



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ**



TÜRK HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKLİ

Abdülga  ar VURAL

**Dİ  İPLİNLERARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TE  İ**

**DANIŞMAN
Prof.Dr.Gürol CANTÜRK**

**ANKARA
2017**

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKLİ

Abdülga  ar VURAL

DİSİPLİNLERARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof.Dr.Gürol CANTÜRK

ANKARA
2017

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Yüksek Lisans tezi olarak hazırlayıp sunduğum “Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli” başlıklı tez; bilimsel ahlak ve değerlere uygun olarak tarafımdan yazılmıştır. Tezimin fikir/hipotezi tümüyle tez danışmanım ve bana aittir. Tezde yer alan çalışma/araştırma tarafımdan yapılmış olup, tüm cümleler, yorumlar bana aittir.

Yukarıda belirtilen hususların doğruluğunu beyan ederim.

Öğrencinin Adı Soyadı: Abdülgaıffar VURAL

Tarih: 23 Ocak 2017

İmza:

Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü
Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalında
Abdülgaffar VURAL tarafından hazırlanan
“Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli” adlı tez çalışması
aşağıdaki jüri tarafından YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak
OY BİRLİĞİ ile kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 23.03.2017

Prof.Dr.Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Jüri Başkanı

Prof.Dr.Gürol CANTÜRK
Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi
Üye

Yrd.Doç.Dr.Ezgi AYGÜN EŞİTLİ
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Üye

Tez hakkında alınan jüri kararı, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü
Yönetim Kurulu tarafından onaylanmıştır.

Prof.Dr.K.Zafer KARAER
Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürü

İÇİNDEKİLER

Etik Beyan	ii
Kabul ve Onay	iii
İçindekiler	iv
Önsöz	vii
Kısaltmalar	viii
1. GİRİŞ	1
2. ORGAN VE DOKU NAKLİNİ DÜZENLEYEN NORMLAR	3
2.1. Organ ve Doku Kavramları	3
2.2. Avrupa Ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletlerindeki Düzenlemeler	4
2.3. Türkiye’de Organ ve Doku Nakline İlişkin Düzenlemeler	7
2.3.1. 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun	9
2.3.1.1. 2238 Sayılı Kanunun Genel Hükümleri	11
2.3.1.2. 2238 Sayılı Kanunun Canlı Vericiden Transplantasyonu Düzenleyen Hükümleri	13
2.3.1.3. 2238 Sayılı Kanunun Ölüden Organ ve Doku Alınmasını Düzenleyen Hükümleri	16
2.3.2. Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme	20
2.3.3. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	21
2.3.4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme	27
2.3.5. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği	29
2.3.6. Alt Düzenleyici İşlemler	31
2.3.7. Organ ve Doku Naklinde Sosyal Güvenlik Kurumu Düzenlemeleri	31
3. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU	34
3.1. Yetkili Sağlık Personeli Olma	35
3.2. Aydınlatılmış Rıza	37
3.2.1 Aydınlatma	38
3.2.2. Rıza Ehliyeti	40
3.2.2.1 Alıcının Rıza Ehliyeti	40
3.2.2.2. Canlı Vericinin Rıza Ehliyeti	43
3.2.2.3. Ölüden Organ ve Doku Alınmasında Ölümün Tespiti ve Rıza	46
3.2.2.3.1. Ölümün Tespiti	46
3.2.2.3.1.1. Türk Nöroloji Derneği Beyin Ölümü Tanı Kılavuzu	49
3.2.2.3.1.1.1. Ön Koşullar	50
3.2.2.3.1.1.2. Beyin Ölümü Temel Bulguları	51
3.2.2.3.1.1.3. Bekleme ve Gözlem	51
3.2.2.3.1.1.4. Destekleyici Test	52
3.2.2.3.2. Ölüden Organ ve Doku Bağışında Rıza	52
3.3. Endikasyon	55
3.4. Tıp Bilimine Uygun Özenli Müdahale	56
4. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU	59
4.1. Yaşayan Kişiden Hukuken Geçerli Rıza Olmadan Organ veya Doku Alma Suçu	59
4.1.1. Fail	60

4.1.2. Mağdur	60
4.1.3. Hukuki Konu	60
4.1.4. Maddi Konu	60
4.1.5. Fiil	60
4.1.6. Kusurluluk	61
4.1.7. Hukuka Aykırılık	61
4.1.8. Ceza	63
4.2. Ölüden Hukuka Aykırı Olarak Organ veya Doku Alma Suçu	63
4.2.1. Fail	63
4.2.2. Mağdur	64
4.2.3. Hukuki Konu	64
4.2.4. Maddi Konu	64
4.2.5. Fiil	64
4.2.6. Kusurluluk	64
4.2.7. Hukuka Aykırılık	65
4.2.8. Ceza	65
4.3. Organ veya Doku Satma, Satın Alma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu	65
4.3.1. Fail	66
4.3.2. Mağdur	66
4.3.3. Hukuki Konu	66
4.3.4. Maddi Konu	66
4.3.5. Fiil	66
4.3.6. Kusurluluk	67
4.3.7. Hukuka Aykırılık	68
4.3.8. Ceza	68
4.4. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmiş Organ veya Dokuyu Saklama, Nakletme, Aşılama Suçu	70
4.4.1. Fail	70
4.4.2. Mağdur	70
4.4.3. Hukuki Konu	70
4.4.4. Maddi Konu	70
4.4.5. Fiil	70
4.4.6. Kusurluluk	71
4.4.7. Hukuka Aykırılık	71
4.4.8. Ceza	71
4.5. Çıkar Karşılığında Organ veya Doku Teminine Yönelik İlan, Reklam Verme veya Yayınlama Suçu	72
4.5.1. Fail	72
4.5.2. Mağdur	72
4.5.3. Hukuki Konu	72
4.5.4. Fiil	73
4.5.5. Kusurluluk	73
4.5.6. Hukuka Aykırılık	73
4.5.7. Ceza	73
4.6. Tüzel Kişilerin Sorumluluğu	73
4.7. Zorunluluk ve Etkin Pişmanlık	74
4.7.1. Zorunluluk Hali	74
4.7.2. Etkin Pişmanlık	75

5. SONUÇ VE ÖNERİLER	77
ÖZET	80
SUMMARY	81
KAYNAKLAR	82
ÖZGEÇMİŞ	85



ÖNSÖZ

Bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin insanda organ ve doku naklini mümkün hale getirmesiyle birlikte, özellikle kendisinin sağlığına bir yarar sağlanmayan vericilerin korunmasına ve organ ticaretinin önlenmesine yönelik olarak diğer egemen devletlerde olduğu gibi Türk hukukunda da ihtiyaç duyulan özel düzenlemeler yapılagelmektedir. Bu tez çalışmasında Türk hukukunda organ ve doku naklinin hukuka uygunluk koşulları ile organ ve doku ticareti suçu, ilgili mevzuat, yargı kararları, öğretideki görüşler ve bazı yabancı ülkelerdeki yaklaşımlarla birlikte incelenmektedir.

Tezimin hazırlanmasında ve yüksek lisans eğitimimin her aşamada desteğini daima sürdüren, hukuk fakültesi öğrenciliğimden beri eğitimimde her zaman katkısı büyük olan danışmanım Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı sayın hocam Prof.Dr. Gürol CANTÜRK'e teşekkürlerimi arz ederim. Sağlık hukuku alanında yetişmeme ve eğitimime katkıları olan hocalarım aynı anabilim dalı öğretim üyesi sayın Prof.Dr.İ.Hamit HANCI'ya, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı sayın Prof.Dr.Muharrem ÖZEN'e, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi sayın Doç.Dr. Erdal YERDELEN'e, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi sayın Yrd.Doç.Dr.Ezgi AYGÜN EŞİTLİ'ye, ayrıca eğitim öğretim yürütülmesinde yardımlarını esirgemeyen Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalı ile Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı akademik ve idari personeline ve sağlık hukuku yüksek lisans programı öğrencisi arkadaşlarıma teşekkür ederim.

KISALTMALAR

TCK	:Türk Ceza Kanunu
Biyotıp Sözleşmesi	:Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
TMK	:Türk Medeni Kanunu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
GATA	: Gülhane Askeri Tıp Akademisi

1. GİRİŞ

Tıp ve fen bilimlerindeki gelişmeler, zaman içinde yeni teşhis ve tedavi yöntemlerinin bulunmasını sağlayarak insanlığın hizmetine sunmaktadır. Öte yandan tıbbi girişimler aslında temel kişi haklarından olan vücut dokunulmazlığına müdahale niteliğini taşıdığından dolayı, bu girişimlerin hukuka uygunluk koşullarını sağlamaları gerekmektedir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun koşulları ve bu müdahalelerden doğan hukuki ve cezai sorumlulukların çerçevesi genel olarak mevzuat, yargısal içtihatlar ve öğreti ile çizilmektedir. Ancak bilimsel ilerlemeler sonucunda geliştirilen bazı teşhis ve tedavi yöntemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasında genel hükümler yeterli olamamakta ve bu şekilde özellik gösteren tıbbi müdahaleler için özel düzenlemelere ihtiyaç ortaya çıkmaktadır.

Sosyal hayatı düzenleme amacını güden hukuk normlarının oluşumu ise toplumsal ihtiyaçlardan etkilenmekte, bilim ve teknolojiadaki ilerlemeler sonucunda hayata geçen yeni araç, imkân ve durumlar yeni hukuk normlarına ihtiyaç gösterebilmektedir (Güriz, 2011, s:31).

Biyoloji ve tıp bilimlerindeki ilerlemelerle, özellikle de canlıların bağışıklık sistemlerini baskılayarak kendilerine ait olmayan organ ve dokulara karşı gösterdikleri direnci kırmayı sağlayan ilaçların (*immunosuppressifler*) bulunmasıyla birlikte, organları işlevini yitirmiş hasta insanlara (*alıcı – resipient*), canlı veya ölmüş başka insanlara (*verici – donör*) ait organ ve dokuların alınarak nakledilmesi (*transplantasyon*) mümkün hale gelmiştir. Bu sayede yaşamsal önemi olan organlarının geri dönüşümsüz olarak işlevlerini yitirdikleri hastalarda organ nakli onların hayata tutunmalarında çok önemli bir tedavi yöntemi olarak ortaya çıkmıştır (Krensky ve Clayberger, 2001).

Organ ve doku nakli özellikle verici açısından genel tıbbi müdahale esaslarından farklılık gösterdiğinden dolayı özel hukuki düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Öte yandan toplumların evrimiyle birlikte kanunilik ilkesinin esas olduğu ceza hukukunda ceza yaptırımıyla korunan ve suçla ihlal edilen değer ve menfaatler de evrim geçirebilmektedirler. İnsanın hukukta ve etikte korunan en üstün

değer olması, kendisinin, vücudunun, organ ve dokularının malvarlığı kapsamında bir mal olmaması, diğer bir deyişle insanın bir nesne ya da şey değil de süje olması noktasında, tıp bilim ve tekniğindeki söz konusu gelişmeler sonucunda yaşayan veya ölmüş bir insandan başka bir hasta insana organ naklinin mümkün hale gelmesiyle birlikte ihtiyaç duyulan hukuki düzenlemelerde temel yaklaşım üstün insani değerler olan hasta bir insana yardım ve bağış duyguları olmuş, bir taraftan rızaya dayalı bağış esas alınırken, diğer taraftan da çıkar amaçlı olarak insan doku ve organlarının kullanılması, yani organ ve doku ticareti yasaklanarak ceza hukuku açısından suç olarak kabul edilmiştir (Hafizoğulları ve Özen, 2013).

Bu çalışmada Türk hukukunda organ ve doku naklini düzenleyen mevzuatın, canlıdan ve ölüden organ ve doku alınması ile naklinin hukuka uygunluğunun esas ve şekil yönünden koşulları, ölüden organ naklinde ölüm halinin tespiti, ceza hukukunda organ ve doku ticareti suçu açılarından, son dönemdeki değişiklikleriyle birlikte incelenmesi, öğretideki görüşler, yargı kararları ve bazı yabancı ülkelerdeki yaklaşımlarla birlikte değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

2. ORGAN VE DOKU NAKLİNİ DÜZENLEYEN NORMLAR

Bugün için egemen devletler, kendi ülkeleri sınırları içinde canlıdan ve ölüden organ nakli hususlarını kendi mevzuatları ile düzenlemektedirler ve bu nedenle bazı ülkelerde diğerlerinden daha farklı yaklaşımlar söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda bazı ülkelerde yasaklanmış olan organ kaynağı yaklaşımları başka bazı ülkelerde yasal olabilmektedir (Çolakoğlu ve ark, 1998). Mesela organ ticaretini yasaklayan batılı bir ülke dahi bazen ödüllendirilmiş bağış şeklinde yaklaşımlarla canlı organ vericilerine bazı yararlar sağlanmasına cevaz verebilmektedir.

2.1. Organ ve Doku Kavramları

Sözlük anlamı olarak organ “Vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv”, doku ise “Bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü, nesiç” şeklinde tanımlanmaktadır (Türk Dil Kurumu, 2016).

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “organ veya doku ticareti” başlıklı 91. maddesinde canlıdan hukuka aykırı olarak organ alma suçu ile doku alma suçunun cezalarının farklı olarak düzenlenmesi nedeniyle organ ve dokunun farklarının belirlenmesi önem kazanmaktadır. Bu hususu açıkça düzenleyen bir kanuni düzenleme mevcut olmamakla birlikte ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin temel düzenleme olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.*” düzenlemesinden insanın bir organın bir parçasının da organ olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ölüden hukuka aykırı olarak organ alma fiili ile doku alma fiili arasında ise ceza miktarı açısından bir farklılık bulunmamakta olduğundan organ ve doku ayırımı özellikle canlı verici açısından önem taşımaktadır. Doku aynı veya benzer yapı ve işlevi olan hücrelerden meydana gelen topluluk iken, organ dokuların bir araya gelerek oluşturdukları yapısal ve işlevsel bütünlüğü olan vücut birimini

ifade etmektedir (Taşkın, 1997, s:1). Somut olaylardaki maddi konunun organ veya doku olması hususunda uyuşmazlık çıktığı takdirde bilirkişi incelemesine başvurulacaktır (Hafizoğulları ve Özen, 2013).

Deri veya kemik gibi bazı organ ve dokuların naklinde kaynak bazen hastanın kendisi olabilmekte ve bu durum *otolog nakil - otogreft* olarak adlandırılmaktadır. Bunu dışında söz konusu olabilecek seçenekler bugün için ya organ vermeye durumu uygun olan gönüllü canlı bir insandır veya durumu uygun olan bir ölüdür (*kadavra*) ve başka bir insandan nakil olan bu durum *allogeneic transplantation – homogreft* olarak adlandırılmaktadır. Bugün için henüz hayvanların böbrek gibi solid organların nakli için organ kaynağı olması (*xenotransplantation - heterogreft*) pratikte mümkün olamamakta, ancak kalp kapakçığı gibi bazı sınırlı durumlarda kaynak oluşturabilmektedir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme insandan başka canlılara ait organ ve dokuları kanunun kapsamına almamakta, hayvanlardan insana organ ve doku nakli (*xenotransplantation - heterogreft*) 2238 sayılı kanunun düzenlediği alanın dışında kalmaktadır.

Keza aynı kanun maddesinin ikinci fıkrası da “*Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.*” şeklindeki düzenlemesiyle bir kişiye kendi organ ve dokusunun aşılması olan *otolog nakil – otogreft* kanunun kapsamı dışında bırakıldığı gibi, aslında birer organ veya doku olduğu şüphe götürmeyen deri ile kan ve saç nakli de 2238 sayılı kanunun düzenleme alanı dışında tutulmuştur. Söz konusu organ ve dokuların nakilleri ile otolog nakillere ilişkin müdahalelerin genel sağlık mevzuatına ve yapılırsa özel düzenlemelere bırakıldığı görülmektedir.

2.2. Avrupa Ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletlerindeki Düzenlemeler

Avrupa ülkelerinde organ nakli merkezleri arasında işbirliği amacıyla 1967 yılında kurulan Eurotransplant organizasyonuna dâhil olan ülkelere beyin ölümü

gerçekleşen potansiyel kadaverik donörlerden organ bağışında rıza açısından farklı yasal yaklaşımlar bulunmaktadır (Eurotransplant, 2017).

Bunlardan farzedilen rıza sisteminde beyin ölümü gerçekleşen herkes aksi yöndeki iradesini özellikle kayda geçirtmediği takdirde organ bağışında bulunmuş sayılmaktadır. İtiraz modeli olarak da adlandırılabilen bu sistemi uygulayan ülkeler arasında Avusturya, İspanya, İtalya, Belçika, Hırvatistan, Macaristan, Lüksemburg, Slovenya yer almaktadır. Bu ülkelerde de bazı hekimlerin donörün yakınlarının rızasını aradıkları görülmektedir.

Aydınlatılmış rıza sistemini uygulayan ülkelerde ise ölüm sırasında yakınlarının iznine dayalı gönüllü bağış esas olmaktadır. Almanya ve Hollanda bu sistemin uygulandığı ülkelerdendir. Türk hukukunda ölüden organ naklindeki rızaya ilişkin düzenlemeler esas itibarıyla bu sisteme yakın olup, ayrıca kişinin sağlığındaki iradesiyle ölümünden sonra organlarını organ aktarımı için bağışlamasına da imkân vermekte, bir istisna olarak da doğal afet ve kaza durumlarında yaşamı ivedi organ nakline bağlı hasta bulunması halinde rızanın aranmayabileceği şeklindeki düzenleme ise farzedilen rıza sistemine benzemektedir.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde organ nakli alanındaki yasal düzenlemeler farklılıklar göstermektedir. Genel olarak bu ülkelerin büyük çoğunluğunda donörü korumaya yönelik olarak genel etik ilkeler doğrultusunda bağlayıcı yasal kurallar bulunmaktadır. Bu bağlamda alıcı ve vericinin kimliklerinin karşı tarafa bildirilmemesi şeklindeki anonimlik ilkesi, kimliklerin belirlenmesine yarayabilecek genetik bilgiler dâhil alıcı ve vericiye ait verilerin mahremiyeti ilkesi ve organ ticaretini önlemek için donörlüğün ödüllendirilmemesi ilkesi çoğu üye ülkede uygulanmaktadır (European Commission, 2003). Bu ilkeler Türk hukukundaki düzenlemelerde de benzer şekilde yer almaktadır.

Canlı ve ölü donörlerde rıza ile ilgili yasal düzenlemeler ise değişkenlik göstermektedir. Akraba olmayan canlı donörlerle ilgili yasal düzenlemeler de farklılıklar göstermekte, bazı ülkelerde resmi bir kurulun önünde beyan aranmaktadır (European Commission, 2003). Türk hukukunda da belli akrabalık derecesinin ötesindeki canlı vericiler için etik kurul onayı aranmaktadır. Beyin ölümü tespit kriterleri ile tespiti yapacak hekim sayısı da ülkeler arasında değişmektedir. Organ

temini ve nakli prosedürlerinde bağlayıcı yetkilendirme aramayan ülkeler de bulunmaktadır.

Almanya’da organ ve doku naklini düzenleyen kanun 1997 yılında çıkmış olup genel olarak canlı ve ölü vericilerden organ ve doku alınması koşullarını, ölümün tespitini, organ dağıtım usullerini ve organ ticareti suçunu düzenlemektedir. Kanun canlı vericiden kendini yenileyemeyen organ veya doku alımında alıcı ile aralarında belli bir yakınlık veya özel bağ bulunmasını, canlı vericinin 18 yaşın üstünde ve rıza ehliyetine sahip olmasını, karşılıksız ve özgür iradesiyle bağışta bulunmasını ve uygun bir ölü donör bulunamamasını aramaktadır. Alman transplantasyon kanunu ölüm halini, büyük beyin, beyincik ve beyin sapının işlevlerinin geri dönülemez şekilde yitilmesi şeklinde tanımladığı beyin ölümü olarak kabul etmektedir (Kocamaz ve Mülazımoğlu, 2016).

İsviçre’de organ ve doku naklini düzenleyen kanun 2004 yılında yürürlüğe konmuştur (Le Conseil Federal, 2017). Kanun ile beyin sapı ile birlikte beyin işlevlerinin geri dönülemez kaybı durumu ölüm hali olarak kabul edilmekte, ölüden organ ve doku alınması için beyin ölümü gerçekleşen 16 yaşından büyük kişinin sağlığındaki iradesi esas alınmakta, bir irade belirtilmemişse yakınlarının rızası aranmaktadır. Canlı vericilerde ise erişkin ve rıza ehliyetine sahip olmaları koşulu aranmakta, yenilenebilir dokular için ise sıkı koşullar altında istisna tanınmaktadır. Oldukça yeni tarihli olan kanun insan kökenli fetal ve embriyoner doku ve hücreler ile hayvan kökenli organ, doku ve hücreler ile ilgili düzenlemeler de içermektedir. Organ, doku ve hücre ticaretini yasaklayan kanun, getirdiği düzenlemeleri ihlal edenlere eylemlerine göre değişen hapis veya para cezası yaptırımları getirmektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde 1984 yılından önce organ nakline ilişkin federal bir yasa bulunmadığından organlar üzerinde kişilerin ve ölü bedenler üzerinde de yakınlarının mülkiyet hakkına benzer bir hakları bulunduğu varsayılmıştır. Bu durumun organ ticaretine yönelik faaliyetlerin başlamasına yol açması üzerine federal bir kanun olarak 19 Ekim 1984 tarihinde Public Law 98-507 sayı ile National Organ Transplant Act (NOTA) çıkarılmıştır (United States Government Printing Office, 1984; Wikipedia, 2017).

