



ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA



ZEYNEP AYZA GÜLGÖSTEREN

EYLÜL/2021

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENTİTÜSÜ**

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ**

ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA

ZEYNEP AYZA GÜLGÖSTEREN

EYLÜL/2021

ÖZET

ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA

GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza

Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Doç. Dr. Emel BADUR

Eylül 2021, 174 sayfa

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması ve iyileştirilmesi amaçlarına yönelmiş, tıp bilimine benimsenen ilke ve kurallara uygun olarak yerine getirilen; fiziki ve ruhsal tüm tıbbi uygulamalardır. Tıbbi müdahaleye gösterilecek olan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olmakla birlikte kural olarak uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayacaktır. Rızanın, gerekli aydınlatmalar yapıldıktan sonra, müdahalenin başında verilmesi ve müdahalenin sonuna kadar devam etmesi gerekmektedir. Kişiye uygulanacak olan tıbbi müdahale her zaman kişinin kendi fiziki ve ruhsal yararına olmamakta, üçüncü bir kimse yararına yapılacak olan tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır. Üçüncü kişi yararına yapılacak olan tıbbi müdahalelere rıza verilmesine ilişkin olarak kanun koyucu bazı özel düzenlemeler öngörmüştür. Bu kapsamda organ ve doku nakli, tıbbi müdahalenin özel bir türünü oluşturmakta ve üçüncü kişi yararına yapılacak olması sebebi ile rıza açısından özellik arz etmektedir. Bu hususun yanı sıra her ne kadar ülkemizde uygulama alanı bulunmasa da heterolog döllenme olarak ifade edilen tıbbi müdahale de, tıpkı organ ve doku nakli gibi rıza bakımından önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi M¼dahale, Üç¼nc¼ Kişi Yararına Tıbbi M¼dahale, Organ ve Doku Nakli, Organ ve Doku Nakline Rıza Verilmesi, Üreme Hakkı, Heterolog D¼llenme.



ABSTRACT

CONSENT TO MEDICAL INTERVENTIONS FOR THIRD PARTY BENEFICIARIES

GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza

M.A. in Private Law

Supervisor: Assoc. Prof Emel BADUR

September 2021, 174 pages

Medical intervention shall be defined as physical and mental practices which implemented by people who are authorized to execute medical profession, in order to provide, protect and enhance medical prosperity of someone, in respect of the principles and rules of medical science. Consent to medical intervention refers to use of a strict personal right and justify the medical intervention as a rule. Consent should be given after necessary information is taken before the medical intervention and remain until the end of the practices. Medical interventions are not always physically and mentally beneficial to person whom the intervention is implemented and some medical interventions provide benefit to third parties. On behalf of consents to medical interventions for third party beneficiaries, legislative power enacted some special statutes. In this context, organ and tissue transplantations are special types of medical interventions and as they provide benefit to third parties, issue of consent shows specialty. Also third party consents to medical interventions of people who do not have capacity to consent may be examined under this context. In addition although there is not any application area in our country, consents to the medical interventions which defined as heterologous fertilization have an important role, likewise organ and tissue transplantations.

Keywords: Medical Intervention, Medical Intervention for Third Party Beneficiaries, Organ and Tissue Transplantation, Consent to Organ and Tissue Transplantation, Right to Reproduce, Heterologous Fertilization.



TEŞEKKÜR

Bu çalışma sırasında; değerli vaktini esirgmeden sorularımı hiçbir zaman cevapsız bırakmayan, danıştığım tüm sorunları güler yüzüyle çözen, gelecekteki meslek hayatım için örnek aldığım, tez çalışması sürecinde yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danışmanım Doç. Dr. Emel BADUR'a ve değerli hocam Ayşe Merve BELGE'ye; hayatım boyunca her konuda beni sonuna kadar destekleyen, her zaman bana inanan ve güvenen sevgili annem Sevtap GÜLGÖSTEREN'e ve sevgili teyzem Seda YAĞBASAN'a; tez yazım sürecimde sabırla bana örnek olan sevgili kardeşim Mustafa Mert GÜLGÖSTEREN'e; zorlandığım dönemlerde mesleki bilgi ve becerisiyle işimi kolaylaştıran, bana yol gösteren sevgili hekimim Dr. Mehmet Sinan AYDIN'a; desteğini her zaman arkamda hissettiğim, bu süreçte bana gösterdiği anlayışla dost kelimesinin anlamını bana bir kez daha hatırlatan sevgili iş ortağım, kadim dostum Buğra Ayberk YÜCEL'e; mesleki bilgi ve tecrübesiyle yanımda olan, bu süreçte yükümü hafifleten sevgili meslektaşım Alper Tolga ÜN'e; kıymetli tecrübeleriyle bu süreçte bana yol gösteren sevgili meslektaşım Behiç Cüneyt FİDANOĞLU'na; değerli vaktini ayırarak benimle her zaman canı gönülden ilgilenen, bana bu süreçte desteğini her zaman hissettiren, bu zor dönemimde beni yalnız bırakmayan ve teknik konularda beni aydınlatan sevgili dostum Pelin SOYLU'ya teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

İNİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR CETVELİ.....	xiii
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I	
TIBBİ MÜDAHALE VE TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA KAVRAMI	5
1.1 TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI	5
1.1.1 Tanımı.....	5
1.1.2 Tarafları.....	9
1.1.3 Unsurları.....	12
1.1.3.1 Müdahalenin Tıp Mesleğini İcra Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	12
1.1.3.2 Müdahalenin Tıp Bilimince Benimsenmiş İlke ve Kurallara Uygun Olması.....	15
1.1.3.3 Müdahalenin Kabul Edilebilir Sebep, Amaçta ve Gereklikte Olması.....	16
1.1.4 Türleri.....	17
1.2 TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA KAVRAMI.....	19
BÖLÜM II	
RIZA EHLİYETİ OLMAYAN KİŞİLER YARARINA TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA.....	27
2.1 AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLAN KÜÇÜK VE KISITLILAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA.....	27
2.1.1 Küçüklerin Durumu.....	27
2.1.2 Kısıtlıların Durumu.....	30

2.2 AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYAN KÜÇÜK VE KISITLILAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA.....	31
2.2.1 Küçüklerin Durumu.....	31
2.2.2 Kısıtlıların Durumu.....	33
2.2.3 Geçici Ehliyetsizlik Halleri.....	34
2.3 YASAL TEMSİLCİNİN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASI.....	35
2.3.1 Velayet ve Vesayet Yetkisinin Kullanılması.....	35
2.3.2 Yasal Temsilcinin Rıza Göstermemesi.....	38
2.4 RIZA EHLİYETİ OLMAYAN KİŞİNİN YASAL TEMSİLCİSİNİN DE BULUNMAMASI DURUMUNDA RIZA.....	40
2.5 HASTA TASARRUFU.....	43
BÖLÜM III	
ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA.....	46
3.1 ORGAN, DOKU VE İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE KAVRAMLARI	46
3.2 ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	48
3.2.1 20. Yüzyıldan Önceki Durum.....	48
3.2.2 20. Yüzyıldan Sonraki Durum.....	49
3.3 ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN KAVRAMLAR.....	50
3.3.1 Organ ve Doku Alınması ve Saklanması.....	52
3.3.2 Soğuk, Sıcak, Total İskemi Zamanı.....	53
3.3.3 Verici Kavramı.....	53
3.3.4 Alıcı Kavramı.....	53
3.3.5 Organ ve Doku Bağışı Kavramı.....	54
3.3.6 Tedavi Kavramı.....	54
3.4 ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	55
3.4.1 İnsan Vücudundan Ayrılma Durumuna Göre Organ ve Dokunun Hukuki Niteliği.....	58
3.4.2 Organ ve Dokunun Nakil İşleminin Hukuki Niteliği.....	61
3.5 ORGAN VE DOKU NAKLİ ÇEŞİTLERİ.....	65
3.5.1 Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli.....	65
3.5.1.1 Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli İçin Gereken Şartları.....	68
3.5.1.1.1 Verici Bakımından Şartlar.....	69
3.5.1.1.1.1 Ehliyet.....	69

3.5.1.1.1.2 Vericinin Rızası.....	71	
3.5.1.1.1.3 Naklin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi.....	73	
3.5.1.2 Çapraz Nakil.....	74	
3.5.2 Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli.....	75	
3.5.2.1 Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli İçin Gereken Şartlar.....	75	
3.5.2.1.1 Ölümün Gerçekleşmesi ve Ölüm Anının Saptanması.....	76	
3.5.2.1.2 Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakline Rıza Verilmesi.....	79	
3.5.2.2 Şüpheli Ölümlerde Organ Nakli.....	84	
3.5.3 Organ ve Doku Dağıtımı.....	84	
3.5.4 Kompozit Doku Nakli.....	86	
3.6 ORGAN VE DOKU NAKLİNE RIZA GÖSTERİLMESİNİN İNCELENMESİ.....	87	
3.7 ORGAN VE DOKU NAKLİNDE HEKİMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	94	
3.7.1 Organ ve Doku Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Hastanın Rızasının Alınması.....	94	
3.7.2 Organ ve Doku Naklinde Hekimin Sadakat ve Özen Borcu; Sır Saklama ve Kayda Geçirme Yükümlülüğü.....	102	
3.8 ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN OLARAK KİŞİLİK HAKKI AÇISINDAN ÖZELLİK TAŞIYAN NAKİLLERDE RIZANIN İNCELENMESİ.....	104	
3.8.1 Yüz Nakli.....	104	
3.8.2 Kornea Nakli.....	110	
3.8.3 Kol ve Bacak Nakli.....	112	
3.8.4 Böbrek ve Karaciğer Nakli.....	113	
3.8.5 Kemik İliği Nakli.....	117	
3.8.6 Akciğer Nakli.....	120	
3.9 ORGAN VE DOKU NAKLİNİN ETİK KURALLAR BAKIMINDAN İNCELENMESİ.....	120	
BÖLÜM IV		
ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA UYGULANAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNDE RIZA.....		124
4.1 ÜREME HAKKI KAVRAMI.....	124	
4.2 ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ KAVRAMI.....	126	

4.3 ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ AÇISINDAN YAPAY DÖLLENMENİN İNCELENMESİ.....	130
4.3.1 Yapay Döllenme Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	130
4.3.2 Yapay Döllenme Türleri.....	131
4.3.2.1 Homolog Döllenmenin İncelenmesi.....	131
4.3.2.2 Heterolog Döllenmenin İncelenmesi.....	133
4.3.2.2.1 Heterolog Döllenme Türleri.....	135
4.3.2.2.1.1 Sperm Bağışı.....	135
4.3.2.2.1.2 Yumurta Nakli.....	137
4.3.2.2.1.3 Embriyo Nakli.....	139
4.3.2.2.1.4 Taşıyıcı Annelik.....	140
SONUÇ.....	142
KAYNAKÇA.....	149
ÖZGEÇMİŞ.....	160

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tebliğ Tarihi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YRG.	: Yargıtay

GİRİŞ

Tıbbi müdahale kavramı, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, hastanın veya hasta olmayan kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması ve artırılması amacıyla yönelen; tıp bilimine belirlenen kural ve standartlara uygun olarak ve tıbbın çizdiği sınırlar dahilinde uygulanan, fiziksel hareketlerin yanı sıra ruhsal hareketleri de bünyesinde barındıran, özellikle önleyici bakım, teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve raporlamayı da kapsayan bir kavramdır.

Kişinin en temel değerlerinden biri olan kişilik hakkı ve bu hakkın korunması, kişinin vücuduna, ruhsal alanına veya her ikisine birden yapılacak müdahaleleri kapsadığı gibi; bu müdahaleleri hukuka aykırı kılacak genişliktedir. Uygulanan tıbbi müdahalelerin türünün, uygulanma şeklinin, amacının veya müdahaleden sonra ortaya çıkan durumun iyi veya kötü olmasının müdahalenin hukuka uygun olması ile bir bağlantısı yoktur.

Kişinin kişilik değerlerinden biri olan bedensel bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı, tıbbi müdahaleler bakımından oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Uygulanacak müdahale, fiziki bir muayene olabileceği gibi fiziki bir müdahale olmaksızın yapılabilecek psikiyatrik bir muayene veya invaziv nitelikli kan alma, dikiş atma, iğne yapma gibi müdahaleler de olabilir. Bu müdahale türlerinin hepsi kişinin bedensel bütünlüğüne yöneliktir. Bu nedenle eğer bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın yapılan bir müdahale var ise, kişinin bedensel bütünlüğü ihlal edilmiş olacak ve müdahaleyi gerçekleştiren kişinin hukuki ve cezai sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir müdahale olması için tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanması, tıp bilimine benimsenmiş ilke ve kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi ve müdahalenin kabul edilebilir bir sebep, amaç ve gereklilikte olmasının yanı sıra bazı istisnai haller haricinde kişinin rızasına uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran en önemli hukuka uygunluk sebebi müdahalenin uygulanacağı kişinin rızasıdır. Kişinin bedensel bütünlüğüne müdahalede bulunmasına izin vererek tıbbi müdahaleyi hukuka uygun

kılan rızaya “*tıbbi müdahaleye rıza*” adı verilmektedir. Ancak müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin en önemli ön koşulu müdahaleye rıza gösterilmesi olsa da istisnai haller dışında müdahalenin verilen rızaya uygun olarak ve rıza doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra hukukun çizdiği sınırlar içerisinde ve tıp biliminin kuralları dahilinde yapılması müdahaleyi gerçekleştiren kişinin hukuki ve cezai sorumluluğun doğmaması için önem taşımaktadır. İstisnai haller olarak bahsedilen durumlar, aslında müdahalenin doğal ve öngörülebilir sonucu dahilinde kalan durumlardır. Örneğin, cerrahi müdahalelerde her ne kadar önceden tetkik yapılarak uygulanacak müdahalenin türü, içeriği ve şekli öngörülebilse de ameliyat anında ortaya çıkabilecek çeşitli durumlara göre müdahalenin değişmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle uygulamaya bakıldığında kişinin rızasının somut bir hal aldığı onam formunun, müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek tüm ihtimalleri öngörerek hazırlandığı görülecektir.

Verilen rızanın kapsamının aşıldığı durumlarda, başkaca bir hukuka uygunluk sebebi bulunmuyorsa, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Üstün nitelikte özel ve kamusal yararın veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu bazı hallerde ise rızanın bulunmaması müdahaleyi hukuka aykırı yapmamaktadır. Müdahale açısından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması ve diğer hususların belirtilen ilke ve esaslara uygun gerçekleştirilmesi durumunda müdahale hukuka uygun olacaktır.

Tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişi, kural olarak müdahaleye maruz kalan kişidir. Ancak müdahalenin çocuğa uygulanıyor olması gibi özellik taşıyan hallerde rızanın müdahaleye maruz kalacak kişi dışında bir üçüncü kişi tarafından verilmesi de mümkündür.

Uygulanacak tıbbi müdahaleye hastanın veya rıza gösterme konusunda hukuken yetkili kılınmış bir diğer kişinin rıza göstermesi başlı başına müdahalede bulunanın sorumluluğu ortadan kaldırmaya yetmeyecektir. Rızanın verilmesi, kişinin bedensel bütünlüğüne yapılan müdahalenin saldırı niteliği taşımasına engel olmanın yanı sıra müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlamakla birlikte; müdahalede bulunanın kusurlarının ortadan kaldırılmasına neden olmamaktadır. Gerçekleştirilen tıbbi müdahale verilen rızaya uygun olarak yapılırsa bile, malpraktis olarak ifade edilen hekimin tıbbi kötü uygulaması veya hemşire, ebe veya diğer sağlık çalışanlarının kusurlu hareketleri; tahlil yapılması veya hastanın durumunun takip edilmesi gibi amaçlarla kullanılan medikal aletlerde ortaya çıkabilecek sorunlar nedeni ile hastanın

bir zarara uğraması mümkündür. Bu hallerde tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, zararlardan sorumlu kişilerin zararı tazmin etme yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz.

İfade edilen bu hususlar, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu ve usulüne uygun olarak yürürlüğe koyduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 5. maddesinde; tıp hukuku için temel nitelik taşıyan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli için özel bir rıza düzenlemesi yapılmış ayrıca Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun gibi bazı kanunlarda rızaya yönelik olarak özel düzenlemeler getirilmiştir.

Tıbbi müdahalenin, müdahalenin uygulanacağı kişiye değil başka bir kişiye yarar sağlanmasının amaçlandığı durumlarda üçüncü kişi yararına tıbbi müdahale durumu ortaya çıkar ki bu çalışmanın amacı rızanın özellik taşıdığı ve üçüncü kişi yararına gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde rıza konusunun incelenmesidir. Ayrıca bu kapsamda tıbbi müdahaleye rızanın, müdahalenin gerçekleştirileceği kişi haricinde bir kişi tarafından da verildiği durumlara da değinilmektedir. Bu konunun incelenmesine geçmeden önce, konun anlaşılması için mutlak gereklilik taşıyan tıbbi müdahalenin ve tıbbi müdahaleye rıza kavramlarının incelenmesi için çalışmanın birinci bölümü, bu kavramların incelenmesine yönelik olarak düzenlenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, tıbbi müdahaleye rıza verilmesi hususunda rıza ehliyeti olmayan kişilere uygulanacak müdahaleler bakımından rızanın verilmesi özellik arz etmesi sebebi ile ayrıntılı olarak incelenecektir.

“Üçüncü kişi yararına tıbbi müdahalelerde rıza” konusunun ifadesi olan organ ve doku nakli, Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında ifade edilen kuralın yanı sıra, ayrı bir kanun olan Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile de özel olarak düzenlenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde organ ve doku naklinin tarihi gelişimi; organ, doku ve insan kökenli biyolojik madde kavramları, nakil çeşitleri ve nakillerin şartlarının incelenmesinin yanı sıra bu tıbbi müdahaleye ilişkin rıza verilmesi ve organ ve doku nakline ilişkin olarak kişilik hakları açısından özellik taşıyan nakillerde rıza konusu da dahil olmak üzere organ ve doku nakli konusu ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anayasa'nın 17. maddesine göre herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Bu kapsamda değerlendirilebilen; bireylerin

çocuk sahibi olması ve neslini devam ettirmek istemesi olarak ifade edilebilen üreme hakkı, temel hakların başında gelmektedir. Kısaca eşlerin çocuk sahibi olabilmesi için kendi yumurta ve spermlerinin doğal olmayan ortamlarda birleştirilmesi ve üremenin bu şekilde sağlanması olarak ifade edilebilen homolog dölleme, ülkemizde kabul edilen bir yöntemdir. Ancak bu yöntem ile çocuk sahibi olmayan bireyin ve eşlerin başvurabileceği bir başka yöntem olan; içerisinde sperm bağıışı, yumurta nakli, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik uygulamalarının da bulunduğu heterolog dölleme yöntemi, ülkemizde kabul görmemektedir. Bu yöntem üçüncü kişi yararına yapılacak tıbbi bir müdahaledir. Bu nedenle çalışmanın dördüncü ve son bölümünde, üçüncü kişi yararına uygulanan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde rıza konusu incelenecek; homolog dölleme uygulaması açıklanacak ve her ne kadar ülkemizde yasaklanmış olsa da üçüncü kişi yararına tıbbi müdahale açısından önem taşıyan heterolog dölleme kavramları ve bu kavramı oluşturan sperm bağıışı, yumurta nakli, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik uygulamalarına değinilecektir.

BÖLÜM I

TIBBİ MÜDAHALE VE TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

1.1 TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

1.1.1 Tanımı

Türk Hukuku açısından tıbbi müdahale kavramı, hukuki bir terim olarak kullanılmakla birlikte hukuk dalları açısından ortak bir tanıma sahip değildir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun adıyla ve 5013 Kanun numarası ile 03.12.2003 tarihinde kabul edilen, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi¹, 04/04/1928 Tarihli ve 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 12/10/2004 Tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 17/12/2004 Tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gibi düzenlemelerde müdahale terimi kullanılmış olsa da tıbbi müdahale kavramı tanımlanmamıştır. Kavramın tanımlanmasının yanı sıra bu kavramın içerdiği hususların adlandırılması açısından da hem yapılan düzenlemelerde hem de doktrinde bir bütünlük görülmemektedir.² Tıbbi müdahale kavramı ile ifade edilmek istenen hususlar doktrinde “*Tıbbi Yardım ve El Atma*”³, “*Tıbbi Faaliyetler*”⁴, “*Tıbbi Girişim*”⁵ gibi birçok kavram ile ifade edilmiş

¹ Kısaca Biyotıp Sözleşmesi olarak ifade edilecektir.

² Emel BADUR (2017), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 21; Ecem KİRKİT (2016), *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 11.

³ Çetin AŞÇIOĞLU (1993), *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara, s. 15.

⁴ Köksal BAYRAKTAR (1972), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, s. 9; Zarife ŞENOCAK (1998), *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 3; Halide SAVAŞ (2007), “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.81, S.3, s. 1001.

⁵ Pınar ÖZ(1984), “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 5, s. 708.

olsa da yaygın olarak kullanılan kavram “tıbbi müdahale” kavramı olmuştur.⁶

Tıbbi müdahale kavramı Biyotıp Sözleşmesi’nde tanımlanmamıştır. Biyotıp Sözleşmesi açısından tıbbi müdahale kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin belirleme Sözleşme’nin Açıklayıcı Raporu’nun 29. paragrafında,

“Müdahale terimi, tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu veya bu kapsamdaki araştırmaları kapsayacak kadar geniş anlaşılmalıdır.”

ifadesi kullanılarak yapılmıştır.⁷

01/08/1998 tarihinde resmi gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde ise bu kavram;

“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi...”

olarak ifade edilmiştir.⁸

Ceza Muhakemesinde de aynı şekilde tıbbi müdahale kavramı açıklanmayıp sadece müdahale kavramı kullanılarak tanımlama yapılmıştır. Yargıtay 1977 yılında verdiği bir kararında tıbbi müdahaleyi;

“Hekim tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.”

şeklinde tanımlamıştır.⁹

Yargı kararları incelendiğinde en kapsamlı tanımın Anayasa Mahkemesi tarafından yapıldığı görülmektedir. Mahkeme verdiği bir kararda¹⁰ tıbbi müdahaleyi *“Tıbbi müdahale hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir.”* şeklinde tanımlamıştır.

⁶ Halide SAVAS 2007, agm, s. 1002.

⁷ Emel BADUR 2017, age, s.22.

⁸ Bkz. Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik’in 3. maddesi: *“Müdahale: Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri,... ifade eder.”*

⁹ Yargıtay 4. HD, 1976/6297 E., 1977/2541 K.

¹⁰ Başvuru Numarası: 2013/1789; Karar Tarihi: 11/11/2015; Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572.

Doktrinde birçok tıbbi müdahale tanımı bulunmaktadır. Ayan'a¹¹ göre, tıbbi müdahale tıp mesleğini icraya yetkili kişi olarak ifade edilen hekim tarafından, hastalığı tedavi etmek, mevcut veya oluşabilecek anormallikleri önlemek, eksiklik ya da olumsuzluklara engel olmak ve bunları ortadan kaldırmak için yapılan; en basit ve en ağır cerrahi girişimler de dahil olmak üzere amaca yönelik olarak yapılan müdahalelerdir.

Çilingiroğlu'na¹² göre tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından kişinin sağlığını, yaşamını, vücut bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal sorunların teşhis edilerek tedavi edilmesi ya da önlenmesi amacı ile tıp bilimince belirlenmiş kurallara ve teknik hususlara uygun olarak yapılan her türlü müdahaledir.

Sütlaş'a¹³ göre, hekimin hastayı sağlığına kavuşturmak amacı ile yaptığı her türlü işlemin tıbbi müdahale kavramını oluşturmasının yanı sıra ötenazi olmamakla birlikte kişinin yaşamını insan onuru ile bağdaşır şekilde sona erdirecek uygulamalar da tıbbi müdahale sayılabilmektedir.

Ertem'e¹⁴ göre, tıbbi müdahale kavramı yerine daha kapsayıcı olması sebebi ile tıbbi uygulama ve etkinlikler terimi kullanılmalı ve bu terim dar ve geniş anlam olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir. Dar anlamda tıbbi uygulama ve etkinlikler, hastalık durumunun bertaraf edilmesi veya yaşam kalitesi de dahil olmak üzere sağlık durumunun korunması ve geliştirilmesi için yapılan uygulama ve etkinliklerdir. Geniş anlamda tıbbi uygulama ve etkinlikler ise, meşru ve hukukun çizdiği sınırlar içerisinde olmak kaydı ile yapılan araştırmalar, eğitim uygulamaları da dahil olmak üzere yine hukuka uygun ve meşru amaçlar doğrultusunda yapılan tıp bilim ve sanatının kullanıldığı her tür uygulama ve etkinliklerdir.

Şenocak'a¹⁵ göre ise, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozukluklar ile şikayetleri önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacı ile insan vücuduna yapılan müdahalelerin yanı sıra rıza alınmak şartı ile yapay dölllenme, sterilizasyon,

¹¹ Mehmet AYAN(1991), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, s. 5.

¹² Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU(1993), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 5; Bedia BORAN(2007), "Aydınlatılmış Rıza", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 85.

¹³ Mustafa SÜTLAŞ(2000), *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, Çivi Yazıları, İstanbul, s. 42.

¹⁴ Burcu ERTEM(2015), *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 53.

¹⁵ Zarife ŞENOCAK(2001), "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4, Ankara, s.66.

tıbbi açıdan endikasyonu olmayan kürtaj ve başkasına nakletmek için organ ve doku alınması gibi tedavi amacı taşımayan işlemler de tıbbi müdahale kavramına dahildir.

Badur'a¹⁶ göre tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya iyileştirilmesi amaçlarına yönelmiş, tıp biliminin koyduğu kural ve standartlara uygun olarak tıbbin çizdiği sınırlar içerisinde uygulanan, fiziki ve ruhsal tüm tıbbi hareketleri, öncelikli bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu ve raporlamayı veya bu kapsamdaki incelemeleri kapsayan bir tanımdır. Yazar raporlama ifadesinin raporlama yetkisinin münhasıran hekimlere tanınan bir yetki olması ve hekimin yürüttüğü tıbbi müdahalenin resmi sonuçlarını içermesi sebebi ile tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmesinin uygun olacağını ifade etmiştir.

Günel'e¹⁷ göre tıbbi müdahale kavramı, insanın vücut veya ruh bütünlüğü üzerinde önceden var olan ya da sonradan ortaya çıkan sebebe bağlı olarak olumsuz etki yaratan durumun tıp biliminin olanakları ölçüsünde ortadan kaldırılması, etkisinin azaltılması veya öngörülebilirliği ölçüsünde bu etki oluşmadan önlenmesi, doğum ya da nüfus planlaması amacıyla kanunen yetkilendirilmiş kişiler tarafından yapılan müdahaledir.

Tacir'e¹⁸ göre tıbbi müdahale kavramı, hekimin en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyetidir.

Atak'a¹⁹ göre tıbbi müdahale kavramı, yaşanan bilimsel gelişmeler ve ihtiyaçlara bağlı olarak oluşacak kavramsal örnekleme çeşitliliğini açık tutarak teşhis, tedavi ve koruma faaliyet süreçlerinin tamamı veya bir kısmıdır.

Tıbbi müdahalenin alanı, insanın sağlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkindir. Bu sağlığı korumak, fiziksel ve ruhsal yapıda meydana gelen bozuklukları düzeltmek hatta bozukluk meydana gelmeden gerekli işlemlerde bulunmak müdahalenin temel amacıdır. Günümüzde, psikiyatri gibi alanlarda daha çok görülen kişinin fiziki ve ruhsal sağlığı bozulmadan yapılan müdahalelerin sayısında gözle görülür bir artış

¹⁶ Emel BADUR 2017, age, s.28.

¹⁷ İlhan GÜLEL(2018), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 21.

¹⁸ Hamide TACİR(2015), "Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı", *II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu*, Ankara, s. 13.

¹⁹ İsmail ATA(2020), "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, s. 20, <http://dergi.totbid.org.tr/191/totbid.dergisi.2020.04.pdf>, ET. 01.01.2019.

meydana gelmektedir. Tıbbi müdahale ile kişinin yaşam hakkı, sağlığı ve vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal varlığının ve özel hayatının korunması gibi hususlar arasında doğrudan bir ilişki mevcuttur.

Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak müdahalenin tedavi amacı taşıması temel amaç olarak görülse de günümüzde rıza alınması şartıyla yapay dölleme, sterilizasyon, gebeliğin 10. haftası doluncaya kadar yapılan kürtaj, organ ve doku nakli gibi müdahaleler de bu kapsamdadır. Günümüzde gerçekleşen gelişmeler ile tıbbi müdahale kavramının içerdiği hususlarda artış olmuş, kişinin sağlığını kazanması, iyileşmesi gibi üstün amaçların yanı sıra nüfus planlaması, organ ve doku naklinde olduğu gibi başkasının sağlığının iyileştirilmesi gibi hukuken korunan değerler bakımından yapılan müdahalelerde kabul görmüştür. Ayrıca plastik cerrahi müdahale kapsamında yapılan estetik amaçlı müdahaleler ya da cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak yapılan müdahaleler de olduğu gibi psikolojik sağlığın korunması ve iyileştirilmesine yönelik olarak yapılan müdahaleler de tıbbi müdahale kavramının içinde değerlendirilmektedir.²⁰

Bahsedilen tüm bu tanımlamalar ışığında tıbbi müdahale kavramı kısaca, “*tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma ve hastalıkların teşhisi ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ile mesleğin gerektirdiği standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziksel ve ruhsal girişimler*” olarak tanımlanabilir.

1.1.2 Tarafları

Tıbbi müdahalenin tarafları, hasta ve tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili kişiler olarak ifade edilebilir. Hasta, tıbbi müdahalenin pasif süjesi olarak ifade edilen ve uygulanan tıbbi müdahaleye maruz kalan kişidir.²¹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanacak kişi olarak tanımlanmıştır. Buradaki önemli husus hastanın sadece sağlığı bozulan kişi olarak tanımlanmayıp hali hazırda sağlıklı olmasına rağmen sağlık hizmetlerinden faydalanan kişi olarak tanımlanmasıdır. Bu duruma örnek olarak; sağlık açısından değerlendirildiğinde

²⁰ Kürşat ERSÖZ(2010), “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.5, S. 45, s. 106, 107; Mustafa KICALIOĞLU(2006), “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.4, s. 17.

