilir. Ancak canlıdan organ ve doku nakillerinde sadece hasta değil, sağlıklı bir kişi de rıza göstermek zorundadır. Dolayısıyla nakiller bu yönden, klasik anlamdaki tıbbi müdahalelerden ayrılmaktadır. Diğer bir ifade ile canlıdan nakillerde hasta olan bir alıcı ve üstün bir amaç güderek verici olmayı kabul eden sağlıklı bir kişi bulunmaktadır.

ODNK hükümlerinde sadece verici açısından rızanın geçerlilik unsurları ele alınmıştır. Alıcı açısından ise ODNK'da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle alıcının rızası noktasında genel hükümler uygulanmaktadır. Diğer bir ifade ile vericinin

(3) Bakanlık; illerin demografik yapısını, hastaların bölgesel dağılımını ve diğer epidemiyolojik özellikleri, kaynakların etkin kullanımını ve âtil kapasiteye yol açılmamasını dikkate alarak, bu Yönetmeliğin kapsamında yer alan hizmet birimleri için her yıl Kasım ve Aralık ayında bir sonraki yılın planlamasını yapabilir.

(4) Hizmetlerin değerlendirilmesi açısından Bakanlıkça iller, bir veya birden fazla bölge olarak belirlenebilir.

(5) Ülke genelinde yeni hizmet birimleri açılmasına ihtiyaç duyulan bölgeler ile ihtiyaç kapasitesi Bakanlıkça internet sitesinde ilan edilir.

(6) Bakanlığın ilan ettiği yerlerde nakil merkezleri açılabilmesi için ön izin başvuruları alınır.”

³¹⁴ Parlak, s. 198.

durumu gibi, alıcı açısından genel hükümlerden ayrılmayı gerektirecek özel bir durum bulunmamaktadır.

Tezimizin konusu, doğrudan rızaya yönelik olduğu için canlıdan organ ve doku nakillerinde rızayı, ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelemeyi uygun görmekteyiz.

2.3. CANLIDAN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

2.3.1. Genel Olarak Rıza

TDK sözlüğündeki tanıma göre “*razı olma, isteme, istek*”³¹⁵ anlamlarına gelen rıza, hukuki anlamda varlığını çok eskiden beri sürdürmektedir. Rıza, esas olarak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayandırılmakta olup tıbbi müdahaleler açısından kişinin kararlarında serbest olması ve kararlarına saygı gösterilmesini istemesi noktasında önem taşımaktadır³¹⁶.

Rızanın hukuki sonuç doğurabilmesi için bazı geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile rıza tek başına söz konusu hukuki işlemi hukuka uygun kılmak için yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda rızanın rızanın ehil kişilerce açıklanması, hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması, rızanın şekle uygun ve zamanında açıklanması, vb. bazı şartlar rızayı geçerli hale getirecektir. Bu başlık altında rızanın geçerlilik şartları ile birlikte rızanın hukuki niteliği, rıza açıklamasında bulunacak kişilerin tespiti ve rızanın geri alınmasından ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

2.3.2. Rızanın Hukuki Niteliği

Bir kimsenin, TMK md. 23/2 hükmü uyarınca kişilik hakkından tamamen vazgeçmesi mümkün değildir; ancak ahlaka ve adaba aykırı olmamak şartı ile kısmen vazgeçmesi

³¹⁵ <https://sozluk.gov.tr/> E.T: 24.03.2021.

³¹⁶ **Bayraktar**, Cezai Sorumluluk, s. 123; **Yenerer Çakmut**, s. 194-195; **Zeytin**, s. 253.

diğer bir ifade ile hakkını sınırlandırması, hukuka uygun kabul edilmektedir. İşte kişinin hakkını, kanunda aranan şartlara uygun olarak kısıtlamaya ilişkin göstermiş olduğu rıza, TMK md. 24/1 hükmü uyarınca hukuka uygunluk sebebi³¹⁷ sayılmaktadır. Dolayısıyla rıza, diğer koşulların da varlığı halinde, söz konusu müdahalenin hukuka aykırılığını engelleyen ve onu hukuka uygun hale getiren bir irade açıklamasıdır³¹⁸.

Bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızanın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde iki farklı görüş karşımıza çıkmaktadır. İlk görüş rızanın, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş bir irade açıklaması olduğundan yola çıkarak bir hukuki işlem olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş Türk ve İsviçre Hukuku'nda hâkim olan görüştür³¹⁹. Alman Hukuku'nda hâkim olan görüşe göre ise rıza, hukuki işlem benzeri bir fiildir³²⁰. Bu görüşe göre rıza, eğer hukuki işlem olarak kabul edilirse hukuki sonuçlar meydana getirmeye yönelmiş olması gerekir; ancak rıza hukuki sonuçlar meydana getirmekten ziyade müdahalenin gerçekleştirilmesi için hekime yetki vermeyi amaçlamaktadır³²¹. Diğer bir ifade ile rıza hukuki bir sonuca (müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanmasına) değil; fiili bir sonuca (müdahalenin gerçekleştirilmesine) yöneliktir³²². Rıza gösterecek kişi, hukukun rızaya böyle bir sonuç attettiğini bilmeseye dahi rızaya bağlanan hukuki sonuç doğacaktır. Dolayısıyla rızanın hukuki bir işlem olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır³²³.

³¹⁷ Oehler, hekim tarafından gerçekleştirilen müdahaleyi “hukuka uygunluk nedeninin varlığına muhtaç bir yaralama” olarak ifade etmektedir. Rıza ise bu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. **Oehler**, Wolfgang, “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”, (Çev. Yener Ünver), YÜHFD, C. 6, S. 2, 2009, s. 19.

³¹⁸ **Kılıçoğlu**, s. 251; **Abik**, s. 111.

³¹⁹ **Ekici Şahin**, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s. 28 vd.; **Şenocak**, s. 68-69; **Özbilen**, s. 261.

³²⁰ İrade açıklamasında bulunan kişinin, açıklamış olduğu beyana hukuk düzeninin bir sonuç bağladığını veya hangi sonucu bağladığını bilmesine veya bu sonuçları istemesine gerek yoktur. İrade açıklamasında bulunanın düşüncesinden bağımsız olarak, hukuki sonuç kendiliğinden ortaya çıkar. Bu tür durumlarda hukuki işlem benzeri bir fiilin varlığından söz edilebilir. Hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiillerin ayrıldığı nokta da tam olarak budur. **Dural/Sarı**, s. 193.

³²¹ **Sarıal**, s. 64.

³²² **Oehler**, s. 19-20.

³²³ **Çilingiroğlu**, s. 44.

Sonuç olarak, hukuki işlemlere ilişkin pek çok hükmün kıyas yolu ile hukuki işlem benzeri fiillere de uygulandığı kabul edildiği için³²⁴ rızayı, hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirmenin pratikte herhangi bir önemi bulunmamaktadır³²⁵.

2.3.3. Rıza Açıklamasında Bulunacak Kişi

Canlıdan organ ve doku naklinde müdahaleye maruz kalacak iki taraf vardır. Bu taraflardan birisi alıcı, diğeri ise vericidir. Müdahaleye rıza gösterecek kişi de kural olarak müdahaleye maruz kalacak, yani kişilik değerleri zarar görecektir olan kişidir³²⁶. Tıbbi müdahaleler açısından rızasını ortaya koyacak kişinin kural olarak hasta olduğu söylenebilir de canlıdan organ ve doku naklinin bu noktada sıradan tıbbi müdahalelerden ayrıldığı görülmektedir. Zira canlıdan organ ve doku naklinde verici taraf hasta değildir. Verici, başlangıçta tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan değil; üstün bir amaç güderek bir başkasının hayatını kurtarmak isteyen kişidir. Bu amaçla kendisine de bir tıbbi müdahalede bulunulduğu için verici, hasta olmasa dahi rızası aranacak olan kişidir.

Alıcı açısından ise genel olarak tıbbi müdahalede rızaya ilişkin hususlardan yola çıkılarak bir belirleme yapılmaktadır. Genel kural uygulama alanı bulmaktadır. Yani tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi hastadır. Dolayısıyla kişilik hakkı zedelenecek kişi de alıcı olduğu için kural olarak rıza açıklamasında bulunacak kişi de bizzat kendisidir. Bu kuralın bir istisnası kişinin tıbbi müdahaleye rıza ehliyetine sahip olamaması halidir. Bu durumda rıza yasal temsilciler tarafından, kişinin menfaati doğrultusunda gösterilebilecektir. Bu kuralın bir diğer istisnası ise hastaya uygulanacak tıbbi müdahale için rızanın aranmadığı hallerdir³²⁷. Her ne kadar rızanın açıklanmış olması, tıbbi

³²⁴ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 162.

³²⁵ **Özbilen**, s. 262; **Badur**, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 57.

³²⁶ **Yenerer Çakmut**, s. 193; **Gülel**, s. 142.

³²⁷ HHY md. 24/7: “Hastanın rızasının alınmadığı hayat tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir...”

müdahalenin hukuka uygun olması için şart olsa da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hastanın rıza açıklamasında bulunmasına gerek olmaksızın müdahale yapılabilmesi mümkündür³²⁸. Organ ve doku açısından bu istisna ele alındığında ise alıcı yönünden zaruret halinden bahsedebilmek mümkünse de verici açısından böyle bir durum mümkün görünmemektedir³²⁹.

Rıza gösterecek kişiye ilişkin olarak ODNK'nın 7. maddesinin d bendindeki hususa da değinilmesi gerekmektedir. Söz konusu düzenlemede organ ve doku alacak hekimlere “*Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek*” yükümlülüğü getirilmiştir³³⁰. Bu noktada eşin haberdar olup olmadığının tespitinin, eş tarafından açıklanan bir rıza beyanı olup olmadığı akla gelebilir. Ancak maddenin lafzında hekime, eşin rızasının alınması değil; eşin nakilden haberdar olup olmadığının araştırılması ve bunun bir tutanakla tespit edilmesi yükümlülüğü yüklenmektedir. Dolayısıyla eşin durumdan haberdar olup rızasının olmaması halinde dahi nakil gerçekleştirilebilecektir. Ancak hekimin araştırmaları sonucunda eşin durumdan haberdar olmadığını tespit edilmesi halinde naklin gerçekleştirilmemesi gerekmektedir³³¹.

TŞSTİDK md. 76: “.... Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.”

³²⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural/Öğüz**, s. 107; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 179; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 165 vd.; **Erman**, s. 179 vd.

³²⁹ **Toroslu**, s. 101; **Yenerer Çakmut**, s. 161. İnsan kökenli biyolojik maddelerin naklinde müdahalenin, alıcının sağlığı açısından zaruri olduğu, ancak alıcının baygın olduğu veya şuurunun yerinde olmadığı durumlarda rızası alınmadan operasyonun gerçekleştirilmesi gibi bir durumun sık rastlanılan bir durum olmadığına değinmekle birlikte; tehlike arz eden bir nakil operasyonunda (örneğin alıcının kalp nakline ihtiyaç duyması) mutlaka alıcının rızasının alınması gerektiğine ilişkin bkz. **Akıncı**, s. 192.

³³⁰ Kanun koyucunun, eşin nakilden haberdar olması hususunu düzenlediği söz konusu hükmü kaleme alması oldukça yerindedir. Zira naklin sonuçlarına katlanacak olan kişi sadece verici değildir, birlikte yaşadığı eşinin de nakil sonrası sıkıntılarla karşılaşacağı açıktır. Zaten hükümde geçen birlikte yaşayan eş ifadesi de bu gerekçeyi destekler niteliktedir. Bu konuda bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 182-183.

³³¹ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 182; **Akünel**, s. 22; **Gürzumar**, s. 382. Doktrinde söz konusu maddenin, “eşin olumlu görüşü” olarak yeniden düzenlenmesinin daha yerinde olacağına ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 17.

Son olarak henüz Türkiye’de uygulanmamakla birlikte dünya genelinde örneklerine³³² rastlanan bir nakil türü olan canlıdan rahim naklinde bazı hukuki problemler gündeme gelebilir. Bu doğrultuda nakil için verici kadının rızasının yanında eşin rızasının da aranıp aranmayacağı, rahim naklinin üstün bir amaca hizmet edip etmediği³³³, aydınlatmanın kapsamının nasıl olacağı³³⁴ gibi konular tartışılmaya başlanmıştır. Konumuzla ilgisi olması sebebi ile rıza açıklamasında bulunacak kişiye ilişkin kısa bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Canlıdan rahim naklinde doğuştan rahmi bulunmayan, hastalık sebebi ile rahmi alınan veya rahmi mevcut olmasına rağmen işlevini yerine getirmeyen kimselere yaşayan bir kimseden alınan rahim nakledilmektedir.³³⁵ Bu nakil operasyonu için vericinin, rahim nakline ilişkin geniş bir aydınlatmadan sonra rızasını açıklaması gerektiği muhakkaktır. Ancak eşin rızasının da aranıp aranmayacağı tartışmaya açıktır. Rahim nakli, dünya genelinde sınırlı sayıda gerçekleştirilmiş bir müdahale olsa da bu müdahaleye maruz kalan az sayıda vericide cinsel işlev bozukluğuna sebep olduğuna ilişkin bir yan etki tespit edilmiştir³³⁶. Bununla birlikte rahmi alınacak kadının çocuk sahibi olma ihtimali

³³² Canlıdan rahim nakli, ilk defa 2000 yılında Suudi Arabistan’da gerçekleştirilmiştir. Her ne kadar operasyonun kendisi başarılı olsa da 99 gün sonra nakledilen rahim, pıhtı sebebi ile çıkarılmıştır. Bu ilk girişimden sonuç alınamasa da bu çalışma, sonraki girişimleri önemli ölçüde ilerletmiştir. Daha sonra 2013 yılında İsveç’te canlıdan rahim nakli gerçekleştirilmiş, 2014 sonlarına doğru ilk rahim nakli bebeği dünyaya gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bruno, Bethany/Arora, Kavita Shah**, “Uterus Transplantation: The Ethics of Using Deceased vs. Living Donors”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 18 Iss. 7, 2018, s. 13. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6296249/pdf/nihms-1514899.pdf> E.T: 07.02.2021.

³³³ Üstün amaç organ ve doku naklinin hukuka uygunluğunu sağlayan şartlardan birisidir. Organ ve doku nakli açısından üstün amaç, hasta bir kişinin sağlığını iyileştirme ve geliştirme olarak ifade edilmektedir. Hayati olmayan ve geçici olarak ihtiyaç duyulan bir organın naklinde faydacılık ve “önce zarar verme” ilkelerinin ne derece geçerli olduğu tartışmaya açıktır. Bkz. **Bruno/Arora**, s. 7.

³³⁴ Alıcı ve verici muhtemel riskler hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmelidir. Ayrıca rahim naklinin hala deney niteliği ön planda olduğu için standart müdahalelerden daha geniş bir aydınlatmanın yapılması gerektiği belirtilmektedir. Rahmin alınması ve aşılması, bu aşılamaı takiben yapılacak döllenmenin riskleri, rahmin reddi riski gibi konularda alıcı ve verici aydınlatılmalıdır. Rahmin reddi gibi bir ihtimal de olduğu için bunun psikolojik etkileri de taraflara açıklanmalıdır. Alıcının psikolojik yönden zarar görmesi olağanken vericinin de rahmin reddi ihtimalinde tekrardan kullanılmasının mümkün olmaması nedeniyle katlandığı sıkıntıların bir sonuç vermediğini düşünerek psikolojik yönden zarar görmesi ihtimali vardır. Bkz. **Krüger, Matthias**, “Alman Organ Nakli Hukuku Bakış Açısıyla Yüz, Kol ve Rahim Nakilleri”, (Çev. Yener Ünver), *Hukuk Köprüsü Dergisi*, C. 1, S. 2, 2012, s. 189-190.

³³⁵ **Ün, Mine/Erbaş, Oytun**, “Uterus Nakli”, *FNG & Demiroğlu Bilim Tıp Transplantasyon Dergisi*, C. 3, S. 1-2, 2018, s. 42; **Durak, Yasemin**, “Rahim (Uterus) Nakli”, *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı*, Ankara, 2018, s. 131.

³³⁶ **Bruno/Arora**, s. 12.

de ortadan kalkmaktadır³³⁷. Bu sebeplerden ötürü rıza açıklamasında bulunacak kişilere eşin de dahil edilmesi gerekir mi yoksa ODNK md. 7/d hükmündeki gibi sadece eşin nakilden haberdar olup olmadığının tespiti yeterli olur mu, sorusu gündeme gelecektir. İlk seçeneğin kabulü halinde verici ile birlikte eşinin de geniş bir şekilde aydınlatılarak rızasının alınması gerekmektedir. İkinci seçeneğin kabulü halinde ise rızası aranmayan eş için, rahim naklinin kendisi için boşanmayı haklı kılacak sonuçlarının boşanma davasında haklı sebep teşkil edebileceği söylenebilir. Bu derece hukuki problemleri bünyesinde barındıran bir müdahale için 2238 sayılı Kanun hükümlerinin yetersiz kalacağı, ileride ülkemizde de uygulanması halinde kanuni bir düzenleme yapılması yoluna gidilmesi gerektiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira sadece eşin rızası konusunda değil, vericiye ilişkin şartlarda da 2238 sayılı Kanun hükümlerine bağlı kalmak rahim naklinin niteliği gereği mümkün görünmemektedir.

2.3.4. Rızanın Geçerlilik Şartları

2.3.4.1. Vericinin Rıza Göstermeye Ehil Olması

Rızanın arandığı her hukuki işlemde olduğu gibi canlıdan organ ve doku naklinde de rızanın sonuç doğurabilmesi için, vericinin rıza göstermeye ehil olması gerekir. Tıbbi müdahaleler açısından rıza ehliyeti kavramı ise genel olarak, kişinin kendi vücut bütünlüğünü etkileyecek bir müdahalenin önemini ve sonuçlarını kavrayabilecek olması şeklinde ifade edilebilir³³⁸.

ODNK'da canlıdan organ ve doku naklinde vericinin rızasına ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Ancak taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ve diğer ülkelerin ulusal düzenlemelerindeki ehliyet şartları ile iç hukukumuzdaki şartlar karşılaştırıldığında önemli farklılıkların olduğu görülmektedir.

Çalışmamızda diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak ehliyet şartı açıklanmaya çalışılacak, nakle rıza noktasında her ehliyet grubunun yetkisi ayrı ayrı ele alınacaktır.

³³⁷ Durak, s. 131.

³³⁸ Nar, s. 15; Özbilen, s. 263.

2.3.4.1.1. Tam Ehliyetliler Açısından

Canlıdan organ ve doku naklinde ehliyet şartını düzenleyen ODNK'nın 5. maddesi “*On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.*” kuralını getirmektedir. Benzer şekilde HHY md. 29/1 hükmü de “*18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmaz.*” şeklinde bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu hükümler doğrultusunda vericinin organ ve doku nakline rıza gösterebilmesi için on sekiz yaşını doldurmuş olması³³⁹ ve ayırt etme gücüne sahip bulunması gerekmektedir³⁴⁰.

Tam ehliyetlilerin organ ve doku naklinde verici olarak rızalarını açıklamaya yetkili olup olmadıklarını tespit edebilmek için TMK md. 10 hükmünün incelenmesi gerekmektedir. Hükme göre tam fiil ehliyeti için üç şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlar ayırt etme gücüne sahip olmak, kısıtlı olmamak ve ergin olmaktır. TMK md. 11’de ise erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başladığı ifade edilmiştir. Bu iki hüküm ve ODNK’nın 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde tam ehliyetlilerin, organ ve doku naklinde verici sıfatıyla rıza açıklamaya ehil oldukları söylenebilir.

Hukukumuzda belirli şartlar altında, kişinin on sekiz yaşını doldurmadığı hallerde dahi ergin kılınabilmesine imkân tanınmıştır. Bu hallerden birisi TMK md. 11/2’de düzenlenen evlenme ile ergin kılınma; diğer hal ise TMK md. 12’de düzenlenen

³³⁹ Kanun’un rıza ehliyeti açısından on sekiz yaşın doldurulması şartını aramasının sebebi, verici olacak kişinin aile baskısı altında kalmaksızın organ veya dokusunun alınabilmesi noktasında iradesini geliştirebilmesi olduğu yönünde bkz. **Badur**, Organ ve Doku, s. 284-285. Özbilen’e göre maddenin konuluş amacının çocuğu, anne ve babanın baskılarına karşı korumak olduğu düşünülebilir. Özellikle kardeşler arasında uyumun yüksek olması sebebi ile çocuğa, kardeşine organ veya doku vermesi konusunda ebeveynleri tarafından baskı yapılabilir. Ancak Kanun’un, ortaya çıkabilecek suiistimallerin önüne geçmeyi amaçlayarak kesin bir yasak getirmesi yerine denetimli bir sistemi öngörmesi de güdülen amaca ulaşmayı sağlayabilecektir. **Özbilen**, s. 272-276.

³⁴⁰ İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik’in “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin 1 bendine göre gönüllü verici: “*İnsana uygulanmak amacıyla doku ve hücrelerini bağışlamak için Bakanlık tarafından onaylanan bilgilendirilmiş onam formunu imzalamış; 18 yaş üstü vericiyi, kordon kanı için anneyi, yasal temsilcilerinin onayı alınmış 18 yaşından küçük vericiyi veya kısıtlı kişiyi*” şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik on sekiz yaşından küçük bir kişiden dahi doku alınabileceğini düzenleyerek ODNK md. 5’e açıkça aykırılık teşkil etmektedir. **Özbilen**, s. 274.

mahkeme kararı ile ergin kılınmadır³⁴¹. Kişinin on sekiz yaşını doldurması şartı aranmaksızın ergin kılınmasına imkân tanındığı bu hallerde organ ve doku nakline rıza gösterip göstermeyeceği konusunda ise bu soruya kanunun açıkça yaş şartı zikretmesinden dolayı olumsuz cevap verilecektir. Zira ODNK vericinin rıza açıklamasında bulunabilmesi için ehliyeti, tam fiil ehliyeti şeklinde belirlememiştir. Kanun açıkça yaş şartı aradığı için, on sekiz yaşın doldurulması beklenmeden kişinin ergin sayılacağı durumlarda, vericinin organ ve doku nakline göstermiş olduğu rıza geçerli bir rıza sayılmayacaktır³⁴².

ODNK ve diğer düzenlemelerde, uygulanacak tıbbi müdahaleler açısından yaş şartı getirmenin hukuk tekniği açısından isabetli olmadığı savunularak organ ve doku nakline rıza için on sekiz yaşın doldurulmasını arayan hükmün, istisnai bazı durumlarda olumsuz sonuçlar doğurabileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre örneğin evlenme yolu ile ergin kılınan bir kadın, yeni doğan ve nakle ihtiyaç duyan çocuğuna sırf on sekiz yaşını doldurmadığı için organ veya doku veremeyecektir ki kadının kendi fiilleri ile hak kazanabileceği, borç altına girebileceği hatta çocuğu üzerinde velayet hakkına sahip olduğu da düşünülecek olursa çocuğuna organ veya doku verebilmesi noktasında rızasına itibar edilmemesi söz konusu kısıtlamanın her durumda isabetli olmadığını göstermektedir³⁴³.

ODNK'nın yaş şartı yanında aramış olduğu diğer bir şart ise vericinin mümeyyiz olmasıdır. Kişinin mümeyyiz olmasından kasıt ise TMK md. 13 hükmü anlamında akla uygun biçimde davranma yeteneğine sahip olunmasıdır. Organ ve doku nakli açısından

³⁴¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 68-72.

³⁴² **Dural/Öğüz**, s. 115; **Kılıçoğlu**, s. 250; **Badur**, Tıbbi Müdahale, s. 327; **Nar**, s. 17; **Abik**, s. 102. Ancak HHY'nin tıbbi araştırmaları düzenleyen bölümünün "Küçüklerin ve Mümeyyiz Olmayanların Durumu" başlıklı 35. maddesinde ("*Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.*") ODNK'daki gibi bir yaş sınırından söz edilmemiştir. Yönetmeliğin bu hükmünde, evlilik yoluyla veya mahkeme kararıyla ergin kılınma halleri gözden kaçırılmıştır. Aslında kanun koyucunun bu hükümdeki amacı reşit ifadesine, "on sekiz yaşını doldurulmuş olan kişi" anlamı yüklemektir. Aksinin kabulü halinde on sekiz yaşından küçük bir kimse en yakın akrabalarına organ ve doku nakledemezken, bir araştırma için vücudunda tıbbi müdahalelerde bulunmaya rıza gösterebileceği sonucu çıkacaktır. Bunun kabulü de pek mümkün görünmemektedir. **Özbilen**, s. 273.

³⁴³ **Özbilen**, s. 273.

ayırt etme gücüne sahip olmak, kişinin vücudundan bir organ veya doku alınması işleminin risklerini ve işlem sonrası yaşayabileceği problemleri idrak edebilmesi ve bunlara rağmen nakli istemesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla akıl zayıflığı veya akıl hastalığı, sarhoşluk gibi sebeplerle varmak istediği sonucu bilmeden rıza açıklamasında bulunan bir kişiden organ ve doku alınamayacaktır³⁴⁴.

2.3.4.1.2. Sınırlı Ehliyetliler Açısından

Sınırlı ehliyetliler, kısıtlanmaları için yeterli bir sebep bulunmamakla birlikte bazı özel durumları sebebiyle belirli sayıdaki hukuki işlemlere³⁴⁵ özgü olarak çıkarlarının korunabilmesi için, kendilerine danışman atanırlar³⁴⁶. Sınırlı ehliyetliler ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan kişilerdir. Dolayısıyla bu kişiler fiil ehliyetine sahiptirler. Ancak belirtildiği üzere sınırlı ehliyetlilerin, bazı işlemleri yapabilmek için kendilerine atanmış olan yasal danışmanlarının rızasını almaları gerekmektedir³⁴⁷.

Kendisine yasal danışman atanmış olanların fiil ehliyetleri ile ilgili bir sınırlamanın olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yasal danışmanlık kurumunun amacı kişinin ehliyetini sınırlamak değil, kişinin çıkarlarının korunmasına yardım

³⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 250.

³⁴⁵ Kendisine yasal danışman atanan kişilerin, yasal danışmanın görüşünü almak zorunda olduğu işlemler TMK md. 429/1'de "*Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır:*

1. Dava açma ve sulh olma,
2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması,
3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi,
4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,
5. Ödünç verme ve alma,
6. Ana parayı alma,
7. Bağışlama,
8. Kambiyo taahhüdü altına girme,
9. Kefil olma" şeklinde sayılmıştır.

³⁴⁶ 743 sayılı MK döneminde sınırlı ehliyetliler olarak adlandırılan ehliyet sınıfında iki grup mevcuttu: Evli kişiler ve kendilerine yasal danışman atanan kişiler. TMK ile evli kişiler, özellikle evli kadın için öngörülmuş sınırlamalar kaldırılmıştır. Mevcut durumda sınırlı ehliyetliler olarak adlandırılan sınıfı sadece yasal danışman atanan kişilerin oluşturduğunu söylemek mümkündür. Ayan/Ayan, s. 31-32.

³⁴⁷ Akıntürk/Akipek/Ateş Karaman, s. 334; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 112-113.

etmektedir³⁴⁸. Diğer bir görüşe göre ise kendisine yasal danışman atanan kişiler, sınırlı ehliyetliler olarak adlandırılan bir sınıfta değerlendirilmelidir³⁴⁹.

Canlıdan organ ve doku nakli açısından konuya bakıldığında, ehliyet şartını düzenleyen ODNK md. 5 hükmü sadece on sekiz yaşının doldurulması ve mümeyyiz olunması şartlarını aramaktadır. Kendisine yasal danışman atanan kişiler de bu şartları sağladığı için verici sıfatıyla, organ ve doku nakline ilişkin rızalarını açıklayabilirler. Rıza açıklamasında yasal danışmanın görüşünün alınmasına gerek yoktur. Zira TMK md. 429/1’de sayılan işlemler dışında sınırlı ehliyetliler, her türlü işlemi yapmaya tam ehildirler. Dolayısıyla sınırlı ehliyetlilerin organ ve doku nakline rıza göstermeleri bakımından tam ehliyetlilerden bir farklarının bulunmadığını söyleyebiliriz.

2.3.4.1.3. Sınırlı Ehliyetsizler Açısından

Sınırlı ehliyetsizler olarak adlandırılan ehliyet sınıfına, TMK md. 16’nın başlığında belirtildiği üzere “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar” girmektedir. Bu kişiler kural olarak ehliyetsizlerdir, ancak bazı konularda ehliyetsizlikleri sınırlandırılmıştır³⁵⁰. Kural, sınırlı ehliyetsizlerin yapacağı işlemlere yasal temsilcilerinin katılmasının zorunlu olması (TMK md. 16/1, c.1); istisna ise karşılıksız kazanmalarda ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında yasal temsilcinin katılımına gerek olmamasıdır (TMK md. 16/1, c. 2).

Ayırt etme gücüne sahip küçükler, TMK md. 16’ya göre sınırlı ehliyetsizler olarak adlandırılan sınıfa giren ilk kesimdir. Bunlar henüz on sekiz yaşını doldurmamış, ancak

³⁴⁸ **Dural/Öğüz**, s. 66. Bu görüşe göre, doktrindeki görüş ayrılıkları MK’nın 379. maddesinin “mahdut ehliyet” başlığından kaynaklanmaktadır. Ancak her ne kadar başlık böyle olsa da hükme bakıldığında yasal danışman atanan kişi tam ehliyetliler grubundan çıkarılıp, sınırlı ehliyetsizler grubuna dahil edilmek istenmemektedir. Ayrıca ehliyetli olmanın kural, ehliyetsizliğin istisna olduğu, bu sebeple ehliyetsizliğe ilişkin kuralların dar yorumlanması gerektiği de ehliyete bir sınırlama getirilmediğini kanıtlar niteliktedir.

³⁴⁹ **Hatemi**, s. 21; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 113; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 62; **Ayan/Ayan**, s. 31.

³⁵⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 95; **Dural/Öğüz**, s. 84-85.

ayırt etme gücüne sahip kişilerdir³⁵¹. Ancak ayırt etme gücünün göreceli bir kavram olduğu unutulmamalıdır. TMK'nın da ayırt etme gücünü herhangi bir kritere bağlamamış olması sebebiyle hâkim, her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapmalıdır³⁵².

Organ ve doku nakli açısından ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, ODNK md. 5 hükmü doğrultusunda nakle yönelik açıklamış oldukları rıza, hukuki anlamda geçerli olmayacaktır. Örneğin on altı yaşında ayırt etme gücüne sahip bir küçük, müdahalenin risklerini ve sonuçlarını anlayabilecek olsa dahi on sekiz yaşını doldurmadığı için rıza açıklamasına hukuki sonuç bağlanmayacaktır. Özbilen'e göre maddenin konuluş amacının çocuğu, anne ve babanın baskılarına karşı korumak olduğu düşünülebilir. Özellikle kardeşler arasında biyolojik uyumun yüksek olması sebebi ile çocuğa, kardeşine organ veya doku vermesi konusunda ebeveynleri tarafından baskı yapılabilir. Ancak bu tür problemlerin önüne geçmek için mutlak bir sınır getirilmesi yerine denetimli bir sistemin öngörülmesi de güdülen amaca ulaşmayı sağlayabilecektir³⁵³.

Sınırlı ehliyetsizler olarak ele alınan diğer bir kesim ise ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır. Kısıtlanacak olan kişiler ergin kişilerdir, zira velayet altında bulunmayan küçükler vesayet altına konular, kısıtlanamaz. Dolayısıyla küçüklük bir vesayet sebebidir, kısıtlama sebebi değildir. Kısıtlama sebepleri ise TMK md. 405-408'de sayılmıştır. Bu sebeplerden birisi ile ayırt etme gücüne sahip ergin bir kişi kısıtlanmış ise sınırlı ehliyetsizler sınıfına girmiş olur³⁵⁴. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere sınırlı ehliyetsizler açısından kural, bu kişilerin yapacağı işlemlere yasal temsilcilerinin de katılmasıdır.

³⁵¹ Mahkeme kararıyla veya evlenme yoluyla ergin kılınan on sekiz yaşından küçük ve ayırt etme gücüne sahip kişilerin durumları, tam ehliyetliler başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kişiler, kısıtlanmalarını gerektirecek bir sebep bulunmadığı takdirde, sınırlı ehliyetsizler kategorisinde değerlendirilmeyecektir.

³⁵² Roma Hukuku'nda ayırt etme gücü ergenliğe, Alman Hukuku'nda belirli bir yaşın (7) doldurulmasına bağlanmıştır. Gerek İsviçre Hukuku'nda gerekse Türk Hukuku'nda ise ayırt etme gücü esnek bir kavram olarak ele alınmaktadır. **Serozan**, *Kişiler Hukuku*, s. 430.

³⁵³ **Özbilen**, s. 272-276. Ancak burada yapılan açıklamalar ayırt etme gücüne sahip küçükler için geçerlidir. Vücudundan organ ve dokunun alınması halinde ne gibi sonuçların doğacağını idrak edebilme kabiliyeti olmayanlar zaten vücudundan organ ve doku alınmasına rıza gösterememektedir.

³⁵⁴ **Hatemi**, s. 20-26.

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların kimler olduğu açıklandıktan sonra bu kişilerin canlıdan organ ve doku naklinde rıza açıklamasına ehil olup olmadıkları incelenirken ilk olarak ODNK md. 5'in lafzına bakmamız gerekmektedir. Hükme göre on sekiz yaşından küçük ve ayırt etme gücü olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır. Dolayısıyla on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip, ancak kısıtlanmış olan kişilerin rıza açıklamaları bakımından herhangi bir problem bulunmamaktadır³⁵⁵. Ancak kişinin vücudundan bir parçanın alınmasına rıza göstermesi önemli bir karar olduğu için, her ne kadar bu karar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlının yasal temsilcisinin de bu karara katılması gerektiği belirtilmektedir³⁵⁶. ODNK'da böyle bir durumda yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği düzenlenmemişse de TŞSTİDK md. 70 hükmünde³⁵⁷ düzenlenen vasi izninin, organ ve doku nakli açısından da aranması gerektiği belirtilmektedir³⁵⁸.

Biyotıp Sözleşmesi'nin canlıdan organ ve doku naklini düzenleyen 19. ve 20. maddelerine bakıldığında, yaş şartına ilişkin olarak herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Sözleşme'nin 20. maddesinin³⁵⁹ birinci fıkrası kural olarak rıza açıklamaya ehil olmayan kişilerden organ veya doku alınamayacağını kabul etmekle birlikte, ikinci fıkrası ile konuya ilişkin bir istisna getirilmektedir. Hükme göre rıza açıklamasına ehil olmayan kişilerden bazı şartların gerçekleşmesi halinde organ ve

³⁵⁵ Şahan, Gökhan, "Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s. 178; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 182; Kılıçoğlu, s. 251-252; Dural/Öğüz, s. 115; Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 19; Nar, s. 16; Abik, s. 112; Sözüer, s. 34. Aksi yönde bkz. Bayraktar, Organ ve Doku, s. 16.

³⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 182; Kılıçoğlu, s. 251-252; Dural/Öğüz, s. 115; Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 19; Nar, s. 16; Abik, s. 112; Şahan, s. 178.

³⁵⁷ TŞSTİDK md. 70, c. 1: "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar."

³⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 182; Kılıçoğlu, s. 251-252; Dural/Öğüz, s. 115; Ayan, Tıbbi Müdahale, s. 19; Nar, s. 16; Abik, s. 112; Şahan, s. 178.

³⁵⁹ Biyotıp Sözleşmesi md. 20: "(1) 5'inci maddeye göre muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz.

(2) İstisnaî olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden rejeneratif dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi koşuluyla izin verilebilir: (*)

i Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması,

ii Alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;

iii Bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;

iv 6'ncı Maddenin 2'nci ve 3'üncü paragraflarında şart koşulan yetkinin, kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, özel olarak ve yazılı şekilde verilmiş olması;

v Muhtemel vericinin itirazda bulunmaması."

doku alınabilecektir. Ancak nakle konu organ veya dokunun yenilenebilir nitelikte olması şartı aranmaktadır. Bu ön şart sağlandıktan sonra maddenin devamında sayılan diğer şartların bir bütün olarak somut olayda bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile md. 20/2’de sayılan şartlar kümülatiftir.

Söz konusu hükme göre, rıza açıklamasında bulunmaya ehil olmayan bir kişi, kendisine nakledilecek organ veya doku ile hayatının kurtulması ihtimali olan kız veya erkek kardeşine, yasal temsilcisi veya kanun tarafından belirlenmiş kişi veya makamın izninin kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, yazılı şekilde verilmesi halinde organ ve doku naklinde verici olarak yer alabilir. Herhalde rıza açıklamaya ehil olmayan kişinin nakle itirazda bulunmaması da gerekmektedir.

Türkiye, Biyotıp Sözleşmesi md. 20/2 hükmüne, ODNK md. 5 hükmü ile uyumlu olmaması gerekçesiyle çekince koymuştur³⁶⁰. Doktrinde, söz konusu hükme Türkiye’nin çekince koymadığı ihtimalinde dahi Biyotıp Sözleşmesi’nin “Daha Kapsamlı Koruma” başlıklı 27. maddesine göre, hükmün uygulanabilirliğinin olmayacağına ilişkin bir görüş belirtilmiştir. Bu görüşe göre md. 27 hükmü “*Bu Sözleşmedeki hükümlerden hiçbiri, tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşmede şart koşulanlardan daha kapsamlı koruma önlemleri almalarını kısıtlayacak veya engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır.*” şeklinde bir düzenlemeye sahiptir ve ODNK md. 5’in daha geniş bir koruma sağladığına şüphe yoktur³⁶¹.

Bununla birlikte akla, Sözleşme’nin yaş şartı öngörmemiş olması dolayısıyla ODNK md. 5’te aranan yaş şartının zımni şekilde kalkmış olup olmadığı sorusu gelebilir.

³⁶⁰ Çekince metni: “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi : İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 36’ncı maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20’nci maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5 inci maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar.*”

³⁶¹ **Badur**, Tıbbi Müdahale, s. 326-327; **Zeytin**, s. 257. Ayrıca doktrinde, söz konusu hükme çekince konulmasına gerek olmadığı, zira ODNK md. 5’te ve diğer düzenlemelerde bir değişiklik yapılsa bile AY md. 17/2 hükmüne aykırılık teşkil edeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertem**, Burcu, Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları, (Danışman: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2015.

Ancak yukarıda açıklanan gerekçe ile bu soruya da olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira Sözleşme'nin 27. maddesi gereğince, iç hukuktaki yaş sınırı geçerli olmaya devam etmektedir³⁶². Doktrinde, Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili maddesine konulan çekincenin kaldırılması ve mevzuatın sözleşmeye uygun hale getirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir³⁶³.

2.3.4.1.4. Tam Ehliyetsizler Açısından

Tam ehliyetsizler ayırt etme gücü olmayan kişilerdir. Bu kişilerin ergin olup olmaması önemli değildir, zira tam ehliyetsizlik için kriter erginlik değil ayırt etme gücüdür³⁶⁴. Diğer bir ifade ile ayırt etme gücü, fiil ehliyetinin anahtarıdır³⁶⁵. Dolayısıyla tam ehliyetsiz kişilerin irade açıklamaları herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı gibi kendilerine yapılan irade açıklamaları da hukuki sonuç doğurmaz. Ancak TMK md. 15 hükmü, her ne kadar tam ehliyetsizlerin yaptıkları işlemlerin hukuki sonuç doğurmayacağını düzenlese de kanunda düzenlenen bazı istisnai durumları saklı tutmaktadır. Örneğin tam ehliyetsiz bir kişi işleme (TMK md. 775), karışma ya da birleşme (TMK md. 776) sebepleriyle bir taşınırın mülkiyetini kazanabilir. Bunun yanında tam ehliyetsiz bir kişinin evlenmesi durumunda, bu evlilik her ne kadar mutlak butlanla sakat olsa da butlan kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur (TMK md. 156)³⁶⁶.