Kanunun birinci bölümünde organ temini ve nakliyle ilgili tıbbi, yasal, etik, sosyal düzenlemeleri, immunosupressif tedavi yöntemlerini, kadaverik organ ulusal kayıt sistemini değerlendirecek özel bir görev birimi oluşturulmuş, ikinci bölümünde de kadaverik organ bağışı ve teminiyle ilgili bir kurumsal yapı teşkil edilmiştir. Kanunun üçüncü bölümünde ise organ ticareti suç olarak tanımlanmış ve bu fiili işleyenlere beş yıla kadar hapis veya elli bin dolara kadar para cezası ya da hem hapis hem para cezasının birlikte uygulanması yaptırımı getirilmiştir. Kanunun dördüncü bölümü ise kemik iliği nakline ilişkin bazı düzenlemeler içermektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde potansiyel donörden sorumlu hekimlerin aileyle bir görevlinin organ bağışı hakkında görüşmeyi sağlamaları gerekmektedir.

2.3. Türkiye’de Organ ve Doku Nakline İlişkin Düzenlemeler

Ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin ilk ve temel düzenleme olan 2238 sayılı kanun, çoğu ülkeden daha önce, 1979 yılında yürürlüğe girmiştir.

Bu kanundan önceki dönemde, ölmüş bir şahıstan kornea (gözün saydam tabakası) alınarak yapılan bir nakil ceza davasına konu olmuş ve Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 2.6.1975 tarih, E 1975/2433, K 1975/3150 sayılı kararında “*Organ nakli konusunu iki yönden incelemek gerekmektedir. Hukuki bakımdan, ölü sahibinin muvafakatı dışında ölüden bir organ veya parça alınması halinde İlgililerin Hukuk Mahkemesine dava açarak müdahaleyi yapan doktordan tazminat istemesi söz konusu olabilir. Konunun ceza safhasına gelince: Bazı ülkelerde doktorların yapmakta oldukları organ nakli (Transplantasyon) hakkında kanunlar çıkartılmış ve bunun şartları tesbit edilmiştir. Türkiye’de yıllardan beri doktorlar tarafından bu konuda çalışmalar ve ameliyatlar yapılmakta ise de mevzuatta organ nakline ait gerekli hükümler bulunmadığı gibi tesis etmiş içtihad da yoktur. Konuyu TCK.nun 178.maddesinin 2.fikrası hükmünü göz önünde tutarak incelemek gerekmektedir. Maddenin 1. fıkrasında ölünün naaş ve kemiklerine hakaretten bahsedilmiş 2. fıkrada ise (Bunlar haricinde olarak bir kimse bir ölünün naşını tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın bir naşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa.....cezalandırılır). Hükmü konulmuştur. Mevzu kanun yapıldığı veya dilimize çevrildiği zamanlarda organ nakli diye tıbbi bir mevzuu yoktu. Kanun*

koyucunun mevcut olmayan Organ nakli konusunu da bu maddeye 2. fıkrası ile müeyyide altına aldığı düşünülemez. Maddenin bu fıkrasını incelerken TCK.nun 2. babının 2. faslındaki başlığı da göz önünde tutmak lazımdır. Başlıkta (D.Hürriyeti aleyhine cürümler) denmektedir. Sözü geçen maddenin 2. fıkrasının tedvinindeki sebep ve maksat üzerinde durmak ve failin hareketlerinin din hürriyeti aleyhinde olup olmadığının araştırmak lazımdır. 178. maddedeki hükümlerle mezara ve ölüme tecavüzü önlenmek istenmiştir. Doktorların yaptıkları tıbbi çalışmaların din hürriyeti veya ölüye tecavüzle alaka ve münasebeti yoktur. 178. maddenin 2. Fıkrasını yorumlarken dar mana vermiyerek geniş ve ilerletici bir yorum yapmak zorunluğu vardır. Dünyanın birçok ülkelerinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle (belki ilgilinin muvafakatını almak imkânı bulamadan) Organ nakli yapmaktadırlar. Kanun Koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dair bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fenni ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca biran evvel Organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve Organ naklinin şartlarını Hukuki yönlerini tayin ve tesbit etmektir. **SONUÇ** : Sosyal Sigortalar Hastahanesinde **kanserden ölen bir şahsın gözünü insani ve tıbbi gaye ile görmeyen bir hastaya naklederek görmesini sağlayan doktorların** fiil ve hareketlerinde TCK.nun 178. maddesinin 2.fıkrasındaki maddi ve manevi unsurların suç işlemek kastının bulunmadığı ve **eylemlerinin başka bir suç da teşkil etmediği sonucuna varıldığından** müdahil vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının ve tebliğnamedeki bozma düşüncesinin reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, depo parasının gelir yazılmasına 2.6.1975 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Tespiti yapılarak ceza hukuku açısından ölüden o dönemde organ ve doku naklinin suç teşkil etmeyeceği, ancak tazminat hukukuna konu olabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu kararda aynı zamanda yasa koyucunun gecikmeden organ naklinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi açısından gerekli kanuni düzenlemeleri yapmasına duyulan ihtiyaç da belirtilmiştir (Dönmezer, 1975; Hakeri, 2015, s:851).

Türkiye’ de organ ve doku nakli ile ilgili başlıca mevzuat olarak şunlar sayılabilir:

29.5.1979 tarihinde kabul edilen 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin üçüncü fıkrası

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) “Organ veya doku ticareti” başlıklı 91. maddesi

5013 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan ve 20 Nisan 2004 tarih, 25439 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16.03.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanarak yürürlüğe konan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

01.02.2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği

Bu temel düzenlemeler dışında Sağlık Bakanlığı tarafından çoğu yönerge adıyla çıkarılan muhtelif isimsiz alt düzenleyici işlemler de bulunmaktadır.

2.3.1. 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

Ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin ilk ve temel düzenleme olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 03 Haziran 1979 tarih, 16655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş, daha sonra 27 Ocak 1982 tarihinde yürürlüğe giren 2594 sayılı ve 18 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6514 sayılı kanunlar ile iki kez değişiklik yapılmıştır.

Kanun teklifinin gerekçesi ve yasama organında kanunlaşma sürecindeki komisyon raporlarının incelenmesinde;

“Transplantasyonun gerektirdiği klinik ve bu yolda yetişmiş sağlık ekibi gereksinimi yanında, gösterdiği en önemli güçlük, yeni organın aşılandığı vücudun bu organı antijen gibi kabul edip, ona karşı antikorlar oluşturmamasıdır. Başkaca deyişle, organın aşılandığı vücudun bunu kabul edip etmemesidir. Bu nedenle, transplantasyonun gerçekleştirilmesinden önce verici ile nakil yapılacak kişi arasında doku uyumunun saptanması zorunludur. Bu uyum sağlanmayan transplantasyonlarda başarı olasılığı yoktur. Doku uyumu ise genel olarak kalıtım yolu ile geçtiğinden, organ nakillerinde daha

çok başarı, akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında gerçekleşmektedir. Bununla beraber her zaman hastanın akrabaları arasından organını vermek isteyen bulunmayabilir.

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.

Yürürlükte olan yasalarımızda (Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrası Kanunu, Hususi Hastaneler Kanunu gibi) transplantasyonun hukuksal sorunlarını giderici hükümlerin yer almamış olması, ülkemizde organ nakli işleminin akademik ve klinik çalışmalarına olanak vermemektedir. Şimdiye dek yapılan bazı organ nakillerinde, transplantasyonu gerçekleştirmiş bulunan sağlık ekibi, cezai sorumluluk yönünden TCK'nun 456, 457, 467, 491 178'2, 240 ve 251 nci maddeleri içeriliğinde takibata maruz kalmışlardır. Ancak, Türk Yargıtayı tıbbın insan sağlığı ve yaşamı yönünden çağdaş gelişimine çalışan doktorları cezalandırmayı düşünmemiş ve mahkûmiyet kararları vermemiştir.

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 İşleri İstişare Kurulunun 20.1.1960 günlü kararında;

1. Ayeti Kuran'iyenin delaletlerinden de anlaşılacağı üzere İslamiyette, 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, - İslam fakihlerinden bazılarının ölmüş bir insanın kemiklerinden bir kısmının o kemiğe muhtaç diri bir insana eklenebileceği hakkındaki içtihatlarına binaen - bir mahzur görülmediği açıklanmıştır.

Tüm bu açıklamalardan kesin olarak ortaya çıkan gerçek, transplantasyonun ülkemizde gelişim gereksinimini sağlayıcı hukuk düzenlemesini Parlamentomuzun artık gerçekleştirmesinin zorunlu bir hale gelmiş olmasıdır.

Böylece Devletimiz de. Anayasa ile yüklendiği sağlık görevini daha ileri ve gelişmiş boyutları içeriliğinde yerine getirebilecektir.”

Tespitlerinin yapılarak bir insandan diğerine organ ve doku naklinin bilimsel ve teknik olarak mümkün hale gelmesiyle birlikte transplantasyonun hukuka uygunluğunu sağlayacak kanuni düzenlemeye duyulan ihtiyacın belirtildiği ve konunun İslam dinine uygunluğu yönünün de dikkate alındığı görülmektedir (Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1979, s:2-3)

2238 sayılı Kanun dört bölümden ibaret olup, I. bölümde genel hükümler, II. bölümde yaşayan kişilerden organ ve doku alınması, III. bölümde ölüden organ ve doku alınması, IV. bölümde de ceza hükümleri düzenlenmektedir.

Kanunun 15. maddesi bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因, nakleden, alım satımını yapan veya aracılık edenlere uygulanacak ceza yaptırımını geniş kapsamlı ancak tek bir yaptırım halinde düzenlemişse de, bu husus daha sonra 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91. maddesinde “organ ve doku ticareti” başlığı altında daha ayrıntılı olarak tekrar düzenlenmiştir. Yeni kanun eskisini bütünüyle ilga etmemiş olup, yeni kanunda özel olarak düzenlenmeyen ancak 2238 sayılı kanunu ihlal eden diğer hususlarda eski kanun uygulanmaya devam edebilecektir (Hakeri, 2015, s:846-849).

Bu düzenlemelerin esas olarak organ naklinde kendisinden organ alınacak canlı veya ölmüş donörlere ilişkin olduğu görülmekte olup, organın nakledileceği alıcılara yapılacak tıbbi girişimlerin daha ziyade genel sağlık mevzuatına tabi olduğu anlaşılmaktadır.

2.3.1.1. 2238 Sayılı Kanunun Genel Hükümleri

Kanun genel hükümlerinde kişinin kendisine ait bir dokusunun veya organının alınarak yine kendisine transplante edilmesini, saç ve deri alınmasını ve naklini ve kan naklini kapsamı dışında tutarak bu alanları genel sağlık mevzuatı hükümlerine bırakmıştır. Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrası organ tanımını bir organın tamamıyla sınırlı tutmamış, bir organın sadece bir parçasını da organ olarak kabul etmiştir.

2238 sayılı kanunun kapsamı dışında kalan insandan insana kan, saç, deri nakli ile hayvandan insana bazı biyolojik maddelerin nakli açısından bazı özel düzenlemeler söz konusudur. Bu kapsamda Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin üçüncü fıkrasında insan kökenli her türlü biyolojik maddenin alınması, aşılması ve naklinde rıza konusu yazılı şekil şartına bağlanmış bulunmaktadır.

Yine 2238 sayılı kanunun kapsamı dışında kalan kan transfüzyonu konusu 02 Mayıs 2007 tarih, 26510 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5624

sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanununda düzenlenmiştir. Ancak söz konusu kanunun 1. maddesinin 3. fıkrası kan kök hücresi uygulamalarını bu kanunun kapsamı dışında bırakmıştır. Böylece henüz kök hücre uygulamaları için özel bir kanuni düzenleme bulunmadığı görülmekte ve bu durumda bir insanın kan kök hücrelerinin başka bir insana nakli açısından 2238 sayılı kanunun uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir (Gökcan, 2014, s: 374; Hakeri, 2015, s:434). Buna karşılık embriyoner kökenli kök hücreler ile embriyoner ve fetal doku ve organlarla ilgili bir düzenleme 2238 sayılı kanunda yer almamaktadır.

Keza 2238 sayılı kanunun kapsamadığı hayvandan insana organ ve doku nakli konusunda da özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte 01 Temmuz 2004 tarih, 25509 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki *“Hayvanların, yaşadıkları sürece, tıbbî amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez.”* ve 9. maddesinin birinci fıkrasındaki *“Hayvanlar, bilimsel olmayan teşhis, tedavi ve deneylerde kullanılamazlar.”* hükümlerinin mefhumu muhalifinden tedavi amaçlı olarak hayvanlardan istifade edilebileceğine ve bilimsel bir tedavi yöntemi olarak organ ve doku naklinde de yararlanılabileceğine işaret eden bir yasal dayanak oluşabileceği değerlendirilmektedir (Hakeri, 2015, s:392).

2238 sayılı kanunun 3. maddesi bir bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamış ve IV. Bölümünde bu yasağın ihlali halinde uygulanacak ceza hükümlerini düzenlemişse de, bu husus daha sonra 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91. maddesinde “organ ve doku ticareti” başlığı altında daha ayrıntılı olarak tekrar düzenlenmiştir. Kanunun 4. maddesinde bilimsel ve istatistiki haberler dışında organ ve doku alınması ve nakline dair reklamlar yasaklanmıştır. Bu yasağın çıkar amacıyla ihlali halinde TCK 91/6. maddesinde belirtilen fiilin işlenmesi söz konusu olacaktır.

2.3.1.2. 2238 Sayılı Kanunun Canlı Vericiden Transplantasyonu Düzenleyen Hükümleri

Canlı donörlerden transplantasyon amacıyla organ ve doku alınması 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5 ilâ 10. maddelerinde düzenlenmiştir. Burada canlı vericilerden organ ve doku alınması için aranan iki koşul 18 yaşını bitirmiş olmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak olarak belirtilmiştir. Kanunda ergin olmak değil de açıkça 18 yaşını bitirmiş olmak şartı arandığına göre evlenme nedeniyle veya kazai rüşt ile ergin kılınan ancak 18 yaşını doldurmamış kişiler tam ehliyetli olmalarına karşın canlı organ donörü olamayacaklardır. Buna karşılık 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan ancak kısıtlı bulunan kişilerin 2238 sayılı kanuna göre organ ve doku donörü olmalarına engel gözükmemektedir. Ancak tıbbi müdahalelerde rızaya ehliyeti düzenleyen genel kural olan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesindeki *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”* düzenlemesi nedeniyle 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılarda kendi rızaları yanında yasal temsilcilerinin de yazılı rızasının aranması gerekli olacaktır (Özmen, 2015, s:44).

Kanunun 5. maddesi kendisini yenileyebilen doku ve organlarla yenileyemeyenler arasında bir ayırım yapmadan mutlak bir 18 yaş koşulu öngörmekte ancak çocuklarda kemik iliği nakli için başlıca donör kaynağı çoğunlukla kendisi de bir çocuk olan kardeşi olmaktadır. Bu açıdan 2238 sayılı kanunda uygun bir hüküm bulunmamakla birlikte, usulüne göre yürürlüğe konarak iç hukukta kanun hükmünde olan Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesi muvafakat yeteneğine sahip verici bulunmaması, bağışın hayat kurtarıcı olmasının beklenmesi, alıcının donörün kardeşi olması, donörün itirazının olmaması ve yetkili yasal temsilci veya kurumun onayı şartlarıyla kendini yenileyebilen kemik iliği gibi dokuların alınmasına imkân sağlamaktadır.

Canlı donörlerde rızanın açık, bilinçli ve tesirden uzak olması, rızanın şekil şartları olarak yazılı ve imzalı şeklin yanı sıra iki tanığın mevcudiyeti ve verilen

muvafakatın bir hekim tarafından onaylanması zorunluluğu bulunmaktadır. Kanunda canlı donör olabilmenin koşulları arasında alıcı ile bir akrabalık ilişkisi aranmamakla birlikte yönetmelikle organ ve doku ticaretini önlemek amacıyla akraba olmayan canlı donörden organ nakline önemli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlama ilk kez 05 Mart 2010 tarih, 27512 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, 2000 yılında yürürlüğe konmuş olan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri yönetmeliğine ilave edilen Ek 1. madde ile getirilmiş ve daha sonra 01 Şubat 2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak bu yönetmeliğin yerini alan halen yürürlükteki yeni Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesinde de korunmuştur.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesi ile organ ticaretini önlemek amacıyla akraba olmayan canlı donörden organ nakline önemli kısıtlamalar getirilmiştir. Buna göre canlıdan organ naklini en az 2 yıldır fiilen birlikte yaşanan eşler ve dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile sınırlanmış, bunun dışındaki canlı donörlük için üyeleri arasında ilin üst düzey bir emniyet görevlisi, avukat, psikiyatrist, sosyal hizmet uzmanı da yer alan bir etik komisyonun gerektiğinde ilgilileri de dinleyerek nitelikli çoğunlukla etik uygunluk kararı vermesi koşulunu getirilmiştir (Hakeri, 2015, s:389). 2238 sayılı kanunda belirtilen bu koşullara uygun olarak alınan rıza hukuken geçerli olacaktır. Hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın canlı donörden organ ve doku alınması durumunda ise TCK 91/1. maddesinde belirtilen fiilin işlenmesi söz konusu olacaktır.

Kanunun 7. maddesinde canlı organ donörüyle ilgili olarak hekimin bilgi verme, aydınlatma, araştırma ve sır saklama yükümlülükleri düzenlenmiştir. Maddenin (a) ve (b) bentleri vericinin aydınlatılması yükümlülüğü ile ilgili olup organ ve dokuyu alacak hekime donörü organ ve doku alınmasının kendisinde yol açabileceği tehlikeler ve tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlar ile, organ naklinin alıcı hastaya sağlayacağı yararlar hakkında aydınlatma yükümlülüğü getirmektedir.

Kanunun 7. maddesinin (c), (d) ve (e) bentleri hekimin araştırma yükümlülükleri ile ilgilidir. Bunlardan (c) bendi hekime donör adaylarının ayırt etme gücünü araştırma ve uygun olmayan donörleri reddetme yükümlülüğü getirmektedir. Bu bağlamda hekimin aydınlatma ve rıza ehliyetini araştırma yükümlülükleri yanı sıra bunlarla bağlantılı olarak her türlü tesirden ve baskıdan uzak olarak organ

bağışında bulunup bulunmadığını da araştırması söz konusu olacaktır. Maddenin (d) bendi hekime donörün evli olup olmadığını, evli ise birlikte yaşadığı eşinin donörün organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırma ve öğrendiği sonucu tutanağa bağlama yükümlülüğü getirmektedir (Özmen, 2015, s:123). Ancak burada eşin rızası koşulu bulunmamakla birlikte, hekimin eşin haberdar olup olmadığını tutanakla tespit etme yükümlülüğü söz konusudur. Maddenin (e) bendi ise hekime bir organ ticareti veya insani olmayan bir amaçla donörlüğün söz konusu olup olmadığını araştırma ve uygun olmayanları reddetme yükümlülüğü getirmektedir. Bu açıdan hekim tarafından 01.02.2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Organ veya doku ticareti” başlıklı 91. maddesinin de dikkate alınması gerekecektir.

2238 sayılı Kanunun 7. maddesinin (f) bendi ise hekimin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili olup, hekime akrabalık ve yakın kişisel ilişki dışındaki durumlarda canlı donör ve resipientin isimlerini açıklamama yükümlülüğü getirmektedir. Esasen Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesi ile getirilen ciddi kısıtlamalar karşısında Kanundaki bu (f) bendinin uygulama alanının oldukça daraldığı söylenebilecektir. Kuşkusuz ki meslek sırrı ile ilgili genel yükümlülükler esasen hekim tarafından dikkate alınacaktır.

Kanunun 8. maddesi kalp, karaciğerin tamamı gibi mutlak surette donörün hayatını sona erdirecek olan organ ve dokuların canlıdan alınmasını yasaklamak suretiyle, Anayasanın 12/1 ve 17. maddeleri ile Medeni Kanunun 23 ve 24. maddelerine paralel olarak, donörün üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan yaşama hakkını kendisi de dâhil olmak üzere herkese karşı korumaya almıştır.

Kanunun 9. maddesi ilgili hekimlere organ ve doku alınması ve naklinden önce hem vericinin hem de alıcının bu müdahalelere elverişliliğini ortaya koymaya ve sağlıkları ile hayatları için söz konusu olabilecek tehlikelerin azaltılmasını sağlamaya yönelik lüzumlu bütün tıbbi tetkiklerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması yükümlülüğünü getirmiştir.

Organ ve doku almaya, saklamaya, aşılama ve nakline yetkili sağlık kurumları 2238 sayılı Kanunun 10. maddesinde düzenlenmiş olup, maddede 18 Ocak

2014 tarih, 28886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6514 sayılı kanunun 40. maddesi ile yapılan değişiklikle Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilme koşuluna bağlanmıştır.

2.3.1.3. 2238 Sayılı Kanunun Ölüden Organ ve Doku Alınmasını Düzenleyen Hükümleri

Kadaverik donörlerden transplantasyon amacıyla organ ve doku alınması ile cesetlerin bilimsel araştırmalar için muhafazası 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 11 ilâ 14. maddelerinde düzenlenmiştir. Kural olarak ölüden transplantasyon amacıyla organ ve doku alınabilmesi için gereken iki koşuldan biri ölümün tespit edilmesi, diğeri de organ ve doku bağışının sağlanmasıdır.

Kadaverik organ donörlüğü bakımından söz konusu olan tıbbi ölüm haline karar verilebilmesi için kalbin durması şart olmayıp beyin ölümünün tespiti esas olmaktadır. Yüksek Sağlık Şurası'nın 24.11.1969 tarih, 6293 sayılı bir kararında da ölüm hali olarak beyin fonksiyonlarının tamamen durması kabul edilmiştir (Hakeri, 2015, s:372). Ancak 2238 sayılı kanun ölüm halinin beyin ölümünden ibaret olduğunu açıkça ifade etmemektedir. Bu kanundan yıllar sonra Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan yönetmeliklerde beyin ölümü bir kavram ve tanım olarak mevzuata girmiş, ölüm halinden beyin ölümünün anlaşıldığı ortaya konarak tespit kriterleri de belirtilmiştir. Bazı ülkelerde olduğu gibi, tıbbi ölüm halinden beyin ölümünün anlaşıldığının ve beyin ölümünün merkezi sinir sisteminin kafatası içinde kalan kısımları olan beyin, beyincik ve beyin sapının tamamının tüm aktivitelerinin geri dönüşümsüz kalıcı olarak kaybedilmesi olduğunun kanunda açıkça yer almasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun “ölüm halinin saptanması” başlıklı 11. maddesinin orijinal hali;

“Ölüm halinin saptanması:

Madde 11 – Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri

kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.”