²¹ Emel BADUR 2017, age, s. 31; Dilek ÇAVUŞOĞLU(2020), *Hekimin Ceza Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 23.

herhangi bir probleme sahip olmayan ancak sosyal endikasyon nedeni ile fiziki görünümünde değişiklik isteyen kişilere yapılacak estetik müdahalelerin muhatabı olan kişiler verilebileceği gibi aynı şekilde sağlık açısından hiçbir probleme sahip olmaması gereken yaşayan organ vericisi de verilebilir.

15/10/2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliği'nin 4. maddesinde veteriner hekimin müdahalede bulunduğu hayvan hasta olarak ifade edilmiş olsa da Tıp Hukuku kavramlarının genel olarak değerlendirilmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirtilmiş olan "... kimse" ifadesi sonucunda hastanın yalnızca gerçek kişiler olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu çalışma açısından bakıldığında hasta kavramı, yalnızca gerçek kişileri ifade etmek için kullanılacaktır.

Tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili kişiler kavramının başında hiç şüphesiz ki hekimler gelmektedir. Tıbbi müdahalenin aktif süjesi olarak ifade edilebilen bu müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili olan kişiler kural olarak hekimlerdir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesinde bu husus; "*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak 3. madde incelendiğinde tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili kişilerin sadece hekimlerle sınırlı olmadığı görülecektir. Olağanüstü ve istisnai hallerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler de "*Hekim gözetiminde sünnet*" olarak ifade edilebilen tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili kılınmıştır. Acil tıbbi müdahaleyi gerektiren hallerde, acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtmek kaydı ile acil tıp teknikerlerinin de gerekli işlemleri yapmasına izin verilmiştir. Aynı şekilde acil tıbbi müdahaleleri gerektiren hususlarda Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Daire Başkanlığının Merkez ve Taşra Teşkilatı Personelleri Kanunda belirtilen koşulları sağlayarak acil tıbbi müdahale yapabileceklerdir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. Maddesinde;

"...Personel: Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler..."

olarak tanımlanmıştır.²²

Bu ifade incelendiğinde sağlık alanında çalışan hemşire, ebe gibi diğer sağlık mesleği mensupları görevleri kapsamında kaldığı ölçüde tıbbi müdahale yapabilecekleri sonucu çıkarılabilmektedir.

29/07/2015 tarihinde resmi gazetede yayımlanan İlk Yardım Yönetmeliği'nin 4. maddesinde ilk yardım kavramı;

“Herhangi bir kaza ya da yaşamı tehlikeye düşüren durumda, sağlık görevlilerinin yardımı sağlanıncaya kadar, hayatın kurtarılması ya da durumun daha kötüye gitmesini önleyebilmek amacıyla olay yerinde, tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle yapılan ilaçsız uygulamalar”

olarak tanımlanmış ve aynı maddede ilkyardımcı;

“İlkyardım tanımında belirtilen amaç doğrultusunda, hasta veya yaralıya tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle ilaçsız uygulamaları yapan ilkyardım eğitimi alarak ilkyardımcı belgesi almış kişi”

olarak ifade edilmiştir.²³ Bu durumda sağlık mesleği mensubu olmasa dahi gerekli şartları sağlayan kişinin ilkyardım olarak ifade edilen tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi mümkün olacaktır.²⁴

Yukarıda ifade edilen açıklamalar doğrultusunda tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili kişilerin kural olarak hekimler olduğu ancak bazı hallerde sağlık personellerinin bazı istisnai hallerde ise sağlık personeli dahi olmayan kişilerin gerçekleştirdiği müdahalelerin de tıbbi müdahale kavramı kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilebilir.²⁵

Organ ve doku verme borcunun kaynağı bir hukuki işlem olan sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarafları ise organ ve doku vericisi ile naklin gerçekleştirileceği alıcı olarak ifade edilen kişilerdir. Taraflar birbirlerinden haberdar olmasa da burada bir

²² Hasta Hakları Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4847&mevzuatTur=KurumVeKurulusYon etmeliği&mevzuatTertip=5>, ET. 21.10.2019.

²³ İlk Yardım Yönetmeliği, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150729-2.htm>, ET. 28.10.2019.

²⁴ Bkz. aksi görüş için Ecem KİRKİT 2016, age, s. 31.

²⁵ Bkz. Ayrıntılı açıklama için Barış ERMAN(2003), *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 96; Funda IŞIK ÖZCAN(2008), *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 27; Ecem KİRKİT 2016, age, s.33; Halide SAVAŞ(2007), *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 69, 70.

sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumun sebebi sözleşmeye ilişkin öneri ve kabul beyanlarının temsilci aracılığı ile iletilmesinin mümkün olmasıdır.²⁶

1.1.3 Unsurları

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin olabilmesi için müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından yapılması hukuken kabul edilebilir bir sebeple, amaçla ve gereklilikle gerçekleştirilmesi ve tıp biliminin benimsenmiş ilke ve kurallara uygun yapılması gerekmektedir.²⁷ Doktrinde tıbbi müdahalenin unsurları farklı kavramlarla ifade edilse de temel olarak yazarlar aynı düşünce çerçevesinde toplanmışlardır. Ancak bazı yazarlar bu unsurların yanı sıra hastanın rızasını tıbbi müdahalenin dördüncü unsuru olarak görmektedirler.²⁸ Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi hususu, genel olarak hukuka uygun tıbbi müdahalenin bir unsurudur. Bu başlık altında tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmamasına gözetilse de genel anlamda bir müdahalenin ne zaman tıbbi müdahale olarak değerlendirileceği hususu incelenmektedir. Bu sebeple rıza kavramı ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir. Sonuç olarak bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesinin aşağıda belirtilecek olan unsurların varlığına bağlı olduğu ifade edilebilir.

1.1.3.1 Müdahalenin Tıp Mesleğini İcraya Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesinin ilk şartı kuşkusuz tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir. Yukarıda açıklandığı üzere mesleği icraya yetkili kişiler kapsamında öncelikle akla gelen

²⁶ Emel BADUR(2020), “Organ ve Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, s. 289-290; Şahin AKINCI(1996), *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 53; M.Enis SARIAL(1986), *Sağlararası Oran ve Doku Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s. 18-21; Şafak PARLAK(2009), “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 83, Ankara, s. 207.

²⁷ Kürşat ERSÖZ 2010, agm, s. 107; Ecem KİRKİT 2016, age, s. 15; Emel BADUR 2020, agm, s. 16,17; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 15-33; Mehmet AYAN 1991, age, s. 5-9; Halide SAVAŞ(2013), *Yargıya Yanmayan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 40.

²⁸ Özlem YENERER ÇAKMUT(2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 40; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ(2006), *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 25; Halide SAVAŞ 2013, age, s. 39; Hakan HAKERİ(2020), *Tıp Hukuku*, 21.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 247,248.

hekimler olsa da bazı hallerde tıp mesleğine mensup diğer kişilerin²⁹ istianen ise, mesleğe mensup olmayan kişilerin acil durum müdahaleleri de tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır. Bu istisnalar saklı kalmak üzere yapılacak açıklamalar hekimlik mesleğine mensup kişiler kastedilerek yapılacaktır.

Hukukumuzda teşhis ve tedavi hakkı genel itibariyle hekimlere tanınmıştır.³⁰ Hekimlik mesleğini icra edebilmenin şartları Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. Maddesinde; *“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”* ve 2. Maddesinde;

“Yukarıdaki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani 1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen (istiyen) askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundurlar.”

şeklinde ifade edilmiştir.³¹ Maddeler incelendiğinde mesleğin icrasının, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak ve diplomanın tescil edilmiş olması şartlarına bağlandığı görülecektir.

Teşhis ve tedavi hakkının hekimlere tanınması, hayatı tehdit eden haller saklı kalmak üzere her türlü tıbbi müdahalenin uzmanlaşma olmaksızın her hekim tarafından gerçekleştirileceği sonucunu doğurmamaktadır. Kural olarak pratisyen hekimlerin, tıbbın tüm alanlarında tıbbi müdahale yapma yetkisine sahip olduğu ifade edilse de³², 26/04/2014 tarihinde resmi gazetede yayımlanan Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin 27. maddesi incelendiğinde uzmanlık belgesi almamış hekimlerin uzmanlık gerektiren hususlarda yetkili olmadığı görülecektir. Uzmanlık yetkisine sahip olmayan hekimlerin uzmanlık unvanı kullanmaksızın müdahalede bulunulabileceği doktrinde ifade edilmektedir.³³ Ancak

²⁹ Bkz. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un İlgili Hükümleri.

³⁰ Emel BADUR 2017, age, s. 36; Özlem YENERER ÇAKMUT 2003, age, s. 26,27; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s.23; Halide SAVAŞ 2013, age, s. 64; Barış ERMAN 2003, age, s.92; Funda IŞIK ÖZCAN 2008, agt, s.24; Hakan HAKERİ 2020, age, s.248; M.Enis SARIAL 1986, age, s.50 vd.; Köksal BAYRAKTAR 1972, age, s. 11; Mustafa SÜTLAŞ 2000, age, s. 42.

³¹ Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

³² Hakan HAKERİ 2020, age, s. 252.

³³ Ecem KİRKİT 2016, age, s. 21.

hayatın olağan akışı ve mevcut uygulamalara bakıldığında bu durumun sıkça karşımıza çıkmadığını ifade etmek mümkündür. Örnek verilecek olursa; akciğer transplantasyonu ancak³⁴ göğüs cerrahisi, anestezi, göğüs hastalıkları ve enfeksiyon hastalıkları ekibinden oluşan uzmanlarca yapılmaktadır.

Belirtilen şartların yanı sıra 31/01/1953 tarihinde resmi gazete yayımlanan 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 7. maddesi serbest çalışan hekimler için tabip odalarına kayıtlı olmayı zorunlu kılmışken kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyen hekimler için kayıtlı olmayı isteğe bağlı olarak düzenlemiştir. Ayrıca hekimlik mesleğini icra edebilmenin diğer bir şartı ise mesleği sürekli veya geçici olarak icra etmeye engel bir durumun bulunmaması şartıdır. Geçici olarak mesleğin icra edilememesi durumu Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 39. Maddesinde;

“Haysiyet Divanı, evrakı kendisine tevdi edilen azaların fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre aşağıdaki inzibati cezaları verir: ... 15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından meni ...”

şeklinde ifade edilmiştir. Meslekten çıkarılma olarak da ifade edilebilen mesleğin sürekli icra edilememesi durumu ise Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. Maddesinde;

“Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir. İcrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilimayene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır.”

şeklinde ifade edilmiştir.³⁵

³⁴ Aksi görüş için bkz. Hakan HAKERİ 2020, age, s.252; Ecem KİRKİT 2016, age, s.21.

³⁵ Bkz. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un İlgili Hükümleri.

1.1.3.2 Müdahalenin Tıp Bilimince Benimsenmiş İlke ve Kurallara Uygun Olması

Bir tıbbi müdahalenin mevcut olabilmesi için müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından yapılmasının yanı sıra bu müdahalenin tıp bilimince benimsenmiş ilke ve kurallara uygun olması ve bu kurallar çerçevesinde yapılması da gerekmektedir. Bu husus aynı zamanda hukuka uygun tıbbi müdahalenin sınırlarını belirlemekte de önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁶

Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesi "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" şeklindedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesi ise "*Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım*" kenar başlıklı olup

"Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz."

şeklindedir. Yönetmeliğin 12. Maddesi ise;

"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."

şeklindedir.³⁷ İfade edilen hükümler doğrultusunda tıbbi müdahalenin tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun olması gerektiği ve aynı şekilde tıbbın sınırları içerisinde uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür. Yargıtay aynı yönde vermiş olduğu bir kararda³⁸ hukuka uygun tıbbi müdahalenin tıp biliminin çizdiği sınırlar içerisinde yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi³⁹ vermiş olduğu kararda tıp bilimince belirlenmiş ilke ve kurallara uygun tıbbi müdahalenin yapılması gerektiğini ifade etmiş olsa da muhakkak olmayan tartışma konusu olup genellikle olmayan bilim kurallarına uyulmamasını hekimin sorumluluğunu yaratacak bir durum olarak görmemiştir. Bu

³⁶ Mehmet AYAN 1991, age, s. 12; Cüney ÇİLİNGİROĞLU 1991, age s. 33; Mustafa SÜTLAŞ 2000, age, s. 82; Özlem YENERER ÇAKMUT 2003, age, s.38; Abdülkadir ARPACI(2009), "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Çözüm Yolları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, s.7; Funda IŞIK ÖZCAN 2008, agt, s.33; Zeynep ATEŞ(2010), *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 18; Yücel ERSOY(2004), "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, s. 170; Ecem KIRKİT 2016, age, s. 41.

³⁷ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri

³⁸ YRG. 2. HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/2451 K..

³⁹ YRG. 13. HD., 14.10.1974 T., 1974/2637 E., 1974/2492 K.

kararla ifade edilmek istenen tıp bilimince kabul edilen genel geçer olan ve aynı zamanda bilimdeki yenilik ve değişiklikler doğrultusunda değişecek olan kuralların takip edilip müdahalenin bu sınırlar dahilinde yapılması gerektiği düşüncesinin olduğu söylenebilir.⁴⁰

1.1.3.3 Müdahalenin Kabul Edilebilir Sebep, Amaçta ve Gereklilikte Olması

Tıbbi müdahalenin yöneldiği amacın mutlaka ve sadece müdahalede bulunulan kişinin sağlık refahının sağlanması, bu refahın korunması ve artırılması olması gerekmektedir. Bu durum çeşitli yasal mevzuatlarda da yer alan hukuken aranan bir şart olduğu gibi aynı zamanda insanlık için de mutlak öneme sahip bir şarttır.⁴¹ Biyotıp Sözleşmesi'nin başlangıç hükümlerinde bu durum;

“...Biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının, insan onurunu tehlikeye sokacak eylemlere neden olacağına bilinciyle; biyoloji ve tıptaki ilerlemenin, şimdiki ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği fikrini onaylayarak...”

şeklinde ifade ile belirtilmiştir.⁴²

Anayasal düzenlemeler incelendiğinde tıbbi müdahalenin konusunu kişinin yaşam hakkının oluşturduğunun ifade edildiği ve bu sebeple kişinin maddi ve manevi varlığı üzerinde yapılacak her türlü müdahalenin kabul edilebilir bir sebeple, kabul edilebilir bir amaçla ve ancak kabul edilebilir bir gereklilikte olması durumunda meşru sayılacağı söylenebilir. İlgili düzenleme Anayasa'nın 17. Maddesinde;

“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...”

şeklinde ifade edilmiştir.⁴³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesi ;

“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.”

şeklinde⁴⁴; 19/2/1960 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13/3. maddesi ise;

⁴⁰ İlhan GÜLEL 2018, age, s. 27.

⁴¹ Emel BADUR 2017, age, s.39; Ayça ÇAKAL(2018), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.33.

⁴² Bkz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri.

⁴³ Bkz. 1981 TC Anayasası ilgili hükümleri.

⁴⁴ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri.

“...Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”

şeklindedir.⁴⁵

Tıbbi müdahalenin yukarıda açıklanan unsuruna “endikasyon” adı da verilmemektedir. Ancak endikasyon ifadesinin tam tanımı “tıbbi gereklilik” şeklindedir. Bu sebeple sadece endikasyon ifadesi tıbbi müdahalenin amacını açıklamakta yetersiz kalmakta yukarıda ifade edilen kavramların tam karşılığını oluşturmamaktadır. Bu duruma örnek olarak endikasyon kavramının yaşayan organ vericisine yapılan müdahaleyi açıklamada yetersiz kalması verilebilir.⁴⁶

Yukarıda ifade edilen bilgiler sonucunda genel anlamda hekimin yaptığı her müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmeyeceği, müdahalenin hekim tarafından uygulansa da tıp bilimince benimsenmiş ilke ve kurallara uygun olarak, kabul edilebilir bir sebeple, kabul edilebilir bir amaç doğrultusunda ve kabul edilebilir bir gereklilik mevcut ise ancak tıbbi müdahale olarak değerlendirilebileceğini ifade etmek mümkündür.

1.1.4 Türleri

Tıbbi müdahalenin türlerini birden çok ayrıma tabi tutarak incelemek mümkündür. yapılan tıbbi müdahaleler tedaviye yönelen tıbbi müdahaleler ve tedavi amacı taşımayan tıbbi müdahaleler olarak ayrıma tabi tutulabilir. Birçok tıbbi müdahale kişiyi tedavi etme, bozulmayan sağlığın korunması, iyileştirilmesi gibi amaçlar taşırken azınlıkta olmakla beraber bazı tıbbi müdahaleler ise kişiyi tedavi etme, sağlığı koruma amacı taşımaksızın estetik kaygılar nedeniyle yapılan tıbbi müdahaleler, üremeye yardımcı olma amacı taşıyan tıbbi müdahaleler, organ vericisinden organ alınması gibi tıbbi müdahaleler olabilmektedir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. Maddesi;

“ Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya

⁴⁵ Bkz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin ilgili hükümleri.

⁴⁶ Emel BADUR 2017, age, s. 40; Hakan HAKERİ 2020, age,s. 491.

korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”

şeklindedir.⁴⁷ Madde metni incelendiğinde tıbbi müdahalelerin teşhis, tedavi, önleme ve nüfus planlaması şeklinde ayrıma tabi tutularak ifade edildiği görülecektir.⁴⁸

Kısaca açıklamak gerekirse teşhis kavramı kişide fiziksel veya ruhsal bir hastalık olup olmadığını, hastalık var ise bu hastalıkların neler olduğunun belirlenmesi için yapılan tıbbi müdahaleler olarak ifade edilebilir.⁴⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. Maddesi;

“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”

şeklindedir.⁵⁰ Madde ifadesi incelendiğinde teşhisin mümkün olduğunca gelişmeler takip edilerek modern imkanlar dahilinde yapılması gerektiği söylenebilir. Hekim, anamnese⁵¹ öğrenerek ve hastayı bizzat muayene ederek hastalığın varlığına kanaat getirebileceği gibi hastalığın mevcut olmadığına da kanaat getirebilir. Her iki durumda da yapılan işlemler teşhis olarak tanımlanmaktadır. Teşhis amacına yönelik tıbbi müdahalelere örnek olarak kişiden kan alınması, eeg⁵² çekilmesi, röntgen çekilmesi veya mr⁵³ çekilmesi gibi işlemler örnek verilebilir.

Tedavi ise teşhisten sonra başlayan bir süreç olup, sağlığın kazanılması veya hastalık sayılan durumların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yapılan tıbbi müdahalelerdir.⁵⁴ Tedavi kavramını geniş yorumlayarak tıbbi müdahalenin asıl amacının tedavi olduğunu ifade eden görüş ise tedavi kavramını;

⁴⁷ Bkz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin ilgili hükümleri.

⁴⁸ Emel BADUR 2017, age, s. 40; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 179; Mehmet AYAN 1991, age, s. 9; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s. 24; Ecem KİRKİT 2016, age, s. 37; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 34.

⁴⁹ Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 18; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 34; Özlem YENERER ÇAKMUT 2003, age, s. 35; Funda IŞIK ÖZCAN 2008, age, s. 28, 29; Ecem KİRKİT 2016, age, s. 37.

⁵⁰ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri.

⁵¹ Anamnese, hastalığın ön hikayesi anlamına gelmektedir.

⁵² Elektroensefalografi, beyin hareket faaliyetlerini sinyallerle ölçen ve görüntüleyen elektroensefalografi olarak adlandırılan beyin görüntülemesidir.

⁵³ Manyetik rezonans, vücutta ayrıntılı resimler oluşturmak için güçlü mıknatıslar, radyo dalgaları ve bilgisayarın kullanıldığı bir testtir.

⁵⁴ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN(2013), *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 10; Ayça ÇAKAL 2018, age, s.35.

“Bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak, ya da iyileşmesini kolaylaştırmak, hastalığın tehlikesini azaltmak, ortaya çıkardığı acıları dindirmek, arazlarını ortadan kaldırmak ya da hafifletmek için alınan tedbirlerin, uygulanan ilaç ya da cerrahi müdahalelerin tamamı”

olarak tanımlamaktadır.⁵⁵ Tedavi amacına yönelik tıbbi müdahalelere örnek olarak kişiye kemoterapi verilmesi, kanserli dokunun cerrahi müdahale ile alınması durumları verilebilir.

Önleme ise, yaşama, sağlığa ve vücut bütünlüğüne zarar verecek anomalileri kişilerden uzak tutmaya yönelik işlemler olarak tanımlanabilir.⁵⁶ Örnek olarak koruyucu sağlık tedbirleri, bulaşıcı hastalığın yayılmasını engellemek için uygulanan tecrit yöntemi verilebilir.

Nüfus planlaması, 27/05/1983 tarihinde resmi gazetede yayımlanan 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 2. maddesinde *“Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir.”* şeklinde tanımlanmıştır. Örnek olarak ise, tüp bebek ve embriyon transferleri verilebilir.

Yapılan diğer bir ayırım ise özellikle tıbbi müdahaleye rıza açısından özellik taşıyan acil ve acil olmayan tıbbi müdahale ayırımıdır. Acil tıbbi müdahale, hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve ölümle sonuçlanabilecek zamanlarda yapılan tıbbi müdahalelerdir. Tıp hukuku açısından en önemli ayırım, yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmaması durumudur. Bu uygunluğun sağlanması için ise bir sonraki başlıkta incelenecek olan rıza kavramı önem taşımaktadır. Bazı müdahalelerde hastanın rızası hukuka uygunluk sebebi iken bazı müdahaleler açısından ise rıza aranmaksızın yapılan müdahale de hukuka uygun tıbbi müdahale olarak değerlendirilmektedir.

1.2 TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA KAVRAMI

Türk Dil Kurumu⁵⁷ tarafından *“razı olma, isteme, istek ve onam”* kelimeleriyle tanımlanan rıza kavramı bir hukuki terim olarak Türk Medeni Kanunu’nda ve Türk Borçlar Kanunu’nda sıklıkla kullanılmaktadır. Hukukumuzda rıza kavramının temelini

⁵⁵ Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 149; Mehmet AYAN 1991, age, s.9; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s.24; Funda IŞIK ÖZCAN 2008, age, s. 27,28; Ecem KİRKİT 2016, age, s. 39.

⁵⁶ Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 36.

⁵⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr>, ET. 12.10.2019.

oluşturan 22/11/2001 tarihinde resmi gazetede yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24/2. Maddesi;

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. 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.”

ve 11/01/2011 tarihinde resmi gazete yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinin 2. Fıkrası;

“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 hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

şeklindedir.⁵⁸

Türk Tıp Hukuku'nda ise tıbbi müdahaleye rıza kavramı Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer almaktadır. İlgili hüküm;

“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.”

şeklindedir.⁵⁹ Bu düzenlemede yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulunun kişinin rızasına bağlandığı ifade edilmekte, rızanın da hukuka uygun olarak alınabilmesi yani geçerliliğinin olabilmesi için müdahalenin içeriğine ilişkin bildirimlerin yapılması gerektiği sonucu çıkarılabilmektedir. Ancak rıza, tıbbi müdahalenin her türünde ve her zaman gerekli bir koşul olarak aranmamaktadır. Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. Maddesi;

“...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. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya

⁵⁸ Bkz. TMK m. 12; 23; 24/2; 118/2; 142; 188/2/2; 184/1,2 vd.; TBK m. 63/2; 144/1; 183/1; 195/1; 196/3; 198/2; 254 vd.

⁵⁹ Bkz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri.

benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır”

ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 7. Fıkrası;

“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...”

şeklinde dir.⁶⁰ Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde Biyotıp Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ifade edildiği gibi tıbbi müdahalenin kişinin rızası ile gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. İlgili hüküm *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.”* şeklindedir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi kural olarak yapılacak tıbbi müdahale için kişinin bu tıbbi müdahaleye rıza vermesi gerekmektedir. Ancak tıbbi müdahalenin, bazı hallerde kişinin kendisinden rıza alınmaksızın; bazı hallerde ise, kişinin kendisi de dahil olmak üzere kanunen rıza vermeye yetkili olan kişilerden de rıza alınmaksızın tıbbi müdahalenin mümkün olacağı anlaşılmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere doktrinde bazı yazarlara göre⁶¹ rıza kavramı, tıbbi müdahalenin unsurları arasında ifade edilse de bu çalışma kapsamında rıza kavramı tıbbi müdahalenin unsurları arasında değil tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları arasında değerlendirilmektedir.

Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliği taşımakta ve hastanın rıza beyanını ifade etmesiyle sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır.⁶² Geçerli olarak verilen rıza, rıza sahibi tarafından çizilen sınırlar çerçevesindeki tıbbi müdahaleyi baştan itibaren hukuka uygun kılmaktadır. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde *“Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.”* şeklinde ifade edilmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, anılan maddede hastanın verdiği rızanın

⁶⁰ Bkz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri.

⁶¹ Özlem YENERER ÇAKMUT 2003, age, s. 40; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s. 25; Halide SAVAŞ 2013, age, s. 39; Hakan HAKERİ 2020, age, s. 247, 248; İsmail ATAK 2020, age, s.21.

⁶² Emel BADUR 2017, age, s. 56.

tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri kapsadığı ve hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zorunluluk halinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebileceği hususu da ayrıca ifade edilmektedir. Bu duruma örnek olarak, yapılacak olan akciğer ameliyatına rıza verilmesi ile ameliyat sonrasında oluşabilecek komplikasyonlar doğrultusunda hastanın yoğun bakım süreci geçirebileceği ve bu süreç doğrultusunda yapılması gereken işlemleri de ameliyata rıza göstererek kabul ettiği verilebilir.⁶³ Sonuç olarak verilen rıza, tıbbi müdahaleye yönelik olmalı ve yapılacak tıbbi müdahalenin rızayı verecek olan kişiye belirlenebilir şekilde açıklanması gerekmektedir.

Tıbbi müdahaleye verilen rızanın konusu kişinin yaşamını kurtarmak, sağlığının ve refahının sağlanması, vücut bütünlüğünün korunması gibi hususlar olmalıdır. Kişinin iradesi kişilik hakkının üzerinde hukuken korunan değerlerine ilişkin ise hukuka uygun bir rızadan söz edilemeyeceği gibi yapılan tıbbi müdahale de hukuka uygun bir tıbbi müdahale olmayacaktır. Hukuk düzenince açıkça yasaklanmış bir hususa ilişkin olarak verilen rızanın da geçerliliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. Maddesi bu duruma örnek teşkil etmektedir. Madde metni;

“Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.”

ifadesiyle yaşamı sonlandırma olarak ifade edilen ötenaziyi yasaklamıştır.⁶⁴ Bu duruma örnek olarak, kanser hastası kişinin ağrıların dayanılamayacak noktalara gelmesi sebebi ile hekimi ile anlaşarak kendisine potasyum enjekte ettirmesi ile hiperpotasemiye⁶⁵ girerek hayatını kaybetmesi durumu verilebilir. Sonuç olarak rıza verilen tıbbi müdahalenin konusu hukukun çizdiği sınırlar içinde kaldığı sürece rıza geçerli olacak aksi halde yapılan müdahale tıbbi müdahale olarak değerlendirilse de hukuka uygun olmayarak hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açacaktır.

⁶³ Bkz. Elif Fulya AYDIN(2019), *Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 53- 58.

⁶⁴ Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 66, 67.

⁶⁵ Hiperpotasemi için bkz. Gülbin AYGENCEL(2018), “Potasyum Metabolizması Bozuklukları”, *Yoğun Bakım Dergisi*, Ocak 2018, http://www.yogunbakimdergisi.org/managete/fu_folder/2018-01/2018-12-1-031-042.pdf , s. 38, 39, 40, 41, E.T. 12.10.2019.

Tıbbi müdahaleye rıza verecek kişinin rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bir görüşe göre rıza ehliyeti fiil ehliyeti olarak anlaşılmalı ve rıza gösterecek kişi tam ehliyetli veya sınırlı ehliyetli olmalıdır. Başka bir görüşe göre ise, ayırt etme gücü rıza ehliyeti için yeterli olmaktadır.⁶⁶ Tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetli kişilerin rıza gösterme konusunda yetkili oldukları tam ehliyetsiz kişilerin ise rıza gösterme konusunda yetkili olmadıkları tartışmalıdır. Doktrinde tartışmalı olan husus, kural olarak ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların rıza gösterme yetkilerinin olup olmaması hususudur. Çalışmanın üçüncü bölümünde bu kavramlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

Daha önce de ifade edildiği üzere hukuken geçerli bir rızanın varlığı bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesine bağlıdır. Tıbbi müdahaleye rıza veren kişi bu müdahalenin içeriğini öğrenmeli, yapılacak işlemle ilgili bilgi sahibi olmalıdır.⁶⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında⁶⁸ bu durumu

“...Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde “Rıza” konusu düzenlenmiş ve “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 muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir.” düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel,

⁶⁶ Emel BADUR 2017, age, s. 62; İlhan GÜLEL 2018, age, s. 96.

⁶⁷ Ayşe ARAT(2006), “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, s.234; Mehmet AYAN 1991, age, s. 11; Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s.27; Özlem YENERER ÇAKMUT 2003, age, s.224; Mustafa ÇEKER (2000), “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, <https://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf>, ET. 12.10.2019; Ecem KİRKİT 2016, age, s.128, 129; Ş. Berfin IŞIK YILMAZ(2012), “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.98, s. 393; Abdülkadir YILMAZ(2015), *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 76.

⁶⁸ YRG. 13. HD., 16/01/2014 T., 2013/17487 E., 2014/794 K.