Tam ehliyetsiz kişilerin durumu canlıdan organ ve doku nakli açısından değerlendirildiğinde, tam ehliyetsiz bir kişinin verici sıfatı ile vücudundan organ veya doku alınmasına rıza göstermesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılır. Zira bu kişiler söz konusu müdahalenin risklerini ve sonuçlarını kavrayabilecek kabiliyete sahip değildirler. Ayrıca tam ehliyetsiz kişilerin rıza açıklamasında bulunması kanundaki ayırık durumlara da örnek olarak gösterilemez. Bu sebeple tam ehliyetsiz kişiler rıza

³⁶² Zeytin, s. 255-256.

³⁶³ Ünver, Hukuksal Boyut, s. 219.

³⁶⁴ Ayan/Ayan, s. 44.

³⁶⁵ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 65.

³⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 87-88.

açıklamasında bulunamazlar; bulunmuş olsalar dahi açıklanan rıza hukuki bir sonuç doğurmaz.

Tam ehliyetsiz kişiler adına yasal temsilcileri de rıza açıklamasında bulunamaz³⁶⁷. Bu husus Yargıtay'ın bir kararına³⁶⁸ da konu olmuştur. Karara konu olayda ayırt etme gücü olmayan on sekiz yaşından büyük bir kişinin vasisi, kısıtlıdan böbrek alınabilmesi için kendisine izin verilmesi talebiyle ilk derece mahkemesine başvurmuştur. Adli Tıp'tan alınan raporda, kısıtlının tek böbrekle hayatını herhangi bir fonksiyon kaybına uğramadan idame ettirebileceği ancak kısıtlıdaki akıl zayıflığının gerçekleştirilecek işlemin anlam ve sonuçlarını kavramasına engel olacağı belirtilmiştir. Alınan rapor doğrultusunda ilk derece mahkemesi vasiye gerekli izni vermiştir. İlk derece mahkemesince verilen karar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kanun yararına temyiz edilmiştir. Yargıtay, böbrek nakli hususunda vasiye izin verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek kararı kanun yararına bozmuştur.

Tam ehliyetsiz kişilerin vücudundan organ veya dokunun alınmasına yasal temsilcisinin dahi rıza göstermemesi hususu, vücuttan organın ne amaçla çıkarıldığına göre farklı değerlendirilebilir. Örneğin böbrek kanseri olan on yaşındaki bir küçüğün tedavisi amacı ile bir böbreğinin tamamen çıkarılması (nefrektomi)³⁶⁹ gerekebilir. Bu durumda çıkarılan organ alıcı olarak adlandırılan bir kimseye aktarılmayacağı için ortada herhangi bir nakil operasyonu bulunmamaktadır. Dolayısıyla 2238 sayılı Kanun'un ehliyeteye ilişkin hükmü yerine genel olarak tıbbi müdahalelere ilişkin rıza hükümlerinden

³⁶⁷ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 19; **Özbilen**, s. 278.

³⁶⁸ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 2013/16178 E., 2014/3998 K., 06.03.2014 T. "Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemler, vesayet makamının izin gereken hallerle vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu haller açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimin yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümler dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmüyle kısıtlı Ş.Y.'dan kardeş E.Y.'a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemler yapmak üzere vasi T.Y.'ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır." www.kazanci.com.tr E.T: 11.01.2021.

³⁶⁹ <https://neolife.com.tr/kanser-cerrahisi/> E.T: 14.01.2020.

yola çıkılarak bir sonuca varılmalıdır. Zira küçüğün rıza ehliyeti olmadığını ve söz konusu organın alınmasına rıza gösteremeyeceğini söylemek aleyhe bir durum oluşturacaktır. Bu sebeple bu gibi durumlarda vücuttan organ veya dokunun alınabileceğini kabul etmek gerekmektedir³⁷⁰. Ancak tekrardan belirtmek gerekir ki söz konusu operasyon bir organ nakli değil, organ alımı işlemine yöneliktir. Bu sebeple vücutundan organ alınan kişinin verici olarak adlandırılması kanaatimizce doğru olmayacaktır. Verici sıfatı, karşıda bir alıcının da bulunduğu nakil operasyonlarında kullanılabilir. Sonuç olarak vücutundan kanserli organ alınan kişi açısından rıza konusunda tıbbi müdahalenin genel kurallarına tabi olacağı sonucuna varabiliriz.

Yukarıda açıklandığı üzere ayırt etme gücünün bulunmaması kişiyi tam ehliyetsiz kılmaktadır. Ancak rıza açıklamasında bulunabilmek için ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli olması aranmamaktadır. Tam ehliyetli bir kişinin geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde de organ ve doku nakline ilişkin açıklanan rıza geçersiz kabul edilir³⁷¹. Örneğin organ nakli için rızasını açıklayan kişinin, rızasını açıkladığı esnada yoğun alkolün etkisi altında olması ihtimalinde rıza geçersizdir³⁷². Kişinin daha sonra alkolün etkisinden kurtulup ayırt etme gücünü yeniden kazanması, geçersiz olan rıza açıklamasına geçerlilik kazandırmaz. Kişinin rızasını, ayırt etme gücünün mevcut olduğu bir zamanda yeniden açıklaması gerekmektedir.

Ayırt etme gücünü haiz olmayanlardan organ alınması yasağına ilişkin olarak ODNK'nın hekime birtakım yükümlülükler yükleyen 7. maddesinin c bendinde hekimin *“Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek”* zorunda olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Kılıçoğlu'na göre bu düzenleme 6. maddenin bir tekrarıdır. Akli ve ruhi durumu yerinde olmayan bir kişi zaten TMK md. 13 anlamında ayırt etme gücünden yoksundur. Yani Kanun'un 6. maddesinde aranan mümeyyiz olma şartını sağlamamaktadır. Hekimin organ ve doku alınmasını reddetmekle yükümlülüğünden önce, bu kişilerden, ehliyet şartını yerine getirmediği için zaten

³⁷⁰ **Özbilen**, s. 278-280.

³⁷¹ **Zeytin**, s. 256.

³⁷² **Kılıçoğlu**, s. 250; **Abik**, s. 103.

organ ve doku alınamayacaktır³⁷³. Esasen ODNK md. 7/c hükmü, 6. maddeyi tekrar etmekten ziyade hükümde aranan mümeyyiz olma şartının tespitini hekime yüklemeyi amaçlamaktadır. Ayırt etme gücünün yaş şartı gibi kesin olarak belirlenebilen bir kavram olmaması sebebi ile rıza açıklamasını kayıt altına alacak olan hekimin, ayırt etme gücü bulunmadığını belirlediği bir kişiden organ ve doku almayı reddetmesi gerekmektedir.

Tam ehliyetsiz kişilerden organ ve doku alınabilmesine ilişkin değinilmesi gereken bir diğer nokta ise kök hücre tedavisi gören kardeşine, yeni doğan bir bebekten kemik iliği alınıp nakledilmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır³⁷⁴. Burada akla gelen soru şudur: ODNK md. 5 hükmü gereğince tam ehliyetsiz bir kişiden doku alınabilmesi mümkün değilken, yeni doğmuş bir bebekten kemik iliğinin alınması hangi gerekçeye dayandırılmaktadır? Kemik iliği nakli, henüz araştırma olarak değerlendirilmektedir. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'in³⁷⁵ “Çocukların Araştırmaya İştirak Etmeleri” başlıklı 6. maddesinde ise belirli şartların varlığı halinde ayırt etme gücü bulunmayanlardan doku alınması mümkün kılınmaktadır. Ancak Yönetmelik ile düzenlenen böyle bir hükmün daha üst bir düzenleme olan ODNK'ya aykırı olduğu açıktır. Yönetmelik, Biyotıp Sözleşmesi'nden sonraki bir tarihte yürürlüğe girdiği için rıza hususundaki hedefin, Biyotıp Sözleşmesi'ndeki rızaya ehil olmayan kişiden organ ve doku alınabilmesine imkân sağlayan istisnai hükümlerle aynı doğrultuda olduğu anlaşılabilir. Ancak bu durumda ODNK'da gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu değişiklik ise ya araştırma amacının (bilimsel amaç) Kanun kapsamı dışında tutulması ya da çekincenin kaldırılarak Biyotıp Sözleşmesi'nde öngörülen istisnai hallere Kanun'da yer verilmesi şeklinde olabilir³⁷⁶.

³⁷³ Kılıçoğlu, s. 250.

³⁷⁴ Kök hücre tedavisi gören çocuklarının hayatını kurtarmak isteyen ebeveynler, yeni bir bebek dünyaya getirmektedir. Söz konusu durum halk arasında sipariş bebek olarak adlandırılmaktadır. **Özbilen**, s. 281. Türkiye'de sipariş bebekle kemik iliği nakillerine ilişkin haberler için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/siparis-bebek-ablasinin-hayatini-kurtaracak-15596671> , <http://www.tupbebek-genetik.com/sizden-gelenler/kardesinin-hayatini-kurtaran-mucize-bebek/> E.T: 17.01.2021.

³⁷⁵ Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 13.04.2013 tarihli ve 28617 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁷⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbilen**, s. 280-284.

2.3.4.1.5. Ehliyet Şartına İlişkin Değerlendirme

Hukukumuzda, canlıdan organ ve doku naklinde vericinin rızasına ilişkin temel düzenleme ODNK md. 5 hükmüdür. Bununla birlikte diğer sağlık hukuku mevzuatına bakıldığında çeşitli kanunlar ve yönetmeliklerde de rızaya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Ayrıca Biyotıp Sözleşmesi md. 20 de (bu hükmün atfıyla Sözleşme'nin 5. ve 6. maddeleri) nakil açısından ehliyet şartına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye sahiptir.

ODNK md. 5 hükmü organ ve doku nakli açısından, genel tıbbi müdahalelere nazaran daha ağır şartlar öngörmüştür. Bu şartlar, vericinin on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Dolayısıyla organ ve doku nakline, ayırt etme gücü bulunmayan veya on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin rıza gösterebilmeleri mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında tam ehliyetsizlerin rıza ehliyetlerinin olmadığı net bir şekilde söylenebilse de sınırlı ehliyetsizler açısından bu kadar kolay değildir. Sınırlı ehliyetsizlerin rıza ehliyetlerini ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar şeklinde ikili bir ayrıma giderek yorumlamak gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından, kanunda açıkça on sekiz yaş şartı aranmasından dolayı rıza açıklamasında bulunamayacakları sonucuna ulaşılabilir. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar açısından ise doktrinde çoğunluk görüşü esas alınarak, bu kişilerin yasal temsilcilerinin de rızası alınarak verici olabilecekleri söylenebilir. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler için ise herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu kişiler organ ve doku nakline rıza açıklamaya ehildirler.

Biyotıp Sözleşmesi'nde ise yaş şartına yer verilmediği, sadece ayırt etme gücünün arandığı görülmektedir. Ancak Sözleşme, rıza ehliyeti bulunmayan kişiler açısından istisnai bir düzenleme getirmektedir. Sözleşme'nin getirmiş olduğu istisnai hükmün, önemli bir alanda çözümler getirmesinden dolayı iç hukukumuzda da aktarılması gerektiği ifade edilmektedir³⁷⁷.

³⁷⁷ Ünver, Biyo-Hukuk, s. 188; Zeytin, s. 257.

Alman ve İsviçre Nakil Kanunlarına bakıldığında ise canlıdan organ ve doku nakli için vericinin ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak belirli şartlar altında nakle rıza göstermeye ehil olmayan kişilerin de verici olabileceği düzenlenmiştir. Alman Nakil Kanunu'nun "Küçüklerden Kemik İliği Alınması" başlıklı 8a maddesine göre kemik iliği, küçüğün kardeşi ya da birinci dereceden yakını için kullanılacaksa, kemik iliği alıcı için hayati bir hastalığın iyileşmesini sağlayacaksa, rızaya ehil bir verici bulunamamışsa, vericinin yasal temsilcisi yeterince aydınlatılmış olarak rızasını açıklamışsa alınabilir. Ayrıca küçüğün yaşı ve zihinsel durumu müsaade ettiği ölçüde ona da aydınlatmada bulunulmalı; küçük, nakli istemediğini herhangi bir şekilde dışa vuruyorsa bu irade dikkate alınmalıdır³⁷⁸.

İsviçre Nakil Kanunu ise 13. maddesinde genel kuralın istisnasını düzenlemiştir. Hükme göre ergin ve ayırt etme gücü bulunan başka bir vericinin bulunmaması, vericinin hayatının tehlikeye girmemesi, alıcı olan kişinin vericinin ebeveyni, kardeşi ya da çocuğu olması, naklin alıcının hayatını kurtaracak olması, yasal temsilcinin ayrıntılı olarak aydınlatılıp rızasını yazılı şekilde açıklaması, vericinin karar verebilecek durumda olması durumunda ise onun da aydınlatılıp rızasını yazılı şekilde açıklaması ve bağımsız bir otoritenin nakle onay vermesi gerekmektedir³⁷⁹. Görüldüğü üzere her iki Kanun da Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin aksine, Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu olarak rıza ehliyetine sahip olmayan kişilerin, istisnai bazı durumlarda verici olabilmesine sıkı şartlar altında imkân tanımıştır.

Sonuç olarak kanun koyucunun on sekiz yaş şartını organ ve doku vermede bir sınır olarak belirlemesi, her ne kadar küçüğü baskılara karşı koruma ve küçüğün iradesini serbestçe oluşturabilmesine imkân sağlama amacı gütsede uygulamada birtakım problemlere sebep olmaktadır. Örneğin on sekiz yaşına girmiş ancak henüz doldurmamış ayırt etme gücüne sahip bir kişinin kardeşinin son dönem böbrek yetmezliği hastası olduğu ve nakle acil ihtiyaç duyduğu bir ihtimalde, küçük, kanunun aradığı on sekiz yaş şartını henüz tamamlamadığı için verici olamayacaktır. Ancak en fazla bir yıl sonra sırf on sekiz yaşını doldurduğu için rıza göstermeye ehil olacaktır. Bu

³⁷⁸ **Aygörmez**, s. 103-104; **Badur**, Organ ve Doku, s. 286-287.

³⁷⁹ **Edisan/Akgül/Kadıoğlu**, s. 609-610.

süre içinde nakil için geç kalınmış olma ihtimali de yüksektir. Bu sebeple, Kanun'un ehliyeti düzenleyen hükmünün, Biyotıp Sözleşmesi hükümleri esas alınarak yeniden düzenlenmesinin veyahut da Biyotıp Sözleşmesi'ndeki istisnai hükmündeki çekincenin kaldırılmasının yerinde olacağı görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Bununla birlikte Özbilen'in görüşü doğrultusunda müdahalenin mutlak bir şekilde yasaklanması yerine denetimli bir sistemin getirilmesi ile amaca ulaşmak da mümkün görünmektedir³⁸⁰.

Biyotıp Sözleşmesi'nin rıza göstermeye ehil olmayanlar açısından getirmiş olduğu istisnai hükme çekince konulmuş olmasının, daha sonraki düzenlemelerle aşılmaya çalışıldığı görülmekle beraber yönetmelik hükümleri ile kanunların önüne geçilmesinin hukuken mümkün olmadığı da açıktır. Eğer amaçlanan, sıkı şartlar altında rızaya ehil olmayan kişilerden de organ veya doku alınmasına müsaade etmek ise böyle bir istisna yönetmelikler ile değil, doğrudan kanunla düzenlenmelidir. Dolayısıyla yukarıda belirtmiş olduğumuz görüşümüz doğrultusunda Kanun'daki düzenlemelerin gözden geçirilmesi, gelişen teknoloji ve tıbbın geldiği son nokta da dikkate alınarak yeni düzenlemeler yapılması yoluna gidilerek Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik hükümleri ve Kanun hükümleri arasındaki çelişkinin ortadan kaldırılması gerektiği düşüncesindeyiz.

2.3.4.2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması

2.3.4.2.1. Rıza Açıklamasının Ön Şartı Olarak Aydınlatma Yükümlülüğü

Kural olarak vücut bütünlüğüne karşı yapılacak olan her türlü müdahale, hukuka aykırıdır ve kişilik hakkını ihlal eder. Ancak müdahaleye maruz kalacak kişinin rıza göstermesi, diğer şartların da varlığı halinde müdahaleyi hukuka uygun hale getirir³⁸¹. Ancak geçerli bir rızanın varlığı için hekim tarafından, rıza açıklamasından önce kişinin aydınlatılması gerekmektedir. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğü³⁸², hekim

³⁸⁰ Özbilen, s. 276.

³⁸¹ Dural, Mustafa, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 249.

³⁸² Aydınlatmanın hukuki niteliği, dar anlamda bir hukuki ödev değil külfettir. Hekim, rıza açıklamasında bulunacak kişiyi aydınlatma külfeti altındadır. Bu davranışın yerine getirilmemesi

tarafından uygulanacak olan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan rızanın bir şartı niteliğindedir³⁸³.

Aydınlatma yükümlülüğü, hekim tarafından hastanın, kendi üzerinde uygulanacak olan müdahale hakkında özgürce karar verebileceği konuma getirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır³⁸⁴. Bu yükümlülüğün temelinde kişinin “kendi geleceğini belirleme hakkı” yatmaktadır. Kişinin kendisini ilgilendiren konularda üçüncü şahıslara bağlı kalmaksızın karar alabilmesini ifade eden “kendi geleceğini belirleme hakkı”, kişilik hakkını korumaya yönelik temel haklardan birisidir³⁸⁵. Tıbbi müdahaleler konusunda, müdahaleyi gerçekleştirecek hekime göre daha zayıf konumdaki kişinin serbestçe karar verebilmesi için müdahaleye yönelik birtakım bilgilerle donatılması gerekmektedir ki kişi, mevcut bilgiler ışığında kendi geleceğini belirleyecek bir karara varabilsin³⁸⁶. Buradan hareketle aydınlatmanın işlevinin, kişinin, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü etkileyecek bir müdahaleye ilişkin karar vermesine etki edebilecek birtakım hususları

halinde açıklanan rıza geçersiz olur. Geçersiz rızaya dayanılarak yapılan müdahale ise hukuka uygun değildir. Diğer bir ifade ile hekim, aydınlatma külfetini yerine getirmiş olsaydı elde edeceği avantajlı bir durumdan yararlanacaktı. Yani tıbbi müdahalede hukuka aykırılığı engellemiş olacak, ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlardan sorumlu tutulmayacaktı. Bu yönde bkz. **Çilingiroğlu**, s. 59.

³⁸³ **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003, s. 60.

³⁸⁴ **Kaya**, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 100, 2012, s. 56; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 71; **Özdemir, H.**, s. 97.

³⁸⁵ **Ozanoğlu**, s. 59; **Tacir**, s. 148; **Koyuncu Aktaş**, s. 183.

³⁸⁶ Aydınlatma yükümlülüğünün en çok irdelendiği ve yargı kararlarına yansıdığı ülke ABD’dir. Amerikan hukukunda da aydınlatmanın, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına dahil olduğu kabul edilmektedir. Aydınlatılmış rıza doktrinini gelişmesinde Amerikan yargı kararlarının büyük etkisi vardır. Amerikan yargı kararları ışığında aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnek kararlar için bkz. **Kaya**, s. 61 vd. Amerikan hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün kabul edilmesi bir dizi önemli mahkeme kararıyla sağlanmıştır. 19. yüzyılda tıbbi müdahalelerde rıza kavramını içeren birkaç karar olmasına rağmen önemli kararların çıktığı davalar 20. yüzyılın başlarına tekabül etmektedir. 1905-1914 yılları arasında verilen dört önemli karar, aydınlatılmış rızanın temel özelliklerini formüle ederek evrensel anlamda itibar görmüştür. Bu kararlar şunlardır: *Mohr v. Williams*, *Pratt v. Davis*, *Rolater v. Strain*, *Schloendorff v. Society of New York Hospitals*. Bu temel nitelikteki davalardan ilki olan *Mohr-Williams* davasının, aydınlatma yükümlülüğünü ele alan ilk önemli dava olduğu söylenebilir. Davacı Bayan *Mohr*, sağ kulağındaki bir rahatsızlık için tıbbi müdahaleye rıza göstermiştir. Ancak hekim, sağ kulağın sanıldığı kadar hasta olmadığını, asıl müdahalenin sol kulağa yapılması gerektiğine karar vererek müdahaleyi sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale sonrası işitme duyusunun daha da bozulması üzerine Bayan *Mohr*, müdahalenin hukuka aykırı olduğunu iddia ederek hekime dava açmıştır. Minnesota Yüksek Mahkemesi hekimin, sol kulağındaki bozukluğa ilişkin hastayı aydınlatmadığını ve rızasını almadığını ifade ederek müdahaleyi hukuka aykırı kabul etmiştir. **Wandler**, Michelle, “The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy”, Third Year Paper, Harvard Law School, 2001. <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/8852197/Wandler.html?sequence=2> E.T: 25.01.2021.

bilmesi ve bu doğrultuda serbestçe karar alma özgürlüğünü temin etmek olduğu söylenebilir³⁸⁷.

Hekimlerin, müdahaleye maruz kalacak kişilere karşı aydınlatmada bulunmalarından sonra rızanın açıklanacak olması aydınlatma yükümlülüğü ve rızayı, tıbbi müdahaleler açısından neredeyse ayrılmaz bir bütün haline getirmektedir. Bu doğrultuda, Türk hukukunda hekimin aydınlatmasından sonra rızanın açıklanması gerekliliği, “aydınlatılmış rıza”, “aydınlatılmış onam”, “bilgilendirilerek izin alma” gibi kavramlarla ifade edilmektedir³⁸⁸.

Bu açıklamalardan sonra akla, sağlık hukuku açısından büyük önemi haiz olan aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanağının ne olduğu gelmektedir. Bu sorunun cevabı başta Anayasa ve Türk Medeni Kanunu’nda aranmalıdır³⁸⁹. Gerçekten de aydınlatma yükümlülüğü, temelini başta AY md. 17’den almaktadır. Bununla birlikte TMK md. 23 ve 24 hükümleri de kişilik hakkını korumaya yönelik hükümler olması sebebi ile aydınlatma yükümlülüğüne dayanak olarak kabul edilebilir³⁹⁰. Hekimin bu yükümlülüğü ayrıca TMK md. 2 hükmünden de çıkarılabilir, zira hekim ve hasta arasındaki ilişkide güven ilişkisi ön plandadır ve bu sebeple söz konusu yükümlülük bizatihi dürüstlük kuralından da doğabilir³⁹¹.

³⁸⁷ **Ozanoğlu**, s. 59; **Gülel**, s. 123.

³⁸⁸ İngilizcede “informed consent” şeklinde ifade edilen kavram ilk defa Hâkim Cardozo tarafından bir kararda zikredilmiştir. 1914 yılında verilen bu kararda iradeye sahip ergin her bireyin kendisi üzerinde uygulanacak tıbbi müdahalelerde karar verme hakkına sahip olduğu ilkesi ortaya konulmuştur. **Özcan**, Burcu G./**Özel**, Çağlar, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, 2007, s. 66.

³⁸⁹ **Özsunay**, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s. 35. **Özsunay**, Alman hukukunda yaşama ve vücut bütünlüğü hakkından kişinin kendisi ile ilgili karar verme hakkı türetilmiş, benzer şekilde Türk hukukunda da AY md. 17’de düzenlenen yaşama hakkının, kişinin kendisi hakkında karar verme hakkını içerdiğini ifade etmektedir. **Koyuncu Aktaş**, s. 185.

³⁹⁰ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 73.

³⁹¹ **Arpacı**, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD, C. 6, S. 2, 2009, s. 13; **Koyuncu Aktaş**, s. 183.

Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin daha açık ve ayrıntılı hükümler, daha özel nitelikteki düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin HHY md. 15. ve 31/1³⁹² ve TDN md. 14/2³⁹³ hükümleri hekimin aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Organ ve doku naklinde aydınlatma yükümlülüğü ise özel olarak ODNK'nın "Bilgi Verme³⁹⁴ ve Araştırma Yükümlülüğü" başlıklı 7. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Biyotıp Sözleşmesi'nin md. 5/1-2 hükümlerinde³⁹⁵, ilgili kişinin bilgilendirilmesinden sonra rıza göstermesi ile müdahalenin gerçekleştirilebileceği belirtilmekle aydınlatmanın, rızanın açıklanması için bir "ön şart"³⁹⁶ olduğu ifade edilmiştir³⁹⁷. Son olarak aydınlatma yükümlülüğü, pek çok ülkede

³⁹² HHY md. 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 gereceği 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 tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir."*

HHY md. 31: "*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır."*

³⁹³ TDN md. 14/2: "*...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur."*

³⁹⁴ Aydınlatma ve bilgilendirme farklı kavramlardır. Hekim, hastaya onun da anlayabileceği şekilde tüm bilgileri açıklayabilir ancak hasta, hekimin açıkladığı bilgileri anlamışsa aydınlatmanın gerçekleştiğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla aydınlatma, hekimin açıklamış olduğu bilgilerin hasta tarafından anlaşılması; bilgilendirme ise anlaşılmamasıdır. Bilgilendirmede hasta, gerekli bilgileri anlamadığı için karar verebilecek durumda değildir. Bu sebeple hasta hakları açısından aydınlatma ifadesinin kullanımı yerinde olur. Bkz. **Özdemir, H.**, s. 112-113. Aydınlatma, bilgilendirmeyi aşan bir kavramdır. Aydınlatmada, tek yönlü bir bilgilendirme ve hastanın edilgenliği söz konusu değildir. Hastanın bilgileri anlaması ve kendisi için anlamlandırması, bu anlamayı hekimin de kavraması söz konusudur. Bkz. **Tacir, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 149-150.

³⁹⁵ Biyotıp Sözleşmesi md. 5: "*(1) Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir.*

(2) Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir."

³⁹⁶ Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan şartlarda rıza ve aydınlatma iki farklı şart değildir. Diğer bir deyişle aydınlatma, hukuka uygunluk sebeplerinden birisi değil; müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan sebeplerden olan rızanın ön şartıdır. Bkz. **Sarıal**, s. 64.

³⁹⁷ Ayrıca Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesi de aydınlatılmış rızayı düzenlemektedir. Bu düzenlemede aydınlatma yükümlülüğünün nasıl yerine getirilmesi gerektiği açık ve ayrıntılı olarak ele alınmıştır: "*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak*

olduğu gibi bizde de pek çok yargı kararına³⁹⁸ konu olmuş, bu kararlar ile uygulama ve doktrin şekillenmiş ve şekillenmeye devam etmektedir.

2.3.4.2.2. Aydınlatmanın Şekli ve Zamanı

Yasal düzenlemelerde aydınlatma yükümlülüğünün şekline ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple tıbbi müdahalelerde hastanın aydınlatılması yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilebilir³⁹⁹. İspat kolaylığı açısından aydınlatmanın yazılı yapılması yararlı olsa da genel nitelikteki yazılı bir aydınlatmanın hasta tarafından anlaşılması riski de bulunmaktadır. Ayrıca yazılı olarak yapılan aydınlatmalarda matbu olarak hazırlanan formların kullanılması, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirildiği anlamına gelmez. Özellikle formun sadece imzalatılması sureti ile yapılan aydınlatma geçerli bir aydınlatma olarak kabul edilemez⁴⁰⁰.

aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.”

³⁹⁸ Türk Hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün irdelendiği en eski karar, Yargıtay 4. HD, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 07.03.1977 T. sayılı ve tarihli karardır. Kararda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin şöyle bir gerekçelendirme yapılmıştır: “...Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, risk davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispat davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tabben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yan riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevin yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanunu’nda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar-age-127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır... O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerin davacıya açıkça bildirildiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır.” www.kazancı.com.tr E.T: 27.02.2021.

³⁹⁹ **Hakeri**, Hakan, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, YÜHFD, C. 6, S. 2, 2009, s. 38. Aydınlatmanın şekline ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmamasının işin mahiyetine uygun düştüğü, zira hekim ile hasta arasındaki ilişkinin güven ilişkisinin en yoğun olduğu vekalet sözleşmesine dayandığına ilişkin olarak bkz. **Başpınar**, s. 202.

⁴⁰⁰ **Hakeri**, Aydınlatma, s. 38; **Başpınar**, s. 202.

Hasta ve hekim arasındaki ilişki düşünüldüğünde, bu ilişkinin mahiyetine en uygun düşen yöntemin sözlü aydınlatma olduğu ifade edilmektedir⁴⁰¹. Zira hasta ve hekim arasında yoğun bir güven ilişkisi vardır. Bu güven ilişkisinin bir sonucu olarak hekim, hasta ile etkileşimli bir şekilde aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirir. Bu etkileşim sayesinde hekim, gerektiğinde önemli noktaları detaylandırarak anlatabilir; anlaşılmayan yerlerde daha basit bir dil kullanabilir⁴⁰². Özsunay da kural olarak aydınlatmanın sözlü olması gerektiği; aydınlatmanın yapılmasından sonra da durumun hasta kağıdına geçirilmesinin uygun olacağı görüşündedir. Sözlü aydınlatmada ispat problemi yaşanmaması açısından aydınlatma esnasında ikinci bir hekim ve hemşirenin de tanık olarak hazır bulundurulması, bu kişilerin hazır bulunduğu hasta kağıdında belirtilmesinin daha etkili bir yöntem olduğu ifade edilmektedir⁴⁰³.

Canlıdan organ ve doku naklinde de genel kuraldan sapılmamış, aydınlatmanın yerine getirilmesi bakımından bir şekil şartı belirlenmemiştir. Ancak akla ODNK md. 6'da rızanın şekil şartının belirlenmiş olması sebebi ile aydınlatmanın da bu şekil şartına uygun olmak zorunda olup olmadığı sorusu gelebilir. Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekmektedir; zira söz konusu hüküm sadece rızayı kapsayacak şekilde düzenlendiğinden, bu hükümden aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılamaz⁴⁰⁴. Dolayısıyla nakiller açısından da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi noktasında bir şekil şartının aranmadığı sonucuna varabiliriz.

Aynı şekilde aydınlatma yükümlülüğünün ne zaman yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin de kesin bir kural bulunmamaktadır. HHY md. 18/5'te "*Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.*" şeklindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere hekime makul bir süre tanınmış ancak kesin bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla aydınlatmanın yerine getirilmesi gereken zamanın

⁴⁰¹ **Özsunay**, Aydınlatma Ödevi, s. 54. Yapılacak ameliyattan önce hastaya her girişimin uzun uzun açıklanması pratik değildir. Zira çoğu hasta, yazılı açıklamalardan sadece olumsuz yönleri algılamakta ve ameliyat olmaktan vazgeçmektedir. Bu sebeptendir ki hekimin formda yazanları hastaya sözlü olarak açıklaması, daha sonra hastanın aydınlatılmış olduğunun yazıya dökülmesi en uygun yoldur. Bkz. **Çetin**, Gürsel, "Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul, 2007, s. 179.

⁴⁰² **Yavuz İpekyüz**, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006, s. 87.

⁴⁰³ **Özsunay**, Aydınlatma Ödevi, s. 54.

⁴⁰⁴ **Hakeri**, Aydınlatma, s. 38.

müdahalenin gerekliliği, ağırlığı ve muacceliyetine göre her olaya göre özel olarak belirlenmesi gerekmektedir⁴⁰⁵.

Yukarıda rıza açıklamasının zamanından bahsedilirken, genel olarak tıbbi müdahaleler için müdahaleden önce veya en geç müdahale anında rızanın açıklanması gerektiğinden bahsedilmişti. Ancak zaruret halinde alıcı açısından varsayılan rıza kabul edilerek rıza açıklaması aranmasa bile verici açısından rızanın mutlaka müdahaleden önce açıklanması gerekmektedir. Dolayısıyla vericiye, müdahalenin fayda ve risklerini ölçebileceği, yakınlarıyla konuşabileceği, kısacası düşünerek özgürce karar verebileceği bir zaman tanınarak ve her halükârda rıza açıklamasından önce aydınlatmanın yapılması gerekmektedir⁴⁰⁶.

2.3.4.2.3. Aydınlatacak ve Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatma yükümlüsü, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimdir. Bu yükümlülüğün kural olarak⁴⁰⁷ başkasına devredilmesi mümkün değildir. Zira aydınlatma yükümlülüğü, hasta ve hekim arasında kurulan hekimlik sözleşmesinden doğan akdi bir borçtur⁴⁰⁸. Ancak müdahale birden çok aşamadan oluşuyorsa ve her bir aşama farklı hekimler tarafından gerçekleştirilecekse, her hekim kendi uzmanlık alanında hastayı aydınlatmalıdır. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün diğer sağlık personeli tarafından yerine getirilmesi de mümkün değildir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ **Başpınar**, s. 202.

⁴⁰⁶ **Sarıal**, s. 62.

⁴⁰⁷ Kural müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin hastayı aydınlatması olsa da hekim, bu görevini bir başka meslektaşına bırakabilir. Ancak bu durumda hekimin, meslektaşının görevini yerine getirdiğinden emin olması gerekir. Bkz. **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 129. Hekimin bu görevini bir meslektaşına bırakması ihtimalinde, ikinci hekimin TBK anlamında yardımcı kişi sayılacağına ilişkin olarak bkz. **Ayan** s. 82.

⁴⁰⁸ **Yavuz İpekyüz**, s. 85. Aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler vardır. Bu yükümlülüğün vekalet sözleşmesinde özen gösterme borcundan kaynaklandığını savunan bir görüşün yanında, sözleşmenin türü ne olursa olsun hekimin genel bir aydınlatma yükümlülüğünün olduğu yönünde bir görüş de vardır. Bu ve diğer görüşler için bkz. **Özbilen**, s. 287-288.

⁴⁰⁹ **Ozanoğlu**, s. 72; **Başpınar**, s. 199-200; **Yavuz İpekyüz**, s. 86.

Organ ve doku naklinde ise aydınlatma yükümlüsü, ODNK md. 7'ye göre “organ ve doku alacak hekim” yani nakli gerçekleştirecek olan hekimdir. Naklin, birden çok hekim tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde ise bu hekimlerden birisi tarafından yükümlülüğün yerine getirilmesi yeterli kabul edilmektedir⁴¹⁰. Aydınlatmanın şekli bakımından her ne kadar kanunda açıkça bahsedilmemiş olsa da verici tarafından tutanak altına alınıp imzalanan rızayı onaylayan hekimin, aynı zamanda aydınlatmayı gerçekleştiren hekim olması gerekmektedir. Dolayısıyla kişiyi aydınlatan, bu aydınlatmadan sonra rızasını onaylayan ve nakli gerçekleştiren hekimin, kural olarak aynı hekim olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Kural olarak aydınlatılacak kişi, tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişi yani hastanın kendisidir. Zira hastalık hakkında aydınlatılma istemi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak⁴¹¹. Canlıdan organ ve doku naklinde ise iki kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahalede bulunulacağı için aydınlatılacak kişiler hem alıcı hem de vericidir. Hekimin her ikisi açısından da aydınlatma yükümlülüğü vardır. Özellikle alıcının, sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetsiz olması da mümkün olduğu için hekimin aydınlatacağı kişilerin kapsamı genişlemektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bakımından hastanın kendisinin yanında yasal temsilcilerinin (veli ya da vasi) de aydınlatılması gerekirken tam ehliyetsiz alıcılar açısından, bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmamaları sebebiyle yasal temsilcilerinin aydınlatılması gerekmektedir⁴¹².

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirmeden önce, aydınlatılacak kişinin rıza ehliyetini tespit etmesi gerekmektedir. Verici açısından, ODNK ayırt etme gücünün varlığını ve on sekiz yaşın doldurulmasını aradığı için hekim bu kriterleri göz önünde bulundurmalı; kişinin şartları sağlamaması halinde vericinin talebini reddetmelidir⁴¹³. Vericinin rıza ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, alıcı yönünden uygulanan yasal

⁴¹⁰ **Başpınar**, s. 200.

⁴¹¹ **Özsunay**, Aydınlatma Ödevi, s. 51.

⁴¹² **Özsunay**, Aydınlatma Ödevi, s. 51; **Ozanoğlu**, s. 72; **Başpınar**, s. 200-201. Hastanın çocuk, akıl hastası veya kısıtlı bir kişi olması ihtimalinde bu kişilere süreç basit bir şekilde açıklandıktan sonra, bu kişilerin veli ya da vasisine durumun geniş olarak anlatılması gerektiğine ilişkin bkz. **Bayraktar**, Cezai Sorumluluk, s. 129.

⁴¹³ **Başpınar**, s. 200.

temsilcilerinin aydınlatılması ve rızalarının alınması durumu verici için geçerli değildir. Zira vericinin ayırt etme gücüne sahip küçük ve tam ehliyetsiz olması kanunen mümkün değildir; verici, rıza göstermeye ehilse zaten bizzat kendisi aydınlatılıp rızası alınacaktır.

Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin hekim tarafından haberdar edilmesi halinde ise rızasının alınmasının gerekli olmadığı, sadece haberdar olmasının yeterli bulunacağından bahsedilmişti. Bu bakımdan aydınlatma yükümlülüğü açısından da aynı uygulama geçerli olacak, vericinin birlikte yaşadığı eşinin aydınlatılması yönünden hekim yükümlü olmayacaktır⁴¹⁴.

2.3.4.2.4. Aydınlatmanın Türleri

Doktrinde aydınlatmanın türlerine ilişkin olarak çeşitli ayrımlara rastlanmaktadır Ancak Alman Hukuku'nun da etkisi ile büyük ölçüde tercih edilen ayırım, müdahale aydınlatması ve koruma aydınlatması şeklindeki ikili bir ayırımdır. Alman Hukuku'nda müdahale aydınlatması, kendi geleceğini belirleme aydınlatması; koruma aydınlatması da tedavi aydınlatması olarak nitelendirilmektedir. Teşhis, süreç ve riziko aydınlatması ise müdahale aydınlatmasının içerisinde ele alınmaktadır⁴¹⁵. Diğer bir ayırım ise teşhis, tedavi ve tedavi süreci, tehlikeler ve tedavinin sonuçları hakkında aydınlatmadır⁴¹⁶. Çalışmamızda, teorik bir ayırımdan ziyade uygulamaya yönelik bir ayrımla örnekleri daha anlaşılır bir şekilde verebileceğimizi düşündüğümüz için ikinci ayırım doğrultusunda açıklamayı tercih etmekteyiz.

İlk olarak hastanın tıbbi bulgular konusunda aydınlatılması gerekir. Bu aydınlatmaya teşhis aydınlatması denilmektedir. Bu aydınlatma sonucunda hasta, hastalığının ne olduğunu öğrenir⁴¹⁷. Kural olarak hekimin hastasına ağır hastalığını dahi söylemesi gerekmektedir. Ancak hastanın hastalığını öğrenmesi, yaşamı bakımından ciddi

⁴¹⁴ Başpınar, s. 201.

⁴¹⁵ Ozanoğlu, s. 64 vd.

⁴¹⁶ Özsunay, Aydınlatma Ödevi, s. 41 vd.

⁴¹⁷ Özsunay, Aydınlatma Ödevi, s. 41; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 115; Özdemir, H., s. 114.

tehlikelere sebebiyet verecekse teşhis aydınlatması sınırlanabilir⁴¹⁸. Organ ve doku naklinde bu aydınlatmanın yapılacağı kişi alıcıdır, zira hasta olan ve kendisinde bir hastalık olduğu saptanan kişi odur. Örneğin hekimin hastaya, hastalığının böbrek yetmezliği olduğunu ve söz konusu hastalığa ilişkin ayrıntıları açıklaması teşhis konusunda aydınlatmadır.