Şeklinde olup, organ transplantasyonu donörlüğü açısından tıbbi ölüm halinin her biri konuyla ayrı uzmanlık dalına mensup dört uzman hekimden oluşan kurulca tıp biliminin o gün ulaştığı ülke standartları düzeyindeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle oybirliğiyle saptanmasını öngörmekteydi. Söz konusu madde 6514 sayılı kanunla değiştirilerek;

“Madde 11 – (Değişik: 2/1/2014-6514/41 md.)

Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.”

Şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle tıbbi ölümün gerçekleştiğine ilgili uzmanlık dallarından iki uzman hekimin kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak karar vermesi esası getirilmiştir. Değişikliğin gerekçesi yasama organının internet sitesinde sadece *“Madde ile tıbbî ölümün gerçekleştiğine hangi uzmanlık dalındaki hekimler tarafından karar verileceği düzenlenmektedir.”* şeklinde yazılı olduğundan dolayı, değişiklikle ancak beyin ölümü tespitinin kolaylaştırıldığından dışında bir yorum yapılması zor gözükmemektedir (Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2013). Beyin ölümü tespitinde nörolog ve nöroşirürjiyenden sadece birinin yeterli görülmesinin organ bağışını artırıcı mı yoksa güven sarsılmasıyla azaltıcı mı etkisi olacağını ya da etkisi olup olmayacağını ise zaman gösterecek gibi gözükmemektedir.

Ölüm halini tespit edecek hekimlere ilişkin yasak 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun; *“Madde 12 – Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır.”* şeklindeki 12. maddesinde düzenlenmiştir.

Ölüm halini tespit eden tutanağın şekil ve saklanma süresi koşulu 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun; *“Madde 13 – 11 inci maddeye göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını*

taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır.” şeklindeki 13. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaklanmıştır. Ölüm halini tespit eden tutanak ve eklerinin ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanması zorunludur (Özmen, 2015, s:124).

Beyin ölümü gerçekleştiğinde organ ve doku alınması için gereken koşullar 2238 sayılı kanunun 14. maddesinin ilk dört fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrası ise organ ve doku nakli ile ilgili olmayıp cesetlerin bilimsel araştırmalar için muhafazası konusunu düzenlemektedir.

6514 sayılı kanunun 42. maddesi ile maddenin ikinci ve beşinci fıkralarında değişiklik yapılmış ve ayrıca maddeye bir fıkra da ilave edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında bir kişi sağlığında karşı olduğunu belirtmişse ölümünden sonra kendisinden yakınlarının rızasıyla veya herhangi bir surette organ ve doku alınması açıkça yasaklanmaktadır. Böylece kişiye ölümünden sonra bedeninin geleceğini belirleme hakkı tanınmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında da üçüncü fıkıyla uyumlu şekilde aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe kornea (gözün saydam tabakası) gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği belirtilmek suretiyle yakınlarının rızası gerekmeden kadavradan kornea alınabileceği düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında ise ikinci ve üçüncü fıkralardaki istisnalar haricinde genel olarak kadavradan organ ve doku alınmasının koşulları düzenlenmektedir. Fıkraya göre bunun için ya kişinin kendi sağlığındaki iradesi ya da ölümünde yanında bulunan yakınlarının rızası aranmaktadır (Gökcan, 2014, s:333).

Kişinin sağlığındaki iradesi ise burada vasiyetname veya iki tanık huzurundaki beyan olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Vasiyetname ise ya Medeni Kanunun 532. maddesinde belirtilen resmi vasiyetname, ya da 538. maddesinde belirtilen el yazısı ile vasiyetname olacaktır. Medeni Kanunun 502. maddesine göre vasiyet yapmak için sadece 15 yaşını doldurmuş ve ayırt etme

gücüne sahip olma koşulu arandığına göre, burada canlı donör olarak organ bağışına rıza ehliyetinde aranan 18 yaş koşulu aranmayacaktır.

2238 sayılı kanun ayrıca, Türk Medeni Kanununun 539 ve devamı maddelerindeki sözlü vasiyet koşullarını aramaksızın, kişinin sadece iki tanık huzurundaki beyanı ile de ölümünden sonra organ ve dokularının alınması arzusunun geçerli olacağını düzenlemiştir.

Kişi sağlığında ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınıp alınmamasına ilişkin herhangi bir geçerli irade açıklamasında bulunmamışsa, organ ve doku alınması ölümü sırasında yanında bulunan yakınlarının rızası şartına bağlanmıştır. Kanun koyucu burada ölümü sırasında yanında bulunan yakınlarından hangisinin rızasının aranacağını sıraya bağlamıştır. Sıra eş, reşit çocuklar, anne veya baba veya kardeşlerden birisi olarak düzenlenmiş, bunların hiçbiri yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının rızası yeterli görülmüştür. Düzenlemenin lafzında eş yoksa, ancak diğer sırada da birden fazla kişi varsa ve aynı sıradakilerden biri razı olmazsa ne şekilde davranılacağı hususunda bir boşluk bulunmaktadır. Aynı sıradakiler arasında oy birliği mi aranacaktır, ya da oy çokluğu ile yetinilecek midir açıklık yoktur. Keza herhangi bir yakın ibaresinin hangi dereceye kadar kan veya kayın hısımlığını kapsadığı da açık değildir.

Maddenin dördüncü fıkrasında ise hastalık halleri dışında, kaza veya doğal afet sonucu ölen bir kişinin yanında hiçbir yakını olmasa da, tıbbi ölümünün bağlı olmadığı ölümü tespit eden hekimler kurulunca belirlenen ve sağlam kalan organlarının, yaşamı ivedi organ nakline bağlı bulunan kişilere vasiyet ve rıza aramaksızın nakledilmesine cevaz verilmektedir. Bu durumda transplantasyon için organ alınmasına adli otopsiye göre öncelik tanınmakta ve hekimler kurulu raporunun adli otopsi raporu ve tutanağına eklenmesi öngörülmektedir. Kanun koyucu burada organ nakli ile korunan insan yaşamı yararını, adli otopside beklenen yarardan üstün tutmaktadır (Hakeri, 2015, s:380; Gökcan, 2014, s:335).

Bu koşullara uyulmaması halinde hukuka aykırılık nedeniyle TCK 91/2. maddesinde belirtilen fiilin işlenmesi söz konusu olacaktır.

Tedavi amaçlı organ ve doku nakli dışında, vasiyette bulunan veya kimsenin sahip çıkmadığı, adli kovuşturma konusu olmayan cesetlerin aksine bir vasiyet de

yoksa, yükseköğretim kurumlarında bilimsel araştırmalar için muhafazası ve kullanılması hususu da, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 14. maddesinin;

“(Ek: 21/1/1982 - 2594/1 md.) Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dâhil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

Şeklindeki beşinci fıkrasında düzenlenmiş olup burada çıkarılacağı belirtilen İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik, 17 Haziran 1982 tarih, 17727 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Maddeye ayrıca 6514 sayılı kanunla;

“Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.”yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.”

Fıkrası eklenerek tıp eğitimi için yurt dışından kadavra temini hususu düzenlenmiştir (Özmen, 2015, s:125).

2.3.2. Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme

Ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin ilk ve temel düzenleme olan 2238 sayılı kanun 1979 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanundan daha sonra 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin şahsiyetin himayesi başlıklı 23. maddesine 14/11/1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla *“Ancak, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik*

maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi maddi ve manevi tazminat davası da açılmaz.” şeklinde üçüncü bir fıkra eklenmiştir.

Daha sonra 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’ni bütünüyle yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun kişiliğin vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı korunmasını düzenleyen 23. maddesinin üçüncü fıkrasında da *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”* şeklinde aynı düzenleme korunmuştur. Bu fıkranın birinci cümlesi organ ve dokuları da içerecek şekilde insan kökenli bütün biyolojik maddelerin alınması ve naklinde rızayı yazılı şekil şartına bağlamıştır.

Söz konusu fıkranın ikinci cümlesi ise biyolojik madde verme borcu altına girenlerden edimini yerine getirmesinin istenemeyeceğini ve ayrıca maddi ve manevi tazminat istenemeyeceğini düzenlemiştir. Böylece biyolojik madde verme borcu talep ve dava edilemeyen bir eksik borç hukuki niteliğinde kendini göstermektedir. Burada organ veya doku vermeye rıza gösteren vericinin rızasını geri alması halinde tazminat istenemeyeceği hükmünün amacına göre yorumlanması gerektiği, düzenlemenin vericiyi ifa etmemeden dolayı tazminat veya önceden kararlaştırılmışsa cezai şart baskısı altında tutmamayı amaçladığı ancak alıcı tarafın rızaya güvenerek yapmış olduğu yol, ilaç, avans gibi masraflarının hakkaniyet ölçüsü içinde istenebilmesine bu düzenlemenin engel oluşturmaması gerektiği de savunulmaktadır (Dural ve Ögüz 2011, s:110).

2.3.3. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Kısaca Biyotıp Sözleşmesi olarak da adlandırılan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” isimli milletlerarası sözleşmenin onaylanması 5013 sayılı kanunla uygun bulunmuş ve 20 Nisan 2004 tarih, 25439 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16/03/2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Bakanlar

Kurulu kararı ile onaylanarak yürürlüğe konmak suretiyle Anayasanın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzda kanun hükmünü kazanmıştır.

Biyotıp Sözleşmesinin;

“Madde 20. (Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması)
1. 5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz.

*2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş 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 öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;

v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.”

Şeklindeki 20. maddesi, 2238 sayılı kanunun canlı vericilerde aradığı mutlak 18 yaş koşuluna kardeşler arasında kemik iliği gibi kendisini yenileyebilen doku nakli konusunda bir istisna getirdiği için Türk hukukunda organ ve doku nakli açısından özel bir önem taşımaktadır. Söz konusu maddenin iç hukuka girmesi süreci oldukça dikkat çeken sıra dışı bir seyir izlemiştir.

Bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olarak 04 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılan sözleşme 01 Aralık 1999 tarihinde yeterli sayıda üyenin kabulüyle yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti adına sözleşme Avrupa Konseyi nezdindeki daimi temsilcisi tarafından 20. maddesine *“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.” çekincesi konarak 17 Kasım 1997 tarihinde imzalanmıştır (Council of Europe, 1997). Bu çekince maddenin iç hukukumuzda girmesi açısından tereddütlere yol açmıştır (Hakeri, 2015, s:369; Gökcan, 2014, s:332). Sözleşmenin çekinceyle iç hukukumuzda girdiği varsayıldığında ülkemizde 18 yaşın altındaki vericilerden kardeşlerine yapılan kemik iliği nakillerinin hukuka uygunluğu tartışmalı olacak, buna karşılık sözleşmenin 20. maddesinin tümüyle birlikte çekincesiz olarak iç hukukumuzda girdiğinin kabulü halinde söz konusu nakiller yasal dayanağa kavuşarak hukuka uygun olacaktır.

Sözleşmenin 20. maddesine konan bu çekinceyle birlikte onaylanması için Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan bir uygun bulma kanunu tasarısı 12/10/2001 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmiş, yasama dönemi sonunda kadük olduğundan yeni yasama döneminde tasarı yenilenmiştir. Yasama organında tali komisyon olan Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tasarıyı çekinceyle birlikte 25/02/2003 tarihinde kabul etmiştir. Ancak esas komisyon olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Dışişleri Komisyonunda 238 sıra sayılı tasarı 18/07/2003 tarihinde 1/469 esas, 119 karar sayısı ile;

“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı Komisyonumuzun 17 Temmuz 2003 tarihli 19 uncu toplantısında Dışişleri Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı temsilcilerinin katılmalarıyla görüşülmüştür.

Ülkemiz, Biyoloji ve tıp bilimlerinde meydana gelen hızlı gelişmeler karşısında insanı koruyan ilk uluslararası belge niteliği taşıyan Sözleşmeyi, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile Sözleşmenin 20 nci maddesi arasında uyum olmadığından, çekince ile imzalamıştır.

*Komisyonumuzca **Sözleşmenin, insan hakları açısından daha ileri hükümler ihtiva ettiği düşünüldüğünden, çekincesiz olarak onaylanması uygun görülmüş** ve Tasarının 1 inci maddesi metni "Madde 1- Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin onaylanması uygun bulunmuştur" biçiminde değiştirilerek kabul edilmiştir.*

Raporumuz Genel Kurulun onayına sunulmak üzere Başkanlığa saygı ile arz olunur.

Şeklinde, insan hakları açısından 2238 sayılı kanundan daha ileri düzeyde hükümler içerdiği gerekçesiyle, sözleşme çekince kaldırılarak çekincesiz onaylanmak üzere kabul edilmiştir (Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2003). Daha sonra 03/12/2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından tasarı Dışişleri Komisyonundan gelen şekliyle çekincesiz olarak kabul edilmiş ve 08/12/2003 tarihinde cumhurbaşkanınca onaylanmasını takiben 09 Aralık 2003 tarih, 25311 sayılı Resmi Gazetede 5013 sayılı kanun olarak;

“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

Kanun No: 5013

Kabul Tarihi: 3.12.2003

MADDE 1. — *Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin onaylanması uygun bulunmuştur.*

MADDE 2. — *Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.*

MADDE 3. — *Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.”*

Şeklinde çekincesiz biçimde yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu da Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesiyle uygun bulma kanunu çekincesiz olarak çıkan sözleşmeyi 16/03/2004 tarih ve 2004/7024 sayılı kararı ile onaylamış ve cumhurbaşkanının da onayı ile 20 Nisan 2004 tarih, 25439 sayılı Resmi Gazetede sözleşme çekincesiz olarak Türkçe ve İngilizce metinleriyle yayımlanmıştır.

Milletlerarası antlaşmaların iç hukuka girmesi usulleri ülkelerin kendi mevzuatlarına göre değişmekte, genellikle resmi duyuru veya yayınlama yöntemleri uygulanmaktadır (Pazarcı, 2012, s:64). Türkiye’de milletlerarası antlaşmaların iç hukuk açısından yürürlüğe konmasında yayınlanma esas olup bu açıdan Anayasanın 90. maddesi ile 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun tarafından belirlenen usuller uygulanmaktadır.

Söz konusu 244 sayılı kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasındaki *“Milletlerarası andlaşmaları onaylama veya bu andlaşmalara katılma, onaylama*

veya katılmanın bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır.” ve 3. maddesinin birinci fıkrasındaki;

“Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir Milletlerarası Andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tesbit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur.

Onaylama veya katılma konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, yukardaki fıkra söz konusu kararnameye ekli olarak Resmi Gazetede yayınlanır.”

Hükümleri iç hukuk açısından yürürlüğe girmede uygun bulma kanunu, onaylamaya ilişkin Bakanlar Kurulu kararı ve antlaşmanın metninin Resmi Gazetede yayımlanmasının esas olduğunu ortaya koymaktadır (Pazarcı, 2012, s:77). Türk hukukunda çekincelerle ilgili açık bir mevzuat düzenlemesi bulunmamakla birlikte öğretide, hukukun yerleşmiş genel ilkelerinden olarak bir hukuki işlemin işlemi yapan makam veya aynı konuda yetki kullanabilecek üst otorite tarafından geri alınmasının mümkün olması esas gereği, antlaşmanın imzası sırasında konan bir çekincenin onaylayan otorite tarafından geri alınabileceği kabul edilmektedir (Pazarcı, 2012, s:87; Sur, 2011, s:59).

Böylece Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesinin 2. bendine imza aşamasında konulan çekincenin uygun bulma kanununun çıkarılması aşamasında Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesi ile kaldırıldığı ve Bakanlar Kurulunun da bu iradeye uygun olarak sözleşmeyi çekincesiz olarak onaylayıp Resmi Gazetede yayımlaması ile Biyotıp Sözleşmesinin çekincesiz olarak iç hukukumuza girdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumda Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrasındaki *“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.”* düzenlemesi gereği usulüne göre yürürlüğe konulan Biyotıp Sözleşmesi Türk hukukunda kanun hükmünde olmaktadır.

Hatta Anayasa bu düzenlemesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların bir kanun ile çatışması halinde milletlerarası antlaşmaya üstünlük tanıyarak normlar hiyerarşisinde öne geçiren bir *lex superior* durumu ortaya koymuştur. Şayet temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu varsayılırsa Biyotıp Sözleşmesi ile bir kanun hükmü çatıştığında *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi gereği Biyotıp Sözleşmesi esas alınacaktır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmadığı varsayıldığında ise bir milletlerarası antlaşma ile kanunun çatışması durumunda genel olarak kanunların çatışması ilkeleri uygulanacak, böylece Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesindeki düzenleme 2238 sayılı kanundan daha sonra yürürlüğe girdiğinden ve her ikisi de özel kanun durumunda olup yasama organının sonraki norm ile öncekini değiştirme amacı güttüğü komisyon kararından açıkça anlaşıldığından dolayı, *lex posterior derogat legi priori* ilkesi gereği sonraki kanun olduğundan yine Biyotıp Sözleşmesi esas alınacaktır (Güriz, 2011, s:158; Gözler, 2011, s:99). Bu şekilde iç hukukumuzda çekincesiz olarak girmiş olan Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesi muvafakat yeteneğine sahip verici bulunmaması, bağışın hayat kurtarıcı olmasının beklenmesi, alıcının donörün kardeşi olması, donörün itirazının olmaması ve rıza vermeye yetkili yasal temsilci veya kurumun yazılı onayı şartlarıyla kendini yenileyebilen kemik iliği gibi dokuların alınmasına imkân sağlamakta ve sonuç olarak çocuk yaştaki kardeşler arasındaki kemik iliği nakillerine yasal dayanak oluşturmaktadır. Burada Biyotıp Sözleşmesinin muvafakat verme yeteneği bulunmayanlar için genel olarak rıza verilmesini düzenleyen 5 ve 6. maddeleri de şu şekildedir:

“Muvafakat

Madde 5. (Genel Kural)

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”

“Madde 6. (Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması)

1. Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

2. Kanuna göre **bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir.**

Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.

3. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiştikine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.

İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.

4. Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen temsilci, makam, kişi veya kuruluşa, aynı şartlarda, Madde 5'te belirtilen bilgi verilecektir.

5. Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin en fazla yararı bakımından her zaman geri çekilebilir.”

Sözleşmenin 20. maddesinde atfı yapılan 6. maddede düzenlenen husus genel olarak rıza ehliyeti bulunmayan bir küçüğe bir tıbbi müdahale için izin vermeye o ülkenin kanunlarına yetkili kılınan temsilci veya kurumun izninin alınması zorunluluğudur. Türk hukukunda muvafakat yeteneği olmayanlara tıbbi müdahale için izin verme yetkisi genel olarak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*” şeklinde veli veya vasi olarak düzenlenmiş olduğundan, veli veya vasisinin yazılı izni gerekli olacaktır (Özmen, 2015, s:44).

2.3.4. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 1979 yılında çıktığında;

“Yasak eylemler:

Madde 15 – Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir

cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.”

şeklindeki 15. maddesi ile bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因, nakleden, alım satımını yapan veya aracılık edenlere uygulanacak ceza yaptırımını geniş kapsamlı ancak tek bir yaptırım halinde düzenlemişse de (Özmen, 2015, s:125), bu husus daha sonra 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91. maddesinde “organ ve doku ticareti” başlığı altında daha ayrıntılı olarak tekrar düzenlenmiştir. Yeni kanun eskisini bütünüyle ilga etmemiş olduğundan yeni kanunda özel olarak düzenlenmeyen ancak 2238 sayılı kanunu ihlal eden diğer hususlarda eski kanun uygulanmaya devam edebilecektir (Hakeri, 2015, s:846-849).

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) “organ ve doku ticareti” başlıklı 91. maddesi ile zorunluluk ve etkin pişmanlık hallerini düzenleyen 92 ve 93. maddeleri şöyledir:

Organ veya doku ticareti

Madde 91- (1) Hukukten 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.

(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.

Zorunluluk hali

Madde 92- (1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Etkin pişmanlık

Madde 93- (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilir. (Hakeri, 2015, s:845, 855).

2.3.5. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 1979 yılında yürürlüğe girmesiyle Türkiye’de organ ve doku naklinin hukuka uygunluğuna ilişkin temel yasal düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kanun orijinal halinde herhangi bir özel tüzük ya da yönetmelik çıkarılmasını öngörmemiş, yalnız 1982 yılında 14. maddesine eklenen beşinci fıkra ile sadece cesetlerin bilimsel araştırma amacıyla yükseköğretim kurumlarına verilmesine yönelik olarak bir yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Tedavi amaçlı organ ve doku nakli ile ilgili olmayan söz konusu İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik, 17 Haziran 1982 tarih, 17727 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden ilk kez 14 yıl sonra Sağlık Bakanlığı, o zaman yürürlükte olan 181 sayılı Sağlık Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 43. maddesinde yer alan “Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir.” şeklindeki genel yetkisine

dayanarak 20 Ağustos 1993 tarih ve 21674 sayılı Resmi Gazetede “Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği” ve “Kornea Naklinde Kornea Sağlanması ve Paylaşımı Yönetmeliği” isimli iki yönetmelik yayımlamıştır. Bunlardan Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliğinde tıbbi ölüm hali ile ilgili olarak beyin ölümü durumu belirtilmiş ve beyin ölümü tespit kriterleri yönetmeliğin ekinde yer alarak mevzuata girmiştir (Türk Nöroloji Derneği, 2014).