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

Tıbbi müdahaleye verilen rıza, müdahalenin başında mevcut olmalı ve müdahalenin sonuna kadar devam etmelidir. Bilgilendirme yapıldıktan sonra hastanın rızasını verebilmesi için hastaya makul süre tanınmalı ve rızanın açıklanması kısıtlı bir süreye tabi tutulmamalıdır.⁶⁹ Hastanın rızasını geri alabilmesi müdahale gerçekleşene kadar her zaman mümkündür. Hasta tıbbi müdahaleye rıza göstermemiş ve ortada başkaca hukuka uygunluk sebepleri de bulunmuyor ise yapılacak tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, rıza ehliyetine sahip kişinin bu rızayı vermemesine rağmen hekimin yapacağı tıbbi müdahale Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini açıkça belirtilmiştir.⁷⁰

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesi “ *Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir.*” şeklindedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi rızanın verilmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Ancak Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi “ ... *Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır...*” şeklindedir. Bu maddede her ne kadar büyük cerrahi ameliyatların tanımı yapılmamış ve değerlendirilmesi hakime bırakılmış olsa dahi bilirkişinin belirleyeceği doğrultuda cerrahi ameliyatların bazılarında verilecek rızanın açık ve yazılı olarak verilmesi gerektiği ifade edilebilir. Sözlü olarak verilecek rızalar geçerli de olsa uygulamada bir takım ispat sorunlarına yol açmaktadır. Bu sebeple verilecek rızanın hekimin hukuki açıdan korunması sebebi ile kağıda dökülmesi ve karşılıklı imzalanması daha uygun olmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesi bu durumu;

“Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur,

⁶⁹ Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 142; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 53; Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age s. 39; Ayşe ARAT 2006, age s.234; Ecem KİRKİT 2016, age s. 131; İlhan GÜLEL 2018, age, s. 126; Emel BADUR 2017, age, s. 68.

⁷⁰ Emel BADUR 2017, age, s. 78.

diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.”

şeklindeki ifadesiyle belirlemiş ve yasal geçerliliğe kavuşturmuştur⁷¹.

Rızanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir grře⁷² göre, rıza hukuki sonuca yönelik irade açıklaması olması sebebi ile bir hukuki işlemdir. Diğer bir grře⁷³ göre ise, rıza hukuki işlem benzeri fiildir. Hukuki işlemlere uygulanacak kuralların hukuki işlem benzeri fiillere de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumun sonucu olarak, rızaya uygulanacak hükümlerin iki görüşe göre de aynı hükümler olacağı ifade edilebilir.⁷⁴

Yukarıda belirtildiği üzere tıbbi zorunluluk hali olarak değerlendirilen bazı hallerde hekimin, hastanın rızası belirtilmiş olmasa dahi varsayılan rıza doğrultusunda, hasta yararına hareket etme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu yükümlülüğün kaynağı Biyotıp Sözleşmesi'nin 8.maddesinde belirtilen;

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

ifadesi; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. Maddesinde belirtilen;

“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...”

ifadesi ve Tababet ve şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde belirtilen;

⁷¹ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin İlgili Hükümleri

⁷² Fikret EREN(2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 603; Cüneyt İLİNGİROğLU 1993, age, s. 43; Mustafa ÇEKER 2000, agm, s.6; Tuğçe ORAL, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, s.196, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397838>, E.T. 12.10.2019; Ecem KİRKİT 2016, age, s. 117.

⁷³ Zarife şENOCAK 2001, age, s.69; M.Enis SARIAL 1986, age, s. 64,65; Cüneyt İLİNGİROğLU 1993, age, s. 44; Ecem KİRKİT 2016, age, s.117; Emel BADUR 2017, age, s. 56; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 64,65.

⁷⁴ Fikret EREN 2015, age, s. 162; Cüneyt İLİNGİROğLU 1993, age, s.45; Ecem KİRKİT 2016, age, s.118; Emel BADUR 2017, age, s. 56,57; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 64,65.

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

ifadesinden kaynaklanmaktadır.⁷⁵ Ayrıca Anayasa'nın yaşam hakkını üstün tutan 17. maddesinden de bu sonucu çıkartmak mümkündür.

Varsayılan rıza kavramının uygulanabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Bu koşulları: Müdahalenin rıza gösterilebilir nitelikte olması, kişinin konuya ilişkin bir açıklamasının bulunmaması, kişinin rızasının gereken sürede alınmıyor olması ve gerçek iradeye uygun sonuca ulaşılmaya çalışılması şeklinde sıralamak mümkündür.⁷⁶ Bu koşullar var ise, varsayılan rıza ile açıkça veya örtülü olarak kişi tarafından ifade edilen rıza aynı sonucu doğuracaktır.⁷⁷

Vekaletsiz iş görme, bir kimsenin başkasına ait bir işin görülmesi iradesiyle onun hukuk alanına bu konuda bir yetkisi bulunmaksızın karışması durumu olarak tanımlanabilir. Burada önemli olan nokta, iş görenin o işi yapamayacak durumda olan iş sahibinin menfaatine uygun olarak yapılmasıdır.⁷⁸ Vekaletsiz iş görme kavramının tanımında bulunan “İş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun hareket etme” ifadesi sebebi ile varsayılan rıza kavramının hukuki niteliği vekaletsiz iş görme olarak ifade edilebilir.⁷⁹ Ancak doktrinde, kişinin rıza gösteremediği halleri tıbbi zorunluluk olarak ifade eden görüş⁸⁰ de mevcuttur. Bu görüşün dayanağı, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde belirtilen “...Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir...” ifadesidir. Bu ifadeye göre varsayılan rızanın değil, rıza aranmamasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir. İki görüşe göre de uygulanacak hükümler vekaletsiz iş görme hükümleridir.

⁷⁵ Bkz. Biotıp Sözleşmesi, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un ilgili hükümleri.

⁷⁶ Barış ERMAN 2003, age, s. 149-152; Ecem KİRKİT 2016, age, s. 141.

⁷⁷ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 458- 464.

⁷⁸ Cevdet YAVUZ(2016), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 14.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s. 748, 749; Fikret EREN(2014), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 17.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 740, 741.

⁷⁹ Battal YILMAZ(2009), “Aydınlatılmış Rıza”, *Sağlık Hukuku Digestası*, S.1, s.17; Barış ERMAN 2003, age, s.143; Ecem KİRKİT 2016, age, s.140.

⁸⁰ Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 51; Mustafa ÇEKER 2000, agm, s.9, 10.

BÖLÜM II

RIZA EHLİYETİ OLMAYAN KİŞİLER YARARINA TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA

2.1 AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLAN KÜÇÜK VE KISITLILAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA

2.1.1 Küçüklerin Durumu

Konunun açıklanmasına geçmeden önce Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesini ifade etmekte yarar vardır. İlgili madde metni;

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...”

şeklindedir.⁸¹ Bu ifadeden çocuğa ilişkin her konuda çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği ve yapılacak her tıbbi müdahalenin çocuğun üstün yararının göz önünde tutularak yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu başlık altında ifade edilecek olan açıklamaların bu doğrultuda yapıldığı söylenebilir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olan rıza kavramı, küçük ve kısıtlılar için farklı düzenlenmiştir. Küçük ve kısıtlılar açısından velayet ve vesayete ilişkin temsil kurallarının farklılaştığı noktalar aynı şekilde küçük ve kısıtlının tıbbi müdahalede temsili açısından da farklılıklar yaratmaktadır.⁸² Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrası, küçüğe yapılacak tıbbi müdahalede rızanın verilmesi hususunu düzenlerken 7. madde ise, kısıtlıya yapılacak tıbbi müdahalede rızanın verilmesi durumunu düzenlemiştir.

Hukukumuzdaki yasal düzenlemeler incelenecek olur ise Türk Medeni Kanunu'nun 16. Maddesi;

⁸¹ Bkz. Çocuk Hakları Sözleşmesi m.3.

⁸² Emel BADUR 2017, age, s. 105.

“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”

şeklindedir.⁸³ Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. Maddesi;

“Tabipler, diş 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.”

şeklindedir.⁸⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesi ise “ *Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır.*” şeklindedir. Ayrıca tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti açısından kişinin tam ehliyetli olması gerektiği ifade edilirse burada kişinin küçük olup olmaması değil ergin olup olmamasının araştırılması da gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında kişinin 18 yaşını doldurarak ve diğer şartları sağlayarak tam ehliyetli olması ile 18 yaşını tamamlamadan evlenme yolu ile veya yargısal yol ile tam ehliyetli olması bir fark taşımayacaktır.⁸⁵

Yukarıda belirtildiği üzere hukukumuzda küçüklere yapılacak tıbbi müdahaleler hususunda birden çok düzenleme söz konusudur. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini esas alan görüş madde düzenlemelerindeki;

“Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.” ve *“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.”*

ifadelerini birlikte değerlendirerek yasal temsilcinin rızasının yanında küçüğünde görüşünün alınması gerektiği ancak bu görüşün hekim açısından bağlayıcı olmadığı son kararı verecek kişinin yasal temsilci olması gerektiğini, yasal temsilci ile küçüğün

⁸³ TMK m.16.

⁸⁴ Bkz. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70.

⁸⁵ İlhan GÜLEL 2018, age, s. 97; Emel BADUR 2017, age, s. 106

görüşünün çatışması durumunda ise yasal temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerektiği söylenebilir.⁸⁶

Bir görüşe göre ise, yasal temsilcinin rızasının yanında küçüğün rızası da aranmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip küçük tıbbi müdahaleye rıza göstermiş ve yasal temsilci de aynı doğrultuda görüşünü belirtmiş ise tıbbi müdahale gerçekleştirilebilmektedir. Sadece küçüğün rızası varsa yani yasal temsilci küçükle aynı görüşte değilse tıbbi müdahale gerçekleştirilemeyecektir. Aynı şekilde yasal temsilci tıbbi müdahaleye rıza göstermiş ancak küçük bu müdahaleye rıza göstermemiş ise yine tıbbi müdahale gerçekleştirilemeyecektir.

Bir diğer görüşe göre ise, ayırt etme gücüne sahip küçük tıbbi müdahaleye rıza göstermiş ise başkaca bir şart aranmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilmelidir. Yasal temsilci küçük ile aynı görüşe sahip olmasa bile küçüğün rızası tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için yeterli olacaktır. Ancak bu husus küçüğün tıbbi müdahalenin sonuçlarını anlayabilme yeteneğine sahip olduğu durumlar için geçerlidir. Eğer küçük, tıbbi müdahalenin sonuçlarını anlayabilecek yeterlilikte değil ise ya da önemli bir tıbbi müdahale olarak ifade edilen basit tıbbi müdahaleyi aşan durumlar söz konusu ise yasal temsilcinin rızası alınmadan müdahalede bulunulamayacaktır.⁸⁷

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler ile Türk Medeni Kanun'un 16. maddesindeki düzenlemelerin tam olarak örtüşmediğini söylemek mümkündür. Türk Medeni Kanunu'na göre ayırt etme gücüne sahip küçükler, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakları yasal temsilcinin rızasına gerek olmaksızın tek başına kullanabilmektedirler. Tıbbi müdahaleye rıza göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkın kullanılmasıdır. Bu nedenle küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması halinde tıbbi müdahaleye rıza

⁸⁶ Serap HELVACI(2012), *Gerçek Kişiler*, 4.Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, s. 107; Aydın ZEVKLİLER(1983), "Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, s.21; Özlem YENERER ÇAKMUT 2003, age, s. 208; Bedia BORAN 2007, age, s. 87; Burcu G. ÖZCAN ve Çağlar ÖZEL(2007), "Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, S.1, s.68.

⁸⁷ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zariye ŞENOCAK 2001, age, s. 75, 76; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s.56; Sibel ADIGÜZEL(2014), "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 19, s. 960-961; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 81; M.Enis SARIAL 1986, age, s. 66; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 57; Emel BADUR 2017, age, s. 117.

gösterdiği durumlarda yasal temsilcinin rızası aranmaksızın müdahale gerçekleştirilebilir. Ancak buradaki önemli husus, yapılacak tıbbi müdahalenin küçük tarafından başından sonuna kadar riskleriyle birlikte algılanabilir ve değerlendirilebilir olması durumudur. Bu sebeple küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının değerlendirilmesi tıbbi müdahaleler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Örneğin kesilen bir parmağa müdahale edilmesi durumunda ortaya çıkan basit tıbbi müdahalede kişinin ayırt etme gücü somut olaya göre değerlendirilmeli, değerlendirme kuralları ise yumuşak tutularak ayırt etme gücü var sayılmalıdır. Aynı şekilde acil tıbbi müdahaleyi gerektiren tek tıbbi müdahalenin yapılabileceği durumlarda küçüğün ayırt etme gücünün varlığının tespitinde kurallar yumuşak tutulmalıdır. Ancak karmaşık bir tıbbi müdahale söz konusu ise küçüğün ayırt etme gücünün varlığını tespiti yarayan kurallar sıkı sıkıya uygulanmalı ve somut olay bu yönde değerlendirilmelidir. Başka bir anlatımla, tıbbi müdahale ne kadar ağır ise küçüğün rızasının değil yasal temsilcinin rızasını almak o kadar gerekli; tıbbi müdahalenin riskleri ne kadar belirsiz ise küçüğün değil yasal temsilcinin rızasını almak o kadar gerekli; buna karşılık tıbbi müdahale ne kadar acil ise küçüğün rızası ile yetinmek de o kadar gereklidir.⁸⁸

Aslında uygulamada önem taşıyan noktanın küçüklerin bilme ve katılma haklarının da olduğunun dikkate alınması hususudur. Küçüklere uygulanacak olan tıbbi müdahalelerde yasal temsilcinin vereceği rızanın yanı sıra küçüğün fiziksel, zihinsel, psikolojik ve sosyokültürel durumu değerlendirilmeli ve gelişimi normal olarak ifade edilen düzeyde ise mutlaka görüşü alınmalıdır. Bu görüşün alınması hekimin etik yükümlülüğünün olmasının yanı sıra tıbbi müdahaleye maruz kalacak küçük ile arasındaki iletişimin güçlü ve sağlıklı olmasına da hizmet etmektedir.⁸⁹

2.1.2 Kısıtlıların Durumu

Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler gibi kısıtlılar da Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde belirtildiği üzere kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcinin rızasına gerek olmaksızın kullanabilmektedirler. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi de kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır.

⁸⁸ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 375-376; Elif Fulya AYDIN 2019, age, s. 73.

⁸⁹ age s. 73, 74.

Kısıtlılık sebepleri; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve istek üzerine kısıtlanma halleridir.⁹⁰ Kişinin kısıtlanma sebebinin ne olduğunun belirlenmesi tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkına sahip olup olmaması açısından önem taşır. Kısıtlılık, yaş küçüklüğü nedeni ile ortaya çıkmış ise bir önceki başlık altında ifade edilen durumlar burada geçerlilik bulabilmektedir. Ancak kısıtlılık akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebepleri nedeni ile ortaya çıkmış ise burada kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme yeterliliğinin olmadığı açıkça anlaşılmakta ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlılara uygulanacak kurallar burada uygulanma alanı bulmaktadır.⁹¹ Kısıtlılık kararı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve istek üzerine verilmiş ise kısıtlanan kişi tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilmelidir. Aksi halde kişinin sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılması sınırlandırılmış olacaktır.⁹²

Ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlanması için yeterli sebepler olmamasına rağmen bazı çıkarlarının korunması için kendilerine yasal danışman atanan kişiler de vardır. Bu kişilerde ehliyet asıl, ehliyetsizlik ise istisnadır. Yasal danışman ancak kanunda belirtilen hallerde yapılacak işlemlere rıza gösterebilmektedir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak görülen tıbbi müdahaleye rıza durumu kanunda belirtilen haller arasında sayılmamaktadır. Bu sebeple bu kişiler tam ehliyetliler gibi tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkına sahiptir.⁹³

2.2 AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYAN KÜÇÜK VE KISITLILAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA

2.2.1 Küçüklerin Durumu

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*" şeklindedir. Hasta hakları yönetmeliğinin 24. maddesi ise;

"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.

⁹⁰ Abdulkerim YILDIRIM(2021), *Türk Aile Hukuku*, 4.Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, s. 182.

⁹¹ Emel BADUR 2017, age, s.144.

⁹² Sibel ADIGÜZEL 2014, age, s.960; Köksal BAYRAKTAR 1972, age, s. 136; Emel BADUR 2017, age, s. 149.

⁹³ age, s.152; Abdulkadir ARPACI 2009, agm, s.40; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 90.

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.”

şeklindedir.⁹⁴ Bu düzenlemeler sonucunda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelerde yasal temsilcilerinin rızasının aranacağı ve rızaları doğrultusunda müdahalede bulunulacağı tartışmasız olarak ifade edilebilir. Yasal temsilci, yapacağı her işlemde olduğu gibi tıbbi müdahaleye rıza gösterirken de çocuğun yüksek yararını göz önünde tutmalıdır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, yapılacak tıbbi müdahalelerin türüne göre küçüğün rızasının alınması da uygun olacaktır.⁹⁵

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararda⁹⁶ ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçüğe, velayet altında bulunmasına ve velisinin rızasının olmamasına rağmen bazı durumlarda tıbbi müdahalede bulunulmasının uygun olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu somut uyuşmazlık, pramatüre, yeni doğan bebeğin gerekmesine rağmen sırf ailesinin rızasının bulunmaması sebebiyle yeni doğan servisine götürülemeyerek ölümünün gerçekleşmesine ilişkindir. Yargıtay’ın bu kararı ile acil tıbbi müdahaleyi gerektiren durumlarda küçüğün yasal temsilcisinin rıza göstermemesi durumunda dahi küçüğün yüksek yararı gözetilerek gereken tıbbi müdahalelerin yapılmasının sırf rıza gösterilmemesi sebebiyle hukuka aykırı olmayacağı; başkaca hukuka uygunluk sebepleri bulunması nedeniyle bu müdahalelerin hukuka uygun olarak nitelendirileceği ortaya çıkmıştır. Buradaki önemli husus somut olaydaki hukuka uygunluk değerlendirilmesi yapılan durumun acil tıbbi müdahale gerektirmesi noktasıdır. Daha açık bir ifade ile acil tıbbi müdahaleyi gerektiren durumlarda bu aciliyet yargıya başvurmayı da engelliyor ise⁹⁷ yasal temsilcinin rızası alınmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilir.⁹⁸ Hekimlerin bu noktada somut olayı değerlendirerek müdahalenin acil tıbbi müdahale kapsamında

⁹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24.

⁹⁵ Hakan HAKERİ 2020, age, s.374; Emel BADUR 2017, age, s. 111; Zarife ŞENOCAK 1998, age, s. 73; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 133; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s.55; Burcu G. ÖZCAN ve Çağlar ÖZEL 2007, agm, s.67; Ergun ÖZSUNAY(1983), “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, *Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, İstanbul, s.51.

⁹⁶ YRG. 13. HD., 04.03.1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K.

⁹⁷ Küçüğün, yasal temsilcinin iyi niyetli olmaksızın tıbbi müdahaleye onay vermemesi halinde yargıya başvurma hakkının bulunduğu ifade edilmelidir.

⁹⁸ Emel BADUR 2017, age, s. 112, 113.

olup olmamasını saptaması ve çocuğun yüksek yararını göz etmesi hususunda etik çerçevede sorumlulukları bulunmaktadır. Nitekim uygulamaya bakıldığında acil tıbbi müdahale uygulanması gereken küçüklere bu uygulamanın yapıldığı, uygulama yapılmadan önce yasal temsilcilerine haber verildiği ancak uygulama için temsilci rızasının aranmadığı görülmektedir.

2.2.2 Kısıtlıların Durumu

Kısıtlamanın ayırt etme gücünü ortadan kaldıran akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebepleri nedeniyle ortaya çıkması durumunda kişinin vesayet altına alınmasında olduğu gibi tıbbi müdahalelere maruz kalması durumunda da iradesi dikkate alınmamakta yapılacak olan tıbbi müdahalelerde vasiinin iradesine önem verilmektedir.⁹⁹

Kısıtlanma sebebi akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olsa da tıbbi müdahale hususunda ilgili kişinin mümkün olduğu ölçüde tıbbi müdahaleye rıza verme sürecine katılması uygun olacaktır. Bu husus, Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde,

“Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiškine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.”

ifadesiyle açıkça belirtilmiştir¹⁰⁰. Sözleşmenin açıklayıcı raporu incelendiğinde tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin, rıza verilmesi sırasında akıl hastalığının etkisinde değil ise açıkladığı rızanın müdahalenin yapılıp yapılmaması hususunda dikkate alınmasının gerekli olduğunun vurgulandığı görülecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun “*Vesayet Altındaki Kişinin Görüşünün Alınması*” başlıklı 450. Maddesi;

“Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür.”

şeklindedir.¹⁰¹ Gümüş'e göre¹⁰² maddenin ifadesinden anlaşılması gereken vesayet altındaki kişinin ayırt etme gücüne sahip olması hususudur. Ancak maddede açıkça

⁹⁹ Emel BADUR 2017, age, s. 144.

¹⁰⁰ Biyotıp Sözleşmesi m.6.

¹⁰¹ TMK m.450.

¹⁰² Mustafa Alper GÜMÜŞ(2006), *Türk Medeni Hukukunda Kayyımılık*, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 19.

ayırt etme gücü ifadesine yer verilmeyip kişinin görüş oluşturma ve açıklama yeteneğine işaret edilmiştir. Bu sebeple bu ifadenin ayırt etme gücü şeklinde dar yorumlamaya tabi tutulmaksızın değerlendirilmesi de mümkündür. Kısıtlı, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak görüşünü açıklasa dahi vasi bu görüşe göre karar vermek zorunda değildir. Sadece bu görüşü dikkate almak ile yükümlüdür.¹⁰³

Biyotıp Sözleşmesi'nin 7. Maddesi

“Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla 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.”

şeklindedir.¹⁰⁴ Bu maddeden de anlaşılacağı gibi akıl hastalığı sebebi ile ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve kısıtlılara, rızaları bulunmasa da akıl hastalıklarının tedavisi ile sınırlı olmak kaydıyla bu hastalığın tedavisinin gerektirdiği tıbbi müdahalelerde bulunulabilecektir.

TMK m.462; *“Aşağıdaki hallerde vesayet makamının izni gereklidir: ... Vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi...”* şeklindedir.¹⁰⁵ Bu nedenle vesayet altındaki kişinin sağlık kurumuna yerleştirilmesi için sadece vasinin rızası yetmemekte ayrıca vesayet makamının onayı da aranmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki kısıtlı olmayan kişilere rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecek hallerde küçük ve kısıtlılara da yasal temsilcilerinin rızası aranmaksızın müdahalede bulunulabilir.¹⁰⁶

2.2.3 Geçici Ehliyetsizlik Halleri

Yukarıda açıklandığı üzere tam ehliyetli olan kişilerin tıbbi müdahaleye rıza göstermeleri konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak tam ehliyetli olan kişiler de geçici ehliyetsizlik olarak adlandırılabilen uyku hali, bilinç kapanması, ayırt etme gücünü etkileyen hastalık gibi bazı durumlarda tıbbi müdahaleye rıza verme ehliyetine sahip olmayabilirler. Bu durumların ortaya çıktığı hallerde tam ehliyetli kişilerin tıbbi müdahaleye rıza gösterme hususunda yetkili olmadıklarını ifade etmek

¹⁰³ Emel BADUR 2017, age, s. 146.

¹⁰⁴ Biyotıp Sözleşmesi m.7.

¹⁰⁵ TMK m.462.

¹⁰⁶ Emel BADUR 2017, age, s. 148;

mümkündür. Her somut olay hekim tarafından ayrı ayrı değerlendirilerek gereken işlemler yapılmalıdır.¹⁰⁷

2.3 YASAL TEMSİLCİNİN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZASININ İNCELENMESİ

2.3.1. Velayet ve Vesayet Yetkisinin Kullanılması

Yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak rıza beyanında bulunması için, müdahalenin ayrıntıları ile ilgili bilgi sahibi olması kısacası aydınlatılması gerekmektedir. Aydınlatma tıbbi müdahaleden önce yasal temsilciye değerlendirmesi için makul süre verilecek şekilde yapılmalıdır. Yasal temsilci bu aydınlatma doğrultusunda rıza verebileceği gibi rıza vermekten kaçınabilir veya verdiği rızayı daha sonra geri alabilir.¹⁰⁸

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklara yapılacak tıbbi müdahaleler açısından velayet yetkisi önem taşımaktadır. Velayet yetkisini düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 336. Maddesi;

“Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

şeklindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 337. maddesi ise

“Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.”

şeklindedir.¹⁰⁹ Kanun hükmü oldukça açık olup velayet altına bulunan küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde anne ve babanın rızası aranmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerde rıza konusunun yukarıda ayrıntılı olarak incelenmesi ve görüşlerin ifade edilmesi sebebiyle bu başlık altında tekrar açıklama yapılmayacaktır.

Buradaki önemli nokta anne ve babanın çocuklara yönelik tıbbi müdahalelerde fikir ayrılığına düşmeleri durumunda ne yapacakları hususudur. Kanunda bu durumu düzenleyen açık bir ifade bulunmamaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesi gereğince uyuşmazlığın ortaya çıktığı durumlarda anne ve baba, hakimden

¹⁰⁷ İlhan GÜLEL 2018, age, s. 102.

¹⁰⁸ age s. 110.

¹⁰⁹ TMK m.336, m.337.

karar alınmasını isteyebilir.¹¹⁰ Bu duruma örnek olarak babanın sağlıklı çocuğunun hasta olan üvey çocuğuna kemik iliği bağıışı yapmasına karşı çıkmasına rağmen annenin bu bağıışa rıza göstermesi ve fikir ayrılığı sebebiyle mahkemeye başvurusu, mahkemenin ise annenin rızası doğrultusunda karar vermesi durumu verilebilir.¹¹¹

Yasal temsilcinin olmadığı veya bulunamadığı hallerde rızalarının aranmayacağı hususu kanunda düzenlenmiştir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. Maddesi "*Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir*" şeklindedir. Yasal temsilcinin olmadığı haller küçüğün, anne ve babasının hayatını kaybettiği ve yasal temsilcinin ise henüz atanmadığı haller olarak değerlendirilmelidir. Yasal temsilcinin bulunamaması ise, tıbbi müdahaleye yasal temsilci tarafından rıza verilmesini gerektiren durumlarda temsilcinin hali hazırda bulunamadığı haller olarak değerlendirilmelidir. Her iki durumda da tıbbi müdahalenin riskleri ve aciliyeti değerlendirilmeli ve müdahale ona göre yapılmalıdır. Önemli risk taşımayan veya aciliyeti bulunan bir tıbbi müdahale söz konusu ise yasal temsilci beklenmemelidir. Ancak acil olmayan veya önemli risk taşıyan tıbbi müdahaleler için yasal temsilcinin beklenmesinde yarar olduğu ifade edilebilir.¹¹²

Önemle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda yasal temsilcinin rıza göstermesinin açıkça yasaklandığı durumlar vardır. 03/06/1979 tarihinde resmi gazetede yayımlanan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi "*On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.*" şeklindedir.¹¹³ 18 yaşının altındaki kişiler organ ve doku nakline rıza gösteremeyecekleri için yasal temsilcileri de bu konuda rıza açıklamaya yetkili değillerdir.

2015/2521 sayılı şikayet üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vermiş olduğu 31.12.2015 tarihli kararı¹¹⁴ oldukça önemlidir. Başvuru ve karar metni şu şekildedir:

"Kurumumuza Çocuk İnternet Sayfasındaki (www.kdkcocuk.gov.tr) adresten başvuru formu doldurarak başvuran A.A., dış ağrısı sebebiyle okuldan hastaneye gittiğinde yanında velisi olmadığı için hastane idaresi tarafından 18 yaşından küçük olduğu için

¹¹⁰ Emel BADUR 2017, age, s. 123; Hakan HAKERİ 2020, age, s. 383.

¹¹¹ age s. 383.

¹¹² age s. 384.

¹¹³ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.5.

¹¹⁴ <https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/2016/04/04/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki/index.html?theme=the-box>, E.T. 16.10.2019.

kendisine barkod verilmediği ve kayıt aşamasına geçemediği... bu nedenle sıkıntı yaşadığını belirterek, çocukların kendi başlarına sağlık hizmeti alabilmeleri talebi ile kurumumuza başvurdu. Başvuruyu değerlendirmemiz sonucunda;...; A.A.'nın, 18 yaşından küçük olduğu için yanında kanuni temsilcisi olmaksızın dış tedavisini yaptırması durumunun; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi ve ülkemizin kabul ettiği Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi hükümlerine uymadığı anlaşılmıştır...

Sonuç olarak; 15 yaşını dolduran çocukların yanlarında kanuni temsilcileri olmadan sağlık hizmeti almaya sosyal yaşama ilişkin durumları dikkate alınarak sağlıkta, çocuğun yüksek yararına uygun kararların mevzuata dönüştürülmesi bakımından Sağlık Bakanlığı'nca ilgili Kurum ve Kuruluşlarına genelge hazırlayıp yollaması, yine aynı Bakanlıkça kararda geçen mevzuat konusunda da mevzuatta değişiklik yapılması için kanun tasarısı hazırlanarak, Başbakanlığa sunulması yönünde tavsiyede bulunuldu."

Karar incelendiğinde çocuğun talebinin kabul edilebilir olduğu ifade edilerek gerekli mevzuat değişikliklerinin yapılması gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir. Hakeri'ye göre¹¹⁵ anılan kararda Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da değişiklik yapılmasının öngörülmesi isabetli olmakla beraber sorunun çözümün genelge ile yapılması mümkün değildir. Uluslararası durum bakımından yapılan tespit doğru olsa dahi ayrı bir yönetmelik düzenlenmeksizin asıl olanın veli ve vasi rızası olarak düzenlenmesidir. Ancak önemli risk taşımayan ve aydınlatma sorunu yaşanmayan müdahalelerde çocuğun menfaati göz önünde bulundurularak ayrıca veli ve vasi rızasına gerek duyulmamalıdır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi hususuna ilişkin olarak yapılacak son değerlendirme yapılacak tıbbi müdahaleyi olası riskleri ile kavrama ve tıbbi müdahaleye karar verme yeteneğine sahip olmayan küçük ve kısıtlılar bakımından mevzuattaki düzenlemenin korunması; Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde düzenlenen küçükler ve kısıtlılar bakımından kanunun ve yönetmeliğin mutlak şekilde veli ve vasinin izninin aranması hususunun doğru olmadığı ifade edilerek bu kuralın değiştirilmesi şeklindedir. Yapılacak tıbbi müdahaleyi olası riskleri ile kavrama ve tıbbi müdahaleye karar verme yeteneğine

¹¹⁵ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 385-387.

sahip olan küçük ve kısıtlıların tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmelerinin mümkün olduğu kabul edilerek yapılacak yeni düzenlemeler bu doğrultuda yapılmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından onaylanmış bulunan ve bir iç hukuk düzenlemesi niteliği taşıyan Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtildiği gibi yapılacak tıbbi müdahaleyi olası riskleri ile kavrama ve tıbbi müdahaleye karar verme yeteneğine sahip olmayan küçük adına rıza vermeye yetkili olan veli ve vasinin, bu rızaya ilişkin görüşünü açıklarken küçüğün iradesini de göz önünde bulundurması gerekmektedir.