İkinci olarak hastalığı teşhis edilen hastaya, bu hastalığının tedavisinde nasıl bir yol izleneceği açıklanmalıdır. İşte hastaya uygulanacak tedavi ve müdahalenin içeriği, tedavi süreci, tedavi edilmediği takdirde ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında yapılan bu aydınlatma, tedavi ve süreç hakkında aydınlatma olarak adlandırılır. Bu aydınlatmanın esas amacı hastanın, daha sonra uygulanacak müdahaleye razı olmasını sağlamaktır⁴¹⁹. Organ ve doku nakli, verici açısından tedavi amacı taşımasa dahi vericinin de bir müdahaleye maruz kalması sebebi ile bu aydınlatmanın ona da yapılması gerekmektedir. Alıcı ve vericinin organ nakli öncesindeki durumları ve sonrasında nasıl bir durumda olacakları açıklanarak iki durum arasında karşılaştırma yapma imkânı sağlanmalı, naklin başarısız olma ihtimalinin de varlığı belirtilmelidir⁴²⁰.

Teşhis, tedavi ve süreç aydınlatması yapıldıktan sonra müdahaleye maruz kalacak kişilere, uygulanacak tıbbi müdahalenin tehlikelerinin açıklanması gerekmektedir. Bu aydınlatma türü tehlikeler (riskler) hakkında aydınlatma veya riziko aydınlatması olarak adlandırılmaktadır. Risk aydınlatması ile amaçlanan, hasta ile birlikte müdahaleye cesaret edilip edilmeyeceğine karar vermektir⁴²¹. Hekim, gerekli özen gösterilse dahi ortaya çıkabilecek risklerden, risklerin ağırlığından ve gerçekleşme oranından bahsetmelidir⁴²². Ayrıca hastanın sübjektif durumu gözetilerek, kendisi için gerçekleşmesi öngörülen riskler de belirtilmelidir⁴²³. Organ ve doku naklinde alıcıya, vericiden bulaşma riski olan hastalıklar, vücudunun organı kabul etmeme ihtimali gibi

⁴¹⁸ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 115-116. HHY md. 19/1: “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak sureyle hastalığın artması ihmalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.”

⁴¹⁹ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 71-72.

⁴²⁰ **Başpınar**, s. 198; **Şahan**, s. 173.

⁴²¹ **Oğuzman**, Kemal, “Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü”, Adli Tıp Dergisi, C. 5, S. 1-2, 1989, s. 83; **Erman**, s. 109.

⁴²² **Ozanoğlu**, s. 67; **Abik**, s. 105; **Şahin**, s. 84.

⁴²³ **Oral**, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, ABD, S. 2, 2011, s. 191.

durumların açıklanması da risk aydınlatması kapsamına girmektedir⁴²⁴. Benzer şekilde vericiye de nakle konu organın eksikliğinde ortaya çıkabilecek riskler anlatılmalıdır. Örneğin böbreğini vermeyi düşünen kişiye, ileride bir kaza sonucunda diğer böbreğini de kaybetmesi halinde karşılaşılabilecek tehlikeler açıklanmalıdır⁴²⁵.

Tedavinin sonuçları hakkında aydınlatmada ise istensin ya da istenmesin tıbbi müdahale sonucunda zorunlu olarak ortaya çıkacak sonuçlardan bahsedilmektedir⁴²⁶. Örneğin nakilden sonra alıcı ve vericinin en az bir ay çalışamayacak ve araç kullanamayacak durumda olacaklarının açıklanması tedavi sonucuna ilişkin bir aydınlatmadır.

Son olarak günümüzde hekimin, tedavinin masraflarına ilişkin bir aydınlatmayla (ekonomik aydınlatma) da yükümlü olduğu belirtilmektedir. Nakil masrafları, masrafların sigorta tarafından karşılanma durumunun olup olmadığı, bağışıklığı baskılayıcı ilaçların ne kadar süreyle kullanılacağı ve bunların masrafları taraflara açıklanmalıdır⁴²⁷.

2.3.4.2.5. Aydınlatmanın Kapsamı

Her tıbbi müdahalenin uygulanması, süreci, riskleri gibi faktörler farklılık arz ettiği için kanuni düzenlemelerde aydınlatmanın kapsamına ilişkin, tüm tıbbi müdahalelerde uygulanmak üzere belirlenmiş genel geçer bir kural bulunmamakla birlikte⁴²⁸ Biyotıp Sözleşmesi md. 5/2 hükmü çok genel bir şekilde hekimin hastaya “...müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler...” vermesi gerektiğinden bahsetmiştir. Bu hükümden aydınlatmanın kapsamını tam olarak

⁴²⁴ **Başpınar**, s. 199.

⁴²⁵ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 219; **Parlak**, s. 205; **Sözüer**, s. 32.

⁴²⁶ **Erman**, s. 109.

⁴²⁷ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 127; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 218; **Başpınar**, s. 199; **Özcan/Özel**, s. 64; **Özdemir**, s. 118; **Oral**, s. 191.

⁴²⁸ Aydınlatmanın kapsamına ilişkin Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu hüküm kanuni bir düzenleme değildir.

belirleyebilmek mümkün değildir. Ancak genel geçer bir kuralın belirlenmesi de doğru değildir, her somut olayın özelliğine göre farklı hareket edilmelidir⁴²⁹.

Diğer yandan özellik gösteren bazı tıbbi müdahalelerin önemine binaen kanun koyucu, ilgili kanunlarda bu müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin hükümlere yer vermiştir⁴³⁰. Bu özel düzenlemelerden birisi de ODNK md. 7’de hekimin organ ve doku naklinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin hükümdür. Böyle bir özel düzenlemeye yer verilmesinin sebebi ise sıklıkla üzerinde durulduğu üzere vericinin hasta değil; sağlığından belirli bir ölçüde feragat eden bir kişi olmasıdır⁴³¹.

İlk olarak ODNK md. 7/a hükmü “*Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek*” hususunda hekimi yükümlü kılmaktadır. 7/b hükmü ise hekimin “*Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak*” zorunda olduğunu hüküm altına almaktadır. 7/a ve 7/b hükümleri, vericiye yapılacak aydınlatmanın kapsamını oldukça geniş tutmuştur. Aydınlatmanın kapsamına, sadece tıbbi riskler değil sosyal, psikolojik ve ailevi risklerin açıklanması da dahil edilmiştir. Hükmün b bendinde ayrıca, müdahalenin alıcıya sağlayacağı yararların da açıklanması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu müdahalenin, üçüncü kişi yararına olduğu düşünülecek olursa üçüncü kişide gerçekleşmesi muhtemel iyileşmelerin aydınlatma kapsamına alınması yerinde bir düzenlemedir⁴³². Ayrıca bu noktada vericinin kararını etkileme ihtimali olan bazı bilgilerin talep halinde ve alıcının da izni

⁴²⁹ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 75; **Ozanoğlu**, s. 70; **Çilingiroğlu**, s. 64. Aydınlatma yükümlülüğünün kesin sınırlarının çizilmesinin hasta lehine olduğu düşünülse de tıbbi müdahalenin özellikleri, hastalıkların farklı olması ve hastanın eğitim düzeyi dikkate alındığında genel bir düzenlemenin yapılması daha yerindedir. Aydınlatmanın kapsamı belirlenirken, müdahalenin tehlike derecesi ve yan etkileri göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. **Özcan/Özel**, s. 63.

⁴³⁰ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 75; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 132.

⁴³¹ **Sözüer**, s. 33; **Şahin**, s. 85.

⁴³² **Badur**, Organ ve Doku, s. 303.

ile verilebileceği belirtilmektedir. Verilecek olan bilgiler alıcının yaşam tarzı, hastalığının sebebi, iyileşme umudu gibi konularda olabilir⁴³³.

Her ne kadar ODNK md. 7’de alıcı açısından aydınlatmanın kapsamı düzenlenmemiş olsa da alıcının da aydınlatılması gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre alıcıya yapılan aydınlatmanın kapsamının, vericiye yapıldığı kadar geniş olmasına gerek yoktur. Örneğin hekim, alıcının psikolojik durumunun etkilenmemesi için gerçekleri tüm ayrıntıları ile anlatmayabilir⁴³⁴. Aksi görüşe göre ise alıcının da geniş ve ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması gerekmektedir⁴³⁵. Organ ve doku nakli operasyonu basit bir müdahale değil, hayati riskleri de bulunan ciddi bir müdahale olması sebebi ile alıcının da geniş bir şekilde aydınlatılması gerektiğine ilişkin görüşe katılıyoruz. Alıcının kendisine nakledilecek biyolojik maddenin durumu, naklin başarı şansı, müdahale öncesi ve sonrası kullanılacak ilaçlar, bu ilaçların yan etkileri, naklin bağışıklık üzerindeki etkileri, nakil ile geçmesi muhtemel hastalıklar vs. gibi birçok durum hastaya açıklanmalıdır⁴³⁶.

Son olarak değinmekte fayda olduğunu düşündüğümüz bir diğer konu da aydınlatma yükümlülüğünün, rızanın geri alınmasının sonuçlarını kapsayıp kapsamayacağıdır. Aydınlatmanın amacının kişinin özgür iradesini oluşturabilmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde vericinin rızasını geri alması halinde, hangi sonuçlarla karşılaşacağını da bilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Vericilere yapılacak aydınlatmanın kapsamına bu hususun da eklenmesi gerektiği belirtilmektedir⁴³⁷. Ancak bu noktada hekim vericiye, rızasını her zaman özgürce geri alabileceğini ve rızasını geri alması halinde kendisinden kanunen herhangi bir maddi manevi tazminat talebinde bulunulamayacağını ifade ederken, vericinin alıcıda oluşan umut ışığını düşünmeksizin

⁴³³ **Banak**, s. 285.

⁴³⁴ **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, s. 193; **Yenerer Çakmut**, s. 231; **Özcan/Özel**, s. 65.

⁴³⁵ **Sengir**, s. 647; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 217-218.

⁴³⁶ **Şahin**, s. 85. Organ nakillerinin özel bir türü olan kompozit doku nakillerinde ise aydınlatmanın daha geniş tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Zira bu nakiller yaşam kurtarmak için değil yaşam kalitesini artırmak amacı yapılmaktadır. Bu sebeple hekim müdahaleyi her yönüyle açıklamalıdır. Özellikle yüz naklinde aydınlatmanın kapsamı diğer organ ve doku nakillerine göre daha geniş tutulmalıdır. Zira nakil sonucunda alıcının fiziksel görünümü tamamen değişmektedir. Bu sebeple yüz naklinde ayrıntılı bir aydınlatmanın yanında, alıcının yakınlarının da aydınlatılması gerektiği düşünülmektedir. Bu yönde bkz. **Cihan/Sert**, s. 69.

⁴³⁷ **Badur**, Organ ve Doku, s. 303.

keyfi hareket etmesine yol açacak söylemlerden de kaçınılmalıdır. Kısaca kişinin özgürce rızasını geri alma ve alıcının hayati durumunun bilincinde olma arasındaki dengenin, aydınlatma yükümlüsü hekim tarafından kurulması gerekmektedir.

2.3.4.3. Rızanın Şekle Uygun ve Zamanında Açıklanmış Olması

2.3.4.3.1. Rıza Açıklamasının Şekli

Canlıdan organ ve doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için aranan en önemli şart rızadır. Rızanın, geçerli bir beyan olarak değerlendirilebilmesi için kanunlarda aranan bazı şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan birisi de şekildir. Her ne kadar HHY md. 28/1⁴³⁸ hükmü tıbbi müdahalelerde mevzuatta öngörülen istisnalar dışında rızanın şekle bağlı olmadığını düzenlese de gerek TMK md. 23/3 hükmünde⁴³⁹ gerekse ODNK md. 6 hükmünde vericinin rıza açıklamasının şekle bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir.

Canlıdan organ ve doku nakli açısından şekil, kişinin vücudunda gerçekleştirilecek olan bir müdahaleye ilişkin düşüncesini tekrardan değerlendirmesi ve sağlıklı karar verebilmesine imkân tanınması açısından önemli bir araçtır. Bu nedenle Kanun,

⁴³⁸ HHY md. 28/1: “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.” Aynı Yönetmelik’in 26. maddesinde 08.05.2014 tarihli değişiklik ile uyumsuzluğa sebep olabilecek tıbbi müdahalelerde rıza formu hazırlanması gerektiğine ilişkin kural düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa 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.” Maddede geçen “uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise tartışmalara açıktır.

⁴³⁹ Özbilen, HHY md. 28/1 hükmünde her ne kadar kural olarak rızanın şekle tabi olmadığı ancak istisnalarının saklı olduğu düzenlenmiş olsa da TMK md. 23/3 hükmünün istisnai bir hüküm olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre insan kökenli biyolojik maddelerin alınmadığı ya da nakledilmediği bir tıbbi müdahale neredeyse yoktur. Zira basit bir cerrahi operasyonda bile hastaya kan verilmektedir. Dolayısıyla hastanın kendisine kan verilmesine ilişkin rızasını yazılı olarak göstermesini beklemek hayatın olağan akışına ters düşer. 1219 sayılı TŞSTİDK md. 70/1 “Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.” hükmünden çıkan sonuç ise olağan cerrahi müdahalelerde yazılı rızanın gerekmediğidir. Bkz. **Özbilen**, s. 305-307.

vücudundan bir parçası eksilecek olan vericiye, söz konusu müdahalenin büyük riskleri haiz olmasından dolayı tekrardan düşünme imkânı sunmakta; bununla birlikte nakil sonrası ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin de önüne geçmek istemektedir.

TMK md. 23/3 hükmünün birinci cümlesi şekle ilişkin olarak “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür.*” ifadesine yer vermektedir. Hükme göre bir kimsenin, vücudundan bir organ veya dokunun alınmasına veya nakline göstereceği rıza yazılı şekilde verilmelidir⁴⁴⁰. Organ ve doku nakline verilecek rızanın şekil şartını düzenleyen ODNK md. 6 hükmüne göre ise “...vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.” Hükümde rıza açıklamasında bulunmak isteyenler için iki imkân tanınmıştır. Birinci imkân, en az iki tanık huzurunda verici tarafından yazılıp imzalanmış ve hekim tarafından onaylanmış bir tutanak ile vericinin rızasını açıklamasıdır. İkinci imkân ise rızanın yine en az iki tanık huzurunda verici tarafından sözlü olarak beyan edilerek, bir başkası tarafından yazılması ve bu tutanağın verici tarafından imzalandıktan sonra⁴⁴¹, hekim tarafından onaylanmış olmasıdır. Dolayısıyla verici ister yazılı ister sözlü olarak iradesini açıklasın, hekimin onayı gerekmektedir⁴⁴².

ODNK, her ne kadar şekil şartı olarak hekimin onayını zorunlu tutsa da hekimin kim olduğundan bahsetmemiştir. Bahsi geçen hekim, hastanede bulunan herhangi bir hekim mi yoksa organ veya doku naklini gerçekleştirecek hekim mi olmalıdır? Doktrinde, hükümde bir açıklığın bulunmamasından dolayı değişik uygulamaların ortaya

⁴⁴⁰ TMK md. 23/3 hükmünün birinci cümle hükmü olmasaydı dahi TŞSTİDK’in 70. maddesi gereğince büyük tıbbi müdahalelerde yazılı rıza aranacaktı. Bu açıdan, 23/3, c.1 hükmünün büyük bir değişiklik getirdiği söylenemez. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 116.

⁴⁴¹ Okuma yazma bilmeyen kişiler açısından da tutanağın imzalanması şartındaki imza kavramının geniş yorumlanması gerektiği, okuma yazma bilmeyen veya imza atamayacak durumda olan kimseler açısından parmak basmanın da kabul edilmesinin faydalı olacağı; aksi halde bir yakınına organını bağışlamak isteyen ancak okuma yazma bilmeyen bir kimsenin imza atamaması sebebi ile organ nakline göstereceği rızanın geçerli sayılmamasının kanunun amacına aykırı olacağına ilişkin bkz. **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 181-182.

⁴⁴² **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 181. Hekimin onayı ile kastedilen, vericinin imzasının altına hekimin onay şerhi vermesi ve imzasını atmasıdır. Buradan hareketle hekimin onayının da yazılı şekle tabi olacağına ilişkin olarak bkz. **Parlak**, s. 208.

çıkabileceği ifade edilmektedir⁴⁴³. Kanaatimizce tutanağı onaylayacak olan hekim, vericiye aydınlatmada bulunan hekim olmalıdır. Zira doğaldır ki kişi, kendisine yapılan aydınlatmanın içeriğine göre rıza açıklamasında bulunmaktadır ve aydınlatmanın içeriğini de en iyi bilen aydınlatmayı yapan hekimdir.

Her iki hükmün getirdiği şekil şartı dikkate alındığında sonraki genel düzenleme olan TMK md. 23/3 hükmünün, önceki özel düzenleme olan ODNK md. 6 hükmünü kaldırdığı mı saklı tuttuğu mu noktasında çeşitli görüşler bulunmaktadır⁴⁴⁴. Bir görüşe göre söz konusu hükümler uyum içindedir. ODNK md. 6 hükmü TMK md. 23/3 hükmünden başka bir imkân daha sağlamaktadır, bu imkân da belirli şartlar altında sözlü olarak rızanın beyan edilebilmesidir. Dolayısıyla iki hüküm arasında herhangi bir çelişki bulunmamakta; aksine iki hüküm birbirini tamamlamaktadır⁴⁴⁵. Aksi görüş ise TMK md. 23/3 hükmünün, ODNK'nın 6. maddesini kısmen değiştirdiği yönündedir. Bu görüşe göre ilgili fıkranın Kanun'a eklenmesi ile artık sözlü şekilde rızanın açıklanması ve bunun hekim tarafından onaylanması yeterli değildir, rıza sadece yazılı şekilde açıklanabilir⁴⁴⁶. Diğer bir görüş ise ODNK'nın daha özel nitelikte bir düzenleme olması sebebi ile TMK md. 23/3 hükmündeki şekil şartına uyularak yazılı şekilde açıklansa dahi, ODNK'daki şartların sağlanmaması halinde rızanın herhangi bir sonuç doğurmayacağı yönündedir⁴⁴⁷.

Biyotıp Sözleşmesi'nde ise rızanın şekli meselesi canlıdan organ ve doku alınmasını düzenleyen 19. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Hüküm "...*muvafakat, açıkça ve özel olarak, yazılı şekilde veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır.*" şeklinde bir düzenlemeye yer vererek ODNK ile bazı açılardan ayrılmaktadır. İlk olarak ODNK'da, Biyotıp Sözleşmesi'nden farklı olarak iki tanık aranmaktadır. İkinci olarak her ne kadar Biyotıp Sözleşmesi resmi makamların önünde rızanın verilebileceğini düzenlese de ODNK'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu açılardan

⁴⁴³ **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 17.

⁴⁴⁴ **Çilingiroğlu**, s. 74.

⁴⁴⁵ **Kılıçoğlu**, s. 253; **Çilingiroğlu**, s. 74; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 181; **Abik**, s. 116; **Parlak**, s. 208; **Sözüer**, s. 35.

⁴⁴⁶ **Dural/Öğüz**, s. 116; **Banak**, s. 284.

⁴⁴⁷ **Nar**, s. 16-18.

bakıldığında yazılılık şartına iki tanık ve hekim onayının gerekliliği de eklendiği için ODNK'nın şekil konusunda daha ağır şartlar aradığı sonucuna ulaşılabilir. Doktrinde, Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukuka etkisi düşünüldüğünde organ ve doku nakline rızanın noter veya mahkeme gibi resmi bir makam önünde verildiğinde de geçerli olacağı kabul edilebilir olduğuna ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Ancak bu görüşe göre hekime yüklenen aydınlatma yükümlülüğü, hekimin dahil olmadığı bu tür bir rıza açıklamasında devre dışı bırakılamaz, yine de yerine getirilmiş olması gerekmektedir⁴⁴⁸.

Alıcı açısından ise ODNK'da şekil şartına yer verilmemiştir. TMK md. 23/3 ve TŞSTİDK md. 70 hükmü gereğince, alıcının açıklayacağı rızanın yazılı olması yeterlidir. Verici açısından bu şekilde ağır bir şekil şartı öngörülürken alıcı açısından daha serbest olmasının sebebi ise, nakil işleminin alıcının sağlığına kavuşturulması için gerçekleştirilmesi dolayısıyla onun lehine bir işlem olmasıdır⁴⁴⁹.

Organ ve doku nakline ilişkin diğer hukuk sistemlerinin şekle ilişkin düzenlemelerine bakıldığında İsviçre Nakil Kanunu'nda şekil konusunun 12. maddede düzenleme altına alındığı görülmektedir. Söz konusu hükme göre kişilerin bilgilendirildikten sonra herhangi bir etki olmaksızın imza atarak rıza göstermeleri gerektiği belirtilmiş, tanıklardan bahsedilmemiştir⁴⁵⁰. Alman Nakil Kanunu'nda ise aydınlatmanın ve vericinin rızasının; aydınlatan kişilerin, vericinin ve bir diğer hekimin imzası ile tutanağa kaydedilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Her iki düzenleme de yazılı rıza şartını aramakta olup, Alman Nakil Kanunu'nun hekimi de tutanakta imzası bulunması gereken kişiler kapsamına dahil etmesi bakımından Türk Hukuku'ndaki düzenlemeyle benzerlik göstermektedir⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ **Badur**, Organ ve Doku, 295-296.

⁴⁴⁹ **Sarıal**, s. 65; **Nar**, s. 22.

⁴⁵⁰ **Edisan/Akgül/Kadıoğlu**, s. 609.

⁴⁵¹ **Aygörmez**, s. 103; **Badur**, Organ ve Doku, s. 295.

2.3.4.3.2. Rıza Açıklamasının Zamanı

Tıbbi müdahalelerde rıza kural olarak, müdahale gerçekleştirilmeden önce veya en geç müdahalenin yapıldığı sırada açıklanmalıdır⁴⁵². Organ ve doku naklinde de genel olarak müdahaleye maruz kalacak olan kişiler müdahale gerçekleştirilmeden önce rızalarını açıklamaktadırlar. Zaten ODNK md. 6'da da rızanın müdahaleden önce açıklanması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu maddede şekil şartı açıklanırken rızanın “önceden verilmiş” olması gerektiği belirtilmiştir. Kanun'da bu husus açıkça belirtilmemiş olsaydı dahi yukarıda açıklanan gerekçelerle ve rıza açıklamasının şekline ilişkin prosedür düşünüldüğünde rızanın önceden açıklanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Özellikle verici açısından tedavi amacının da mevcut olmadığı düşünülecek olursa, vücudundan bir parçanın çıkarılmasına rıza gösterme hususunda baskıdan uzak ve özgür iradesini oluşturabilmesi için vericiye belirli bir süre tanınmalıdır. Ayrıca nakil operasyonu rutin bir tıbbi müdahale değildir. Anestezi altında ciddi bir operasyonu gerektirmektedir. Bu sebeple tarafların nakilden önce rıza açıklamasında bulunmaları gerekmektedir. Ancak rızanın nakilden önce açıklanmasının, alıcı yönünden istisnasına değinilmesi gerekmektedir. Zaruret halinin söz konusu olduğu bir durumda varsayılan rızanın varlığı kabul edildiği için rızanın müdahaleden önce açıklanması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla alıcının bilincinin kapandığı bir esnada naklin gerçekleştirilmesi gerekliliği doğarsa varsayılan rızaya dayanılarak kişiye organ veya doku nakledilebilecektir. Verici açısından ise zaruret hali gerçekleşmeyeceği için rıza her halükârda müdahaleden önce açıklanmalıdır⁴⁵³.

Bununla birlikte hem ODNK'da hem de diğer düzenlemelerde rızanın müdahaleden ne kadar süre öncesinden açıklanması gerektiğine ilişkin kesin bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir sürenin belirlenmemiş olması ise bize göre isabetlidir; zira her müdahale için hekim ve hasta arasındaki ilişki, müdahalenin türü ve ehemmiyeti gibi etkenler bu süreyi etkilemektedir. Dolayısıyla müdahaleden makul bir süre önce

⁴⁵² Çilingiroğlu, s. 53; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 149; Yenerer Çakmut, s. 209.

⁴⁵³ Toroslu, s. 101; Ekici Şahin, s. 338.

rızanın açıklanması gerektiği, bu makul sürenin de özgür iradenin oluşabileceği, özellikle nakil açısından düşünüldüğünde vericinin fikrini almak isteyeceği yakınlarına danışabileceği ve verici olma noktasında serbestçe karar verebileceği bir süre olması gerektiği düşüncesindeyiz.

2.3.4.4. İradelerin Sağlıklı Olması

Canlıdan organ ve doku naklinde müdahaleye maruz kalacak olan kişiler tarafından açıklanacak olan rızanın geçerli olabilmesi için bir diğer şart, iradelerin sağlıklı olmasıdır. İradenin sağlıklı olmasından kasıt ise kişinin neye rıza gösterdiğini tam olarak bilmesi ve bir etki olmaksızın rızasını açıklamasıdır. İradenin sağlıklı olması için ilk olarak irade sakatlığı hallerinden olan yanılma, aldatma ve korkutmanın somut olayda mevcut olmaması gerekir⁴⁵⁴. ODNK rızanın sakatlanmasına ilişkin herhangi bir hükme yer vermediği için genel hükümlerden yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁴⁵⁵. Bununla birlikte yukarıda rızanın bir ön şartı olarak açıklanan aydınlatma yükümlülüğünün de rızanın sağlıklı olmasında bir diğer etken olduğu ifade edilebilir, zira kişi neye rıza göstereceğini aydınlatma sonucunda öğrenecek ve buna göre bir karar verecektir. Son olarak rızanın baskı altında verilmesi halinde de rızanın sağlıklı bir şekilde oluştuğundan söz edilemeyecektir.

Organ ve doku nakli açısından irade sakatlığı hallerinden olan yanılma ve aldatma sıklıkla karşılaşılabilecek bir problem olmamakla beraber genellikle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin hekim, kendi yakınına organ veya doku nakline rıza göstermesi için vericiyi ikna edebilmek amacıyla aslında öyle olmamasına rağmen nakil operasyonunun çok basit geçeceğini, operasyon sonrası ayağa kalkma süresinin çok kısa olduğunu bildirmiş ve kişi bu açıklamalara güvenerek müdahaleye rıza göstermiş; ancak operasyon sonrası ciddi problemler oluşmuş ve kişi uzunca süre ayağa kalkamamıştır. Burada hekimin aldatmasının mevcut

⁴⁵⁴ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 174; **Özbilen**, s. 287; **Ekici Şahin**, s. 337; **Aydın**, s. 111; **Erman**, s. 97; **Ertem**, s. 391-392.

⁴⁵⁵ TBK, irade sakatlığı hallerini borç doğuran sözleşmeler açısından düzenlemiştir. Ancak hükmün bünyesine aykırı düşmediği sürece diğer sözleşmelere hatta tüm hukuki işlemlere kıyasen uygulanır. Bkz. **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 92.

olduğu söylenebilir. Zira hekimin kişiyi aldatma kastı vardır. Bununla birlikte kişinin verilen bu yanlış bilgiler olmasaydı operasyona rıza göstermeyeceği de anlaşılmaktadır⁴⁵⁶.

Verilen örnekte vericinin iradesinin, aldatma sonucu sakatlandığı görülmektedir. Vericinin ameliyattan sonra iptal hakkını kullanması ile sakat bir rızaya dayanarak gerçekleştirilen müdahalenin hukuka aykırı hale getirilebileceği söylenebilir⁴⁵⁷. Ancak bu gibi durumlar aynı zamanda aydınlatma yükümlülüğü ile de ilişkilendirilebildiği için kişinin, irade sakatlığı hallerine başvurup rızasını kesin hükümsüz kılmak yerine⁴⁵⁸ iradesinin hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla sakatlandığını ileri sürerek zararlarını tazmin etmesi de mümkündür⁴⁵⁹.

Korkutma halinde ise korkutmanın bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde hekime atfedilebilecek herhangi bir kusur söz konusu değildir. Hekim her ne kadar rıza açıklamasının baskı ve tesir altında kalınmadan yapıldığını gözetmek zorunda olsa da korkutma halini kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterse bile fark edebilmesi her zaman mümkün değildir. Bu durumda korkutmanın etkisi ile nakle rıza gösterip vücudundan organ alınan kişi, iptal hakkını kullanarak rızasını kesin hükümsüz hale getirerek korkutmayı gerçekleştiren üçüncü kişilerin sorumluluğuna gidebilir⁴⁶⁰.

Son olarak organ ve doku nakline rıza gösterecek olan kişinin, korkutma olarak nitelendirilemeyecek bir baskı altında rızasını göstermesi de mümkündür. Böyle bir durum alıcının yakın bir aile ferdi olduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin

⁴⁵⁶ Fransa'da bir hekim tarafından, gerekli incelemeler neticesinde hastadan biyopsi alınması gerektiğine karar verilmiş, ancak sonuç negatif çıkmıştır. Hekim ikinci bir biyopsi işlemi daha yapmış ve bunun da sonucu negatif çıkmıştır. Bu sonuçlara rağmen hekim, hastada şüpheli bazı bulgulara rastladığını belirterek radyoterapi önermiştir. Bunun üzerine hasta yapılacak tedaviye rıza göstermiştir. Radyoterapi sonucunda ciddi ağrıları olan hasta başka kliniğe gitmiş ve yeni hekim eski tedaviye aslında gerek olmadığını belirtmiştir. Yargıya taşınan olayda mahkeme, hastanın rızasının aldatma sonucunda alındığına, hastaya tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. **Oğuzman**, s. 84.

⁴⁵⁷ **Özbilen**, s. 302.

⁴⁵⁸ İrade sakatlığı hallerinden birinin mevcut olması halinde iradesi sakatlanan kişi, TBK md. 39 hükmü gereğince yanılma ve aldatmayı öğrendiği veya korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek iptal hakkını kullanabilir. **Oğuzman/Öz**, Cilt 1, s. 117; **Eren**, Borçlar Genel, s. 412.

⁴⁵⁹ **Özbilen**, s. 296.

⁴⁶⁰ **Özbilen**, s. 299.

böbrek nakli bekleyen bir hastanın sadece bir akrabası ile biyolojik uygunluğu bulunmaktadır. Bu kişi ise tek böbrekle yaşamına devam etmek istememekte ve nakle sıcak bakmamaktadır. Burada ikili bir ayrıma gidilmesi yerinde olacaktır. Birinci ihtimal, verici adayının çevresinden tepkiler geleceğini düşünerek kendisini baskı altında hissetmesidir. Esasen burada bir saik yanılığının⁴⁶¹ olduğunu kabul etmek gerekir. Saik yanılığının ise esaslı bir yanılma hali kabul edilmemektedir. Diğer ihtimal ise kişinin çevresinden gerçekten baskı görmesidir. Burada ise ODNK md. 6 hükmünün incelenmesi gerekmektedir.

ODNK md. 6 hükmünde rızanın “*bilinçli ve tesirden uzak*” olması gerektiği belirtilmiştir. Kişinin rıza açıklamasını onaylayacak olan hekim bu kriteri göz önünde bulundurmak zorundadır. Dolayısıyla hekim, baskı altında olduğunu hissettiği bir kişinin rıza açıklamasını onaylamamalı, yani müdahaleyi gerçekleştirilmemelidir⁴⁶². Ayrıca rızanın açıklanması aşamasında yetkili hekim yanında psikologların da sürece katılmasının ve baskının olup olmadığının belirlenmesi noktasında etkili sorular sorulmasının, baskının fark edilmesi bakımından etkili olabileceği belirtilmektedir⁴⁶³.

2.3.4.5. Rızanın Hukuk ve Ahlak Kurallarına Aykırılık Olmaması

Kişinin organ ve doku nakline göstereceği rızanın geçerli bir rıza sayılabilmesi için açıklanan rızanın hukuk kurallarına ve ahlaka aykırılık olmaması gerekmektedir. Bu ise TBK md. 19 ve 27 hükümlerine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla rızanın, kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik hakkına aykırılık olmaması gerekmektedir⁴⁶⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki rızanın konusu, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kişisel menfaatlerdir. Üzerinde serbestçe tasarruf imkânı olmayan bir

⁴⁶¹ Saik yanılması, yanılanın belirli bir kimseyle belirli içerikte bir sözleşme yapma iradesinin gerçeklere uymayan, yanlış tasavvurlar sonucunda sakat olmasıdır. TBK md. 32’ye göre saik yanılması esaslı yanılma değildir, bu sebeple sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 379-381.

⁴⁶² **Bilgin, N.**, s. 13.

⁴⁶³ **Şahin**, s. 72.

⁴⁶⁴ **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 12; **Özbilen**, s. 287, **Erpek**, s. 63;

hakka yönelmiş olan rıza hukuken bir önemi haiz olmayacak, bu rıza esas alınarak gerçekleştirilen müdahale hukuka aykırı olacaktır. TMK md. 23/2 hükmü kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini ve onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını belirtmekle genel çerçeveyi çizmektedir. Canlıdan organ ve doku naklinde rıza bu kapsamda ele alınacak olursa, kişinin yaşamını sona erdirmeyecek veya tehlikeye sokmayacak organ ve dokuların nakline ilişkin olarak verilebilir. Kişinin yaşamını tehlikeye sokacak veya onun yaşamını sona erdirecek bir organın alınması, kişinin yaşam hakkından feragat etmesi anlamına gelir ki bu da emredici hukuk kuralları ile yasaklanmıştır.

Rızanın emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu bir diğer örnek ise kişinin organını bir bedel karşılığı satmasıdır. Kişinin organını satması halinde hem ODNK md. 3'te düzenlenen ticaret yasağı kuralına hem TMK md. 23 gereğince kişilik hakkına hem de genel ahlaka bir aykırılık bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yönde açıklanan rıza kesin olarak hükümsüz kabul edilecektir⁴⁶⁵.

Rızanın geçerlilik şartı olarak ele alınan “hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı olmama” şartına, canlıdan organ ve doku naklinin şartlarında da yeri geldikçe değinildiği için gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla bu kadar açıklama ile yetiniyoruz. Zira yukarıda alındığı takdirde kişiye zarar verebilecek bir organın naklinin mümkün olmadığına zararsızlık şartında, organ ve dokuların çıkar karşılığı verilmesi yasağına ise üstün amaç şartında değinilmiştir⁴⁶⁶. Somut olayda bu yasakların mevcut olması halinde açıklanan rıza hukuka aykırı ve geçersiz olmaktadır, ki zaten hekim de kişi bu yönde bir rıza açıklamadan önce müdahaleyi gerçekleştirmeyi reddetmelidir. Aksi halde gerçekleştirilen nakil, hukuka aykırı nitelikte bir müdahale olacaktır⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ **Özbilen**, s. 244-245.

⁴⁶⁶ Bkz. 2.2.2. ve 2.2.4

⁴⁶⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 604.

2.3.5. Rıza Açıklamasının Geri Alınması

2.3.5.1. Genel Olarak

Organ ve doku nakilleri, naklin tarafları yönünden karmaşık bir hukuki işlemdir. Alıcı ve verici, hekim ve alıcı-verici, hekim ve hastane arasındaki hukuki ilişkiler yönünden ayrı ayrı ele alınmaktadır. Konumuzla doğrudan ilgili olması sebebiyle alıcı ve verici arasındaki hukuki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Zira bu ilişkinin niteliğinin belirlenmesi, alıcı ve vericinin söz konusu ilişkideki rollerini, haklarını, borçlarını tespit etmemizi sağlayacak böylece rızanın geri alınmasına ve hukuki sonuçlarına geçiş yapmak daha kolay olacaktır.

2.3.5.2. Alıcı ve Verici Arasındaki Hukuki İlişki

Canlıdan organ ve doku nakli açısından alıcı ve verici arasındaki hukuki ilişki, TBK md. 1 gereğince sözleşme olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Sözleşmenin tarafları, alıcı ve verici; esaslı unsuru ise verilmesi borçlanılan organ veya dokudur⁴⁶⁹. Söz konusu sözleşmenin isminin belirlenmesi noktasında ise toplum genelinde yanlış bir algı vardır. Genellikle nakil işleminin organ bağışısı olarak adlandırılması ve Yönetmelik'te bağış ifadesine sıklıkla yer verilmesi sebepleri ile alıcı ve verici arasındaki ilişkinin bağışlama sözleşmesi niteliğinde olduğu zannedilmektedir⁴⁷⁰. Ancak nakil sözleşmesi bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilemez. Zira nakil sözleşmesi ile bağışlama sözleşmesi temel bazı noktalarda ayrılmaktadır. Örneğin biyolojik madde verme borcu altına giren vericinin rızasını geri alması durumunda dava yoluna gidilemezken bağışlama sözleşmesinde bağışlama taahhüdü altına giren kimsenin diğer sözleşmelerde olduğu gibi borcunu ifa etmesi gerekmektedir⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Sarıal, s. 22; Akıncı, Biyolojik Madde, s. 53; Badur, Organ ve Doku, s. 289; Sert/Cihan, s. 33.

⁴⁶⁹ Badur, Organ ve Doku, s. 293.

⁴⁷⁰ Badur, Organ ve Doku, s. 291.

⁴⁷¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 293; Akıncı, Biyolojik Madde, s. 79-80; Zeytin, s. 254.

Nakil sözleşmesinin satış sözleşmesi niteliğinde olduğu da akla gelebilir. Ancak satış sözleşmesinin unsurları ele alındığında bu tür bir nitelendirmenin de kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Zira satış sözleşmesinin konusu “mal”dır, ancak birinci bölümde organ ve dokunun hukuki niteliğinden bahsedilirken, bu parçaların vücuda bağlıyken eşya olarak nitelendirilemeyeceğine değinilmişti. İkinci olarak satış sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisi olan bedel, nakil sözleşmesinde bulunmamaktadır. Zira ODNK md. 3 hükmü açıkça bir bedel karşılığında organ veya dokuların satılmasını yasaklamıştır. Açıklanan sebeplerle nakil sözleşmesini, satış sözleşmesi olarak nitelendirme imkânı da bulunmamaktadır⁴⁷².

Bu gerekçelerle doktrinde hâkim olan görüşe göre, alıcı ve verici arasında kurulan nakil sözleşmesi kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir⁴⁷³. Kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilen bu sözleşme kural olarak⁴⁷⁴ tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmeden doğacak borç (organ veya doku verme borcu⁴⁷⁵) ise eksik borç niteliğinde kabul edilmektedir, zira borçlu taraf aleyhine yargısal yollara başvuru olarak edimin ifası talep edilemez⁴⁷⁶.

2.3.5.3. Rıza Açıklamasının Geri Alınmasının Hukuki Dayanağı

Alıcı ve verici arasında kurulan sözleşmenin ve bu sözleşmeden doğan borç ve borcun hukuki niteliği belirlendikten sonra asıl hukuki sorun olan rızanın geri alınmasına değinmek gerekmektedir. Öncelikle vücudundan bir organ veya dokunun alınmasına rıza gösteren kişi, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında rızasını geri alabilme

⁴⁷² **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 81; **Eren**, *Borçlar Özel*, s. 31 vd.

⁴⁷³ **Sarıal**, s. 24; **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 81; **Sert/Cihan**, s. 34. Ayrıca doktrinde bu sözleşmenin isimsiz (atipik) karma bir sözleşme olduğuna ilişkin de bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş ve gerekçesi için bkz. **Badur**, *Organ ve Doku*, s. 293. Bununla birlikte tarafların aralarında gerçekleştirmiş oldukları sözleşmenin bağış, satım veya eser olarak nitelendirilmesinin hukuken bir önemi olmadığına ilişkin görüş için bkz. **Özbilen**, s. 221.

⁴⁷⁴ Kural olarak ifadesine yer verilmesinin sebebi ise çapraz nakillerde borcun karşılıklı olduğunun düşünülmesidir. Diğer bir ifade ile çapraz nakillerde vericiler, üçüncü kişi yararına olmak üzere edimlerini değiştirmektedirler. Bkz. **Badur**, s. 291.