Daha sonra Sağlık Bakanlığınca 01 Haziran 2000 tarih ve 24066 sayılı Resmi Gazetede “Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği” isimli yönetmelik yayımlanarak, 1993 yılında yürürlüğe konan ilk iki yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Bu yönetmelik de 12 yıl yürürlükte kaldıktan sonra Sağlık Bakanlığınca 01 Şubat 2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede halen yürürlükte olan yeni bir “Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği” yayımlanmış ve 2000 yılında çıkarılan yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükte olan yönetmelik beş bölüm halinde 26 maddeden ibaret olup, beyin ölümü kriterlerini içeren bir de eki bulunmaktadır. Birinci bölümdeki 1-4. maddelerde yönetmeliğin amacı, kapsamı, dayanağı belirtilerek içeriğindeki kavramlar tanımlanmaktadır. İkinci bölümdeki 5-11. maddelerde teşkili öngörülen ulusal koordinasyon kurulu ile bilimsel danışma komisyonlarının kuruluşları ile görevleri düzenlenmektedir. Bilimsel danışma komisyonları kalp, akciğer, karaciğer, böbrek, kornea, kemik iliği, kompozit doku nakli ve doku tiplmesi alanlarında ayrı ayrı oluşturulmakta, ihtiyaca göre başka konularda da komisyon kurulabilme imkanı da tanınmaktadır. Üçüncü bölümdeki 12-16. maddelerde ulusal koordinasyon merkezi ile bölge koordinasyon merkezlerinin çalışma usulleri, kadaverik organ ve doku dağıtımı esasları ile akraba dışı canlı vericiden organ bağıışı ve nakillerinde uyulacak sınırlama ve esaslar düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 17-21. maddelerinden oluşan dördüncü bölümünde organ ve doku nakli merkezlerinin kuruluş, izlenme ve denetim esasları ile organ ve kaynağı merkezleri, doku tipleme laboratuvarları ve gönüllü kuruluşların çalışma esasları belirtilmektedir. Beşinci bölüm ise idari yaptırımları, Sağlık Bakanlığının alt düzenleyici işlemler yapma yetkisini, yürürlük ve yürütme maddelerini içeren çeşitli ve son hükümler bölümüdür.

2.3.6. Alt Düzenleyici İşlemler

Organ ve doku nakli hukukuna ilişkin kanun ve yönetmelikler dışında Sağlık Bakanlığı tarafından yönerge ve genelge adıyla çıkarılan ve bakanlığın internet sitesinde erişilebilen muhtelif isimsiz alt düzenleyici işlemler de bulunmaktadır. (Sağlık Bakanlığı, 2016a, 2016b). Başlıca alt düzenleyici işlemler olarak şunlar zikredilebilir:

Organ Nakli Merkezleri Yönergesi

Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi

Doku Tipleme Laboratuvarları Yönergesi

Ulusal Organ Ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi

Organ Ve Doku Nakli Koordinatörlüğü Eğitim Yönergesi

Ulusal Organ Nakli Bilgi Sistemi Hakkında Genelge

Beyin Ölümü Bildirimlerinin ve Kadavra Organ Bağışının Artırılması Genelgesi

2.3.7. Organ ve Doku Naklinde Sosyal Güvenlik Kurumu Düzenlemeleri

Özellik gösteren bir tıbbi müdahale olarak organ ve doku naklinde bilhassa bu müdahalenin kendisinin tedavisine ve yararına yönelik olmadığı donörler üzerinde yapılan nakil amaçlı tetkik ve girişimlerin giderlerinin alıcı hastanın tedavi giderleri kapsamında sosyal güvenlik kurumlarınca ödenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu hususta düzenlemeler yapılmadan ve sosyal güvenlik kurumlarının tek çatı altında birleştirilmesinden önce farklı sosyal güvenlik kurumlarının farklı yaklaşımları nedeniyle vericiye ait giderlerin ödenmesinde sorunlar olabilmıştır. O dönemde Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02.12.2008 tarih, 2008/16324 E., 2008/15724 K. Sayılı kararında;

“Davacıya 02.12.2005 tarihinde Florence Nightingale Hastanesinde karaciğer nakli yapılmış olup, uyumsuzluk, verici durumundaki kız kardeş H... G.'a yapılan tedavi giderinin de davalı Kurum tarafından karşılanıp karşılanmayacağı noktasında toplanmaktadır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, tedavi amacıyla organ nakline olanak tanımaktadır (m.1).

Yasanın açık ifadesi karşısında organ naklinin "tedavi" olgusu kapsamında değerlendirilerek, verici durumundaki kişinin bu tedaviye ilişkin giderlerinin de aynı yöntemle belirlenerek, davalı Kurum tarafından karşılanmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır. Anılan tarihte yürürlükte bulunan Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinde organ nakline ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına karşın, 25.05.2007 ve 09.09.2008 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğlerinde "Kurum sağlık yardımlarından yararlandırılanlara organ veya doku nakline gerek görülmesi halinde 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun " hükümleri dikkate alınmak şartıyla, tedavilerine ilişkin giderler ile verici durumundaki kişinin bu tedaviye ilişkin giderleri Kurum tarafından karşılanır" hükmüne yer verilerek, konuya açıklık da getirilmiştir (m.18).

Davacı vekilince davalı Kuruma gönderilen 28.07.2006 günlü ihtarname içeriğinde yer verilen harcama tutarı dikkate alındığında, "operasyon" giderleri arasında verici durumunda bulunan kardeşe yapılan masrafların da istenmekte olduğu anlaşılmaktadır. Davacı vekilinin bilirkişi raporuna yönelik 03.05.2007 günlü itiraz dilekçesinde de aynı yöne dikkat çekilmiş olup, mahkemece, bu yöndeki bilgi ve belgelerin anılan Hastaneden getirtilerek, organ vericisine ilişkin giderlerin kim tarafından karşılandığı, davacı tarafından karşılanmamış ise, bu yönde oluşan alacağın davacıya temlik edilip edilmediği, verici kız kardeşin bu tedaviye ilişkin giderlerinin devredilen diğer sosyal güvenlik kurumlarınca ya da özel sağlık sigortasınca karşılanıp karşılanmadığı yönleri yöntemince yapılacak araştırma sonucunda belirlenerek, mükerrer ödemeye yer verilmeksizin, elde edilecek bilgilere dayalı olarak düzenlenecek bilirkişi raporu uyarınca hüküm kurmak gerekirken, bu yönlerin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde, davacı vekilinin bu yönlerle ilişkin temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır."

Tespiti yapılarak organ ve doku naklinde vericiye ilişkin harcamaların da alıcı hastanın sağlık güvencesini sağlayan sosyal güvenlik kurumunca karşılanması gerektiği bir emsal yargı kararı olarak ortaya konmuştur (UYAP Bilgi Bankası, 2017b).

Daha sonra 2008 yılında yürürlüğe girerek sosyal güvenlik kurumlarını tek çatı altında birleştiren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 63. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “*organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri*” finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri kapsamında belirtilmiş, 69. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde de organ, doku ve kök hücre nakli tedavileri sağlık raporuyla belgelendirilmek kaydıyla katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerinden sayılmıştır. Bu kanuna dayanarak 18 Nisan 2014 tarih ve 28976 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliğinin 24. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde de organ ve doku nakli katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri arasında belirtilmiştir.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliğine dayalı olarak Sosyal Güvenlik Kurumunca alt düzenleyici işlem olarak sağlık uygulama tebliğleri çıkarılmaktadır. Halen yürürlükte olan 24 Mart 2013 tarih, 28597 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin “2.4.2.A - Organ ve doku nakli” maddesindeki “(1) Kurum sağlık yardımlarından yararlandırılan kişilere organ veya doku nakline gerek görülmesi halinde, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun hükümleri dikkate alınmak şartıyla, organ veya doku nakli tedavilerine ilişkin giderler ile verici durumundaki kişinin bu tedaviye ilişkin giderleri Kurum tarafından karşılanır.” ve “2.4.2.B-1 - Kemik iliği nakli” maddesindeki “(1) Kemik iliği nakli tedavilerinde; hastaların anne, baba, kardeş ve çocuklarından, HLA doku grubu uyumlu verici bulmak amacı ile yapılan doku uyumluluk testlerinin giderleri (moleküler veya serolojik testler) ile bu adaylar arasından uygun vericisi bulunamayan hastaların 30 adayı geçmemek üzere HLA doku grubu belirleme testlerinin giderleri, Kurum tarafından karşılanır. Bu testlerin sonuçları Sağlık Bakanlığınca belirlenen formatta kemik iliği doku bilgi bankalarına iletilir.” düzenlemeleri artık organ ve doku naklinde vericiye ait giderlerin de hastanın genel sağlık sigortası kapsamı içinde olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

3. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Organ ve doku nakli bilhassa vericinin sağlığı yararına yönelik olmadığı için özellik gösteren bir tıbbi müdahale olduğundan dolayı, hukuka uygun olabilmesi için bir taraftan genel olarak tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarını taşımaları, diğer taraftan da kendine özgü hukuki düzenlemelere de uygun olmalıdır.

Tıbbi müdahalenin sorumluluğa yol açmaması için hukuka uygun olması gerekir. Anayasanın kişi dokunulmazlığını düzenleyen 17. maddesinin ilk iki fıkrasındaki “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” düzenlemesi tıbbi müdahaleyi vücut dokunulmazlığının bir istisnası olarak göstermektedir. Genel olarak hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğu açısından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 24. ve takip eden maddelerinde, haksız fiil tazminat sorumluluğu açısından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) 63 ve 64. maddelerinde, kişilik hakkı ihlalleri açısından 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 24. maddesinde düzenlenmiştir.

Ceza sorumluluğu açısından hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen Türk Ceza Kanununun 24, 25 ve 26. maddeleri;

“Madde 24 - (1) **Kanunun hükmünü** yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, **yerine getirilmesi görev gereği zorunlu** olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) **Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez.** Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

Madde 25 - (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan **haksız bir saldırıyı** o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile **orantılı biçimde defetmek** zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan **ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu** ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında **orantı bulunmak** koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Madde 26 - (1) **Hakkını kullanan** kimseye ceza verilmez.

(2) Kişinin üzerinde **mutlak surette tasarruf edebileceği** bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı **rızası** çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Şeklinde olup, kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru müdafaa, zorunluluk hali, hakkın icrası ve ilgilinin rızası durumları hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2015, s:210-228).

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için başlıca dört temel şart gerekmektedir, bunlar müdahaleyi yapanın hekim (yetkili sağlık personeli) olması, hastanın aydınlatılmış rızası, endikasyon ve güncel tıp bilimine uygun olması koşullarıdır (Hakeri, 2015, s:187; Gökcan, 2014, s:161).

3.1. Yetkili Sağlık Personeli Olma

Hekimler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1. maddesindeki “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*” ve Ek 13. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz.*” koşulunu genel olarak sağlamaktadır. Aynı kanunun Ek 14. maddesinin üçüncü fıkrası “*Uzmanlık dallarının eğitim müfredatları ve bu müfredatlara göre uzmanlık dallarının temel uygulama alanları ile görev ve yetkilerinin çerçevesi Tıpta Uzmanlık Kurulunca belirlenir.*” şeklinde olup, uzmanlık dallarının temel uygulama alanları ile görev ve yetkilerinin belirlenmesini Tıpta Uzmanlık Kurulu’na bırakmaktadır. Ancak 1219 sayılı kanunun 3. maddesindeki “*Yukarki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaikî lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağireye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir.*” ve 23. maddesindeki “*Umumi veya mevzii*

iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehâl ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehassıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmıyan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır.” düzenlemeleri ile büyük cerrahi ameliyalar dışında, kurulca belirlenen temel uygulama alanlarında sayılmayacak müdahaleleri genel olarak hekimlere yasaklayan açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Uzmanlık alanı dışındaki müdahaleler gerekli standarda sahip olmama ve acemilik yaklaşımıyla, “üstlenme kusuru” olarak nitelendirilmekte, burada kusur açısından kast kabul edilmemekte, taksir olarak değerlendirilmektedir (Hakeri, 2015, s:194).

Genel olarak hekimlerin uzmanlık alanlarındaki müdahaleleri yapma yetkilerine rağmen, organ ve doku almaya, saklamaya, aşılamaya ve nakline yetkili sağlık kurumları 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 10. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olup, maddede 18 Ocak 2014 tarih, 28886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6514 sayılı kanunun 40. maddesi ile yapılan değişiklikle Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilme koşuluna bağlanmıştır.

Sağlık Bakanlığı 01 Şubat 2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede yayımladığı Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 17. maddesinde organ ve doku nakli merkezlerinin kuruluşları, ruhsatlandırılmaları ve coğrafi dağılım planlamalarının, 18. maddesinde de bu merkezlerin kurulduktan sonra faaliyetlerinin izlenmesi, denetlenmesi ve niteliklerini kaybettiklerinde çalışmalarının durdurulmasının genel olarak usul ve esaslarını düzenlemiş, alt düzenleyici işlem olarak çıkardığı Organ Nakli Merkezleri Yönergesinde ise kalp, akciğer, kalp-akciğer, karaciğer, böbrek ve pankreas nakli merkezlerinin her birinin faaliyeti için gereken uzman sağlık personeli ve tıbbi cihaz donanım koşullarını organ temelinde ayrı ayrı belirlemiştir. Yine Sağlık Bakanlığı çıkardığı Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesinde ekstremiteler, yüz ve saçlı deri, üst solunum ve sindirim yolları, barsak nakli yapılacak merkezlerin her birinin faaliyeti için gereken uzman sağlık personeli ve tıbbi cihaz donanım koşullarını ayrı ayrı belirlemiştir (Sağlık Bakanlığı, 2016a).

Organ ve doku naklinin hukuka uygunluğu için Sağlık Bakanlığının 2238 sayılı kanunun 10. maddesinin verdiği görevle yaptığı bu düzenlemelerde belirlenen koşullara sahip olarak yetkilendirilmiş sağlık personeli tarafından, faaliyet izni verilerek yetkilendirilmiş sağlık kurumlarında yapılması gerekli olacaktır.

3.2. Aydınlatılmış Rıza

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için hastanın rızası, hasta k veya kısıtlıysa rıza vermeye yetkili kanuni temsilcinin rızası gereklidir (Aşçıoğlu, 1982, s:38). Rızanın geçerli olabilmesi için rızayı verecek olanın neye rıza gösterdiğini bilmesi, yani önceden aydınlatılmış olması gerekir (Erman, 2003, s:99). Anayasanın 17. maddesindeki düzenleme söz konusu hasta özerkliğinin anayasal temelini oluşturmakta ve 56. maddesinde vücut bulan sağlık hakkı ile birlikte bütünlük içinde bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 26. maddesinin ikinci fıkrasındaki *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”*; Türk Borçlar Kanununun 63. maddesinin ikinci fıkrasındaki *“Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”* ve Türk Medeni Kanununun 24. maddesinin ikinci fıkrasındaki *“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.”* düzenlemeleri ceza ve tazminat hukuklarında ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak belirtmektedir.

Tıbbi müdahalelerde rıza 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde *“Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta k veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)* Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası

idari para cezası verilir.” Şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki idari para cezası herhangi bir zarar oluşmadığında uygulanacak yardımcı bir ceza normu olup, bir zarar söz konusu olduğunda ise o zararlı neticeye ilişkin Türk Ceza Kanununun başta kasten yaralama olmak üzere ilgili hükümleri uygulanacaktır (Hakeri, 2015, s:987).

3.2.1. Aydınlatma

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konan ve bu suretle Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrası gereği iç hukukumuzda kanun hükmünde olan Biyotıp Sözleşmesi’nin “Muvafakat” başlığı altındaki 5. maddesi;

“Madde 5 – Genel Kural

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir.

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

İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”

Düzenlemesiyle rızanın geçerliliğinin ancak önceden aydınlatılmış olarak ve özgür bir şekilde verilmiş olmasına bağlı olduğunu ve bilgilendirmenin müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikelerini içermesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Rızanın geçerliliği rıza verenin buna ehliyetinin olmasına ve gereği gibi aydınlatılmış olmasına bağlıdır.

Tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın otonomi (karar), teşhis, süreç aydınlatması gibi çeşitli işlev türleri söz konusu olmaktadır. Rızanın geçerliliği ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için esas olan aydınlatma yükümlülüğü otonomi, yani karara yönelik aydınlatmadır. Hekimin yasal sorumluluğu kapsamındaki aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı 01 Ağustos 1998 tarih, 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan Hasta Hakları Yönetmeliğinin (HHY);

“Bilgilendirmenin Kapsamı (Değişik başlık: 08/05/2014 – 28994 S.R.G. Yön./3. md.)

Madde 15 – (Değişik madde: 08/05/2014 – 28994 S.R.G. Yön./3. md.)

Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

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

Şeklindeki 15. maddesinde ve devamında genel olarak düzenlenmiştir (Özmen, 2015, s:512).

Canlı donörlerden organ ve doku naklinde ise canlı vericiye bu genel düzenlemeye ilave olarak 2238 sayılı kanunun “bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü” başlıklı 7. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen özel bilgilendirme de yapılmalıdır. Söz konusu madde;

“BİLGİ VERME VE ARAŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ:

Madde 7 - Organ ve doku alacak hekimler:

- a) **Vericiye**, uygun bir biçimde ve ayrıntıda **organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;**
- b) Organ ve doku verenin, **alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;**
- c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;
- d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;
- e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;
- f) Kan veya sıhrî hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak;

Zorundadırlar.”

Şeklinde.

Böylece organ ve doku naklinde alıcı hastanın aydınlatılmasının kapsamı genel olarak Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde düzenlenen hususlar olmakta, buna karşılık canlı vericinin aydınlatılmasının kapsamının Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde yer alan hususlara ilave olarak 2238 sayılı kanunun 7. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtildiği şekilde uygun bir biçimde ve

ayrıntıda verilmek üzere organ veya doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler, tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlar hakkında bilgiyi ve organ veya doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında bilgilendirmeyi de içermesi gerekmektedir.

3.2.2. Rıza Ehliyeti

Rızanın geçerli olabilmesi için özgür bir irade ile verilmesi ve rıza verenin buna ehliyetinin olması da gerekmektedir. Rıza ehliyeti organ ve doku naklinde alıcı hasta, canlı verici ve ölü verici açısından farklılıklar göstermektedir.

3.2.2.1. Alıcının Rıza Ehliyeti

Alıcı hasta açısından organ ve doku nakline rıza ehliyetinde özel bir düzenleme olmadığından genel olarak tıbbi müdahalelere rıza ehliyeti esasları uygulanmaktadır. Genel olarak tıbbi müdahaleleri rıza ehliyeti 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde, Biyotıp Sözleşmesinin 5 ilâ 9. maddelerinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde düzenlenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesinin muvafakat verme yeteneği olmayanların korunmasını, acil durumlarda rızanın istisnasını ve önceden açıklanmış isteklerin dikkate alınmasını düzenleyen 6 ilâ 9. maddeleri;

“Madde 6 – Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması

- *1 Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20’nci maddelere uygun olarak, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.*
- *2 Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.*
- ***Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.***
- *3 Bir yetişkin, yasal olarak **akıl hastalığı**, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile*

*müdahalede bulunulabilir. **İlgili kişi, mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.***

- 4 Madde 5'de belirtilen bilgiler, benzer koşullarda yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen temsilci, yetkili makam, kişi veya kuruma da verilmelidir.
- 5 Yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin menfaatine daha uygun olacaksa her zaman geri çekilebilir.

Madde 7 – Akıl Hastalığı Olan Kişilerin Korunması

Gözetim, denetim ve bir makama başvurma işlemleri dâhil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlara bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir.

Madde 8 – Acil Durum

Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.

Madde 9 – Önceden Açıklanmış İstek

Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

Şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesiyle uyumlu olup, organ ve doku naklinde alıcı hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda veli veya vasisinin yazılı izni gerekli olacaktır (Özmen, 2015, s:44).

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Hastanın Rızası ve İzin” başlıklı 24. Maddesi de;

“Madde 24 –(Değişik madde: 08/05/2014 – 28994 S.R.G. Yön./6. md.)

*Tıbbi müdahalelerde **hastanın rızası** gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.

Hastanın rızasının alınamadığı hayati 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. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir.”

Şeklinde genel olarak tıbbi müdahalelerde rızayı düzenlemiştir (Özmen, 2015, s:516).

Kanuni temsilcinin rıza vermemesi durumunda Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/4. maddesindeki düzenleme gereğince mahkemeye başvurulacaktır. Yönetmelikte atıf yapılan söz konusu düzenlemeler Türk Medeni Kanununun “aile hukuku” başlıklı ikinci kitabında yer almakta, bunlardan velayet altındaki çocuklarla ilgili 346. madde “hısımlık” başlıklı ikinci kısımda, 487. madde ise “vesayet” başlıklı üçüncü kısımda olup;

“Madde 346- Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

“Madde 487- Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.”

Şeklinde. Bu düzenlemelerden velayet altındaki küçüklerde başvurulacak mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. Maddesinin birinci fıkrasının 1. Bendindeki;

“Madde 4- Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,”

Düzenlemesine göre aile mahkemeleri olmaktadır. Vesayetle ilgili işler ise 4787 sayılı kanundaki bu düzenlemeye göre aile mahkemelerinin görev alanı dışında olup, vesayet altındaki kişilerle ilgili olarak başvurulacak mahkeme 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 397. maddesinin *“Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir.”* şeklindeki ikinci fıkrasına göre vesayet makamı olarak belirtilen sulh hukuk mahkemesi olmaktadır.

Çocuk hastada mahkemeden karar alınması için yeterli zaman olmayan acil hallerde savcılığa başvurularak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gereğince korumaya alıp sağlık tedbiri kararı verilmesi istenebilecektir. Savcılığa başvuracak zaman dahi yoksa Türk Ceza Kanununun 25. maddesindeki **üçüncü kişi lehine zorunluluk hali** dolayısıyla hekimin müdahalesinin hukuka uygun olacağı öğretide belirtilmektedir (Hakeri, 2015, s:288). Organ ve doku nakli tedavisine muhtaç küçük veya kısıtlı bir hastanın veli veya vasisinin bu tedaviye izin vermemesi halinde uygulanacak yaklaşım bu şekilde olmalıdır.

