

Son Güncelleme Tarihi 25.11.2012

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

KASIM 2012 - SAYI 129

Makale:

ORGAN NAKLİ KONUSUNDA SİSTEM ARAYIŞLARI

Doç. Dr. Yusuf Büyükay¹

I- Konunun önemi

Hukuk kurallarının durgun bir yapıya sahip olmadığını, bilim ve teknolojinin gelişmesi ve sosyal kültürel değişikliklere bağlı olarak değiştiğini söylemenin yeni bir yaklaşım olmadığını belirtmek gerekir. Bunun en bariz örneğini organ ve doku nakilleri konusunda yaşanan güncel gelişmeler göstermektedir. Bir zamanlar yasal bir düzenlemenin bulunmadığı bu alanda, şimdilerde ise, mevcut yasalarda bir değişikliğin gerekli olup olmadığının sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Günümüzde, bir çok ülkede olduğu gibi, Ülkemizde de organ ve doku nakli konusunda yasal ve idari düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin mutlak manada tabi hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Esas itibarıyla organ ve doku nakline izin veren düzenlemelerin, öncelikli olarak yaşam hakkını ve kişilik haklarını garanti altına alması gerekir. Bu düzenlemelerin, Anayasalarda ve diğer yasal düzenlemelerde ifadesini bulan ve

¹ Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Madeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

mutlak hak olan “yaşam hakkı” ve “kişilik hakkı” kavramlarına istisna niteliği taşıdığı söylenebilir.

Tartışmalı olan hukuki düzenlemelerin yanında, dünyanın bir çok ülkesinde olduğu gibi, ülkemizde de yasal olmayan nakillerin varlığı bilinen bir geçektir². Kanunlara aykırı olarak faaliyet gösteren bir takım örgütlerle devamlı surette mücadele içinde olunmasına rağmen, faaliyetlerinin mutlak surette engellediğini söylemek de pek mümkün değildir. Diğer taraftan son yıllarda kaleme alınan yazılarda, yasal olmayan organ nakillerinin bir sebebinin, ülkemizdeki organ bağışının son derece düşük olması ve belki de dünya sıralamasında en gerilerde bulunmamız olduğu yönündeki kanaatlere oldukça sık rastlanılmaktadır³. Buna karşılık, organ bağışı konusunda insanların iradelerinin “baskı altına” alınması sorununa, yaşam hakkı ve vericinin şahsiyet haklarının ihlal edilmesi ihtimaline, organ bağışı konusunda düzenlenen kampanyalarda olduğu gibi, kanunlara aykırı uygulamaların ortaya çıkarttığı hukuka aykırı sonuçlara ve son olarak etik sorunlara yeteri kadar değinilmemektedir.

²Hasta başına devlete 33 bin lira fatura kesen çete üyelerinin, yasa dışı yollarla 16 ayda 74 nakil yaptığı SGK raporlarıyla gün yüzüne çıktı. Ameliyatları yaptığı iddiasıyla gözaltına alındıktan sonra serbest kalan Prof. A.G.'nin ise nakillere devam ettiği öğrenildi. Sahte kimlik ve masabaşı evliliklerle akraba gösterilen kişilerden böbrek nakli yapan organ mafyasının, her ameliyat için devletten kişi başına 33 bin lira para aldığı ortaya çıktı. Bu miktarın her böbrek naklinde ödendiği, bunun haricinde uygun organ vericisinin tespiti için yapılan tahlil ve tetkiklerin de devlete fatura edildiği Sosyal Güvenlik Kurumu raporlarına yansdı. <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1070279&CategoryID=77>

³ “Dünya Transplantasyon Birliği'nin 2000 yılında Roma'da kabul ettiği karara göre mi Lyon nüfusa donör sayısı 25'tir. Dünya ortalamasına ilişkin veri bu olmakla beraber , 2004 yılı rakamlarına göre , milyon nüfus başına kadavra donör sayıları İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da 13.8 iken, bu rakam ülkemizde 2,0'dir. Sağlık Bakanlığı rakamlarına göre ülkemizde en çok nakli gerçekleştirilen organlar olan böbrek , karaciğer ve kalp nakillerinde bile ihtiyacın çok gerisinde kalınmıştır. Üstelik bu konudaki ihtiyaç yıllara göre artan oranda devam ederken ; organ ba-ğışı, yıllara göre artmakla beraber, aynı oranı yakalayabilmiş değildir . Mesela, 1999 yılında 3220 hasta böbrek nakli için sırada beklerken , bu sayı 2004 yılında 8536'ya ulaşmış bulunmaktadır. Diğer taraftan kırk bin hasta organ nakli için beklerken, her yıl on bin hasta gerekli organ nakli yapılamadığı ndan hayatını kaybetmektedir. Aynı şekilde söz konusu yılda karaciğer nakli için sıra bekleyen hasta sayısı 344 iken, bu rakam 2004 yılında 759'a ulaşmış bulunmaktadır. Yine diyalizdeki hasta sayısındaki yıllık artış oranı senelere göre değişmekle birlikte or talama %15'in altına pek düşmemektedir ” PARLAK, Şafak, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya çıkan hukuki Sorunlar, TBBB, S. 83, 2009, s. 189; “Bağışlayanın canlı olması konusunda , organ ticareti sorunu gündeme gelmektedir ki özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde insanlar , organ mafyaları kanalıyla organlarını satmakta , çoğu zaman kendi hayatlarını tehlikeye atmaktadır. Ülkemizde de maalesef bu sorun mevcuttur ve ölüden organ bağışı bilinci tam olarak yerleşmemiştir ”. KOÇAK SÜREN, Özlem, Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik açıdan İncelenmesi, TBBB., S. 73, 2007, s.174; ATAMER, Yeşim M., Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, MHB. 1999-2000, s. 143.

Yukarıda sıraladığımız endişelerin yoğun olarak yaşandığı bu günlerde, TBMM.'ne verilen iki adet kanun teklifi bu endişeleri daha da artırmıştır. Çünkü, aşağıda metnini vereceğimiz kanun teklifleri ve gerekçeleri incelendiğinde, hukuken son derece sakıncalı oldukları, Anayasa ile teminat altına alınan yaşam hakkını, kişinin “kendi geleceğini belirleme hakkını” vücut dokunulmazlığı” ve son olarak “insanlık onurunun korunması” ilkelerini ihlal ettiği açıkça görülecektir. Bu kanun teklifleri, esas itibariyle Ülkemizde sınırlı olduğu iddia edilen organ bağış konusunda, dünyanın nadir ülkeleri tarafından kabul edilen “global rıza” sistemini teklif etmekte, organ bağış yapan kişilere doğrudan ya da dolaylı ekonomik kazanç sağlanması hedeflenmektedir. Söz konusu kanun tekliflerini konunun önemi ve teklif verenlerin düşüncelerini net olarak ortaya koyması bakımından verildiği şekliyle aktarmayı uygun görmekteyiz.

TBMM. Plan ve Bütçe Komisyonuna 08.02.2012 tarihinde ulaşan ilk teklif şu hükümleri içermektedir:

“Ek madde 1: Organ bağışında bulunan kişilere gelir vergisi ve kamu harçları üzerinden %30 oranında indirim uygulanır. Organ bağışında bulunan kişiler hastane ve ilaç katkı paylarından muaf tutulur. Ayrıca herhangi bir sebeple ölen kişinin organları bağışlandığı takdirde hiç bir gelirleri olmayan eş veya çocuklarından birine asgari ücret oranında maaş bağlanır. Yüksek öğrenim gören çocuklarından bir tanesine de şart aranmaksızın eğitim süresi boyunca karşılıksız burs verilir.

Organ bağışında bulunan kişilere ilişkin esas ve usuller Sağlık Bakanlığı'nın ve Maliye Bakanlığı'nın hazırlayacağı bir yönetmelikle düzenlenir”⁴.

TBMM.'ne 24.02.2012 tarihinde verilen ikinciteklif ise şu şekildedir:

⁴ Teklifin genel gerekçesi ise şu şekildedir: “Türkiye’de organ bağışının istenilen düzeye ulaşamamasında ve toplumda yeterli duyarlılığın oluşmamasında bilgi eksikliği, önyargılar ve yanlış inanışlar önemli rol oynamaktadır. İnsanlarımızda, organ bağış yaptığında günah işleyeceğine dair düşüncelerin yaygın olması, dini bilgi eksikliği ve önyargılardan kaynaklı çekincelerden dolayı insanlarımız organ bağışına sıcak bakmamaktadır. Ülkemizde organ bekleme listeleri, organ bağışının yetersiz düzeyde olması sebebiyle bekleme listeleri ölüm listelerine dönüşmektedir. Organ bulamadıkları için ülkemizde her yıl on bin kişi ölmektedir. Ülkemizde organ bağış Avrupa ülkelerine kıyasla çok geride olup organ bağış, batı ülkelerine göre on kat daha azdır. Trafik kazalarına bağlı ölümlerin çok olduğu ülkemizde yıllık organ bağış sadece 160 dolayında, oysa, bu oran batı ülkelerinde 1700 civarındadır. İspanya’da birmilyon kişide 34, İtalya’da 21, Almanya’da 13, kadavra donör çıkarken Türkiye’de bu rakam sadece 2’dir.