2.3.2 Yasal Temsilcinin Rıza Göstermemesi

Yasal temsilcinin kişinin hak ve menfaatlerini gözeterek karar alacağı varsayımıyla hareket edilmiş ve temsilci rızası ile yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olacağı düzenlenmiştir. Yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi durumunda temsil edilen kişinin menfaatinin korunması gerekmektedir.¹¹⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. Maddesi;

“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.”

şeklindedir.¹¹⁷ Madde gereğince müdahalede bulunulmasının gerekli olduğu hallerde yasal temsilci müdahaleye rıza göstermiyor ise, velayet veya vesayet altındaki kişiye bu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi mahkeme kararına bağlı olacaktır. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim bu durumda mahkeme kararını beklemelidir. Ancak küçük veya kısıtlı açısından hayati bir tehlike söz konusu ise, tıbbi zorunluluk hali ortaya çıkması sebebi ile rıza beklenmeksizin müdahalede bulunulmalıdır.¹¹⁸ Çocuğun anne ve babasından biri tıbbi müdahaleye rıza göstermiyor ise, yukarıda belirtildiği üzere mahkemeden bu hususa ilişkin bir karar alınmalıdır. Ortak velayet söz konusu olduğu durumlarda eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın rıza

¹¹⁶ Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 159; Saibe OKTAY ÖZDEMİR(2016), “Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 145- 146, s. 5.

¹¹⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24.

¹¹⁸ Yakup Gökhan DOĞRAMACI(2017), “Çocuğun Hakları, Tıbbi Uygulamaya Rıza”, *İstanbul Barosu Dergisi Çocuk Hakları Özel Yayını*, s. 195.

göstermekten kaçınıyor ise aynı şekilde mahkemeye başvurulmalı ve gerekirse ortak velayetin sonlandırılması talep edilmelidir.

Çocuğun menfaati kavramı ile yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi hususu yakından ilişkilidir. Çocuğun menfaati kavramı Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ de “*çocuğun yüksek yararı*” şeklinde; Çocuk Koruma Kanunu’nda “*çocuğun yararı ve esenliği*” şeklinde ve Türk Medeni Kanunu’nda “*küçüğün yararı*” şeklinde ifade edilmiştir. Çocuğun menfaati kavramından anlaşılması gereken, çocuğun yetişkin bir birey olması halinde kendisi ile ilgili herhangi bir konuda kendi yararını düşünerek nasıl hareket edecekse, şuan için çocuk adına karar vermeye yetkili olan yasal temsilcinin de aynı yönde hareket etmesi hususu olarak algılanmalıdır. Çocuğun, çocuk olması sebebi ile öngöremediği ancak kendi yararı için çözüm olarak kabul edilebilecek iradenin anne, baba veya yasal temsilcisi tarafından ifade edilip çocuğun menfaatinin üstün tutulması ve çocuk yararına hareket edilmesi gerekmektedir. Tıbbi açıdan uygulanması gerekli bir müdahaleye anne, baba veya yasal temsilcinin; çocuğun yararını gözetmeksizin kişisel çıkarlar, tarafların inatlaşması veya batıl inançlar sebebi ile rıza göstermemesi durumunda öncelikli olarak “*hakkın kötüye kullanılması*” hususu karşımıza çıkacaktır. Bu durumda Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanımı düzenlemesi ve 346. maddesinde yer alan çocuğun korunmasına ilişkin hükümler uygulanabilecektir.¹¹⁹ Bu hükümler hakime küçüğün şahsına ve sağlığına ilişkin ihlal ve tehlikelerin varlığı halinde çocuğa ve veliye talimat verme, verdiği talimatları denetleme, talimatlarının uygulanması için denetçi atama gibi bir çok yetki vermektedir. Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu ve buna uygun olarak düzenlenen Çocuk Koruma Kanunu’na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik’te düzenlenen tedbirlerin de alınması mümkündür. Vesayet altındakiler için ise, Türk Medeni Kanunu’nun 487. maddesinde vesayet makamını görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için diğer önemlerinde alınabileceği belirtilmiş hatta bu konuda hakime bir yükümlülük yüklenmiştir. Çocuğun yararına aykırı hareket eden ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen anne, baba veya yasal temsilcinin sahip olduğu yetkilerin kaldırılması uygun olacaktır. Çocuğa karşı yükümlülüklerin ağır derecede

¹¹⁹ Rona SEROZAN(2005), *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.284, 292; Zeynep ATEŞ 2010, agt, s. 86-89.

savsaklanması olarak da değerlendirilebilen bu durum, kusura dayalı olarak velayetin kaldırılmasına sebep olacaktır.¹²⁰

2.4 RIZA EHLİYETİ OLMAYAN KİŞİNİN YASAL TESMİLCİSİNİN DE BULUNMAMASI DURUMUNDA RIZA

Ayırt etme gücünü kaybetmiş kişiye henüz yasal temsilci atanmamış veya atanmakla birlikte yasal temsilci hazır bulunamamış ya da kişinin ifade gücü mevcut değil ise rızanın kim tarafından ve nasıl verileceği hususu uygulamada önem taşımaktadır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi incelendiğinde, kişinin ifade gücünün mevcut olmadığı hallerde rızanın aranmayacağı ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi gerektiğinin ifade edildiği görülecektir. Bu maddeler genel kabul edilen görüşe göre¹²¹ genel nitelikli maddeler olmaları sebebi ile tıbbi zorunluluk gerektiren ve acil durumlarda uygulanmalıdır. Acil durumlar olarak değerlendirilen haller dışında kişinin ayırt etme gücünü kaybettiği durumlarda yasal temsilcinin atanması gerekmektedir. Ancak bu atama için makamlardan karar alınması gerekmekte olup bu karar almak işlemi de zaman almaktadır. Bu zaman zarfında aile üyelerinin kişiyi temsil etmeye yetkili olması uygulama açısından kolaylık sağlayacaktır. Bu halde kişinin varsayılan rızasının ifade edilmesi söz konusu olabilecektir. Her ne kadar bazı uygulamalarda seçenekler arasında karar verilebilmesi için hekimin danışma zorunluluğu bulunmasa da uygulamada hekimlerin yapılacak tıbbi müdahale için kişinin kendi görüşünün alınmadığı hallerde yakınlarının görüşüne başvurulduğu görülmektedir. Örnek olarak, verruka vulgaris¹²² hastalığı ile dermatoloji hekimine başvuran hastaya, tıbbi müdahale şeklinin kriyoterapi¹²³ mi yoksa salisilik asit içeren ilaçla mı tedavi edileceğinin danışılması durumu verilebilir.

¹²⁰ Abdulkerim YILDIRIM 2021, age, s. 159.

¹²¹ Saibe OKTAY ÖZDEMİR(2010), "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C.II, s. 1349.

¹²² Tıp dilinde "verruka vulgaris"; halk arasında "siğil" olarak adlandırılan hastalık, derinin üst tabakasına ve mukozalara yerleşen HPV (human papilloma virus) enfeksiyonuna bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

¹²³ Dermatologların ve Jinekologların, cerrahiye gerek kalmadan, derideki lezyonları tedavi etmek için kullandıkları dondurma yöntemine denir.

Aile üyelerinin rıza konusunda yetkili kılınması durumunda izlenecek yol ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 14. maddesi kıyasen bu durumda da uygulanabilir.¹²⁴ İlgili madde;

“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.”

şeklindedir.¹²⁵

Yakın kavramından anlaşılması gereken, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 14. maddesinde belirtilen ifadeden hareketle sırasıyla kişinin eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden biridir. Bu kişilerin olmaması durumunda ise başvurulacak yakınların kimler olduğu Kanunda tam ve açık olarak ifade edilmemiştir. Yakın kavramı ile sadece hısımlık ilişkisinin bulunduğu kişiler mi yoksa iş arkadaşı, ev arkadaşı veya zamanının önemli bir bölümünü geçirdiği kişiler mi sayılmak istenmiştir? Hayatın olağan akışına uygun olarak kişinin hayatı için önem taşıyan kişilerin yakın olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu noktada kanun koyucunun düzenlemesi her ne kadar bazı noktalar açısından eleştiriye açık olsa da genel anlamda bu düzenlemenin organ ve doku nakline ilişkin gösterilecek rızanın alınmasında kolaylık sağladığı aşıkardır. Bu düzenleme ile muhtemel gecikmelerin önüne geçilmesi amaçlanmış olabilir.¹²⁶

Belirtmek gerekir ki rızanın geri alınması durumunda rıza eş tarafından verildi ise, geri almaya yetkili kişi de eş olacak; rıza reşit çocuklar tarafından verildi ise rızayı geri almaya yetkili kişiler reşit çocuklar ve eş olacaktır. Ayrıca anne-baba tarafından verilen rızanın geri alınmak istenmesi durumunda da yetkili kişiler eş, reşit çocuklar ve anne-baba olacaktır. Çalışmanın tamamında yakın kavramından anlaşılması gereken kişiler bu şekilde ifade edilmektedir.

¹²⁴ Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 162.

¹²⁵ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.14.

¹²⁶ Ahmet GÖKCEN(2000), “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, s. 77.

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin bilinci kapalı ve aile üyeleri arasında görüş ayrılıkları bulunuyor ise rızanın ne şekilde verileceği problem oluşturmaktadır. Bir görüşe göre¹²⁷ hekim kişinin varsayılan rızasını araştırmakla yükümlüdür. Bu nedenle kişinin iradesini en doğru şekilde ifade edebilecek aile üyesinin hekim tarafından araştırılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken kan bağı yakınlığı değil yaşam yakınlığına bakılmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi bilincin kapalı olduğu acil durumlarda ve belirtilen hallerle sınırlı olmak kaydıyla yapılacak tıbbi müdahaleden önce hasta yakınların bilgilendirilmesi bu durum mümkün değilse tıbbi müdahale yapıldıktan sonra yakınlarla bildirim yapılması gerektiğini

“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.”

şeklinde ifade etmektedir.¹²⁸

Tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin kendisine iradi temsilci ataması durumunda bu iradi temsilcinin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılacak müdahalelerde karar alma yetkisinin olup olmadığı hususu bir tartışma konusudur. Bir görüşe göre¹²⁹ ayırt etme gücüne sahip olan kişi gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için bir başkasına yetki verememektedir. Rıza gösterilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için bu hakkın bizzat kullanılması gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre ise,¹³⁰ hasta tasarrufu¹³¹ olarak adlandırılan bu durumda kişi rıza ehliyetini kaybettiği dönem için kendisine iradi bir temsilci atayarak tasarrufunun yerine

¹²⁷ Saibe OKTAY ÖZDEMİR 2010, age, s. 1350.

¹²⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24

¹²⁹ Saibe OKTAY ÖZDEMİR 2010, age, s. 1335; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 165.

¹³⁰ Emel BADUR 2017, age, s. 87.

¹³¹ Hasta tasarrufu, kişinin ayırt etme gücünü kaybettiği döneme ilişkin kendisine uygulanmasına rıza gösterdiği veya gerçekleştirilmesini yasakladığı tıbbi müdahaleleri, bu müdahalelerin türlerini ve ölçütlerini belirlediği irade açıklamasıdır. Bu duruma örnek olarak, kanser hastası kişinin, durumunun ağırlaşması halinde yoğun bakıma alınmaması isteğini önceden belirtmesi durumu verilebilir.

getirilmesi için temsilcinin rıza açıklamasına izin verebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle kişiye tıbbi müdahalelere rıza göstermesi amacıyla iradi temsilci atayabilme hakkı tanınmıştır. Temsilcinin temsil olunana zarar vermemesi amacıyla ölüm tehlikesi yaratabilecek tıbbi müdahaleler bakımından mahkemeden izin alınması şartı da getirilmiştir. Ancak hukukumuzda böyle bir düzenleme hali hazırda bulunmamaktadır. Biyotıp Sözleşmesi gereği hukukumuzda da temsil yetkisine ilişkin düzenlemelerin yapılması uygun olabilir.¹³² Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. Maddesi;

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

şeklindedir. Ancak madde metninden bu isteklerin ne şekilde açıklanması gerektiği anlaşılamamaktadır. Maddenin yazılış amacı kişinin yasal temsilcisi, iradi temsilcisi ya da yakınlarına açıkladığı isteklerinin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak göz önünde bulundurulması olabilir. Bu konu ile ilgili olarak bir yasal düzenleme yapılması uygun olacaktır.

2.5 HASTA TASARRUFU

Doktrinde “*Hasta Vasiyeti*”¹³³, “*Hastanın Tasarrufi İşlemi*”¹³⁴ gibi kavramlarla da ifade edilen “*Hasta Tasarrufu*” terimi, kişinin ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, kendisine uygulanabilecek tıbbi müdahalelerin hangisine rıza gösterip hangisine rıza göstermediğini; ayırt etme gücüne sahipken açıklaması olarak ifade edilebilir.¹³⁵

Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. Maddesi;

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

¹³² Saibe OKTAY ÖZDEMİR 2010, age, s. 1351; Ayça ÇAKAL 2018, age, s. 165.

¹³³ Rona SEROZAN ve Baki İLKAY ENGİN (2014), Miras Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 286; S.Hülya İMAMOĞLU(2016), “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.1, s. 199.

¹³⁴ İbrahim KAPLAN(2016),“TMK'nın Vesayete İlişkin Hükümleri ve Uluslararası Vesayet Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, *Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.1, S.1, s.111.

¹³⁵ S.Hülya İMAMOĞLU 2016, agm, s. 199.

şeklindeki ifadesiyle hasta tasarrufunu açıklamıştır.¹³⁶ Madde metninde dikkat edilmesi gereken en önemli ifade, hastanın isteklerinin göz önüne alınacağı hususudur. Önemle belirtmek gerekir ki bu düzenlemeden çıkarılacak sonuç biraz sonra açıklanacağı gibi, hasta tasarrufunun mutlak bağlayıcılık taşımadığı hususudur.

Hukukumuz açısından bakıldığında Biyotıp Sözleşmesi'nin yanı sıra, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “ *Hastanın Rızası ve İzin* ” başlığını taşıyan 24. Maddesinde hasta tasarrufu

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

şeklindeki ifade ile yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Hasta, aniden gelişebilecek ayırt etme gücü kaybı nedeniyle rıza ehliyetinin bulunmayacağı durumlarda, kendisi hakkında yasal yollara başvurulması veya uygulamada karşımıza çıktığı gibi, fiilen hazır bulunmaları halinde yakınlarından alınacak rıza ile ya da bu durum bile olmaksızın tıbbi müdahalede bulunması yerine, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanıp kendisine tıbbi temsilci atayarak, yapılacak tıbbi müdahalelere ilişkin kararların atadığı tıbbi temsilci tarafından verilmesini isteyebilecektir. Hastanın kendi isteği doğrultusunda atayacağı bu tıbbi temsilci ile ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselere atanan vasi karşılaştırıldığında, tıbbi temsilcinin hastayı daha iyi tanıdığı ve hastanın güvendiği bir kimse olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.¹³⁷

Hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahalelere ilişkin rızasını ifade eden hasta tasarrufu, kural olarak bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılık ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, ilerde ayırt etme gücü kaybı ortaya çıksa bile korunmuş olacaktır. Ancak bu bağlayıcılık, hastanın tasarrufundan dönmesi durumunda son bulacaktır.¹³⁸ Bu durumun yanı sıra hasta tasarrufunun bağlayıcılığı hususuna bir takım eleştiriler de bulunmak da mümkündür. Hasta tasarrufundan dönmek istemiş ancak dönme iradesinin açıklanmasına fırsat bulamadan ayırt etme gücünü kaybetmiş veya dönme iradesinin bir takım nedenlerle gizli kaldığı durumlarda; hastanın gerçekte var olmayan bir iradesi mevcut olacak ve bu iradeye dayanılarak yapılacak ya da yapılmayacak tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda çelişki ortaya

¹³⁶ Biyotıp Sözleşmesi m.9.

¹³⁷ Emel BADUR 2017, age, s. 94.

¹³⁸ S.Hülya İMAMOĞLU 2016, agm, s. 204.

çıkabilecektir. Ayrıca hasta, tıp alanında yaşanacak gelişmeleri öngörememiş ve bu şekilde iradesini açıklamış da olabilir. Bu nedenle hasta tasarrufunun mutlak bağlayıcı olarak değerlendirilmesi bazı olumsuz sonuçlara yol açabilir. Sonuç olarak bu gibi durumların mevcut olabileceği düşünülerek hasta tasarrufu göz önünde bulundurulmalı ve söz konusu somut olay da dikkate alınmalıdır.

Hasta, bir tasarrufta bulunarak kendisine tıbbi temsilci atadı ise, temsilci yapılan tasarrufta düzenlenen hususlara uygun davranacaktır. Tasarrufta belirtilmeyen hususlarda ise, temsilcinin kararına göre hareket edilmesi mümkündür. Temsilcinin kararına göre hareket edilmesi gereken durumlarda, temsilci hayatın olağan akışına uygun olarak somut olayı göz önünde bulunduracak ve gerekli aydınlatılmanın yapılması üzerine hastanın yararını gözeterek karar verecektir. Bu durumda ise temsilci üçüncü kişi yararına yapılacak olan tıbbi müdahaleye rıza göstermiş veya göstermemiş olacaktır.

BÖLÜM III

ORGAN VE DOKU NAKLİNDE RIZA

3.1 ORGAN, DOKU VE İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE KAVRAMLARI

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Kanunu'nda “Organ” ve “Doku” kavramlarına yer verilmemiştir. Türk Dil Kurumu'na göre organ “Vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü” olarak tanımlanmıştır.¹³⁹ Dokuların birleşmesinden meydana gelen organ bu dokuların yaptıkları görevlere göre farklı adlar almıştır. Örnek olarak, solunum görevini gerçekleştirmek için bir araya gelen dokuların solunum organlarını oluşturması durumu verilebilir. Dokuların organ oluşturabilmesi için sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.¹⁴⁰ Deri, akciğer, pankreas, karaciğer, rahim, mide birer organ vasfı taşımaktadır.¹⁴¹

Türk Dil Kurumu'na göre doku, “Bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü” olarak tanımlanmıştır.¹⁴² Doku, aynı zamanda çok hücreli canlılarda yapı ve fonksiyon itibariyle birbirine benzeyen ve anatomik yapıları itibariyle bütünlük taşıyan anatomi unsurlarından meydana gelen bir yapı olarak da tanımlanabilir.¹⁴³ Kıkırdak, kemik iliği, kan, kas, kas ve bağ dokuları,

¹³⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr>, ET. 03.03.2019.

¹⁴⁰ Ahmet GÖKCEN ve Murat BALCI(2013),“Organ ve Doku Ticareti Suçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/804134>, s.114, ET.19.10.2019; Dilek ÇAVUŞOĞLU 2020, age, s. 178; Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s.7.

¹⁴¹ Şahin AKINCI 1996, age, s. 10; Cemal ÖZTÜRKLER (2006), *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Doğan Tazminat Davaları*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 217; Dilek ÇAVUŞOĞLU 2020, age, s. 178.

¹⁴² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr>, ET. 03.11.2019.

¹⁴³ Muharrem ÖZEN(2016), “Organ Ticareti Suçu”, *İçinde, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ed. Kemal Şenocak, Matias Rohe, Ali Yarayan, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, S. 2, s. 22.

doku olarak nitelendirilmektedir.¹⁴⁴ Önemle belirtmek gerekir ki kornea da bir doku çeşididir. Ancak diğer dokulardan farklı olarak Organ ve Doku Alınması, Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'a göre ölüden kornea alınmasında rıza bakımından farklılık vardır; rıza alınmadan bu dokuların nakilleri yapılabilmektedir.

Organ ve doku naklinin bir türünü oluşturan kompozit doku nakli, Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nde;

“Vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan kompozit doku nakli ameliyesi”

olarak tanımlanmıştır¹⁴⁵. Kompozit doku nakli daha açıklayıcı bir ifade ile doku vericisi tarafından verilen; yüz, el, ayak parmakları, karın duvarı gibi birden fazla doku tiplerini içeren sağlam doku parçalarını ya da tamamını onarım veya değiştirme amaçlı olarak alıcının hasarlı veya çalışmayan dokusu yerine koymak suretiyle hasarlı bölgenin kanlanması, hareket ve duyu kazanmasını sağlayan, nakil sonrası hastalık oluşumunu azaltmak için alıcının bağışıklık sistemini baskılayan ilaçlar kullanmasına neden olan nakildir.¹⁴⁶ Bir sonraki başlık altında bu husus ayrıntılı olarak incelenecektir.

Dokular birbirine benzeyen hücre ve liflerin birleşmesinden meydana gelirken organlar ise dokuların birleşmesinden meydana gelmektedir. Kan, sperm, kemik iliği gibi doku olarak kabul edilen maddelerin kendini yenileme özelliğine sahipken deri haricindeki organlarda bu durum mümkün değildir. Organların görevleri belirli sınırlar içerisinde kalırken dokular açısından bu belirlemeyi yapmak mümkün olmamaktadır.¹⁴⁷

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'da organ ve doku tanımları yer almamaktadır. Kanun'un 2. Maddesi; *“Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.”* şeklindedir. Bu ifadeden hangi

¹⁴⁴ Hazal ALGAN(2017), *Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Nakli Suçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 45.

¹⁴⁵ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi ilgili hükümleri.

¹⁴⁶ Emel BADUR 2017, age, s. 318; Burcu GÖRKEMLİ(2013), “Kompozit Doku Nakli”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S:2, Kayseri, s. 798.

¹⁴⁷ Ahmet TAŞKIN(1997), *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 1.Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, s. 1; Şahin AKINCI 1996, age, s. 11; Hazal ALGAN 2017, agt s.46; Dilek ÇAVUŞOĞLU 2020, age s. 179; Murat AYDIN(2008), *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.4.

organizmanın organ hangi organizmanın doku olarak ifade edileceği anlaşılmayıp insan organizmasında bulunan her türlü parçaya organ ve doku nitelendirilmesi yapılabilmektedir.

İnsan kökenli biyolojik madde kavramından insana ait her türlü madde anlaşılmaktadır. Kalp, akciğer, karaciğer, göz gibi organların yanı sıra kan, sperm, kemik iliği gibi dokular ve vücuttaki kıllar ile tırnaklar da biyolojik madde olarak ifade edilmektedir. İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin hukukumuzdaki yasal düzenlemeler Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile 27/10/2010 tarihide Resmi Gazetede yayımlanan İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. İnsan kökenli biyolojik madde kavramı içinde ele alınan varlıklar: Organ, doku ve hücrelerdir. Bu bağlamda yukarıda ifade edilenlere ek olarak kök hücrelerin de insan kökenli biyolojik madde kapsamında değerlendirildiği ifade edilebilir.¹⁴⁸

3.2 ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

3.2.1 20. Yüzyıldan Önceki Durum

Organ ve doku nakli 20. yüzyılın en önemli olaylarından biridir. Organ ve doku naklinin tarihi oldukça eski olmakla birlikte bu nakillerin temelleri 20. yüzyıldan önce atılmıştır. Organ ve doku nakli ile hedeflenen amaç, görevini yerine getiremeyen organ ve dokuların alınarak yerlerine sağlıklı organ ve dokuların konulmasıdır.¹⁴⁹

Ortaçağda Komaz ve Daiman isimli cerrahlar bir hastanın hastalıklı bacağına alarak ölen bir kişinin bacağına nakletmişlerdir. “*Siyah bacak mucizesi*“ olarak adlandırılan bu durumun milattan sonra 348 yılında Egea şehrinde gerçekleştirildiği düşünülmektedir.¹⁵⁰ Terzioğlu'na göre¹⁵¹ o dönem de kan ve organ gruplarının, dikiş tekniği ve anestezi yöntemlerinin bilinmemesi sebebi ile bu tıbbi müdahalenin başarılı olması mümkün değildir.

¹⁴⁸ Arif Barış ÖZBİLEN(2011), *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.8; İpek Sevda SÖĞÜT(2018), “Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1734>, s. 40, ET. 20.10.2019.

¹⁴⁹ Arslan TERZİOĞLU(1994), “Organ Transplantasyonu ve Etik“, *Tıbbi Etik Yıllığı III, I.Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Bildiriler*, İstanbul, s. 50; Türkan KASAPOĞLU HALICI(2009), *Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Nakline İlişkin Suçlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, s. 3.

¹⁵⁰ Şahin AKINCI 1996, age, s.1; Türkan KASAPOĞLU HALICI 2009, agt, s. 3.

¹⁵¹ Arslan TERZİOĞLU 1994, agm, s. 51.

Ortaçağ'a ait olan kiliselerde bulunan tablo ve kabartmalarda başkalarına ait olan takma kol ve bacakların tasvir edildiği düşünülmektedir.¹⁵² 2000 yıl önce Hindistan'da vücuttan parçalar alınarak yüzdeki kusurların örtüldüğü; ince bağırsaktan alınan parçalarla ise sindirim sistemine ve idrar yollarına müdahaleler yapıldığı düşünülmektedir.¹⁵³

Rönesans Döneminde burnunu kaybeden bir adama Gaspare Tagliacozzi tarafından kolundan parça aktararak deri nakli yapılmış ve bu naklin mümkün olduğunu ispatlamıştır.¹⁵⁴

Organ naklinin öncülerinden olarak bilinen John Hunter, ilk bilimsel denemeleri hayvanlar üzerinde 18. yüzyılın sonlarından gerçekleştirmiştir.¹⁵⁵ Ayrıca 18. yüzyılda her ne kadar frengi mikrobunun yayılması ihtimali de olsa insandan insana diş nakilleri de yapılmıştır. 1787 yılına ait "*Transplanting of teeth*" isimli bir resmi belgede bu husus belgelemektedir. Aynı zamanda bu dönemde Franz Heizinger ilk kornea naklini de gerçekleştirmiştir.¹⁵⁶

20. yüzyıldan önce küçük çaplıda olsa insan kökenli biyolojik madde nakli çalışmaları da yapılmıştır. Bu doğrultuda yapılan ilk çalışma ise 1780-1799 yılları arasındaki sperm nakli denemeleridir.¹⁵⁷

3.2.2 20. Yüzyıldan Sonraki Durum

1900'lü yıllarda Karl Landsteiner, kan gruplarına ilişkin çalışmalar yaparak kan grupları ile kan dolaşımı arasındaki bağlantıyı keşfetmesi neticesinde organ ve doku nakillerinde büyük bir gelişme yaşanmıştır.¹⁵⁸ İnsanlar üzerindeki ilk böbrek nakli 1933 yılında Rus Voronoy tarafından gerçekleştirilmiş olup sonuçları 1936 yılında yayınlanmıştır.¹⁵⁹

¹⁵² Turgut SENGİR(1968),“Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler”, *Adalet Dergisi*, S.11-12, s.645; Türkan KASAPÖĞLU HALICI 2009, agt, s. 4.

¹⁵³ agt s. 4; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 170.

¹⁵⁴ agt s. 170; Türkan KASAPÖĞLU HALICI 2009, agt, s. 4.

¹⁵⁵ agt s. 4; Arslan TERZİÖĞLU 1994, age, s. 51.

¹⁵⁶ Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 170; Türkan KASAPÖĞLU HALICI 2009, agt, s. 5.

¹⁵⁷ Şahin AKINCI 1996, age, s. 2.

¹⁵⁸ Arslan TERZİÖĞLU 1994, age, s. 51; Türkan KASAPÖĞLU HALICI 2009, agt, s. 5; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 170.

¹⁵⁹ agt s. 171; Şahin AKINCI 1996, age s. 3; Mehmet HABERAL(1993), “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları, Doku ve Organ Transplantasyonları”, *Haberal Eğitim Vakfı*, Ankara, s. 3.

1954 yılında akrabalar arası böbrek naklini başarılı şekilde gerçekleştiren Murray, 1990 yılında bu başarısından dolayı Nobel Ödülü¹⁶⁰ almıştır. Ülkemizde ise bu nakil Mehmet A. HABERAL tarafından 1975 yılında gerçekleştirilmiştir. Aynı şekilde ilk kadavradan böbrek nakli de yine Mehmet A. HABERAL tarafından 1978 yılında gerçekleştirilmiştir.¹⁶¹

İlk kalp nakli ise, 1967'de Cape Town'da, Christian Bernard tarafından gerçekleştirilmiştir. Ülkemizde ise 1968 yılında Kemal Beyazıt ve Siyami Ersek tarafından bu nakil yapılmıştır.¹⁶²

İnsan kökenli biyolojik madde olarak adlandırılan embriyo nakli çalışmaları 1975 yılında başlamış ve 1978 yılında Patrick Steptoe ve Robert Edwards tarafından ilk tüp bebek tekniği denenmiştir.¹⁶³

Ülkemizde de son yıllarda birçok başarılı organ ve doku nakli gerçekleştirilmektedir. Bu nakillerin artması ancak toplumsal bilinç düzeyinin yükselmesi ile mümkün olacaktır.

3.3 ORGAN VE DOKU NAKLINE İLİŞKİN KAVRAMLAR

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre organ ve doku nakli, terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulamasını ifade etmektedir. Bu tanıma göre bu nakil, bağışçı olarak adlandırılan vericiden bir alıcıya iyileşmesi amacıyla doku ve organlarının bir karşılık beklenmeden verilmesidir.¹⁶⁴

Organ ve doku nakli de bir tıbbi müdahaledir. Bu nedenle tıbbi müdahalenin genel kurallarına tabidir. Ancak özelliği gereği tıbbi müdahaleden farklı olarak burada hasta kişinin yanı sıra sağlıklı bir kişinin de bulunması gerekmektedir. Kural olarak, naklin kişi adına bir yararı bulunmaması sebebi ile kişinin rızası da olsa organ ve dokularının bir başka kişiye verilmesi kişilik haklarına aykırı olacaktır. Organ vericisi açısından bir endikasyon bulunmaması sebebi ile kişinin sadece rızasının olması bu tıbbi müdahaleyi tek başına hukuka uygun kılmak için yeterli değildir. Genel hükümler

¹⁶⁰ agm s. 3; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 171; Arslan TERZİOĞLU 1994, age, s. 52; Türkan KASAPPOĞLU HALICI 2009, agt, s. 6.