3.2.2.2. Canlı Vericinin Rıza Ehliyeti

Canlı donörlerden transplantasyon amacıyla organ ve doku alınmasında rıza ehliyeti ve rızanın şekil şartları 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması,

Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5 ve 6. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler;

“Yaş ve nitelik:

Madde 5 – Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.

Muvafakat:

Madde 6 – Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için 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.”

Şeklinde olup organ ve doku vermeye rıza ehliyetini açık bir şekilde 18 yaşını bitirmiş ve ayırt etme gücüne sahip olmak şeklinde düzenlemiş ve özel bir şekil şartına tabi tutmuştur. Buna göre 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip bir canlı organ veya doku vericisi rızasını en az iki tanık huzurunda beyan ettiği yazılı ve imzalı bir tutanağın bir hekim tarafından onaylanması öngörülmüştür. Kanunda ergin olmak değil de açıkça 18 yaşını bitirmiş olmak şartı arandığına göre evlenme nedeniyle veya kazai rüşt ile ergin kılınan ancak 18 yaşını doldurmamış kişiler tam ehliyetli olmalarına karşın canlı organ donörü olamayacaklardır. Buna karşılık 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan ancak kısıtlı bulunan kişilerin 2238 sayılı kanuna göre organ ve doku donörü olmalarına engel gözükmemektedir. Ancak tıbbi müdahalelerde rızaya ehliyeti düzenleyen genel kural olan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesindeki düzenleme nedeniyle 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılarda kendi rızaları yanında yasal temsilcilerinin de yazılı rızasının aranması gerekli olacaktır (Özmen, 2015, s:44).

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlılardan ise vasi rızası ve mahkeme kararıyla dahi transplantasyon amacıyla organ ve doku alınması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanmış bir kişinin bir böbreğinin bir kardeşine nakli için rıza veren vasinin başvurusu üzerine organ alınmasına izin veren sulh hukuk mahkemesinin kararı Yargıtay tarafından kanun yararına bozulmuştur. Resmi Gazetenin 29 Nisan 2014 tarih, 28986 sayılı nüshasında

yayımlanan Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 6/3/2014 tarih, 2013/16178 Esas, 2014/3998 – 2013/250334 Karar sayılı söz konusu kararında;

“2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesinde, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır; 10/8/2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 2003/5960 sayılı Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü’nün 15. maddesinde ise, vasinin vesayetine verilen kişinin bakımına, eğitime, kişilik haklarının korunmasına ve hukuki işlemlerde temsiline ilişkin olarak gereken özeni göstermek, mal varlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorunda olduğu hükmü getirilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; T Y’nin, Ereğli (Konya) Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 3/6/2010 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi Ş Y’a vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan E Y’a, kısıtlı Ş’dan organ nakli yapılabilmesi için vasi tarafından Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’ne başvurulduğu, mahkemece Adli Tıp’tan “bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına” ilişkin olarak alınan rapor doğrultusunda sözkonusu iznin verildiği ve bu kararın 18/2/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri 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 Kanununda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı Ş Y’dan kardeşi E Y’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda

gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T Y'a izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.”

Tespitleri yapılarak vesayet makamı sulh hukuk mahkemesinin aksi yöndeki kararı kanun yararına bozulmuştur (UYAP Bilgi Bankası, 2017b).

3.2.2.3. Ölüden Organ ve Doku Alınmasında Ölümün Tespiti ve Rıza

Ölüden transplantasyon amacıyla organ ve doku alınması 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 11 ilâ 14. maddelerinde düzenlenmiştir. Ölüden transplantasyon amacıyla organ ve doku alınabilmesi için gereken iki temel koşuldan biri ölümün tespit edilmesi, diğeri de organ ve doku bağışının sağlanmasıdır.

3.2.2.3.1. Ölümün Tespiti

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun ölümün tespitine ilişkin 11. maddesi;

“Madde 11 – (Değişik: 2/1/2014-6514/41 md.)

Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.”

Şeklindedir. Tıbbi ölüme kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak karar verilebilmesi için ülkemizde bugün bilimin ulaştığı düzeyde aranan kriterler ise 01.02.2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir (Vural, 2016).

Yönetmeliğin “tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (i) ve (i) bentleri;

“Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

.....

ı) Organ ve doku kaynağı merkezi: Beyin ölümü kriterlerini tespit edebilecek donanım ve personeli temin edebilecek merkezleri,

i) 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 dâhil) kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türünü,

.....

ifade eder.”

Şeklinde olup, organ ve doku kaynağı olma açısından tıbbi ölümün anlamının beyin ölümü olduğunu ortaya koymaktadır.

Yönetmeliğin “Ulusal Koordinasyon Sistemi” başlıklı 14. maddesinin 2. fıkrası; “(2) Ulusal Koordinasyon Sistemi içindeki birimler arasında koordinasyonu, organ ve doku kaynağı merkezlerinde görev yapacak olan organ ve doku nakli koordinatörleri sağlar. Organ ve doku nakli koordinatörleri **beyin ölümü tutanağının EK-1’de yer alan beyin ölümü kriterlerine göre** ve kurallara uygun biçimde **düzenlenip** düzenlenmediğinin kontrolünden, Kanuna göre gerekiyorsa verici adayının ailesinden organ ve doku bağışı için izin alınmasından ve alınan organ ve dokunun ilgili merkeze naklinden sorumludur.” şeklinde olup, beyin ölümü kriterlerini yönetmeliğin Ek-1’ inde düzenlemektedir. Tamamen hekimler kurulunda yer alan 2 uzman tabip tarafından yapılacak muayene ve ileri tetkiklerde aranacak tıbbi kriterleri içeren söz konusu Ek-1 ise şöyledir (Vural, 2016):

“EK-1

BEYİN ÖLÜMÜ TANISI

(1) **Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıbdır. Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir.**

- a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,
- b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,
- c) Santral vücut ısı ≥ 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 yanıtsızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınamaması),

b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;

1) Pupiller parlak ışığa yanıtsız, 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.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması,

b) Yüzeyel 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 beklemeye gerek kalmaz.”*

3.2.2.3.1.1. Türk Nöroloji Derneği Beyin Ölümü Tanı Kılavuzu

2238 sayılı Kanunun 11. maddesinde tıbbi ölümün biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından yapılacak muayene ile tespit edileceği öngörülmüş olup, fiilen beyin ölümünün klinik tespitinde esas ağırlıklı uzmanlık alanı nöroloji olarak kendini göstermektedir. Nitekim Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin beyin ölümü tanı kriterlerini düzenleyen Ek-1'inin 6. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde klinik muayenenin esas olarak nörolojik bir muayene olduğu görülmektedir. Nöroloji alanıyla ilgili uzmanlık derneği olan Türk Nöroloji Derneği tarafından kanun ve yönetmeliğe uygun olarak hekimlere yönelik bir Beyin Ölümü Tanı Kılavuzu geliştirilerek yayınlanmıştır (Türk Nöroloji Derneği, 2014).

Tıpta uzmanlık alanlarıyla ilgili dernek kavramı 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 59. maddesinin (e) bendine istinaden birliğin merkez konseyince hazırlanarak yürürlüğe konan Türk Tabipleri Birliği Uzmanlık Dernekleri Eşgüdüm Kurulunun Kuruluşu ve Çalışma Yöntemi Hakkında Yönetmelik'in 4. Maddesinde “*Tıpta Uzmanlık Alanlarıyla İlgili Dernek: Tıpta, bir ya da birden fazla uzmanlık alanı ile ilgili eğitim, araştırma, sağlık hizmeti sunumu ve toplum sağlığı alanında çalışmalar yapan dernek*” şeklinde tanımlanmıştır (Türk Tabipleri Birliği, 2015). Türk Tabipleri Birliği tarafından nöroloji alanındaki uzmanlık derneği olarak Türk

Nöroloji Derneği'nin tanındığı birliğin internet sayfasında gözükmektedir (Türk Tabipleri Birliği, 2016).

Kılavuz, yönetmelikte belirtilen beyin ölümü tespit kriterlerinin uygulanmasını göstermektedir. Kılavuza göre beyin ölümü “merkezi sinir sisteminin kafatası içinde kalan kısımları olan beyin, beyincik ve beyin sapının tamamının tüm aktivitelerinin geri dönüşümsüz kalıcı olarak kaybedilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanının konması için çeşitli aşamaların tamamlanması söz konusudur.

3.2.2.3.1.1.1. Ön Koşullar

Beyin ölümü tespiti sürecine başlanabilmesi için bazı ön şartların gerçekleşmiş olması gerekir, aksi halde bu tanıya yönelik girişim ve işlemlere başlanamaz. Öncelikle beyin ölümüne yol açma potansiyeli olan hastalık veya olayın tanısı kesin olmalı ve mutlaka beyinde geri dönüşümü olmayacak ağır bir yapısal hasar bilgisayarlı tomografi veya manyetik rezonans inceleme görüntüleme teknikleriyle gösterilmiş olmalıdır. Söz konusu beyin hasarını doğuran hastalık veya sürecin tedavisi olmamalı veya tedavi girişimlerine cevapsızlık olmalıdır. Sistolik kan basıncı erişkinlerde 100 mmHg'nın, vücut sıcaklığı kılavuza göre 36 santigrat derecenin üstünde olmalıdır.

Beyin sapı reflekslerini etkileyebilecek metabolik bozukluk veya elektrolit denge bozukluğu bulunmamalı, sedatif, anestezi, narkotik, nöromusküler blokaj yapıcı ilaç etkisi olmamalıdır. Bilinci etkileyebilecek ilaç şüphesinde veya böbrek ya da karaciğer bozukluğu gibi ilacın yarı ömrünün 5 katı kadar sürede eliminasyonunun sağlanamayacağı durumlarda beyin kan dolaşımını gösteren destekleyici testler gerekli olmaktadır. Kalp ve solunum canlandırması yapılmış olanlar gibi hipoksik iskemik akut beyin hasarı yapabilen durumlarda 24 saat geçmeden beyin ölümüne yönelik nörolojik muayene bulguları güvenilir olmamaktadır. Bu gibi durumlarda beyin kan dolaşımını gösteren testlere başvurmadan beyin ölümü tanısı konulamamaktadır (Türk Nöroloji Derneği, 2014).

3.2.2.3.1.1.2. Beyin Ölümü Temel Bulguları

Beyin ölümünün 3 temel bulgusu derin koma, beyin sapı reflekslerinin yokluğu ve hiçbir spontan solunum çabası olmamasıyla birlikte apne testinin pozitif bulunmasıdır.

Derin komada supraorbital çentiğe veya temporomandibuler ekleme uygulanan santral ağırlı uyaranlara hiçbir yanıt alınmamalıdır.

Tüm beyin sapı refleksleri kaybolmalıdır. Göz bebekleri orta hatta ve 4-9 mm. sabit genişlemiş olmalı, parlak ışığa da daralma şeklinde bir cevap vermeyerek geniş kalmalıdır. supraorbital çentiğe, temporomandibuler ekleme veya ekstremitelere verilen ağırlı uyaranlara yüz ve orofarinks kaslarında hiçbir cevap olmamalıdır. Kornea, okülosefalik ve okülovestibüler refleksler, öğürme, emme refleksleri tamamen kaybolmuş olmalıdır (Türk Nöroloji Derneği, 2014).

Apne testi spontan solunumu bulunmayan mekanik ventilatöre bağlı hastada ancak kanunda yazılı uzmanlardan biri tarafından yapılarak belgelenmeli, daha sonra diğer uzmanlarca tekrarlanmasına mahal verilmeden ilgili uzmanlarca bir seferde tam yapılmalıdır. Bu test ancak derin koma ve tüm beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybı gerçekleşmiş hastalarda tek bir seferde tanı koydurucu şekilde yapılmalıdır. Yeterli kan basıncı ve vücut sıcaklığı bulunan hastada yeterince saf oksijen ile yeterli oksijenasyon sağlanarak ventilatörden ayrılmakta, karınaya dakikada 6-8 litre oksijen verilmeye devam edilmektedir. Sekiz dakika sonra başlanarak 2 dakikada bir tekrarlanan kan gazı ölçümlerinde $pCO_2 > 60$ mmHg ve başlangıç değerinden de 20 mmHg daha yüksek olmasına rağmen hastada hiçbir spontan solunum çabası olmadıysa apne testi beyin ölümü açısından pozitif kabul edilmektedir. Test sırasında hipoksi veya hemodinamik bozukluk gelişmesi halinde test derhal sonlandırılır. Apne testinin yapılamaması veya sonuçsuz kalması halinde beyin ölümü tanısı ancak beyin kan dolaşımının yokluğunu gösteren destekleyici testlerle sonuçlandırılabilir.

3.2.2.3.1.1.3. Bekleme ve Gözlem

Beyin ölümü temel bulgularının varlığı gösterilerek belgelendikten sonra, tanı için hastanın yaşına göre belli bir süre devam ettiğinin de gösterilmesi lazımdır. Bir

yaşın üstünde ve yetişkinlerde 12 saat, kardiyopulmoner resüsitasyon ve benzeri akut hipoksik beyin hasarı durumlarında 24 saat sonra yapılacak ikinci bir nörolojik muayene ile derin koma ve beyin sapı reflekslerinin tam yokluğunun saptanması gerekir. Apne testinin ise tekrarlanması zorunlu görülmemektedir. Şayet ilk muayenede üç temel bulgunun gösterilmesiyle birlikte beyin kan dolaşımının olmadığı da bir destekleyici teste gösterilmişse bekleme süresinin tamamlanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

3.2.2.3.1.1.4. Destekleyici Test

Beyin ölümü klinik tanısının laboratuvar destekleyici testle de desteklenmesi gerekmektedir. Destekleyici test ya elektroansefalografi (EEG) ve duyuşal uyarılmış potansiyel gibi beynin elektriksel aktivitesini gösteren bir testtir, ya da transkranyal Doppler, beyin sapını da içeren sintigrafi, arteriyel ve venöz fazları içeren bilgisayar tomografili serebral anjiyografi, kateter serebral anjiyografi gibi beynin kanlanmasına ilişkin bir testtir (Türk Nöroloji Derneğı, 2014).

3.2.2.3.2. Ölüden Organ ve Doku Bağışında Rıza

Tıbbi ölüm halinin tespitinden sonra organ ve doku alınması için gereken koşullar 2238 sayılı kanunun 14. maddesinin;

“Madde 14 – Bir kimse sağığında 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.

Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde bir değışiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

(Değışik: 21/1/1982 - 2594/1 md.) Kaza veya doğıal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağılam 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. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.”

şeklindeki ilk dört fıkrasında düzenlenmiştir (Özmen, 2015, s:124).

Buna göre bir kişi sağlığında karşı olduğunu belirtmişse ölümünden sonra kendisinden yakınlarının rızasıyla veya herhangi bir surette organ ve doku alınması açıkça yasaklanmakta, böylece kişiye ölümünden sonra bedeninin geleceğini belirleme hakkı tanınmaktadır.

Kornea (gözün saydam tabakası) gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların ise aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe ölünün yakınlarının rızası gerekmeden alınabileceği düzenlenmektedir. Kanun gözde korneanın alınmasında rıza aramamakta olup, ölüden bir gözün sadece korneasının değil tamamının rızasız alındığı iddiasıyla yürürülen bir soruşturmada idare tarafından verilen men-i muhakeme kararı üzerine Danıştay 1. Dairesi 07/02/2007 tarih, 2006/1270 E, 2007/101 K sayılı kararında;

“Yukarıdaki Kanun hükmü gereğince, gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabi olmadığı belirtilmesine rağmen, 25.5.2005 tarihli tespit tutanağına göre cesedin sol gözünün tamamının alındığı, sağ gözünün kapağının ise dikili olduğunun saptandığı, nöbetçi teknisyen ...'in ise soruşturmacıya verdiği ifadede ölü ...'un sadece her iki göz kornea dokularının alındığını, ne sağ ne de sol göz kapaklarına dikiş koymadığını beyan ettiği, bu ifade ile sağ göz kapağının dikili olduğu yolundaki polis tespit tutanağı arasında çelişki bulunduğu, ayrıca 30.5.2005 tarihinde 05/950 ve 05/981 protokol nolu ameliyatlara ... ve Fatma Çarçabuk adlı hastalara uygulanan operasyonların niteliğinin ve kapsamının bu hastaların dosyalarındaki tüm tıbbi verilerin ve kanıtların takdirinin ceza yargısına ait bulunduğu, bu durumda, yukarıda sözü edilen Kanun hükmüne aykırı olarak ölüden gözün tamamının izisiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin olduğu, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 3.11.2006 günlü ve 49 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 15 inci maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın İstanbul Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın İstanbul

Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın bir örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğü ile şikayetçi vekiline gönderilmesine 7.2.2007 gününde oyçokluğuyla karar verildi."

Tespitini yaparak, gözün tamamının izinsiz alınmasının yargılanmayı gerektiren bir fiil olduğu gerekçesiyle lüzum-u muhakeme kararı vermiştir (UYAP Bilgi Bankası, 2017a).

Bu istisnalar haricinde ise genel olarak kadavradan organ ve doku alınabilmesi için ya kişinin kendi sağlığındaki iradesi ya da ölümünde yanında bulunan yakınlarının rızası aranmaktadır. Kişinin sağlığındaki iradesi ya vasiyetname ile veya iki tanık huzurundaki beyan olmak üzere ortaya konacaktır. Vasiyetname Medeni Kanunun 532. maddesinde belirtilen resmi vasiyetname veya 538. maddesinde belirtilen el yazısı ile vasiyetname şekillerinden biri olacaktır. Medeni Kanunun 502. maddesine göre vasiyet yapmak için sadece 15 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olma koşulu arandığına göre, burada canlı donör olarak organ bağışına rıza ehliyetinde aranan 18 yaş koşulu aranmamaktadır. 2238 sayılı kanun ayrıca, Medeni Kanunun 539 ve devamı maddelerindeki sözlü vasiyet koşullarını aramaksızın, kişinin sadece iki tanık huzurundaki beyanı ile de ölümünden sonra organ ve dokularının alınması arzusunun geçerli olacağını düzenlemiştir.

Kişi sağlığında ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınıp alınmamasına ilişkin herhangi bir geçerli irade açıklamasında bulunmamışsa, organ ve doku alınması ölümü sırasında yanında bulunan yakınlarından sırası ile eş, reşit çocuklar, anne veya baba veya kardeşlerden birisinin, bunların hiçbiri yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının rızası şartına bağlanmıştır. Ayrıca söz konusu 14. maddenin dördüncü fıkrasında hastalık halleri dışında, kaza veya doğal afet sonucu ölen bir kişinin yanında hiçbir yakını olmasa da, tıbbi ölümünün bağlı olmadığı ölümü tespit eden hekimler kurulunca belirlenen ve sağlam kalan organlarının, yaşamı ivedi organ nakline bağlı bulunan kişilere vasiyet ve rıza aramaksızın nakledilmesine imkân sağlanmaktadır. Bu durumda transplantasyon için organ alınmasına adli otopsiye göre öncelik tanınmakta ve hekimler kurulu raporunun adli otopsi raporu ve tutanağına eklenmesi öngörülmekte, böylece organ nakli ile korunan insan yaşamı yararı, adli otopside beklenen yarardan üstün tutulmaktadır.

3.3. Endikasyon

Anayasanın 17 maddesinin ikinci fıkrası vücut dokunulmazlığının istisnasında “tıbbi zorunluluk” yani endikasyon varlığını aramaktadır. Türk Ceza Kanununun 26. maddesinin ikinci fıkrasında da hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hakları ile sınırlanmıştır.

Keza 19 Şubat 1960 tarih, 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin (Tüzüğü) (TDN) 13. maddesinin üçüncü fıkrasındaki *“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”* ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı” başlıklı 12 maddesindeki *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”* düzenlemeleri de endikasyon olmadan sadece kişinin rızasının tıbbi müdahaleye hukuka uygunluk kazandırmayacağını, rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır (Özçetin ve Balaban, 2015, s:45).

Organ ve doku naklinde canlı vericinin hazırlanması kapsamında 2238 sayılı kanunun 8. maddesindeki *“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.”* düzenlemesi kişinin hayatını tehlikeye sokacak durumların mutlak tasarruf alanı dışında olduğunu açıkça belirtmektedir. Yine aynı kanunun *“Organ ve doku alınması, aşılınması 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.”* şeklindeki 9. maddesi endikasyonun belirlenmesinde özen gösterilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

3.4. Tıp Bilimine Uygun Özenli Müdahale

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bütün bu şartlar yanı sıra güncel tıp biliminin gereklerine uygun olarak ve özenle gerçekleştirilmesi gerekir. Özen yükümlülüğü hekimin en önemli yükümlülüklerindendir. Özen yükümlülüğüne riayet edilmemesi ceza hukuku açısından Türk Ceza Kanununun 22. maddesinin ikinci fıkrasındaki *“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.”* düzenlemesinde de belirtildiği gibi manevi unsur olarak taksir sorumluluğuna yol açacaktır. Özel hukuk açısından da hekimlik sözleşmesi esas itibarıyla bir vekâlet sözleşmesi niteliğindedir ve vekâlet sözleşmesinde Türk Borçlar Kanununun 506 maddesinin ikinci fıkrasındaki *“Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”* düzenlemesinde belirtildiği üzere vekilin sadakat ve özen yükümlülüğü esastır ve buna aykırılık sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını doğuracaktır.

Hekimler genel tıp kurallarına ve uzmanlık dallarının temel klasik bilgi ve standartlarına uygun olarak mesleklerini icra ederler. Bu çerçevede hareket edildiğinde de riskler ve kötü sonuçlar ortaya çıkabilir, bu durumda izin verilen risk, komplikasyon kavramı söz konusu olur ve hekime kusur izafe edilmez. Aksi halde ise hatalı tıbbi uygulama veya tıbbi kötü uygulama anlamına gelen malpraktis söz konusu olur ve hekim kusurlu bulunur (Hancı, 2006, s:30). Biyotıp Sözleşmesi’nin “Mesleki standartlar” başlıklı 4. maddesindeki *“Araştırma dâhil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinin birinci fıkrasındaki *“Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.”* düzenlemeleri hekimin tıp biliminin standartlarına ve gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğünü ve sorumluluk sınırını gösteren mevzuat hükümlerindendir.