Kamu kurumları ve sivil toplum kuruluşları toplumu eğitici görsel ve yazılı yayınlar yaparak organ bağışını özendirici çalışmalar yapmalıdır. Din İşyeri Yüksek Kurulu’nun 6 Mart 1980 tarih ve 196 sayılı kararına göre, organ bağış İslam dinine göre caizdir. Kur’an-ı Kerim’de de /Maide Süresi Ayet 32) “Bir kişiye hayat vermek, bütün insanlara hayat vermeye eşdeğer, sevaptır” denilmesine rağmen, organ ve doku bağışında istenilen düzeye gelinememiştir”. <http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0340.pdf>

“Madde 1- 2238 Sayılı Organ ve doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 14. Maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Aksine bir vasiyet ya da beyan yoksa beyin ölümü gerçekleşen kişilerin organlarının alınmasında rıza aranmaz.

Vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle, yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli koğuşturma ile ilgisi olmayan 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 dahil, tabu olacakları işlemler, Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”⁵

⁵ Madde genel gerekçesi olarak şu ifadelerle yer verilmektedir:

“Organ bağıışı, birinsanın organlarının bir kısmını veya tamamını, henüz sağlıklı iken, beyin ölümünün ardından başka insanlarda yararlanılmak üzere bağışlanması işlemidir.

Bir bakış açısıyla; organ bağıışının kan naklinden farkı yoktur. Hayat kurtarma anlamında sağlıklı olan her organ bağışlayabilir. On sekiz yaşını doldurmuş ve doğru ile yanlış ayırabilme yeteneğine sahip herkes, başta kalp olmak üzere, akciğer, böbrek, karaciğer ve pankreas gibi organlar, kalp kapağı, göz kornea tabakası, kas ve kemik iliği gibi dokuları bağışlayabilmekte ve bunlar günümüz tıp teknolojisinde nakledilebilmektedir. Bir kişi organlarını bağışlayarak bir çok insana yaşama şansı verebilir.

Görev yapamayacak kadar hasta ve hatta bedene zararlı hale gelen bir organın, bir yenisi ve sağlamı ile değiştirilmesi düşüncesi, çok eski çağlardan beri insanın ilgisini çekmiştir. Türkiye’de yaşayan ve böbrek nakli bekleyenlerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Böbrek hastalarının yanısıra Karaciğer, Akciğer, kalp ve göz hastalıklarından dolayı, organ nakline ihtiyacı olan diğer hastaları da eklersek, nakilden yararlanabilecek pek çok insan olduğunu görebilmekteyiz. 2012 verilerine göre, Türkiye’de 20.169 kişi organ beklerken, organ bağıışı geçen yıl sadece 320 oldu. Türkiye’de böbrek bekleyen 17997, karaciğer bekleyen 1706, kalp bekleyen 253, akciğer bekleyen 5 kişi bulunurken, pankreas bekleyenlerin sayısı 205’dir. 70.000 kronik böbrek hastasından 40.000’i ise, yaşamını dializ makinasına bağlı olarak sürdürmektedir. 2016 yılında kronik böbrek yetmezliği hastalarının sayısı tahminen 115.000’i bulması beklenmektedir.

Dünyada organ bağıışını ve naklini teşvik eden sistemler mevcuttur. Bunlardan İspanya modeli incelendiğinde, İspanya, uyguladığı model sayesinde dünyadaki düşük organ bağıışı yapılan ülke kategorisinden en yüksek bağıış oranına geçmiştir. Düşen bağıış oranları sebebiyle 1989 yılında ulusal transplantasyon kurumu (Organizacion Nacional de Transplantes) kurulmuştur. Kurumun kuruluş anlayışına göre, organ bağıışında, karşılaşılan sorunlar uygun bağıışçı yokluğundan değil, potansiyel donörlerin bulunmasında ve bunların rızalarının alınmasındaki zorluklardan kaynaklanmaktadır. Sistem, organ bağıışı sürecinin bu konuda özel olarak yetiştirilmiş şahıslara bırakılmasını ki, bunlara bağıış timi denilmektedir, öngörmüştür. Bu takımın süreci iyi idare edebilen ve güvenilirlik sağlayabilen doğru kişilerden oluşması ve bağıış talebinden önce aile ile iyi ilişkiler kurulması önemlidir. Yine önemli olan bir noktada, organ talep edilecek en uygun zamanın tespitidir. Takım, süreç esnasında ailenin ölüm olayının gerçekleştiğini anlamasını sağlar ve organ bağıışı konusunda aileden talepte bulunur.

Diğer bir sistem ise gayet başarılı olan Belçika modeli’dir. Belçikada yürürlükte olan “Varsayılan Rıza Yasası”na göre, kesin öncelik, vatandaşın isteğine verilmiştir. Şehirlerde bulunan merkezler kanalıyla, kişiler, yaşarken bağıış formu doldurmakta ve bu bilgiler bilgisayar tabanlı ulusal kayıt merkezine gönderilmektedir. Bu bilgilere sadece transplantasyon takımı elemanları ulaşabilmektedir. Eğer kişi, sağlığında form doldurup izin veriyse, ölümünden sonra aile istemese bile, organları alınabilmektedir. Eğer ölen insan, bağıış formu doldurmamış biri ise, bu kişinin sağlığında organ bağışlamaya gönüllü olduğu varsayılır. Ailenin izni organ alımı

Organ nakli konusunda tıp ilminin ileri bir seviyede olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, ülkemizde organ naklinin geldiği son aşama olarak, kol ve bacak nakli ile yüz nakli yapılmış ve tüm dünya da büyük yankı uyandırmıştır. Ne var ki, kol ve bacak nakli yapılan kişilerin vefat etmesi, etik ve hukuki tartışmaları yeniden alevlendirmiştir⁶. Bunun sonucu olarak bir organ nakli merkezinin nakil ruhsatı Sağlık Bakanlığı tarafından iptal edilmiş, ancak Danıştay kararı ile tekrar nakil faaliyetlerine devam edilebilmiştir.

Tıp ilminin ulaştığı ileri uygulama seviyesine rağmen, hukuki tartışmaları sonlandırmak mümkün değildir. Halihazırda mevcut sistemlerin tamamı tartışmaya açıktır. Bu konuda temel ilkelerin tespit edilmesi ve organ nakline ilişkin tartışmaların, konunun tüm yönlerini ele alacak şekilde ve tarafsız olarak yapılması gerekir. Mevcut kanuni düzenlemenin isabetli ve hatta alıcılar bakımından dezavantajlı olduğunu ispatlamaya yönelik gayretlerin, hukuki olmaktan uzak olacağını belirtmek gerekir. Bundan da öte, toplumu ağır ithamlarda bulunmak suretiyle baskı altına almaya çalışmak, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan haklarını kullanamamalarına sebep olacak yaklaşımlardan da uzak durulması gerekir. Bunun yerine konunun tüm yönlerini ele alan düşünce açıklamalarından sonra, nihai olarak hukukun üstünlüğünün, organ vericisinin yaşam, şahsiyet hakları ve onurunun korunmasının amaçlanması gerekir⁷.

için gerekli değildir. Ancak aile, organ alımını reddederse organ alınmayabilir. Bu sayede ülkenin %98'ı doğal donör haline gelmektedir.

Diğer bir husus ise, organ naklinin dini boyutudur. Dini anlamda Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Din İşleri Yüksek Kurulu, organ bağışını, bir insanın insana yapabileceği en büyük yardım olarak tanımlamıştır. 06.03.1980 tarih 396 sayılı kararı ile organ naklinin caiz olduğunu bildirmiştir. Diğer İslam ülkelerinde de ve bütün büyük dinlerde de benzer kararlar mevcuttur. Kur'an-ı Kerim incelendiğinde, (Maide Suresi Ayet 32) " Kim, bir kimseye hayat verirse, onun sanki bütün insanlara hayat vermişcesine sevap kazanacağı" buyrulmuştur.

Organ bağışı, bilimsel, dini, sosyolojik, ekonomik olarak incelendiğinde, tam anlamıyla gerekli bir faaliyettir. Uluslararası mevzuatlar incelendiğinde, çoğu devlet bu konuda organ bağışını teşvik edici yasal düzenlemelere başvurmuştur.

Tüm bu gerekçelerle, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununda değişikliklerle organ bağışı "varsayılan rıza" kapsamına alınarak, ilgilinin gerçek iradesi alınmadığını durumlarda, ilgiliye sorulabilseydi, müdahaleye rıza gösterirdi bağlamında düzenlemeler yapılmıştır. Bu sayede ilgili, organ bağışına karşı olduğunu bildirmedeği takdirde, organ bağışını onayladığı anlamına gelecektir".
<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0401.pdf>

⁶ www.sabah.com.tr/Gundem/2012/02/28/cifte-nakil-husranla-bitti;

www.sondevir.com/saglik/.../hacettepede-nakiller-devam-edecek.htm...