¹⁶¹ Mehmet HABERAL 1993, agm, s. 4.

¹⁶² Arslan TERZİOĞLU 1994, age, s. 52; Şahin AKINCI 1996, age, s. 3; Türkan KASAPPOĞLU HALICI 2009, agt, s. 6.

¹⁶³ agt s. 6; Şahin AKINCI 1996, age, s. 2.

¹⁶⁴ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 507.

çerçevesinde canlı kişiden organ ve doku alınması mümkün değildir. Bu nedenle organ ve doku nakli hakkında özel düzenlemeler yapılmış ve hukuka ayrılık Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'da yapılan düzenlemeler ile ortadan kaldırılarak organ ve doku nakli hukuka uygun hale getirilmiştir.¹⁶⁵

Doktrindeki tanımlara bakılacak olur ise Akyıldız'a göre¹⁶⁶ organ ve doku nakli, tedavisi mümkün olmayan hastalıklar nedeni ile görev yapamayacak derecede zarar gören organların yerine canlı ya da ölüden alınan sağlam organın hasta olan kişinin organlarının yerine konularak hastanın tedavi edilmesidir. Bu tanımda sadece insandan insana yapılan organ ve doku nakilleri tanımlanmıştır. Ayrıca organ ve doku naklinin yapılabilmesi için kişinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalık dolayısı ile görevini yapamayan bir organa sahip olması gerekmektedir. Kişide doğuştan organ eksikliği var ise bu tanıma göre organ nakli mümkün olmayacaktır.

Özsunay'a göre¹⁶⁷ organ ve doku nakli, bir kişiden bir kişiye veya kişinin kendisinden kendisine hücre, doku ya da organın aktarılmasıdır.¹⁶⁸ Bu tanımda da sadece insan insana yapılan organ ve doku nakilleri tanımlanmıştır. Ayrıca nakil kavramı, alıcı ve verici arasında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi tanımlamakta ve kişinin kendi vücudundan alınan bir organ ve dokunun yine kendi vücuduna aktarılmasını içermemektedir. Bu durum yer değiştirme olarak ifade edilmelidir.

Sert ve Cihan'a göre¹⁶⁹ organ ve doku nakli, insan organizmasında bulunan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının canlı ve ölü vericiden bir alıcıya kanunla belirlenmiş hukuki ve tıbbi kurallara ve şartlara uygun olarak aktarılmasıdır.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi,

"Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, (...) yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir."

¹⁶⁵ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 508; Şafak PARLAK 2009, agm, s. 192.

¹⁶⁶ Sunay AKYILDIZ(2007), "2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu İle Organ Bağışı", *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul, s. 288.

¹⁶⁷ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 9.

¹⁶⁸ Ergun ÖZSUNAY(1977), *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 3.Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, s. 112.

¹⁶⁹ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 13.

şeklindedir.¹⁷⁰ Madde incelendiğinde, naklin sadece bir kişiden başka bir kişiye yapılabileceği sonucu çıkarılamamaktadır. Kanun teşhis, tedavi ve hatta bilimsel amaçlar ile bir kişiden organ ve doku alınmasına da izin vermektedir. Kanun'a göre organ ve doku naklinin uygulama alanı canlı kişilerdir. Hiç hayata gelmemiş embriyodan doku nakli yapılacak ise kanun kapsamına girmeyen bu husus hakkında ayrı bir düzenleme gerekmektedir.¹⁷¹ Ayrıca Kanunun 2.maddesinde açıkça belirtildiği gibi saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfzyonu kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu tıbbi müdahalelere ilişkin olarak yürürlükte bulunan diğer kanunlar ve yönetmelikler uygulanmalıdır. Organ ve doku nakillerine ilişkin temel ayırım; canlı kişiler ile ölüden organ ve doku alınmasına ilişkindir. Bu çalışmada organ ve doku nakilleri bu ayrıma uyularak incelenecektir.

3.3.1 Organ ve Doku Alınması ve Saklanması

Bazıları hariç olmak üzere doku ve organlar oksijensizliğe karşı değişik derecede duyarlılık gösterirler. Genelde çok kısa süren oksijensizlik (Dolaşımın durması) tolere edilebilmesine rağmen birkaç dakikadan fazla sürmesi doku ve organların işe yaramaz hale gelmesine neden olabilir. Bu nedenle genelde arzu edilen organların kalbi atar durumda olan donörden alınmasıdır. Transplante edilen doku ve organlarda başarı şansı artıkça, bunların zarar görmeden mümkün olduğunca uzun süre saklanması ve hatta depolanabilmesi üzerine ilgi yoğunlaşmıştır. Greftin¹⁷² yapısal bütünlüğü ve canlılığın çıkarıldığı andan yeni yerine takılana dek korunabilmesi şarttır. Bunun için temelde iki yöntem mevcut olup; birincisi oksijen ve diğer metabolik gereksinimleri minimale indirmek, ikincisi ise bazı maddeler ile aktif metabolizmayı desteklemektir. Denenmiş çeşitli yöntemler içinde bugün de yaygın olarak kullanılan hipotermi ve organın perfüzyonudur.¹⁷³

Dolaşımın durması halinde dokuların 0-4 derecede canlılıklarını normal vücut ısısına kıyasla on misli fazla koruyabildikleri gösterilmiştir. Basit olarak hipoterminin bile cilt, kornea, böbrek, karaciğer, kalp, pankreas ve kanın saklanmasıdaki faydası kanıtlanmıştır. Organın soğuk bir perfuzat ile yıkanması, yani damarlarından kan

¹⁷⁰ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılınması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.2.

¹⁷¹ Şafak PARLAK 2009, agm, s. 193.

¹⁷² Greft, "bir yerden alınıp diğer bir yere eklenen canlı doku parçası" şeklinde tanımlanmaktadır. Utkan KOCATÜRK(1994), *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, 6.Baskı, Ankara Üniversitesi, Ankara, s.323.

¹⁷³ Koray Sadık ACARLI(1995), "Organ Transplantasyonları", *İçinde, Genel Cerrahi*, Ed. Ünal Değerli, 5. Basım, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, s. 253.

yerine soğuk perfuzatın dolaştırılması organın çok kısa bir sürede istenilen seviyede soğutulmasını sağlar. Halbuki yüzeysel soğutma daha uzun sürmekte ve bu da organın hasar görmesine yol açmaktadır. Hipotermi ile birlikte kullanılan çok çeşitli perfüzyon sıvılarının da doku ve organların saklanması rolü vardır.”¹⁷⁴

3.3.2 Soğuk, Sıcak, Total İskemi Zamanı

Organ alımında esas prensip alınacak organların kan dolaşımının son ana kadar normal bir şekilde sürdürülmesi ve alınacak organa giden kan akımı kesildiği anda (Aortun klampe edilmesi) soğuk sıvı perfüzyonuna başlanmasıdır. Böylece organ veya dokuya oksijen ulaşımı kesilir kesilmez organ soğutulmaya başlanmakta ve iyice soğuduktan sonra çıkartılmaktadır. Bu yöntemle çıkartılan organlar için başlangıçta sıcak iske mi suresi yok edilmektedir. Aortun klampe edilip soğutma işleminin başladığı andan organın buz içinde korunup takılmak üzere buzdan çıkartıldığı ana kadar geçen süreye soğuk iske mi zamanı denir. Organın takılmak üzere buzdan yani soğuk ortamdan çıkartılarak yerine takılıp alıcının kanı ile perfüze edildiği zamana kadar geçen süreye ise sıcak iske mi zamanı denir. Soğuk ve sıcak iske mi zamanlarının toplamı ise total iske mi zamanı adını alır.¹⁷⁵

3.3.3 Verici Kavramı

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda verici, “*Organ doku veya hücrelerin nakledilmek üzere alındığı canlı veya ölü kişiler.*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan vericinin ölü veya canlı kişiler olabileceği sonucu çıkartılmaktadır.

3.3.4 Alıcı Kavramı

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda alıcı, “*Organ doku veya hücrelerin nakledildiği kişiler.*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan alıcının sadece canlı kişiler olabileceği sonucu çıkarılmaktadır.

¹⁷⁴ age s. 253.

¹⁷⁵ age s. 253.

3.3.5 Organ ve Doku Bağışı Kavramı

Organ ve doku bağışı bir kişinin hayattayken özgür iradesiyle kendi ölümünden sonra organ ve dokularının tamamını veya bir kısmını başka hastaların tedavisinde kullanılması için vasiyet etmesidir.¹⁷⁶

3.3.6 Tedavi Kavramı

Tedavi kavramı, organ ve doku nakli için önem taşıyan bir kavramdır. Tedavi en basit hali ile kişinin sağlığını olumlu yönde etkilemeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler bütünü olarak tanımlanabilir.¹⁷⁷ Tedavinin esasında hastalık sayılan bozuklukların giderilmesi veya azaltılması amacı yatmaktadır. Yapılacak tıbbi müdahale, cerrahi müdahale veya psikolojik girişimler olabilir. Zamansal olarak teşhisten sonra gerçekleşen tedavi süreci ¹⁷⁸sağlığın kazanılmasına veya hastalık yada hastalık sayılabilen bir takım tıbbi durumların ortadan kaldırılması amacına yönelik tıbbi müdahaleleri içerir.¹⁷⁹

Beden sağlığı ve ruh sağlığı birbirinden ayrılmaz bir bütündür. Bu nedenle tedavi kavramını hem beden sağlığını hem de ruh sağlığını iyileştirmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler olarak anlamak gerekmektedir.¹⁸⁰

Organ ve doku nakli bakımından da tıbbi müdahalenin tedavi amaçlı olması gerekmektedir. Organ ve doku nakli sadece kişinin maddi anlamda vücudundaki bozukluk ya da hastalığın ortadan kaldırılması için kullanılmamakta aynı zamanda kişisel bir amaca yönelik estetik kaygıların giderilmesi içinde kullanılabilir.¹⁸¹ Buradaki estetik kaygıların tedavi amacı içerisinde olabilmesi için kaygı düzeyinin yüksek olması başka bir anlatımla kaygı düzeyinin kişide psikolojik bozukluğa sebep olabilecek düzeyde olması gerekmektedir.¹⁸²

¹⁷⁶ <https://mehmetakifersoyeah.saglik.gov.tr/TR,66470/organ-bagisi-nedir-.html>, ET. 20.10.2019.

¹⁷⁷ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 10.

¹⁷⁸ Hakeri'ye göre teşhis tedavi kavramı içerisinde değerlendirilmelidir, Bkz. Hakan HAKERİ (2008), "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri", *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, s. 14.

¹⁷⁹ Mustafa Reşit BELGESAY (1953), *Tıbbi Mesuliyet*, 1.Baskı, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, s. 75; Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 10.

¹⁸⁰ age s. 10.

¹⁸¹ Bayraktar'a göre, kişinin hayat kavuşturulması amacını taşımayan nakiller hukuka aykırıdır. Bkz. Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 178.

¹⁸² Mustafa Reşit BELGESAY 1953, age, s. 75; Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 11.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda organ ve doku nakli için önem arz eden tedavi kavramı nakiller için geniş yorumlanmalı ve kişinin psikiyatrik ile psikolojik birtakım rahatsızlıklarını gidermek amacıyla yapılan estetik müdahalelerde kullanılan organ ve doku nakilleri de hukuka uygun olarak değerlendirilmelidir.

3.4 ORGAN VE DOKU NAKLINE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Organ ve doku nakli, tıbbi müdahalenin özel bir türünü oluşturmaktadır. Tıbbi müdahale için yapılan açıklamalar organ ve doku nakli için de geçerlidir. Ancak özelliği gereği organ ve doku nakline ilişkin ayrı düzenlemeler de mevcuttur. Bu duruma örnek olarak, 18 yaş altındaki kişinin organ ve doku naklinde verici olamayacağı hususu verilebilir.¹⁸³

Organ ve doku naklinde tıbbi müdahaleye maruz kalacak taraf alıcı ve verici olmak üzere iki kişiden oluşmaktadır. Bu müdahale verici açısından bir tedavi maksadı taşımamaktadır.

Organ ve doku nakli, beden bütünlüğüne hatta yaşama hakkına doğrudan müdahale sayılabilecek bir tıbbi müdahale türüdür. Bu nedenle naklin hukuksal yönleri incelenirken öncelikle kişilik haklarına olan müdahalenin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kişilik hakkı, insanın kişisel değerleri üzerindeki hakkını ifade etmektedir. Kişisel değerlerin nelerden oluştuğu Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu gibi kanunlarda sınırlı olmayan bir sayımla belirtilmiştir. Bu belirleme doktrin ve mahkeme kararları ile yapılmaktadır. Doktrin ve mahkeme kararları incelendiğinde, kişisel değerlerin değişik sınıflamalara tabi tutulduğu ancak yapılan ortak ayrımın maddi kişisel değerler ve maddi olmayan kişisel değerler şeklinde olduğu görülecektir. Maddi kişisel değerler, kişinin vücut bütünlüğü; maddi olmayan kişisel değerler ise kişinin şeref ve haysiyeti, ismi, duyguları gibi değerlerdir. Bu ayrımlarda organ ve doku nakli, kişinin maddi değerleri içerisinde olan organ ve dokularını hedef almaktadır. Bu değerlere ilişkin hukuka uygun olmayan müdahaleler kişilik haklarını hedef almaktadır.¹⁸⁴

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi de organ ve doku nakli için; *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve*

¹⁸³ Bkz. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi.

¹⁸⁴ Ahmet KILIÇOĞLU(1991), “Organ ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.3, S:2, Ankara, s. 246.

bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.” diyerek muvafakat sınırı getirmiştir. Sözleşme'nin 19. ve 20. maddeleri ise

“Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir. Gerekli muvafakat, Madde 5'te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır.”; “5. maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz. 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.”*

şeklindedir.¹⁸⁵ Anayasa'nın 90. maddesi gereği iç hukuk düzenlemesi sayılan bu hükümler, organ ve doku nakli için çizilen ilk sınırlardır.

Genel nitelik taşıyan Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi incelenecek olur ise madde

“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz. 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.”

şeklindeki düzenlemesiyle kişinin rızası olsa dahi kişilik haklarından vazgeçmeyi yasaklamıştır.¹⁸⁶ Bu madde dolayısı ile bir kimse rızası olsa dahi öldürülemez ve bu sonuca neden olabilecek bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılamaz. Bu nedenle organ ve doku nakli için hukukumuzun ilk çizdiği sınır kişi için hayati tehlike

¹⁸⁵ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.19, m.20.

¹⁸⁶ TMK m.23.

oluşturabilecek, ölümüne sebep olabilecek organ ve dokunun alınmasının yasaklanmasıdır. Ayrıca maddede açıkça belirtildiği gibi insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli kişinin yazılı rızasının bulunması şartına bağlanmıştır.

Organ ve doku nakline hukuken izin verilip verilemeyeceği tartışmaya sebep olan bir konu olmuştur. Önceleri doktrinde organ naklinin hukuka uygunluğu ile ilgili örf adetçe benimsenme, mağdurun rızası, hakkın kullanılması gibi birçok sebep ileri sürülmüştür. Kanun çıkarılmadan önceki dönemde ölen kişinin organlarının alınması ölünün hatırasına ve yakınlarının kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmiş ve bu nedenle tazminat sorumluluğu ortaya çıkmıştır.¹⁸⁷

Türkiye’de organ ve doku nakline ilişkin kanun çalışmaları birçok ülkeye göre daha erken tarihte başlamıştır. Organ ve doku nakline ilişkin düzenlemelerin 1982 yılında Avusturya’da, 1986 yılında Belçika’da, 1989 yılında İngiltere ve Yunanistan’da, 1993 yılında İtalya’da yapıldığı görülmektedir. Ülkemizde 1979 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun ile tartışmalar sona ermiş ve bu tıbbi müdahale hukuksal dayanağa kavuşmuştur. 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu’na kadar yapılan tıbbi müdahalelerde yalnızca 2238 sayılı kanun göz önünde bulundurulsa da günümüzde her iki kanun hükümleri de uygulanmakta olup yapılacak tıbbi müdahaleler bu kanunlar çerçevesinde yapılmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, 1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun belirli konularda uluslararası sözleşme hükümleri ile çelişmekte ve son dönemde çıkan birçok Yönetmelik ile farklı hükümler içermektedir. Bu nedenle Kanun’un İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne uygun hale getirilmesi ve Yönetmeliklerin de yeni yasal düzenlemeye uygun olarak oluşturulması bir gerekliliktir.¹⁸⁸

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 2. maddesinde kanun kapsamı düzenlenmiştir. Madde,

¹⁸⁷ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 509; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt, s. 176, 177; Öztürk AYDIN(2014), *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 20.

¹⁸⁸ Arif Barış ÖZBİLEN 2011, age, s. 341, 342; Gizem GÖZÜBÜYÜK(2016), *Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 62.

“Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.”

şeklindedir.¹⁸⁹

Tanıma göre daha önce belirtildiği gibi kişinin kendisinden kendisine yapılan doku nakilleri, hayvanlardan yapılan nakiller ve yapay organ nakilleri bu kanun kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁹⁰ Kanun kapsamı incelendiğinde kök hücrelerin de organ-doku niteliği taşımaları gereği bu Kanun kapsamına dahil olacağı ifade edilebilir. Ancak kök hücrenin sahibi dışında bir kimseye aktarımı yapılmalıdır. Kişinin kendisinden kendisine yapılan kök hücre uygulamaları nakil kapsamında değerlendirilemeyeceği için Kanun kapsamına da girmeyecektir. Ayrıca yine aynı şekilde, embriyonal ve cenine ait organ ve dokular da kanun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Organ ve doku nakillerine ilişkin olarak bu nakillerin gerçekleştirileceği merkezlerin organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku toplama ünitelerinin açılması, çalışması ve denetimi ile bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların uyması gereken usul ve esasları düzenlemek ve organ ve doku nakil hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken esasları belirlemek için Organ ve Doku Nakil Hizmetleri Yönetmeliği düzenlenmiştir. Yönetmelikte bu amaçla Ulusal Koordinasyon Kurulu, bilim kurulları bölge tıbbi kurulları, bunların oluşumları ve görevleri düzenlenmiştir.

3.4.1 İnsan Vücudundan Ayrılma Durumuna Göre Organ ve Dokunun Hukuki Niteliği

İnsan vücudundan ayrılmamış doku ve organlar vücudun birer parçası olarak varlıklarını sürdürmeleri sebebi ile kişinin kişilik hakkına tabidirler. Vücuttan ayrılmamış doku ve organlara hukuka uygun olmayan yapılacak her müdahale kişilik hakkının ve vücut bütünlüğünün ihlalini oluşturarak hukuki ve cezai sorumluluğa neden olacaktır.

¹⁸⁹ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.2.

¹⁹⁰ Murat AYDIN 2008, age, s.10.

İnsan vücudundan ayrılan doku ve organların hukuki niteliği ise eşya olarak değerlendirilmekte ve bu organlar üzerinde aynı hak kurulabildiği ifade edilmektedir.¹⁹¹

Mülkiyet hakkı, hak sahibine hukuk düzeni sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi veren bir aynı haktır.¹⁹²Sınırlı aynı hak ise, hak sahibine o şey üzerinde kullanma ve/veya yararlanma hakkı veren, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasına ilişkin sınırlamalarla oluşan bir aynı hak türüdür.¹⁹³ İnsan vücudundan ayrılmış doku ve organlar üzerinde mülkiyet hakkının ya da sınırlı aynı hakkın getirdiği yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı hususuna göre, bu doku ve organların niteliği değişecektir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 3. maddesi "*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.*" şeklindedir. Madde ifadesinden de anlaşıldığı gibi kanun kapsamında olan organ ve dokuların ekonomik bir değerinin olması ve bu değer sebebi ile satım gibi karşılık bulunan çeşitli hukuki işlemlere tabi tutulması yasaklanmıştır. Bu nedenle organ ve doku alınması mutlaka karşılıksız olmalıdır.

Organ ve dokuların eşya kabul edilmesi sonucunda bunlar üzerinde mülkiyet hakkı veya sınırlı aynı hak tesis edilebilmekte ve bu hakların verdiği yetkiler kullanılabilir. Bu durum organ ve doku üzerinde kişiye sınırsız tasarruf yetkisi verilmesi anlamına gelmektedir. Çünkü mülkiyet hakkı sahibine eşya üzerinde tam bir yararlanma hakkı sağlamaktadır. Sınırlı aynı hak ise, mülkiyet hakkı kadar geniş bir tasarruf yetkisi vermese de kişiye eşyayı kullanma ve/veya yararlanma hakkı tanır. Bu hakların tanınması sonucunda hak sahibi söz konusu eşyayı satabilir, kiralayabilir veya karşılığı bulunan herhangi bir işleme konu edebilir. Ancak kanun açıkça organ ve dokuların satılmasını yasaklamıştır. Her ne kadar kiralanma veya başkaca bir karşılık taşıyan hukuki işleme tabi tutulması yasaklanmamış olsa da kanunun amacından bu gibi durumlarda yasaklandığı sonucu çıkarılabilmektedir. Tıbben kiralanma durumu şuan için mümkün olmasa da hukuki yaklaşım gereği bu ihtimaller de değerlendirilmelidir. Bu nedenle organ ve dokuların eşya olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

¹⁹¹ M.Enis SARIAL 1986, age, s. 13; Arif Barış ÖZBİLEN 2011, age, s. 135.

¹⁹² M.Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY ÖZDEMİR (2013), *Eşya Hukuku*, 16.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 278.

¹⁹³ age s. 764,765.

Eşya kavramı, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanan, ekonomik değer taşıyan kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklar olarak tanımlanır.¹⁹⁴ Kavramın unsurları incelendiğinde bu unsurlardan birinin de “*Ekonomik değer taşıma*” unsuru olduğu görülecektir. Bu sebeple kanun kapsamına giren organ ve dokuların ekonomik değer taşımaması sebebi ile de eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Organ ve dokunun satılması, kiralanması veya başka bir karşılık taşıyan hukuki işleme konu olması aynı zamanda ahlaka da aykırıdır.¹⁹⁵ Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklindedir. Bu nedenle bu içeriğe sahip bir sözleşme geçersiz olacaktır. Eğer insan vücudundan ayrılan doku ve organlar eşya sayılmakla birlikte üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hakkın kurulabileceği kabul edilirse yapılacak hukuki işlemlere ilişkin sözleşmelerin de geçersiz olmaması gerekir.

Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir’e göre¹⁹⁶, nakil amaçlı organ alınması halinde, alınan organ başka bir kişinin vücudunun bütünlüğüne gireceğinden bunlar üzerinde kişilik hakları devam edecektir. Bu nedenle eşya hukuku kuralları uygulanmayıp kişilik haklarına ilişkin kurallar uygulanacaktır. Ancak vücuttan ayrılan doku, kan, sperm veya yumurta gibi maddeler hemen nakledilmeyip saklanacak ise bünyesine uygun düştüğü ölçüde bu maddelere eşya hukuku kuralları uygulanacaktır.

Havutçu’ya göre¹⁹⁷, insan vücudundan ayrılmış doku ve organlar eşya olarak nitelendirilmemelidir. Ancak söz konusu doku ve organlar eşya olarak nitelendirilmese de üreticinin sorumluluğu kapsamındaki ürün olma vasfını taşımaktadırlar. Bu görüşün tartışmaya açık olduğunu belirtmek gerekir.

Özbilen’e göre¹⁹⁸, insan vücudundan ayrılan doku ve organlar kişilik hakkının bir uzantısıdır. Sert ve Cihan’a göre¹⁹⁹ ise, bu doku ve organlar bizzat somut nitelik taşıyan kişilik değerlerinin kendisini ifade etmektedir.²⁰⁰ Bu sebeple her iki yazara

¹⁹⁴ age s. 8.

¹⁹⁵ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 29.

¹⁹⁶ M.Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY ÖZDEM 2013, age, s. 5, 6.

¹⁹⁷ Ayşe HAVUTÇU (2005), *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, s. 121.

¹⁹⁸ Arif Barış ÖZBİLEN 2011, age, s. 98.

¹⁹⁹ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 30.

²⁰⁰ Yazarlara göre, doku ve organların kanunda belirtilen şartlara uyularak nakledilmesi halinde, kişilik hakkının ve onun sağladığı değerlerin nakledilmez olması özelliğine aykırı bir durum oluşmamaktadır. Çünkü burada nakledilen doku ve organlardaki kişilik hakkı soyut kişilik değeri değil somut nitelik taşıyan kişilik değeridir ve nakledilen kişilik hakkı değil doku ve organdır. Verici nakle rıza gösterdiği

göre de insan vücudundan ayrılrsa da doku ve organların aynı hak tesis edilememesi, kişilik hakkının bir parçası veya uzantısı olmaları sebebi ile eşya niteliği taşımamaktadır.

İnsan vücudundan ayrılmış olup Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun kapsamına girmeyen doku ve organlar üzerinde başkaca bir kanun tarafından satım, kiralama gibi tasarruf işlemlerine konu olmaları yasaklanmıyor ise bu doku ve organların eşya niteliği taşıdığı kabulü gerekmektedir. Her ne kadar bu doku ve organlarda kişilik hakkı mevcut olsa da Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'dan farklı olarak vücuttan ayrıldıktan sonra aynı hak da mevcut olabilmektedir. Bu doku ve organlar ekonomik değere ve ticari iş ile işlemlere konu olabilecektir. Örnek olarak, kesilen saçların peruk yapılarak satılması durumu verilebilir.²⁰¹

Sonuç olarak Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun kapsamına giren doku ve organların üzerlerinde mülkiyet veya sınırlı aynı hak kurulamaması, karşılık taşıyan bir sözleşmeye konu olamamaları, kişilik hakkının bir uzantısı olmaları sebebi ile eşya niteliği taşımadığını söylemek mümkündür. Ancak doku, kan, sperm ve yumurta gibi maddeler nakil edilmeyecek daha sonra kullanılmak üzere gerekli şartları taşıyarak saklanacak ise, bu maddeler eşya niteliği taşımasa dahi eşya hukuku kurallarına tabi olacaktır.

3.4.2 Organ ve Doku Nakli İşleminin Hukuki Niteliği

Organ ve doku nakil işlemi hem alıcı ve verici arasındaki ilişki, hem hastane, doktor ve alıcı arasındaki ilişki hem de hastane, doktor ve verici arasındaki ilişki bakımından karmaşık bir yapıya sahip olan bir işlemdir.

Sağlar arası nakiller bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir. Ancak incelemeye geçmeden önce bu ilişkinin hukuki boyutuna kısaca değinmek gerekmektedir. Sağlar arası nakillerde alıcı ve verici arasında bir tanışıklık durumu yok ise aralarındaki hukuki ilişkinin tespiti farklılaşmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi, "*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyumuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*" şeklindedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere alıcı ve verici arasında sözleşmenin

anda nakledilecek olan doku ve organ üzerinde kişilik hakkı kalmayacak; bu doku ve organlar onun kişi varlığından çıkacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 30,31.

²⁰¹age s. 31,32.

kurulabilmesi esaslı noktalarda taraf iradelerinin uyuşmasına bağlıdır. Bir kişi karşı tarafın kimliğini bilmeden esaslı noktalarda uyuşma sağlayabilir ise bu noktada sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekmektedir. Belirtilen durumlarda temsilci aracılığı ile iradeler taraflar arasında iletilmekte ve temsilci aracılığı ile sözleşme yapılmaktadır.²⁰² Organ ve doku nakli kapsamında bu husus incelenecek olur ise, alıcı verici arasında kurulan sözleşmede hekim temsilci görevi görmekte ve taraf iradeleri hekim aracılığı ile açıklanmaktadır. Sonuç olarak organ ve doku nakli işlemi bir sözleşmedir.

Organ ve doku nakli işleminde verici, bir organ veya dokunun nakledilmek üzere alınmasını borçlanmakta; alıcı ise herhangi bir borç altına girmemektedir. Bu noktada sözleşmenin esaslı noktasının, herhangi bir karşılık olmaksızın organ veya dokunun nakledilmesi durumu olduğu ifade edilebilir.²⁰³ Nakil sözleşmesi bu nedenle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kanunda belirtilmemesi sebebi ile atipik bir sözleşme olan nakil sözleşmesi aynı zamanda kendine özgü tiptedir. Vericinin borcu doğal bir borç niteliği taşımakla birlikte taahhüdün ifası ahlaki bir edim niteliği göstermektedir. Hukuki yollara başvurarak ifası istenemeyeceği gibi ifadan vazgeçme durumunda ise herhangi bir cezai şart uygulanamamaktadır. Aynı şekilde ifa gerçekleşikten sonra geri isteme durumu da mümkün olmamaktadır.

Vericinin ölü olması halinde alıcı ve verici arasında herhangi bir sözleşme ilişkinin kurulması mümkün olmayacaktır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 14. maddesi

“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.”

şeklindeki ifadesiyle vericinin sağlığında vasiyetname yolu ile organ ve dokularını bağışlayabileceğini ifade etmiştir.²⁰⁴ Vasiyetname ile organ ve doku bağışının gerçekleşmesi durumunda, organ ve dokunun bağışı ölüme bağlı tasarruf ile gerçekleşmiş olacaktır. Ancak böyle bir tasarruf yok ve bağışlama yakınların iradesi

²⁰² Ayrıntılı bilgi için Bkz. Hulki CİHAN(2011), *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi*, 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.

²⁰³ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 33.

²⁰⁴ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.14.

ile gerçekleşiyor ise, bu durumda organ ve doku bağışının hukuki niteliği bir irade açıklaması olacaktır.²⁰⁵

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 10. Maddesi;

“Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır.”

şeklinde dir.²⁰⁶ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. maddesi ise organ ve doku nakillerinin ancak organ ve doku nakli merkezlerinde yapılabileceğini ifade etmiştir. Bu nedenle alıcı ve verici ile hastane arasında ve alıcı ve verici ile doktor arasında sözleşme ilişkisi kurulacaktır. Serbest çalışan doktorlar organ ve doku nakli işlemini gerçekleştiremeyeceklerdir.