⁴⁷⁵ TMK md. 23/3 hükmünde geçen “...*biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan...*” ifadesi, nakil sözleşmesinin tek edimini, verme borcu olarak belirlemiştir. **Badur**, *Organ ve Doku*, s. 293-294.

⁴⁷⁶ **Zeytin**, s. 254; **Sert/Cihan**, s. 34; **Günel**, s. 157; **Erpek**, s. 66.

hakkına da sahiptir. Organ ve doku verme borcu altına giren kimse rızasını geri aldığı anda artık bu borcunu yerine getirmeye zorlanamayacaktır. Bu noktada sözleşmenin kurulması için açıklanan irade beyanlarının, rıza beyanı ile karıştırılmaması gerekmektedir. Rıza, sözleşmenin kurulması için tarafların birbirlerine açıkladıkları bir irade beyanı değil⁴⁷⁷; söz konusu nakil sözleşmesi sonrası gerçekleştirilecek olan nakil operasyonunun hukuka uygun hale gelmesini sağlayan bir açıklamadır. Bununla birlikte rıza tarafların birbirlerine değil, hekime açıklamış oldukları bir iradedir⁴⁷⁸. Organ ve doku nakline ilişkin açıklanan rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı için rızanın geri alınmasından sonra yapılacak olan her işlem de hukuka aykırı hale gelecektir⁴⁷⁹.

Rızanın geri alınması alıcı açısından, tedaviyi ret anlamına gelmektedir⁴⁸⁰. HHY md. 25/1 hükmü, hastanın tedaviyi reddettiği veya durdurulmasını istediği hallerde “...tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması...” gerekliliğini düzenlemektedir. Rızanın geri alınmasının zaman yönünden sınırını ise müdahalenin gerçekleştirilme zamanı oluşturmaktadır. Diğer bir ifade ile rıza, müdahale gerçekleştirilmeden önce her zaman geri alınabilir⁴⁸¹. Ancak doktrinde, zaman sınırı olmaksızın rızanın her zaman geri alınabileceğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır⁴⁸². Biyotıp Sözleşmesi md. 5/3⁴⁸³ hükmü de rızanın her zaman serbestçe geri alınabileceğini düzenlemektedir.

Verici açısından ise nakil tedavi amacı taşımamaktadır. Onun açısından söz konusu nakil işlemi, sadece başka bir kimsenin hayatını kurtarma, yani üstün bir amaç uğruna

⁴⁷⁷ Organ ve doku naklinde tarafların birbirlerini tanımadıkları durumlarda, nakil sözleşmesinin kurulması için temsilci aracılığı ile irade açıklayabilirler. Burada temsilci olarak bahsedilen hekimdir. Alıcı ve verici aynı hekime iradelerini açıklayabilecekleri gibi farklı hekimlere de açıklayabilirler. Ancak rızanın bizzat taraflarca açıklanması gerekmektedir. Zira organ ve doku nakillerinde rıza açıklaması temsile kapalı bir hukuki işlemidir. Bkz. **Badur**, s. 290-294.

⁴⁷⁸ **Badur**, Organ ve Doku, s. 294.

⁴⁷⁹ **Zevkliler**, Tedavi, s. 25.

⁴⁸⁰ **Erman**, s. 155; **Gülel**, s. 163.

⁴⁸¹ **Badur**, Tıbbi Müdahale, s. 76; **Gülel**, s. 156.

⁴⁸² **Dural/Öğüz**, s. 111; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 150. Hastanın hayatı ve hayati organlarından birisini tehdit eden acil durumlar dışında rızanın her zaman geri alınabileceğine ilişkin görüş için bkz. **Yenerer Çakmut**, s. 210.

⁴⁸³ Biyotıp Sözleşmesi md. 5/3: “İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”

gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla vericinin rızasını geri alabilmesi, alıcı açısından tedavi amacı taşıyan ve onun sağlığını iyileştirmeyi amaçlayan nakil işlemine gösterilen rızanın dahi geri alınabileceğinin kabulü karşısında evleviyetle kabul edilmektedir.

Verici yönünden de rızanın her zaman geri alınabileceği söylenebilirse de bunun bir sınırının olduğu belirtilmektedir. Nakle konu organ veya dokunun vücuttan ayrılması anının, rızanın alınmasının zaman yönünden sınırını oluşturduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Ancak uygulamada nakle konu organ ve dokunun alıcıya nakledilmesinden sonra verilen rızanın geri alınması şeklinde bir problemle de karşılaşılmaktadır⁴⁸⁵. Örneğin evli oldukları dönemde eşine böbreğini veren kimse, boşandıktan sonra böbreğinin geri verilmesini isteyebilmektedir. Bu durumda vücuttan ayrılarak başkasının bedenine nakledilen organ veya dokunun hukuki niteliğinden yola çıkılarak bir çözüme ulaşmak gerekmektedir. Şöyle ki, vücuda bağlı bulunan organ ve dokular kişinin vücut bütünlüğünü oluşturan değerler arasında yer almaktadır. Somut olayda vericiden alınan organ alıcıya aktarılmış, nakle konu organın tekrardan başka bir kişi ile bağı kurulmuştur. Dolayısıyla artık alıcının bu organ üzerinde kişilik hakkının başladığı, organın geri verilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Ancak şartlar sağlanıyorsa, organ vericisinin, organ nakline rıza gösterme noktasında alıcı tarafından aldatıldığını veya korkutulduğunu iddia ederek tazminat isteyebilme ihtimali gündeme gelebilir.

Son olarak alıcı ve verici, rızalarını yazılı veya sözlü olarak geri alabilir. Nakle ilişkin olarak kişilerin açıklamış oldukları rızanın bir şekle bağlanmış olması, rızanın geri alınmasının da bir şekle bağlı olduğu anlamına gelmez. Örneğin operasyon günü hazır bulunulmaması, hekimin aranarak vazgeçildiğinin bildirilmesi hallerinde rıza geri alınmış sayılır. Alman Nakil Kanunu'nda ise rızanın geri alınması md. 8/2, c. 1'de açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre rıza yazılı veya sözlü olarak geri alınabilir⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ **Badur**, Organ ve Doku, s. 298.

⁴⁸⁵ Bu konuda medyaya yansıyan örnek olaylar için bkz. https://www.huffpost.com/entry/wife-donates-kidney_n_4681997 ; <https://www.ntv.com.tr/yasam/verdigim-bobregi-geri-istiyorum,e2gCe7eW3kyEfG75ut47sQ> E.T: 31.01.2021.

⁴⁸⁶ **Aygörmez**, s. 103.

2.3.5.4. Rıza Açıklamasının Geri Alınmasının Sonuçları

Organ ve doku nakline ilişkin olarak açıklanan rızanın geri alınması halinde birçok hukuki sorun karşımıza çıkmaktadır. Alıcı ve verici arasındaki nakil sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, sözleşmenin içerdiği tek borcun “organ ve doku verme borcu” olması ve bu borcun yükümlüsünün verici olması sebebi ile söz konusu hukuki sorunlar genellikle vericinin rızasını geri alması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle rızanın geri alınmasının sonuçları daha ziyade verici açısından ele alınmaktadır.

ODNK, organ alınacak kişinin rızasını geri alması halinde ne olacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Organ ve doku verme borcu altına giren kişinin rızasını geri almasının esas sonucu, TMK md. 23/3 hükmünün üçüncü cümlesinde “...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm yürürlüğe girmeden önce de kişinin hukuken geçerli olan rızasının bağlayıcı olmadığı ve organını vereceği yönündeki taahhüdünü yerine getirmeye zorlanamayacağı doktrinde belirtilmekteydi⁴⁸⁷. TMK md. 23/3 hükmünün, bu görüşü destekleyen analogik bir dayanak oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁸⁸.

Alıcı ve verici arasında, organ veya doku verme taahhüdünü içeren bir sözleşme geçerli olarak kurulmuş bulunsa da TMK md. 23/3 hükmü gereğince borç altına giren kişiden ne borçlanmış olduğu edimi yerine getirmesi ne de maddi ve manevi tazminat ödemesi istenememektedir. Dolayısıyla TMK md. 23/3 hükmü ile alıcının taleplerine iki istisna getirildiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi aynen ifa davası açılarak vericinin, organ veya doku nakline zorlanamamasıdır. İkincisi ise rızasından dönen kişi aleyhine maddi-

⁴⁸⁷ Ayiter, s. 142.

⁴⁸⁸ Gürzumar, s. 382. Doktrinde önceden mevcut olan görüşler, TMK md. 23/3 hükmü ile bir kanun hükmü haline getirilmiştir. Söz konusu hüküm, kişinin vücudu üzerindeki haklarından kural olarak tasarruf edemeyeceğinin de doğal bir sonucudur. Ancak kanunun sadece organ ve doku nakli için bu düzenlemeyi getirmesi yeterli değildir. Kişilik hakkının konusunu oluşturan herhangi bir kişilik değerine müdahaleye ilişkin rızanın geri alınması halinde de bu şekilde bir düzenleme getirilmelidir. Bkz. Dural/Ögüz, s. 117.

manevi tazminat davası açılmamasıdır⁴⁸⁹. Esasen başta da belirttiğimiz gibi söz konusu borcun eksik borç olarak nitelendirilmesi de alıcının vericiden, dava veya cebri icra yoluyla ifayı talep edememesi sonucunu doğurmaktadır.

Doktrinde TMK md. 23/3 hükmünün getirmiş olduğu rızanın geri alınması halinde borcunu ifa etmeyen kişiden tazminat istenemeyeceği kuralının, amaca göre yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁹⁰. Bu görüşün daha iyi anlaşılabilmesi açısından farazi olaylar üzerinden açıklamalar yapılacaktır.

Örneğin (A), (B)'ye böbreğini nakletmek için rızasını şekle uygun olarak açıklamıştır. (B) ise bu rızaya duyduğu güven ile nakil operasyonu için (A)'nın yaşadığı şehre gitmiş, bir süre otelde kalmış, hastaneye bir miktar ödeme yapmış ve nakil öncesinde bağışıklığı baskılayan bazı ilaçlar satın almıştır. Kısacası (B), (A)'nın taahhüdüne dayanarak birtakım masraflarda bulunmuştur.

Hatemi, (A)'nın rızasını geri alması halinde her ne kadar müspet zararın tazmini ve manevi tazminat (somut olayda ayrıca TBK md. 49/2'nin şartları yoksa) istenemese de (B)'nin, (A)'nın taahhüdüne duyduğu güvenden dolayı menfi zararlarının tazminini talep edebilmesinin sözleşmeye duyulan güvenden dolayı mümkün olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre somut olayda ayrıca karşı tarafa zarar verme kastı da varsa TBK md. 49/2 gereğince, menfi zararın yanında, manevi tazminat da talep edilebilecektir⁴⁹¹. Dural/Öğüz de benzer şekilde TMK md. 23/3 hükmünün amacının, kişiyi baskı altında organ vermeye zorlamamak olduğunu; ancak alıcının da bu rızaya güvenerek yapmış olduğu masrafların en azından hakkaniyete uygun olan miktarını istemesine imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir⁴⁹². Kılıçoğlu ise yıllarca uygun organ bekleyen bir hastanın karşısına çıkan ve onu yeniden hayata bağlayan bir kişinin, emin olmadan rızasını açıklayıp daha sonra bu rızasını geri alması halinde hastanın yeniden hayatını karartmasının bir karşılığının olması gerektiğini ifade etmektedir. Sorumsuz davranan kişinin, alıcının uğradığı maddi ve manevi zararları gidermeyecek

⁴⁸⁹ Kılıçoğlu, s. 256.

⁴⁹⁰ Dural/Öğüz, s. 117-118; Abik, s. 117; Parlak, s. 207.

⁴⁹¹ Hatemi, s. 71. Benzer yönde bkz. Akıncı, Biyolojik Madde, s. 207; Şahan, s. 179.

⁴⁹² Dural/Öğüz, s. 118. Benzer yönde bkz. Abik, s. 117; Parlak, s. 207; Sözüer, s. 34.

olması adil değildir. Dolayısıyla nakle ilişkin rıza açıklamasına ciddiyet kazandırmak için tazminat sorumluluğu kabul edilmelidir⁴⁹³.

TMK md. 23/3 hükmünün amaca uygun yorumlanmasının, uygulamada karşımıza çıkabileceği bir diğer örnek ise şöyledir: (A) böbrek yetmezliği olan bir hastadır. (B) ise her iki böbreği de sağlıklı durumda olan ve (A) ile biyolojik uygunluğa sahip olan bir kimsedir. (A) ve (B) aralarında (B)'nin böbreklerinden birisini (A)'ya, yüksek bir bedel karşılığında nakletmesi noktasında anlaşılır. Anlaşılan bedel, operasyon öncesinde (B)'ye ödenir ancak (B), rızasını geri aldığı belirterek operasyondan vazgeçer. (A), (B)'den ödediği bedelin geri verilmesini isteyebilecek midir?

Hatemi bu soruya, sebepsiz zenginleşme hükümleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bir cevap vermektedir. Borçlu, yani rızasını geri alan kişi, bedeli iade etmemek için TBK md. 81 hükmüne dayanabilir. Zira hükmün ilk cümlesi “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez.*” şeklindedir. Organ ve dokuların çıkar karşılığı verilmesi konulu sözleşmeler ise hukuka aykırı niteliktedir. Ancak borçlunun, bu hükme dayanarak ödenen bedelin iade edilemeyeceği itirazı, TMK md. 2/2 hükmüne aykırılık oluşturabilecektir⁴⁹⁴.

Bir diğer hukuki problem ise çapraz nakillerde ortaya çıkabilir. Örneğin (A) ile (B), (C) ile de (D) evlidir. (A) ve (C) böbrek beklemekte, ancak eşlerinin böbrekleri biyolojik uygunluğu sağlamamaktadır. (B)'nin böbreğini (C)'ye; (D)'nin böbreğini ise (A)'ya verebilmesi biyolojik olarak mümkündür. Taraflar çapraz olarak böbreklerini verme konusunda anlaşılır. (B) ve (C) açısından nakil başarı ile gerçekleştirilir ancak (D) böbreğini (A)'ya vermeden önce rızasını geri alır. Peki bu durumda ne olacaktır? Alıcı ve verici arasındaki sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen çapraz naklin bunun bir istisnasını teşkil ettiğinden bahsedilmiştir⁴⁹⁵. Diğer bir deyişle kurulan sözleşme çift tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu durumda TMK md. 23/3 hükmünün uygulanması hakkaniyete aykırı olacaktır. Uygulamada bu türden bir

⁴⁹³ Kılıçoğlu, s. 256.

⁴⁹⁴ Hatemi, s. 71.

⁴⁹⁵ Badur, Organ ve Doku, s. 291.

problemin yaşanmaması adına ise Hollanda’da uygulanan sistemin benimsenerek operasyonların eşzamanlı yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁶.

Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere rızanın geri alınması halinde ortaya çıkabilecek problemlerin çözümünde TMK md. 23/3 hükmünün uygulanması her zaman dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple TMK md. 23/3 hükmünde örtülü bir boşluğun olduğu söylenebilir⁴⁹⁷. Zira örtülü boşlukta, somut olaya uygulanacak bir hüküm vardır, ancak bu hüküm uygulandığında verilecek karar her zaman adil olmayabilir. Diğer bir ifade ile hüküm genel bir kural getirmiştir, ancak kanun koyucu somut olayın özelliklerine göre hükmü sınırlayacak bir kural düzenlemeyi unutmamıştır. Bu gibi durumlarda örtülü boşluk, TMK md. 2 hükmü ile doldurulur ve hakkın kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz⁴⁹⁸.

Doktrinde TMK md. 23/3 hükmünde bir değişiklik yapılması gerektiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre değişiklik yapılana kadar, somut olayda rızanın geri alınması halinde dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğarsa örtülü boşluğun doldurulması yoluna gidilerek hakkaniyetin gerektirdiği zararların tazmini talep edilebilecektir⁴⁹⁹.

Bizce de söz konusu hükmün mutlak olarak uygulanması adil olmayan sonuçlar doğurmaya müsaittir. Bu sebeple hâkim, aşırı geniş olarak vazedilmiş kuralı amaca uygun sınırlayarak olaya uygulamalıdır⁵⁰⁰. Bu sınırlama yapılırken TMK md. 2/2 hükmü yol gösterici bir kılavuz olarak değerlendirilmeli, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan kararlar verilmemelidir. Aksi halde organ veya doku nakline rıza göstermek isteyen kişiler, rızalarını geri aldıklarında tazminatla karşı karşıya kalma korkusu içinde çekinceli davranacaklardır. Bu da organ ve doku bekleyen hastalar açısından oldukça dezavantajlı bir durum yaratacaktır.

⁴⁹⁶ **Badur**, Organ ve Doku, s. 306; **Banak**, s. 256.

⁴⁹⁷ **Badur**, Organ ve Doku, s. 306.

⁴⁹⁸ **Öztan**, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 39. Bası, Ankara, 2014, s. 148; **Kırca**, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 98.

⁴⁹⁹ **Badur**, Organ ve Doku, s. 307.

⁵⁰⁰ **Öztan**, s. 149.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

3.1. KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN ÖLÜM

3.1.1. Ölümün Tanımı ve Ölüm Anının Tespiti

3.1.1.1. Genel Olarak

Ölüm, TMK md. 28/1'e göre kişiliği sona erdiren hukuki bir olaydır. Söz konusu hüküm “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” şeklinde bir düzenlemeye yer vererek kişiliğin ölümle sona ereceğini belirtmekle yetinmiş, ölümün tanımına, tarifine veyahut bir kişinin ne zaman ölmüş sayılacağına ilişkin bir ifadeye yer vermekten kaçınmıştır. Bu kaçınmanın bilinçli olduğu zira ölümün tarifi ve tespiti sorununun tıp bilimince çözülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰¹. Gerçekten de ölüm anının tespiti konusu, tıp bilimine bırakılacak; hukukçu, bu tespitin sonuçları ile ilgilenecektir⁵⁰². Ayrıca Medeni Kanun'da ölümle ilgili bir düzenleme yapılmasının yetersiz kalmaya mahkûm olacağı zira tıp biliminde ortaya çıkabilecek yeni bir gelişmenin söz konusu hükmü etkisiz bırakabileceği de haklı olarak belirtilmektedir⁵⁰³.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 2002 tarihli Ek Protokolü'nde de organ ve dokuların, ölüm halinin kanuna göre belgelenmemesi durumunda çıkarılamayacağı belirtilmiş, ancak

⁵⁰¹ **Petek**, Hasan, *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması*, Ankara, 2015, s. 34; **Akkanat**, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul, 2004, s. 28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 18; **Öztan**, s. 225.

⁵⁰² **Ayiter**, s. 144. Toroslu, ölüm olayının tıbbi düzenlemesi ile yetinilmeyeceğini, aynı zamanda hukuki bir düzenlemeye de tabi tutulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Kanun koyucuya burada düşen görev, hekimlerin tespitlerine ve önerilerine dayanarak ölüme ilişkin hukuk kuralları koymaktan ibarettir. Bkz. **Toroslu**, s. 106. Benzer yönde bkz. **Hakeri**, Hakan, “Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 191.

⁵⁰³ **Petek**, *Kişilik Değerleri*, s. 34.

ölümün tarifi ve tespiti yapılmamıştır. Böylece Sözleşme her ülkenin ölüm kriterlerini, kendi kanunlarına göre belirlemesine imkân tanımıştır⁵⁰⁴.

Ölümün ne olduğu ve tarifinin nasıl yapılacağı farklı disiplinlerce farklı şekillerde ele alınmaktadır. Örneğin teoloji biliminde ruh ve bedenin birbirinden ayrılması şeklindeki tanım, dini açıdan yeterli sayılabilecekse de gerek tıp bilimi gerek hukuk açısından yetersiz kalacak, herhangi bir sonuca ulaştırmayacaktır⁵⁰⁵. Tıp biliminde ise ölümün tanımından çok, ölümün tespiti üzerinde durulmuş; bu tespit üzerinden tanımlara ulaşılmaya çalışılmıştır⁵⁰⁶. Hukuki açıdan da benzer şekilde, ölümün tanımından ziyade ölüm anının tespiti önem taşımaktadır. Zira ölüme pek çok sonuç bağlanmıştır. Bu sonuçların esas çıkış noktası ise kişiliğin sona ermesidir. Ölüm anından itibaren kişiliğin sona ermesine bağlı olarak da şahısvarlığı hakları son bulurken malvarlığı hakları mirasçılara geçer⁵⁰⁷. Pek tabii sadece hakların son bulması veya intikali için değil, ölüden organ ve doku alınabilmesi için de ölüm anının tespiti oldukça önemlidir. Zira organ ve doku naklinin herhangi bir hukuki ve cezai yaptırıma uğramaksızın gerçekleştirilebilmesi için vericinin ölmüş olması, diğer bir deyişle organ ve doku alınımının, ölümün sebebi olmaması gerekmektedir⁵⁰⁸.

Açıklandığı üzere günümüzde ölüm anının tespiti hem hukuki hem de tıbbi yönden pek çok tartışmalara yol açmaktadır. Ancak tarihe bakıldığında uzunca yıllar, ölüm anının tespiti hususunun hukuki bir sorun teşkil etmediği görülmektedir. Savigny, 1840 yılında yayınlamış olduğu kitabında, doğumdan farklı olarak ölümün çok basit olduğunu, unsurlarının ayrıntılı olarak tespit edilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir⁵⁰⁹. Ancak zaman içinde ölümün tespitinin zor ve önemli bir konu olduğu anlaşılmış, bazı kriterlerden yola çıkılarak ölüm anlayışları benimsenmeye başlanmıştır. Tıp bilimince

⁵⁰⁴ **Hakeri**, Kadavradan Nakil, s. 190.

⁵⁰⁵ **Özel**, Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 47-48; **Aksoy**, s. 190.

⁵⁰⁶ **Aydın**, s. 25.

⁵⁰⁷ **Dural/Öğüz**, s. 23; **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 33.

⁵⁰⁸ **Atamer**, s. 123.

⁵⁰⁹ **Schroth**, Ulrich, “Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları”, V. Türk-Alman Hukuk Sempozyumu, Ankara, 2008, s. 313; **Atamer**, s. 123.

ölüm anının tespitinde ilk olarak biyolojik ölüm anlayışı uygulanmış, ancak biyolojik ölüm anlayışının yetersiz kaldığı anlaşılınca beyin ölümü anlayışı gündeme gelmiştir.

3.1.1.2. Biyolojik Ölüm (Klasik Ölüm) Anlayışı

Tıp biliminin beyin ölümü anlayışını kabulüne kadar doktrinde, oybirliği ile biyolojik ölüm anlayışı benimsenmekteydi. Bu anlayışa göre dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin meydana getirdiği büyük yaşam fonksiyonunun durması ile ölümün meydana geldiği, dolayısıyla son kalp atımının ve son nefes almanın, ölümün kesin belirleyicisi olduğu kabul edilmekteydi⁵¹⁰.

Ancak tıptaki gelişmeler sayesinde beyin fonksiyonları dursa bile solunum ve dolaşım sistemi çalışmaya devam etmekte veya solunum ve dolaşım sistemi duran hasta, reanimasyon yöntemleri ile hayata döndürülebilmektedir⁵¹¹. Velhasıl büyük hayat fonksiyonlarının sona ermesinde düzensizliğin bulunması, tıp bilimini yeni bir ölüm anlayışı belirlemeye yönlendirmiştir⁵¹². Böylece biyolojik ölüm anlayışının yerini beyin ölümü anlayışı almıştır.

3.1.1.3. Beyin Ölümü Anlayışı

3.1.1.3.1. Genel Olarak

Beyin ölümü anlayışının kabulünün pratik faydası ilk defa kalp nakilleri ile ortaya çıkmıştır⁵¹³. 1967 yılında Christiaan Barnard tarafından ilk başarılı kalp nakli, beyin

⁵¹⁰ **Erem**, s. 711; **Bayraktar**, Cezai Sorumluluk, s. 183; **Yenerer Çakmut**, s. 164.

⁵¹¹ **Bayraktar**, Cezai Sorumluluk, s. 184; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 18; **Atamer**, s. 124.

⁵¹² Solunumun durmasından itibaren yaklaşık dört dakika kadar beyin hayatini muhafaza etmektedir. Dolayısıyla solunumun durması ancak ölümün habercisi olabilir. Soğuk suda boğulan bir kimsenin kalbinin durmasından sonra yaklaşık on dakika kadar hayatta kaldığı görülmektedir. Veya kalbin yerini tutabilecek suni pompalar ile kişi hayatta tutulmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla kalbin durması da ancak ölümün yaklaştığını bildirir. Bu gibi durumlarda büyük hayat fonksiyonlarının sona ermesi eş zamanlı değildir, düzensizdir. Bkz. **Bilgin**, A. Arif, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul, 1968, s. 10-11.

⁵¹³ **Bilgin, A.**, s. 9.

ölümü gerçekleşmiş bir hastadan gerçekleştirilmiştir. Bu nakil sonrasında dünya genelinde birçok kalp nakli gerçekleştirilmiş, ancak bunların büyük bir kısmı cerrahi açıdan başarılı olmasına rağmen kısa bir süre sonra hastaların ölümleri ile sonuçlanmıştır. Karşılaşılan bu olumsuz sonuçlar sorgulandığında, ölüm anının tespitinin önemli bir faktör olduğu anlaşılmıştır. Zira ölümün tespiti için geçen süre, nakledilecek organın canlılığını ve kalitesini etkilemekteydi. Böylece ölümün erken dönemde tespit edilmesini mümkün kılacak yeni bir tanı yönteminin benimsenmesi fikri gündeme gelmiştir⁵¹⁴. İlk başarılı kalp naklinden bir yıl sonra 1968 yılında Harvard Tıp Fakültesi'nde ad hoc bir komite⁵¹⁵ oluşturularak “Harvard Kriterleri” olarak bilinen ve beyin ölümünü açıklayan bir rapor yayınlanmıştır⁵¹⁶.

Yayımlanan kriterlerde beyin ölümünün gerçekleştiği hastalarda geri dönüşün mümkün olmayacağı, tıbbi desteğe devam etmenin herhangi bir fayda sağlamayacağı, beyin ölümü tanısı konulmuş olanların hukuki anlamda da ölmüş sayılması gerektiği gibi açıklamalara yer verilmiştir. Kriterlerin yayımlanmasının ardından ABD’de birçok eyalet bilimsel komisyonlar oluşturularak beyin ölümünü kabul etmiştir. ABD’nin ardından, Avrupa’da da benzer gelişmeler yaşanmıştır. 1971 yılında Finlandiya, beyin ölümünü yasal ölüm olarak kabul eden ilk Avrupa ülkesi olmuş ve bunu Fransa, Hollanda, Belçika gibi ülkeler takip etmiştir⁵¹⁷.

Dünya genelinde kabul edilen beyin ölümü anlayışına göre bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için beyin tamamının harap olması ve fonksiyonlarının tam ve kesin

⁵¹⁴ **Elmas, İmdat/Tepehan Eraslan, Selma**, “Beyin Ölümü Kavramı ve Organ Transplantasyonu”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp-Özel Konular, C. 2, S. 1, 2016, s. 8.

⁵¹⁵ Çoğunluğu hekimlerden oluşan 13 kişilik komitede bir hukukçu, bir ilahiyatçı ve bir de tarihçi bulunmaktaydı. Komite üyesi olan ve ilk başarılı böbrek naklini gerçekleştiren Joseph Murray, “Beyin ölümü ifadesi ortadan kaldırılmalıdır, ki zaten bahsettiğimiz şey ölümün kendisidir.” ifadeleri ile söz konusu kriterlerin belirlenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bkz. **Wijdicks, Eelco F. M.**, “How Harvard Defined Irreversible Coma”, *Neurocritical Care Journal*, Vol. 29, Iss. 1, 2018, s. 137. <https://link.springer.com/article/10.1007/s12028-018-0579-8> E.T: 15.02.2021.

⁵¹⁶ **Wijdicks**, s. 137; **Baysal**, s. 436-47.

⁵¹⁷ **Elmas/Tepehan Eraslan**, s. 9.

olarak sona ermiş olması gerekir. Bu nedenle kalp atışları devam ediyor olsa bile, beynin fonksiyonlarını kaybetmesi halinde kişinin öldüğü kabul edilir⁵¹⁸.

Beyin ölümü ile birlikte sadece beyin fonksiyon kaybına uğramaz; varlığın temelini oluşturan organizma, bütünüyle ve kesin olarak sona erer. Beynin işlevini yitirmesinden sonra bir organizmanın varlığından söz edilemez zira o organizmayı yöneten bir merkez artık çalışmamaktadır. Bu sebeple beyin ölümü anlayışı, solunum ve dolaşımın sona ermesini arayan klasik ölüm anlayışından daha kesindir⁵¹⁹.

3.1.1.3.2. Beyin Ölümü Tanısı

Beyin ölümünün gerçekleşip gerçekleşmediği hekimler tarafından, hemen hemen bütün ülkelerde yayımlanan ayrıntılı yönergelerle göre belirlenir⁵²⁰. Ancak ölümün tespitine ilişkin yöntemler açısından dünya genelinde birlik bulunmamaktadır. Örneğin İngiltere ve ABD’de EEG⁵²¹ ve klinik bulgular beyin ölümü tanısı için yeterliyken bazı ülkelerde bunlara ek olarak BBT⁵²², beyin sintigrafisi gibi kriterlerin arandığı da görülmektedir⁵²³. Kriterler farklı olsa da son tahlilde, beynin fonksiyonlarını yitirmiş olmasının arandığı açıktır.

Türk Hukuku’na bakıldığında ODNK’da hangi ölüm anlayışının benimsendiği açıkça belirtilmemiştir. Kanun’un 11. maddesinde tıbbi ölüm ifadesine yer verilerek, ölümün tespitinin “kanıta dayalı tıp kurallarına uygun” olması gerektiğinden bahsedilmiştir.

⁵¹⁸ **Bayraktar**, Cezai Sorumluluk, s. 185; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 18; **Atamer**, s. 127; **Akkanat**, s. 29. Yönetmelik’te de beyin ölümü “tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı” olarak tarif edilmektedir.

⁵¹⁹ **Schreiber**, Hans-Ludwig, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, (Çev. Ali Kemal Yıldız), Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Ankara, 2004, s. 154.

⁵²⁰ **Atamer**, s. 129.

⁵²¹ Elektroensefalografi (EEG), beyindeki elektriksel dalgalanmaların bir cihaz yardımı ile ölçülerek beyin fonksiyonları noktasında fikir sahibi olunmasını sağlayan bir çeşit testtir. <https://www.florence.com.tr/elektroensefalografi-eeeg> E.T: 15.02.2021.

⁵²² Bilgisayarlı Beyin Tomografisi (BBT), x-ışınlarının kullanılarak vücudun bir bölgesinin kesit görüntülerinin elde edilmesini sağlayan bir tür görüntüleme yöntemidir. <https://www.vivasaglik.com/ara.php?Ara=bbt> E.T: 15.02.2021.

⁵²³ **Bilgin, N.**, s. 16.

Doktrinde bu düzenlemeye ilişkin iki farklı görüş yer almaktadır⁵²⁴. Bir görüşe göre tıptaki yeni gelişmeler sayesinde daha kesin bir ölüm anlayışı kabul edilirse, hükümde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın bu ifade uyarınca yeni anlayış benimsenecektir. Dolayısıyla bu şekilde bir düzenleme yapılması isabetlidir⁵²⁵. Aksi yönde görüş belirten yazarlara göre ise bu şekilde bir düzenleme sakıncalıdır. Tıbbi ölüm ifadesi yerine ölüm biçimlerinin açıklanması gerekirdi⁵²⁶.

Esasen kanun koyucu böyle bir düzenleme yaparak, tıp biliminin benimsediği ölüm anlayışını kendisinin de benimsediğini göstermektedir. Ancak her ne kadar kanun net bir anlayış benimsemiş olmasa da Yönetmelik'teki "Beyin Ölümü Tanısı" başlıklı Ek Madde-1'e⁵²⁷ bakılarak benimsenen anlayışın, beyin ölümü anlayışı olduğu

⁵²⁴ Söz konusu ifade kanun değişikliğinden önce "bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle" olarak yer almaktaydı. Mevcut tartışmalar eski ifade üzerinden yapılmıştır.

⁵²⁵ **Gürzumar**, s. 384; **Akünel**, s. 23.

⁵²⁶ **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 19; **Akıncı**, s. 111.

⁵²⁷ (1) *Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybidir. 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 oC 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 alınamaması),*

b) *Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;*

1) *Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),*

2) *Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,*

3) *Kornea refleksi 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.*

anlaşılmaktadır⁵²⁸. Ancak ODNK'da net bir ölüm anlayışı benimsenmemesine rağmen Yönetmelik ile beyin ölümünün esas alınmış olması eleştirilmektedir. Zira bir ölüm anlayışı benimsenmek isteniyorsa bunun yönetmelik ile değil kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir⁵²⁹. Akıncı ise bu düzenleme karşısında artık bilimin ulaştığı düzeyde kabul edilen anlayışa göre ölümün tespit edilmeyeceğini, Yönetmelik'te yer alan kıstaslara göre ölüm anının belirleneceğini ifade etmektedir⁵³⁰.

Yönetmelik Ek Madde-1/1'e göre beyin ölümü tanısının konulmasına başlanmadan önce bazı ön şartların gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bu ön şartlar gerçekleşmediği takdirde beyin ölümü tanısına başlanamaz⁵³¹. Birinci fıkradaki ön şartların tespit edilmesi ile beyin ölümünün temel bulgularına geçilir. Bu temel bulgular Ek Madde-2/1 vd. hükümlerinde sayılmaktadır. Öncelikle derin koma halinin tespit edilmesi gerekmektedir. Derin koma halinde, hastanın sinir bölgelerine ağrı verilmekte ancak

(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;

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 bekleme gerek kalmaz.”

⁵²⁸ **Hakeri**, Kadavradan Nakil, s. 190-191. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında, ölüm anının tespitine yarayan kriterlerin, kişiliğin sona erme anını belirlemek için getirilmediği; bu kriterlerin organ ve doku alınmasının ne zaman mümkün olabileceğini belirlemek için getirildiği ifade edilmiştir. Bu karar doğrultusunda Türk Hukukunda da Ek Madde-1'de belirtilen beyin ölümü kriterlerinin, kişiliğin sona ermesi için yeterli kriterler olmadığı savunulabilir. Böylece bu kriterler gerçekleşse dahi kişiliğin sona ermediği sonucuna varılabilir. Bu yönde bkz. **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 40.

⁵²⁹ **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 38; **Doğan, M.**, s. 138.

⁵³⁰ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 161.

⁵³¹ **Vural**, Abdülgaffar, Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Gürol Cantürk), Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalı, Sağlık Hukuku Programı, Ankara, 2017, s. 50.

cevap alınamamaktadır. İkinci olarak beyin sapı reflekslerinin tam olarak kaybolmuş olması gerekmektedir. Göz bebeklerinin hareketsiz olup ışığa tepki vermemesi, korneaya dokunulduğunda göz kırpma hareketinin gözlemlenememesi, dil köküne baskı yapıldığında öksürme refleksinin olmaması gibi testler beyin sapının reflekslerinin kaybolduğunu göstermektedir. Beyin ölümü tanısının konulabilmesi için üçüncü aşama ise apne testidir. Apne testinde, en önemli beyin sapı refleksi olan solunum test edilir. Testin nasıl yapılacağı Yönetmelik Ek Maddde-2/3'te açıklanmıştır. Ayrıca apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı hallerde, md. 2/4'e göre hekimler kurulunca belirlenecek olan kan dolaşımının durduğuna yönelik testin yapılması gerekmektedir. Sayılan koşulların yerine getirilmesi halinde beyin ölümü tanısı için aranan testler sonuçlandırılır ve beyin ölümünün tanısı tamamlanmış olur⁵³².

ODNK md. 11 hükmü, Yönetmelik'e göre tespit edilecek olan ölüm tanısının kimler tarafından konulacağını düzenlemektedir. Hükme göre biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim⁵³³ tarafından oybirliği ile tıbbi ölüm halinin saptanması gerekir. Oybirliği arandığı için hekimlerden birinin karara katılmaması halinde ölüm tanısı konulamaz. Ayrıca Kanun'un 13. maddesi, ölüm halini tespit eden hekimlere bir tutanak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Bu tutanakta ölüm tarihi ve saati, ölüm halinin nasıl saptandığı gibi bilgiler yer almalıdır. Hekimler tarafından imzalanan bu tutanak, organ ve dokuların alındığı sağlık kurumuna verilmeli, bu sağlık kurumu tarafından tutanaklar on yıl süreyle saklanmalıdır.

Ayrıca ODNK md. 12 hükmü "*Alicının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır.*" şeklindeki düzenleme ile

⁵³² **Erdoğan**, Ayşen, "Yoğun Bakım Ünitelerinde Beyin Ölümünün Teşhisi", SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, 2014, s. 161; **Vural**, s. 51.

⁵³³ 2014 yılındaki değişiklikten önce tıbbi ölüm haline karar verecek hekimler kurulu biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anestezyoloji ve reanimasyon uzmanı olacak şekilde dört kişiden oluşmaktaydı. Böyle bir değişikliğin yapılması oldukça yerindedir. Zira pek çok ülkede tek hekim bile yeterli görülürken ülkemizde dört hekimin aranması makul değildir. Bu yönde bkz. **Erpek**, s. 28.

tıbbi ölüm tanısı koyacak hekimlere ilişkin bir yasak getirmektedir⁵³⁴. Kanun koyucunun böyle bir yasak getirmesindeki amacın, ölüm halinin tespitinde tarafsızlığı sağlamak ve bir kişinin hayatını kurtarmak uğruna bir başkasının ölüm tanısının gelişi güzel karar alınarak konulmasını önlemek olduğu ifade edilmektedir⁵³⁵. Gerçekten de organ ve doku naklinde bir menfaat çatışması vardır. Sıradan bir tıbbi müdahalede hekim bir hastanın hayatını kurtarmaya çalışırken, organ ve doku nakillerinde iki hastanın hayatı söz konusudur. Bu sebeple hekimlerin tarafsızlıklarını korumaları ve aynı zamanda vicdani bir yükümlülük altına girmemeleri için böyle bir yasak düzenlenmiştir⁵³⁶.

3.1.1.3.3. Anensefalik Bebekler ve Beyin Ölümü Tartışması

Son olarak beyin ölümü ve organ nakli ilişkisi çerçevesinde tartışılan konulardan birisi olan anensefalik bebeklerin durumuna değinilmesi gerekmektedir. Anensefali, beyin ana bölümünün (kafatasının) yokluğu ve bir santral sistemi anomalisi olarak tanımlanmaktadır. Anensefalik yeni doğanlarda beynin, beyin sapı ve orta beyin dışındaki bölümleri gelişmemiştir. Beynin gelişmeyen kısmını örten bir kafatası ve deri bölümü bulunmamaktadır. Bu bebeklerin büyük çoğunluğu anne karnında ölümlerini, doğumu gerçekleştirenlerin de çoğu için beklenen yaşam süresi ortalama iki gündür⁵³⁷. Bu sebeple anensefalik bebeklerin doğumu, yeni bir hayatın başlamasından ziyade hayatın son bulma süreci olarak ifade edilmektedir. Anensefalik bebeklerin beyin dışında diğer

⁵³⁴ Alman Hukuku'nda ölüm iki hekim tarafından tespit edilir ve bu hekimler hiçbir zaman nakle ya da nakille ilgili herhangi bir muameleye iştirak edemez. Avusturya Hukuku'nda ise mesleğini icra etmeye yetkili bağımsız bir hekim tarafından ölümün tespit edilmesi yeterlidir. Ancak bu hekim hiçbir şekilde nakle müdahale edemez. Bkz. **Akıncı**, s. 117. Benzer şekilde Biyotıp Sözleşmesi İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakli başlıklı Ek Protokolü md. 14/2'de de ölümü onaylayan hekimlerin, organ ve doku alınmasına veya sonrasındaki işlemlere katılan hekimler olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

⁵³⁵ **Kılıçoğlu**, s. 259.