⁷ Diğer taraftan madde gerekçelerinde yalnızca İslam dininin organ nakline imkan tanıdığına ilişkin argümanların kullanılması, diğer din ve inanışların organ nakline bakış açılarının ortaya konulmamış olması da ayrı bir eksikliktir. Konuyu Hristiyan etiği açısından ele alan bir çalışma, EIBACH, Ulrich, Organ- und Gewebespende-, Ethische und Rechtliche Überlegungen zum beratenden Gespräch mit Angehörigen über Organentnahmen,

Bu çalışmamızda, öncelikli olarak organ nakli bakımından ülkemizdeki mevcut hukuki durumu ele aldıktan sonra, hukuki açıdan önemli gördüğümüz, organ nakline bağlı bir takım sorunları, özellikle de ölüm anının tespiti ve sistem tercihlerine ilişkin sorunları ele alacağız.

II- Ülkemizdeki Yasal Düzenlemeler

Kişilerin en temel hakları olan yaşam hakkı ve buna bağlı olarak vücut bütünlüğünün korunması, 1982 Anayasası'nın ikinci kısmında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 15/II. maddesinde "kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulamaz" hükmü yer almaktadır⁸. Yine Anayasa'nın 17/II. maddesinde " Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23/III. maddesi doğrudan organ nakli ile ilgili hüküm içermektedir : "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olanlardan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamaz"⁹.

Organ nakli konusunda temel kanunumuz ise 2238 Sayılı, Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanundur (ODNK)¹⁰. Kanun, ayrıntısını aşağıda vereceğimiz üzere, genel hükümler, yaşayan kişilerden organ ve doku alınması, ölüden organ alınması ve son olarak cezai hükümler kanunun bölümlerini oluşturmaktadır.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği¹¹ de organ nakli bakımından önemli hükümler içermektedir. Özellikle beyin ölümü kavramının tanımı ve şartlarının detaylı olarak düzenlendiği yönetmelik, organ nakli bakımından Ulusal Koordinasyon Merkezi kurulmasını ve çalışma esaslarını belirlemektedir.

MedR, 2005, Heft 4, s. 215 vd; HOLZNIENKEMPER, Thomas, Organspende und Transplantation und ihre Rezension in der Ethik der abrahamitischen Religion, 2003.

⁸ AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996, s. 21

⁹ Bu düzenleme 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda ilk defa yer almıştır. 14.11.1990 tarihli 3678 Sayılı Kanunla yapılan bir ilave değişiklik ile 743 Sayılı Türk Kanun-u Medenis'i'nin 23/II fıkrası olarak yerini almıştır.

¹⁰03/06/1979 tarihli RG.16655

¹¹ RG. 01.02.2012 – 28191

Diğer taraftan Yasal düzenlemelere aykırı şekilde yapılan organ nakillerinin cezalandırılacağı, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde düzenlenmiştir¹².

III- Ölümün tespiti ve özellikle dönüşü olmayan koma kavramı

Ölümün ne zaman gerçekleştiğinin tespiti, organ nakli kadar, hukukun diğer alanlarını, özellikle de miras hukukunu yakından ilgilendirmektedir¹³. "Klinik bir tanı ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl olarak kaybı" olarak tanımlanan¹⁴ beyin ölümü kavramı, sadece tıbbi ilgilendiren bir kavram değildir¹⁵.

¹² **m. 15:** "Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerek tirmedeği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar adli para cezasına hükmolunur".

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. Maddesi "Organ veya doku ticareti" başlığını taşımakta ve şu hükmü içermektedir.

(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, 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 hâlinde, 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 hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

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

¹³ AKKANAT, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, 2004, s. 27; OLG Köln'ün vermiş olduğu bir kararda Koca, eşini vasiyetname ile mirasçı atamıştır. Bu kişilerin her ikisi de aynı gece ölmüşlerdir. Kadının kocadan daha sonra öldüğünün belirlenemediği olay için mahkeme, beyin ölümü kavramına dayanmıştır. NJW-RR 1992, 1480.

¹⁴ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2012, s. 163; ÖZSUNAY, Ergun, Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Büyent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 38.

¹⁵ BLANKART, Charles B., KIRCHNER, Christian, THIEL Gilbert, Transplantationsgesetz, Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht, Aachen, 2002; Beyin ölümü kavramı, organ naklini sağlamaya yönelik olarak, aslında henüz canlı olan insanlara ölü muamelesi yapılması ve beyin ölümünün mutlak ölüm olmaması gerekçeleri ile eleştirilmektedir. AKSOY, Şahin, "Ölümün Sıcak Yüzü: Beyin Ölümünde Organ Nakli", I. Tıp etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 80 vd; Ülkemizde konunun etik açıdan yeterince tartışılmadığını da söylemek mümkündür. Ancak, sadece Tıp Fakültesi öğretim üyeleri, araştırma görevlileri, öğrenciler ve diğer hekimler arasında yapılan bir araştırmada ulaşılan sonuçlar, tartışmalı iki noktada ankete katılanların genel görüşünü ortaya koymaktadır. Anket, beyin sapı ölümünün yasal ölüme eşdeğer sayılmasını,

Ölümün ne zaman gerçekleştiği hususunda Türk Medeni Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ölümün ne zaman gerçekleştiğinin tespiti tıp bilimine bırakılmıştır¹⁶. Ancak, son derece karmaşık ve hassas olan bu hususun tespitinin tıp bilimine havale edilmesiyle sorunlar çözülmüş olmamaktadır. Bu yöntem, Anayasa ve Medeni Kanunlarla garanti altına alınan temel hakların ihlaline de kapı aralamaktadır.

Tıp biliminin bugün ulaştığı seviye dikkate alındığında, ölümün tespit edilmesi bakımından başlıca iki kriterin uygulanmak olduğu görülmektedir: Biyolojik ölüm ve beyin ölümü¹⁷. Bugün itibariyle ağırlık olarak beyin ölümü kavramının kullanıldığını ve kabul edildiğini söylemek mümkündür¹⁸.

Bitkisel hayat ve beyin ölümü kavramları farklı kavramlardır. Yine bir koma hali olan bitkisel hayatta geri dönüşün mümkün olduğu ancak, beyin ölümünde geri dönüşün mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁹.

Ölümün ve ölüm anının tespiti, organ naklinin en önemli şartıdır. Geçtiğimiz yüz yıl boyunca ölüm olarak, kalp ölümü kabul ediliyordu. Dolaşım sistemini çökmesi ve kalp atışlarının sonlanması ile birlikte, insan varlığı son buluyor idi. Modern tıp aracılığıyla özellikle, infüzyon, solunum ve kalp makineleri, kalbin kısa süreli

ankete katılanların %57.77'si uygun bulduğunu, %36.14'ünün uygun bulmadığını ortaya koymaktadır. S SALAÇIN*, MK GÜLMEN*, Z ERKOL**, L DÖNBAK*, Beyin Ölümü Kavramına Sosyal Yaklaşım: İki Ayrı Bölge Anket Çalışmasının Değerlendirilmesi, Tıbbi Klinik Tıbbi Etik, 1996, S.4., s. 85; F. AKÇİÇEK, G. ATABAY, A. BAŞÇI, J. EVERT, M. DORHOUT, Organ Nakli ve Tıbbi Ahlak, Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi, 1994, S.3, s. 33 vd; Kanaatimize göre, "beyin ölümü" kavramı, bilimsel bir kavram olmaktan ziyade, ölümü çağrıştıran, organ naklinde ilgilinin rızasını kolaylaştıran ve psikolojik etkisi bulunan bir kavramdır. Esas itibariyle, Harvard Komisyonunun da tespit ettiği üzere söz konusu gerçek durum ifade için kullanılması en uygun kavram, "dönüşü olmayan koma" (irreversible koma) olmalıdır. Ancak, kullanılageldiği ve doktrinde ağırlıklı olarak tercih edildiği için, bu çekince ile birlikte beyin ölümü kavramını kullanılmaktadır.

¹⁶ AKKANAT, a.g.e., s. 28.

¹⁷ AKKANAT, a.g.e., s. 28; Beyin ölümü; beyin sapı da dahil tüm beyin fonksiyonlarının geri dönüşümsüz olarak sonlanmasıdır. Yapılacak herhangi bir medikal tedavi süreci değiştiremez. Kısa bir süre sonunda (genellikle 1-2 hafta içinde) verilen bakımdan bağımsız olarak kardiyovasküler kollaps meydana gelir. CAN, Özlem Selvi, TULUNAY, Melek, Beyin Ölümü Hakkında Bildiklerimiz, <http://www.tuba.gov.tr/tr/component/content/article/114-guncel-bilgiler/1044-beyin-olumu-konusundaki-tartismalar-sorular-ve-yanitlari-471.html>

¹⁸ ÖZEL, Çağlar, Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFED., 2002, s. 43 vd.