Kamu hastanesine başvuran hasta ile kamu hastanesi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumun sebebi kamu hastanelerinde kamu hizmeti verilmesi olarak ifade edilebilir. Doktor ile hastane yönetimi arasında da aynı şekilde sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu hastanelerinde çalışan doktor ile hasta arasında özel hastanelerde çalışan doktor ile hasta arasında olduğu gibi bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirileceğini ifade etmek gerekmektedir. Organ ve doku nakli için kamu hastanesine başvuran alıcı ve verici ile nakli gerçekleştirecek doktor arasında sözleşme ilişkisi bulunmaktadır.²⁰⁷

Organ ve doku nakli, bir özel hastanede gerçekleştirilecek ise alıcı ve verici ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşme *“Hastaneye kabul sözleşmesi”* olarak adlandırılmaktadır.²⁰⁸ Hastane alıcı ve vericiye karşı tedavi, tedavi süresince oda tahsisi, barınma, beslenme gibi birden çok edimi borçlanmıştır. Bu edimlerden her biri, kanunda tanımlanan birden çok sözleşmenin esaslı noktasıdır. Bu esaslı noktaların birleşmesinden ortaya çıkan sözleşme ise kombine sözleşme türünü oluşturmaktadır.

Özel hastanede çalışan doktor ile alıcı ve verici arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşme bir vekalet sözleşmesidir. Tedavi sözleşmesi alıcı ve verici ile doktor arasında kurulmaktadır. Tedavi sözleşmesine uygulanacak

²⁰⁵ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 35.

²⁰⁶ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.10.

²⁰⁷ Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s. 23; Mehmet AYAN 1991, age, s. 46.

²⁰⁸ age s. 46.

hükümlerin vekalet sözleşmesi hükümleri olduğunu ifade etmek mümkün olsa da tedavi sözleşmesi tıpkı avukatlık sözleşmesi gibi vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak değerlendirilmelidir. İş görme sözleşmesinin unsurları olan iş görenin kendi belirlediği zamanda kendi yerinde belli olmayan sayıdaki kişiler için onlara karşı ekonomik yönden bağımsız olarak onlar tarafından sosyal edimleri sağlanmaksızın iş yapması ve her zaman süreye gerek olmaksızın sözleşmeye taraflarca son verilebilme unsurları özel hastanede çalışan doktor ve hastalar arasında da bulunduğu için tedavi sözleşmesi vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak değerlendirilmelidir.²⁰⁹

Yukarıda belirtildiği gibi tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek doktor ile alıcı ve verici de dahil olmak üzere hastalar arasında bir vekalet sözleşmesi kurulmaktadır. Doktor tıbbi müdahaleleri gerçekleştirme anında özel ya da kamu hastanesinde çalışması önem arz etmeksizin tamamen kendi tıbbi bilgi ve becerisi ile hareket etmekte ve kimsenin veya hiçbir kurumun gözetimi ile denetiminde bulunmamaktadır. Bu nedenle doktorun vekalet sözleşmesinde ifa yardımcısı değil sözleşmenin tarafı olduğunu ifade etmek mümkündür.²¹⁰

Bu başlık altında incelenecek bir diğer husus canlı organ vericisinin organ ve doku verme borcu içeren bir sözleşmeye taraf olabilmesi durumudur. Öncelikle bu sözleşmenin isminin belirlenmesi gerekmektedir. Uygulamada organ ve doku verme borcu yerine “*Organ bağıışı*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak çalışma boyunca incelenen Biyotıp Sözleşmesi ve Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’da “*Bağıışlama*” terimine sıklıkla yer verilmediği görülmektedir. Buna karşılık Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 16. maddesinin kenar başlığı “*Canlıdan Organ Bağışı ve Nakli*” şeklindedir ve yönetmelik incelendiğinde “*Bağıış*” kavramının sıklıkla kullanıldığı görülecektir. İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik incelendiğinde de aynı şekilde bağıış kavramına yer verildiği hatta bu kavramın 4. madde de “*İnsanda uygulanmak üzere insan doku ve hücrelerinin bağıışlanmasını*” ifade ettiği açıklanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 285. maddesi bağıışlama sözleşmesini;

²⁰⁹ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 38. Aksi görüş için bkz. M.Enis SARIAL 1986, age, s. 44.

²¹⁰ Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s. 21. Aksi görüş için bkz. Mehmet AYAN 1991, age, s. 45.

“Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”

şeklinde tanımlamıştır.²¹¹ İfadeden de anlaşılacağı üzere bağışlama sözleşmesi ancak malvarlığına ilişkin hususlarda ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, organ ve doku nakline ilişkin olarak bağış kavramının kullanılması organ ve doku verme borcunun bağışlama sözleşmesi olarak değerlendirilmemesine neden olmaktadır. Ancak tanımdaki “*Karşılıksız olarak*” ifadesi, organ ve doku naklinde olduğu gibi bedel ve çıkar elde edilmeden yapılması anlamına gelmektedir. Biyotıp Sözleşmesi’nin 21. maddesi “*İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır.*” şeklindedir. Aynı şekilde Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 3. maddesinde de “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.*” ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle bağışlama sözleşmesinde olduğu gibi organ ve doku nakline ilişkin olarak da bir karşılık gözetilemeyecektir. Bu açıklamalar sonucunda bağışlama sözleşmesi ile organ ve doku naklinin tek ortak yanının “*Karşılıksızlık*” hususu olduğu söylenebilir.

3.5 ORGAN VE DOKU NAKLİ ÇEŞİTLERİ

3.5.1 Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli

Organ nakli, tıbbi bir müdahaleyi zorunlu kılmakta ve bu müdahale sonucunda bir insan vücudundaki organ veya doku başka bir insanın vücuduna nakledilmektedir. Canlı vericiden organ ve doku naklinde verici hasta olmayan sağlıklı bir kişidir. Bu noktada yapılacak tıbbi müdahale açısından alıcı ve verici arasında bir çıkar çatışması ortaya çıkmaktadır. Canlı verici açısından yapılacak tıbbi müdahale vücut bütünlüğünün ihlaline sebep olmaktadır. Alıcı bakımından ise alıcının sağlığına kavuşmasını sağlayacak olan bu müdahalenin onun üstün yararına hizmet ettiği ifade edilebilir.²¹²

Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesi

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası,

²¹¹ TBK m.285.

²¹² Şafak PARLAK 2009, age, s. 196; Yıldız ABİK(2014), “Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”, *Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s.99.

daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

şeklinde²¹³ Madde metni incelendiğinde ilk fıkradan hukuka aykırı olarak yapılan tıbbi müdahalenin saldırı oluşturduğu ve bu müdahaleden korunma istenebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrası ise, üstün nitelikte özel yararın bu hukuka aykırılık durumunu ortadan kaldırdığını ifade etmektedir. Canlı vericiden organ ve doku alınması durumunda aslında hukuka aykırı olan tıbbi müdahale alıcının sağlığına kavuşmasını sağlaması sebebiyle bir üstün yarara hizmet etmekte ve bu nedenle hukuka uygun olmaktadır.

Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek protokolün 9. maddesi organ ve doku nakillerinden öncelikle ölü vericiden organ ve doku nakli yapılması gerektiğini bu mümkün değil ise canlı vericiden organ ve doku nakli yapılması seçeneğinin kullanılmasını ifade etmiştir. Aynı şekilde Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda

“Organ nakli dışında etkinliği, üstünlüğü ve yaşam kalitesi açısından karşılaştırılabilir başka bir tedavi yönteminin bulunmaması veya kısa süre içerisinde kadavradan uygun organ temininin mümkün olmaması halinde canlıdan nakil yapılabilir.”

ifadesi yer almaktadır.²¹⁴ Bu durum, öncelik kuralı olarak ifade edilmektedir. Sonuç olarak canlı vericiden doku ve organ nakli en son çare olarak kullanılacak; öncelik ölü vericiden doku ve organ nakline verilecektir.

Bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak incelenecek olan ölü vericiden organ ve doku naklinden farklı olarak canlı vericiden organ ve doku naklinde alıcı belirli olmaktadır. Ölü vericiden organ ve doku nakli, mevzuatta belirtilen dağıtım kurallarına tabi iken canlı vericiden organ ve doku nakli bazı şartlara bağlanmıştır.

01/02/2012 tarihinde resmi gazetede yayımlanan Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği'nin 16. maddesi, canlı vericiden organ ve doku nakline ilişkin olarak kimlerin verici olabileceğini düzenlemiştir. Organ ve doku vericisinin, alıcının akrabası olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmiştir. Vericinin akraba olmasına ilişkin olarak düzenlenen madde metni,

²¹³ TMK m.24.

²¹⁴ Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı.

“(1)Canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir.”

şeklindedir.²¹⁵ İfadeden de anlaşılacağı gibi, kanun koyucu eşe ilişkin ifadesinde “fiilen birlikte yaşama” kavramına yer vermiştir. Eşlerin evlilik birliğinin devam etmesine rağmen birlikte yaşamamaları durumunda, bu şart yerine getirilemeyeceği için verici olmaları mümkün olmayacaktır.

Organ ve doku vericisinin akraba olmaması duruma ilişkin olarak düzenlenen madde metni;

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

a) Alıcının TODS²¹⁶’a kaydı yapılır.

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

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

2) Vericinin mümeyiz olduğuna dair rapor,

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

4) Verici ve alıcının hekim onaylı bilgilendirme formu,

5) Verici ve alıcının nâkile uygunluğunu bildiren sağlık raporu,

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

7) Alıcının ve vericinin gelir düzeyini gösteren beyanı,

8) Vericinin borcunun olup olmadığına dair beyanı,

9) Alıcının ve vericinin adres beyanı,

10) Komisyonun gerekli görmesi halinde ilgili diğer belgeler.”

şeklindedir.²¹⁷

Maddede belirtilen Etik Komisyon il sağlık müdür yardımcısı başkanlığında toplanmaktadır. Komisyonda üye olarak bulunacak kişiler madde metninde;

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

²¹⁵ Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği m.16/1.

²¹⁶ Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi.

²¹⁷ Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği m.16/2.

- b) Naklin yapılacağı hastane haricindeki kamu hastanesinden bir tabip,
c) Naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı,
ç) Baro tarafından görevlendirilecek bir avukat,
d) Valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanı.”

olarak ifade edilmiştir.²¹⁸

Komisyonun çalışma şekli ise madde metninde;

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

(5) Komisyon, müracaat eden hasta ve vericinin T.C. kimlik numaraları ile birlikte kararın bir örneğini nakli yapacak merkeze, TODS üzerinden alınan bir örneğini de imzalı olarak Bakanlığa gönderir. Komisyona sunulacak dosyalar nakil merkezleri tarafından kişilerin daha önce başvurusunun olup olmadığı yönünde TODS üzerinden incelenir.”²¹⁹

şeklinde ifade edilmiştir.

Kendisinden alınarak yapılan organ ve doku nakillerinde canlı verici, belirli bir alıcıya yönelik doku ve organlarını bağışlayabilir. Bu durum, canlı vericiden organ ve doku nakli “Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği” ve “Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi” nin kapsamı dışında kalmasına neden olmaktadır.

3.5.1.1 Canlı Vericiden Doku ve Organ Nakli İçin Gereken Şartlar

Canlı vericiden doku ve organ naklinin hukuka uygun olabilmesi için bir takım şartlar aranmaktadır. Bu şartlar verici bakımından, “Ehliyet”, “Rıza”, “Üstün amaç”, “Zararsızlık ve elverişlilik”, “Hekimin onayı ve bilgi verme yükümlülüğü” ve “Akrabalık şartı” olarak ifade edilebilir. Alıcı bakımından ise, “Rıza”, “Hekimin onayı ve bilgi verme yükümlülüğü” ve “Sağlık kurumuna ilişkin şartlar” olarak ifade edilebilir.

²¹⁸ Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği m.16/3-a.

²¹⁹ Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği m.16/4, m.16/5.

3.5.1.1.1 Verici Bakımından Şartlar

3.5.1.1.1.1 Ehliyet

Verici bakımından ilk şart ehliyet şartıdır. Vericinin organ ve doku verebilmesi için tam ehliyetli olması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesi,

“Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” şeklinde; 11. maddesi, *“Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.”* şeklinde; 12. maddesi ise, *“Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.”*

şeklindedir.²²⁰ Madde metinleri incelendiğinde, erginliğin kazanılmasının kural olarak 18 yaşının doldurulmasıyla gerçekleştiği ancak evlenme ve mahkeme kararı ile de kişinin ergin olabileceğinin ifade edildiği görülmektedir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi canlı vericiden organ ve doku alınması hususunda yaş sınırını *“18 yaşını doldurmak”* olarak belirtmiştir. Madde metni, *“Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.”* şeklindedir. Yasa koyucu, Türk Medeni Kanunu'nun ehliyet düzenlemelerinden ayrılmış ve canlı vericiden organ ve doku alınmasına yönelik olarak erginlik kriterinde sadece *“18 yaşının doldurulması”* hususunu kabul etmiştir. Canlı verici, evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınsa da organ ve doku nakline rıza göstermesi bakımından mutlaka 18 yaşını doldurmalıdır.²²¹

Ayırt etme gücü, verici bakımından gerçekleştirilecek olan naklin kendi vücudu üzerindeki etkilerini anlaması, planlanmış tıbbi müdahaledeki riskleri ve tıbbi müdahaleden sonra oluşabilecek endikasyonları hekiminden öğrenerek bu durumları kavrayabilme yeteneğine sahip olması ve yaptığı değerlendirme sonucunda doku ve organ naklini kabul edebilmek veya reddedebilmek için gereken fiziksel ve ruhsal yeterliliğe sahip olması olarak ifade edilebilir.²²²

Yasa koyucu, 18 yaşını dolduran kişinin ayrıca ayırt etme gücüne sahip olmasını da aramıştır. Bu nedenle canlı vericiden doku ve organ alınması durumunda vericinin rıza gösterirken akıl hastalığının bulunması, akıl zayıflığı ya da sarhoşluk gibi nedenlerle ayırt etme gücünün mevcut olmadığı anlaşıldığında doku ve organ

²²⁰ TMK m.10.

²²¹ Ahmet TAŞKIN 1997, age, s. 98; Ahmet KILIÇOĞLU 1991, age, s. 250; Şafak PARLAK 2009, age, s. 205, Yıldız ABİK 2014, agm, s. 102.

²²² Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 55.

alınamayacaktır.²²³ Söz konusu ayırt etme gücünün varlığı yapılacak her doku ve organ nakli için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin doku niteliği taşıyan bir cilt nakli ile organ niteliği taşıyan karaciğer naklinin riskleri ve müdahale sonrasında oluşabilecek endikasyonları aynı olmayacağı için verici bakımından ayırt etme gücünü bu müdahaleler için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Yasa koyucu açıkça canlı vericinin 18 yaşını doldurmasını ve ayırt etme gücüne sahip olmasını aramıştır. Bu nedenle küçükler, kısıtlılar ve vesayet altında bulunan kişilerin organ ve doku naklinde verici olması mümkün değildir.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesi

“1. 5.maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz.

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.”*

şeklindedir.²²⁴ Madde metni incelendiğinde istisnai olarak muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerde cilt dokusu gibi kendisini yenileyen dokuların alınmasına bazı şartlarda izin verildiği görülmektedir. Sözleşme'nin 36. maddesinden kaynaklanan hak ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 20. maddenin 2. Bendine, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi ile uyumlu olmaması nedeniyle çekince koymuştur. Ancak Sözleşme'ye çekince koymak yerine iç hukuk düzenlemesinin Sözleşme'ye uygun olarak yeniden düzenlenmesi de mümkündür.²²⁵

²²³ Ahmet KILIÇOĞLU 1991, age, s. 250; Yıldız ABİK 2014, agm, s. 103.

²²⁴ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.20.

²²⁵ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 533, 534; Murat AYDIN 2008, age, s. 40; Yener ÜNVER (2005), “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri” , *1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı*, S. 1, s. 188.

3.5.1.1.2 Vericinin Rızası

Organ ve doku naklinde hekimin yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak vericiyi aydınlatması sonucunda vericinin rızası, verilirse hukuka uygun olacaktır.²²⁶ Aydınlatma, hekimin gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin türünü, biçimini, içeriğini, yan etkilerini ve risklerini hastaya anlatmasıdır. Ayrıca hekimin bu tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği takdirde ortaya çıkacak olumsuz sonuçları da anlatması gerekmektedir.²²⁷

Canlı vericiden yapılan doku ve organ nakillerinde, verici ve alıcının hekim tarafından aydınlatılması ayrıca önem taşımaktadır. Organ ve dokunun vericiye sağladığı yarar ile alıcıya sağladığı yarar karşılaştırılmakta ve alıcıya sağladığı yarar daha fazla ise nakil yapılmaktadır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin niteliği, tehlikeleri, cerrahi riskleri gibi hususlar çok ayrıntılı olarak vericiye anlatılmalı; ayrıca vericinin ileride yaşayabileceği olumsuzluklara ilişkin olarak da bilgi sahibi olunması sağlanmalıdır. Bu duruma örnek olarak, böbrek naklinde tek böbrek ile yaşayacak olan vericinin ileride kaza geçirmesi sonucunda öteki böbreğini kaybetmesi halinde kendisinin de böbrek nakline ihtiyaç duyacağı hususunda hekimi tarafından bilgilendirilmesi durumu verilebilir.²²⁸

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7. maddesi hekimlerin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak;

“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;*

²²⁶ Şafak PARLAK 2009, age, s. 203; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 57; Mehmet KARATAŞ(1998), *Organ ve Doku Naklinin Hukuki ve Cezai Yönden Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, s. 71.

²²⁷ Şafak PARLAK 2009, age, s. 203, Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 59, KARATAŞ, s. 72; ÖZSUNAY, s. 32; Yıldız ABİK 2014, agm, s. 105.

²²⁸ Şahin AKINCI 1996, age, s. 218, 219; Şafak PARLAK 2009, age, s. 204, 205; Yıldız ABİK 2014, agm, s. 107; Veysel BAŞPINAR(2007), “Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul, s.205.

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 sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar.”

şeklinde bir düzenlemesi bulunmaktadır.²²⁹

01/02/1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. Maddesinde hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak

“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.”

şeklinde bir düzenleme yapmıştır.²³⁰

Organ ve doku naklinde yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için vericinin aydınlatılmış rızası gerekmektedir. Bu rızasının geçerli olması için canlı vericinin iradesinin yanılma, aldatma ve korkutma gibi bir sebeple sakatlanmaması gerekir.²³¹

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesi

“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.”

şeklindeki ifadeyle rızanın verileceği şekli belirtmiştir.²³²

²²⁹ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.7.

²³⁰ Hekim Meslek Etiği Kuralları m.26.

²³¹ Yıldız ABİK 2014, agm, s. 108.

²³² Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.6.

Kanun'un 7. maddesinde ise

"...Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek..."

hususları hekimin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.²³³ Bu nedenle verici evli ise, eşinin organ ve doku nakline ilişkin haberinin olması gerekmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki kanun koyucu burada eşin rızasını değil, bilgisinin varlığını aramıştır.

Organ ve doku nakline rıza gösterilmesi başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecek olsa da konu bütünlüğü açısından belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 23. Maddesi;

"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."

şeklindedir.²³⁴ Yasa koyucu bu hüküm ile canlı vericiye istediği zaman herhangi bir tazminat ödemedi ve gerekçe göstermeksizin organ ve doku verme vaadinden dönme imkânı tanımıştır.

3.5.1.1.1.3 Naklin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi

Organ nakline ilişkin olarak yapılacak tıbbi müdahaleler mutlaka üstün bir amaca hizmet etmelidir. Bir müdahalenin üstün amaçla yapıldığından söz edebilmek için yapılan müdahalenin tedavi amacıyla veya tıp biliminin ilerlemesine katkı sağlama amacı gözetilerek yapılması gerekir.²³⁵

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 3. maddesi *"Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır."* şeklindedir. Kanun'un 4. maddesi ise *"Bilimsel, istatistikî ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır."* şeklindedir. İlgili hükümlerden de anlaşılacağı üzere organ ve doku naklinin mutlak olarak *"Üstün amaca hizmet"* ilkesi ile yapılması gerekmektedir. Bir başka anlatımla organ ve doku nakline ilişkin olarak yapılacak olan tıbbi müdahale kişinin kendisinin veya bir başkasının tedavisi amacıyla

²³³ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.7.

²³⁴ TMK m.23.

²³⁵ Şafak PARLAK 2009, age, s. 202.

ya da tıp biliminin ilerlemesi göz önünde bulundurularak yapılması gerektiği hususu kanun koyucu açısından açıkça ifade edilmiştir.²³⁶

3.5.1.2 Çapraz Nakil

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde çapraz nakil, “*Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türünü... ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Çapraz nakiller, organ nakline ihtiyaç duyan iki hastanın akrabaları arasında, birbirlerinin alıcılarına karşı organ verme taahhütünde bulmaları üzerine yapılan nakillerdir. Akraba kavramından anlaşılması gereken, alıcı hasta ve verici akrabaları arasındaki dördüncü derece dahil olmak üzere kan ve kayın hısımlığıdır.²³⁷

Çapraz nakil bir başka ifade ile akrabalarına organ nakli yapmak isteyen kişilerin organ uyumsuzluğu nedeni ile bu naklin gerçekleştirilememesi üzerine bu kişilerin akrabası olmayan üçüncü kişiye organ naklinde bulunmaları ve bu üçüncü kişinin akrabalarının da organ naklinde bulunan kişinin organ nakli bekleyen yakınına organ bağışlamasıdır.²³⁸

Çapraz nakiller karşılıklı rıza esasına dayanmaktadır.²³⁹ Bu nakil türüne ilişkin olarak rızanın geri alınması durumunda²⁴⁰ diğer nakil türleriyle karşılaştırıldığında daha hassas bir sonucun ortaya çıkacağı aşikardır. Organ ve doku verme borcu altına giren vericinin bu borcu üstlenmesindeki temel amaç alıcı olan tarafın kendi yakınına organ ve doku verecek olmasıdır. Çapraz nakil aynı anda yapılmıyor ve kendisinden organ ve doku alınan vericinin yakınına organ ve doku verme borcu altında olan karşı taraf rızasından cayma hakkını kullanıyorsa nasıl bir yol izleneceği hususu kanun koyucu tarafından bir hükme bağlanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu halde organ ve doku alıcısı olan kişinin beklediği organ ve dokuya kavuşamaması halinde

²³⁶ age s. 202; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s. 36.

²³⁶ Salih ŞAHİNİZ(2003), “Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli”, *Prof.Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, İstanbul, s.735.

²³⁷ Şefik ZİROĞLU (2019), *Türkiye'de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar*, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 45; Begüm KOCAMAZ ŞAHİN (2009), *Organ Nakli Hukuku Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması*, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 63.

²³⁸ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 541.

²³⁹ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age s. 78.

²⁴⁰ Rızanın geri alınması konusuna ilişkin olarak “*Organ ve Doku Nakillerine Rıza Gösterilmesi*” başlığı altında ayrıntılı bilgi verileceği için burada konu bütünlüğü açısından sadece çapraz nakillerde rızanın geri alınması hususu incelenmiştir.

çok ciddi bir manevi yıpranma durumu ortaya çıkacaktır.²⁴¹ Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi

“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 düzenlenmiş olsa da bahsedilen durumda manevi zararın giderilememesi hakkaniyete aykırı bir durum olacaktır. Bu nedenle çapraz nakillere ilişkin olarak yeni bir düzenleme yapılmalı ve rızanın geri alınması hususu bu nakil türü çerçevesinde ayrıca incelenmelidir.

3.5.2 Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku naklinde organın ve dokunun kaynağının insan olması sebebi ile temini her zaman mümkün olmamaktadır. Kan gibi kendini yenileyebilen biyolojik maddelerde temin sorunu çok fazla karşımıza çıkmazken; kendini yenileyemeyen organ ve dokularda temin sorunu sıklıkla yaşanmaktadır. Canlı vericiden organ ve doku nakli yapılması durumunda vericinin sağlığı az veya çok şekilde etkilenmektedir. Bu durum canlı vericiden çok ölü vericiden organ alınması talebini artırmaktadır.²⁴² Ölü vericiden organ ve doku alınması Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 3. bölümünde düzenlenmiştir.

Ölü vericiden nakil ile kastedilen ceset olarak ifade edilen kadavradan yapılan nakillerdir. Canlı vericiden farklı olarak ölü vericiden bilimsel amaçlar için organ ve doku alınması da mümkündür. Alınabilecek organ ve dokular açısından kanunda belirtilen herhangi bir sınırlama olmamakla birlikte yapılacak olan nakiller ahlaka ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamalıdır. Türkiye'de yapılan organ ve doku nakillerinin %25'ini ölü vericiden alınan organ ve dokular oluşturmaktadır.²⁴³

3.5.2.1 Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli İçin Gereken Şartlar

Ölü vericiden organ ve doku nakli yapılabilmesi bazı koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar vericinin ölüm halinin belirlenmesi ve rıza koşulu olarak ifade edilebilir.

²⁴¹ Emel BADUR 2020, age, s. 306.

²⁴² Şafak PARLAK 2009, age, s. 209.

²⁴³ Murat DOĞAN (2019), “Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli”, *Erciyes Üniversitesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli*, Kayseri, s. 137.

3.5.2.1.1 Ölümün Gerçekleşmesi ve Ölüm Anının Saptanması

Ölü vericiden organ çıkarılması aktüel tıp bilimi çerçevesinde büyük beynin, küçük beynin ve beynin tüm işlevlerinin kesin ve geri dönülemez şekilde yerine getirilemeyecek olduğu durumlarda; bu durumların belirli kurallara göre tespit edilmesi halinde mümkündür. Doğuştan beyni olmayanlardan, kısmi beyin ölümü gerçekleşmiş olanlardan ve kişiliğin kilitlendiği vakılardan ölü vericiden yapılacak olan organ ve doku nakli yapılamayacak, bu durumlarda yaşamın devam ettiği kabul edilecektir.²⁴⁴

Her ne kadar doktrinsel bir tartışma niteliği taşısa da ölüm anının neye göre belirleneceği hususu hukukumuzda göre açıklanmadan önce farklı ülkelerdeki farklı görüşlere değinilmesi konunun anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

Alman Medeni Kanunu'nda bir insanın ölümünü tanımlayan bir kavram bulunmamaktadır. Miras hukukuna ilişkin olarak Frankfurt Bölge Adliye Mahkemesinin 1997 tarihli bir kararında²⁴⁵ölüm hali değerlendirilmiştir. Somut olay şu şekildedir: Evli muris E'nin eşinden bir kız çocuğu vardır. Eşi 1992 yılında boşanma davası açar ve E bu davaya itiraz etmez. 1993 yılının Şubat ayında kaza geçiren E, başından ağır şekilde yaralanarak büyük ölçüde bilincini yitirir. Hastanede yapay solunum cihazına bağlanır ve kalp-damar dolaşım fonksiyonu ilaçlarla sağlanır. 23.02.1993'de uzman hekim ve 24.02.1993'te başhekim beyin ölümünün tipik semptomlarını tespit eder. 25.02.1993'te eşi açmış olduğu davayı geri alır. E'nin kalbi 26.02.1993 tarihinde durur. E'nin eşi ve kızı arasında miras yüzünden tartışma çıkar ve eşler arasındaki miras hukuku kurallarının geçerli olup olmadığının tespiti için uyuşmazlık mahkemeye taşınır. *Biyolojik-ölüm* taraftarlarına göre bu olayda önemli nokta E'nin ölüm sürecinin 26.02.1993 tarihinde başlamasıdır. Bu tarihte boşanma için gerekli koşullar bulunmadığından E'nin eşi ve kızı mirasçı olacaktır. Kısacası bu görüşe sahip kişiler, ölümün kalbin durduğu anda gerçekleştiğini ifade etmektedirler. Frankfurt BAM.'nda katıldığı *beyin ölümü* taraftarlarına göre ise, 24.02.1997 tarihinde iki hekim tarafından beyin ölümü gerçekleştiği için kalp atmaya devam etmesine rağmen kişinin öldüğü kabul edilmeli ve gerekli işlemler bu ana göre yapılmalıdır. Bütün ilgili mahkeme kararlarında ve şerhlerde beyin ölümü görüşü

²⁴⁴ Adrian SCHMİDT-RECLA (2009), *Ölü Daha Uzun Yaşar: Beyin Ölümü Organ Bağışı İçin Yeterli Bir Kriter Midir?*, Çev. Koray DOĞAN, *İçinde, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu*, Ed. Yener Ünver, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 150.

²⁴⁵ OLG. Frankfurt a.M., Beschl. V. 11. 7. 1997 – 20 W 254/95 – NJW 1997, 3099 – 3101.

kabul görmektedir. Bu durumun 2 istisnası bulunmaktadır. *Othmar Jauernig* ve *Dieter Leipold* kararlarında beyin ölümü, kalp damar dolaşımının sona erdiği an gerçekleşmektedir. Ancak yoğun bakım ile kan dolaşımı ve solunum sağlanıyor ise ölüm, süre olarak önceden gerçekleşen beyin ölümü ile birlikte gerçekleşmektedir. Belirtmek gerekir ki, beyin ölümü savunucularına göre bilincin bulunduğu tek yerin beyin olduğu kesin değildir.²⁴⁶

Hukukumuz açısından ölü vericiden organ ve doku alınabilmesi için gerekli ilk şart bağışçının ölmüş olmasıdır. Bu husus Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 11. Maddesinde;

“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 belirtilmiş ayrıca Kanun'un 12. maddesinde *“Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır.”*

ifadesi kullanılarak alıcıyı tedavi eden hekimin ölüm halini saptayacak hekimler arasında olması açıkça yasaklanmıştır.²⁴⁷ Bu yasağın sebebi, organ ve doku naklinde diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak bir menfaat çatışması olması ve hekimlerin tarafsızlığı konusunda şüpheye düşülmesinin istenmemesi olarak ifade edilebilir.²⁴⁸

Ölüm halinin hangi metoda göre tespit edileceği Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1'de düzenlenmiştir. Yönetmelik'te beyin ölümü metodunu kabul edilerek ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. İlgili düzenleme;

“(1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıdır. 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,*

²⁴⁶ Adrian SCHMİDT-RECLA 2009, age, s. 151-152, 155.

²⁴⁷ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.11.