⁵³⁶ **Atamer**, s. 134.

⁵³⁷ **Rock**, Charles N., "The Living Dead: Anencephaly and Organ Donation", NYLS Journal of Human Rights, New York Law School, Vol. 7, Iss. 1, 1989, s. 244-245. https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=journal_of_human_rights E.T: 11.03.2021; **Kavak**, Zehra N./**Ceyhan**, Nejat/**Yalçın**, Şebnem/**Pekin**, Sakıp, "Sjögren Sendromu ve Anensefali", Türkiye Klinikleri Jinekoloji Obstetrik, C. 6, S. 3, 1996, s. 233.

organları normaldir ve bu sebeple doğar doğmaz bir organ ve doku kaynağı⁵³⁸ olarak görülebilmek riskleri bulunmaktadır⁵³⁹.

Anensefali bebeklerden organ ve doku alınmasında karşımıza bazı hukuki problemler çıkmaktadır. İlk olarak, beyin sapının normal olması sebebi ile bu tür vakılarda beyin, bazı fonksiyonlarını yerine getirmektedir. Bu sebeple beyin ölümü tanısı konulamamaktadır. İkinci olarak, bazı ebeveynler dünyaya getirdikleri bebeklerinden organ ve doku alınmasına rıza göstermektedirler, ancak belirtildiği üzere bu bebeklerde beyin ölümü gerçekleşmediği için organ ve doku alınmasına rıza gösterilmesi hukuki açıdan bir önem arz etmeyecektir⁵⁴⁰. Dolayısıyla anensefali hastalığı ile dünyaya gelen bebeklerin farklı bir prosedüre tabi tutulması hem hukuka hem de etik ilkelere aykırı olacaktır⁵⁴¹.

3.1.2. Cesedin Hukuki Niteliği

Ölüm anından itibaren kişilik hakkının sona ermesinin yanında insan vücudu da artık ceset veya kadavra olarak nitelendirilmeye başlar⁵⁴². Bununla birlikte ölü insan artık kişi

⁵³⁸ Anensefali bebeklerin organ ve doku naklinde bir kaynak olarak kullanılmasına ilişkin sunulan tezler ve antitezler için bkz. **Willis**, Wayne R., “The Anencephalic as Organ Donor: Whose Baby Is It Anyway?”, *Journal of Religion and Health*, Vol. 29, Iss. 2, 1990, s. 140 vd. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11651996/> E.T: 19.03.2021.

⁵³⁹ **Gürbüz**, Nagehan, *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru*, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 91; **Kurt**, Munise Gülen, *Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Sorunlar*, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Özge Yücel), *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı*, Ankara, 2020, s. 26; **Cenan**, s. 159.

⁵⁴⁰ **Rock**, s. 246.

⁵⁴¹ **Cenan**, s. 159; **Kurt**, s. 26. Anensefali bebekler organ ve doku naklinde verici olarak değerlendirilmek isteniyorsa bunun için mevcut koşullar uygun değildir, bazı değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Yasama organlarının organ ve doku nakli kurallarını esneterek anensefalik bebekleri bir istisna olarak ele almak suretiyle yeni bir düzenleme yapması bir seçenek olarak düşünülebilir. Diğer bir yol ise beyin ölümü kavramının yeniden ele alınarak tanımlanmasıdır ki bu durumda beynin tamamının geri dönüşsüz olarak sona ermesi şartı aranmaksızın belirli kriterlerin varlığı halinde beyin ölümü tanısı konulabilecektir. Böyle bir değişikliğin kabulü halinde beyin sapının ölümü yerine daha yüksek beyin fonksiyonlarının kalıcı yokluğu veya kaybı, kişinin ölümü anlamına gelir. Bu yönde bkz. **Willis**, s. 139-140.

⁵⁴² Ölü bedeninin adlandırılmasında ölü, ölü beden, ölen, ceset, cenaze, kadavra gibi farklı ifadeler karşımıza çıkmaktadır. Ölen ifadesi genellikle hala ölüm olayının etkisi altında kaldığını gösterirken, ölü kavramı genellikle ölen ile kişisellik dışı bir durumu ifade etmektedir. Ölü beden dendiğinde genellikle salt bedensel varlıktan bahsedilirken, ceset ve cenaze ifadeleri artık ölüden yabancılaştırır ve genellikle bu ifadeler meslek icabı kullanılır. Ölümü kişisel algıdan çıkararak fizyolojik gerçekler açısından ele almak için kullanılan ifade ise genellikle cesettir. Bkz. **Öncel**,

olarak da ifade edilemez, zira ölüm olayının gerçekleşmesi ile hak süjesi olma sıfatı da sona erer⁵⁴³. Bu aşamadan sonra ortada bir kişi yoktur, bir ceset vardır ve cesedin hukuki nitelendirmesinin yapılması zorunluluğu doğmaktadır⁵⁴⁴. Ancak kanuni düzenlemelerde cesedin hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrindeki görüşler ve içtihatlar çerçevesinde cesedin hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır⁵⁴⁵.

Vücuttan ayrılan organ ve dokularda olduğu gibi cesedin hukuki niteliğine ilişkin de doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Geçmişten günümüze birçok görüş ileri sürülmüştür. Günümüzde geçerliliğini yitirmiş bir görüşe göre ceset, şahsiyet bakiyesidir (şahıstan arta kalan). Cermen Hukuku'nda hâkim olan örf ve âdet hukukuna dayandırılan şahsiyet bakiyesi teorisi açık olmamakla birlikte içeriğinin ne olduğu da belirsizdir. Kişiliğin ölümle sona erdiğinin kabulü karşısında ceset üzerinde ölenin kişilik hakkının devam ettiğini söylemek pek mümkün görünmemektedir. Zira hak sahibinin hukuki varlığının sona ermesi ile birlikte, sahip olunan hakların sahipsiz kalması gibi bir durum söz konusu olamayacağı için, kişilik hakkı da ortadan kalkacaktır. Bu gerekçelerle şahsiyet bakiyesi görüşü geçerliliğini yitirmiştir⁵⁴⁶.

Doktrinde cesedin eşya niteliğini haiz olduğuna ilişkin de bir görüş bulunmaktadır⁵⁴⁷. Bu görüş kişinin hayattayken, ölümünden sonra cesedinin akıbeti noktasında karar

Öztañ/Namal, Arın, “Evrimsel Bakışla Tıp Etiği Açısından Ceset”, II. Uluslararası Tıp Tarihi ve Tıbbi Etik Kongresi'ne Sunulan Tıbbi Etikle İlgili Bildiriler, İstanbul, 2002, s. 85.

⁵⁴³ **Zevkliler**, Tedavi, s. 6; **Özbilen**, s. 37.

⁵⁴⁴ Common law'da cesedin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ilk defa 17. yüzyılın sonlarında mezar hırsızlığının ortaya çıkması ile başlamıştır. Bu dönemde cesetlerin tıp eğitimindeki önemi anlaşılmış ve cesetler parasal değer kazanmıştır. Ancak cesetlerin hukuki niteliği sadece tarihsel öneme sahip bir konu değildir. Özellikle 1980'lerin sonlarında Alder Hey vakası ile cesetlerin niteliği konusu, ceset üzerinde söz konusu olabilecek hakların da tartışılmaya başlanması ile hukuki anlamda da önem kazanan bir konu haline gelmiştir. Bu yönde bkz. **Hardcastle**, Rohan, Law And The Human Body Property Rights, Ownership and Control, Oxford, 2007, s. 25.

⁵⁴⁵ **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 241.

⁵⁴⁶ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 145-146; **Özbilen**, s. 39; **Aksoy Dursun**, s. 161-162; **Öncel/Namal**, s. 96.

⁵⁴⁷ Cesedi eşya olarak kabul eden görüşler de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir kesim cesedi hukuki işleme elverişli bir eşya kabul ederken, diğer bir kesim ise hukuki işlemlere elverişli olmayan bir eşya olarak kabul etmektedir. Bu görüşlerin gerekçeleri için bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 146 vd.

verebilme yetkisi bulunduğundan hareketle cesedi, üzerinde tasarrufta bulunabilen bir çeşit eşya saymaktadır⁵⁴⁸.

Doktrinde hâkim olan görüş ise cesedin eşya olmadığıdır⁵⁴⁹. Bu görüş pek çok gerekçe ile açıklanmaktadır. İlk olarak ceset üzerinde hukuki egemenlik kurulamadığı gibi kural olarak cesedin ekonomik bir değeri de bulunmamaktadır. Bu sebeple ceset bir eşya olarak nitelendirilemez⁵⁵⁰. Ayrıca ceset bir eşya olsaydı, ölenin terekesinde yer alırdı ve miras hukuku kuralları çerçevesinde mirasçılara intikal ederdi. Ancak ceset miras bırakanın terekesinde yer almamaktadır⁵⁵¹. Bu gerekçelerin yanında cesedin, eşyanın unsurlarını taşımasına rağmen eşya olarak işlem göremeyeceği de doktrinde savunulan bir görüştür. Bu görüşe göre cesedin eşya niteliğini haiz olmaması etik ve ahlaki ilkelere bağlıdır. Ancak ceset, belirli bir süre sonra eşyaya dönüşebilir, hukuki işlemlere konu olabilir. Örneğin mumya veya cesetten geriye kalan iskelet, satış işleminin konusunu oluşturabilir⁵⁵².

3.1.3. Ceset Üzerinde Söz Konusu Olabilecek Haklar

Doğum ile kazanılan kişilik, ölüm ile sona erer. Ölüm anından itibaren kişiliğin sona ermesine bağlı olarak da şahıs varlığı hakları son bulurken malvarlığı hakları mirasçılara geçer. Ancak belirtmek gerekir ki ölüm gerçekleştikten sonra da bazı kişiliğe bağlı değerlerin korunması gerekebilir. Diğer bir ifade ile kişiliğin son bulması,

⁵⁴⁸ **Reisoğlu**, Safa, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 1984, s. 29-30; **Sengir**, s. 652. Gömülmemiş cesetlerin eşya statüsünde kabul edilebileceğine ilişkin bir görüşe göre ceset üzerinde ölenin kanuni mirasçılarının iştirak halinde mülkiyetlerinin olacağına kabulü yerinde olacaktır. Bu yönde bkz. **Gemalmaz**, s. 281.

⁵⁴⁹ **Karauz**, Ağâh Kürşat, “Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?”, İÜHFD, C. 9, S. 1, 2018, s. 355; **Zevkliler**, Tedavi, s. 6; **Serozan**, Kişiler Hukuku, s. 427; **Güven/Esener**, s. 42; **Öztan**, s. 225; **Dural/Öğüz**, s. 28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 24; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 152; **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 242; **Akkanat**, s. 81; **Dursun Aksoy**, s. 171.

⁵⁵⁰ **Zevkliler**, Tedavi, s. 7. Özdemir, cesedi ve cesedin parçalarını, Roma Hukuku’nda ticari işlemlere konu edilemeyen malları ifade eden “res extra commercium” olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Özdemir, S.**, s. 110.

⁵⁵¹ **Akkanat**, s. 81; **Karauz**, s. 355; **Biton Serdaroğlu**, s. 166.

⁵⁵² **Antalya**, Eşya Hukuku, s. 18. Cesedin, ölmeden önce o bedene sahip olanla ilişkisi tamamen kopmuşsa geride kalan madde (anatomideki iskelet gibi), eşya olarak kabul edilebilir. Ancak cesedin ne zaman eşya niteliğine kavuşacağı ile ilgili sınır net değildir. Aradan geçen zaman bu sınırı belirlemek için yeterli bir kıstas değildir. Bu yönde bkz. **Özel**, s. 59.

kişiliğin korunmasının tamamen ortadan kalkması anlamına gelmez. Örneğin kişinin hayattayken öldüğünde defnedileceği yeri belirlemesi, cesedinin bilimsel araştırmalarda kullanımını yasaklaması, organ ve doku alınmasına rıza göstermesi gibi istekler dikkate alınacaktır⁵⁵³. Ancak bu isteklerin yerine getirilmesinin, diğer bir ifade ile istekleri korumanın sebebi ölenin kişiliğinin devam etmesi değildir. Zira belirtildiği üzere Türk Hukuku'nda kişiliğin ölüm anından kısa bir süre sonra bile devam edeceği kabul edilmemiş, ölüm anında son bulacağı benimsenmiştir. Bu koruma, yaşayanların ölüye karşı duydukları saygı ve besledikleri hürmetten kaynaklanır⁵⁵⁴. Dolayısıyla kişinin sağlığında cesedine ilişkin yapmış olduğu tasarruflar, kişilik hakkının devam etmesi ile değil yaşarken sahip olduğu kişilik hakkıyla⁵⁵⁵ ve kişilik hakkıyla doğrudan bağlantılı olması sebebiyle kişinin geleceğini belirleme hakkıyla ilgilidir.

Ölenin yakınlarının ceset üzerinde herhangi bir hakka sahip olup olmadığı konusuna gelince burada da farklı ihtimaller karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak ceset üzerinde yakınların mülkiyet haklarının olup olmadığı akla gelebilir. Cesedin eşya olduğu görüşü kabul edilecek olursa, ceset üzerinde mülkiyet hakkının kurulabileceği de söylenebilir. Ancak burada ceset üzerinde kimin/kimlerin mülkiyet hakkına sahip olacağı sorusu gündeme gelecektir. Yaşayan insan vücudu bir eşya sayılmadığı için ölenin malvarlığında yer almayacak ve doğal olarak ölümünden sonra mirasçılara geçmeyecektir. Bu durumda ölüm anında ceset sahihsiz eşya olarak ele alınacak ve sahiplenme yolu ile mülkiyetin kazanılacağı kabul edilecektir. Öyleyse bu durumda hastanede ölenin cesedinin hastane tarafından sahiplenilmesi ve böylece yakınların ceset üzerinde hak iddia edememesi ihtimali doğacaktır. Bu gerekçelerle yakınların ceset hakkında karar verebilme yetkisinin, mülkiyet hakkına dayandırılması mümkün görünmemektedir⁵⁵⁶.

Bir görüşe göre yakınların ceset üzerindeki hakları mülkiyet hakkı veya kişilik hakkı değildir. Zira kişilik hakkı, kişinin bizzat kendi kişilik değerleri üzerindeki hakkıdır.

⁵⁵³ **Serozan**, Kişiler Hukuku, s. 427; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 25.

⁵⁵⁴ **Özel**, s. 60.

⁵⁵⁵ **Ayiter**, s. 143; **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 23; **Gürzumar**, s. 376; **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 242; **Aksaray**, s. 161.

⁵⁵⁶ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 147-149; **Petek**, Kişilik Değerleri, s. 252-253.

Ancak cesedi bu kişisel değerlerden saymak mümkün değildir. Bu sebeple yakınların ceset üzerinde mülkiyet benzeri sui generis bir hakkı vardır⁵⁵⁷.

Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen anlayış ise yakınların ceset üzerinde mutlak hakları olduğu yönündedir. Bu mutlak hak ise yakınların kendi kişilik haklarından başka bir şey değildir. Cesede karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı müdahaleler yakınların kişilik hakkını ihlal eder. Dolayısıyla yakınlar bu hakka dayanarak cesede karşı gerçekleştirilen her türlü hukuka aykırı müdahaleyi önleyebilecekleri⁵⁵⁸ gibi ölüden biyolojik madde alınmasına veya cesedin bilimsel araştırmalar için kullanılmasına da rıza gösterebilirler⁵⁵⁹.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında cesedi ile ilgili vermiş olduğu birtakım kararların, yakınların kendi kişilik hakkına dayanarak ceset hakkında vermiş olduğu kararlar ile çatışması mümkündür. Bu durumda öncelik tanınması gerekenin ölenin iradesi olduğu ifade edilmektedir. ODNK md. 14 hükmü incelendiğinde de ölenin iradesine öncelik verildiği görülmektedir⁵⁶⁰.

Son olarak cesetten ayrılan parçalar üzerindeki hakka değinilmesi gerekmektedir. Cesedi eşya kabul eden görüşe göre cesetten ayrılan parçalar da eşyadır. Ancak ceset eşya olarak nitelendirilmese dahi cesetten ayrılan parçaların eşya olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Tıp fakültesinde eğitim amaçlı kullanılan organ buna örnek olarak verilebilir. Cesetten ayrılan organın bir başkasının vücuduna nakledildiği ihtimalinde ise

⁵⁵⁷ **Ayiter**, s. 143; **Zevkliler**, Tedavi, s. 7; **Gürzumar**, s. 377.

⁵⁵⁸ Örneğin kanuni düzenlemelerle izin verilen haller dışında yakınların rızası olmaksızın ceset üzerinde otopsi yapılmışsa veya cesetten organ veya doku alınmışsa, yakınların maddi-manevi tazminat davası açabilmeleri mümkündür. Benzer şekilde, yakınlardan sadece birinin diğerlerinin rızasını almaksızın gerçekleştirmeyi planladığı cenaze töreninin önleme davası ile önlenmesi de bu kapsamda mümkündür. Bkz. **Petek**, s. 255.

⁵⁵⁹ **Ataay**, Aytekin, “Vücut (Beden) ve Ceset Üzerindeki Hak”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, İstanbul, 1996, s. 28; **Dural/Ögüz**, s. 29; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 29; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 153; **Petek**, s. 254; **Gemalmaz**, s. 280; **Özbilen**, s. 39; **Aksoy Dursun**, s. 175.

⁵⁶⁰ **Aksoy Dursun**, s. 176.

söz konusu organ, nakledilen kişinin vücuduna girdiği için artık onun kişilik hakkının bir parçası olacaktır⁵⁶¹.

3.2. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

3.2.1. Genel Olarak

Ölüden organ ve doku alınabilmesi için ölümün gerçekleşmiş olduğunun tespitinden sonra geçerli bir rızanın varlığı aranır. Rıza, organ ve doku bekleyen hastanın yaşam hakkı ile ölenin cesedi üzerinde mevcut olan hakların dengelenmesinin hukuka uygunluk aracıdır. Geçerli bir rızanın varlığı, organ ve doku bekleyen hastaya yaşam hakkı tanırken bir yandan da yakınların ceset üzerindeki haklarının ihlal edilmesini önler.

Bu başlık altında ölüden organ ve doku alınmasında rızaya ilişkin dünya genelinde uygulanan sistemler ele alınacak ve Türk Hukuku'nda hangi sistemin benimsendiği açıklanacaktır. Ardından mevcut düzenlemeler ışığında rızanın açıklanması ve rızanın aranmadığı istisnai hallere değinilecektir.

3.2.2. Rıza Şartına İlişkin Dünya Genelinde Uygulanan Sistemler

3.2.2.1. Genel Olarak

Dünya genelinde kabul edilen ölüden organ ve doku nakillerinde rızaya ilişkin sistemler, açık rıza sistemi (opting in) ve varsayılan rıza sistemi (opting out) olarak genel olarak iki başlık altında incelenebilir. Varsayılan rıza sisteminde öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına karşı olduğunu bildirmeyen herkes organ vericisi olarak kabul edilir. Açık rıza sisteminde ise kişinin ölmeden önce, ölümünden sonra organ ve dokularının alınabileceğine ilişkin rızasını açıklaması halinde nakil gerçekleştirilebilir. Böyle bir rıza açıklaması yoksa ölenin organ nakli ile ilgili

⁵⁶¹ Aksoy Dursun, s. 180.

tercihlerini belirlemek için en yakın akrabaya danışılır. Diğer bir ifade ile kişiler, kendilerini özellikle verici olarak kaydettirmedikleri sürece organ vericisi olamazlar⁵⁶².

Ancak rıza sistemleri için yapılan bu temel ayırımın, ülkelerin yasal düzenlemeleri ile tam olarak örtüşmediği söylenebilir. Zira ülkelerin, iki sistemden birisini kesin olarak uygulamak yerine genellikle her iki sistemin de birtakım özelliklerini içeren sistemleri tercih ettikleri görülmektedir. Bu sebeple doktrinde de çoğunlukla ele alındığı şekilde, rıza sistemlerini üçlü bir ayrıma yer vererek açıklamayı uygun bulmaktayız. Bu sistemler ise irade (rıza), itiraz ve zorunluluk sistemi olarak ifade edilmektedir.

3.2.2.2. İrade Sistemi

İrade sistemini benimseyen ülkelerde ölen kişiden organ ve dokunun alınabilmesi, kişinin sağlığında, öldükten sonra vücudundan organ ve doku alınmasına ilişkin rızasını açıklamış olmasına bağlıdır. Kişi sağlığında herhangi bir rıza açıklamasında bulunmamışsa, yakınlarının rızası ile de organ ve doku alınabilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu sistemde, ilk olarak kişinin sağlığında açıkladığı bir rızanın olup olmadığı araştırılır; rıza varsa yakınların iradesine başvurulmaz. Ancak kişi ölmeden önce bu yönde bir rıza açıklamasında bulunmamışsa, ikinci aşamaya geçilir ve yakınların rızasına başvurulur⁵⁶³.

Rıza ve anlaşma sistemi olarak da adlandırılan bu sistemin en katı uygulamasında ise tamamen vericinin hayattayken açıklamış olduğu iradeye göre hareket edilir, yakınların herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır. Bu sistem, Japonya'da 1997 yılında yürürlüğe giren Organ Nakil Kanunu'nda kabul edilmekteydi⁵⁶⁴. Ancak 2010 yılında kanunda yapılan değişikliklerle ölüden organ ve doku naklinde rıza konusu esnetilmiştir. Değişiklik öncesinde ailenin rızası ile ölüden organ ve doku alınabilmesi mümkün

⁵⁶² **Rosenblum**, Amanda M./ **Horvat**, Lucy D./**Siminoff**, Laura A./**Prakash**, Versha/**Beitel**, Janice/**Garg**, Amit X, "The Authority Of Next-Of-Kin in Explicit and Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation: An Analysis of 54 Nations", *Nephrology Dialysis Transplantation*, Vol. 27, Iss. 6, 2012, s. 2533. <https://academic.oup.com/ndt/article/27/6/2533/1937357> E.T: 11.02.2021.

⁵⁶³ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 125; **Gökçen**, s. 60.

⁵⁶⁴ **Atamer**, s. 144.

değilken; mevcut sistemde potansiyel verici muhalefetini belgelemediyse, en yakın akrabasının organ bağışına rıza göstermesi ile ölüden organ ve doku alınabilmektedir⁵⁶⁵.

Her ne kadar en ideal olan, ölenin sağlığında açıklamış olduğu rızaya dayanarak organ ve doku alımının gerçekleştirilmesi olsa da bunun tam olarak uygulanması her zaman mümkün olmamaktadır⁵⁶⁶. Bu sebeple dünya genelinde irade sistemini benimseyen ülkeler, genellikle sistemin daha esnek halini uygulamaktadırlar. Yani sadece kişinin sağlığında açıkladığı iradesi ile hareket edilmemekte, yakınların iradesi de nakil sürecinde belirleyici olmaktadır. Almanya, İngiltere, Türkiye, ABD⁵⁶⁷, Hollanda, Brezilya gibi ülkeler irade sisteminin esnek halini benimseyen ülkelere örnek olarak gösterilebilir⁵⁶⁸. Pek tabii irade açıklamalarının şekli ve yakınların kimler olduğu, bu sistemi benimseyen ülkelerde farklılık göstermektedir. Örneğin bazı ülkelerde kayıtlı hayat ortağı ölenin yakını sayılırken, bazılarında yakın kavramı oldukça dar tutulmaktadır. Bazı ülkelerde sıkı şekil şartları aranırken, bazı ülkeler sözlü beyanı yeterli görmektedir⁵⁶⁹.

İrade sistemi, ölenin yakınlarını psikolojik baskı altında bırakarak karar vermeye zorladığı için eleştirilmektedir. Birden fazla kişinin hayatını etkileyebilecek bir kararı vermek için ölenin yakınlarına danışarak onları baskı altında bırakmaktansa, yakınların da güvendiği bir hekimin bu kararı vermesinin daha doğru olabileceği ifade edilmektedir. Zira bu görüşe göre yakınların rızasını alırken onları baskı altında bırakmak, yapılacak olan bir fiziki müdahaleden daha fazla ihlal tehlikesini içinde

⁵⁶⁵ **Akabayashi, A./Nakazawa, E./Ozeki-Hayashi, R./Tomiyama, K./ Mori, K./Demme, R. A.**, “Twenty Years After Enactment of the Organ Transplant Law in Japan: Why Are There Still So Few Deceased Donors?”, *Transplantation Proceedings*, Vol. 50, Iss. 5, 2018, s. 1210.

⁵⁶⁶ **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 126.

⁵⁶⁷ ABD’de uygulanan irade sistemine göre nakil için genellikle ölenin yakınları karar verici konumundadır. Kişi ölmeden önce rıza göstermiş olsa bile yakınların aksi yöndeki beyanı olduğu sürece çoğu eyalette nakil gerçekleştirilememektedir. ABD’deki sistemin tam aksine, İngiltere’de ise kişinin rızasının üstüne hiçbir şekilde çıkılmaz. Eğer ölmeden önce kişi nakle ilişkin rızasını açıklamışsa, ölenin yakınları nakle rıza göstermeseler dahi organ ve doku alımı gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Banak**, s. 230-231.

⁵⁶⁸ 54 ülkenin nakil kanunlarının incelenerek hangi sistemi benimsemiş olduklarının tablo şeklinde gösterildiği çalışma için bkz. **Akabayasahi v.d.**, s. 2535-2540.

⁵⁶⁹ **Atamer**, s. 145.

barındırır⁵⁷⁰. Bu sistemin bir diğer eleştirisi de alıcının haklarının gözardı edilmesidir. Bazen ölenin yakınlarına ulaşılması veya yakınların nakle rıza konusunda kararsız kalması nakli geciktirmekte hatta imkânsız kılmaktadır. Bu da alıcının menfaatlerini zedelemektedir⁵⁷¹.

3.2.2.3. İtiraz Sistemi

Varsayılan rıza veya zımni onay sistemi olarak da adlandırılan itiraz sistemi, hayattayken kişinin kendisinin veya ölümünden sonra yakınlarının, aksine bir beyanda bulunmaması halinde, her ölenin organ ve doku alınabileceğini öngören bir sistemdir⁵⁷². Bu sistemde ölenin verici olduğu, aksi yönde bir iradenin mevcut olmaması halinde, kesin olmayan bir karine olarak kabul edilmektedir. Avusturya, Belçika, Finlandiya, İspanya ve İsviçre'nin bazı kantonlarında bu sistem benimsenmektedir⁵⁷³.

İtiraz sisteminin de farklı uygulamaları ile karşılaşılmaktadır. Alıcının menfaatine daha uygun olan sisteme göre itiraz, sadece ölenin kendi iradesi ile nakli reddettiği durumlarda dikkate alınır⁵⁷⁴. Bu sistemin daha esnek uygulamasında ise ölenin aksi bir beyanının olmadığı durumlarda organ ve doku alınabilir, yeter ki yakınları organ alımına itiraz etmemiş olsun⁵⁷⁵. Ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında ise genellikle yakınlarla söz hakkı verildiği görülmektedir. Bu noktada Belçika ve İspanya örneklerinin incelenmesinde fayda vardır.

Belçika'da, kişiler bir bağış formu doldurarak ölümlerinden sonra organ vericisi olmak istediklerini beyan edebilirler; ancak bağış formu doldurmayan kişilerin de öldükten

⁵⁷⁰ Almanya'da "Gütgemann Kararı" olarak anılan bir davada davalı Gütgemann, yakınların hukuken bağlayıcı olan bir kararı vermek zorunda kalmalarının doğru olmadığı, bu kişilerin böyle bir duruma düşürülmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 126.

⁵⁷¹ **Gökçen**, s. 78; **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 126-127.

⁵⁷² **Atamer**, s. 145.

⁵⁷³ **Zeytin**, s. 259; **Gökçen**, s. 79.

⁵⁷⁴ Varsayılan rıza sistemini kabul eden ülkeler içinde sistemi en katı haliyle uygulayan bir ülke bulunmamaktadır. Örneğin Avusturya'da kanunen, ölenin sağlığında açıklamış olduğu bir irade bulunmuyorsa, aile nakle rıza göstermese bile nakil gerçekleştirilebilir. Ancak uygulama bu yönde değildir. Bkz. **Banak**, s. 158.

⁵⁷⁵ **Atamer**, s. 145; **Price**, s. 122.

sonra verici olmaya gönüllü oldukları kabul edilir. Ailenin iradesi organ alımı için kanunen önem arz etmez. Ancak uygulamada aileden de onay alınmaktadır. Buna rağmen ailenin rızasının alınması için haber verme gibi bir yükümlülük de bulunmamaktadır. Belçika'daki bu sistem askerlik gibi vatani bir göreve benzetilmektedir. Bu sebeptendir ki nüfusun %98'i potansiyel verici durumundadır⁵⁷⁶.

İspanya da varsayılan rıza sistemini benimseyen ve getirmiş olduğu etkili kanuni düzenlemeler ile organ bağışında önde gelen ülkelerden birisi olarak anılmaktadır⁵⁷⁷. İspanya Nakil Kanunu'nun 5. maddesi ölenin, açık bir itirazı yoksa bağışçı olarak kabul edilebileceğini düzenlemekte, ayrıca yakınlarla başvurulması gerektiğine ilişkin bir kural getirmemektedir⁵⁷⁸. Ancak uygulamada ölenin yakınlarına da ölmeden önce verici adayının nakle bir itirazda bulunup bulunmadığı sorulmakta, ailenin bu konudaki tutumu da dikkate alınmaktadır⁵⁷⁹.

İtiraz sistemi her ne kadar alıcı açısından daha avantajlı olsa da vericinin ve yakınlarının menfaatlerini ihlal etmesi bakımından eleştirilmektedir. İlk olarak herkesten, itiraz etme noktasında açık bir beyanda bulunması beklenemez. Zira herkes bu konuda bilgi sahibi olmayabilir. İkinci olarak yakınların, ölüye saygı duyulması hususunda korunmaya layık menfaatleri bulunmaktadır ve bu menfaatlerin, nakil sonucu alıcının sağlayacağı yarara kıyasla daha az olduğu söylenemez⁵⁸⁰. Bu sebeplerle itiraz sisteminin de irade sistemi gibi eleştirilere açık olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵⁷⁶ **Ertin**, Hakan/**Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Başağaoğlu**, İbrahim, "Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması", I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 927; **Banak**, s. 232.

⁵⁷⁷ İspanya'da bu konuda özel olarak yetişen ve bağış timi denilen bir ekip bulunmaktadır. Genellikle insan ilişkileri iyi olan ve güvenilirlik sağlayabilen kişilerden oluşan bu ekipler, ölenin yakınları ile iyi bir ilişki kurmaktadır. Ekip, yakınların ölüm olayını anlayabilmesini sağlar ve ardından nakil için bu kişilerden talepte bulunur. Bkz. **Ertin/Mahmutoğlu/Başağaoğlu**, s. 926-927; **Aytekin**, s. 94-95.

⁵⁷⁸ https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/130-1979.html E.T: 13.02.2021.

⁵⁷⁹ **McMaster**, Paul/**Vadeyar**, Hemant, "Spain Model: World Leaders in Organ Donation", Liver Transplantation, Vol. 6, Iss. 4, 2000, s. 506. Aksi yönde, İspanya'daki sistemin varsayılan rıza sistemi olmadığı, zira İspanya'da şu anda aktif olarak kullanılan bir kayıt dışı bırakma mekanizmasının bulunmadığı dolayısıyla sistemin bu şekilde ifade edilmesinin doğru olmayacağına ilişkin bkz. **Fabre**, John, "Presumed Consent For Organ Donation: A Clinically Unnecessary and Corrupting Influence in Medicine And Politics" Clinical Medicine, Vol. 14, Iss. 6, 2014, s. 568.

⁵⁸⁰ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 128; **Biton Serdaroğlu**, s. 163.

3.2.2.4. Zorunluluk Sistemi

Zorunluluk sistemine göre ölüden organ ve dokuların alınabilmesi için kişinin hayattayken bizzat kendisinin veya ölümünden sonra yakınlarının rıza açıklamış olması gerekmektedir. Hatta aksi yönde bir irade açıklamasının varlığı halinde bile organ ve dokular alınabilir⁵⁸¹. Bu sistemde üstün tutulan menfaat, alıcının menfaatidir. Ancak vericinin temel haklarına açık bir aykırılık olduğu da aşikardır. Zira vericinin inancı, hayat görüşü ve iradesi göz ardı edilmektedir. Zorunluluk sisteminin amacı her ne kadar organ nakillerini artırmak, alıcıların hayatlarını kurtarmak olsa da bu yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Üstelik bu sistemin kabulü, ölçülülük ilkesi ile de çelişmektedir. Zira amaç organ nakillerini artırmak ise bu sistem, amaca ulaşmada etkili bir yöntem değildir⁵⁸².

Salt zorunluluk sisteminin uygulandığı bir ülke bulunmamaktadır. Hatta itiraz sistemini benimseyen ülkelerin dahi uygulamada, aileye de söz hakkı verdiklerini düşünecek olursak, zorunluluk sisteminin ülkelere kabulü beklenemez. Ancak tek başına bir sistem olarak tercih edilmemekle birlikte bazı ülkelerin düzenlemelerinde zorunluluk sistemine istisnai hallerde yer verildiği görülmektedir.

Ancak her ne kadar artık uygulanmadığı söylene de Çin'de yakın zamana kadar idam edilen mahkumların organ ve doku kaynağı olarak kullanıldığı bilinmektedir. Mahkumların idam öncesi rızaları alınmaksızın ve yakınlarına da danışılmaksızın organ ve dokular alınmaktaydı. Bu sebeple Çin'de ölü vericilerin %90'ını idam edilen mahkumlar oluşturmaktaydı⁵⁸³. Bu yönden Çin'in idam edilen mahkumlar açısından zorunluluk sistemini uyguladığını söyleyebiliriz.

⁵⁸¹ **Atamer**, s. 143; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 129.

⁵⁸² **Atamer**, s. 144.

⁵⁸³ **Sharif, A./Singh, M. Fiatarone/Trey, T./Lavee, J.**, "Organ Procurement From Executed Prisoners in China", *American Journal of Transplantation*, Vol. 14, Iss. 10, 2014, s. 2247-2248. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25059474/> E.T: 13.02.2021.

3.2.2.5. Türk Hukuku'nda Benimsenen Sistem

Türk Hukuku'nda genel olarak irade sistemi benimsenmekle birlikte bazı istisnai durumlarda itiraz ve zorunluluk sisteminin de uygulanmasına müsaade edilmiştir. Ülkemizde uygulanan iradesi sistemine göre, kişi sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra nakledilmesi yönünde bir rıza açıklamasında bulunmuşsa, ölümünden sonra yakınlarının rızası aranmaksızın organ ve dokuları alınabilecektir. Bu husus ODNK md. 14/1 hükmünden anlaşılmaktadır. Benzer şekilde yine kişinin sağlığında açıklamış olduğu aksi bir irade beyanı da bağlayıcı olacaktır. Bu durumda da yakınların, kişinin beyanı ile uyuşmayan irade açıklamaları bir sonuç doğurmayacaktır. Diğer bir ifade ile yakınların, ortada bir organ ve doku alımını yasaklama beyanı varken alıma izin vermeleri mümkün olmayacaktır. Bu husus da ODNK md. 14/3 hükmünde düzenlenmektedir⁵⁸⁴.

İtiraz modeli ise Türk Hukuku'nda istisnai olarak uygulanmaktadır. ODNK md. 14/2'ye göre ölenin aksine bir vasiyeti veya açıklaması yoksa, cesette bir değişiklik yapmayan dokuların nakli yapılabilecektir. Bu halde yakınların rızasının alınmasına da gerek yoktur.

Son olarak zorunluluk sistemi ise sadece belirli şartlar altında uygulanmakta olup, bu hallerde herhangi bir rızanın varlığı aranmaz. Ancak istisnai hallerde uygulanan zorunluluk sistemi de katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Ölüm anında ölenin yanında yakınlarından birisi bulunuyorsa yine rızasına başvurulmaktadır. Ölenin yanında yakınları yoksa diğer şartların da varlığı halinde, rıza aranmaksızın nakil gerçekleştirilmektedir. Hukukumuzda zorunluluk hali ODNK'nın 14/2 hükmünde düzenlenmiş olup sıkı şartlara bağlanmıştır.

Türk Hukuku'nda kabul edilen bu sistemler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁵⁸⁴ Akıncı, Biyolojik Madde, s. 129-130.

3.2.3. Rızanın Açıklanması

3.2.3.1. Genel Olarak

ODNK md. 14/1 hükmü, kişinin sağlığında açıklayacağı rızanın şekli, rızanın hangi amaçlara yönelik olarak açıklanabileceği, kişinin sağlığında bu yönde açıklamış olduğu bir rızanın bulunmaması durumunda rıza açıklamaya yetkili kişiler gibi hususlar da dahil olmak üzere ölüden organ ve doku nakline ilişkin pek çok hususu düzenlemektedir. Bu hükümden, ölüden organ ve doku naklinde rızanın açıklanmasının, canlıdan organ ve doku nakline göre belirli noktalarda farklılık arz ettiği anlaşılmaktadır.

Önceki bölümde canlıdan organ ve doku naklinde rızanın, vücudundan organ veya doku alınacak kişi tarafından açıklanması gerektiği, kişinin yerine yasal temsilcilerinin rıza açıklamasında bulunamayacağından bahsedilmişti. Ölüden organ ve doku naklinde ise kişi sağlığında ölümünden sonra organ ve dokularının naklini mümkün kılacak bir rıza açıklamasında bulunmuş olabileceği gibi bu yönde bir rıza açıklamasında bulunmamış da olabilir. Örneğin ani ölümlerde genellikle ölenin önceden açıkladığı bir rızası bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda hukuk sistemimiz, belirli şartlar altında üçüncü kişilere de ölenin vücudundan organ ve doku alınmasına rıza gösterme yetkisi tanımaktadır. Bu sebeple rızanın açıklanması, rıza gösterecek olan kişilere göre ikili bir ayrıma gidilerek ele alınabilir: Sağlığında kişinin bizzat kendisi tarafından gösterilecek rıza ve kişinin ölümünden sonra yakınları tarafından gösterilecek rıza. Ayrıca Kanun, istisnai bazı durumlarda rıza aranmaksızın da organ ve doku alınabilmesine müsaade etmektedir. Ancak bu durumda ortada bir rıza açıklaması bulunmadığı için “Rızanın Açıklanması” başlığı altında değil, “Rızanın Aranmadığı Haller” başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

3.2.3.2. Kişinin Hayattayken Göstermiş Olduğu Rıza

3.2.3.2.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere ölmeden önce cesedi üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda kişi, cesedinden tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla organ ve dokularının alınabilmesine rıza gösterebilir⁵⁸⁵.

ODNK md. 14/1 hükmü gereğince ölüden organ ve doku alınabilmesi kural olarak, kişinin sağlığında bu yönde açıklamış olduğu geçerli bir rızaya dayanmalıdır. Rızanın nasıl açıklanacağı da aynı hükümde düzenlenmiştir. Hükümde belirtilen unsurları taşımaması halinde rıza geçersiz olacak, bu rızaya dayanılarak yapılacak nakiller ise cezai ve hukuki sorumluluğu doğuracaktır⁵⁸⁶.