¹⁹ CAN, Özlem Selvi, TULUNAY, Melek, a.g.m., Serebral ölüm, kalıcı bitkisel hayatta denilebilir, serebral korteksin fonksiyonlarının sonlanmasıdır. Beyin sapı fonksiyonları ya çok az hasarlıdır ya da tamamen korunmuştur. Beyin ölümünden tamamen farklıdır ve ölümle eş değer değildir (1,2,4). Beyin ölümü ve kalıcı bitkisel hayat durumu arasındaki fark şöyle izah edilebilir: Beyin ölümü durumu; koparıp vazoya konan bir çiçeğe benzetilebilir. Ne yapılırsa yapılsın çiçek bir süre sonra solacaktır. Kalıcı bitkisel hayat durumu ise saksıdaki bir çiçeğe benzetilebilir, gereksinimleri karşılandığında bir süre yaşatılabilir.

durmasının giderilmesi değil, uzun süreli nefes alamama veya diğer fonksiyon bozukluklarının giderilmesi mümkün hale gelmiştir. Beyin zararı görmüş, nefes problemi olan kimselerin, uzun süre aparatlar aracılığıyla hayata tutunması ihtimali bakımından, hekimin, makine desteğini sonlandırmaya yetkili olup olmadığı veya ne zaman yetkili olduğu sorusu sorulmaktadır. Bu soru üzerine normatif ve fiili bir cevap verilebilir. Normatif, Harvard Üniversitesinin Beecher'in başkanlığındaki **Adhoc Komitesi** tarafından formüle edilmiş ve söz konusu **dönüşü olmayan koma** kriteri geliştirilmiştir. Şayet, dönüşü olmayan koma tespit edilirse, bu durumda hekim, yoğun bakımı sonlandırmaya ya da organların alınmasına yetkili olmalıdır. Beyin ölümü kelimesinde şüphe durumunda, bu kavramın terk edilmesi ve onun yerine dönüşü olmayan beyin ölümü (kayıbı) olarak "Coma egressum" kelimesinin ikame edilmesi teklif edilmiştir²⁰.

Avrupa'da, özellikle, Alman Ceza Hukukunda, sık sık, normatif yerine fiili ve dolaşım ölümü değil, beyin ölümü kabul edilmektedir. Ölüm kavramının tanımlanması suretiyle, solunum cihazının kapatılması ve organ nakli ihtimali oluşmaktadır. Beyin ölümü, açıkça, yaşam destek cihazının kapatılması ve organ alınması ile ilişkili, tek fonksiyonlu bir kavramdır. Her halükarda, yeni ölüm tanımlamasıyla, hukukun diğer alanları için, bir ikincil problem yaratılmaktadır ki, aynı zamanda bu alanlar için, medeni hukuk, sigorta hukuku gibi, aynı şekilde ölüm kavramı ile hareket edilmektedir. Beyin ölümü kavramını, yalnızca, beyin bölgesinin değil, yaşayan beyin hücrelerinin de naklinin gerekli olduğu sürece kullanmak mümkündür. Son zamanlarda, organ nakli denemelerinde feotal beyin hücreleri olmak zorunda olduğu için, tekrar kalp ve dolaşım sistemi ölümüne ihtiyaç duyulmaktadır. Beyin ölümü kriterinin kullanılması, örneğin, anensefali durumunda, yeni doğanlarda (beyin hasarlarında, örneğin, beynin dışarıda olması ya da kapanmaması gibi), özel problemleri ortaya çıkarmaktadır. Bu şekilde yeni doğanlar, kısmen, makineye bağlı olarak, özellikle organ nakli amacıyla, bir süre daha yaşatılabilmektedir²¹.

Beyin ölümünün gerçekleşmiş sayılabilmesi için, genel olarak, büyük beyin, küçük beyin ve beyin sapının fonksiyonlarını ifa edememesi kriter olarak aranmaktadır. Yine beyin ölümünün gerçekleştiğinin tespitinin, farklı branşlarda hekimler tarafından yapılması, bazı düzenlemelerde iki ayrı hekim heyetinin bunu

²⁰ DEUTSCH, Erwin, SPICKHOF, Andreas, Medizinrecht, 6. Auflage, Göttingen, Regensburg, 2008, s. 446.

²¹ DEUTSCH/SPICKHOF, a.g.e., s. 447.

tespiti yapması gerektiği ifade edilmektedir. Ek teşhis kriteri olarak ise EEG ile beyin elektrik potansiyelinin tespit edilmesi talep edilmektedir. Son olarak anjiyografi uygulanabilmektedir²². Bu testler, bir görünüşte ölümü ya da dönüşü olmayan komanın yeniden canlandırılmasının söz konusu olup olmadığını tespit etmektedir. Eğer, söz konusu şartlar yerine getirilirse, bu takdirde, tedavinin kesilmesi ve organ alınması ve nakli mümkün olacaktır²³.

²² DEUTSCH/SPICKHOF, a.g.e., s. 447.

²³ DEUTSCH/SPICKHOF, a.g.e., s. 448; Türk hukukunda ölümün ne zaman gerçekleştiğinin tespiti Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre yapılmaktadır:

“BEYİN ÖLÜMÜ TANISI

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

- a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,
- b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,
- c) Santral vücut ısısı ≥ 32 oC olması,
- ç) Hipotansif şok tablosu olmaması,
- d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması,
- e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.

(2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.

- a) Derin komanın olması (Tam yanıtızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınmaması),
- b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;
 - 1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),
 - 2) Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
 - 3) Kornea refleksi yokluğu,
 - 4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu.
- c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

- a) Derin tendon reflekslerinin alınması,
- b) Yüzeysel reflekslerin alınması,
- c) Babinski işaretinin bulunması,
- ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması,
- d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması,
- e) Diabetes insipidus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

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.

Her iki ölüm anının birbirinden farklı olması, özellikle dönüşü olmayan koma olarak ifade edilen beyin ölümünün olduğu durumlarda, tıbbi destekle insanın biyolojik fonksiyonlarının bir süre daha devam etmesi, beyin fonksiyonlarının canlanması, ölümün tespitinde beyin ölümünün esas alınmasının isabetli olmadığına ilişkin düşüncelerin ortaya atılmasına sebep olmuştur²⁴.

Beyin ölümü kriterinin isabetli olmadığı ve sırf organ nakline kaynak sağlamak bakımından bu görüşün kabul edildiğini savunan yazarlar da vardır²⁵: Bu görüşü ileri sürenler, sadece organ transplantasyonu için bugüne değin kabul edilen ölüm kavramının neden değişmesi gerektiğini anlayamadıklarını, bu kavramın çeşitli kesimlerde ve akademik düzeyde tartışılması gerektiğini, bu tartışmada, sosyal antropologlar, hukukçular, hekimler, filozoflar, din adamları ve konu ile ilişkili tüm kesimlerden insanların katılması gerektiğini, beyin ölümü kavramının, organ transplantasyonu tekniğindeki gelişmeler nedeniyle bir sosyal olgu olarak karşımıza çıktığını ve salt organ transplantasyonunda kolaylık sağlansın diye, beyin ölümünün yasal ölüme eşdeğer kılınmasının, telafisi mümkün olmayan bir hataya neden olabileceğini, bu nedenle konunun tüm yönleri ve tarafları ile insan haklarına saygıyı esas alır şekilde tartışılması gerektiğini ileri sürmektedirler.

ABD.'de ölüm anının tespiti bakımından her iki sistemin de kabul edildiğini, beyin ölümüyle birlikte, kan dolaşımı sisteminin geri dönülmez olarak durması durumunun da ölüm hali olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir²⁶.

IV- Organ Nakli Konusunda Uygulanan Sistemler; Türkiye'de ve Mukayeseli Hukuktaki Durum

A- Organ Nakli Konusunda Uygulanan Sistemler

Organ nakli konusunda uygulanan sistemler, doktrinde üç başlık altında toplanmaktadır: Vericinin zımni onayını arayan sistem, vericinin açık onayını arayan

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". Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, Ek 1., RG. 01.02.2012, 28191.

²⁴ Bir araştırmada, tıp fakültelerinde bulunan öğretim üyeleri, araştırma görevlileri, hemşireler, öğrenciler ve diğer hastanelerde görev yapan hekimler olmak üzere, Adana ve Gaziantep 'de, iki ayrı bölgede toplam 1054 kişiye anket soruları yöneltilmiştir. Ankete katılanların beyin sapı ölümünün yasal ölüme eşdeğer sayılması ile ilgili yanıtları %57.77 uygun, %36.14 uygun değil şeklinde ortaya çıkmıştır. S SALAÇIN*, MK GÜLMEN*, Z ERKOL**, L DÖNBAK, a.g.m.. s. 85.

²⁵ S SALAÇIN*, MK GÜLMEN*, Z ERKOL**, L DÖNBAK, a.g.m.. s. 85, dn. 19, 20 ve 21 anılan yazarlar.

²⁶ Transplantation and Anatomy Act 1979, Part 8, m. 45.

sistem ve vericinin onayını aramayan sistem”²⁷. Biz ise, bu sınıflandırmanın, global rıza sistemi, vericinin açık rızasına dayanan sistem, vericinin rızasını aramayan sistem olarak sınıflandırmanın isabetli olacağı kanaatindeyiz.