Komplikasyon, tıpta kabul edilen normal risk ve sapmalar içindeki “izin verilen risk” kavramının karşılığıdır. Sorumluluk oluşmaması için ortaya çıkmasından sonra gereken yaklaşım yapılmış olmalıdır. Malpraktis ise, Türk

Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın “*Hekimliğin Kötü Uygulanması(Malpractice)*” başlıklı 13. maddesinde “*Madde 13-Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.*” şeklinde tanımlanmaktadır (Hancı, 2006, s:30).

Özen yükümlülüğü ihlalleri en çok hastanın tanı ve tedavi sürecindeki uygulama kusurları, aydınlatma kusurları ve organizasyon kusurları olarak yoğunlaşmakta ve malpraktise vücut vermektedir (Hakeri, 2015, s:618).

Hekimin özen yükümlülüğü geniş kapsamlı olup, kişisel edim, anamnez alma, muayene, tetkik, teşhis, aydınlatma, tedavi, reçete yazma, uygun teknik araçları kullanma, kayıt tutma, sır saklama, organizasyon, kimlik tespiti, mesleki bilgisini geliştirme gibi pek çok yükümlülüğü içerir (Hakeri, 2015, s:502).

Resmi Gazetenin 22 Mayıs 2014 tarih, 29007 sayılı nüshasında yayımlanan Sağlık Meslekleri Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik' in Ek-1 'inde hekimlerin iş ve görev tanımları;

“Sağlık Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımları

Tabip ve uzman tabip

a) *Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri alır, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapar ve olası komplikasyonların önlenmesi için çalışır. Ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun müdahaleyi yapar, gerektiğinde hastayı sevk eder.*

b) *Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazandığı bilgi ve becerilere ilaveten, mesleği ile ilgili eğitim ve bilimsel faaliyetler yoluyla kazandığı bilgi ve beceriler çerçevesinde sanatlarını icra ederler.*

c) *Birlikte çalıştığı diğer sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbi bakım ve uygulamaları planlar, izler ve denetler.*

ç) *Adli vakalarda ilgili mevzuatlarda tanımlanan iş ve işlemleri yapar.*

d) *Gerekli gördüğu durumlarda, diğer tabip, uzman tabip veya birimden **konsültasyon** ister. Konsültasyon istenen tabip veya uzman tabip bu isteğe icabet eder.*

e) *Başka bir birime veya kuruma **sevki gereken** hastaların, tıbben gerekli şartlar sağlanarak sevk edildiği birime veya kuruma ulaşımı için gerekli tedbirleri alır.”*

Şeklinde düzenlenerek komplikasyonların önlenmesi ve ortaya çıktıktan sonra uygun müdahalelerin yapılması ve gerekiyorsa sevk edilmesi suretiyle komplikasyonların yönetimi, gerekli durumlarda konsültasyon istenmesi, konsültasyon davetlerine icabet edilmesi ve gerekli hastaların uygun koşullar sağlanarak sevk edilmesi hususları hekimlerin görev ve yükümlülükleri kapsamında tanımlanmış bulunmaktadır.

Bu kapsamda 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun yukarıda bahsedilen 5 ve 6. maddelerindeki rıza alma, 7. maddesindeki bilgi verme, araştırma ve aydınlatma, 8. maddesindeki yaşamı tehlikeye sokmama yükümlülükleri yanı sıra “Tahlil ve inceleme yapma zorunluluğu” başlıklı 9. maddesindeki verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri olabildiğince azaltmaya yönelik tıbbi incelemelerin yapılması zorunluluğu da organ ve doku naklinde özen yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemeler niteliğindedir (Özmen, 2015, s:122). Yine bu kanuna dayalı olarak çıkarılarak 01.02.2012 tarih, 28191 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde ve bu yönetmeliğin 23 maddesine göre nakledilecek organ ve dokular için Sağlık Bakanlığınca alt düzenleyici işlemlerle belirlenen ayrıntılar ilgisine göre organ ve doku naklinde özen yükümlülüğüne yol gösterici özel düzenlemelerdir.

4. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 1979 yılında çıktığında 15. maddesi ile bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因, nakleden, alım satımını yapan veya aracılık edenlere uygulanacak ceza yaptırımını geniş kapsamlı ancak tek bir yaptırım halinde düzenlemişse de, bu husus daha sonra 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91. maddesinde “organ veya doku ticareti” başlığı altında daha ayrıntılı olarak tekrar düzenlenmiştir. Yeni kanun eskisini bütünüyle ilga etmemiş olup, yeni kanunda özel olarak düzenlenmeyen ancak 2238 sayılı kanunu ihlal eden diğer hususlarda eski kanun uygulanmaya devam edebilecektir (Hakeri, 2015, s:846-849).

Ceza yargılaması hukuku açısından ise Türk Ceza Kanununun 91. maddesinde düzenlenen organ veya doku ticareti suçlarının etkin bir şekilde soruşturulabilmesini ve kovuşturulabilmesini amaçlayan kanun koyucu 24/11/2016 tarih ve 6763 sayılı kanunla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yaptığı değişiklikler içerisinde bu suçları bazı koruma tedbirlerinin uygulanması açısından katalog suçlar kapsamına almıştır. Yapılan değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinde düzenlenen “taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma”, 135. maddesinde düzenlenen “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ve 140. maddesinde düzenlenen “teknik araçlarla izleme” koruma tedbirlerinin organ veya doku ticareti suçlarında da uygulanması imkânı getirilmiştir.

4.1. Yaşayan Kişiden Hukuken Geçerli Rıza Olmadan Organ veya Doku Alma Suçu

TCK 91. maddesinin 1. fıkrası hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku alanlara uygulanacak cezayı organ alınması ile doku alınması arasında fark gözeterek düzenlemektedir. Suçun bir örgüt faaliyeti içinde işlenmesi hali ise maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

4.1.1. Fail

Kanunda “organ alan kimse” ifadesi yazılmış olmakla birlikte organ alma işlemi ancak cerrahi bir operasyonla gerçekleştirilebileceğinden dolayı, bir özgü suç söz konusu olup, fail de ancak bir operatör hekim olabilecektir (Hafizoğulları ve Özen, 2013). Bu niteliği bulunmayan bir kişi tarafından bir insanın organının alınması halinde ise fiil ancak kasten yaralama, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama gibi başka bir suçu oluşturabilecektir. Ancak organ alma bir cerrahi ekip işi olduğundan dolayı operatör hekim olmayan başka kişilerin de suça iştiraki mümkün olabilecektir. Keza azmettirme ve yardım etme de söz konusu olabilir.

4.1.2. Mağdur

Organı alınan sağlıklı veya hasta kişi suçun mağduru olabilir.

4.1.3. Hukuki Konu

Vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin bireysel ve toplumsal menfaat suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır.

4.1.4. Maddi Konu

Suçun maddi konusu alınan organ veya doku olmakla birlikte suçun mağduru olan kişinin de aynı zamanda maddi konu olarak değerlendirilmesi mümkündür.

4.1.5. Fiil

Fiil yaşayan bir kişinin rızası olmadan organ veya dokusunun cerrahi bir girişimle alınmasıdır. Bir seferde aynı kişiden hem organ hem de dokunun birlikte alınması halinde cezaları farklı olan iki ayrı suçun söz konusu olacağı kabul edilmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2013). Alınan vücut parçasının organ veya doku olduğunun ayırt edilmesi bilirkişiler tarafından yapılacaktır. Organ veya doku ancak bir operasyonla alınabileceğinden dolayı bağlı hareketli ve organ veya

dokunun vücuttan ayrılması ile tamamlanan neticeli bir suç söz konusu olmaktadır. Suça teşebbüs mümkün olabilmektedir. TCK 43/3 maddesinde sayılan istisnalardan olmadığından aynı kişi üzerinde zincirleme olarak işlenmesi mümkün olabilecektir (Hafizoğulları ve Özen, 2013).

Maddenin 8. fıkrasında hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku alınması fiilinin işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, özel bir neticesi sebebiyle ağırlaşma durumu getirilerek, kasten insan öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

Bu suç şayet aynı zamanda TCK 80. maddesindeki insan ticareti suçu ile birlikte işlenirse fail iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır (Hakeri, 2015, s:847).

4.1.6. Kusurluluk

Suçun taksirli şekli kanunda yer almadığından dolayı ancak kastla işlenebilecektir. Kast failin başka bir kişinin organ veya dokusunu rızası olmadan aldığını bilmesi ve istemesi olmaktadır. Gerçekte var olmayan bir rızayı var zannetmek fiil üzerinde hata olup esaslı hata halinde kastı kaldırabilecektir. Bu durumda suçun taksirli biçimi de olmadığından dolayı taksirle yaralama söz konusu olacaktır (Hafizoğulları ve Özen, 2013).

4.1.7. Hukuka Aykırılık

Organ veya dokusu alınanın geçerli rızası hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Ancak mağdurun rızaya ehliyeti yoksa, rıza zorla alınmışsa veya yazılılık koşuluna uyulmamışsa rıza geçerli olmayacaktır. Canlı donörlerden hukuka uygun olarak organ ve doku alınabilmesi açısından geçerli rıza 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Kanunun canlı donörlerde yaş, nitelik ve rıza ehliyeti ile rıza şekil şartını düzenleyen 5 ve 6. maddeleri olup, bunlardan 5. maddede canlı vericilerden organ ve doku alınması için aranan iki koşul 18 yaşını bitirmiş olmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak olarak belirtilmiştir. Kanunda ergin olmak değil de açıkça 18 yaşını bitirmiş olmak şartı arandığına göre Medeni Kanunun 11/2. maddesine göre evlenme nedeniyle ergin olan veya 12. maddesine göre mahkemece ergin kılınan ancak 18

yaşını doldurmamış kişiler tam ehliyetli olmalarına karşın canlı organ donörü olamayacaklardır.

Buna karşılık 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan ancak kısıtlı bulunan (mesela TMK 407. maddesi gereği hürriyeti bağlayıcı ceza nedeniyle kısıtlananlar gibi) kişilerin 2238 sayılı kanuna göre organ ve doku donörü olmalarına engel gözükmemektedir. Ancak rızaya ehliyeti düzenleyen genel kural olan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesi nedeniyle 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılarda kendi rızaları yanında yasal temsilcilerinin de rızasının aranması gerekli olacaktır.

Kanunun 5. maddesindeki 18 yaşını bitirmemiş ve ayırt etme gücü olmayanlardan organ ve doku alınmasını yasaklayan hükmün sadece transplantasyon donörlüğüne ilişkin olduğu, buna karşılık teşhis için biyopsi veya hastanın tedavisi için hasta organının çıkartılmasının gerektiği durumlarda, kanun koyucunun bu durumdakileri adeta teşhissiz ve tedavisiz bırakarak ölüme terk etmeyi amaçlaması düşünülemeyeceğinden dolayı, kanunun bu maddesinin geniş yorumlanmaması gerektiği ve kapsamının donörden başka bir hastaya transplantasyon amaçlı organ ve doku alınmalarıyla sınırlı olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmelidir (Taşkın, 1997, s:100).

Kanunun 5. maddesi kendisini yenileyebilen doku ve organlarla yenileyemeyenler arasında bir ayırım yapmadan mutlak bir 18 yaş koşulu öngörmekte ve 18 yaşını doldurmamış bir kişinin kemik iliği donörü olmasına da cevaz vermemektedir. Oysa ki, çocuklarda allogeneic kemik iliği nakli için başlıca donör kaynağı çoğunlukla kendisi de bir çocuk olan kardeşi olmaktadır. Bu açıdan 2238 sayılı kanunda uygun bir hüküm bulunmamakla birlikte "Biyotıp Sözleşmesi"nin 20. maddesi muvafakat verme yeteneği olmayan bir kişiden, muvafakat yeteneğine sahip verici bulunmaması, bağışın hayat kurtarıcı olmasının beklenmesi, alıcının donörün kardeşi olması, donörün itirazının olmaması ve yetkili yasal temsilci veya kurumun onayı şartlarıyla kendini yenileyebilen kemik iliği gibi dokuların alınmasına imkân sağlamaktadır.

Kanunun 6. maddesi ise canlı donörlerde rızanın açık, bilinçli ve tesirden uzak olmasını, rızanın şekil şartları olarak yazılı ve imzalı şeklin yanı sıra iki tanığın

mevcudiyetini ve verilen muvafakatın bir hekim tarafından onaylanması zorunluluğunu getirmektedir. Yasa koyucunun rıza belgesinde hekim onayını aramasının donörde rızanın açık ve bilinçli olması yanı sıra her türlü baskıdan uzak olmasını da sağlamaya yönelik olduğu düşünülebilir. Burada tanıkların fiil ehliyetine ilişkin bir koşul düzenlenmemiş olup, bunun bir eksiklik olduğu düşünülebilir.

4.1.8. Ceza

Kanunda suçun cezası organ alma halinde beş yıldan dokuz yıla, doku alma halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis olarak düzenlenmiştir. Suçun bir örgüt faaliyeti içinde işlenmesi halinde ise ceza sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası olacaktır. Suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölümü halinde ise kasten insan öldürme suçunun cezası verilecektir.

4.2. Ölüden Hukuka Aykırı Olarak Organ veya Doku Alma Suçu

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu TCK 91. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Beyin ölümü gerçekleşen ancak henüz organ ve dokuları başkalarına nakledilebilecek olan ölüden organ ve doku alınmasının bu suçu oluşturduğu, buna karşılık artık organ ve dokuları da ölmüş bir cesetten transplantasyon amacına yönelik olmayacak şekilde organ veya doku alınmasının TCK 130/2 gibi başka bir suç olacağı öğretide ifade edilmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2013).

4.2.1. Fail

Ölüden organ veya doku alma, rızası olmadan yaşayan kişiden organ veya doku alma suçuna fail açısından benzerlik göstermektedir. Transplantasyon amacıyla organ veya doku alma işlemi de ancak cerrahi bir operasyonla gerçekleştirilebileceğinden dolayı, bir özgü suç söz konusu olup, fail de ancak bir operatör hekim olabilecektir. Bu niteliği bulunmayan bir kişi tarafından bir ölüden organ alınması halinde ise fiil başka bir suçu oluşturabilecektir. Hekim olmayan

başka kişilerin ise suça iştiraki, azmettirmeleri veya yardım etmeleri mümkün olabilecektir.

4.2.2. Mağdur

Ölünün organ veya doku alınmasına rıza açıklamaya hakkı olan yakını suçun mağduru olmaktadır.

4.2.3. Hukuki Konu

Ölünün yakınlarının, yakını oldukları kimsenin ölmüş de olsa vücut bütünlüğünün ihlal edilmemesine ilişkin menfaatleri suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır.

4.2.4. Maddi Konu

Suçun maddi konusu alınan organ veya dokudur.

4.2.5. Fiil

Beyin ölümü gerçekleştiğinde insan ölmüş sayılmaktadır. Beyin ölümü gerçekleşmiş ancak diğer organ ve dokuları henüz ölmemiş ve transplantasyona elverişli durumda olan ölüden organ veya doku alınması fiili suçu oluşturmaktadır. Buna karşılık organ ve dokuları da tamamen ölmüş olan bir cesetten organ veya doku alınması fiili bu suçu oluşturmamakta, TCK 130. maddesinde tanımlanan kişinin hatırasına hakaret gibi başka bir suçu oluşturabilmektedir. Organ veya doku ancak bir operasyonla alınabileceğinden dolayı bağlı hareketli ve organ veya dokunun beyin ölümü gerçekleşmiş vücuttan ayrılması ile tamamlanan neticeli bir suç söz konusu olmaktadır. Suça teşebbüs mümkün olabilmektedir.

4.2.6. Kusurluluk

Kastla işlenebilecek bir suç olup, kast failin geçerli bir rıza olmadan ölüden organ veya doku aldığını bilmesi ve istemesidir. Sağ bir kişinin ölü zannedilerek

fiilin işlenmesi halindeki hata ise fiili kast yokluğu ve taksirli şeklinin tanımlanmamış olması nedeniyle suç olmaktan çıkarmamakta, ancak fiil yaşayan kişiden organ veya doku almak da olmamakta, failin kastı doğrultusunda ölüden organ veya doku almak fiilinin oluştuğu öğretide kabul görmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2013).

4.2.7. Hukuka Aykırılık

Geçerli bir rıza hukuka uygunluk nedeni olmaktadır. Ölüden hukuka uygun olarak organ ve doku alınabilmesi açısından geçerli rıza 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 14. maddesinin ilk dört fıkrasında düzenlenmiştir. 2238 sayılı kanundaki bu koşullar yerine getirilerek ölüden organ veya doku alınması hukuka uygun olacaktır. Bu koşullara uyulmaması halinde hukuka aykırılık nedeniyle TCK 91/2. maddesinde belirtilen fiilin işlenmesi söz konusu olacaktır.

4.2.8. Ceza

Ölüden organ veya doku alma suçunun cezası kanunda bir yıla kadar hapis olarak düzenlenmiştir.

4.3. Organ veya Doku Satma, Satın Alma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme: suçları TCK 91/3' de düzenlenmiş olup maddenin birinci fıkrasında belirtilen yaptırımın uygulanması öngörülmektedir. Burada organ veya dokusunu satana da satın alan veya aracılık edenle aynı ağır cezanın uygulanması öngörülmüş olmakla birlikte, organını veya dokusunu satan için Türk Ceza Kanununun 92. maddesinde zorunluluk halinin ve 93. maddesinde de etkin pişmanlık halinin uygulanması suretiyle ceza almamasına veya indirim yapılmasına imkân sağlayan düzenlemeler getirilmiştir. Bu suçun örgüt faaliyeti içinde işlenmesi halinde ise maddenin 4. fıkrasına göre organ veya doku ayırımı yapılmaksızın ceza ağırlaştırılacaktır.

4.3.1.Fail

Kanun yasakladığı organ veya doku ticareti ilişkisinin her bir yönünü ayrı suç olarak saymış ve aynı cezayı öngörmüştür. Herkesin fail olması mümkündür. Satma ve satın alma ilişkisinin karşılıklılığı nedeniyle kendiliğinden çok failli suç niteliği söz konusu olmaktadır ve her fail kendi fiilinden yani satma, satın alma ve aracılık yapmadan sorumlu olacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2013). Bu suçlara iştirak, azmettirme ve yardım etme mümkündür.

4.3.2. Mağdur

Organ veya doku satma, satın alma veya satılmasına aracılık etme suçlarının belli bir kişi olarak mağduru bulunmadığından ve mağdurun toplum olduğu kabul edildiğinden dolayı mağduru gayri muayyen suçlar söz konusu olmaktadır (Hafızoğulları ve Özen, 2013).

4.3.3. Hukuki Konu

İnsan vücudunun, organ ve dokularının ticarete konu edilmemesindeki kamusal menfaat suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır.

4.3.4. Maddi Konu

Satımı söz konusu olan organ veya doku suçun maddi konusunu teşkil etmektedir.

4.3.5. Fiil

Organ veya dokunun satılması ve satın alınması bağlı hareketli ve neticeli suçlar olup, teşebbüsü mümkün olabilmektedir. Öğretide organ veya dokunun satışı için icapta bulunulduğunda suçun icrasına başlanmış, teslim edildiğinde de suçun tamamlanmış olduğu, teslim kadar suçun teşebbüs aşamasında olduğu, organ veya dokuyu satma amacıyla elde bulundurmanın ise hazırlık hareketi niteliğinde olup, bu suçun henüz başlamamış sayıldığı ifade edilmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2013;

Taneri, 2014). Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise 10/02/2015 tarih, 2015/1531 E, 2015/2378 K sayılı kararında;

”4-Sanık ... hakkında organ ticareti yapma suçundan ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hükme yönelik temyiz isteminin incelenmesinde: Tüm dosya kapsamına göre; sanık ...'in böbreğinin ... ve ...'e verilmesi konusunda anlaşmaları ancak, çıkan sorunlar nedeniyle nakil gerçekleştirilememekle birlikte sanığın ... ve suça aracılık eden diğer şahıslar ile irtibatının devam etmesi nedeniyle bu defa böbreğini ile bedeli karşılığında vermek konusunda anlaşmaları, Hastanesinde 10.06.2009 tarihinde böbrek nakli ameliyatının ve naklin gerçekleştirildiği anlaşılmakla, organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığı ile organ veya dokunun naklinin gerekmemesi karşısında, üç ayrı organ ticareti yapma suçunu işlediği anlaşılan sanık hakkında TCK'nın 92. maddesi uyarınca zorunluluk hali gerekçe gösterilerek ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmişse de;”

Şeklindeki tespitiyle Türk Ceza Kanununun 91/3. maddesindeki suçun oluşması için organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasının yeterli olduğu, suçun oluşması için ödemenin yapılmasının ya da organ veya dokunun naklinin gerçekleşmesinin gerekmediği görüşünü ortaya koymuştur (UYAP Bilgi Bankası, 2017b).

Suçun zincirleme hükümlerine tabi olmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir kişinin kendi organ veya dokusunu satması mümkün olabildiği gibi, ölü veya canlı bir başkasından elde edilmiş organ veya dokuyu satması da mümkün olabilir. Organ veya dokuyu canlı veya ölüden alan kişi aynı zamanda satan kişi olduğu takdirde, her iki fiilinden de ayrı ayrı sorumlu olacaktır.

Organ veya doku satılmasına aracılık etme suçu ise alıcı ve satıcıyı bir araya getirmekle tamamlandığından dolayı neticesiz suç niteliğinde olup, hareketin parçalara bölünemeyeceği ve teşebbüsün söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir. Aracı kişi aynı zamanda organ veya dokuyu canlı ya da ölüden alan kişiye her iki fiilden de ayrı ayrı sorumlu olacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2013).