3.2.3.2.2. Rıza Açıklamasının İçeriği

Kanun'un 8. maddesi ile canlıdan organ ve doku naklinde alınabilecek organ ve dokulara ilişkin "zararsızlık" şartı getirilmesine rağmen ölüden organ ve doku naklinde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak kişinin sağlığında, ölümünden sonra cesedinden alınabilecek organ ve dokuları belirleyebileceği gibi herhangi bir belirleme yapmaksızın tüm organ ve dokuların alınmasına rıza gösterebileceği de kabul edilmektedir. Kanun'da bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve iradesinin üstünlüğü gereğince böyle bir sonuca varılması olağandır.

Kişi, herhangi bir sebeple vücudundan sadece belirli organ ve dokuların alınmasına rıza göstermiş olabilir. Böyle bir durumda, kişinin iradesine aykırı olarak rıza gösterilmeyen

⁵⁸⁵ **Sansar**, Hatice Arzu, "Organ ve Doku Naklinin Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Bezmialem Vakıf Üniversitesi Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul, 2018, s. 76; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 135.

⁵⁸⁶ **Nar**, s. 9.

organ ve dokuların alınması hukuka aykırılık teşkil eder. Kişinin, bütün organ ve dokularının alınmasına rıza gösterdiği durumda ise rızanın amacının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Rızanın amacından kasıt ise organ ve dokuların tedavi amacı ile mi bilimsel amaçlarla mı bağışlanmak istendiğidir. Eğer kişi, organ ve dokularının nakil bekleyen hastalar için alınmasına rıza göstermiş ise cesedinden alınan herhangi bir parçanın bilimsel amaçlarla kullanılması hukuka aykırı olacaktır. Örneğin kişi bütün organ ve dokularının tedavi amacı ile nakline rıza göstermiş, öldükten sonra cesedinden beyin de dahil olmak üzere tüm organ ve dokuları çıkarılmıştır. Ancak günümüz koşullarında beyin nakli henüz mümkün değildir. Bu nedenle cesetten beynin çıkarılması, bilimsel amaç güdüldüğü için hukuka aykırı olacaktır⁵⁸⁷.

Rızanın içeriğine ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus ise şartlı bağıştır. Şartlı bağış, kişinin ölümünden sonra belirli bir kişiye ya da kişilere organ ve dokularının nakledilmesine rıza göstermesidir. Kişi, vücudundan belirli bir organ veya dokunun alınmasına rıza gösterebileceği gibi alınacak organ ve dokuların kimlere nakledileceğine de karar verebilir. Bu durumda verici, rıza açıklamasının içeriğinde bu kişilerin kimliklerini açıkça belirtebileceği gibi alıcının kendisi gibi ölümünden sonra bağışçı olması gibi kriterler de belirleyebilir. Bu şekilde bir nakle rıza açıklanmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Zira Yönetmelik'te de bu husus "tercihli bağış" ifadesi kullanılarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Yönetmelik'in "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 4. maddesinin i bendine⁵⁸⁸ göre kişinin, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organını bağışlaması halinde tercihli bağış yapılabilecektir. Tercihli bağış imkanının getirilmiş olmasının, organ ve doku nakline olan ilgiyi artırabileceği söylene de⁵⁸⁹ Kanun'da düzenlenmemiş bir sınırlamanın (en az bir organın sisteme bağışlanması) Yönetmelik hükmü ile getirilmesinin hukuka aykırı olduğu da ifade edilmektedir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 137; **Nar**, s. 10.

⁵⁸⁸ Yönetmelik md. 4/1-i hükmüne göre 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 hüsüne bir başka organı için yaptığı bağış türünü*" ifade etmektedir.

⁵⁸⁹ **Erpek**, s. 79.

⁵⁹⁰ **Doğan, M.**, s. 144.

3.2.3.2.3. Rıza Açıklamasının Şekli

Kişinin sağlığında, cesedinden organ veya doku alınmasına ilişkin iradesini açıklayabilmesi için ODNK md. 14/1 hükmünde farklı şekiller öngörülmüştür. Hükme göre rıza, resmi veya el yazılı vasiyetname ile açıklanabileceği gibi iki tanık huzurunda da açıklanabilir. Bu üç şekilden birisine uyulmaksızın açıklanan rıza, geçerli bir rıza olarak değerlendirilemeyecektir.

Öncelikle ODNK md. 14/1’de geçen “...resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise...” ifadesi ile rızanın vasiyetname yolu ile açıklanması mümkün kılınmıştır. TMK md. 531’e göre vasiyetnameler ise resmi, el yazılı veya sözlü olmak üzere üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. ODNK md. 14/1’de de bu vasiyetname türlerinden resmi ve yazılı vasiyetname ile rızanın açıklanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle TMK hükümleri çerçevesinde bu iki vasiyetnamenin şartlarına kısaca değinilmesi gerekmektedir.

İlk olarak kişinin hayattayken ölümünden sonra organ ve dokularının nakline ilişkin rıza gösterebilmesi, bu rızanın resmi bir vasiyetname ile açığa vurulması şeklinde gerçekleşebilir. TMK md. 532’ye göre resmi vasiyetname, iki tanığın huzurunda resmi memur tarafından düzenlenir. Resmi memur noter, sulh hâkimi veya kanun tarafından kendisine yetki verilmiş bir görevli olabilir. Ayrıca resmi vasiyetname yapılabilmesi için TMK’da aranan diğer şartlara ve sınırlamalara da uyulması gerekmektedir⁵⁹¹. Örneğin TMK md. 536/2 hükmüne göre düzenlemeye katılan resmi memura ve tanıklara ve bunların eşlerine, üstsoy ve altsoy kan hısımlarına ve kardeşlerine kazandırmada bulunulamaz. Dolayısıyla ölümünden sonra organ ve dokularının nakline ilişkin rızasını açıklayan kişi, bu kimselere organ bağışında bulunamayacaktır⁵⁹².

İkinci olarak organ ve doku vasiyeti, el yazılı vasiyetname ile de yapılabilir. El yazılı vasiyetname TMK md. 538’de düzenlenmiş olup oldukça sıkı şekil şartlarına tabi

⁵⁹¹ Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 120.

⁵⁹² Nar, s. 11.

tutulmuştur. Hükme göre el yazılı vasiyetnamede nitelikli yazılı şekil, geçerlilik şekli olarak öngörülmekte; sadece imzanın değil tarih de dahil olmak üzere tüm metnin vasiyetçinin el yazısı ile yazılması şartı aranmaktadır. İmza yerine mekanik bir aracın kullanılması veya parmak basılması dahi kabul edilmemektedir⁵⁹³.

Kanun'un öngördüğü üçüncü yol, rızanın iki tanık huzurunda açıklanmasıdır. Ancak Kanun'un bu düzenlemesi doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu tartışmalar, "iki tanık huzurunda" ifadesi ile kastedilenin sözlü vasiyetname mi vasiyetname dışında bir üçüncü yol mu olduğu noktasında toplanmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre hukukumuzda vasiyetname türleri üç tanedir ve bunların dışında dördüncü bir tür benimseyebilmek mümkün değildir. Bu sebeple hükümde geçen iki tanık huzurunda rızanın açıklanması ifadesinden sözlü vasiyetnamenin anlaşılması gerekir⁵⁹⁴. Kanun koyucu ilk iki şekil şartını resmi ve yazılı vasiyetname olarak belirlediğine göre üçüncü şekil şartını da sözlü vasiyetname olarak belirlemek istemiştir. Ancak kanun koyucunun bu iradesi metne yeterli açıklıkta girememiştir⁵⁹⁵.

Bu görüşün aksine söz konusu hükümdeki ifade ile sözlü vasiyetnamenin kastedilmediği de savunulmaktadır⁵⁹⁶. Kanun, rızanın açıklanması bakımından iki tanık huzurunda açıklamayı kabul etmiş, TMK md. 539'da düzenlenen sözlü vasiyetname için aranan şartların gerçekleşmesini gerekli görmemiştir. Alman Hukuku'nda da organ ve doku alınmasına ilişkin rıza açıklamasının mutlaka ölüme bağlı tasarrufların tabi

⁵⁹³ **Dural/Öz**, s. 79.

⁵⁹⁴ **Battal**, Ayşenur, Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Demir), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk -Medeni Hukuk-Anabilim Dalı, Ankara, 2012, s. 83-85; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 70-71; **Parlak**, s. 212. Bu görüşün dayanağı ise kişinin ölümünden önce açıklamış olduğu iradenin ölüme bağlı tasarruf (hasta vasiyeti) olarak kabul edilmesidir. Bilindiği üzere şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak sınırlı sayıdadır. Vasiyetnameler de Kanun'a göre üç şekilde yapılabilir. Bunların dışında dördüncü bir vasiyetname veya yeni bir ölüme bağlı tasarruf türü belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla bu ifadeden sözlü vasiyetnamenin anlaşılması gerekmektedir. Bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 142; **Battal**, s. 83. Hasta vasiyetinin gerçek anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olmadığı yönünde bkz. **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey, Miras Hukuku, 6. Baskı, 2019, s. 269.

⁵⁹⁵ **Kılıçoğlu**, s. 260.

⁵⁹⁶ **Akünel**, s. 24; **Serozan/Engin**, s. 332; **Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Baskı, 2016, s. 233; **Doğan, M.**, s. 140; **Nar**, s. 10; **Sert/Cihan**, s. 18; **Şahan**, s. 182; **Gözübüyük, G.**, s. 107.

olduğu şekilde uygun olması gerekmediği kabul edilmektedir. Alman Hukuku'ndaki böyle bir serbestiye karşın Türk Hukuku'nda rıza açıklamasının, sıkı şekil şartlarına tabi tutulması eleştirilmekte, en azından miras hukuku kurallarına bağlı kalınmaksızın iki tanık huzurunda rıza açıklamasının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹⁷.

Bu hususta ikinci görüşe üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle kişinin ölümünden sonra organ ve dokularının alınması yönündeki rızasının ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilerek salt miras hukuku kurallarına tabi tutulması yerinde değildir. Erem'in de belirttiği gibi ODNK md. 14/1 hükmüne göre kişinin sadece "vasiyetname veya açıklama" yapmış olması aranmaktadır⁵⁹⁸. Diğer bir ifade ile Kanun, rızanın şekline ilişkin olarak sadece miras hukukuna atıf yapmamış bir başka yol ile de rızanın açıklanmasını mümkün kılmıştır. Kanun'da vasiyetnamenin ifade edildiği yerlerde miras hukuku kurallarından yararlanılıp oradaki şekil şartlarının aranacağına şüphe yoksa da diğer halde miras hukuku kurallarına bağlı kalmak yerinde olmayacaktır. Zira ODNK bir alt düzenleme değil, kanundur. Hatta konuya özgü düzenlemeler getiren özel nitelikte bir kanundur. Dolayısıyla rızanın açıklanması noktasında vasiyetname dışında bir imkân getirmesi de mümkündür.

Ayrıca kişi, sağlığında herhangi bir rıza açıklamasında bulunmasa bile ölümünden sonra yakınlarına danışılmakta ve onların rızaları ile organ ve doku alınabilmektedir. Kişinin, dışarı vurmasa dahi ölümünden sonra cesedinden organ ve doku alınmasını istemeyeceğine ilişkin bir düşüncesi olabilir. Bu durumda bile yakınların rızası ile organ ve doku alınabildiğine göre kişinin sağlığında iki tanık huzurunda rızasını açıklaması halinde ortada olumlu yönde bir irade açıklaması mevcut olduğu için organ ve dokuların alınabilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Bunun yanında TMK md. 539/1'de sözlü vasiyetnamenin, resmi veya yazılı vasiyetname yapılmasının imkânsız hale geldiği olağanüstü durumlarda yapılacağı

⁵⁹⁷ **Akünel**, s. 24-25. Alman Hukuku'na göre ölenin organ ve doku alınabilmesi için ölenin sağlığında, rızasını herhangi bir şekilde üçüncü kişilerin anlayabileceği tarzda açıklamış olması yeterli bulunmaktadır. Ayrıca bir formun doldurulmasına veya rızanın mutlaka yazılı şekilde açıklanmasına gerek yoktur. Sadece ispat kolaylığı açısından kişinin, üzerinde bir organ bağış kartı taşıması tavsiye edilmektedir. Bkz. **Ünver**, Hukuksal Boyut, s. 210-211.

⁵⁹⁸ **Erem**, s. 716.

kabul edilmektedir. Burada vasiyetçi, son arzularını iki tanığa açıklar ve onlara beyanlarına uygun olarak vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini verir⁵⁹⁹. Buradan hareketle sözlü vasiyetnamenin yapılabilmesi için diğer şartların yanında iki tanık huzurunda yapılabilmesi şartına da yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla ODNK md. 14/1’de iki tanık huzurunda rızanın açıklanmasına imkân verildiği için sözlü vasiyetnamenin de bu şartı taşıması sebebiyle organ ve dokuların alınması yönündeki rıza açıklamasında kabul edilmesi gereken bir yol olduğunu söylemek evleviyetle mümkündür⁶⁰⁰.

Kanun’da her ne kadar vasiyetname ile organ ve doku bağışlanması bir yol olarak tanınsa da kişilerin ölümlerinden sonra organ ve dokularının alınmasına rıza gösterme hususunda vasiyetname düzenlemesi sık karşılaşılan bir durum değildir ki zaten çoğu zaman böyle bir vasiyetnamenin varlığı organ ve doku nakli imkânı ortadan kalktıktan sonra anlaşılmakta veya yakınların rızası ile organ ve doku zaten nakledilmiş olmaktadır. Bu sebeptendir ki ölümlerinden sonra organ ve doku bağışında bulunmak isteyen kişilerin organ nakli yapılan merkezlere, il sağlık müdürlüklerine vb. yerlere⁶⁰¹ başvurarak iki tanık huzurunda organ ve doku bağış formu⁶⁰² imzalayarak rızalarını açıklayabilmelerine imkân tanınmaktadır. Bu şekilde bağışçılara bağış kartı verilmekte ve üzerlerinde taşımaları istenmektedir.

Kişilere verilen bağış kartlarının geçerliliği doktrinde, yine Kanun’daki “iki tanık huzurunda” ifadesinin anlaşılmasındaki güçlük sebebi ile tartışılmaktadır. Bir görüşe göre bağış kartları açısından TMK md. 538’de el yazılı vasiyetname için aranan şekil şartları sağlanmadığı için bu kartların geçerliliği bulunmamaktadır⁶⁰³. Eğer kart usulü

⁵⁹⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 125.

⁶⁰⁰ Hükmün amaca göre yorumlanması sureti ile sözlü vasiyetnamelerin de geçerli kabul edileceği yönünde bkz. Dural/Öğüz, s. 118.

⁶⁰¹ Organ ve doku bağışında bulunabilmek için başvurulması gereken yerler için bkz. <https://ankaraism.saglik.gov.tr/TR-62123/organ-bagisi.html> E.T: 06.03.2020.

⁶⁰² Örnek organ ve doku bağış formu için bkz. https://organ.saglik.gov.tr/TR_BELGE/Organ_ve_Doku_Bagis_Formu.pdf E.T: 06.03.2020.

Akıncı, Biyolojik Madde, s. 140; Zeytin, s. 260; Parlak, s. 212; Aydın, s. 35. Benzer bir uygulama sürücü ehliyetlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Ehliyet alacak kişilere organ bağışçısı olmak isteyip istemedikleri sorulup, bağışçı olmak isteyenler için bir tutanak düzenlenmekte ve ehliyete bu durum işlenmektedir. Ancak burada da ne resmi ne de el yazılı vasiyetnamenin şekil şartları sağlanmamaktadır. Organ bağış kartlarının geçerli olabilmesi noktasında söylenenler burada da

ile bağış mümkün kılınmak isteniyorsa bağış kartlarının TMK md. 538'e uygun şekilde tanzim edilmesi sağlanarak (kişinin organ ve dokularını bağışladığına ilişkin beyanını ve beyan tarihini el yazısı ile yazarak imzalaması) geçerli bir rıza açıklamasında bulunulabilir⁶⁰⁴. Aksi görüş ise ODNK md. 14/1'de geçen "iki tanık huzurunda" ibaresinin organ bağış kartı düzenlenmesinin kanuni dayanağı olduğu, bu sebeple bağış kartlarının geçerli olduğu yönündedir⁶⁰⁵.

Bize göre bağış kartları, TMK md. 538'deki şartları taşımadığı için geçersiz değildir. Zira ODNK'da iki tanık huzurunda rıza açıklanmasına imkân tanındığı için bu yönde bir problem bulunmamaktadır. Burada kartların geçerli kabul edilmesinin sakıncası "İki tanık neye tanıklık eder?" sorusundan kaynaklanmaktadır. Bunu bir örnekle açıklamaya çalışalım. Bir kişi bağış formu doldurmak için ilgili merkeze başvurmuştur. İki tanık olarak da merkezde çalışan iki personel veya o anda kendisi gibi bağışta bulunmaya gelmiş iki kişi hazır bulunmuştur. Bu kişiler bağışçıyı tanımamakta ve gerçek iradesini bilmemekte, sadece işleme tanıklık etmektedirler. Dolayısıyla bağış kartlarının geçerliliği TMK md. 538'deki şartları sağlamadığı için değil kişinin gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığı noktasında şüpheleri beraberinde getirdiği için tartışmalıdır.

Son olarak miras sözleşmesi ile organ ve dokuların alınmasına yönelik rıza açıklamasının mümkün olup olmadığından bahsedilmelidir. ODNK md. 14/1'de organ ve doku alınmasına rızanın miras sözleşmesi şeklinde açıklanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmasa da bu şekilde açıklamaya herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁰⁶. Bu gibi bir durumda miras sözleşmesinin tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğini haiz

geçerli olmakla birlikte, ehliyet verecek olan polis memuru da resmi vasiyetname düzenlemeye yetkili kişilerden sayılarak organ bağışı beyanı geçerli kabul edilebilir. Bkz. **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 141. Ancak ülkemizde çipli ehliyet uygulamasına geçilmesi ile ehliyetlerin üzerinde organ bağışına ait özel bir bölümün ayrılması görülmektedir.

⁶⁰⁴ **Sansar**, s. 83. Bu kartlar geçerli sayılmasa dahi yakınların rızasına başvurulduğunda, yakınların karar vermesine yardımcı olabileceğine ilişkin bkz. **Erpek**, s. 75. Her ne kadar şekle aykırı da olsa bağış kartlarına dayanarak yapılan organ ve doku nakli işlemlerinin, iptalinin mümkün olmaması sebebi ile favor testamenti ilkesine göre hukuka uygun olacağına ilişkin bkz. **Zeytin**, s. 260.

⁶⁰⁵ **Nar**, s. 10; **Şahan**, s. 182; **Gözübüyük, G.**, s. 108. Bağış kartları geçerli olarak kabul edilse bile hukuken gerekli olmadığı halde uygulamada ölenin ailesine sormadan organ ve doku nakli yapılmamaktadır. Bkz. **Doğan, M.**, s. 141.

⁶⁰⁶ **Ayan**, Miras Hukuku, s. 233; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 139.

olacağı ifade edilmektedir⁶⁰⁷. Her ne kadar bir karşı edim mukabilinde organ ve doku verilmesini konu alan miras sözleşmesi yapılamasa da şarta bağlı olarak yapılması veya sözleşme ile kişiye mükellefiyet yüklenmesi mümkündür. Örneğin vericinin, organ ve dokularını vermeyi istediği kişinin fakirlere yardım etmesini istemesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır⁶⁰⁸.

Organ ve doku alınmasına ilişkin rızanın miras sözleşmesi şeklinde açıklanması halinde, TMK md. 545 hükmündeki şekil şartlarının sağlanması gerekmektedir. Hükme göre miras sözleşmenin geçerliliği resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesine bağlıdır. Buna göre potansiyel alıcı ve verici arzularını resmi memura aynı anda bildirirler, düzenlenen sözleşmeyi iki tanık ve memurun önünde imzalarlar. Böylece miras sözleşmesi şekle uygun olarak kurulmuş olur⁶⁰⁹.

3.2.3.2.4. Rıza Ehliyeti

Kişinin ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına ilişkin rızasını açıklayabilmesi için bu açıklamaya ehil olması gerekmektedir. ODNK md. 14/1 hükmünde şekil şartı düzenlenmiş olmasına rağmen ehliyet hususundan bahsedilmemiştir. Bu sebeple rızanın vasiyetname şeklinde açıklanması halinde TMK'nın vasiyetname yapma ehliyetine ilişkin 502. maddesindeki şartların aranması gerekmektedir. Bu hükme göre bir kimse, vasiyetname yapabilmek için on beş yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Ayrıca vasiyetname yapma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁶¹⁰. Bu sebeple on beş yaşını doldurmuş ayırt etme gücüne

⁶⁰⁷ **Battal**, s. 92.

⁶⁰⁸ **Ataay**, s. 29; **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 73.

⁶⁰⁹ Miras sözleşmelerine uygulanacak her hükmün organ ve doku alımı konulu miras sözleşmelerine uygulanması mümkün görünmemektedir. Örneğin TMK md. 527/2 hükmünde, miras bırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğüyle bağdaşmayan bağışlamalarına ve ölüme bağlı tasarruflarına itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak TMK md. 23/3 hükmü karşısında md. 527/2 hükmünün organ ve doku alımını konu edinen miras sözleşmelerine uygulanabilmesi mümkün değildir. Öncesinde organ ve dokularının bir kişiye bağışlanmasını isteyen vericinin, daha sonradan yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla organ ve dokularını bilimsel araştırmalarda kullanılması için bir kuruma bağışlaması halinde miras sözleşmesindekiyle bağdaşmayan bir ölüme bağlı tasarruf ortaya çıkacaktır. Ancak ortada ivazsız bir miras sözleşmesi olduğundan ve ivazsız miras sözleşmeleri vasiyetname hükmünde olduğundan bu durumda TMK md. 544 hükmü uygulama alanı bulacak ve sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun öncekinin yerini aldığı kabul edilecektir. Bkz. **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 74-75.

⁶¹⁰ **Dural/Öz**, s. 58.

sahip küçükler de veli veya vasilerinin iznine gerek duymaksızın, ölümlerinden sonra cesetlerinden organ ve doku alınması yönünde rıza açıklamasında bulunabileceklerdir⁶¹¹.

Kanunda iki tanık huzurunda da rızanın açıklanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu bir vasiyetname türü değildir. Dolayısıyla bu şekilde rızanın açıklanabilmesi için ehliyet durumunun nasıl olacağı sorusuna TMK md. 502 hükmü doğrudan cevap vermemektedir. Ancak doktrinde rızanın, iki tanık huzurunda açıklandığı durumlarda dahi vasiyetnameye ilişkin ehliyet şartının uygulanması gerektiği, zira Kanun'un iki tanık huzurundaki rıza açıklamasını vasiyetname yolu ile rıza açıklamasına eş değer tuttuğu ifade edilmektedir⁶¹².

Son olarak organ ve doku nakline ilişkin rıza, miras sözleşmesi şeklinde açıklanacaksa TMK md. 503 hükmüne göre kişinin ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması, aynı zamanda kısıtlanmamış olması gerekmektedir.

3.2.3.3. Kişinin Ölümünden Sonra Yakınları Tarafından Gösterilen Rıza

3.2.3.3.1. Genel Olarak

Kural, ölenin hayattayken göstermiş olduğu rızaya dayanarak organ ve doku alınabilmesi olsa da böyle bir rıza açıklamasının bulunmaması durumunda Kanun, ölenin bazı yakınlarının ölüden organ ve doku alınmasına rıza gösterebilmesine imkân tanımaktadır. Yakınlara tanınan bu hak, ölenin cesedi üzerinde sahip oldukları kabul edilen kişilik hakkından kaynaklanmaktadır.

Yakınların, ölüden organ ve doku alınmasına rıza gösterebilmeleri için ODNK md. 14/1'de düzenlenen şartların bulunması gerekir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu

⁶¹¹ **Nar**, s. 12.

⁶¹² **Cihan**, Ali Hulki, "Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar", BÜHFD, C. 1, S. 2, 2015, s. 91; **Akünel**, s. 25; **Nar**, s. 12; **Şahan**, s. 183.

şartların yanında md. 14/3 hükmü⁶¹³ de dikkate alınmalıdır. Bu hükme göre yakınların organ ve doku nakline rıza gösterebilmeleri, ancak ölenin hayattayken organ ve dokularının naklini yasaklamamış olması halinde mümkündür. Kişinin hayattayken, cesedinin mukadderatını belirleme yetkisi en doğal hakkıdır. Cesedinden yararlanılmasını yasaklayan bir kişinin, yakınları tarafından dahi olsa iradesinin aşılması organ ve dokularının alınması hukuka aykırı olacaktır. Bu bakımdan Kanun'un böyle bir düzenleme getirmesi oldukça yerindedir⁶¹⁴.

3.2.3.3.2. Rıza Gösterecek Kişilerin Belirlenmesi

Ölenin hayattayken Kanun'da düzenlenen şartlara uygun olarak açıklamış olduğu rızasının bulunmaması durumunda Kanun, "...sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle..." ölüden organ ve doku nakline imkân tanımaktadır. Kanun'un böyle bir düzenleme ile ölüden organ ve doku naklini kolaylaştırmak istediği anlaşılrsa da⁶¹⁵ vericinin sağlığında, öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına rıza göstermesi sıkı şartlara bağlanmış olmasına rağmen öldükten sonra yakınların rızası ile organ ve doku alınmasında bu kadar gevşek bir sistemin kabul edilmesi de haklı olarak eleştirilmektedir⁶¹⁶. Ayrıca Kanun'un düzenleme tarzına bakıldığında hükümde, birtakım boşlukların olduğu görülmektedir. Bu boşluklara yönelik olarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere yeri geldikçe değinilecektir.

ODNK md. 14/1 hükmü⁶¹⁷ rıza gösterecek kişilerin belirlenmesi hususunda kademeli bir çözüm öngörmüştür. Hüküm ilk olarak, ölenin ölümü anında yanında bulunan

⁶¹³ ODNK md. 14/3: "Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz."

⁶¹⁴ Kılıçoğlu, s. 261.

⁶¹⁵ Cihan, s. 92.

⁶¹⁶ Akünal, s. 25-26.

⁶¹⁷ ODNK md. 14/1: "Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir."

birtakım mirasçılarının hükümdeki sıraya göre rızasını aramış, bunların bulunmaması halinde de mirasçı olup olmadığı önem arz etmeksizin herhangi bir yakının rızasını yeterli görmüştür. Ancak hükme bakıldığında kanun koyucunun, ölüden organ ve doku alınmasında gerekli olan rızanın sadece mirasçılar tarafından gösterilmesi esasını benimsemediği görülmektedir⁶¹⁸. Zira hükümde sayılan kişilerin ölüm anında ölenin yanında bulunmaması ihtimalinde herhangi bir yakınına da rıza gösterme yetkisi tanınmaktadır. Dolayısıyla kişinin ölümünden sonra yakınların organ ve doku alımına rıza göstermesinin, mirasçılık sıfatına bağlı bir hak olmadığı net bir şekilde söylenebilir.

Rıza göstermeye yetkili olan kişilerden hangi öncelik sırasına göre rızanın alınacağı değinilmesi gereken önemli bir husustur. Kanun koyucu “sırasıyla” ifadesine yer vererek aslında rıza göstermeye yetkili kişiler arasında bir öncelik sonralık sıralaması yapmıştır⁶¹⁹. Ancak bu ifade hükümdeki boşlukları doldurmaya yetmemiştir. Zira ikinci sırada ölenin reşit çocuklarına yetki tanınmış, ancak ölenin ölüm anında yanında birden fazla reşit çocuğu varsa nasıl bir yol izleneceği düzenlenmemiştir. Bu sebeple Kanun’da sayılan kişilerin rıza gösterebilmelerine ilişkin ortaya çıkabilecek ihtimalleri tek tek değerlendirmek gerekmektedir.

İlk olarak, ölenin cesedinden organ ve doku alınabilmesi hususunda rızanın gösterilmesinde ilk sıra eşe verilmiştir. Ölüm anında ölenin yanında eşi bulunuyorsa eşin rızasına başvurulacaktır. Rızanın gösterilmesinde öncelik eşe tanındığı için ölenin eşi ile birlikte reşit bir çocuğu bulursa ve eş, organ ve doku alımına rıza göstermesine rağmen reşit çocuk göstermese dahi organ ve dokular alınabilecektir⁶²⁰. Peki ölen ile aralarında dini nikah bulunan kimse, rıza açıklamaya yetkili sayılacak mıdır? ODNK md. 14/1 hükmünde açıkça eş ifadesi kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu anlamında eş ifadesi de aralarında resmi olarak evlilik birliği kurulan kişiler için kullanılmaktadır. Ancak konunun bir de sosyolojik boyutu bulunmaktadır. Aralarında dini nikah bulunan kişilerden birisinin ölmesi durumunda geride kalan kişinin rızasına başvurulmaması, bu

⁶¹⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 26. Yazarlar, kanun koyucunun mirasçıların rıza göstermesi esasını benimsemediğini, rıza gösterecek kişilerde sayma yoluna gittiğini belirtmiş olsalar da kanunun belirli kişileri saydıktan sonra “herhangi bir yakın” ifadesine yer vermesi sayılan kişilerden başka kişilere de bu yetkinin tanınabileceğini göstermektedir.

⁶¹⁹ **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 157. Aksi yönde bkz. **Bayraktar**, *Organ ve Doku*, s. 19.

⁶²⁰ **Akıncı**, *Biyolojik Madde*, s. 159; **Parlak**, s. 213.

kişiyi manevi olarak rahatsız edecektir. Bu sebeple doktrinde, dini nikahı özendirilmeyecek ancak geride kalanın da organ ve doku alınmasına rıza göstermesine olanak sağlayacak bir düzenlemenin öngörülebileceği ifade edilmektedir⁶²¹.

İkinci olarak ölenin ölümü anında yanında ilk sırada rızası aranan kişi, yani eşi yoksa yanında bulunan reşit çocuğunun rızasına başvurulacaktır. Ancak ölümü anında ölenin birden fazla reşit çocuğu bulunuyorsa ve bu kişiler arasında görüş birliği bulunmuyorsa nasıl bir yol izlenecektir? Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Aynı derecede bulunan kişiler arasında oybirliği aranması gerektiğini belirten görüşe göre, kanun koyucunun yakınların rızasına başvurmasının sebebi ölüden organ ve doku almanın yakınların kişilik hakkını zedelemesi ise rıza göstermede aynı derecede sayılan herkesin olumlu görüş bildirmesi gerekir, aksi halde olumsuz beyanda bulunan kişilerin kişilik hakkı ihlal edilmeye devam eder⁶²². Ancak ölenin reşit çocukları açısından aranan oybirliği, pek tabii ölüm anında yanında bulunanlar için geçerlidir. Yani ölenin, ölüm anında yanında bulunmayan reşit çocuğunun da gelmesini beklemek gerekmemektedir⁶²³. Aksi görüşe göre ise ölenin reşit çocuklarından hepsi ölüm anında yanında iseler, sadece bir tanesinin rızası ile organ ve doku alınabilecektir. Diğer çocukların alıma itiraz etmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Reşit çocuklardan sadece birisinin rızasına dayanarak organ ve dokuların alınması her ne kadar diğerlerinin kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilebilirse de nakil bekleyen hastanın menfaatleri ile yakınların kişilik hakları karşılaştırıldığında, nakil bekleyen hastanın menfaatlerine üstünlük tanınmalı, ölenin yanında bulunan aynı derecedeki yakınlarından birisinin rızası yeterli kabul edilmelidir⁶²⁴. Aynı derecede bulunan yakınların kişilik hakkı arasında bir tercih yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu gerekçeyle ölüm anında ölenin yanında bulunan reşit çocuklarının oybirliği ile organ ve doku alınması gerektiğine ilişkin görüşe katılıyoruz.

⁶²¹ **Cihan**, s. 91.

⁶²² **Zevkliler**, Tedavi, s. 8-9; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 158; **Hakeri**, Kadavradan Nakil, s. 195; **Nar**, s. 13; **Cihan**, s. 92.

⁶²³ **Hakeri**, Kadavradan Nakil, s. 195.

⁶²⁴ **Parlak**, s. 213; **Şahan**, s. 184.

Kanun ikinci sırada reşit çocukları saymış olmasına rağmen ne bu derecede ne de diğer derecelerde evlatlığı saymamıştır. TMK'nın evlat edinmenin şartlarında, evlatlık ve evlat edinen arasında güçlü bir bağın bulunmasını araması karşısında evlat edinenin ölmesi halinde evlatlığın organ ve doku nakline rıza gösterecek kişiler arasında ilk kademedede sayılmamasının büyük bir eksiklik olduğu doktrinde haklı olarak belirtilmektedir⁶²⁵. Her ne kadar evlatlık ilk derecede sayılmasa da “herhangi bir yakın” olarak değerlendirilebilecek, hükümde sayılan kişilerden birisinin ölenin yanında bulunmaması durumunda rızasını açıklayabilecektir. Ancak evlatlığın ilk kademedede sayılmamış olmasının bir eksiklik olduğu görüşüne de katılmaktayız. Zira Kanun rıza göstermeye yetkili kişileri sayarken mirasçılığı esas almamasına rağmen, ilk kademedeki herkesin ölenin yasal mirasçısı olduğu görülmektedir. TMK md. 500 gereğince evlatlık da evlat edinenin yasal mirasçısıdır. Bununla birlikte evlatlık, evlat edinenin alt soyu olduğu için TMK md. 495 gereğince ölenin birinci derece mirasçısıdır. Ayrıca ölen ile duygusal anlamda bir yakınlığının olduğu da açıktır. Bu sebeple reşit çocuklarla aynı derecede evlatlığa da yer verilmesi isabetli bir düzenleme olacaktır. Ancak bu görüşümüzü, evlatlığın birinci derece mirasçı olması gerekçesine değil, birinci derece mirasçılar kadar ölene yakın olması gerekçesi ile savunmaktayız.

Eş ve reşit çocukların ölüm anında ölenin yanında olmamaları halinde ise ölenin ana veya babası veya kardeşlerinden birisine rızanın gösterilmesi konusunda yetki verilmiştir. Kanun koyucu burada “veya” ifadesini kullanarak, ölenin ana veya babasından herhangi birisinin açıklayacağı rızanın yeterli olduğunu kabul etmiştir. Benzer şekilde “kardeşlerden birisinin” ifadesi ile de sadece bir kardeşin olumlu beyanının, diğer kardeşlerin olumsuz beyanını saf dışı edeceği; sadece bir kişinin olumlu beyanına itibar edileceği kabul edilmektedir. Ancak çoğunluğun olumsuz

⁶²⁵ **Cihan**, s. 93. Her ne kadar evlatlık ilk derecede sayılmasa da “herhangi bir yakın” olarak değerlendirilebilecek, hükümde sayılan kişilerden birisinin ölenin yanında bulunmaması durumunda rızasını açıklayabilecektir. Ancak evlatlığın ilk kademedede sayılmamış olmasının bir eksiklik olduğu görüşüne de katılmaktayız. Zira Kanun rıza göstermeye yetkili kişileri sayarken mirasçılığı esas almamasına rağmen, ilk kademedeki herkesin ölenin yasal mirasçısı olduğu görülmektedir. TMK md. 500 gereğince evlatlık da evlat edinenin yasal mirasçısıdır. Bununla birlikte evlatlık, evlat edinenin alt soyu olduğu için TMK md. 495 gereğince ölenin birinci derece mirasçısıdır. Ayrıca ölen ile duygusal anlamda bir yakınlığının olduğu da açıktır. Bu sebeple reşit çocuklarla aynı derecede evlatlığa da yer verilmesi isabetli olurdu. Ancak bu görüşümüzü, evlatlığın birinci derece mirasçı olması gerekçesine değil, birinci derece mirasçılar kadar ölene yakın olması gerekçesi ile savunmaktayız.

görüşüne rağmen azınlığın (bazen sadece bir kişinin) olumlu görüşünü yeterli kabul etmek, aynı derecedeki diğer kişilerin kişilik hakkını ihlal edeceği için tartışmalara açıktır⁶²⁶.

Son olarak Kanun'da sayılan kişilerin ölüm anında ölenin yanında bulunmaması ihtimalinde, yanında bulunan herhangi bir yakınının rızası ile de organ ve doku alınabileceği düzenlenmiştir. Ancak yakın kavramından kimlerin anlaşılacağı belirsizdir. Yakın olarak sadece aralarında hısımlık bağı olan kişiler mi anlaşılmalıdır yoksa aralarında arkadaşlık gibi duygusal bağı olan kişiler de bu kapsamda rıza açıklayabilirler mi⁶²⁷?

Bir görüşe göre yakın kavramına, ölen kişiye sadece aile hukuku bağları ile bağlı olan kişilerin dahil edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda sadece reşit çocuklar ve kardeşler değil, gelinler, damatlar ve yeğenler de bu kapsamda ele alınabilir. Ancak ölenin herhangi bir tanıdığına yakın kavramına dahil edilmesi, kapsamı çok genişletecektir⁶²⁸. Aksi görüşe göre ise yakın kavramı içinde ölene mirasçı olan ya da aile hukuku bağı bulunan kişilerin yanında ölen ile duygusal bağı olan kişiler de değerlendirilebilir⁶²⁹. Kanun'da bu konuda netlik bulunmadığı için TMK ve TBK'da geçen yakın kavramlarına bakılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz⁶³⁰.

Mirasçılıktan çıkarmayı düzenleyen TMK md. 510 hükmünün 1. bendine göre “*Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse*” mirasçılıktan çıkarılabilir. Hükümde geçen yakın kavramına her şeyden önce ana ve baba, çocuklar ve eş, dolayısıyla aile üyeleri girerken diğer yandan hısımlık bağı bulunmasa dahi nişanlı, yakın dost ve arkadaş da dahil edilebilir. Burada esasen önemli

⁶²⁶ **Zevkliler**, Organ-Doku, s. 287; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 159; **Gökçen**, s. 77.

⁶²⁷ **Gökçen**, s. 77.

⁶²⁸ **Akıncı**, s. 157; **Gözübüyük, G.**, s. 110. Yakın kavramının en dar haliyle yani mirasçılar olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Nar**, s. 13.

⁶²⁹ **Ataay**, s. 28; **Serozan/Engin**, s. 130; **Vatanoğlu**, s. 39.

⁶³⁰ Türk Hukuku'nda yakın kavramına ilişkin monografik eser için bkz. **Görmez**, Gizem, Türk Borçlar Hukuku'nda Yakın Kişi Kavramı, 1. Baskı, Ankara, 2018.

olan, miras bırakanla aralarındaki sıkı ilişki nedeniyle, onlara karşı işlenmiş bir fiilden miras bırakanın kendisine işlenmiş gibi etkilenmesidir⁶³¹.

İrade sakatlığı hallerinden olan korkutmanın şartlarını düzenleyen TBK md. 38 hükmünün 1. fıkrasına göre “*Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.*” Hükümde, korkutulan kişinin yakınlarından birisine yönelik bir tehdidin varlığı halinde de korkutmanın gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Bahsi geçen yakın kavramından korkutulan tarafın, tehdit edilmesinden ciddi derecede etkileneceği seviyede duygusal yakınlığı olan eş, hısımlar, arkadaş veya dostun anlaşılacağı doktrinde ifade edilmektedir. Hatta TBK md. 38/1’i karşılayan BK md. 30/1’de geçen “yakın akraba” kavramı eleştirilmiş, yeni kanuna bu ifade aktarılmamıştır⁶³². Benzer şekilde evliliğin nisbi butlan hallerinden olan korkutmayı düzenleyen TMK md. 151’de geçen yakın kavramının da bir kimsenin sevinç ve kederini paylaştığı kişiler olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁶³³.