1. Global rıza sistemi

Bu sistemde, bir tıbbi müdahale için, ülkede yaşayan herkesin önceden rızasının var olduğu varsayımından hareket edilmektedir. Genel olarak tıbbi bir müdahale ya da konumuz açısından organ nakli bakımından herkesin, prensip itibarıyla bu tür bir müdahaleye rızası bulunmaktadır. Bu sistem, özellikle İskandinav ülkelerinde²⁸, biyolojik veri bankalarının oluşturulmasında kullanılmıştır. Buna göre, ülke çapında oluşturulacak bilgi bankasına sağlanacak kan ve vb. biyolojik unsurların insanlardan alınmasında, kural olarak insanların rızalarının var olduğu kabul edilmiştir. Buna rağmen, biyolojik örnek vermek istemeyen kişilerin, aykırı iradelerini ortaya koymalarını zorunlu kılmaktadır.

Organ naklinde global rıza sisteminin, bazı ülkeler tarafından kabul edildiği bilinmektedir. Belçika, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı Kantonları bu sistemi tercih etmiştir²⁹. Bu sisteme göre, ölünün sağlığında ve ölümünden sonra ise yakınlarının organ alınmasına bir itirazlarının olmadığı sürece ölüden organ alınması hukuken caizdir³⁰. Bu sistemin, organ alıcısını ve organ alınmasını teşvik eden oluşumları himaye ettiği açıkça görülmektedir. Bu sistemin organ vericileri bakımından ise son derece güvensiz olduğunu söylemek mümkündür.

“Global rıza” ya da “itiraz modeli”nin Anayasa ile teminat altına alınan “Yaşam hakkı” ve “Vücut dokunulmazlığı” kavramları ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Sistemin, organ naklini engelleyen sadece iki argümanı bulunmaktadır. Vericinin kendisinin ya da yakınlarının aykırı beyanı. Oysa, yalnızca itiraz edilmemesi halinde ölüden organ alınmasının mümkün görülmesi hukuka uygun değildir. Çünkü, insanlar, eğer ağır hasta veya çok yaşlı değillerse, genellikle ölüm ile ilgili şeyleri düşünmezler ve bu konudaki kararları sonraya bırakırlar. Sağlıklı bir organı olan ve henüz genç yaşta iken kaza sonucu ölen insanlar ise verici olarak daha uygundurlar. Çünkü, vericinin genç olması başarı şansını artırır. Oysa, bu kimselerin yakınları bir

²⁷ ATAMER, a.g.m., s. 144; Doktrinde, bu sınıflandırma, “Rıza ve anlaşma modeli, itiraz modeli ve zaruret modeli olarak da ifade edilmektedir. AKINCI, a.g.e., s. 125.

²⁸BÜYÜKAY, Yusuf, Biyolojik Veri Bankaları, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Mayıs 2006, S.6, s. 178 vd.

²⁹ AKINCI, a.g.e., s. 127.

³⁰ AKINCI, a.g.e., s. 127.

aile ferdinin ölümü ile şiddetli bir biçimde sarsılırlar ve bu ölüm dolayısıyla vermek zorunda oldukları pek çok karar karşısında hazırlıksız yakalanırlar. Böyle bir durumda da bu kişiler ölümden hemen sonra gerçekleşecek olan bir nakle itirazlarını zamanında yapabilecek durumda değildirler³¹.

2. Vericinin açık rızasına dayanan sistem

Bu sistemde, organ bağıışı için vericinin açık rızası aranmaktadır. Kişinin sağlığında açık bir rızası mevcut değil ise, onun organlarının ölümünden sonra alınması mümkün değildir. Sistemin katı şekilde uygulandığı hallerde, yalnızca vericinin rızası esas alınırken, biraz esnek uygulamanın söz konusu olduğu sistemlerde, sıra halinde belirtilen yakınlarından (eş, ana-baba, kardeş vs.) birinin rızası da nakil için yeterli görülmektedir. Onayın şekli konusunda ise farklı şekillerin kabul edildiğini söylemek mümkündür. Açık onay sistemini kabul eden ülkelere örnek olarak ABD., Almanya, İngiltere, Japonya ve Türkiye gösterilmektedir³².

3. Vericinin açık rızasını aramayan sistem

Bu sisteme göre, organ naklinde vericinin rızası hiç bir şekilde aranmamaktadır. Tıbbi olarak kabul edilen ölümün gerçekleşmesinin ardından kişinin organları alınabilmektedir. Kişinin sağlığında aykırı bir rızayı açıklamış olmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu sistem, Dünyada pek fazla kabul görmemektedir. Doktrinde bu sistemin, Avusturya'da kabul edildiği ifade edilmesine rağmen³³, bu ülkedeki sistemin, ayrıntısını aşağıda vereceğimiz üzere, global rıza sistemine dayandığını söylemenin isabetli olacağı kanaatindeyim.

B- Türkiyede ve Mukayeseli Hukukta Durum

Ülkemizde uygulanan mevcut sistemin, vericiler bakımından yetersiz olduğu, teklif edilen yeni düzenlemelerin ise kabul edilemez olduğunun bir göstergesi olarak Türkiye, Avusturya, Almanya ve ABD., İsviçre, Belçika ve İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesinin Eki olan "İnsan Menşeli Organ ya da Doku Nakline İlişkin Ek Protokol"de organ nakline ilişkin sistemler mukayeseli olarak ele alınmıştır.

1. Türkiye'de

Genel olarak üç başlık halinde ifade edilen sistemlerden hangisinin Türk Hukukunda kabul edilen sistem olduğunu sorusunun net bir cevabı bulunmamaktadır.

³¹ AKINCI, a.g.e., s. 128.

³² ATAMER, s. 146

³³ AKINCI, a.g.e., s. 129.

Daha doğrusu, bu sistemlerin hemen hemen hepsinin izlerini taşıyan karma bir sistemin geçerli olduğunu söylemek daha isabetli olacaktır.

Türkiye’de organ ve doku nakilleri, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’u (ODNK.) ve bu kanuna bağlı olarak çıkartılan 13.02.2012 tarihli Organ Nakli Merkezleri Yönergesi çerçevesinde yapılmaktadır. Bu kanun, (ODNK.) konuyu yaşayan kişilerden yapılan nakiller ve ölümlerden yapılan nakiller olmak üzere ikiye ayırmış ve bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınmasını ve satılmasını (m.3); organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin hür türlü reklamı (m.4); on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını (m.5) açıkça yasaklamış, on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan kimselerden organ ve doku alınması ise, vericinin iki şahit huzurunda açıklamış olduğu aydınlatılmış rıza şartına bağlanmıştır (m.6,7).

Ülkemizde esas itibariyle rıza (açık onay) sisteminin kabul edildiğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlere karşılık, madde metninin incelenmesi ile sistemin esas itibariyle global rıza sistemi olarak ifade ettiğimiz, doktrinde ise itiraz modeli olarak belirtilen sisteme daha yakın olduğu söylenebilir.

ODNK. m. 14 şu şekildedir: *“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.*

Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz.

(Değişik fıkra: 21/01/1982 - 2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

(Ek fıkra: 21/01/1982 - 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 ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan 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 dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”

Öncelikli olarak, maddenin ikinci fıkrası ile ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular bakımından global rıza sisteminin kabul edildiğinin tartışmaya yer vermeyecek derecede açık olduğunu belirtmek gerekir. Bu sistemde, ölüden biyolojik madde alınması, ölünün ya da yakınlarının biyolojik madde alınmasına karşı esas itibariyle her hangi bir itirazlarının olmadığı takdirde caizdir. İtiraz varsa nakil mümkün değildir.

Bu modelin kabul edilmesi halinde, kişinin yaşarken ve yakınlarının da kişinin ölümünden sonra, biyolojik madde alımına izin vermesi mümkündür³⁴.

ONDK.'nun 14. maddesinin birinci fıkrası ile getirilen düzenleme ise, doktrinde rıza (açık onay) sisteminin ifadesi olarak kabul edilmektedir³⁵. Madde, kişinin sağlığında aykırı beyanını açıklamasına izin vermekte, böyle bir beyanın olmadığı durumlarda ise sıralanan yakınlarının rızası ile organ alınmasını mümkün kılmaktadır. Kanunun, karmaşık ifadesi bu konudaki kanaatleri zorlaştırmaktadır. Kanaatimizce, maddede, vericinin aykırı bir irade ortaya koyabileceğini ifade etmesi, sisteme karakteristik özelliğini veren hüküm değildir. Maddenin bu olumsuz ifadesi, esas itibariyle, global rıza sistemi ya da itiraz modelini anımsatmaktadır. Diğer taraftan, yakınlarının muvafakatının yorumlanması ile oluşacak kanaate göre, bir sistemin kabul edildiğinin söylenmesimümkün olacaktır. Şayet maddenin sonraki ifadeleri, “yakınlarının muvafakati” kavramının, onların cesed üzerinde tasarruf edebilmesi şeklinde yorumlanması durumunda rıza sisteminin, aksine, ölen kişinin önceki iradesini tespite yönelik araştırma olarak yorumlanması durumuna ise, global rıza sisteminin kabul edildiği sonucuna ulaşılması mümkündür. Bu farkın göz ardı edilmesi ile genel kanaate ortak olarak, ülkemizde esas itibariyle “rıza sistemi”nin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

³⁴ AKINCI, a.g.e., s. 128.

³⁵ AKINCI, a.g.e., s. 129.