4.3.6. Kusurluluk

Fiilin taksirli şekli tanımlanmamış olup, kastla işlenmektedir. Kast organ veya dokuyu satıcının sattığını, alıcının satın aldığını, aracının da aracılık ettiğini bilmesi ve istemesidir.

4.3.7. Hukuka Aykırılık

Bu suçta kanun rızayı dikkate almadığından hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olmamaktadır. Ancak TCK 92 kendi organını satan bakımından içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulları, takdire bağlı olarak cezayı kaldırabilen veya azaltabilen özel bir zorunluluk hali olarak düzenlemiştir.

4.3.8. Ceza

Türk Ceza Kanununun 91. maddesinin 3. fıkrası, aynı maddenin 1. fıkrasına yaptığı atıfla satma, satın alma ve aracılık etme suçunun cezasını organ için beş yıldan dokuz yıla kadar, doku için ise iki yıldan beş yıla kadar hapis olarak düzenlemiştir. Maddenin 4. fıkrasına göre bu suçların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası söz konusu olmaktadır.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi 10/02/2015 tarihli, 2015/1531 E, 2015/2378 K sayılı kararında organ ve doku ticareti suçunun bir örgüt faaliyeti içinde işlenmesi bakımından;

“A) Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ... yönünden: Ceza Genel Kurulunun 03.04.2007 tarih ve 253/80 sayılı kararında da belirtildiği üzere; 5237 sayılı Yasanın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı bir şekilde amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir.

Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için,

a) Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması gerekmektedir.

b) Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır.

c) Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca maddenin 4. ve 5. fıkraları nazara alınarak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan da örgüt üye ve yöneticileri cezalandırılacaktır.

d) Örgüt niteliği itibariyle devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir.

e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, ihbar ve yakalama, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, teknik takip, arama ve el koyma tutanakları, hastane yazıları, sanıkların ikrarlı savunmaları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, kendisi de böbrek hastası olan sanık ...'ın 08.01.2009 tarihinde sanık ...'dan böbreğini satın alarak, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesinde böbrek nakli olduktan sonra, kendisi gibi böbrek hastası olan kişileri tespit ederek, ilk önce şüpheli ..., daha sonra Kışlacık Köyünde bulunan şüpheli ..., ..., ... kardeşler ile şüpheliler ..., ..., ... ve ...'yı organizasyona dâhil ederek, organ ticareti suçunu işlemeye başladıkları, sanık ...'ın çalıştığı diyaliz merkezi ile irtibatlı olarak, böbrek hastalarını tanıdığı, burada böbrek nakli için bekleyen hastalarla irtibat sağlayıp, bedeli karşılığında böbrek bulmayı teklif ettiği, hastaların kan grubuna göre adı geçen diğer sanıklara verdiği talimatlarla kan grubu uyan böbrek satıcısı şüphelileri tespit edip, yol, barınma, hastanedeki tüm masrafları ve noter masraflarını karşıladıkları, gerektiğinde sahte evrak tanzim edilmesi, noter işlemlerinin yerine getirilmesi, hastanedeki yasal prosedürlerin tamamlanması faaliyetlerinin, bir disiplin içerisinde ... tarafından verilen talimatlarla diğer sanıklar tarafından gerçekleştirildiği, elde edilen gelirlerin sanık ...'ın belirlediği düzende sanıklar arasında paylaşıldığı anlaşılmakla, sanıklar ..., ..., ..., ..., ... ve ...'nın, sanık ... liderliğinde suç işlemek amacıyla eylem ve fikir birliği içinde bir araya geldikleri, bir işbölümü ve hiyerarşi dahilinde gizliliğe de uymak suretiyle örgütsel ilişkilerini yakalanmalarına kadar sürdürdükleri, bu bağlamda sanık ... yönünden suç işlemek için örgüt kurma, sanıklar ..., ..., ..., ..., ... ve ... haklarında ise kurulan bu örgüte üye olma suçlarının sübut bulduğu gözletilmeden, yazılı gerekçeyle anılan suçlardan beraatlerine hükmedilmesi,

B) İhbar, İletişimin tespiti, arama, el koyma, teknik takip tutanakları, hastane yazıları, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamından sanık ...'ın TCK'nın 220/5. maddesi gereğince yöneticisi olduğu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediği sübut bulan "vericisi sanık ... alıcısı sanık ..., vericisi sanık ... alıcısı sanık ..., vericisi sanık ... alıcısı sanık ..., vericisi sanık ... alıcısı sanık ..., vericisi sanık ... alıcısı sanık ... ve vericisi sanık ... alıcısı sanık ... olan organ ticareti suçlarından da TCK'nın 91/4. maddesi gereğince TCK'nın 220/5. maddesindeki açık düzenleme uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden, hükümlerin, 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca, isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 10.02.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi. "

Tespitleri yapılarak Türk Ceza Kanununun 220. maddesi doğrultusunda tek bir suç için değil, devamlılık gösteren, gevşek de olsa az çok hiyerarşik bir yapı içeren en az üç kişinin oluşturduğu bir yapının arandığı görülmektedir (UYAP Bilgi Bankası, 2017b).

4.4. Hukuka Aykırı Yolla Elde Edilmiş Organ veya Dokuyu Saklama, Nakletme, Aşılama Suçu

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme, aşılama fiilleri suç olarak Türk Ceza Kanununun 91. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir.

4.4.1. Fail

İşin niteliği gereği failin daha çok sağlık mesleği mensubu olması beklenmekle birlikte, herkes suçun faili olabilir. Suça iştirak mümkündür.

4.4.2. Mağdur

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme, aşılama suçlarının belli bir kişi olarak mağduru bulunmadığından dolayı mağduru gayri muayyen suç söz konusu olmaktadır.

4.4.3. Hukuki Konu

İnsan vücudunun, organ ve dokularının ticaretinin önlenmesindeki kamusal menfaat suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır.

4.4.4. Maddi Konu

Saklanan, nakledilen ve aşılana organ veya doku suçun maddi konusunu oluşturmaktadır.

4.4.5. Fiil

Hukuka uygun olarak elde edilmemiş, yani hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması suç sayılmıştır. Burada saklamak alınmış olan organ veya dokunun muhafaza edilmesidir. Aşılama organ veya dokunun başka bir vücut, organ veya doku ile birleştirilmesidir.

Nakletmenin anlamı ise tereddüde yol açabilecek olup, organ veya dokunun alıcıya nakledilmesi anlamına gelebileceği gibi, bir yerden bir yere taşınarak götürülmesi anlamına da gelebilecektir. Organ veya dokunun saklanması, nakledilir veya aşılırken ölmesi suçun varlığını etkilemeyecektir. Hukuka aykırı olarak elde edildiği bilinen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi, aşılması ile suç tamamlanmış olacağından neticesiz bir suç niteliğindedir. Ancak suç hareketleri parçalara ayrılabilirse teşebbüs mümkün olabilecektir (Hafizoğulları ve Özen, 2013).

Suç bağlı hareketli, ani bir suç olmakla birlikte seçimlik hareketli değildir. Yani saklamak, nakletmek ve aşılama fiilleri aynı kişi tarafından da ayrı kişiler tarafından da gerçekleştirilse üç ayrı suç söz konusu olacaktır. Suçun zincirleme hükümlerine tabi olmasını yasaklayan bir düzenleme yoktur.

4.4.6. Kusurluluk

Fiilin taksirli şekli tanımlanmamış olup, kastla işlenmektedir. Kast genel kast olup, failin hukuka aykırı olarak elde edildiği bilinen organ veya dokuyu sakladığını, naklettiğini, aşıladığını bilmesi ve istemesidir.

4.4.7. Hukuka Aykırılık

Genel olarak hukuka uygunluk nedenleri bu suçla bağdaşmamakla birlikte 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna ve buna bağlı alt mevzuata uygun olarak elde edilen organ veya dokuların saklanması, nakledilmesi ve aşılması hukuka uygun olacağından suç oluşturmayacaktır.

4.4.8. Ceza

Suçun cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis olup, fail birden çok fiil işlediğinde her birinden sorumlu olacaktır.

4.5. Çıkar Karşılığında Organ veya Doku Teminine Yönelik İlan, Reklam Verme veya Yayınlama Suçu

Çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan, reklam verme veya yayınlama suçu Türk Ceza Kanununun 91/6. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun ilan veya reklamı hem vermeyi, hem de yayınlamayı suç saymıştır. İlan ve reklam konuları ilgili mevzuatında belirlenmiş olduğundan suçun bağlı hareketli bir suç olduğu, alenileşme ile ani hareketli bir suç olduğundan alenileşmeden önceki hareketlerin hazırlık hareketi mahiyetinde olduğu ve teşebbüsün mümkün olmadığı (Hafizoğulları ve Özen, 2013); maddi bir çıkar olmaksızın kamuoyuna yapılan duyuruların ise suçu oluşturmayacağı (Hakeri, 2015, s:849) ifade edilmektedir.

4.5.1. Fail

İlan veya reklam verme suçunun faili herkes olabilir. Buna karşılık ilan veya reklamı yayınlamak fiilinde yayın unsuru bulunduğundan dolayı, yayınlayan kişinin başta 5187 sayılı Basın Kanunu ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun olmak üzere ilgili mevzuata göre belirlenmesi söz konusu olacaktır. İlan veya reklamı verme suçu da alenileşmeye bağlı olup, sadece yayınlanmak üzere bir yayın kuruluşuna verilmesi ile suç oluşmamaktadır. Suça iştirak mümkündür.

4.5.2. Mağdur

Çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan, reklam verme veya yayınlama suçlarının belli bir kişi olarak mağduru bulunmadığından dolayı mağduru gayri muayyen suç söz konusu olup, mağdur toplum olmaktadır.

4.5.3. Hukuki Konu

İnsan vücudunun, organ ve dokularının ticaretini özendiren davranışların önlenmesindeki kamusal menfaat suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır.

4.5.4. Fiil

Türk Ceza Kanununda belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini için ilan veya reklam vermek ya da bunları yayınlamak suç olarak tanımlanmıştır. Burada söz konusu çıkar organ veya doku verebilecek durumdaki kişilerin iradelerini etkileyebilecek maddi ya da manevi her türlü menfaat olabilir. İlan veya reklamı hazırlamak ve yayınlanması için vermek hazırlık hareketi olup, suç alenileşme ile oluşmaktadır. İlan veya reklam ilgili mevzuatında tanımlanmış olduğundan bağlı hareketli suçlar söz konusudur. Ani suç niteliğindedirler. Teşebbüs mümkün olmamaktadır.

4.5.5. Kusurluluk

Suçun takrirli şekli tanımlanmamış olup, kastla işlenir. Kast ilan veya reklamı veren bakımından belli çıkar karşılığında organ veya doku temini için ilan veya reklam verdiğini, yayınlayan açısından da böyle bir ilan veya reklamı yayınladığını bilmesi ve istemesidir. Fiilde kastı kaldıran hataya düşülmesi mümkündür.

4.5.6. Hukuka Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olup, hukuka uygunluk nedenleri bu suçlarla bağdaşamamaktadır.

4.5.7. Ceza

Çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan, reklam verme veya yayınlama suçunun cezası bir yıla kadar hapidir.

4.6. Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

Türk Ceza Kanununun 91. maddesinin 7. fıkrasında, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu güvenlik

tedbirleri ise TCK 60. maddesinde ilgili özel hukuk tüzel kişinin faaliyet izninin iptal edilmesi veya müsadere olarak düzenlenmiştir.

4.7. Zorunluluk ve Etkin Pişmanlık

4.7.1. Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanununun 92. maddesinde zorunluluk hali başlığı altında kendi organ veya dokusunu satma fiilini işleyen kişi için özel bir cezayı azaltma veya kaldırma nedeni düzenlenmiştir. Buna göre kendi organ veya dokusunu satanın içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulları göz önüne alarak hâkime cezada indirim yapabilme veya hiç ceza vermeyebilme yetkisi tanınmıştır. Burada madde başlığında zorunluluk hali denmekle birlikte, söz konusu edilen durumun Türk Ceza Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasındaki suçu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp, kusurluluğu etkileyen özel bir hal olduğu kabul edilmektedir. Düzenleme öğretide insanlık değerlerinin korunması karşısında sosyal ve ekonomik koşulların gerekçe göstermenin insan onurunu zedelediği, hâkime tanınan takdir yetkisinin bir yanıyla keyfiliğe açık olduğu, bir yanıyla da zaten sosyal veya ekonomik zarurete düşmeyen kimsenin organını satmayacağı varsayımıyla maddenin organ veya dokusunu satan herkese uygulanmasının söz konusu olabileceği gibi hususlar açısından eleştirilmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2013; Hakeri, 2015, s:855).

Yargıtay 12. Ceza Dairesi de 23/11/2015 tarih, 2014/12641 E, 2015/18074 K sayılı kararında bu sakıncaları göz önüne alıp;

“b) Sanıklar...haklarında organlarını satmak suretiyle organ ticareti suçlarından ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hükümlerin incelenmesine gelince;Organ ticareti yapma suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden TCK'nın 92. maddesindeki organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebileceği hükmü ile TCK'nın 25/2. maddesindeki ağır şartlardan ayrılmak suretiyle özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de, esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de kabul edilmektedir. Bu hüküm uygulanırken çok özenli davranılmalı, maddenin yorumunda organ ve doku ticaretine ilişkin suçlarla mücadelede etkisiz kalınacak bir yorum ve uygulamadan kaçınılmalı, hukuk düzeninin kendi içinde çelişmeyeceği nazara alınarak Organ ve Doku Nakli Kanununun 3. maddesindeki yasaklama hükmü gözetilmelidir. Sanıkların savunmalarında da belirtildiği üzere ekonomik

sıkıntılarını gidermek amacıyla atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden oldukları ekonomik sıkıntılarını, hayati önem taşıyan organlarını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkânlarının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkânının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığının gözetilmemesi,”

“d) Sanıklar ... ve ... beraatlerine ilişkin hükmün incelenmesinde ise; Zorunluluk halinin düzenlendiği TCK'nın 25/2. maddesinde, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka surele korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez, hükmünü içermekte olup, böbrek hastası olan sanıklar ile hasta olan çocuklarına böbrek almaya çalışan sanık ... ve çocuğuna böbrek alan ve naklini sağlayan sanık ... suça konu hastalıkların hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemleri dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanıklar haklarında TCK'nın 25/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, uygulama yeri bulunmayan "hayatın olağan akışına göre herkes sağlıklı bir şekilde yaşamını sürdürmek isteyip, bu maksatla gönüllü vericilerin bir böbreğinin verici yönünden tek böbrekle de hayatını sürdürebileceği düşünülerek nakledilmesinde TCK'nın 92 maddesine göre zorunluluk hali söz konusu olduğundan" şeklindeki gerekçe ile sanıklar hakkında beraate hükmedilmesi, zorunluluk halinde varlığının kabulü halinde ise CMK'nın 223/3-b maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebileceğinin gözetilmemesi,”

“Kanuna aykırı olup, sanık ... müdafî, sanıklar ... ve ... ile Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca, isteme uygun olarak BOZULMASINA, 23.11.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

Tespitlerini yapmak suretiyle, Türk Ceza Kanununun 92. maddesinin 25. maddenin 2. fıkrasından farklı olarak aslında başlığına rağmen bir zorunluluk halinden ziyade özel bir cezasızlık halini düzenlediği ve uygulanmasında çok özenli davranılarak kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlarının aşılmasına ve organ ve doku ticaretine zemin hazırlayacak bir yaklaşıma imkân verilmemesi gerektiğini ortaya koymuştur (UYAP Bilgi Bankası, 2017b).

4.7.2. Etkin Pişmanlık

Türk Ceza Kanununun 93. maddesinde etkin pişmanlık başlığı altında kendi organ veya dokusunu satma fiilini işleyen kişi için birinci fıkrada özel bir cezasızlık ve ikinci fıkrada da özel bir cezayı azaltma nedeni düzenlenmiştir. Bu düzenleme etkin pişmanlık başlığını taşımakla birlikte Türk Ceza Kanununun 36. maddesindeki

suça teşebbüsteki gönüllü vazgeçme ve 41. maddesindeki iştirak halinde işlenen suçlardaki gönüllü vazgeçme düzenlemelerinden farklı olarak, icra hareketlerine başlanan suçun icrasına devamdan vazgeçme veya neticesinin gerçekleşmesini önleme durumlarını değil, suçun işlenmesinden sonra diğer faillerin ele verilmesi karşılığında ceza verilmemesi veya indirilmesi halini düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında organ veya dokusunu satana resmi makamlar haberdar olmadan önce ihbarda bulunması ve kümülatif koşul olarak aynı zamanda diğer suçluların yakalanmasını da kolaylaştırması halinde ceza verilmemesi, ikinci fıkrasında ise organ veya dokusunu satanın resmi makamların haberdar olmasından sonra diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi halinde cezasında indirim yapılması öngörülmektedir. Ceza tehdidinden kurtulmak ya da durumunu hafifletmek için suç ortaklarını ele vermeyi gerektiren bu düzenlemelere etik olmadıkları eleştirisi getirilmektedir (Hafizoğulları ve Özen, 2013).

5. SONUÇ VE ÖNERİLER

Bilim ve teknolojideki sürekli gelişmelerin zaman içerisinde insanlığın hizmetine sunduğu yeni tedavi yöntemlerinin de aslında temel kişi haklarından olan vücut dokunulmazlığına müdahale niteliğini taşıyan diğer bütün tıbbi girişimler gibi hukuka uygunluğunun sağlanması gerekmektedir. Bağışıklık baskılayıcı ilaçların yirminci yüzyılın ikinci yarısında geliştirilmesiyle birlikte uygulanabilir hale gelen organ ve doku nakli tedavileri de özellikle kendisinin sağlığına yarar sağlanmayan vericinin korunması ve organ ticaretinin önlenmesi açısından özel hukuki düzenlemelere ihtiyaç göstermektedir.

Egemen devletler organ ve doku nakli alanını özellikle vericilerin korunması ve organ ticaretinin önlenmesi açısından özel yasal düzenlemelere tabi tutmaktadırlar. Organ ve doku nakli tedavisi bilimsel ve teknik olarak gelişme göstermekte olan bir alan olduğundan dolayı, göreceli olarak daha yeni tarihlerde düzenleme yapan ülkelerin yasaları kök hücre nakli, hayvandan insana organ ve doku nakli gibi nispeten daha yeni gelişmekte olan veya gelişme umudu veren yöntemleri de kapsayıcı olabilmektedir. Gelişmeye devam eden bir tedavi alanı olan organ ve doku naklinin kendine ait hukuku da mevzuat, öğreti ve yargı kararları ile gelişme içinde bulunmaktadır.

Organ ve doku naklinin özel yasal düzenlemeye ihtiyaç gösterdiğinin Türkiye’de Yargıtay tarafından ortaya konmasını ve öğretide de yer almasını takiben aslında çoğu ülkeden önce 1979 yılında 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun çıkarılarak pozitif hukukta organ ve doku nakli düzenlenmiştir.

Zaman içinde alanın dinamikliğinin de etkisiyle 2238 sayılı kanunda kadaverik organ naklinin kolaylaştırılmasına, organ ve doku nakli yapacak sağlık kurumlarının ve personelinin Sağlık Bakanlığınca önceden yetkilendirilmesine, tıp eğitimi amacıyla kadavra teminine yönelik olarak iki kez değişiklik yapılmıştır. Bu kanundaki cezai düzenlemeyi organ ve doku ticaretini önlemede yeterli görmeyen kanun koyucu 2005 yılında Türk Ceza Kanununun bütünüyle yenilenmesi sırasında

organ veya doku ticareti suçu başlığı altında daha ayrıntılı cezai düzenleme yaparak bu suçu diğer ülkelerden farklı olarak ülkenin genel ceza kanunu kapsamına almıştır. Keza kanun koyucu Ceza Muhakemesi Kanununda 2016 yılında yaptığı değişiklikle taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerinin organ veya doku ticareti suçlarında da uygulanması imkânını getirerek bu suçla mücadelede etkinliğin artırılmasını amaçlamıştır. Ceza hükümlerinin uygulanmasında ve özellikle öğretide de ifade edildiği üzere bu suça özgü olarak getirilen özel zorunluluk ve etkin pişmanlık hali hükümlerinin organ ve doku ticaretiyle mücadeleyi zayıflatabilmesi riskinin önlenmesinde yüksek yargı kararları belirleyici olmak suretiyle organ ve doku nakli alanında Türk hukukunu geliştirmektedir.

Canlı vericilerden organ ve doku naklinde rıza ehliyeti açısından 2238 sayılı kanunun yenilenebilir dokularla yenilenemeyenler arasında bir ayırım yapmaması ve mutlak bir 18 yaş sınırı koyması nedeniyle çocuk yaştaki vericiden kardeşine kemik iliği nakli gibi yenilenebilir bir dokunun naklinde hukuka uygunluğun sağlanması sorunu, buna imkân tanıyan bir milletlerarası sözleşme olan Biyotıp Sözleşmesine bu hususta Türkiye adına konan çekincenin onay aşamasında uygun bulma kanunu çıkarılırken yasama organınca kaldırılarak sözleşmenin çekincesiz olarak onaylanmasına karar verilmesi ve yürütme organınca da sözleşmenin çekincesiz olarak 2004 yılında yürürlüğe konmasıyla aşılmış bulunmaktadır. Ancak Biyotıp Sözleşmesi ile sağlanan bu hukuki durumun 2238 sayılı kanuna da açıkça derc edilmesinin hiçbir tereddüde mahal verilmemesi açısından iyi olacağı değerlendirilmektedir.