²⁴⁸ Şafak PARLAK 2009, age, s. 210.

e) *Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.*²⁴⁹

Belirtmek gerekir ki, anensefali olarak tanımlanan beyin yokluğu ile doğan bebeklerden doku ve organ nakli yapılamamaktadır. Anensefali bebeklerin beyin sapı vardır ve kendiliğinden gerçekleşen solunumları da olabilir. Bu bebekler ölü kabul edilmeyip ancak solunum ve kalp fonksiyonları durduğunda ölü kabul edilmektedirler. Yaşama şansı bulunmayan anensefali bebeklerin organ kaynağı olarak kullanılmalarını savunan görüşler bulunsa da kanunda açıkça belirtildiği üzere ölüm hali saptanmaksızın doku ve organ alınması mümkün olmamaktadır.²⁵⁰ Avustralya’da gerçekleşen bir olayda, hamilelik sırasında anensefali tanısı konulan bebeği organ nakli sebebi ile doğurmasını isteyen aile bebeğin organlarının zarar görmemesi için sezaryen kararı almış olup çocuk doğduktan sonra kendi kendine nefes alıp vermiştir. Aile organları bağışlamak istemiş ancak hastane yönetimi bebeğin beyin hücrelerinin olmaması sebebi ile bağışı kabul etme konusunda tereddütte düşmüş ve mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, ölümün kaçınılmaz bir sonuç olmasına rağmen nakle izin vermemiştir.²⁵¹

Anensefali bebeklere yönelik olarak, bu bebeklerin organ kaynağı olarak görülmemesinin ve kalp-solunum ölümü gerçekleşene kadar palyatif tedavinin sürdürülmesinin etik açıdan da uygun olduğunu belirtmek gerekmektedir.²⁵²

Kürtaj sonucunda elde edilen doku ve organların nakli hususunda bebeğin öldüğüne dair tereddüt olmasa bile beyin ölümü raporu olamaması sebebi ile nakil hukuken mümkün olmayacaktır.²⁵³

Ölülerden organ ve doku nakline ilişkin uygulamada karşılaşılan en büyük sorun beyin ölümü ile bitkisel hayatın halk tarafından karıştırılması durumudur. Bitkisel hayata giren kişilerde yaşam devam etmekte olup bu yaşam süresinin bazı durumlarda uzun sürebilmesi mümkün olmaktadır. Her ne kadar 1 yılı aşkın süren bitkisel hayat sonucunda normale dönüş olasılığı azalsa dahi bu kişilerin halihazırda

²⁴⁹ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1.

²⁵⁰ Selma TEPEHAN (2012), *Beyin Ölümü ve Organ Naklinin Sağlık Personeli ve Hukuki Mevzuat Açısından İncelenmesi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, s. 16.

²⁵¹ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 514.

²⁵² Hakan ERTİN (2014), “Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları”, *İş Ahlakı Dergisi*, C. 7, S. 2, s.96, <https://isahlakidergisi.com/content/6-sayilar/14-7-cilt-2-sayi/m0071/ertin.pdf>, ET. 28.10.2019.

²⁵³ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 514.

ölmüş sayılması mümkün değildir. Beyin ölümü gerçekleşen kişilerde tekrar hayata dönme olasılığı bulunmayıp her ne kadar cihazlar yardımı ile kalp ve solunum fonksiyonları devam ettirilse de beyin ölümü gerçekleştiği için bu kişilerin organ vericisi olabilme durumu ortaya çıkmaktadır. Ancak kişinin yakınları, fonksiyonların cihazlar yardımıyla devam etmesi sebebi ile kişinin ölümünün gerçekleştiğine inanmamakta ve organ bağışçısı olmalarına karşı çıkmaktadır.²⁵⁴

3.5.2.1.2 Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakline Rıza Verilmesi

Ölü vericiden organ ve doku nakillerinde vericinin rızası ile ilgili olarak karşımıza birden fazla benimsenen sistem çıkmaktadır. Rızaya dayalı sistem olarak ifade edilen sistemde, vericinin organ nakline ilişkin olumlu rızasını hayattayken açıklaması ya da organ ve doku nakline açıkça karşı çıkmamış olması ve bu halde yakınlarının nakle rıza göstermesi gerekmektedir.

İtiraza dayalı sistemde, ölenin yakınlarının itirazı olmadığı sürece başkaca bir işleme gerek olmaksızın ölü vericiden organ ve doku nakli yapılabilmektedir. Belçika, Fransa, İtalya ve İsviçre gibi ülkelerde bu sistem uygulanmaktadır.²⁵⁵

Zorunluluk sisteminde ise, alıcının menfaati ağır basması halinde ölüden organ ve doku alınması zorunluluk oluşturmakta ve rızaya gerek olmaksızın organ ve dokular alınabilmektedir. Bu sistem her ne kadar organ teminini kolaylaştırırsa da ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahale sağladığı için eleştirilmektedir.²⁵⁶

Türkiye’de uygulanan sistem rızaya dayalı sistemdir ancak istisnai hallerde diğer sistemlerin de uygulandığı görülmektedir.²⁵⁷ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 14. maddesi

“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.”

²⁵⁴ Şafak PARLAK 2009, age, s. 210, 211.

²⁵⁵ Şahin AKINCI 1996, age, s. 127; Yeşim ATAMER(2011), “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan*, S.1-2, İstanbul, s. 144, 145; Gizem GÖZÜBÜYÜK 2016, agt, s. 106.

²⁵⁶Şahin AKINCI 1996, age, s.129; Yeşim ATAMER 2011, agm s. 143, 144; Gizem GÖZÜBÜYÜK 2016, agt, s. 105.

²⁵⁷ agt s.106; Murat DOĞAN 2019, age, s. 139.

şeklindedir.²⁵⁸

İlgili düzenlemeye göre ölüden organ ve doku alınması hususunda aranacak ilk rıza ölen kişinin kendi rızasıdır. Bu rıza, el yazılı vasiyetname ile açıklanmış olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 538. maddesinde el yazılı vasiyetnamenin nasıl yapılacağı "*El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur.*" şeklindeki ifade ile belirtilmiştir. Bu şartlardan bir tanesinin bile eksik olması durumunda vasiyetname geçersiz olacaktır. Ancak buradaki geçersizlik iptal yaptırımına tabidir ve vasiyetname iptal edilinceye kadar geçerli bir vasiyetnamenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Kısacası ortada şartları tam olmayan bir vasiyetname ile doku ve organlarını bağışlamış bir verici var ise, ölenin yakınlarının itirazı olmadığı sürece doku ve organ nakli yapılması uygun olacaktır.

Ölen kişi rızasını, resmi vasiyetname yolu ile açıklamış olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 532. ve devamı maddelerinde resmi vasiyetnamenin nasıl yapılacağı ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Ölen kişinin rızasını açıklayabileceği son şekil ise, sözlü vasiyetname şeklidir. Türk Medeni Kanunu'nun 539. ve devamı maddelerinde sözlü vasiyetnamenin nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Bu rıza beyanı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken nokta günümüzde oldukça zayıf bir delil olarak değerlendirilen tanık beyanlarına dayanılarak bir kimseden organ ve doku alınmasının ve bu organ ve dokuların bilimsel amaçlar için kullanılmasının ne kadar sağlıklı olacağı hususudur. Aslında yasa koyucunun düzenleme yaparken kullandığı "*Resmi veya yazılı bir vasiyetname*" ifadelerinden vasiyetname türlerinden sadece resmi veya yazılı vasiyetnamenin organ ve doku naklinde kullanılabilmesini ifade ettiği sonucu çıkarılabilmektedir. Aksi halde sözlü vasiyetnameyi uygun gören yasa koyucunun bunu açıkça ifade etmemesi bir anlam taşımayacaktır. Kanun metni hazırlanırken kullanılan "*Bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklama*" ifadesinin madde metnine vasiyetnameyi ifade edecek şekilde yazılmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Burada ifade edilmek istenen husus, ölenin sağlığındaki sözlü açıklamasına dayanarak organ ve doku nakli yapılmasının kolaylaştırılmasının sağlanmasıdır. Madde metnin de anlaşılır olarak düzeltilmesi gerekmektedir.²⁵⁹

²⁵⁸ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.14.

²⁵⁹ Ahmet KILIÇOĞLU 1991, age, s. 260.

Ölen kişinin organ ve doku nakline ilişkin olarak sağlığında açıkladığı olumlu veya olumsuz bir rızası yok ise bu durumda organ ve doku naklinin yapılabilmesi yakınlarının rızasına bağlı olacaktır. Yakınlarından rıza alınması konusunda Kanun bir sıra belirlemiştir. Bu husus Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 14. Maddesinde;

“...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.”

şeklindedir. Bu ifadeden de açıkça anlaşıldığı gibi ölen kişinin eşinin bulunduğu durumlarda reşit çocukları da dahil olmak üzere eşi dışındaki yakınlarının rıza vermeye yetkisi bulunmamaktadır. Aynı şekilde kendinden bir önceki sırada bulunan kişinin ölenin yanında bulunması durumunda rıza verme yetkisi bir sonraki kişiye geçmeyecektir. Ölenin yakınlarının rıza verebilmesi için ölenin sağlığında organ ve doku nakline açıkça karşı çıkmaması gerekmektedir. Bu husus, Kanun'un 14. maddesinde *“Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz.”* şeklindeki ifade ile belirtilmiştir. Ölen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi amacıyla yapılan bu düzenleme emredici nitelik taşımaktadır ve aksine düzenleme yapılması mümkün değildir.

Ölenin yakınlarına ilişkin olarak yapılan düzenleme incelendiğinde, *“Ölenin yakınları”* olarak ifade edilen kişilerin yasal mirasçı sıfatı taşıdığı görülmektedir. Burada önemli olan nokta mirasçılıktan çıkartılan, mirastan yoksun olan veya mirastan feragat eden kimsenin organ ve doku nakline rıza gösterme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususudur. Her ne kadar kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemede rıza verecek olan kişiler yasal mirasçı sıfatını taşısa da organ ve doku nakline rıza gösterecek kişiler için mirasçı sıfatı aranmamaktadır. Aksi halde *“Bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”* ifadesi yerine *“Bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir mirasçısının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”* şeklinde bir düzenleme yapılması beklenirdi. Bu nedenle mirasçılıktan çıkartılan, mirastan yoksun olan veya mirastan feragat eden kimsenin ölü vericiden organ ve doku nakline rıza göstermesi açısından bir sınırlama bulunmamaktadır.²⁶⁰

²⁶⁰ Ali Hulki CİHAN(2015), “Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, İstanbul, s. 92.

Kanun koyucunun hayatın olağan akışına göre ölene en yakın olan kişilerin yasal mirasçılar olmasıdır nedeniyle “*Ölenin yakınları*” ifadesinde yasal mirasçılar saymıştır. Ancak kademeli olarak sayılan birtakım mirasçılardan rızası aranacak kimsenin mirastan yoksun olması ya da mirasçılıktan çıkartılmış olması hallerinde, bu kimsenin organ ve doku nakline ilişkin olarak rıza gösterme yetkisinin bulunmaması vicdanen daha doğru olabilir. Mirastan feragat edilmesi durumunda ise feragat eden kimsenin rıza gösterme yetkisi devam etmelidir²⁶¹.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 14. maddesinde “*Evlalık*” ile ilgili hüküm bulunmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Türk Medeni Kanunu’nun 314. ve 500. maddelerinde ifade edildiği gibi “*Evlalık ve alt soyu evlat edinene kan hışmı gibi mirasçı olur.*” Bu ifadeden de anlaşıldığı gibi miras bırakan ile evlalık arasında tıpkı diğer altsoylar ile aralarında olduğu gibi sıkı ve güçlü bir bağ vardır. Ölen kişiden organ ve doku alınmasına ilişkin olarak evlatlığın rıza gösterebilecek kişiler arasında sayılmaması bir eksikliktir.²⁶² Yukarıda da belirtildiği gibi bu rıza gösterecek kişiler belirlenirken kanun koyucunun hayatın olağan akışına göre ölene en yakın kişileri dikkate alarak düzenleme yaptığı kabul edilmelidir. Evlalık da diğer mirasçılar kişi gibi ölene en yakın kişiler arasındadır. Bu nedenle madde metninde değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 14. maddesi “*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*” şeklindeki ifadesi ile bazı hallerde rıza gerekmeksizin ölüden doku alınmasını mümkün kılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, rıza aranmaması için ölen kişinin sağlığında bu dokuların alınmasını açıkça yasaklamamış olması ve yasaklamamış olsa dahi yakınlarının olumsuz bir beyanda bulunmamaları gerekmektedir.

Kanun kural olarak ölen kişiden organ alınmasını ölenin sağlığında açıkladığı rızanın varlığına veya açıkça ölenin olumsuz bir beyanda bulunmadığı hallerde yakınlarının rızasına tabi kılmıştır. Ancak önemi dolayısı ile kaza ve doğal afetlere ilişkin ayrık bir düzenleme yapılmıştır. Ölüm olayı yangın, deprem, trafik kazası, su basması gibi kaza veya doğal afet olarak değerlendirilebilecek olaylar sonucu meydana

²⁶¹ agm, s. 93.

²⁶² agm, s. 93, 94.

gelmiş; ölenin sağlığında açıkladığı bir rızası bulunmuyor ve yakınlarına da ulaşamıyor ise hekimler kurulu ölüm olayının kaza veya doğal afet sonucunda gerçekleştiğini saptayarak rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Ayrıca bu hususların yanı sıra yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan, hayati tehlike içinde olan bir kişi bulunmalı ve organ ve dokunun nakli tıbbi zorunluluk taşımaktadır. Maddenin 3. fıkrasında kaza ve doğal afet hallerine özgü olarak

“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.”

şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.²⁶³

Ölen kişinin bedeni bilimsel araştırmalar için de kullanılabilir. Ölen kişi bu duruma yönelik olarak sağlığında bir vasiyetname yapmış ise başka bir kimsenin rızasına gerek olmaksızın ölen kişinin bedeni bilimsel araştırmalar için kullanılabilir. Vasiyetname olmamasına rağmen bilimsel araştırma için kullanılabilmesi, bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 14. maddesinde

“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 dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

şeklinde ifade edilmiştir.

²⁶³ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.14/3.

3.5.2.2 Şüpheli Ölümlerde Organ Nakli

Konunun önemi nedeniyle çalışma kapsamında olmamasına rağmen ölen kişinin bedeninin doku ve organ nakli için gereken tıbbi müdahaleye mi tabi tutulacağı yoksa delil oluşturması sebebi ile otopsi mi yapılacağı hususuna ilişkin görüşün kısaca belirtilmesi uygun olacaktır. Yapılan bir araştırmada adli tıp uzmanlarının %94.4'ünün adli otopsiyi etkilemeyecek doku ve organların alınmasının mümkün olduğunu ifade ettiği belirtilmiştir.²⁶⁴ Kural olarak suç için delil oluşturan organlar alınmamalıdır. Ancak organ ve doku nakli ile ilgili olarak elde edilecek yararın otopsi ile elde edilecek yarardan üstün olması sebebi ile savcının izni beklenmeksizin doku ve organların alınması mümkün ve gereklidir.²⁶⁵

3.5.3 Organ ve Doku Dağıtımı

Ölü vericiden organ ve doku nakli açısından ortaya çıkan en önemli sorun alınan organın hangi kriterlere göre hangi alıcıya nakledileceğidir. Organ sayısı sınırlı, organ nakli bekleyen hasta sayısı ise yüksektir.²⁶⁶ Bu duruma rağmen konuyla ilgili bir düzenleme kanunlarımızda mevcut değildir. Yönetmelik ve yönergelerle düzenlemeler yapılması hayati önem taşıyan bir konu için kabul edilebilir olmayıp temel haklara ilişkin her düzenleme kanunla yapılmalıdır.²⁶⁷

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı, dağıtımına ilişkin temel prensipleri belirlemese de Sağlık Bakanlığı'nın organ, doku ve hücrelerin nakil tedavisine ihtiyaç duyanlar tarafından bilimsel gereklere uygun, şeffaf ve tarafsız biçimde kullanımının sağlanması, nakil sonuçlarının vericiden alıcıya izlenmesi ve bu kanun kapsamındaki diğer hizmetlerin verilebilmesi amacıyla Ulusal Koordinasyon Sisteminin kurulmasını açıkça öngörmektedir.

Organ ve Doku Nakil Hizmetleri Yönetmeliği, organ ve doku dağıtımının bakanlıkça belirlenecek esaslara göre yapılacağını öngörmektedir. Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi' nin 5. maddesi genel ilkeleri "*Organ ve doku dağıtımı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbî-etik*

²⁶⁴ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 525.

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Doğan SOYASLAN(2007), "Organ Nakilleri", *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler*, İstanbul, s. 130.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gülcan ŞANTAŞ ve Fatih ŞANTAŞ(2018), "Türkiye'de Organ Bağışının Mevcut Durumu ve Organ Bağışında Stratejik İletişimin Önemi", *SDÜ Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, C.9, S.2, s.163, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/541275>, ET. 01.01.2019.

²⁶⁷ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 530.

anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirilir.” şeklinde belirlemiştir; 6. 7. ve 8. maddelerde ise kalp, akciğer, karaciğer ve böbrek dağıtımına ilişkin prensipler düzenlenmiştir.²⁶⁸

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı’nda organ ve doku bağışına olan ilginin artırılması amacıyla vericinin organ ve dokusunu alacak olan alıcıyı belirleme hakkına sahip olmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu taslak yürürlüğe girmese de aynı düzenleme Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinin 1. fıkrasının i bendinde *“Tercihli bağış”* ifadesiyle düzenlenmiştir. İlgili düzenleme,

“Tercihli bağış: Beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organının bağışlanması halinde, ölenin bekleme listesinde kayıtlı olan eşi ile dördüncü dereceye kadar olan (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türünü, ... ifade eder.”

şeklinde²⁶⁹ 15. maddenin 4. fıkrasında ise konuya ilişkin olarak *“Bakanlık, tercihli bağış ve aile puanı sistemi ile ilgili dağıtıma yönelik düzenlemeler yapar.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yabancıların bu sisteme dahil olup olmayacağı hususu konusunda mevzuatımızda herhangi bir engelleme içeren hüküm bulunmamaktadır. Ancak Organ Ticareti ve Nakli Turizmüne İlişkin İstanbul Protokolü incelendiğinde, yabancı hastaların tedavisinin ancak vatandaşlara yönelik organ naklinin garanti altına alınmış olması halinde kabul edildiği görülecektir. Uygulamaya bakıldığında, yabancıların

²⁶⁸ Genel ilkeler

Madde 5- (1) Organ ve doku dağıtımı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbî-etik anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirilir.

(2) Organ ve doku dağıtımında acil organ talepleri öncelikle değerlendirilir ve acil talepler için Acil Bekleme Listesi oluşturulur.

(3) Organ ve dokular 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen usul ve esaslara göre kullanılır. Yeni açılan veya ruhsatı iptal edilen nakil merkezi olması halinde Bakanlıkça Ulusal Sistemden Organ Ve Doku Alım ve Çıkarım Sırasındaki (Ek 3) listede ekleme ya da çıkarma yapılır.

(4) Bakanlık tarafından her organ için Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi oluşturulduğunda, nakil merkezleri kendi organ nakli bekleme listelerindeki hasta bilgilerini Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kaydetmekle yükümlüdür.

(5) Organ bekleyen hastalarını Ulusal Bekleme Listesine kaydetmeyen merkezlere kadavra organ dağıtımı yapılmaz. Ancak, bu merkezler kendilerinde çıkacak kadavra vericileri UKS’ne sunmak zorundadır.

(6) Organın şehir içi taşınmasında veya havaalanına ulaştırılmasında refakat etmekle görevli personeli BKM veya UKM belirler.

(7) Kornea dağıtımı, Göz Bankası ve Kornea Nakli Merkezleri Yönergesine göre yapılır.

²⁶⁹ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 4/1-i.

organ ve doku nakline ilişkin verici olabildiği ancak alıcı konumunda bulunamadıkları görülecektir.²⁷⁰

3.5.4 Kompozit Doku Nakli

Kompozit kelimesi, “*Homojen bir yapıya sahip olmayan, farklı/çoklu doku ve organ parçalarından meydana gelen*” şeklinde tanımlanmıştır. Kompozit doku nakli ise,

“Kompozit doku, insan alıcıya takılmak üzere insan vericiden alınan anatomik ve yapısal birimlerden oluşan ve birden fazla doku içeren, nakil sonrası işlev görebilmesi için kan damarlarının birleştirilmesi ile kanlanması sağlanan, sinirlerin birleştirilmesi ile hareket ve duyu kazandırılan, kan dolaşımına ihtiyacı olan ve kan dolaşımının olmadığı sürenin kısa olması gereken, alıcı tarafından reddedilme olasılığı olan ve bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçların kullanılmasını gerektiren vaskülarize kompozit allogreft”

olarak tanımlanmaktadır.²⁷¹ Bu dokular: yüz, el, ayak, gırtlak, karın ön duvarı, ince barsak, vb. gibi birden fazla doku içeriği olan yapıları kapsamaktadır.²⁷²

Türkiye’de ilk olarak Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde 25 Eylül 2010 tarihinde, kadavradan çift kol ve 9 Ağustos 2011 tarihinde rahim nakil ameliyatları gerçekleştirilmiş; 21 Ocak 2012 tarihinde ise bu kez aynı vericiden iki ayrı hastaya eş zamanlı olarak ülkemizde ilk yüz nakli ile çift kol ve tek bacak nakli yapılmıştır. Bu ameliyatın hemen ardından hastanın nakledilmiş bacağı tıbbi gerekçeyle alınmak zorunda kalmış olup 3 Mayıs 2012 tarihinde ise hasta kaybedilmiştir. 24 Şubat 2012 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde, bir hastaya yüz nakli ile bir diğer hastaya iki kol, iki bacak nakli yapılmış; ancak iki kol ve iki bacak nakli yapılan hasta ameliyattan üç gün sonra kaybedilmiştir. 17 Mart 2012 tarihinde Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde de yüz nakli ameliyatı gerçekleştirilmiştir. 15 Mayıs 2012 tarihinde

²⁷⁰ Kudret GÜVEN(2007), *Hazırlanan Organ, Doku ve Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı Başkent Üniversitesi Görüşü*, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, s. 347.

²⁷¹ Vaskülarize: damarlanmış, damarlı; kompozit: homojen yapıya sahip olmayıp farklı/çoklu doku ve organ parçalarından meydana gelen; allogreft: alıcı ile aynı türden olan başka bir bireyden alınan dokuyu ifade eder.

²⁷² Türk Tabipler Birliği (2012), “*Kompozit Doku Nakilleri Raporu*”, s.4, https://www.ttb.org.tr/images/stories/file/kompozitrpr_2012.pdf, ET. 01.01.2019.

Akdeniz Üniversitesi'nde kulak ve saçlı deriyi de içeren bir tam yüz nakli, İstanbul ve Gazi Üniversitesi'nden öğretim üyelerinin de katılımıyla yapılmıştır.²⁷³

Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde kompozit doku nakli;

“Vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan kompozit doku nakli ameliyatı”

olarak tanımlanmaktadır.²⁷⁴ Yönergenin 4. ve devamı maddelerinde bu naklin hangi aşamalardan geçilerek gerçekleştirildiği ifade edilmiştir.

Kompozit doku nakli, organ ve doku nakil türlerindedir. Bu nedenle her türlü organ ve doku nakli gibi kompozit doku nakli de Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'a tabidir. Ancak diğer organ ve doku nakillerinden farklı olarak bu naklin yapılması için Yönerge'de belirtilen endikasyon²⁷⁵ şartları ortaya çıkmalıdır.²⁷⁶ Yapılacak her türlü nakil türüne ilişkin endikasyonlar, Bakanlıkça hazırlanan listede belirtilmektedir.²⁷⁷

3.6 ORGAN VE DOKU NAKLINE RIZA GÖSTERİLMESİNİN İNCELENMESİ

Yaşayan vericinin organ ve doku nakline rıza gösterebilmesi için gerekli olan şartlar yukarıda ifade edilmiştir. Ancak ifade edilen şartların yanı sıra vericinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir.

Organ ve doku nakline ilişkin olarak yapılacak tıbbi müdahale diğer tıbbi müdahalelerle karşılaştırılır ise, bu müdahalenin özellik taşıyan bir tıbbi müdahale olduğu görülecektir. Bu müdahaleyi diğer müdahalelerden ayıran en temel nokta organ vericisinin organ ve doku nakline gösterdiği rızanın kendi menfaatine değil bir üçüncü kişinin menfaatine yönelik olması hususudur.²⁷⁸ Diğer tıbbi müdahale türleri incelendiğinde verilen rızanın kişinin kendi menfaatine yönelik olduğu görülecektir.

²⁷³ Türk Tabipler Birliği (2012), “Kompozit Doku Nakilleri Raporu”, s.5, https://www.ttb.org.tr/images/stories/file/kompozitrpr_2012.pdf, ET. 01.01.2019.

²⁷⁴ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.3/1-g.

²⁷⁵ Her hangi bir hastalığa ilişkin izlenmesi gereken tedavi yöntemlerini ve tedavi içerisindeki sürecin gidişinin nasıl olacağını belirlenmesini veya her hangi bir ilacın hangi hastalıkların tedavisinde kullanılabilirliğini ve tedavinin yada cerrahi uygulamanın hangi durumlarda gerekli olduğunu ifade etmek için kullanılan tıp terimidir. Bkz. <https://www.sagliknet.gen.tr/p/217-endikasyon-nedir/>

²⁷⁶ Burcu GÖRKEMLİ 2013, agm, s. 800.

²⁷⁷ Endikasyon listesi için Bkz. <https://www.saglikaktuel.com/d/file/endikasyonlistesi.pdf>.

²⁷⁸ Emel BADUR 2017, age, s. 332.

Tıbbi müdahale için verilecek rızanın geçerli olabilmesi için gereken şartlar yukarıda ifade edilmiştir. Organ ve doku nakline yönelik olarak yapılacak tıbbi müdahale için verilecek rıza ise, diğer tıbbi müdahalelere verilecek rızanın geçerli olabilmesi için gereken şartlardan daha ağır şartlara bağlanmıştır. Biyotıp Sözleşmesinin 19. maddesi,

“Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir. Gerekli muvafakat, Madde 5’te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır.”

şeklindedir. 5.madde ise,

“Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir.”

şeklindedir.²⁷⁹ Maddeler incelendiğinde, organ ve doku nakline ilişkin olarak verilecek rızanın, diğer geçerlilik şartlarının yanı sıra açık ve kesin olarak, yazılı veya resmi makam önünde beyanda bulunularak verilmesi gerekmektedir. Ayrıca Biyotıp Sözleşmesinin yanı sıra, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 6. ve 7. maddeleri ile Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 29. maddesi de rıza konusuna ilişkindir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 6. maddesi,

“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.”

şeklindedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi organ ve doku nakline ilişkin olarak verilecek rızanın açıkça; bilinçli ve herhangi bir etki altında kalmadan tıbbi müdahaleden önce verilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi rızanın geçerli olabilmesi için ayrıca tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin, bu müdahalenin taşıdığı riskleri ve oluşabilecek endikasyonları anlayabilecek yeterlilikte olması gerekmektedir. Hali hazırda tıbbi müdahaleler için “*anlayabilecek yeterlilikte olma*”

²⁷⁹ Biyotıp Sözleşmesi m.5, m.19.

durumu aranırken özellik gösteren organ ve doku nakillerine ilişkin olarak bu durumun aranması mutlak bir gereklilik arz etmelidir.

Biyotıp Sözleşmesi'ne göre organ ve doku nakline yönelik olarak verilecek rızanın taşınması gereken en temel özellik “*Açıkça ve belirli bir şekilde*” olması; Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'a göre ise “*Açık*” şekilde olmasıdır. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere verilecek rızanın hangi organın nakline ilişkin olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Vericinin, herhangi bir belirleme olmaksızın genel bir ifade ile organ ve doku nakline rıza göstermesi, rızanın geçerliliğini etkileyecek; verilen rızanın hukuka uygun olmaması sonucunu doğuracaktır.²⁸⁰

Organ ve doku nakline yönelik olarak verilecek rızanın taşınması gereken ikinci özellik ise, rızanın “*Bilinçli ve herhangi bir etkiden uzak olarak*” verilmesi hususudur. Bilinç durumu bu noktada sadece ayırt etme gücünün varlığını ifade etmeyecek²⁸¹ ayrıca yapılacak olan nakil işlemine ilişkin olarak vericinin bu naklin sonuçlarını ve oluşabilecek endikasyonları anlayabilecek yeterlilikte olmasını bir başka ifade ile verici olmanın anlamını ve sonuçlarını algılama halinin tam olarak gerçekleşmesini ifade edecektir. Bu noktada Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesi, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak hekime aydınlatma yükümlülüğü yüklenmiştir.²⁸²

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü genel olarak, hekimin hastasına uygulanacak tıbbi müdahalenin türü, yapılma biçimi, içeriği, ivediliği, yan etkileri ve risklerinin açıklanmasının sıra oluşabilecek endikasyonlar hakkında da bilgi vermesini içermektedir. Ayrıca hekim, hastanın tedaviyi veya yapılacak tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda ortaya çıkması ihtimal dahilinde olan olumsuz sonuçları da anlatması olarak ifade edilebilir. Tıbbi müdahalede bulunulacak olan kişi tüm bu bilgiler ışığında müdahaleye ilişkin olarak serbestçe karar verebilmelidir.²⁸³

Organ ve doku nakline yönelik olarak verilecek rızanın taşınması gereken üçüncü ve bir diğer özellik ise rızanın “*Tıbbi müdahaleden önce*” verilmesi hususudur. Tıbbi müdahalelere ilişkin rıza kavramı ifade edilirken rızanın önceden verilmesi

²⁸⁰ Emel BADUR 2017, age, s. 333.

²⁸¹ Ayırt etme gücüne sahip olma durumu, herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmasına verilecek olan rıza için zaten aranmaktadır.

²⁸² Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, ayrıntılı olarak bir sonraki başlık altında inceleneceği için burada kısaca bilgi verilecektir.

²⁸³ Şafak PARLAK 2009, age, s. 203; İlhan GÜLEL 2018, age, s. 122, 123.

husussu temel koşul olarak ele alınırken bazı istisnai hallerde rızanın önceden alınmaması durumları da gözetilmektedir. Varsayılan rıza kavramı olarak ifade edilen bu husus, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getiremediği durumlarda hastanın rızasının geçerlilik kazanmadığı ancak hekim tarafından bu yükümlülük yerine getirilse idi kişinin tıbbi müdahaleye aynı şekilde rıza gösterebileceğinin varsayıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu durumlara örnek olarak, bilinci kapalı bir şekilde acil servise getirilen hastalara yapılacak müdahaleler verilebilmektedir. Her ne kadar bu gibi durumlarda rıza aranmıyor olsa da yapılacak tıbbi müdahalenin kişinin yararına olması gerekmekte; bu noktada hekime adeta bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu durum “Varsayılan rızanın ikincilliği ilkesi” olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸⁴ Özellik taşıyan bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku naklinde ise, vericinin rızasının müdahaleden önce alınması hususu mutlaklık arz etmektedir.