Yukarıda açıklanan yakın kavramları⁶³⁴ bağlamında, ölenin yanında hükümde sayılan kişilerin bulunmaması ihtimalinde rıza açıklamaya yetkili olacak yakının, mutlaka kan hısmı veya mirasçı olması gerekmediğine ilişkin görüşe katılmaktayız. Bu bağlamda ölenin nişanlısı yakın sayılabileceği gibi ölenin tedavisinde maddi-manevi yardımda bulunan yakın arkadaşı da yakın kavramı içinde değerlendirilebilir. Ancak yakın kavramının sınırlarının da çok geniş tutulmaması gerekmektedir, aksi halde “gerçek yakınların” kişilik hakkının zedeleneceği muhakkaktır. Bu sebeple kanun koyucunun, hükümde geçen yakın kavramının sınırlarını da belirleyen daha açık bir düzenlemeye yer vermesi yerinde olacaktır.

⁶³¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 198; Dural/Öz, s. 207.

⁶³² Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 115; Eren, Borçlar Hukuku, s. 404.

⁶³³ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 90.

⁶³⁴ Prof. Dr. Ebül’ulâ Mardin’in sıklıkla değindiği ifade edilen bir tabire göre yakın, “*Meserreti ile mesrur, elemi ile müteallim olanlardır.*” Bu ifadeye göre yakınlık, ilgililerin duygusal durumlarının incelenmesi suretiyle tespit edilebilecek sübjektif bir durumdur. Bkz. Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, 2020, s. 288-289.

ODNK md. 14/1 hükmünde sayılan kişilerin ve ölenin herhangi bir yakınının da ölüm anında yanında bulunmaması durumunda ise nasıl bir yol izlenmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak böyle bir durumda ölenin yanında hiç kimse bulunmadığı için organ ve doku alınmaması gerektiği, aksi halde alım işleminin hukuka aykırı olacağı genel olarak kabul edilmektedir⁶³⁵. Bu husus İsviçre Nakil Kanunu'nda açıkça düzenlenerek, ölenin kendisinin veya yakınlarının rızasının bulunmaması halinde organ ve doku alınmayacağı belirtilmiştir⁶³⁶.

Kişinin ölümünden sonra yakınları tarafından organ ve doku nakline rıza gösterilmesi hususu Alman Hukuku'nda, hukukumuzdaki düzenlemelerle benzer bir sistemde ele alınmıştır. Ancak bazı hususlarda temel farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak Alman Nakil Kanunu'nun 4. maddesine göre ölenin, ölmeden önce organ ve dokularının alınması konusunda karar vermesi için yetkilendirdiği bir kişinin bulunmaması halinde, eş veya kayıtlı hayat ortağı, reşit çocuklar, ebeveyn veya bakım yetkilisi, reşit kardeşler, büyükanne ve büyükbaba organ ve doku alımına rıza gösterebilir. Ancak bu kişiler için ölümden önceki son iki yılda ölen ile bağlantılarının bulunması şartı aranmaktadır. Ölenle kişisel açıdan çok yakın kişiler de yakın hısımlarla eşit tutulmuştur. Bu kişiler açısından da ölüm anına kadar ölene yakın kalmış olma şartı aranmaktadır. Ayrıca Alman Nakil Kanunu'nda eşit dereceli yakınların bulunması durumunda nasıl bir yol izleneceğine de açıkça yer verilmiş olup, eşit dereceli yakınlarından birisinin rıza göstermemesi halinde ölüden organ ve doku alınmayacağı düzenlenmiştir⁶³⁷. Bununla birlikte, Alman Hukuku'nda öncelikle ölenin iradesine üstünlük tanındığını belirtmek gerekmektedir. Zira Alman Nakil Kanunu md. 4/1'e göre yukarıda belirtilen yakınlarla, öncelikle ölenin iradesini ortaya çıkarmak amacıyla başvurulmalıdır⁶³⁸. Rıza açıklamaya

⁶³⁵ **Toroslu**, s. 104; **Hakeri**, Kadavradan Nakil, s. 196. Aksi yönde bkz. **Zevkliler**, Organ-Doku, s. 288. Doktrinde ölenin hayattayken açıkladığı rızasının bulunmadığı ve yanında yakınlarının da bulunmadığı durumlarda, varsayılan rızadan yola çıkılarak naklin gerçekleştirilebileceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir. Bu görüşe göre vericinin yaşasaydı, kuvvetle muhtemel organ ve dokularını vermek isteyeceği kişilere varsayılan rıza kapsamında organ nakledilebilir. Örneğin ölenin kendi çocuğuna organ ve dokularını bağışlamak istemesi çok yüksek bir ihtimaldir. Zaten burada varsayılan rızadan hareket edilmese dahi, ölenin kendi çocuğunun nakle rıza göstermeye de yetkisi vardır. Bkz. **Hakeri**, s. 429; **Aydın**, s. 36. Aksi yönde bkz. **Ekici Şahin**, s. 346.

⁶³⁶ **Ünver**, Hukuksal Boyut, s. 205.

⁶³⁷ **Schroth**, s. 321.

⁶³⁸ İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku'ndaki düzenlemeye benzer şekilde ölenin iradesinin tespitine öncelik verilmiştir. Yakınların, ölenin sağlığında açıklamış olduğu beyandan haberdar olmaması veya durumunda ölenin varsayılan iradesini göz önünde bulundurarak karar vermeleri gerekmektedir. Bkz.

yetkili olan yakınlarla, ölenin hayattayken bu yönde bir iradesinin mevcut olup olmadığı ve ölenin, yaşasaydı bu konuda nasıl bir karar verebileceği sorulmakta; sıradaki yakınların böyle bir bilgiye sahip olmaması halinde onların kendi iradeleri dikkate alınmaktadır⁶³⁹. Dolayısıyla Kanun'un, rıza açıklamasında bulunacak yakınların son iki yılda ölenle ilişki içerisinde olması şartını araması da burada anlam kazanmaktadır⁶⁴⁰. Son olarak Alman Hukuku'nda, yakınların ölüm anında ölenin yanında bulunması şartı aranmamış, yakınlarla ulaşılarak rızalarının alınmaya çalışılması gerektiği düzenlenmiştir⁶⁴¹.

3.2.3.3.3. Rıza Gösterecek Kişilerin Ehliyeti ve Rıza Açıklamasının Şekli

Kanun'da ehliyet konusunda çocukların reşit olması dışında, rıza açıklayabilecek diğer yakınlar açısından bir sınırlama getirilmediği görülmektedir⁶⁴². Ancak Kanun, rıza açıklamasında bulunabilme açısından reşit olmayı önemli bulmuşsa eğer, diğer kişiler açısından da bu şartın getirilmesi gerektiği, aksi halde temyiz kudretinin yeterli sayılması gerektiği savunulmaktadır⁶⁴³. Doktrinde, böyle bir rıza açıklamasında bulunmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte bir hakkın kullanılması olduğundan hareketle temyiz kudretine sahip olan kişilerin, velayet veya vesayet altında olmaları dikkate alınmaksızın rıza gösterebilmelerine imkân tanınması gerektiği belirtilmektedir.

Şekil konusunda ise Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla yakınların rıza açıklamalarını yazılı veya sözlü yapmaları mümkündür, hatta zımni

Maurer, Susan, "İsviçre Hukuku'na Göre Ölüm Sonrası Organ Alımı", (Çev. Özlem Yenerer Çakmut), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 251-252.

⁶³⁹ Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da yakınlarla öncelikle ölenin iradesinin ortaya çıkarılması amacı ile başvurulmalı, yakınların bu konuda bilgi sahibi olmaması durumunda kendi iradelerinin ne yönde olduğu sorulmalıdır. Bu yönde bkz. **Gözübüyük, G.**, s. 108.

⁶⁴⁰ **Kocamaz Şahin**, s. 58.

⁶⁴¹ **Zevkililer**, Organ-Doku, s. 287-288. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ölüden organ ve doku alınmasında yakınların rızasına ilişkin tutumu noktasında örnek iki karar için bkz. 61243/08 başvuru numaralı Elberte vs. Latvia kararı ve 4605/05 başvuru numaralı Petrova vs. Latvia kararı. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-144997%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-144997%22]}) ; [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-150234%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-150234%22]}) E.T: 01.03.2021.

⁶⁴² Alman Hukuku'nda ise çocuklar açısından aranan ergin olma şartı kardeşler açısından da aranmaktadır. Bkz. Alman Nakil Kanunu md. 1a/5-b, d.

⁶⁴³ **Ataay**, s. 29; **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 160.

rızanın da geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴⁴. Ancak hekimlerin, yakınların rıza açıklamalarını bir tutanak ile tespit etmeleri sorumluluklarının gündeme gelmemesi açısından faydalı olacaktır.

3.2.4. Rızanın Aranmadığı Haller

3.2.4.1. Genel Olarak

Organ ve doku naklinde rızaya ilişkin dünya genelinde kabul edilen sistemlerden ayrıntılı olarak yukarıda bahsedilmişti. Türk Hukuku'nda esas olarak irade sistemi benimsenmekle birlikte istisnai bazı hallerde itiraz ve zorunluluk sistemlerinin de uygulanacağı öngörülmüştür. İşte bu istisnai durumlar ODNK md. 14/2, md. 14/4 ve md. 14/5 hükümlerinde düzenlenmiştir. Md. 14/2 hükmü itiraz sisteminin, md. 14/4 hükmü de zorunluluk sisteminin kanuna yansımış halidir. Ayrıca organ ve doku alımına yönelik olmamasına rağmen cesedin bilimsel araştırmalarda kullanılmasında rızanın aranmadığı durum da md. 14/5'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin uygulanma şartları farklılık arz ettiği için rızanın aranmadığı haller, üç ayrı başlık altında incelenecektir.

3.2.4.2. ODNK md. 14/2 Hükmüne Göre Doku Alınması

Hukukumuzda itiraz modeli ODNK md. 14/2'de benimsenmiştir. Hükme göre, “*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa*⁶⁴⁵, *kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*” Bu hüküm gereğince öldükleri zaman vücutlarından,

⁶⁴⁴ Akıncı, Biyolojik Madde, s. 159-160.

⁶⁴⁵ Hükümdeki “yoksa” kelimesi cümlenin bütünlüğünü bozmaktadır. Bu ifadenin, değişiklik öncesinde hükümde yer alan “beyan yoksa” ifadesinden kaldığı, yeni kanuna da sehven bu şekilde aktarıldığı anlaşılmaktadır.

cesette değişiklik yapmayan dokuların⁶⁴⁶ alınmasını istemeyen kişiler bu iradelerini açıklamalıdır⁶⁴⁷.

ODNK'da 2014 yılında yapılan değişiklik ile bu fıkroda yer alan “*vasiyet veya beyan yoksa*” ibaresi “*vasiyet ibraz edilmedikçe*” şeklinde değiştirilmiştir⁶⁴⁸. Bu değişiklik öncesinde Kanun'da yer alan ifade doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bir görüşe göre kişi sağlığında bir itirazda bulunmamışsa yakınların rızası olmaksızın söz konusu dokular alınabilmelidir⁶⁴⁹. İkinci görüşe göre ise kişi sağlığında bu yönde bir itirazda bulunmamasına rağmen ölenin yakınları, doku alım işlemine rıza göstermemişlerse cesetten kornea gibi dokular alınamayacaktır⁶⁵⁰. Maddede yapılan değişiklikte beyan ifadesinin kaldırılarak sadece vasiyet ibraz edilmesinin yeterli bulunması ile, ölenin yakınlarının cesette değişiklik yapmayan dokuların alınmasına itiraz etmelerinin yolu kapatılmıştır⁶⁵¹.

Ölüden kornea alınmasına ilişkin son olarak ifade edilmesi gereken husus, md. 14/2 hükmünün sadece kornea dokusunu içerdiği, gözün bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceğidir. Zira göz organ, kornea ise dokudur⁶⁵². Bu husus Danıştay'ın bir kararına⁶⁵³ konu olmuştur. Karara konu olayda göz bankası teknisyeninin, getirilen

⁶⁴⁶ Kanun'da ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği düzenlenmiş olmasına rağmen bu dokuların hangi dokular olduğunun belirtilmemiş olması, sadece korneanın örnek gösterilmekle yetinilmesi, konu ile ilgili olarak uygulamada birtakım problemlerin çıkmasına neden olacaktır. Bkz. **Toroslu**, s. 104.

⁶⁴⁷ **Gökçen**, s. 80; **Gürzumar**, s. 386.

⁶⁴⁸ Fıkranın değişiklik öncesi hali “*Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*” şeklindeydi.

⁶⁴⁹ **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 130; **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 21; **Toroslu**, s. 104. Hükümdeki beyan ifadesi dar yorumlanarak sadece ölenin sağlığında açıklamış olduğu beyanı olarak anlaşılmalıdır. Beyanın geniş yorumlanması, yakınların da beyanına başvurulması anlamına gelir ki bu da md. 14/2'yi, md. 14/1'in gereksiz bir tekrarı haline getirir. Bkz. **Cihan**, s. 94.

⁶⁵⁰ **Kılıçoğlu**, s. 261. Kanuna göre yakınların rızasını elde etme zorunluluğunun olmadığı anlaşılmaktadır ancak yakınlar açıkça nakle karşı çıktıkları takdirde ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular da alınmamalıdır. Bu görüş için bkz. **Ayan**, Tıbbi Müdahale, s. 24.

⁶⁵¹ **Gözübüyük, G.**, s. 110.

⁶⁵² **Hakeri**, Kadavradan Nakil, s. 196; **Hakeri**, El Kitabı, s. 258.

⁶⁵³ Danıştay 1. Daire, 2006/1270 E., 2007/101 K., 07.02.2007 T. “*2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 14'üncü maddesinde gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabi olmadığı belirtilmesine rağmen, ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin olduğu, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelinin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanunu'nun 91'inci maddesi ve 2238 sayılı Organ*

cesetten sadece korneayı değil, gözün tamamını aldığı fark edilmiş ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na müracaat edilmiştir. İncelemeler neticesinde cesedin bir gözünün yerinde olmadığı, diğer göz kapağının ise dikili olduğu anlaşılmıştır. Yapılan soruşturmada teknisyen, sadece korneaları aldığını ve bunun kanuna aykırı olmadığını ifade etmiştir. Ancak eldeki polis tutanakları ile verilen beyanlar çeliştiği için ilgili kişiler hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek delillerin mevcut olduğu anlaşılınca, yetkili kurulun men-i muhakeme kararının bozulmasına oyçokluğu ile karar verilmiştir. Sonuç olarak ilgili kişilerin TCK md. 91 ve ODNK md. 15 hükümleri uyarınca yargılanmalarına karar verilmiştir.

3.2.4.3. ODNK md. 14/4 Hükümüne Göre Organ ve Doku Alınması

Söz konusu hüküm, kaza ve doğal afet neticesinde meydana gelen ölümlerde, belirli şartların varlığı halinde ölenin vücudundan rıza olmaksızın organ veya doku alınmasını düzenlemektedir: *“Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir...”* şeklindeki düzenlemeden organ ve doku alımının şartlarını sıralayabilmek mümkündür. Ancak bu şartların kümülatif olarak somut olayda bulunması gerektiği de unutulmamalıdır.

İlk olarak ölüm, kaza veya doğal afet⁶⁵⁴ neticesinde vücudun uğramış olduğu ağır harabiyet sebebi ile meydana gelmiş olmalıdır. Bu durumlar dışında meydana gelen ölümlerde söz konusu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu hükme doktrinde birtakım eleştiriler getirilmiştir. Bir görüşe göre kanun koyucu, ölüm halini düzenleme çabası içindeyken *“ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş”* gibi bir ifadeye yer

Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 15'inci maddesi gereğince yargılanmaları...” www.legalbank.net E.T: 16.02.2021.

⁶⁵⁴ Hükümde geçen doğal afet ifadesi yönünden bir sakınca bulunmasa da kaza ifadesinin açıkça tanımlanması gerekmektedir. Zira bir trafik kazasında beyin ölümü gerçekleşen kimseden, sırf yanında bir yakını olmadığı için organlarının rıza aranmadan alınabilmesi mümkündür. Ancak böyle bir düşünce tarzı rıza kavramını ortadan kaldırmaktadır. Bkz. **Nar**, s. 15.

vererek belirsizlikleri sürdürmektedir. Bu ifadenin yerine tıp biliminin kabul ettiği biyolojik ölüm ve merkezi sinir sisteminin yeniden çalışması mümkün olmayacak şekilde bozulması kriteri getirilseydi açıklık ve kesinlik sağlanabilirdi⁶⁵⁵. Getirilen bir diğer eleştiri ise söz konusu şartın, hangi amaçla konulduğunun anlaşılmasını sağlamamasıdır. Bu görüşe göre böyle bir şartın öngörülmesi iki sebepten kaynaklanıyor olabilir: Ya cesedin ağır harabiyete uğramış olması⁶⁵⁶ (ceset parçalanmış olabilir) sebebi ile yapılacak müdahalenin naaşa saygısızlık olmayacağı; ya da kaza veya doğal afet anında ölenin yakınlarının, ölüm anında bulunmayacaklarının varsayılmasıdır. Ancak bu iki kabul de sakıncalıdır. Zira kanun koyucu kaza veya doğal afet durumlarında ölenlerin, bir başkasının hayatını kurtarmak gibi insancıl bir amaç doğrultusunda organ ve dokularını almak için bir hukuka uygunluk sebebi getirmek istiyorsa söz konusu hüküm, diğer şartları taşıyan (yanında yakını bulunmayan, ivedi hallerde, ...) ancak başka bir sebepten ölen ve cesedi harabiyete uğramamış olanları da kapsayacak şekilde bir düzenleme getirilmelidir. Bununla birlikte naaşa saygısızlık olmayacağı düşüncesi de yanlıştır. Gerek ölenin hayattayken öldükten sonra cesedinin saygınlığını da içeren bir kişilik hakkı, gerekse ölenin yakınlarının ceset üzerinde sui generis bir hakları mevcuttur⁶⁵⁷.

Bu hükmün uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ölenin yanında md. 14/1’de sayılan yakınlarının bulunmamasıdır. Bu şart, nakle konu organ ve dokuların canlılığını kaybetmeden, bir an önce ölenin vücudundan ayrılması için getirilmiştir⁶⁵⁸. Maddede geçen “yakınları yoksa” ifadesi, ölenin kimsesiz olduğu anlamına gelmemektedir⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 20.

⁶⁵⁶ Banak, ağır harabiyet ifadesinden vücudun ağır ve fiziksel görünümü bozacak şekilde tahribata uğramasının anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu şekilde hasara uğramış olan cesedin normal bir cesetten farkı, organ ve dokular alındığı takdirde görünümünde bir değişikliğe yol açmamasıdır. Aksi bir düşünce bu tür bir ölüm ile normal bir ölüm neticesinde ölenin organ ve doku alınmasının farklı şartlara bağlanmasını anlamsız kılar. Bkz. **Banak**, s. 300.

⁶⁵⁷ **Gürzumar**, s. 385-386. Yazar, ceset üzerinde yakınların sui generis bir hakları olduğu görüşündedir.

⁶⁵⁸ **Gürzumar**, s. 385.

⁶⁵⁹ 1997 yılında yaşanan bir olayda karaciğer nakli bekleyen bir hasta söz konusu hükmün yanlış uygulanmasından dolayı vefat etmiştir. Tren istasyonunda kaza geçiren kimliği belirsiz bir kimsenin karaciğeri bu hasta ile uyum sağlamaktaydı. Beyin ölümü gerçekleşen bu kişinin organları cihaza bağlı olarak yaşatılıyordu, ancak bir an önce organ naklinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Hastane yönetimi, organların alınabilmesi için kimsesiz raporunun alınmasını gerekli buldu. Ancak rapor alınmaya kadar nakil bekleyen hasta hayatını kaybetti. Bu durum ya hastanenin kanunu iyi bilmemesinden ya da hasta yakınlarından gelecek olası tepkilerden çekinilmesinden kaynaklanmıştır. Bkz. **Akıncı**, Ölüden Organ Alınması, s. 143.

Kastedilen, ölüm anında ölenin yanında kimsenin bulunmamasıdır. Hekimin, ölenin yakınlarının olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Esas olan, ölüm anında yakınların orada olmamasıdır. Bu ise basit bir araştırma ile anlaşılabilir. Ancak uygulamada hekimler, hastaneye sonradan gelen yakınların tepkisi vb. sebeplerle organ ve doku alımı konusunda çekingen davranmaktadırlar. Bu sorunun çözümü için karar verme yetkisinin hastane idaresine bırakılması, tercih edilebilir bir yoldur. Hastane idaresi ve polisin birlikte düzenledikleri bir tutanakla durumu tespit etmesi ve sonrasında hastane idaresinin, hekime organ ve doku alımı konusunda yetki vermesi, hekimin ölenin yakınlarının tepkisi ile bizzat karşılaşmasının önüne geçebilir. Bununla birlikte böyle bir prosedür, yakınların araştırılması için geçen zamanda yaşanacak gecikmeleri de engelleyebilir⁶⁶⁰.

İrdelenmesi gereken bir diğer şart, organ ve doku alınmasında zorunluluğun bulunmasıdır. Hükümde bu zorunluluk hali “...yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlar...” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifade, zorunluluk halini alıcı yönünden ortaya koymaktadır⁶⁶¹. Alıcının hayatı sadece nakil yolu ile kurtarılabilirse ve nakil işleminin bir an önce yapılması gerekiyorsa ölüden organ veya doku alımında zorunluluk şartı sağlanmıştır⁶⁶². Esasen nakil işleminin zaten hayat kurtarıcı olduğu ve ölüden alınacak organların birden fazla hastaya nakledileceği düşünülecek olursa, md. 14/4’teki diğer şartların sağlandığı her durumda alıcı açısından zorunluluk şartının da sağlanacağı ifade edilmektedir⁶⁶³.

Son şart ise tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olmamasıdır. Bu husus ise md. 11’de belirtilen hekimler kurulunun raporu ile belirlenecektir. Ancak bu ifadenin anlaşılması oldukça güçtür. Zira fıkranın ilk kısmında (“*Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin...*”) zaten kişinin yaşamının sona ermiş olması gerektiği belirtilmiştir. Ölüm olayı gerçekleşmişse, tıbbi ölüm zaten alınacak organ ve dokulara bağlı olmaz. Eğer bu hükmün ifade etmek istediği, örneğin bir kaza neticesinde böbreği parçalanmış ve bu

⁶⁶⁰ **Akıncı**, Ölüden Organ Alınması, s. 142-143.

⁶⁶¹ **Bayraktar**, Organ ve Doku, s. 21.

⁶⁶² **Akıncı**, Biyolojik Madde, s. 130.

⁶⁶³ **Banak**, s. 300.

sebepten ölmüş olan kimseden böbreğin alınamayacağı ise hüküm, mevcut hali ile bu anlama gelmemektedir⁶⁶⁴.

İlgili hükme göre, yukarıda açıklanan şartların varlığı halinde vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku alımı gerçekleştirilebilir. Ancak “*vasiyet ve rıza aranmaksızın*” şeklindeki ifade farklı şekillerde yorumlanabilir. Bu ifade, organ ve dokuların, kişi sağlığında rızasını açıklamamış olsa bile yakınların rızası aranmadan alınabileceği şeklinde mi yoksa ölenin aksi yönde bir beyanı olmasına rağmen alınabileceği şeklinde mi anlaşılmalıdır? Bir görüşe göre, mevcut hükmün lafzından kişi hayattayken aksi yönde bir beyanda bulunmuş olsa dahi şartların sağlanması halinde organ ve dokularının alınabileceği anlaşılrsa da böyle bir kabul, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bu sebeple söz konusu hükmün değiştirilerek, aksi yönde bir iradenin dikkate alınacağını belirten bir düzenlemenin getirilmesi gerekmektedir⁶⁶⁵.

Kanaatimizce, kişinin aksi yönde beyanının dikkate alınması gerekse de böyle bir beyanın olup olmadığının belirlenmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Aksi yönde bir beyanın varlığı genellikle yakınların beyanlarından anlaşılmaktadır. Ancak md. 14/4 hükmü, ölenin yanında yakınlarının bulunmaması halinde organ alımına salık vermektedir. Dolayısıyla yakınlar ölenin bir itirazının olup olmadığı hususunun açığa kavuşturulması için ulaşılmaya çalışılacaksa zaten bu kişilere ulaşıldığında onların da rızalarını almak gerekir ve böyle bir durum da bizi md. 14/1 hükmündeki irade sistemine götürür. Bu durumda md. 14/4 zaten uygulanabilirliğini kaybeder. Dolayısıyla Kanun’un ilgili hükmünden, ölenin, yakınlarına ulaşılmaksızın aksi yöndeki bir iradesinin varlığının öğrenilebildiği durumlarda bu iradenin dikkate alınması gerektiği anlaşılmalıdır. Ayrıca uygulamada, ölenin organ ve doku nakline yönelik geçerli bir rızasının varlığı halinde dahi ölü yakınların 1/3’ünün organ nakline karşı olduklarını bildirmesi ve bu sebeple kanunen mümkün olmasına rağmen alımın gerçekleştirilemediği de düşünülecek olursa⁶⁶⁶; ölenin aksi yöndeki bir beyanına rağmen

⁶⁶⁴ Cihan, s. 94-95.

⁶⁶⁵ Zeytin, s. 262; Zengin, s. 179.

⁶⁶⁶ Aksoy, s. 191.

alının gerçekleştirilmesi halinde hekimin, ölenin yakınları tarafından çok büyük tepkilere maruz kalacağı da aşıkardır. Dolayısıyla söz konusu hüküm, kişi hayattayken aksi yönde bir beyanda bulunmuş olsa dahi, organ ve dokularının alınabileceği şekilde yorumlanmamalıdır.

Son olarak ODNK md. 14/4 hükmünün son cümlesi “...*Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükme göre adli otopsi işlemi, ölenin vücudundan organ ve doku alındıktan sonra gerçekleştirilecektir.

Sonuç olarak, söz konusu hükmün konuluş amacının “ulvi değerlere hizmet” olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sadece kaza ve doğal afet durumlarını kapsayacak şekilde düzenlenmesi yerinde değildir. Eğer böyle bir düşünce hâkim kılınmak isteniyorsa ölüm şeklinde ayrıma gidilmeksizin kabul edilmelidir. Kanun böyle bir düşünceyi kabul etmek istemiyorsa bu istisnai hükmü düzenlememeli, her halükârda kişinin hayattayken kendisinin ya da öldükten sonra yakınların rızasının varlığı aranmalıdır⁶⁶⁷. Gürzumar’ın da haklı olarak belirttiği gibi Kanun, insani bir amaca dayanan hukuka uygunluk sebebi ortaya koymak istemişse bu, ölüm şeklinde ayrıma gidilerek yapılamaz. Başka bir nedenden ölmüş ve cesedi harabiyete uğramamış kişiler için de hukuka uygunluk sebebi geçerli olmalıdır. Benzer şekilde cesedi harabiyete uğramış olanlara yapılacak işlemin naaşa saygısızlık olmayacağı, harabiyete uğramamış olanlar için saygısızlık olacağı şeklindeki ayırım da en baştan hatalı bir düşünce tarzıdır.

3.2.4.4. ODNK md. 14/5 Hükmüne Göre Cesedin Bilimsel Araştırmalar İçin Kullanılması

ODNK md. 14/5’te cesedin bilimsel araştırmalar için kullanılması hususu düzenlenmektedir. Kişiler ölümlerinden önce cesetlerinin inceleme ve araştırma faaliyetlerinde kullanılmasına rıza gösterebilecekleri gibi yataklı tedavi kurumlarında

⁶⁶⁷ Özel, s. 67.

ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı, otopsis/ölu muayenesi tamamlanmış olanların da aksine bir beyan olmadığı sürece altı ay süreyle muhafaza edilerek bilimsel araştırmalar için yüksek öğretim kurumlarına verilebilmesine imkân tanınmıştır.

Kimsenin sahip çıkmadığı cesetler açısından Kanun, rıza aranmaksızın cesedin bilimsel araştırmalar için kullanılmasını mümkün kılmıştır. Ancak hükmün, sahipli-sahipsiz ceset ayırımına gitmesi eleştirilere açıktır. Bununla birlikte hükmün lafzına bakıldığında sadece bilimsel amaçlarla cesedin kullanımına müsaade edildiği görölmektedir. Ancak bu tür vakılarda önce nakil amacının değerlendirilmesi, daha sonra bilimsel amaçların devreye girmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁸. Ancak cesetlerin, öncelikle altı ay muhafazası öngörölmektedir. Aradan geöen 6 aylık zamandan sonra, zaten söz konusu organ ve dokuların nakil için elverişliliği ortadan kalkacaktır. Bu sebeple nakil amacının öncelikle değerlendirilmesinin mümkün olmadığı da doktrinde haklı olarak belirtilmektedir⁶⁶⁹.

3.2.5. Türk Hukuku'nda Benimsenen Rıza Sistemine İlişkin Değerlendirme

Doktrinde, Türk Hukuku'nda uygulanan rıza sistemine birtakım eleştiriler getirilmekte ve bazı öözüm önerileri sunulmaktadır. Bir görüşe göre, ölkemizde organ vericisi olma yönünde rıza açıklayan çok az insan bulunmakta olup alıcı ve vericilerin menfaatlerinin dengelenmesi için esas olarak itiraz sisteminin uygulanması gerekmektedir. Ancak bu sistemin uygulanması için öncelikle gerekli ön koşullar sağlanmalıdır. İlk olarak kişilerin organ ve doku naklini istemediklerine ilişkin itirazlarını sunabilecekleri merkezi bir kütüğün oluşturulmasına ihtiyaö vardır. Ancak kişinin bu kütüğe kayıt yaptırmasa dahi nakle karşı olabilmesi de mümkündür. Bu durumda da ölenin yakınlarına başvurma ihtiyacı doğmaktadır. Ayrıca ölenin, itirazda bulunduğu kütükten anlaşılmasına rağmen sonradan fikrini değer değiştirmiş olması ancak kütükten kaydını sildirmemiş olması da mümkündür. Bu gibi bir durumda da yakınların beyanlarına göre nakil işlemi geröekleştirilebilmelidir. Ayrıca bu sistemde, kişilerin itirazlarını

⁶⁶⁸ Aydın, s. 37.

⁶⁶⁹ Gözübüyük, G., s. 112.

sınırlandırarak kütüğe işlemleri de kabul edilebilir (kişinin, sadece kalbinin alınmamasına ilişkin bir itiraz sunması gibi). Sonuç olarak itiraz sisteminin gereği gibi uygulanabilmesi, kişilere itiraz hakkının verilmesi ile değil bu haktan haber edilmeleri ve iyi işleyen bir sistemin kurulması ile mümkün olacaktır. Bu sistem ile hem verici sayısında artış olacak hem de kişinin iradesi göz ardı edilmemiş olacaktır⁶⁷⁰.

Bir diğer görüşe göre ise Türkiye’de organ temini konusunda büyük sıkıntılar vardır ve ölüden organ naklini kolaylaştıracak gerekli kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu düzenlemeler yapılırken daha çok organ alınması uğruna vericinin ve vericinin yakınlarının menfaatleri göz ardı edilmemelidir. Salt bir itiraz modelinin ya da zorunluluk sisteminin kabul edilmesi, menfaat dengesi hususunda sorunlara sebep olabilir. Bu sebeple esas olarak irade sistemi benimsenmeye devam etmekle birlikte, zorunluluk sisteminin benimsendiği istisnai hükmün (md. 14/4) biraz daha genişletilmesi, diğer bir ifade ile öngörülen sıkı şartların esnetilmesi, söz konusu sorunlara çözüm olabilir⁶⁷¹. Bu görüşe katılmakla birlikte, ek olarak devlet tarafından organ ve doku naklini destekleyici bazı politikaların oluşturulması gerektiğini ifade eden Parlak, ölen kişinin cenaze ve tedavi masraflarının devlet tarafından karşılanmasının, yakınların organ ve doku alımına gösterecekleri rızada artışı sağlayabileceğini belirtmektedir. Ayrıca internet üzerinden bağış yapılabilmesinin hukuki altyapısı oluşturulmalı, organ nakli merkezleri arasında koordinasyonu sağlayacak bilgi ağı kurulmalıdır⁶⁷².

Hukukumuzda benimsenen rıza sistemine ilişkin sunulan bir diğer görüş ise irade sisteminden vazgeçilmemesi, ancak ODNK md. 14/4’te birtakım değişikliklerin yapılması gerektiği yönündedir. Özellikle kaza sonucu hayatını kaybedenler açısından, bu kimselerin yaşarken açıklamış oldukları yasaklama iradesinin dikkate alınacağı bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte itiraz sisteminin kabul

⁶⁷⁰ **Ayiter**, s. 147-153.

⁶⁷¹ **Akıncı**, Şahin, “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, SÜHFD, 1995, s. 441.

⁶⁷² **Parlak**, s. 218-219.

edilebilir bir sistem olması isteniyorsa da halkın çok iyi derecede aydınlatılması sağlanmalı, yakınlarla da nakle itiraz edebilme yetkisi verilmelidir⁶⁷³.

Ölüden organ ve doku naklinde rızayı düzenleyen 14. maddeye bakıldığında gerçekten de birçok yönden eleştirilebilir ifadelerin varlığı dikkat çekmektedir. Tartışmalı noktalar yukarıda ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanmakla birlikte kısaca tekrardan değinmekte fayda görmekteyiz. İlk olarak hukukumuzda irade sisteminin esas alındığı anlaşılmaktadır. Ancak iradenin açıklanmasını düzenleyen md. 14/1'de birtakım boşluklar bulunmakta, bu da farklı uygulamalara sebebiyet vermektedir. Örneğin kişinin ölmeden önce rıza açıklamasında resmi ve el yazılı vasiyetnamenin geçerli olacağı hususunda sorun bulunmasa da iki tanık huzurunda rızanın açıklanması hususu tartışmalara sebep olmaktadır. Bu bir sözlü vasiyetname midir yoksa farklı bir imkân mıdır? Farklı bir imkân olarak kabul edilirse şartları nelerdir? Ölenin yanında birden fazla reşit çocuğunun varlığı halinde oybirliği mi aranmalıdır yoksa birisinin olumlu beyanı yeterli midir? Md.14/4'te bazı sıkı şartlar altında rıza aranmaksızın organ ve dokuların alınabileceği düzenlenmektedir. Ancak bu durumda da yakınların kişilik hakları ihlal edilmeyecek midir? Kısacası bu sorular gibi cevaplanması gereken daha pek çok soru karşımıza çıkmaktadır.

Hukukumuzdaki rıza sistemi organ ve doku nakli bekleyen hastalar açısından ele alınacak olursa, itiraz sisteminin benimsenmesinin daha faydalı olacağı açıktır. Böyle bir sistemin kabul edilmesi durumunda sistemin istenilen şekilde işleyebilmesi için ilk olarak halkın çok iyi bir şekilde bilgilendirilmesi ve itirazlarını açıklayabilecekleri bir sistemin açıkça sunulması gerekmektedir. Bunun yanında yakınlarla da itiraz yetkisi verilmelidir. Ancak bu yetki, ölenin hayattayken organ ve doku nakline karşı olduğunu belirtmek için, yani yeni bir irade açıklaması sunma şeklinde değil ölenin iradesinin sunulması şeklinde kullanılmalıdır.

İtiraz sisteminin değil de irade sisteminin benimsenmesi halinde ise söz konusu düzenlemelerin irade açıklamayı zorlaştırmaması ve pratikte farklı uygulamalara yol

⁶⁷³ Zeytin, s. 261.

açmaması gerekmektedir. Örneğin kişinin sağlığında rızasını açıklayabilmesinde şekil şartı, kişiyi vazgeçirici değil teşvik edici olmalıdır. Daha önceden de bahsedildiği üzere, Alman Hukuku'nda kişinin sağlığında herhangi bir şekilde rızasını açıklaması yeterli görülmekte, bunun yazılı olması dahi aranmamaktadır. Hukukumuzda da kolay işleyebilen ve hukuka uygun bir sistemin getirilmesi yerinde olacaktır. Örneğin e-devlet gibi vatandaşların bilgilerinin kaydedildiği sistemler üzerinden rızanın açıklanmasına imkân tanınacak düzenlemeler yapılması yoluna gidilebilir. Aynı zamanda bu gibi sistemler üzerinden kişinin rızasını kolayca geri alabilmesi de sağlanmalıdır. Hastaneler ile bu sistemlerin eşgüdümü sağlanmalı, ölümün tespit edilmesi halinde ölenin sistemine girilerek nakle rızasını açıklayıp açıklamadığı kolayca öğrenilebilmelidir. Rızanın, bu sistemler üzerinden açıklanmamış olduğu durumlarda ise yine yakınların rızasına başvurulmalıdır.

Nihayet, kişilik hakkının korunması oldukça önemli bir konu olduğu için irade sisteminin de itiraz sisteminin de kabulü halinde organ ve doku nakillerinin hukuka uygunluğu için gerekli düzenlemelerin yapılarak meydana gelebilecek ihlallerin önlenmesi, hekimlerin de hukuki sorumluluklarına gidilebileceğinden çekinmeleri sebebiyle kanuni şartları oluşsa dahi organ ve doku alımını gerçekleştirmemelerinin önüne geçilmesi sağlanmalıdır.

SONUÇ

Zarar görmüş organ veya dokuların yerine sağlam olanlarının nakledilmesi düşüncesi çok eski zamanlara dayanmaktadır. Bu düşüncenin ilk olarak M.S. üçüncü yüzyılda fiiliyata döküldüğü bilirse de en önemli gelişmelerin on altıncı yüzyıldan sonra başladığı da bir gerçektir. İtalyan cerrah Tagliacozzi'nin rekonstrüksiyon işlemlerinden John Hunter'ın hayvanlar üzerindeki denemelerine, Ulmann'ın ilk deneysel anlamdaki organ naklinden Murray'nin ilk başarılı böbrek nakline kadar organ ve doku nakillerinde birçok gelişme yaşanmıştır. Dünya genelinde organ ve doku nakli alanında yapılan bu çalışmalara Türkiye'de de kayıtsız kalınmamış, bu alanda önemli adımlar atılmıştır. 1968 yılında ülkemizde gerçekleştirilen ilk nakil olan kalp nakli, başarısız olsa da 1970'li yıllarda başarılı sonuçlara ulaşılmıştır. Sağlık teknolojisindeki hızlı ilerlemenin de etkisiyle yaşanan bu gelişmelerin bir sonucu olarak organ ve doku nakilleri, günümüzde rutin uygulamalar halini almıştır.

İnsan hayatı için bu denli önemli olan ve günümüzde oldukça çok başvuru alan bir tıbbi müdahale olması sebebi ile organ ve doku nakillerinin hukuki açıdan da kanuni bir zemine oturtulması ihtiyacı doğmuştur. Bu açıdan ülkelerin genel düzenlemeleri yeterli olmamış, özel kanunlar yapılması yoluna gidilmiştir. Özellikle dünya genelinde nakillerin hız kazandığı 1970'li yıllarda kanuni düzenlemelerin yapılmaya başlandığı görülmektedir. Ülkemizde de 1979 yılında yürürlüğe giren 2238 sayılı Kanun ile organ ve doku nakilleri kanuni bir zemine oturtulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte konunun önemine binaen uluslararası alanda da hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi ve bizim de taraf olduğumuz düzenleme İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir.

Ancak organ ve doku nakillerine ilişkin düzenlemelerin, yaşanan tıbbi gelişmelere paralel olarak geliştiğini söylemek pek mümkün değildir. Hukukumuzda da organ ve doku nakillerini düzenleyen 2238 sayılı Kanun'un pek çok açıdan eksik olduğu ve gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı açıktır. Bu sebeple karşımıza çözüme kavuşturulması gereken birçok hukuki sorun çıkmaktadır.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un ilk dört maddesi genel hükümlere ayrılmıştır. Bu kapsamda kanunun amacı, kanunun kapsamı ve kanuni birtakım yasaklar düzenlenmiştir.