Kişinin kendisine ait bir dokusunun veya organının alınarak yine kendisine transplante edilmesi, saç ve deri alınması ve nakli ile kan nakli 2238 sayılı kanunun kapsamı dışında tutularak bu alanlar genel sağlık mevzuatı hükümlerine veya özel düzenlemelere bırakılmıştır. Kan naklini düzenleyen özel kanunun kan kök hücrelerini kapsam dışı tutması nedeniyle öğretide bir insandan başka bir insana kan kök hücre naklinin 2238 sayılı kanuna tabi olması gerektiği belirtilmekle birlikte bu hususun açıkça kanunla düzenlenmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Ölüden organ ve doku nakli açısından vericinin ölüm halinden beyin ölümünün anlaşıldığı kanunda açıkça ifade edilmemektedir. Beyin ölümü bir kavram ve tanım olarak ancak yönetmelik ile mevzuata girmiş ve tespit kriterleri de yönetmelikle belirtilmiştir. Bazı ülkelerde olduğu gibi, Türk hukukunda da tıbbi ölüm halinden beyin ölümünün anlaşıldığının ve beyin ölümünün merkezi sinir sisteminin kafatası içinde kalan kısımları olan beyin, beyincik ve beyin sapının tamamının tüm aktivitelerinin geri dönüşümsüz kalıcı olarak kaybedilmesi olduğunun kanunda açıkça yer almasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Kanunda kaza ve doğal afetlerde ölü vericiye adli otopsinin organ ve doku naklinden sonra yapılması, bu durumda organ nakline ilişkin bir hekimler kurulu raporu düzenlenerek adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilmesi ve evrakına eklenmesi öngörülmekle birlikte, bu esasın kaza ve doğal afet dışındaki adli otopsilerde de uygulanmasında tereddüt oluşmaması için daha açık bir yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Bazı ülkelerde nispeten yeni tarihlerde yürürlüğe giren organ nakli kanunlarında yer alan insan embriyosu ve fetusu kökenli hücre, doku ve organlarının nakli ile hayvandan insana organ ve doku nakli hususlarının Türk kanunlarında açıkça düzenlenmemiş olmasının da bir boşluk olarak kendini gösterdiği ve gelecekte yapılacak yasal düzenlemelerde bu alanların da açıkça düzenlenmesinin yararlı olacağı dikkati çekmektedir.

ÖZET

Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli

Biyoloji ve tıp bilimlerindeki gelişmeler sonucunda yaşayan veya ölmüş bir insandan hasta bir insana organ ve doku naklinin mümkün hale gelmesiyle birlikte, insanın hukukta ve etikte korunan üstün değer olması düşüncesiyle, özellikle organ vericilerinin korunması ve organ ticaretinin önlenmesi açısından organ ve doku nakli alanı özel hukuki düzenlemelere konu olmaktadır. Egemen devletler kendi ülkeleri içinde canlıdan ve ölüden organ naklini kendi mevzuatları ile düzenlemektedirler. Türk hukukunda da 1979 yılından bu yana organ ve doku nakli mevzuatı düzenlenmekte ve bu alan dinamik bir gelişme ve değişim içinde bulunmaktadır.

Çalışmada Türk hukukunda organ ve doku naklini düzenleyen mevzuat canlıdan ve ölüden organ ve doku alınması ve naklinin hukuka uygunluğunun esas ve şekil yönünden koşulları, ölüden organ naklinde ölüm halinin tespiti, ceza hukukunda organ ve doku ticareti suçu açılarından son dönemdeki değişiklikleriyle birlikte incelenmiş, öğretideki görüşler, yargı kararları ve bazı yabancı ülkelerdeki yaklaşımlarla birlikte değerlendirilmiştir.

Gelecekte yapılacak kanuni düzenlemeler kapsamında, Biyotıp Sözleşmesinin çekince kaldırılarak yürürlüğe konması ile sağlanmış olan 18 yaşından küçük vericilerden kardeşlerine yenilenebilir organ ve doku nakli yapılması imkânının, tıbbi ölüm hali olarak beyin ölümünün anlaşıldığının, insan kökenli embriyoner ve fetal hücre, doku ve organların naklinin, kök hücre çalışmaları ve naklinin, hayvan kökenli hücre, organ ve dokuların naklinin açık bir şekilde Türk hukukunda organ ve doku naklini düzenleyen özel kanunda bir bütünlük içinde yer almasının uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Hukuki düzenleme, Organ ve doku nakli

SUMMARY

Organ and Tissue Transplantation in Turkish Law

The advances in biology and medicine have made the transplantation of organs and tissues from living and deceased donors possible. The human being considered the superior value to be protected in law and ethics, the field of organ and tissue transplantation has been subject to special legislative regulations especially for the protection of organ donors and the prevention of organ trade. Sovereign states regulate the transplantation of organs from the living and the deceased with their own legislations. In Turkish law, regulations on organ and tissue transplantation are arranged since 1979, which is a field undergoing dynamic development and change.

In this study, the regulations on organ and tissue transplantation in Turkish law are examined from the perspective of the conditions for the appropriateness of organ and tissue removal and transplantation from the living and the deceased regarding its essence and manner, the determination of the state of death in case of organ transplantation from the deceased, and the crime of organ and tissue trade in criminal law, along with the recent changes. The viewpoints of the doctrine are evaluated along with court decisions and the approaches in several foreign countries.

As far as future legislations are concerned, we conclude the suitability of a clear altogether presentation of the following in the special law regulating the transplantation of organs and tissues in Turkish law: the possibility of organ and tissue transplantation from minor donors to siblings due to the execution of the Convention on Human Rights and Biomedicine without reservations; the understanding of the state of death as brain death; the transplantation of embryonic and fetal cells, tissues and organs of human origin; the transplantation and the study of stem cells; and the transplantation of cells, organs and tissues of animal origin.

Keywords: Legal regulations, Organ and tissue transplantation,

KAYNAKLAR

- AŞÇIOĞLU Ç (1982). Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Olgaç Matbaası, Ankara.
- COUNCIL OF EUROPE (1997) Erişim Adresi [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/declarations?p_auth=V27SXicM] Erişim Tarihi: 14/11/2016.
- ÇOLAKOĞLU M, YENİCESU M, AKPOLAT T, VURAL A, UTAŞ C, ARINSOY T, SİNDEL Ş, AKOĞLU E, YASAVUL Ü, TURGAN Ç, ÇAĞLAR Ş (1998). Nonrelated living-donor kidney transplantation: Medical and ethical aspects. *Nephron* **79**: 447-451.
- DÖNMEZER S (1975). Organ Nakli. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* **41** (1-2): 373-380, 1975.
- DURAL M, ÖĞÜZ T (2011). Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku. 11.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ERMAN B (2003). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- EUROPEAN COMMISSION (2003) Human organ transplantation in Europe: An overview. Luxembourg, p: 5-11. Erişim Adresi: [http://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/documents/organ_survey.pdf] Erişim Tarihi: 15/01/2017
- EUROTRANSPLANT (2017) Legislation within the Eurotransplan region. Erişim Adresi: [<https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=legislation1>] Erişim Tarihi: 14/01/2017
- GÖKCAN HT (2014). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÖZLER K (2011). Anayasa Hukukunun Genel Esasları. 2.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.
- GÜRİZ A (2011). Hukuk Başlangıcı. 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Z, ÖZEN M (2013). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar. 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s:105-119.
- HAFIZOĞULLARI Z, ÖZEN M (2015). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ H (2015). Tıp Hukuku. 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HANCI İH (2006). Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu. 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KOCAMAZ B, MÜLAZIMOĞLU M (2016). Alman Hukuku Çerçevesinde Organ Transplantasyonu. *Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi* Ed.: Hancı İH, Ünver Y, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s: 311-319.

- KRENSKY AM, CLAYBERGER C (2001). Immunology and Genetics of Transplantation. In *Textbook of Nephrology*, Ed.: Massry S, Glasscock RJ, 4th Edition, Lippincott Williams & Wilkins, Philadelphia, p:1601-1610.
- LE CONSEIL FEDERAL (2017) Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules. Erişim Adresi: [<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010918/index.html>] Erişim Tarihi: 16/01/2017
- ÖZÇETİN S, BALABAN M (2015). Sağlık Hukuku. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZMEN R (2015) Tıp ve Sağlık Mevzuatı. 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- PAZARCI H (2012). Uluslararası Hukuk. 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- SAĞLIK BAKANLIĞI (2016a). Erişim Adresi: [<http://saglik.gov.tr/TR/belge/1-339/yonergeler.html>] Erişim Tarihi: 20/11/2016
- SAĞLIK BAKANLIĞI (2016b). Erişim Adresi: [<http://saglik.gov.tr/TR/belge/1-338/genelgeler.html>] Erişim Tarihi: 20/11/2016
- SUR M (2011). Uluslararası Hukukun Esasları. 5. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul.
- TANERİ G (2014). Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu. Bilge Yayınevi, Ankara, s:221-247.
- TAŞKIN A (1997). Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu. Adil Yayınevi, Ankara.
- TÜRK DİL KURUMU (2016). Güncel Türkçe Sözlük. Erişim Adresi: [<http://www.tdk.org.tr/>]. Erişim Tarihi: 1/11/2016.
- TÜRK NÖROLOJİ DERNEĞİ (2014) Türk Nöroloji Derneği Beyin Ölümü Tanı Kılavuzu, *Türk Nöroloji Dergisi*, 20 (3): 101-104.
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2015) Erişim Adresi: [http://www.tb.org.tr/udek/icerik_goster.php?Id=231] Erişim Tarihi: 26/12/2016
- TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ (2016) Erişim Adresi: [http://www.tb.org.tr/udek/dernek_goster.php?Id=39] Erişim Tarihi: 26/12/2016
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (1979). Cumhuriyet Senatosu 18. Yasama Yılı, CS 917 nolu Komisyon Raporu. Erişim Adresi: [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t18/c043/cs__18043070ss0917.pdf] Erişim Tarihi: 26/11/2016.
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (2003). Yasama Dönemi 22, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 238, Komisyon Raporu. Erişim Adresi: [<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss238m.htm>] Erişim Tarihi: 14/11/2016.
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (2013). Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 480, Komisyon Raporu s:11. Erişim Adresi: [<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss480.pdf>] Erişim Tarihi: 2/4/2016.

UNITED STATES GOVERNMENT PRINTING OFFICE (1984) Public Law 98-507.
Erişim Adresi: [<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg2339.pdf>] Erişim Tarihi: 14/01/2017

UYAP BİLGİ BANKASI (2017a) Emsal Danıştay Kararları. Erişim Adresi:
[<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>] Erişim Tarihi: 13/01/2017

UYAP BİLGİ BANKASI (2017b) Emsal Yargıtay Kararları. Erişim Adresi:
[<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>] Erişim Tarihi: 13/01/2017

VURAL A (2016) Tıbbi Yaşam Desteği Olarak Mekanik Ventilatörden Ayırma. *Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi* Ed.: Hancı İH, Ünver Y, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s: 139-155.

WIKIPEDIA (2017) National Organ Transplant Act of 1984. Erişim Adresi:
[https://en.wikipedia.org/wiki/National_Organ_Transplant_Act_of_1984] Erişim Tarihi: 14/01/2017

ÖZGEÇMİŞ

I- Bireysel Bilgiler

Adı : Abdülgaffar
Soyadı : VURAL
Doğum yeri ve tarihi : Ankara, 06.08.1957
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Medeni durumu : Evli
Askerlik durumu : Emekli subay
İletişim adresi ve telefonu : İlkyerleşim Mahallesi 2015. Sokak No: 1/92
Saygınlar A Blok Batıkent Yenimahalle-Ankara
0532.6510697

II. Eğitimi

2015 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans
1991 Gülhane Askeri Tıp Akademisi Nefroloji Bilim Dalı Tıpta Yan Dal Uzmanlık
1985 SSK İzmir Buca Eğitim Hastanesi İç Hastalıkları Servisi Tıpta Uzmanlık
1980 Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Doktorluğu
1974 Ankara Bahçelievler Deneme Lisesi
1968 Ankara Bahçelievler Alpaslan İlkokulu

Yabancı dilleri: İngilizce, Fransızca

III- Ünvanları

1980 Tıp Doktoru
1985 İç Hastalıkları Uzmanı
1991 Nefroloji Uzmanı
1994 Doçent
2000 Profesör Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA) Nefroloji Bilim Dalı
2015 Hukukçu

IV- Mesleki Deneyimi

1981 Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) Gediz Hastanesi Pratisyen Hekim
1981-1985 SSK İzmir Buca Hastanesi İç Hastalıkları Asistanı
1985-1986 Denizli Asker Hastanesi İç Hastalıkları Uzmanı
1986-1988 Gölcük Deniz Hastanesi İç Hastalıkları Uzmanı
1988 İskenderun Deniz Hastanesi İç Hastalıkları Uzmanı
1989-1991 GATA Nefroloji Bilim Dalı Yan Dal Asistanı
1991-1994 GATA Nefroloji Bilim Dalı Yardımcı Doçent
1994-2000 GATA Nefroloji Bilim Dalı Doçent
2000-2016 GATA Nefroloji Bilim Dalı Profesör

V- Üye Olduğu Bilimsel Kuruluşlar

Türk Nefroloji Derneği

Türk Hipertansiyon ve Böbrek Hastalıkları Derneği

Türk İç Hastalıkları Uzmanlık Derneği

European Renal Association-European Dialysis and Transplant Association

International Society of Nephrology

VI- Bilimsel İlgi Alanları

Organ nakli ve sağlık hukuku alanları ile ilgili yayınları:

1. Yenicesu M, **Vural A**, Tanboğa H, Tülbek Y, Kubilay G: Hindistan kaynaklı onyedinci renal transplant olgusunun erken evre sonuçları. *Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi* 2,1:23-27,1993
2. **Vural A**, Tanboğa H, Tülbek Y, Yenicesu M: 114 renal transplantasyon tedavisinin sonuçları. *Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi* 3:12-14,1994.
3. Yenicesu M, Gün H, **Vural A**, Özyurt M, Haznedaroğlu T, Baysallar M, Tanboğa H: Legionella pnömonisi görülen renal transplantlı bir olgu. *Gülhane Askeri Tıp Akademisi Bülteni* 36:101-104, 1994.
4. Oğuz Y, Kömürçü Ş, **Vural A**, Bulucu F, Çağlar K, Öktenli Ç, Özet A: Böbrek nakli yapılmış hastalarda habis tümör gelişimi. *Türk Onkoloji Dergisi* 11,4: 32-35, 1996.
5. Bulucu F, Ataergin AS, Yıldırım ŞT, **Vural A**, Yenicesu M, Çağlar K: Renal transplantlı bir hastada pulmoner Nocardia asteroides enfeksiyonu. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Dergisi* 15: 240-243, 1998.
6. Çolakoğlu M, Yenicesu M, Akpolat T, **Vural A**, Utaş C, Arınsoy T, Sindel Ş, Akoğlu E, Yasavul Ü, Turgan Ç, Çağlar Ş: Nonrelated living donor kidney transplantation: Medical and ethical aspects. *Nephron* 79: 447-451, 1998.
7. Yenicesu M, Eyileten T, Öktenli Ç, Oğuz Y, **Vural A**: Askerlik yapmaya engel nefrolojik bozuklukların değerlendirilmesi. *Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi* 8(1):14-18, 1999.
8. Oğuz Y, Bulucu F, Çağlar K, Yenicesu M, Dogancı L, **Vural A**: Böbrek nakli sonrası enfeksiyon gelişimi. *Hastane Enfeksiyonları Dergisi* 4: 39-46, 2000.
9. Oğuz Y, **Vural A**, Bulucu F, Yenicesu M, Çağlar K, Öktenli Ç: Renal transplantlı olgularda gelişen enfeksiyon dışı komplikasyonlar. *Gülhane Tıp Dergisi* 42: 263-268, 2000.
10. **Vural A**: Renal Transplantasyonda İmmunosupresif Tedavi. *İç Hastalıkları Günleri* Editörler: F Kocabalkan, Y Baykal, GATA Basımevi, Ankara, 2000, s:452-464
11. Çağlar K, Orhan ME, Güleç B, Yavuz İ, Yenicesu M, Güzeldemir E, **Vural A**: Severe rhabdomyolysis due to malignant hyperthermia during renal transplantation procedure can cause delayed graft function. *American Journal of Nephrology* 22: 81-83, 2002.
12. Çağlar K, Safalı M, Yavuz İ, Odabaşı Z, Yenicesu M, **Vural A**: Colchicine-induced myopathy with normal creatine phosphokinase level in a renal transplant patient. *Nephron* 92: 922-924, 2002.
13. Oğuz Y, Bulucu F, Öktenli Ç, Doğancı L, **Vural A**: Infectious complications in 135 Turkish renal transplant patients. *Central European Journal of Public Health* 10: 153-156, 2002.
14. Oğuz Y, Doğancı L, Bulucu F, Can C; Öktenli Ç, Yenicesu M, **Vural A**: Acute pyelonephritis causing acute renal allograft dysfunction. *International Urology and Nephrology* 34 : 299-301, 2002.
15. **Vural A**, Yılmaz Mİ, Çağlar K, Aydın A, Sönmez A, Eyileten T, Açikel C, Güleç B, Kozak O, Öner K: Assessment of oxidative stress in the early posttransplant period: Comparison of cyclosporine A and tacrolimus based regimens. *American Journal of Nephrology* 25: 250-255, 2005
16. Yılmaz Mİ, Sağlam M, Çağlar K, Çakır E, Özgürtaş T, Sönmez A, Eyileten T, Yenicesu M, Açikel C, Oğuz Y, Özcan Ö, Bozlar U, Erbil K, Aslan İ, **Vural A**: Endothelial functions improve with decrease in asymmetric dimethylarginine (ADMA) levels after renal transplantation. *Transplantation* 80: 1660-1666, 2005.
17. Oğuz Y, Yılmaz Mİ, Eyileten T, Çağlar K, Yenicesu M, Kaya A, Taşar M, Sağlam M, Doğancı L, Güleç B, Öner K, Öktenli Ç, **Vural A**: Persistent mediastinal and axillary lymph node tuberculosis in a renal transplant patient with successful outcome. *Transplantation Proceedings* 38: 1336-1340, 2006.
18. Çağlar K, Yılmaz Mİ, Sağlam M, Çakır E, Kılıç S, Eyileten T, Sönmez A, Oğuz Y, Öner K, Örs F, **Vural A**, Yenicesu M: Endothelial dysfunction and fetuin A levels before and after kidney transplantation. *Transplantation* 83: 392-397, 2007.
19. Yılmaz Mİ, Sağlam M, Carrero JJ, Qureshi AR, Çağlar K, Eyileten T, Sönmez A, Oğuz Y, Aslan İ, **Vural A**, Yenicesu M, Stenvinkel P, Lindholm B, Axelsson J: Normalization of endothelial dysfunction following renal transplantation is accompanied by a reduction of circulating visfatin/NAMPT. A novel marker of endothelial damage? *Clinical Transplantation* 23: 241-248, 2009.
20. Yılmaz Mİ, Qureshi AR, Carrero JJ, Sağlam M, Suliman ME, Çağlar K, Eyileten T, Sönmez A, Oğuz Y, **Vural A**, Yenicesu M, Axelsson J: Predictors of carotid artery intima-media thickness in chronic kidney disease and kidney transplant patients without over cardiovascular disease. *American Journal of Nephrology* 31: 214-221, 2010.

21. Ünal HU, Gök M, Yılmaz Mİ, Eyileten T, Çağlar K, Oğuz Y, Yenicesu M, **Vural A**: Transplante böbrekte 29 yıl sonra renal hücreli karsinoma: Bir olgu sunumu ve literatürün gözden geçirilmesi. *Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi* 21 (3):295-297, 2012.
22. **Vural A**: Ülkemizde tıpta uzmanlık mevzuatının tarihsel gelişimi ve tıpta uzmanlığın doktora eğitiminden farklılığı. *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası Dergisi* Yıl 2, Sayı 2, 1-10, 2012.
23. Yılmaz Mİ, Sönmez A, Sağlam M, Yaman H, Kılıç S, Türker T, Ünal HU, Gök M, Çetinkaya H, Eyileten T, Oğuz Y, Çağlar K, **Vural A**, Mallamaci F, Zoccali C: Longitudinal analysis of vascular function and biomarkers of metabolic bone disorders before and after renal transplantation. *American Journal of Nephrology* 37: 126-134, 2013.
24. Yılmaz Mİ, Sönmez A, Sağlam M, Yaman H, Ünal HU, Gök M, Çetinkaya H, Eyileten T, Oğuz Y, Sarı S, Yıldırım AO, **Vural A**, Carrero JJ, Blanco-Colio LM: Soluble TWEAK plasma levels increase after renal transplantation and associate with the improvement of endothelial function. *European Journal of Clinical Investigation* 43 (12) : 1250-1257, 2013.
25. **Vural A**: Organ ve doku nakli mevzuatı ve son değişiklikler. *Gelişim Hukuk Dergisi* 1: 68-71, 2014
26. Yılmaz Mİ, Sönmez A, Sağlam M, Çaycı T, Kılıç S, Ünal HU, Karaman M, Çetinkaya H, Eyileten T, Gök M, Oğuz Y, **Vural A**, Mallamaci F, Zoccali C: A longitudinal study of inflammation, CKD-mineral bone disorder, and carotid atherosclerosis after renal transplantation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology* 10: 471-479, 2015.

VII- Bilimsel Etkinlikleri

Sağlık hukuku alanında:

1. Vural A: Tıbbi Uygulamalarda Medikolegal Sorunlar. Panel, 37. *Türk Ulusal Kulak Burun Boğaz ve Baş Boyun Cerrahisi Kongresi*, Antalya, 29 Ekim 2015.
2. Vural A: Hekim Sorumluluğu. *TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Tıp Fakültesi Seminerleri*. Ankara, 16 Aralık 2015
3. Vural A: Tıbbi Yaşam Desteği Olarak Mekanik Ventilatörden Ayırma. *Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi* Ed.: Hancı İH, Ünver Y, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s: 139-155. Bursa, 23 Nisan 2016

VIII- Diğer Bilgiler

Sağlık hukuku alanında:

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sertifika Programına katılım, 12 Mayıs-07 Temmuz 2009.

Sağlık Bakanlığı Tıpta Uzmanlık Kurulu üyeliği 2008-2011

Sağlık Bakanlığı Yüksek Sağlık Şurası Üyeliği 2011-2013