ODNK.'da 1982 yılında yapılan değişiklik ile “kaza ve doğal afet” durumlarında, “vasiyet ve rıza aranmaksızın” organ nakli yapılmasına imkan tanınmıştır. Bu sistem ise, zaruret modeli ya da vericinin rızasına dayanmayan sistem olarak adlandırılmaktadır.

Netice itibariyle Türk hukukunda, karma sistemin kabul edildiğini, ancak sistemin ağırlıklı olarak muhtemel organ vericilerinin iradesini esas almadığını söylemek mümkündür.

Organ nakli konusunda kabul edilen sistemler hakkında birbirine zıt görüşlerin ifade edildiği de görülmektedir. Bir görüşe göre, itiraz modeli ya da global rıza sistemi, Anayasa'ya ve hukukun temel ilkelerine aykırıdır³⁶. Bir diğer görüşe göre, ise, organ nakli konusunda ortaya çıkan ihtiyaçlar, global rıza sistemini zorunlu kılmaktadır³⁷.

Esas itibariyle ölüden organ alınmasında kişilerin varsayılan rızalarından hareket etmek suretiyle global rıza sisteminin kabul edilmesi doğru değildir. Kanunun “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için **bıraktığını resmi veya yazılı vasiyetle belirtmemiş** 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” şeklindeki ifadesi de bu konudaki ısrarcı ve yanlış yaklaşımın bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Bu düzenleme ile rıza konusunda, üçüncü kişilerin de söz sahibi kabul edilmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının açık bir ihlali olarak kabul edilebilir. Esas itibariyle, kişilik hakkının ölüm ile bittiği kabul edilse bile, ölümden sonra şahsiyet haklarının korunmasını isteyebilme (postmortale Persönlichkeitsschutz) de kişilik hakkının bir parçasını oluşturmaktadır.

Ölüm ile hayat arasında kesin sınırın çizilmesinin her zaman mümkün olmaması, birden fazla ölüm kriteri bulunması ve bunların zaman itibariyle birbirinden farklı olmaları, organ alıcısı olarak bekleyen insanların sayılarının her geçen gün artması, organ nakli reklamlarına müsaade edilmesi ve açıkça insanlar üzerinde organ bağışı yönünde psikolojik baskı ortamının oluşturulması, dahası bir takım kazançların performans sistemine bağlı tutulması, kabul edilen bağış sisteminin

³⁶ AKINCI, a.g.e., s. 131 vd.

³⁷ ATAMER, a.g.m., 147 vd.

sakıncalarını daha da artırmaktadır. Bu konuda esas itibariyle, ölüden organ nakli için mutlaka insanların yaşamlarında bilgilendirilmiş rızalarının alınması yoluna gidilmelidir. Kişinin açıkça bağışlama rızasının olmamasına rağmen, sınırı açıkça çizilmeyen "...yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatıyla", ceset, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir cisim olmaktan çıkarılmalıdır.

2. Avusturya'da

Avusturya'daki sisteme göre, insanların beyin ölümleri, itiraza yer vermeyecek derecede kesin olarak tespit edildiğinde nakil için organlarının alınması mümkündür. Ancak, bunun için iki bağımsız hekim kurulunun beyin ölümünü tespit etmesi gerekir. Diğer taraftan, organ vericisinin ya da onun yasal temsilcisinin organ alınmasına itiraz etmemiş olması gerekir. Bunun için Avusturya'da itiraz sicili (ÖBIG) bulunmaktadır. Diğer taraftan, kişinin bu imzalı itirazını, üzerinde taşıması da (örneğin kimliğinde) mümkündür. Eğer bu şekilde bir itiraz bulunmuyorsa, ölümden önce yasal temsilcisinin itiraz etmesi durumunda organ nakli mümkün görülmemektedir. Ölümü tespit eden bir hekim ne organ alınmasını ne de organ naklini gerçekleştirebilir³⁸.

3. Almanya'da

Almanya'da organ nakli konusunda en temel düzenleme, 05.11.1997 tarihli organ nakli kanunudur³⁹. (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG)⁴⁰.

³⁸ **Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) § 62a** "Entnahme von Organen oder Organteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation (1) Es ist zulässig, Verstorbenen einzelne Organe oder Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die Entnahme ist unzulässig, wenn den Ärzten eine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Die Entnahme darf nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen. (2) Die Entnahme darf erst durchgeführt werden, wenn ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt den eingetretenen Tod festgestellt hat. Dieser Arzt darf weder die Entnahme noch die Transplantation durchführen. Er darf an diesen Eingriffen auch sonst nicht beteiligt oder durch sie betroffen sein. (3) Die Entnahme darf nur in Krankenanstalten vorgenommen werden, die die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 lit. a und c bis g erfüllen. (4) Organe oder Organteile Verstorbener dürfen nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, die auf Gewinn gerichtet sind". <http://www.hlutx.at/organtransplantation/53-transplantationsgesetzosterreich.html>

³⁹ Bu kanunun Alman Anayasasına aykırılığı ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi 18.02.1999 tarihli kararı ile kanunun Anayasaya aykırı olmadığına, ölen kişinin ölümünden sonra tanımlanan üçüncü kişilerin onayı ile organ alınabilecek olmasının Anayasaya uygun olduğuna karar vermiş ve kişinin sağlığında organının alınmamasına ilişkin beyanda bulunma hakkının bulunduğu işaret etmiştir. 1 BvR 2156/98, NJW Heft 16/1999, Seite XIV,

Söz konusu kanunun 2.bölümü, ölümlerden organ ve doku alınmasını düzenlemektedir. 2. bölümün 3. paragrafı, bağışlayanın iradesini esas almaktadır. Buna göre, organ veya doku bağışlayanın rıza göstermesi durumunda organ alınması caizdir. Organ ve doku bağışlayanın ölümü, tıp biliminin standartlarına uygun

http://www.rechtplus.de/urteile/urteile_aktuell.php?urt=u3_648.php

⁴⁰Almanya'daki düzenlemenin ölüden organ nakli ile ilgili olan kısmını metin olarak vermenin yararlı olacağı kanaatindeyim:

Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben:

“Abschnitt 2

Entnahme von Organen und Geweben bei toten Spendern

§ 3 Entnahme mit Einwilligung des Spenders

(1) Die Entnahme von Organen oder Geweben ist, soweit in § 4 oder § 4a nichts Abweichendes bestimmt ist, nur zulässig, wenn

1. der Organ- oder Gewebespende in die Entnahme eingewilligt hatte,
2. der Tod des Organ- oder Gewebespenders nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist und
3. der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen wird.

Abweichend von Satz 1 Nr. 3 darf die Entnahme von Geweben auch durch andere dafür qualifizierte Personen unter der Verantwortung und nach fachlicher Weisung eines Arztes vorgenommen werden.

(2) Die Entnahme von Organen oder Geweben ist unzulässig, wenn

1. die Person, deren Tod festgestellt ist, der Organ- oder Gewebeentnahme widersprochen hatte,
2. nicht vor der Entnahme bei dem Organ- oder Gewebespende der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist.

(3) Der Arzt hat den nächsten Angehörigen des Organ- oder Gewebespenders über die beabsichtigte Organ- oder Gewebeentnahme zu unterrichten. Die entnehmende Person hat Ablauf und Umfang der Organ- oder Gewebeentnahme aufzuzeichnen. Der nächste Angehörige hat das Recht auf Einsichtnahme. Er kann eine Person seines Vertrauens hinzuziehen.

§ 4 Entnahme mit Zustimmung anderer Personen

(1) Liegt dem Arzt, der die Organ- oder Gewebeentnahme vornehmen oder unter dessen Verantwortung die Gewebeentnahme nach § 3 Abs. 1 Satz 2 vorgenommen werden soll, weder eine schriftliche Einwilligung noch ein schriftlicher Widerspruch des möglichen Organ- oder Gewebespenders vor, ist dessen nächster Angehöriger zu befragen, ob ihm von diesem eine Erklärung zur Organ- oder Gewebespende bekannt ist. Ist auch dem nächsten Angehörigen eine solche Erklärung nicht bekannt, so ist die Entnahme unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2 nur zulässig, wenn ein Arzt den nächsten Angehörigen über eine in Frage kommende Organ- oder Gewebeentnahme unterrichtet und dieser ihr zugestimmt hat. Kommt eine Entnahme mehrerer Organe oder Gewebe in Betracht, soll die Einholung der Zustimmung zusammen erfolgen. Der nächste Angehörige hat bei seiner Entscheidung einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu beachten. Der Arzt hat den nächsten Angehörigen hierauf hinzuweisen. Der nächste Angehörige kann mit dem Arzt vereinbaren, dass er seine Erklärung innerhalb einer bestimmten, vereinbarten Frist widerrufen kann; die Vereinbarung bedarf der Schriftform.

(2) Der nächste Angehörige ist nur dann zu einer Entscheidung nach Absatz 1 befugt, wenn er in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu diesem persönlichen Kontakt hatte. Der Arzt hat dies durch Befragung des nächsten Angehörigen festzustellen. Bei mehreren gleichrangigen nächsten Angehörigen genügt es, wenn einer von ihnen nach Absatz 1 beteiligt wird und eine Entscheidung trifft; es ist jedoch der Widerspruch eines jeden von ihnen beachtlich. Ist ein vorrangiger nächster Angehöriger innerhalb angemessener Zeit nicht erreichbar, genügt die Beteiligung und Entscheidung des zuerst erreichbaren nächsten Angehörigen. Dem nächsten Angehörigen steht eine volljährige Person gleich, die dem möglichen Organ- oder Gewebespende bis zu seinem Tode in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahegestanden hat; sie tritt neben den nächsten Angehörigen.