Kanun'un "Amaç" başlıklı birinci maddesine göre tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu Kanun kapsamındadır. Bu hüküm pek çok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar bilimsel amaçlar ile nakle izin verilmesinin hukuka aykırı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Çoğunluk görüşüne göre Kanun'da örtülü bir boşluk bulunmaktadır, zira Kanun genel kuralı getirmiş ancak bunun istisnasını getirmemiştir. Bilimsel amaç, genel olarak tüm nakiller için değil sadece ölüden nakiller için geçerli kabul edilmelidir. Kanaatimizce kanun koyucu bilimsel amaçlarla, sadece ölüden nakil yapılmasına imkân tanımak istemişse bunu tereddüte yer vermeyecek şekilde hüküm altına almalıdır. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi md. 19/1 hükmünden de bilimsel amaçlarla canlıdan organ ve doku alınmayacağı anlaşılmaktadır. Uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisi düşünüldüğünde hukukumuzda da canlıdan bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmayacağını söylemek mümkündür. Ancak kendini yenileyebilen dokular açısından bir istisna tanınabilir. Zira vericisine alımı halinde herhangi bir zararı dokunmayacak, vücudun tekrardan üretebileceği bir parçanın alınmasına katı bir şekilde karşı çıkılması bilimin gelişmesi noktasında da sınırlayıcı olacaktır. Pek tabii böyle bir istisnanın, tartışmalara sebebiyet vermeyecek şekilde kanunda düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanun'un kapsamını düzenleyen ikinci maddede ise organ ve doku kavramlarından ne anlaşılması gerektiği belirtilmiş ancak tanımı yapılmamış, sadece hangi uygulamaların bu Kanun kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Kanun'da tanımlar maddesinin yer almaması sebebi ile organ ve doku nakline ilişkin temel kavramlar daha ziyade tıp bilimi ve doktrinle açıklığa kavuşturulmaktadır. Bunun yanında sağlık hukukuna ilişkin çeşitli yönetmeliklerde de bazı kavramların tanımlarına rastlamak mümkündür.

Temel kavramlar hususunda karşımıza TMK md. 23/3'teki insan kökenli biyolojik madde kavramının 2238 sayılı Kanun'da organ ve doku kavramları ile örtüşüp örtüşmediği sorusu çıkmaktadır. İnsan kökenli biyolojik maddeden ne anlaşılması

gerektiğine ilişkin görüşler ile bu soruya cevap verilebilecektir. Doktrinde insan kökenli biyolojik maddeler ifadesinden, ODNK kapsamında organ ve doku olarak ele alınan maddeler dışında kalan, insan vücuduna ilişkin parçaların anlaşılması gerektiğine ilişkin bir görüş olsa da çoğunluk görüşü; insan kökenli biyolojik maddelerin, ODNK kapsamında olsun olmasın insandan köken alan her türlü parça olduğu yönündedir. Bu kapsamda organ ve dokular, bunların parçaları, saç, deri, tırnak, üreme hücreleri vb. insan kökenli biyolojik maddedir. Dolayısıyla insan kökenli biyolojik maddelerin, organ ve doku kavramlarını da içine alan bir üst kavram olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

ODNK'nın sadece insana ait parçaların naklinde uygulanacağı belirtilmekle bazı nakil türlerini dışladığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda organ ve doku nakillerinin, organ ve dokuların elde edildiği kaynağa göre aynı insan üzerinde, türler arası ve insandan insana yapılan nakiller olmak üzere üç türünün olduğu, ancak 2238 sayılı Kanun sadece insandan insana yapılan nakilleri düzenlediği görülmektedir. İnsandan insana yapılan nakiller de Kanun'da vericinin biyolojik durumuna göre canlıdan ve ölüden nakiller olmak üzere iki şekilde incelenmektedir.

Canlıdan nakiller, vücut tamlığına bir müdahale niteliğinde olduğu için esas olarak kişilik hakkını ihlal etmektedir. Ancak TMK md. 24/2 hükmünde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde vücut tamlığına karşı müdahaleler hukuka aykırı olmayacaktır. Organ ve doku nakli açısından da hukuka aykırılığı kaldıran sebep olan rıza karşımıza çıkmaktadır. Vücut tamlığına bir müdahalede bulunulacak olan kişilerin rızası ve aranan diğer şartların varlığı halinde organ ve doku nakli gerçekleştirilebilecektir. Naklin üstün bir amaca hizmet etmesi, ölüden uygun bir organ temin edilememesi ve hasta için başkaca bir tedavi seçeneğinin kalmaması, naklin zarar vermeyecek nitelikte olması, alıcı ve verici arasında Kanun'un aradığı ölçüde yakınlığın bulunması, naklin yetkilendirilmiş personel tarafından yeterli donanıma sahip bir sağlık kuruluşunda yapılması şartlarıyla birlikte tarafların geçerli rıza açıklamasında bulunmaları ile organ ve doku, hukuka uygun olarak vericiden alınarak alıcıya nakledilebilecektir.

Rızanın, geçerli bir rıza olarak değerlendirilebilmesi için ise birtakım şartları taşıması gerekmektedir. 2238 sayılı Kanun'da her ne kadar sadece vericiye ilişkin şartlar düzenlense de aynı şartlar alıcı açısından genel hükümlere göre değerlendirilmelidir.

Geçerli bir rızanın varlığı için rızanın, ehil bir kişi tarafından açıklanması gerekmektedir. ODNK md. 5, rıza ehliyetine ilişkin olarak “*On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.*” hükmünü getirmektedir. Buna göre tam ehliyetsizler ve ayırt etme gücüne sahip küçükler rıza açıklamaya ehil değildirler. Bununla birlikte doktrinde ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların da rıza açıklamaya ehil olmadıklarına ilişkin bir görüş olsa da biz, bu kişilerin organ ve doku naklinde rıza gösterebilecekleri kanaatindeyiz. Tam ehliyetsizler açısından ise ayırt etme gücü şartı sağlanmadığı için rıza ehliyetine sahip olmadıkları tereddüte yer olmaksızın söylenebilir. Biyotıp Sözleşmesi'ne bakıldığında ise Sözleşme'nin ilgili hükmü rıza ehliyeti bakımından genel kuralı koymakla birlikte istisnasına da yer vermiş, rıza ehliyetini çok katı bir şekilde ele almamıştır. Ancak rıza ehliyetine istisna getirilen 20. maddenin 2. fıkrasına ülkemiz tarafından, ODNK md. 5 ile uyumlu olmaması sebebi ile çekince konulmuştur. Bu sebeple hukukumuzda sıkı şartlar altında dahi rıza ehliyetine sahip olmayanlardan organ ve doku alınamamaktadır. Ancak Kanun'un ehliyeti düzenleyen hükmünün, Biyotıp Sözleşmesi hükümleri esas alınarak yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Zira hukukumuzdaki rıza düzenlemesine göre çocuğu böbrek hastası olan on yedi yaşında bir anne, sırf on sekiz yaşını doldurmadığı için çocuğuna böbrek veremeyecektir. Bu da geri dönüşmez sonuçlar doğuracaktır.

Organ ve doku naklinde rıza açıklamaya ehil bir kişinin varlığı tespit edildikten sonra, bu kişinin hekim tarafından aydınlatılması ve ardından şekle uygun olarak rızanın açıklanması gerekmektedir. Ayrıca rızanın yanıltma, aldatma ve korkutma ile sakatlanmaksızın hukuka ve ahlaka uygun olarak açıklanması da rızanın geçerli olması için aranan şartlardandır.

TMK md. 23/3 hükmünde vericinin her zaman rızasını geri alabileceği ve rızanın geri alınması halinde de vericiden maddi-manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı

düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün, TMK md. 2/2 hükmü ile birlikte yorumlanarak somut olaya uygulanması gerekmektedir. Hâkim, her iki hüküm arasında adil bir denge kurmalıdır. Aksi halde tarafların menfaatleri ciddi ölçüde zedelenebilecektir.

2238 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınan bir diğer nakil türü ise ölüden nakildir. Ölüden organ ve doku alınabilmesi için öncelikle ölüm halinin saptanması gerekmektedir. Ölüm hali ise günümüzde kabul edilen anlayışa göre beynin fonksiyonlarını yitirmiş olması şeklinde tanımlanmaktadır. Beynin fonksiyonlarının sona erdiğinin tespiti ise Kanun'a göre biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından oybirliği ile belirlenmektedir.

Ölüm halinin tespitinden sonra organ ve dokuların alınabilmesi için geçerli bir rızanın mevcudiyeti aranmaktadır. Bu kapsamda ölenin hayattayken rıza açıklamasında bulunup bulunmadığı öncelikli olarak araştırılacak, böyle bir irade açıklaması bulunmuyorsa yakınlarının rızasına başvurulacaktır. Ölenin hayattayken rıza açıklaması ise ODNK md. 14/1'e göre resmi veya yazılı vasiyetname ile veyahut da iki tanık huzurunda açıklanacaktır. Hükümde geçen iki tanık huzurunda ifadesinden sözlü vasiyetnamenin anlaşılması gerektiği doktrinde ifade edilse de kanaatimizce kanun koyucu burada sözlü vasiyetnameyi düzenlemek isteseydi açıkça belirtirdi. Bu sebeple hükümdeki "iki tanık huzurunda" ifadesinin, organ ve doku nakline rıza gösterilmesinde verici adayına sunulan üçüncü bir yol olduğu düşüncesindeyiz.

Ölenin böyle bir rıza açıklamasının bulunmaması durumunda ise ölüm anında yanında bulunan birtakım yakınlarının rızasına başvurularak organ ve doku alınacaktır. Kanun rızasına başvurulacak kişileri öncelikle sayma yoluna gitmiş, ancak sayılan kişilerin ölüm anında ölenin yanında bulunmaması durumunda herhangi bir yakına da rıza açıklama yetkisini tanımıştır. Dolayısıyla rıza açıklamasında bulunacak kişilerin sınırlı sayıda olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Kanun'da, rıza açıklamasında bulunabilmeye yetkili olarak ilk aşamada sayılan kişiler bir sıraya göre takip edilmelidir. İlk olarak ölenin ölüm anında yanında bulunan eşi, eşi

bulunmuyorsa reşit çocukları, bunlar da yoksa ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin rızasına başvurulacaktır. Ölüm anında ölenin yanında eşi yoksa ve birden fazla reşit çocuğu varsa bu durumda nasıl bir yol izleneceği ise Kanun'da belirtilmemiştir. Aynı derecede bulunan yakınların kişilik hakkı arasında bir tercih yapılmaması gerekmektedir. Bu gerekçeyle ölenin, ölüm anında yanında bulunan reşit çocuklarının oybirliği ile organ ve doku alınmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kanun'da sayılan kişilerin ölüm anında, ölenin yanında bulunmaması durumunda herhangi bir yakının da rızasına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Ancak yakın kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Aile hukuku açısından bir yakınlık mı aranmaktadır yoksa duygusal yakınlık da yeterli kabul edilecek midir? Bu noktada ölenin yanında hükümde sayılan kişilerin bulunmaması ihtimalinde rıza açıklamaya yetkili olacak yakının, mutlaka kan hısmı veya mirasçı olması gerekmediğine ilişkin görüşe katılıyoruz. Bu bağlamda ölenin nişanlısı yakın sayılabileceği gibi ölenin tedavisinde maddi-manevi yardımda bulunan yakın arkadaşı da yakın kavramı içinde değerlendirilebilir. Ancak yakın kavramının sınırlarının da çok geniş tutulmaması gerekmektedir, aksi halde “gerçek yakınların” kişilik hakkının zedeleneceği muhakkaktır. Bu sebeple kanun koyucunun, hükümde geçen yakın kavramının sınırlarını da belirleyen daha açık bir düzenlemeye yer vermesi yerinde olacaktır.

Kanun'da ne ölenin hayattayken ne de öldükten sonra yakınların açıklamış oldukları bir rıza bulunmuyorsa bazı şartların varlığı halinde rıza olmaksızın organ ve doku alınabileceğinden bahsedilmiştir. Bu haller esas olarak ODNK md. 14/2, md. 14/4'te düzenlenmektedir. Md. 14/2'de kornea gibi alındığı takdirde cesette bir değişiklik yapmayan dokuların rıza olmaksızın alınabileceği belirtilmiş, buna istisna olarak da ölenin aksi yönde bir iradesinin varlığı gösterilmiştir. Dolayısıyla ölenin hayattayken kornea gibi dokularının da alınamayacağını belirtmesi durumunda bunlar dahi alınamayacaktır. Md. 14/4 hükmü ise zorunluluk sisteminin kabul edildiği istisnai hallerden birisidir. Hükümdeki şartların sağlanması ile rıza aranmaksızın ölüden organ veya doku alınabilecektir. Hükme göre “*Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak*

organlara bağılı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağılı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir...". Ancak hükümde tartışmalı hale gelebilecek çok fazla ifade vardır. Öncelikle Kanun, zorunluluk halinin uygulanmasını sadece kaza veya doğal afet halleriyle sınırlamıştır. Bu şartla birlikte vücudun ağır harabiyete uğramış olması da aranmaktadır. Ayrıca zorunluluk hali sadece alıcı açısından düzenlenmiş, diğer bir ifade ile organ ve dokuların bu şartlar altında alınabilmesi, alıcı için naklin ivedi ve zorunlu olmasına bağlanmıştır. Bu ifadelerin her biri esasen eleştirilere açıktır. Ancak temelde eleştirilecek nokta, kanun koyucunun düzenlemek istediği hukuka uygunluk sebebini neden kaza veya doğal afet durumları ile sınırladığıdır. Eğer bir hukuka uygunluk sebebi getirilmek isteniyorsa zorunluluk halinin gerçekleştiği her durumda uygulanmalıdır. Ayrıca vücudu ağır harabiyete uğramış olanlardan organ veya doku alınabileceği belirtilmekle naaşa zarar verilmeyeceği düşünülüyorsa, böyle bir düşünce tarzı da geçerli olarak kabul edilemez. Zira yakınların ceset üzerindeki kişilik hakları, cesedin bütünlüğünün bozulmuş olup olmaması ile ilgili değildir. Ceset zarar görsün görmesin yakınların ceset üzerinde korunmasını isteyebilecekleri kişilik hakları vardır. Dolayısıyla ODNK md. 14/4 hükmünün yeniden ele alınması yerinde olacaktır.

Türk Hukuku'nda benimsenen rıza sistemine ilişkin son olarak ifade edilmesi gereken ise, hangi sistem benimsenirse benimsensin ölenin kendi geleceğini belirleme hakkına ve yakınların kişilik hakkına saygı duyulması gerektiğidir. Dolayısıyla Kanun, eğer irade sistemini egemen kılmak istiyorsa, tereddütlere yer bırakmayacak şekilde düzenlemeler getirmelidir. Yapılacak olan düzenlemelerin, irade açıklamayı zorlaştırmaması ve hekimler arasında farklı uygulamalara yol açmaması gerekmektedir. İrade sisteminin değil de itiraz sisteminin kabul edilmesi halinde ise sistemin istenilen şekilde işleyebilmesi için ilk olarak halkın çok iyi bir şekilde bilgilendirilmesi ve itirazlarını açıklayabilecekleri bir sistemin açıkça sunulması gerekmektedir. Örneğin e-devlet gibi vatandaşların bilgilerinin kaydedildiği sistemler üzerinden rızanın açıklanmasına imkân tanınacak düzenlemeler yapılması yoluna gidilebilir.

Her iki sistemde de öncelikle hekimlerin kanuni düzenlemeler konusunda bilgilendirilmesi sağlanarak, benzer durumlarda farklı uygulamaların ortaya çıkmasının önüne geçilmelidir. Özellikle ölenin yakınları ile hekimin karşı karşıya kalmaması için aynı şekilde halkın da organ ve doku nakli konusunda bilinçlendirilmesi sağlanmalıdır. Özetle tıp ve hukuk bilimlerinin iş birliği ile, taraflardan her birinin menfaati gözetilerek, etkili ve tartışmalara yol açmayan düzenlemeler yapılması ile elde edilmek istenen çözümlere ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- Abbasoğlu, Osman/Çakmakçı, Metin**, “Günümüzde Organ Transplantasyonu”, *Bilim ve Teknik*, C. 26, S. 312, 1993, s. 825-832.
- Abik, Yıldız**, “Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 93-146.
- Aciduman, Ahmet/Arda, Berna**, “Etik ve Hukukun Kavşağında Bir Konu: Organ ve Doku Aktarımları”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları-I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul, 2007, s. 79-87.
- Akabayashi, A./Nakazawa, E./Ozeki-Hayashi, R./Tomiyama, K./Mori, K./Demme, R. A.**, “Twenty Years After Enactment of the Organ Transplant Law in Japan: Why Are There Still So Few Deceased Donors?”, *Transplantation Proceedings*, Vol. 50, Iss. 5, 2018, s. 1209-1219. <https://www.sciencedirect.com/science/article/> E.T: 15.02.2021. (Akabayashi, v.d.)
- Akad, Mehmed/Vural Dinçkol, Bihterin**, *Genel Kamu Hukuku*, Genişletilmiş 3. Basım, İstanbul, 2004.
- Akıncı, Şahin**, “Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları-I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul, 2007, s. 137-144. (Ölüden Organ Alınması)
- Akıncı, Şahin**, “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünölen Yeni Düzenlemeler”, *SÜHFD*, 1995, s. 427-448. (Cesetten Yapılan Nakiller)
- Akıncı, Şahin**, *Türk Özel Hukuku’nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara, 1996. (Biyolojik Madde)
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya**, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku*, C. 1, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2014.

- Akkanat**, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul, 2004.
- Aksaray**, Buse, “Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu”, *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, İstanbul, 2012, s. 153-166.
- Aksoy**, Şahin, “Kadavradan Organ Bağışını Artırmaya Yönelik Bir Öneri”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi*, C. 11, S. 3, 2003, s. 189-194.
- Aksoy Dursun**, Sanem, *Eşya Kavramı*, 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- Akünel**, Teoman, “2238 Sayılı ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’ Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1983, s. 19-30.
- Akyıldız**, Sunay, “2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu ile Organ Bağışı”, *A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul, 2007, s. 288-293.
- Algan**, Hazal, *Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Ticareti Suçları*, 1. Baskı, Ankara, 2018.
- Altun**, Abdurrahim, “Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *NEÜHFD*, C. 1, S. 1, 2018, s. 37-52.
- Antalya**, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması - Türk Hukukunda Manevi Zararı İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 221-250.
- Antalya**, O. Gökhan, *Eşya Hukuku*, C. 1, İstanbul, 2017. (Eşya Hukuku)
- Arpacı**, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, *YÜHFD*, C. 6, S. 2, 2009, s. 5-14.
- Ataay**, Aytekin, “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, İstanbul, 1996, s. 25-29.

- Atamer**, Yeşim M., “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, S. 1-2, Y. 1999-2000, s. 125-155.
- Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Baskı, 2016. (Miras Hukuku)
- Ayan**, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 1991. (Tıbbi Müdahale)
- Aydın**, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2008.
- Aygörmez**, Gülsün Ayhan, “(Alman) Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon Kanunu) Çevirisi”, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 95-118.
- Ayiter**, Nuşin, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFD, C. 25, S. 1-2, 1968, s. 137-144.
- Aytekin**, Faruk Önder, “Transplant Koordinasyon”, Bozok Tıp Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 92-96.
- Badur**, Emel, “Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması”, ÇÜHFD, C. 5, S. 1, 2020, s. 275-312. (Organ ve Doku)
- Badur**, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, 1. Baskı, Ankara, 2017. (Tıbbi Müdahale)
- Banak**, Selim, Etik ve Hukuki Yönleriyle Organ ve Doku Nakilleri, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Tarık Polat İşoğlu), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Mersin, 2014.
- Barker**, Clyde F./**Markmann**, James F., “Historical Overview of Transplantation”, Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine, Vol. 3, Iss. 4, 2013, s. 1-18.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3684003/> E.T: 06.08.2020.

- Başar**, Didem, “Hekimin Embriyonik Kök Hücre Naklinden Dolayı Kişisel Sorumluluğu”, TAAD, S. 39, 2019, s. 189-214.
- Başpınar**, Veysel, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları-I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 191-215.
- Battal**, Ayşenur, Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Demir), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk - Medeni Hukuk- Anabilim Dalı, Ankara, 2012.
- Batur Özçetin**, Arzu, “Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması ve Yasal Durumlar”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 147-156.
- Bauchner**, Howard/**Vinci**, Robert, “What Have We Learnt From the Alder Hey Affair?”, British Medical Journal, Vol. 322, Iss. 7282, 2001, s. 309-310.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1119560/> E.T: 14.09.2020
- Bayraktar**, Köksal, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’a İlişkin Düşünceler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 2, s. 15-22. (Organ ve Doku)
- Bayraktar**, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972. (Cezai Sorumluluk)
- Baysal**, Başak, Haksız Fiil Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2019.
- Beksaç**, Meral, “Kök Hücre: Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?”, Bilim ve Teknik, S. 511, 2010, s. 36-41.
- Bezinover**, Dmitri/**Saner**, Fuat, “Organ Transplantation in the Modern Era”, BMC Anesthesiology, 2019, s. 1-4.
<https://bmcanesthesiol.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12871-019-0704-z> E.T: 06.08.2020.

- Bilge**, Necip, Hukuk Başlangıcı, 5. Baskı, Ankara, 1983.
- Bilgin**, A. Arif, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İstanbul, 1968. (Bilgin, A.)
- Bilgin**, Nevzat, “Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü”, Doku ve Organ Transplantasyonları, Ankara, 1993, s. 9-26. (Bilgin, N.)
- Biton Serdaroğlu**, Erika, “Ölüden Organ Nakli”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s. 153-168.
- Bozkurt**, Gülnihal, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, AÜHFD, C. 38, S. 1, 1981, s. 65-103.
- Bruno**, Bethany/**Arora**, Kavita Shah, “Uterus Transplantation: The Ethics of Using Deceased vs. Living Donors”, The American Journal of Bioethics, Vol. 18 Iss. 7, 2018, s. 6-15. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6296249/pdf/nihms-1514899.pdf> E.T: 07.02.2021.
- Cenan**, Rasime Sevgi, “Kadavradan Organ Naklinde Biyoetik Sorunlar”, Bezmialem Vakıf Üniversitesi Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul, 2018, s. 157-161.
- Cihan**, Ali Hulki, “Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar”, BÜHFD, C. 1, S. 2, 2015, s. 89-97.
- Çetin**, Gürsel, “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul, 2007, s. 176-182.
- Çilingiroğlu**, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993.
- Dangoor**, Joseph Yoav/**Hakim**, David N./**Singh**, Rajinder Pal/**Hakim**, Nadey S., “Transplantation: A Brief History”, Experimental and Clinical Transplantation, Vol. 13 Iss. 1, 2015, s. 1-5. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25542855/> E.T: 07.08.2020.
- Doğan**, Cahid, “Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ Ya Da Doku Nakli)”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 243-270. (Doğan, C.)

- Doğan, İlyas**, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2019. (Doğan, İ.)
- Doğan, Murat**, “Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ankara, 2020, s. 135-146. (Doğan, M.)
- Dor, Frank J.M.F/Massey, Emma K./Frunza, Mihaela**, “New Classification of ELPAT for Living Organ Donation”, Transplantation Journal, Vol. 91, Iss. 9, 2011, s. 935-938. https://journals.lww.com/transplantjournal/Fulltext/2011/05150/New_Classification_of_ELPAT_for_Living_Organ.1.aspx E.T: 09.09.2020.
- Dönmezer, Sulhi**, “Organ Nakli”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 373-380.
- Durak, Yasemin**, “Rahim (Uterus) Nakli”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s. 127-151.
- Dural, Mustafa**, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 249-258.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2019.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2015.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut**, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2016.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2014.
- Edisan, Zehra/Akgül, Mehmet Ali/Kadıoğlu, Selim**, “Organ Nakliyle İlgili Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İsviçre ile Türkiye Arasında Bir Karşılaştırma”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları-I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 603-612.

- Ekici Şahin**, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- Elmas**, İmdat/**Tepehan Eraslan**, Selma, “Beyin Ölümü Kavramı ve Organ Transplantasyonu”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp-Özel Konular, C. 2, S. 1, 2016, s. 8-11.
- Erdoğan**, Ayşen, “Yoğun Bakım Ünitelerinde Beyin Ölümünün Teşhisi”, SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, 2014, s. 158-162.
- Erem**, Faruk, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, YD, C. 5, S. 4, 1979, s. 707-718.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015. (Borçlar Genel)
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015. (Borçlar Özel)
- Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2016. (Mülkiyet Hukuku)
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek, Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Erman**, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, Ankara, 2003.
- Erpek**, Ayşe Güner, Organ Naklinde Rıza, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Sevinç Arslan Hızal), İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Sağlık Hukuku Programı, İzmir, 2015.
- Ertem**, Burcu, Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları, (Danışman: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2015.
- Ertin**, Hakan/**Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Başagaoglu**, İbrahim, “Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 923-938.
- Fabre**, John, “Presumed Consent For Organ Donation: A Clinically Unnecessary and Corrupting Influence in Medicine And Politics” Clinical Medicine, Vol. 14, Iss. 6,

2014, s. 567-571. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4954124/#CIT0006>
E.T: 13.02.2021.

Furness, Peter N., “The Human Tissue Act”, British Medical Journal, Vol. 333, S. 7567,
2006, s. 512-513. <https://www.bmj.com/content/333/7567/512> E.T: 13.02.2021.

Gökçen, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, SÜHFD, C. 8, S. 1-2, 2000, s.
63-85.

Görmez, Gizem, Türk Borçlar Hukuku’nda Yakın Kişi Kavramı, 1. Baskı, Ankara, 2018.

Gözübüyük, Alper, “Solid Organ Nakil Tarihi”, s. 3.
<http://www.jcam.com.tr/files/KATD-1720.pdf> E.T: 08.08.2020. (Gözübüyük, A.)

Gözübüyük, Gizem, Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ ve Doku Naklinin Hukuki
Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2016.
(Gözübüyük, G.)

Gruessner, Rainer W.G./**Benedetti**, Enrico, Living Donor Organ Transplantation, 1st
Edition, 2008.

Gülel, İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara, 2018.

Gürzumar, Osman Berat, “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine
Düşünceler”, ABD, S. 3, 1991, s. 364-389.

Güven, Kudret/**Esener**, Turhan, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2017.

Haberal, Mehmet, “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları”, Doku ve Organ
Transplantasyonları, Ankara, 1993, s. 3-8.

Hakeri, Hakan, “Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı,
Ankara, 2014, s. 189-206. (Kadavradan Nakil)

Hakeri, Hakan, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş
Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, YÜHFD, C. 6, S. 2, 2009, s. 31-48. (Aydınlatma)

- Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Ankara, 2007. (Tıp Hukuku)
- Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku El Kitabı, 21. Baskı, Ankara, 2020. (El Kitabı)
- Hakim, Nadey S.**, Introduction To Organ Transplantation, 2nd Edition, Imperial College Press, London, 2012.
- Hardcastle, Rohan**, Law And The Human Body Property Rights, Ownership And Control, Oxford, 2007.
- Harris, J. W.**, “Who Owns My Body”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16, 1996, s. 55-84.
- Hatemi, Hüseyin**, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul, 2018.
- Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul, 2012. (Gerçek Kişiler)
- Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, 1. Baskı, İstanbul, 2001. (Koruyucu Davalar)
- Heper, Altan**, “Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Sağlardan Organ Nakli (Organ Nakli Yasası) Konusundaki Bir Kararının Çevirisi”, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 307-316.
- Işıl Ülman, Yeşim**, “Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Görüşü (Ülkemizde Son Dönemde Gerçekleşen Organ ve Kompozit Doku Nakilleri Bağlamında)”, Biyoetik Araştırmaları, 2012, s. 1-4.
<https://www.researchgate.net/publication/268217168> E.T: 09.08.2020
- Johnson, Gillian/Wilson, Alex**, “Human Tissue Act 2004: The Age of Consent Arrives in the UK”, Journal of Commercial Biotechnology, Vol. 12, Iss. 1, 2005, s. 40-44.
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1057/palgrave.jcb.3040146.pdf> E.T: 14.09.2020.
- Jović, Nebojša J./Theologou, Marios**, “The Miracle of the Black Leg: Eastern Neglect of Western Addition To The Hagiography of Saints Cosmas And Damian”, Journal

AMHA, Vol. 13, Iss. 2, 2015, s. 329-344. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27604202/>
E.T: 06.08.2020.

Kahraman, Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İÜHFD, C. 7, S. 1, 2016, s. 479-509.

Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017.

Kaplan, Yavuz, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 523-552.

Kara Kılıçarslan, Seda, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, 1. Baskı, İstanbul, 2015.

Karabağ Bulut, Nil, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

Karakaş, Fatma Tülay, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara, 2015.

Karakayalı, Hamdi/**Haberal**, Mehmet, “The History and Activities of Transplantation in Turkey”, Transplantation Proceedings, Vol. 37, Iss. 7, 2005, s. 2905-2908. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0041134505007682?via%3Dihub>
E.T: 08.08.2020.

Karauz, Ağâh Kürşat, “Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?”, İÜHFD, C. 9, S. 1, 2018, s. 349-370.

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, İstanbul, 2007, s. 773-782.

Katoğlu, Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi”, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 157-193.

- Kavak, Zehra N./Ceyhan, Nejat/Yalçın, Şebnem/Pekin, Sakıp,** “Sjögren Sendromu ve Anensefali”, Türkiye Klinikleri Jinekoloji Obstetrik, C. 6, S. 3, 1996, s. 233-235.
- Kaya, Mine,** “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBBD, S. 100, 2012, s. 45-82.
- Kıcalıoğlu, Mustafa,** Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları,1. Baskı, Ankara, 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet,** “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, TBBD, C. 3, S. 2, 1991, s. 246-265.
- Kırca, Çiğdem,** “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2019.
- Kocamaz Şahin, Begüm,** Organ Nakli Hukuku-Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması, İstanbul, 2019.
- Koçak Süren, Özlem,** “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, TBBD, C. 20, S. 73, 2007, s. 174-195.
- Koyuncu Aktaş, Nihan,** Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.
- Kök, Ahmet Nezh,** “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, S. 1, 2018, s. 147-162.
- Krüger, Matthias,** “Alman Organ Nakli Hukuku Bakış Açısıyla Yüz, Kol ve Rahim Nakilleri”, (Çev. Yener Ünver), Hukuk Köprüsü Dergisi, C. 1, S. 2, 2012, s. 185-192.

- Kurt**, Munise Gülen, Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Özge Yücel), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2020.
- Kühn**, Christoph Hermann, “Yeni Alman Nakil Kanunu”, (Çev. Yener Ünver), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s.119-134.
- Maurer**, Susan, “İsviçre Hukuku’na Göre Ölüm Sonrası Organ Alımı”, (Çev. Özlem Yenerer Çakmut), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, 2009, s. 245-258.
- McMaster**, Paul/**Vadeyar**, Hemant, “Spain Model: World Leaders in Organ Donation”, Liver Transplantation, Vol. 6 Iss. 4, 2000, s. 501-512.
<https://aasldpubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/lt.500060409> E.T: 13.02.2021.
- Nagel**, Markus, “Organtransplantation und Internationales Privatrecht”, 1st Edition, Heidelberg, 2009.
- Nar**, Ahmet, “İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 55-56, 2009, s. 7-24.
- Oehler**, Wolfgang, “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”, (Çev. Yener Ünver), YÜHFD, C. 6, S. 2, 2009, s. 15-28.
- Oğuzman**, M. Kemal, “Tıpta Hastanın Muvafakatinin Alınmasının Hukuki Yönü”, Adli Tıp Dergisi, C. 5, S. 1-2, 1989, s. 81-84.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2016. (Cilt 1)
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, 2020. (Cilt 2)

- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2017. (Eşya Hukuku)
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Bası, İstanbul, 2019. (Kişiler Hukuku)
- Oktay, Bülent**, “Organ ve Doku Naklinde Etik ve Hukuksal Sorunlar”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları-I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, 2007, s. 149-153.
- Oral, Tuğçe**, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, ABD, S. 2, 2011, s. 185-210.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin**, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara, 2003, s. 55-77.
- Öncel, Öztan/Namal, Arın**, “Evrimsel Bakışla Tıp Etiği Açısından Ceset”, II. Uluslararası Tıp Tarihi ve Tıbbi Etik Kongresi’ne Sunulan Tıbbi Etikle İlgili Bildiriler, İstanbul, 2002, s. 85-111.
- Özarpat, Hilmi**, “Transplantasyon=Organ Nakli Hukuku”, ABD, C. 25, S. 2, 1968, s. 258-259.
- Özbilen, Arif Barış**, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011.
- Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar**, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, 2007, s. 49-73.
- Özdemir, Hayrunnisa**, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017. (Özdemir, H.)
- Özdemir, Salim**, “Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler”, YD, C. 2, S. 1, 1975, s. 103-111. (Özdemir, S.)

- Özel,** Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 43-77.
- Özmen,** Selahattin, “Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri”, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 157-164.
- Özsunay,** Ergun, “ ‘Oviedo Sözleşmesi’ ve ‘Ek Protokol’ Uyarınca İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakilleri (Oviedo Sözleşmesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirme)”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi, Antalya, 2017. (Oviedo Sözleşmesi)
- Özsunay,** Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s. 29-59. (Aydınlatma Ödevi)
- Öztan,** Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 39. Bası, Ankara, 2014.
- Parlak,** Şafak, “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, TBBD, S. 83, 2009, s. 189-222.
- Petek,** Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006, s. 177-239.
- Petek,** Hasan, Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara, 2015. (Kişilik Değerleri)
- Price,** David, Human Tissue in Transplantation and Research: A Model Legal and Ethical Donation Framework (Cambridge Law, Medicine and Ethics), 1st Edition, Cambridge, 2009.
- Reisoğlu,** Safa, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 1984.
- Richardson,** Ruth, “Human Dissection And Organ Donation: A Historical And Social Background”, Mortality, Vol. 11 Iss. 2, 2006, s. 151-165.
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576270600615419> E.T: 01.02.2021.

- Rock**, Charles N., “The Living Dead: Anencephaly and Organ Donation”, New York Law School Journal of Human Rights, Vol. 7, Iss. 1, 1989, s.243-277.
https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=journal_of_human_rights E.T: 11.03.2021
- Rosenblum**, Amanda M./ **Horvat**, Lucy D./**Siminoff**, Laura A./**Prakash**, Versha/**Beitel**, Janice/**Garg**, Amit X, “The Authority Of Next-Of-Kin in Explicit And Presumed Consent Systems For Deceased Organ Donation: An Analysis of 54 Nations”, Nephrology Dialysis Transplantation, Vol. 27, Iss. 6, 2012, s. 2533-2546.
<https://academic.oup.com/ndt/article/27/6/2533/1937357> E.T: 11.02.2021.
- Samancı**, Uğur, “Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi”, DEÜSBED, C. 18, S. 1, 2016, s. 55-89.
- Sansar**, Hatice Arzu, “Organ ve Doku Naklinin Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Bezmialem Vakıf Üniversitesi Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul, 2018, s. 71-89.
- Sarial**, M. Enis, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986.
- Schreiber**, Hans-Ludwig, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, (Çev. V. Özer Özbek), Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Ankara, 2004, s. 91-100. (Hücre-Doku-Organ)
- Schreiber**, Hans-Ludwig, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, (Çev. Ali Kemal Yıldız), Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Ankara, 2004, s. 151-159.
- Schroth**, Ulrich, “Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları”, V. Türk-Alman Hukuk Sempozyumu, Ankara, 2008, s. 313-327.
- Sengir**, Turgut, “Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler”, AD, C. 1, S. 11-12, Y. 59, 1968, s. 645-660.

- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk (Genel Bölüm- Kişiler Hukuku), 7. Bası, İstanbul, 2017. (Kişiler Hukuku)
- Serozan, Rona**, Taşınır Eşya Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul, 2007. (Taşınır Eşya)
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey**, Miras Hukuku, 6. Baskı, 2019.
- Sert, Selin/Cihan, Ali Hulki**, Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, İstanbul, 2013.
- Sharif, A./Singh, M. Fiatarone/Trey, T./Lavee, J.**, “Organ Procurement From Executed Prisoners in China”, American Journal of Transplantation, Vol. 14, Iss. 10, 2014, s. 2247-2252. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25059474/> E.T: 13.02.2021.
- Sirmen, Lale**, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2015.
- Söğüt, İpek Sevda**, “Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları”, TBBD, S. 134, 2018, s. 37-70.
- Sözüer, Erdoğan**, “Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ankara, 2020, s. 15-50.
- Şahan, Gökhan**, “Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s. 169-186.
- Şahin, Mehmet Metin**, Canlı Vericili Organ Nakli ve Aydınlatma Yükümlülüğü, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Sevgi Usta), Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.
- Şahinoğlu, Serap**, “Organ Nakli ve Etik Sorunlar”, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, 1. Baskı, 2014, s. 199-204.
- Şenocak, Zarife**, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 65-80.
- Tacir, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, 2011.

- Terzioğlu**, Aslan, “Organ Transplantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 1993, s. 35-52.
- Toroslu**, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, 1978 s. 91-118.
- Ün**, Mine/**Erbaş**, Oytun, “Uterus Nakli”, FNG & Demiroğlu Bilim Tıp Transplantasyon Dergisi, C. 3, S. 1-2, 2018, s. 42-46.
- Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2012.
- Ünver**, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, 2005, s. 182-198. (Biyo-Hukuk)
- Ünver**, Yener, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 7, 2008, s. 203-221. (Hukuksal Boyut)
- Üzülmez**, İlhan, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, 2013.
- Vatanoğlu**, Emine Elif, Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları, Doktora Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Hanzade Doğan), İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.
- Vural**, Abdülgaffar, Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Gürol Cantürk), Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalı, Sağlık Hukuku Programı, Ankara, 2017.
- Wandler**, Michelle, “The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy”, Third Year Paper, Harvard Law School, 2001.
<https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/8852197/Wandler.html?sequence=2> E.T: 25.01.2021.

Wijdicks, Eelco F. M., “How Harvard Defined Irreversible Coma”, *Neurocritical Care Journal*, Vol. 29, Iss. 1, 2018, s. 136-141.
<https://link.springer.com/article/10.1007/s12028-018-0579-8> E.T: 15.02.2021.

Willis, Wayne R., “The Anencephalic as Organ Donor: Whose Baby Is It Anyway?”, *Journal of Religion and Health*, Vol. 29, Iss. 2, 1990, s. 139-148.
<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11651996/> E.T: 19.03.2021.

Yavuz İpekyüz, Filiz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul, 2006.

Yenerer Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003.

Zengin, Mehmet Ali, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, *TAAD*, S. 18, 2014, s. 153-196.

Zevkliler, Aydın, “2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, Ankara, 2000, s. 277-303. (Organ-Doku)

Zevkliler, Aydın, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *DÜHFD*, C. 1, S. 1, 1983, s. 1-37. (Tedavi)

Zeytin, Zafer, “Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları-I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul, 2007, s. 251-264.

Ziroğlu, Şefik, *Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar*, Ankara, 2019.

İnternet Kaynakları

British Medical Journal <https://journals.bmj.com/>

HukukTürk <https://www.hukukturk.com/>

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <https://www.kazanci.com.tr/>

Legal Online Veri Tabanı <https://www.legalonline.com.tr/>

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası <https://legalbank.net/arama>

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <https://www.lexpera.com.tr/>

Medical Dictionary by Farlex <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/>

Mevzuat Bilgi Sistemi <https://www.mevzuat.gov.tr/>

National Library of Medicine <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/>

Oxford University Press <https://academic.oup.com/journals/>

Springer E-Books <https://link.springer.com/>

T.C. Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/>

Turcademy Online Akademik Portal <https://www.turcademy.com/tr>

Türk Dil Kurumu Sözlükleri <https://sozluk.gov.tr/>