(3) Hatte der mögliche Organ- oder Gewebespende die Entscheidung über eine Organ- oder Gewebeentnahme einer bestimmten Person übertragen, tritt diese an die Stelle des nächsten Angehörigen.

(4) Der Arzt hat Ablauf, Inhalt und Ergebnis der Beteiligung der nächsten Angehörigen sowie der Personen nach Absatz 2 Satz 5 und Absatz 3 aufzuzeichnen. Die nächsten Angehörigen sowie die Personen nach Absatz 2 Satz 5 und Absatz 3 haben das Recht auf Einsichtnahme.

olarak tespit edilmeli ve tıbbi müdahale bir hekim tarafından yapılmalıdır. Ancak, organ alınması, bir hekimin sorumluluğunda ve nezaretinde diğer nitelikli personel tarafından da yapılabilir.

Şayet, kişinin ölümünden önce, organ ya da doku alınmasına itiraz ettiği tespit edilirse, organ alınması caiz değildir. Organ veya doku alınmasından önce, organ ya da doku bağışlayanın, büyük beyin, küçükbeyin ve beyin sapının fonksiyonlarını tamamen kaybettiğinin, tıp biliminin standartlarına göre kesin olarak tespit edilmesi gerekir.

Hekim, organ ya da doku bağışlayan kişinin yakın akrabalarını söz konusu organ ya da doku hakkında bilgilendirmelidir. Organı alan kişi, organ ya da doku alınması sürecini açıklamalıdır. En yakın akrabası inceleme hakkına sahiptir. O, güvendiği bir başka kişiyi işaret edebilir.

Kanunun 4. maddesi “diğer kişilerin onayı ile organ alınması” başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre, organ ve doku alınmasını üstlenen ya da 3.maddenin 1, 2 cümlesi uyarınca doku alınması sorumluluğunu üstlenen hekim, eğer, muhtemel organ ya da doku vericisinin ne yazılı rızası ne de yazılı bir itirazı bulunduğu, onun en yakın akrabasına, onun organ ve doku bağışlamasına ilişkin bir beyanının olup olmadığını sormalıdır. Eğer, en yakın akrabası böyle bir beyanı bilmiyorsa, bu takdirde, belirli şartlar altında⁴¹, hekim, en yakın akrabasını organ ve doku hakkındaki soruya ilişkin olarak bilgilendirmiş ve onun onayını almış ise, organ alınması caizdir. En yakın akrabası, bu kararında, organ ya da doku bağışlayıcısının muhtemel iradesini dikkate almak zorundadır. Hekim bu konuda en yakın akrabasına etraflı olarak izah etmelidir.

En yakın akrabası olan kişi, hekimle birlikte, açıklanan iradenin kararlaştırılan belirli sürede geri alınabileceğini kararlaştırabilirler. Bu konudaki anlaşmanın yazılı olması gerekir.

En yakın akrabası, bu konuda karar vermeye, muhtemel organ bağışlayıcısının ölümünden önceki iki yıl içinde onunla şahsi bağlantı kurmuş olması halinde yetkilidir. Hekim, bu durumu en yakın akrabasına sormak suretiyle tespit eder. Eşit yakınlıkta birden fazla akrabanın bulunması

⁴¹ “Unter den Voraussetzungen des TPG. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2”

durumunda, onlardan birinin itirazı dikkate alınır.Şayet avantajlı (üstün, en yakın) akrabaya uygun bir zaman içinde ulaşılamaz ise ilk olarak ulaşılabilecek diğer yakın akrabası katılıma ve karar vermeye yetkili olacaktır. Eğer en yakın akrabaya eşit durumda ve muhtemel organ bağışlayıcısına ölümüne kadar özel şahsi bağlılığı açık olan mümeyyiz bir kişi varsa, o da bu akrabanın yanında (karara) dahil olur.

Eğer muhtemel organ bağışlayıcısı, organ ya da doku alınması konusundaki kararı belirli bir kişiye havale etmiş ise, bu da en yakın akrabanın yanında karara dahil olur.

Hekim, süreci, içeriğini ve en yakın akrabaların katılımının sonuçlarını (katılması öngörülen diğer kişiler gibi, Absatz 2 Satz 5 und Absatz 3) kaydetmek zorundadır.En yakın akrabaları, (katılması öngörülen diğer kişiler gibi, Absatz 2 Satz 5 und Absatz 3), inceleme hakkına sahiptirler.

4.Amerika Birleşik Devletleri'nde

Organ nakli, ABD.'de "Transplantation and Anatomy Act 1979"⁴² ile düzenlenmektedir. Kanun, öncelikli olarak canlı kişilerden organ nakli ile ölümlerden organ naklini ayrı ayrı düzenlemektedir.

Kanunun 3. bölümünde yer alan 22. maddesi, "ölümden sonra organ bağışı" başlığını taşımaktadır. Bu düzenleme, konuyu ikiye ayırmakta ve ölümün hastanede ya da hastane dışında gerçekleşmesi ihtimalleri için ayrı ayrı hüküm içermektedir.

Ölümün hastanede gerçekleşmesi durumunda, yetkili kimseler, ölen kişinin hayatında, ölümden sonra organ alınmasına ilişkin itiraz niteliğinde bir açıklamasının bulunup bulunmadığını araştıracaktır.Böyle şey tespit edilemediğinde, en yakınında bulunan kişiye, ölen kişinin, yaşayan bir kimseye organ nakline ya da organlarının tedavi ya da bir başka bilimsel amaç için kullanılabileceğine ilişkin rızasının var olup olmadığı sorulacaktır.

Bu şekilde ölen kişinin rızasının tespit edilmesi durumunda, yetkili memur, ölen kişinin organının alınmasına ilişkin yetkiyi yazılı olarak verir.

Ölen kişiye en yakın kişi, kendisinden organ alınmasına ilişkin bir beyanının olup olmadığı hususunda,ölen kişinin makul bir sebebinin olup olmadığını dikkate alır.Böyle bir itirazı olduğunu yakın olan kişi biliyorsa, bunu yetkili memura bildirmek

⁴²<http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/T/TransplAAnatA79.pdf>

zorundadır.Bu bilgiyi ölümünden önceki herhangi bir zamanda yetkili memura bildirebilir.Şayet aksine bir irade tespit edilemiyorsa, en yakını, nakle ilişkin rızalarının var olduğunu beyan edebilir.

En yakın akraba kavramına giren iki ya da daha fazla kişi bulunması ve içlerinden birisinin itiraz etmesi durumunda, itiraz dikkate alınır ve nakil yapılmaz.

Ölümün hastane dışında meydana gelmesi durumunda ise, yakını, ölen kişinin hayatında, organ naklini açıkça reddettiğine ilişkin beyanı olduğunu ve bundan dönmediğini bilmiyorsa, nakil için rıza gösterebilir.Yakınlık derecesi aynı ya da daha üstün bir kimsenin nakle itirazı durumunda nakil yapılamaz.

5. İsviçre’de

İsviçre’de organ nakline ilişkin kanun 8. Oktober 2004 tarihinde kabul edilmiş olup, oldukça yeni bir kanun olduğunu söylemek mümkündür. (Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz))⁴³.

Kanun, 75 maddeden oluşmakta olup, 1. maddesinde, organ, doku ya da hücrelerin hangi şartlar altında nakledilebileceğine ilişkin şartları tespit etmek, organ naklinin kötüye kullanımını engellemek, özellikle organ ticaretine engel olmak ve insanlık onuru, şahsiyet hakları ve sağlığını korumak amaç olarak benimsenmiştir.

Kanunun 2. bölümü, ölümlerden organ, doku ya da hücre alınması başlığını taşımaktadır. Kanunun 8. maddesi, organ alınmanın şartlarını düzenlemektedir. Buna göre, kişi, ölümünden önce onay vermiş ve ölüm tespit edilmiş ise, o kişiden organ alınması mümkündür.Eğer ölen kişinin yazılı bir onayı ya da reddi bulunmuyorsa, bu takdirde onun böyle bir bağış hakkında beyanı bulunup bulunmadığı, en yakınlarına sorulmalıdır.Şayet yakınları, böyle bir beyanı bilmediklerini söylüyorlarsa, bu takdirde organ, doku yada hücreler, yakınlarının onayı ile alınabilir.Yakınları,böyle bir kararda, ölen kişinin tahmini iradesini dikkate almak zorundadırlar.Eğer hiç bir yakınına ulaşılamıyorsa, bu takdirde organ alınması caiz değildir.Ölen kişinin iradesi söz konusu yakınlarının iradesinden üstündür.Eğer ölen kişi, organ, doku ve hücrelerinin alınması hakkındaki kararını güendiği bir kimseye bırakmış ise, bu takdirde bu kişi yakınlarının yerine ikame olunur.Meclis, en yakın akraba kavramını tanımlar.

⁴³http://www.admin.ch/ch/d/sr/810_21/index.html

Söz konusu kanun, ölümün tespiti kriteri olarak da, beynin geri dönülemez olarak fonksiyonlarını kaybetmesini kabul etmektedir.

Kanunun 10. maddesi ile (enteresan bir şekilde), kişinin kapsamlı olarak bilgilendirilmesi ve onay vermesi durumunda, organ, doku ya da hücre nakline hizmet edecek tıbbi tedbirlerin, onun ölümünden önce alınmasına imkan tanımaktadır. Ancak, bu tedbirlerin, ölümü hızlandırması ya da bitkisel hayata sevk etmesi söz konusu ise alınması caiz değildir.

6. Belçika'da

Belçika'da organ ve doku nakli 13 Haziran 1986 tarihli "Belgian legislation regarding "multi-organ donation"a göre yapılmaktadır⁴⁴. Belçika'daki organ nakli sisteminin "global rıza" sistemi olduğu doktrinde sıklıkla ifade edilmesine rağmen, kanunun incelenmesi ile bu sistemin mutlak manada ve katı olarak uygulanmadığı tespitinin yapılması mümkündür.

Kanunun 3. bölümü altında yer alan 10. maddesi, esas itibariyle, "ölüden organ ve doku alınmasını" düzenlemektedir. Madde hükmüne göre, prensip itibariyle, bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için onun açık ve olumlu rızasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Prensip itibariyle bu konuda kişilerin rızalarının var olduğu kabul edilmektedir. Ancak kişi, isterse sağlığında, organ ve doku alınmasına ilişkin aykırı iradesini beyan edebilir. Bu takdirde organ ve doku alınmayacaktır. Ancak, bu beyanı 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olanlar yapabilir. Eğer bu kişi, mümeyyiz küçük ise, bu beyan bu kişi tarafından ya da birlikte yaşadığı yakınları tarafından yapılabilir. Kişi gayrimümeyyiz ise, böyle bir beyan, yasal temsilcileri tarafından ya da onların yokluğunda yakın akrabaları tarafından yapılabilir⁴⁵.

Muhalefet beyanının ortak bir sicile kaydedilmesi gerekir. Muhalefet beyanının organı alacak hekim tarafından erişilebilirliği Kral tarafından sağlanır ve kontrol edilir.

Kişinin açık muhalefetinin bulunması durumunda, muhtemel vericinin hekimi herhangi bir şekilde bilgilendirmesi durumunda ya da **ölen kişinin yakınlarının, bu**

⁴⁴<http://www.uzleuven.be/en/node/202>

⁴⁵ SJEFF GEVERS, ANKE JANSSEN & ROLAND FRIELE, Consent Systems for Post Mortem Organ Donation in Europe <http://nvl002.nivel.nl/postprint/PPpp1930.pdf>

kişinin organ nakline rıza göstermediğini beyan ettikleri takdirde, organ ve doku alınamaz⁴⁶. Yakınlarının beyanı, vericinin son dileğine aykırı olamaz. Yakın kavramından birinci derece akrabalar ile birlikte yaşadığı kimseler anlaşılır.

7. İnsan Menşeli Organ ya da Doku Nakline İlişkin Ek Protokol

Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin eklerinden biri olan bu protokol, organ ve doku nakli ile ilgili önemli hükümler içermektedir. Gerçi, bu konuda açık bir sistem tavsiyesi bulunmamakla birlikte, vericinin şahsiyet haklarının ve onurunun korunması gerektiği vurgulanmaktadır (m. 1, 18). Ek protokolün 13. Maddesi, ölümlerin tespiti başlığını taşımakta ve hukuk düzeni ile kesin olarak ölümün tespitinden sonra organ ve doku alınabileceği belirtilmektedir. Maddenin devamında, ölümü tespit eden hekim ya da hekimlerin organ nakline ilişkin müdahaleye dahil olamayacağı açıkça belirtilmektedir. 17. maddede ise hukuk düzenine göre, gerekli rıza temin edildikten sonra ölen kişinin organının alınmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Ancak, bu ifade ile açıkça bir sistem tavsiye edilmediği görülmektedir.

V- SONUÇ:

Avusturya, Almanya, ABD., İsviçre ve Belçika'daki düzenlemeler ile Biyotıp Sözleşmesinin eki olan "İnsan Menşeli Organ ya da Doku Nakline İlişkin Ek Protokol" incelendiğinde, organ bağışında vericinin rızasının esas alındığını söylemek mümkündür. Vericinin sağlığında rızasını beyan etmesi durumunda hiçbir sorunla karşılaşılacaktır.

Ölen kişinin, sağlığında, organ nakli hususunda hiçbir irade açıklamasının bulunmadığı durumlarda ise, **ölen kişinin organ bağışı hususunda muhtemel rızasının tespit edilmesi amacıyla, yakınlarına soru yöneltilmektedir.**

⁴⁶ERTİN, Hakan, MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, BAŞAĞAOĞLU, İbrahim, Organ Bağışında Modeller; Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/tiphukuku/tiphukuku-makaleler.htm>

Yakınlarının, ölenin organ nakline ilişkin olumsuz bir iradeye vakıf olmaları durumunda, organ nakline imkan tanınmamaktadır. Ancak, ne zaman ki ölen kişinin organ nakli konusunda olumlu ya da olumsuz bir iradesi tespit edilememekte, o takdirde ölen kişinin yakınına organ nakline kendisinin rıza gösterip göstermediği sorulmakta ve alınan cevaba göre davranılmaktadır. Yakın akraba kavramına dahil olan eşit derecede birden fazla kimsenin bulunması durumunda, bu konuda birlikte rıza göstermeleri aranmaktadır. İçlerinden birinin itiraz etmesi durumunda nakil yapılamaz. Muhtemel organ bağışlayıcısı ile şahsi diyalogu ileri derecede olan mümeyyiz kişilerin varlığı durumunda da bunların da rızaları alınmak zorundadır. Organ nakli konusunda rıza gösteren yakın akrabanın, kararlaştırılan makul süre içinde kararından cayma hakkı bulunduğu da yasa ile özel olarak vurgulanmıştır.

Global rıza sisteminin en geniş anlamda uygulayıcısı olarak gösterilen ve teklif edilen düzenlemelerdeki temel gerekçeyi oluşturan Belçika'daki düzenlemeler dahi incelendiğinde, sistemin mutlak manada ve katı olarak uygulanmadığını, muhtemel organ vericisinin kendisinin itirazı ile ya da herhangi bir beyanı bulunmadığı takdirde, belirli yakınlarının olumsuz beyanı ile organ ve doku naklinin engellenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Pek tabidir ki, yakın kavramına giren kişiler, ölen kişinin muhtemel iradesine hareket etmek zorundadırlar.

Bu düzenlemelerde öne çıkan husus, yakınlarına yöneltilecek sorunun, ölen kişinin muhtemel iradesini tespit etmeye yönelik olduğudur. Yoksa, yakınlarına ölen kişinin cesedi üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanı verildiğini söylemek mümkün değildir.

Ülkemizde temel düzenleme olan ODNK. m. 14 hükmü de bu şekilde yorumlanmalıdır. Ölen kişinin açık rızasının bulunmadığı durumlarda, ölen kişinin yakınlarına yöneltilecek sorunun, ölenin muhtemel iradesini tespit etmeye yönelik olduğu açıkça belirtilmelidir. Bu husus açıkça vurgulanmalıdır. Ancak, fiili uygulamalarda, bu şekilde davranılmadığı, anılan madde hükmünün, ölen kişinin yakınlarının ölenin cesedi üzerinde tasarruf etme imkanı verdiği şeklinde yorumlandığı bir gerçektir. Ayrıca aynı konumda olan birden fazla yakınlardan birinin itirazı nakle engel olamamaktadır.

ODNK.'nun, eksik ve hatalı yönleri ortadadır. Bu durumun, kişi temel hak ve hürriyetleri dikkate alınarak daha da iyileştirilmesi beklentileri mevcut iken, aksine, sistemi geriye götüreceği olan ve dünyanın bir çok ülkesinde de benimsenmeyen bir

sistemin teklif edilmesinin son derece sakıncalı olacağı, ülkemizdeki organ bağışının sınırlı oluşunun, teklif edilen “global rıza” sisteminin kabul edilmesi için yeterli bir sebep olmayacağı kanaatindeyim. Bu konuda yapılması gereken tek şey, halkın doğru bir şekilde bilgilendirilmesi olmalıdır. Diğer taraftan, organ bağışı dolayısıyla, kişilere ekonomik menfaatler temin edilmesinin çözüm olarak görülmesi ise, yaşam hakkının ne anlama geldiğinin iyi anlaşılabilmesi ve bazı vatandaşların ekonomik durumlarının açıkça istismar edilmesi anlamına gelecektir. Yapılması gerekli olan şeyin, mukayeseli hukuktaki , özellikle Almanya ve İsviçre’de yer alan düzenlemelerden yararlanılmak suretiyle mevcut kanunun eksik ve hatalı yönlerini düzeltmek olmalıdır.