Biyotıp Sözleşmesi’nin 19. maddesi gereğince, organ ve doku nakline ilişkin olarak verilecek rıza açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun ise, Biyotıp Sözleşmesi’nden farklı olarak verilecek rızanın ayrıca iki tanık önünde sözlü olarak beyan edilmesi ve imzalanan tutanağın bir hekim tarafından onaylanması hususunu öngörmüştür. Madde metni;

“Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyiz 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.”

şeklindedir. Metinde ifade edilen hekim onayı, vericinin rızasını yazılı ve imzalı olarak ifade etmesi ya da vericinin sözlü olarak ifade ettiği rızanın bir başkası tarafından kaleme alınmasının ardından vericinin bu belgeyi imzalaması durumlarında; bu imzanın altına kendi el yazısı ile düşeceği bir onay şerhini imzalaması hususudur. Ayrıca tanık olarak bulunan kişilerin de, yukarıda hazırlanma koşulları ifade edilen evrak üzerinde imzalarının bulunması düşünülebilir. Eğer verici, ayırt etme gücüne²⁸⁵

²⁸⁴ Zeynel T. KANGAL(2011), “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, *Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S.4, s.225.

²⁸⁵ Ayırt etme gücünden anlaşılması gereken husus yukarıda belirtilmiştir.

sahip bir kısıtlı ise, hem kısıtlının imzası hem de yasal temsilcinin onayı yazılı halde evrak üzerinde bulunmalıdır.²⁸⁶

Badur'a göre, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde aydınlatma ve gerekli durumlarda organ ve dokuyu almayı reddetme yükümlülüğünün tıbbi müdahalede bulunacak olan hekime getirilmesi durumuna kıyasen; yukarıda ifade edilen vericinin rızasını onaylayacak hekimin de tıbbi müdahalede bulunacak hekim olması gerekmektedir.²⁸⁷

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesi

"18 yaşından küçük ve mümeyiz olmayanlardan organ ve doku alınmaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir..."

şeklindedir.²⁸⁸ Madde ifadesinden de anlaşılacağı gibi Yönetmelik, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'a atıfta bulunmuştur.

Organ ve doku naklinde organ ve doku verme borcunun kaynağını kural olarak, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin oluşturduğunu söylemek mümkündür. Kuralın istisnasını ise, çapraz nakiller oluşturmaktadır. Bu sözleşme, doku ve organ vericisinin edim olarak bir çıkar elde etmediği durumlarda hukuken geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmedir. Kanun koyucu tarafından adının belirlenmemesi ve tanımı yapılmaması sebebi ile organ ve doku nakli sözleşmesi isimsiz (atipik) bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeye yönelik olarak, alıcı ve verici taraflar birbirlerini tanımıyorlarsa sözleşme temsilci aracılığı ile kurulabilir. Ancak vericinin, kendisinden organ ve doku alınmasına ilişkin olarak yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi durumunda bu rızanın bizzat verici tarafından tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekime karşı açıklanması gerekmektedir.²⁸⁹

Kanun koyucu tarafından organ ve doku nakline ilişkin olarak verilen rızanın tüm şartlara uygun olarak beyan edilmesi sonucunda meydana gelen organ ve doku nakli verme borcundan cayılması başka bir ifade ile rızanın geri alınması da mümkündür. Geri alma olarak ifade edilen terim, sözleşmeyi sona erdirmek veya

²⁸⁶ Salih ŞAHİNİZ 2003, age, s. 748; Şafak PARLAK 2009, age, s. 208; Emel BADUR 2017, age, s. 336.

²⁸⁷ age s. 336.

²⁸⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m.19.

²⁸⁹ Emel BADUR 2020, age, s.293.

geçersiz kılma amacı taşımaktan çok açıklanan iradeden vazgeçilmesi anlamı taşımaktadır.²⁹⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 23. Maddesi

“ ... 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 dir.²⁹¹ Madde metninden de anlaşılacağı üzere organ verme borcu altına giren verici rızasını geri alabilecek ve bu geri alma sonucunda vericiden zorla organ ve doku nakli yapılması mümkün olmayacak; kendisine ifa davası açılmayacağı gibi maddi veya manevi tazminat davasına da maruz bırakılmayacaktır.²⁹² Madde metninde her ne kadar tazminat istenmesinin önüne geçilmiş olsa da bu noktada menfi ve müspet zarar ayırımına gidilmemiştir. Maddenin kaleme alınış şekli düzenlenmesindeki temel amaç göz önünde bulundurulduğunda organ ve doku verme borcundan cayan kişinin, alıcı ile arasında oluşan organ ve doku nakli sözleşmesinden kaynaklanan borcuna karşılık olacak şekilde müspet; sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle ortaya çıkacak olan menfi zarardan ve ayrıca borcun yerine getirilmemesi nedeni ile yaşadığı manevi eksikliği biraz olsun hafifletecek manevi tazminattan dolayı herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmektedir.²⁹³

Yukarıda bahsedilen normun düzenleniş amacı incelenecek olursa, bu amacın organ ve doku verme borcu altında bulunan kişinin cayma hakkının tam olarak korunması olduğu hususu olduğu ifade edilebilir.²⁹⁴

Kılıçoğlu'na göre, her ne kadar vericinin rızasını geri alması durumunda vericiye karşı bir ifa davası açılmayacak olsa da yaşam mücadelesi vererek uygun bir organ bekleyen ve bu beklentisinin karşılanacağı düşüncesini taşıyan alıcının; vericinin rızasını geri alması durumunda hayal kırıklığına uğraması kaçınılmaz olacaktır. Maddi ve manevi bir yıpranmaya maruz kalan alıcının bu zararlarının karşılanması için bir tazminat sorumluluğunun doğması gerekmektedir. Verilen

²⁹⁰ Rona SEROZAN (2007), Sözleşmeden Dönme, 2.Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, s. 124; Emel BADUR 2020, age, s. 297.

²⁹¹ TMK m.23.

²⁹² Ahmet KILIÇOĞLU 1991, age, s. 255, 256.

²⁹³ Emel BADUR 2020, age, s. 304.

²⁹⁴ age s. 305; Mustafa DURAL ve Tufan ÖĞÜZ(2011), *Türk Özel Hukuku İkinci Cilt Kişiler Hukuku*, 6.Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 117; Yıldız ABİK 2014, age, s. 117; Şahin AKINCI 1996, age, s. 207, 208, 209; Şafak PARLAK 2009, age, s. 207; Ahmet KILIÇOĞLU 1991, age, s. 256.

rızadan gelişigüzel dönülmesini engellemek ve alınan kararlarda ciddiyeti sağlamak için bu sorumluluğun kabul edilmesi uygun olacaktır.²⁹⁵

Hatemi/Kalkan Oğuztürk' e göre ise, vericinin rızasını geri alması alıcıya zarar verme kastı ile yapıyorsa, alıcının hem menfi zararları hem de müspet zararları talep edilebilmelidir.²⁹⁶

Biyotıp Sözleşmesi ve Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun incelenecek olur ise, organ ve doku nakline ilişkin olarak açıklanan rızanın geri alınmasına yönelik olarak herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı görülecektir. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması iradenin geri alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Canlı verici, rızaya ilişkin olarak gereken hukuki şartların tamamını gerçekleştirerek rızasını açıklamış olsa da tıbbi müdahale gerçekleşinceye kadar bu rızayı geri alma hakkına sahiptir. Ancak tıbbi müdahale gerçekleşmiş olup vericinin bedeninden doku ve organlar alınmış ise artık vericinin rızasını geri alması bir anlam ifade etmeyecektir.²⁹⁷

Üzerinde durulması gereken bir başka husus, organ veya dokunun vericinin bedeninden ayrılmasından sonra alıcının tıbbi müdahaleye ilişkin olarak verdiği rızayı geri alması veya başka sebepler ile organ veya dokunun naklinin gerçekleştirilememesi hususudur. Biyotıp Sözleşmesi'nin 22. maddesi

“Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir.”

şeklinde dir.²⁹⁸ İfadeden de anlaşılacağı üzere, organ veya doku istenen nakil amacı doğrultusunda kullanılmıyor ise, vericinin bu hususla ilgili aydınlatılmasından sonra organ veya doku başkaca bir amaç için saklanabilecek ve kullanılacaktır.²⁹⁹

²⁹⁵ age s. 256.

²⁹⁶ Hüseyin HATEMİ ve Burcu KALKAN OĞUZTÜRK (2014), *Kişiler Hukuku*, 1.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 61.

²⁹⁷ Bkz. ayrıntılı bilgi için Emel BADUR 2020, age, s. 298, 299.

²⁹⁸ Biyotıp Sözleşmesi m.22.

²⁹⁹ Emel BADUR 2017, age, s. 339.

3.7 ORGAN VE DOKU NAKLİNDE HEKİMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.7.1 Organ ve Doku Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Hastanın Rızasının Alınması

Rıza kelime anlamı olarak istek, onam, razı olma, isteme, onama anlamlarına gelmekte; aydınlatma ise, tıp hukuku bakımından hekimin hastasına gerçekleştirmeyi planladığı tıbbi müdahale veya müdahalelerin türünü, ne şekilde gerçekleştireceğini, ivediliğini, yan etkilerini ve riskini anlatması ayrıca bu tıbbi müdahale gerçekleştirilmediğinde ortaya çıkabilecek ihtimal dahilinde olan olumsuz sonuçları ifade ederek hastanın tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar vermesini sağlamak olarak ifade edilebilir.³⁰⁰ Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi için hastanın aydınlatılması ve bu aydınlatma sonrasında hastanın rızasının alınması şarttır.

1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesi "*Hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da ret etme hakkına sahiptir.*" şeklindedir. 1994 yılında yayınlanan Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin 3. maddesinin 1. ve 2. Fıkraları;

"Hastanın bilgilendirilmiş onayı herhangi bir tıbbi girişimin ön koşuludur. Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır."

şeklindedir.³⁰¹ Mevzuatımıza baktığımızda ise, istisnai haller saklı kalmak üzere, her türlü tıbbi müdahale açısından ilgilinin rızasının alınacağı belirtilmiş ve rıza açıklamasından önce hekim tarafından ilgilinin gerçekleştirecek olan tıbbi müdahale bakımından bilgilendirilmesi hukuka uygunluk şartı olarak görülmüştür. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. Maddesi;

"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."

şeklinde, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. Maddesi;

"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar."

³⁰⁰ Bedia BORAN 2007, age, s.85.

³⁰¹ Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi m.3/1-2.

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.)... ”

şeklinde; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. Maddesi;“...Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz...” şeklinde, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi

“...Tabip ve dış tabibi,hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır.”

şeklindedir.³⁰² Son olarak Alman Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerini incelendiğinde ise Kanun'un 630c maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün genel hatları ifade edildiği; 630e/1-2. maddelerinde ise bu yükümlülüğün ayrıntılarına değinildiği görülecektir. Bu yükümlülüğün kaynağının tedavi sözleşmesi olduğu ve tarafların ortak paydada hareket etmeleri gerektiği, tedavinin başında ve gerekli olduğunda tedavinin sonraki aşamalarında hekimin hastayı tedavi ile ilgili olan her türlü durum hakkında bilgilendirmesi gerektiği, hastanın durumunda veya tedavinin şeklinde, içeriğinde veya uygulanış biçiminde değişiklik olması durumunda açıklayıcı ve kapsamlı bilgi vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşmenin tarafının, tıbbi kötü uygulamanın varlığına ilişkin bir düşüncesi olduğu hallerde, hastayı olası talepler ve sağlık açısından meydana gelebilecek risklere ilişkin bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'da, hastanın bilgilendirilmeme hakkına da değinilerek, bu haktan feragat etmesi veya tedavinin geciktirilememesi gibi bazı istisnai hallerde bilgilendirme yapılmayacağını da belirtmiştir. Genel kanı olarak, hastanın önce yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirilme sonrasında rızaya ilişkin görüşünü açıklaması benimsenmiştir. Bu husus Alman Hukuku'nda *Aydınlatmadan Sonra Rıza (Binwilligung Nach Aufklärung)*” olarak ifade edilmektedir.³⁰³

Kural olarak hasta açısından aydınlatma, uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak genel bir bilgi sahibi olması yeterli görülmektedir. Ancak her müdahale kendine özgü bazı şartlar ve gereklilikler içermektedir. Bazı müdahalelerde açıklanacak

³⁰² Biyotıp Sözleşmesi m.5; , 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14.

³⁰³ Mehmet AYAN 1991, age, s. 72; Kürşat ERSÖZ 2010, agm s. 112; Emel BADUR 2017, age, s. 71.

olguların kapsamı geniş bazı müdahalelerde ise dardır. Ayrıca acil durumlar olarak nitelendirilen hallerde aydınlatma yükümlülüğü kalkmaktadır.³⁰⁴ Aydınlatmanın kapsamı tıbbi müdahalenin türüne ilişkin olarak genişleyip daralabilir ve hatta bazen ortadan kalkabilir. Bu nedenle müdahalenin özellikleri uygulanacak olan hastanın durumu da göz önüne alınarak aydınlatmanın kapsamı belirlenmelidir.

Tıbbi müdahalenin acilliği ile aydınlatma yükümlülüğü arasında bir orantı kurulacak olur ise, bu orantı ters orantı olarak değerlendirilebilir.³⁰⁵ Acil müdahale yapılması gereken hallerde aydınlatma kapsamı olabildiğince sınırlı tutulmakta ancak estetik müdahaleler gibi zorunlu olmayan müdahaleler de bu kapsam geniş tutulmakta hekimin yapılacak müdahaleye ilişkin olarak her türlü bilgiyi hastaya açık ve anlaşılır şekilde ifade etmesi gerekecektir.

Yukarıda ifade edilen düzenlemelerin yanı sıra, aydınlatma yükümlülüğünün bazı sınırları vardır. Hastanın sağlık durumuna ilişkin ağır ve gerçekleşmesi muhtemel sonuçlar söz konusu ve bu durumların hastaya bildirilmesi hastanın psikolojik açıdan çöküntüye uğramasına neden olacak ise aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi mümkün olabilecektir. Tıp biliminin en temel özelliklerine bakıldığında her zaman hastanın yararının gözetildiği ve hastaların iyileştirilmesinin temel amaç edinildiği görülecektir. Aydınlatma yükümlülüğü gibi daha birçok düzenlemenin de asıl amacı bu olmakla birlikte eğer bu amaç gerçekleşmeyecek yani yükümlülüğün yerine getirilmesi hasta açısından olumsuz sonuçlar doğuracaksa artık yükümlülüğün yerine getirilmemesi gerekecektir.³⁰⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesi bu durumu;

“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır...”

³⁰⁴ Barış ERMAN 2003, age, s. 110; Gizem GÖZÜBÜYÜK 2016, agt, s. 36.

³⁰⁵ Ergun ÖZSUNAY 1983, agm, s. 39; Mehmet AYAN 1991, age, s. 76; Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s.31; Barış ERMAN 2003, age, s. 110-111; Gizem GÖZÜBÜYÜK 2016, agt, s. 36.

³⁰⁶ Zafer KAHRAMAN(2016), “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, s. 493; Ergun ÖZSUNAY 1983, agm, s.46 vd; Sibel ADIGÜZEL 2014, agm, s. 977; Battal YILMAZ 2009, agm, s. 173; Hakan HAKERİ 2020, age, s.348, 349; Adem SÖZÜER, Melikşah YASİN ve Zekeriya KÜRŞAT(2013), “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, *Hastane Yönetimi*, Nobel Tıp Kitapevleri, s.1020.

ifadeleriyle belirtmiştir.³⁰⁷ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi de aynı doğrultuda olup bu durumu "...Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur..." şeklinde ifade etmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesi

"İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir."

şeklindedir.³⁰⁸ İfadeden de anlaşılacağı üzere, hasta kendisi ve yakınlarının aydınlatılması hakkında feragat edebilecek yani aydınlatma yükümlülüğünün uygulanmamasını sağlayabilecektir. Ancak buradaki önemli nokta, aydınlatılma hakkında feragatin yalnızca sağlık durumuna ilişkin olmasıdır. Başka bir deyişle hastanın yapılacak olan tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatılmaması mümkün değilken sadece "*Mevcut durum ve hastalığın gidişatı*" hususunda aydınlatılmaması mümkündür.

Müdahaleden önce hastanın aydınlatılma hakkında feragat etmesi de mümkündür. Ancak hasta için hayati önem taşıyan müdahalelerde yeni uygulanacak tıbbi müdahalelerde ve hastanın kanuni temsilcisinin rıza göstermesi gereken hallerde kanuni temsilcinin aydınlatılma hakkında feragatinin kabul edilmemesi gerekmektedir.³⁰⁹

Hastanın yapılacak olan tıbbi müdahaleye ikinci kez maruz kalması mesleği gereği veya başka sebepler ile bu müdahale hakkında yeterli düzeyde bilgi sahibi olması durumlarında aydınlatılmasına gerek kalmayabilir. Ancak bu hususlar her somut olayda dikkatlice incelenmelidir.³¹⁰

³⁰⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m.19.

³⁰⁸ m.20.

³⁰⁹ Mustafa DURAL(2011), "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Uluslararası Birinci Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul, s. 254; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 67-68; Zafer ZEYTİN(2012), "Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *İçinde, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Hekim Sorumluluğu*, Ed. Hakan HAKERİ ve Henning ROSENAU, ss.1-35, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 26; Gizem GÖZÜBÜYÜK 2016, agt, s. 39; Mehmet AYAN 1991, age, s. 79.

³¹⁰ age s. 79; Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s. 34; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 68; Gizem GÖZÜBÜYÜK 2016, agt, s. 40.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi açısından yapılmış ayrıca bir düzenleme olmaması sebebi ile genel hüküm niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesini incelemek ve madde hükmünü tıp hukuku çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Bu gerekliliğin sebebi ise, hasta ve hekim arasında kurulan sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hususudur. Eğer verici, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle zarara uğradığını düşünüyor ise bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak söz konusu durumda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ispatlaması gereken kişi hekimdir; verici ancak uğradığı zararı ispatlamakla yükümlü tutulabilir. Bu durumun sebebi ise, vericinin gereği gibi aydınlatılmamış olması halinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için gereken bir şart olan rızanın varlığının ortadan kalkmasıdır.³¹¹

Kanun koyucu, özellik arz eden tıbbi müdahale türü olan organ ve doku nakline ilişkin olarak aydınlatma yükümlülüğünü ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesi

“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 itibariyle 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; ... zorundadırlar.”*

şeklindedir.³¹² Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, organ ve doku nakli yapacak hekimin, söz konusu tıbbi müdahaleye ilişkin olarak ayrıntılı ve uygun bir şekilde açıklamada bulunması, organ ve dokunun alınması durumunda ortaya çıkabilecek riskleri, nakil için öngörülen başarı yüzdesini, nakilden önce veya sonra kullanılması gereken ilaçlara ilişkin bilgileri, naklin tıbbi, psikolojik ve sosyolojik sonuçları

³¹¹ Zarife ŞENOCAK (2007), “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 250, 251.

³¹² Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.7.

açısından meydana gelebilecek olası durumları, organ veya dokunun nakil edileceği alıcıya sağlanacak yararları açıklaması gerekmektedir.

Madde fıkrasında belirtilen “*Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişiler*” den anlaşılması gereken kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması değildir. Kişi zaten ayırt etme gücüne sahip değilse canlı organ vericisi olmanın en temel koşulunu sağlayamayacağı için bu müdahalenin yapılması mümkün olmayacaktır. Bu ifadeden anlaşılması gerekenin ayırt etme gücüne sahip olan ancak söz konusu tıbbi müdahale hakkında açıklanacak bilgileri, söz konusu riskleri ve olası olumlu veya olumsuz sonuçları kavrayacak yeterlilikte olmayan kişilerdir. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip kişi, söz konusu tıbbi müdahaleye ilişkin rızasını çeşitli şartlar veya ortaya çıkan durumlar sebebiyle etkiden uzak bir durumda veremeyecek ise yine madde fıkrasında belirtilen kişilerden sayılacaktır.³¹³

Maddenin bir diğer fıkrasında belirtilen husus

“d)Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etme”

hususudur.³¹⁴ Fıkradan, evli olan kişinin organ ve doku nakline ilişkin olarak eşinin rızasının alınması bu rıza olmaksızın müdahalenin yapılmaması hususu anlaşılmalıdır. Burada ifade edilmek istenen tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin, hayatını paylaştığı yani aralarında ayrılık kararı verilmemiş eşine bu durumu bildirip bildirmediğinin tespit edilmesi ve bu tespitin tutanağa geçirilmesinin gerekli olduğu hususudur. Eş istemese dahi, eğer tıbbi müdahalede bulunulacak kişi organ ve doku nakli için gerekli olan şartları taşıyor ve bu müdahaleye hukuka uygun olarak rıza veriyor ise nakil gerçekleştirilebilecektir. Bu hükmün, sosyolojik durumlar ve evlilik birliğine verilen önemden kaynaklığı düşünülebilir.

Ölü vericiden organ ve doku nakli yapılması söz konusu ise, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 14. maddesinde belirtilen

“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

³¹³ Emel BADUR 2017, age, s. 333, 334.

³¹⁴ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.7/d.

yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”

hükmüne uygun olarak aydınlatma yapılmalıdır.³¹⁵ Yani bu durumda aydınlatılmanın yapılacağı kişiler ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını olacaktır.³¹⁶ Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin bilgisi olmayacak ve bilgisizlik sonucunda müdahaleye rıza gösteren kişinin iradesi hukuki açıdan geçerli sayılamayacaktır. Bu gibi durumlarda hekimin sorumluluğuna gidilmesi de muhtemel olacaktır.

Son olarak aydınlatma yükümlülüğü ile varsayılan rıza kavramının doğrudan ilişkisinin bulunması nedeniyle bu kavramın açıklanması yararlı olabilecektir. Varsayılan rıza, *“Rıza kuramı ile bir ilgisi bulunmayan ve bu kurama sayılı olarak açıklanması olanaksız olan durumlarda, üçüncü kişilerin yapacakları bir değerlendirme sonucunda müdahale yapılmasını uygun bulmaları durumu”* olarak tanımlanabilir. Varsayılan rızanın en önemli özelliği hastanın kendisinden veya bir yakınından rıza alınamamış olması durumlarında ortaya çıkmasıdır. Bu nedenle bu rıza ikincil nitelik taşımaktadır.³¹⁷ Örtülü rıza veya zorunluluk hali olarak da adlandırılan bu haldeki temel amaç, yaşam ve sağlık hakkının gerekli olan hallerde kişinin kendi iradesine karşı korunması amacına dayanmaktadır. Örnek olarak: İntihar etme amacı ile aşırı dozda ilaç kullanan kişinin, hastanenin acil servisine getirildiğinde midesinin yıkanması ve gerekli tedavinin uygulanması durumu verilebilir.³¹⁸ Bu durumla ilgili olarak birden çok düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesi *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”* şeklindedir. 1994 tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi³¹⁹'nin 3. maddesinin 3. Fıkrası;

“Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa, hastanın onayı olduğu varsayılarak girişim yapılabilir.”

³¹⁵ m.14.

³¹⁶ Seda İrem ÇAKIRCA YÜCEOĞLU(2018), “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80.Yıl Armağanı*, İstanbul, s. 167, 168.

³¹⁷ Yener ÜNVER(2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değerler*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 976; Kürşat ERSÖZ 2010, agm, s. 116.

³¹⁸ Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s. 45, 46.

³¹⁹ Aynı zamanda 1994 Amsterdam Bildirgesi olarak da geçmektedir.

şeklinde; 7. fıkrası ise;

“Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak, alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.”

şeklindedir.³²⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 7. fıkrası

“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...”

şeklindedir.³²¹

Varsayılan rızanın belirlenmesi hususunda orta zekalı, makul kişilerin mevcut durum karşısında sergileyecekleri tavır veya ifade edecekleri görüşler esas alınmamalı aksine somut olay değerlendirilerek tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişinin kişisel durumu, menfaati, istekleri ve ihtiyaçları gözönüne alınmalıdır. Başka bir ifadeyle kişinin kendisi karar verebilecek durumda olsaydı açıklayacağı rızası öngörülerek tıbbi müdahale gerçekleştirilmelidir. Varsayılan rıza belirlenirken kişinin yakınlarının beyanları hekime ancak yol gösterici olabilecektir. Hekim, kişinin yakınlarının beyanları doğrultusunda müdahale gerçekleştirmek veya gerçekleştirmemekle yükümlü değildir.³²²

Varsayılan rızanın şartları şu şekilde ifade edilebilir: Müdahale rıza gösterilebilecek bir müdahale olmalı, hastanın müdahaleye ilişkin olarak irade açıklaması bulunmamalı, hastanın rızası gereken süre zarfında alınamıyor olmalı ve hastanın iradesi açıklansaydı meydana nasıl bir sonuç ortaya çıkacak idiyse o yönde müdahalenin gerçekleştirilmelidir.³²³

Sonuç olarak, varsayılan rıza müessesine başvurulması gereken hallerde hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı çıkarımı yapılabilir.

³²⁰ Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi m.3/3; m.3/7.

³²¹ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/7.

³²² Kürşat ERSÖZ 2010, agm, s. 117.

³²³ Barış ERMAN 2003, age, s. 150.

3.7.2 Organ ve Doku Naklinde Hekimin Sadakat ve Özen Borcu, Sır Saklama ve Kayda Geçirme Yükümlülüğü

Hekimin sadakat borcu en kısa tanımıyla hastanın yararına olan davranışlarda bulunmak ve hastaya zarar verecek davranışlardan kaçınmasıdır. Organ ve doku nakillerine ilişkin olarak ise, hekim sadakat borcu kapsamında hem organ ve doku vericisinin hem de organ ve doku alıcısının menfaatlerine eşit olarak yaklaşmalı ve bu menfaatleri yine eşit olarak gözetmelidir. Hekimden beklenen, alıcı ve verici menfaatlerini kendi menfaati üzerinde tutmasıdır.³²⁴

Hekimin özen borcu ise, yapılacak olan tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kullanılması gereken her türlü yöntemi kullanması ve tıp biliminin gerektirdiği bilgi ve beceri dahilinde yapılacak müdahaleye ilişkin olarak tüm çabayı sarf etmesi olarak tanımlanabilir. Özen borcu değerlendirilmesi yapılırken, konuya objektif bakış açısı ile yaklaşılmalı ve hekimle aynı uzmanlık alanında mesleğini icra eden bir başka hekimin bilgi, deneyim ve tecrübeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, organ ve doku nakline ilişkin olarak da hekimden diğer tıbbi müdahalelerde sergilenmesi beklenen davranışları göstermesi beklenmektedir. Hekim, “*Mutad usul*” olarak ifade edilen ilkeleri bilmek ve doğru teşhisi koyarak uygulanması gereken tüm uygulamalardan sonra en son çare olarak organ ve doku naklini öngörmelidir.³²⁵

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında hekimin özen borcunu, “*hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Hekim ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir.*”

şeklindeki ifadesi ile belirtmiştir.³²⁶

Organ ve doku nakillerinde hekim, hem organ ve doku vericisinin hem de organ ve doku alıcısının kişilik haklarını eşit derecede gözetmek ve korumakla yükümlüdür. Organ ve doku naklinin amacı alıcıyı iyileştirirken vericinin hayatını ve

³²⁴ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 62; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s. 102, 103; Hayrunnisa ÖZDEMİR(2004), *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 1.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 124 vd; Mehmet AYAN 1991, age, s. 88.

³²⁵ Filiz YAVUZ İPEKYÜZ 2006, age, s. 107; Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 62.

³²⁶ Yargıtay 13. HD., 03.04.1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K.

vücut bütünlüğünü tehlike altına sokmadan bu iyileşmeyi sağlamaktır. Bu nedenle bu tıbbi müdahale türünde hekim, iki taraflı bir sadakat ve özen borcu altındadır.³²⁷

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hekimin mesleğini icra ederken edindiği kişisel bilgi ve verileri ilgili mevzuat gereği düzenlemekle yükümlü olduğu raporlar ve hastanın ya da üçüncü kişilerin hayati tehlikesinin bulunduğu durumlar hariç olmak üzere, kimse ile paylaşmaması ve bu bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerin eline geçmesini engelleyecek tedbirleri alması olarak ifade edilebilir.³²⁸

Organ ve doku nakillerinde hekim, hem organ ve doku vericisinin hem de organ ve doku alıcısının bilgilerini kayda geçirmek ve bu bilgileri saklamakla yükümlüdür. Bu kayıt esnasında hekim, alıcının hastalık öyküsünü, konulan tanı ve teşhisi, bu süre zarfında yapılan tetkikler ile tetkik sonuçlarını, organ ve doku naklinin gerekli olmasının sebeplerini, iyileşme sürecini ve nakil gerçekleşmiş ise organ ve doku alıcısının son durumunu yazmalıdır. Aynı şekilde hekim organ ve doku vericisine ilişkin olarak ise, vericinin organ ve dokularını bağışlama sebebini, gerçekleştirilecek olan naklin verici bakımından sonuçlarını, vericinin hastalık geçmişi, sürekli olarak kullandığı ilaçların bulunup bulunmadığını ve naklin olumsuz sonuçlarını engelleyecek her türlü bilgi ve belgeyi kayda geçirmelidir. Bu kayıtlar kişiye ait sır niteliği taşıması nedeni ile kişilik hakkının bir bölümünü oluşturmakta ve bu nedenle de kişinin rızası olmaksızın açıklanamamaktadır.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 7. Maddesinde;

"...Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar."

şeklindeki ifadesi ile hekime sır saklama yükümlülüğü yüklemiştir.³²⁹ Her ne kadar madde metni alıcının ve vericinin isimlerinin açıklanmaması yükümlülüğünü hekime yüklediyse de istisnai olarak kan ve sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkiler olarak ifade edilen alıcının ve vericinin birbirini tanıması durumlarında bu yükümlülüğün geçerli olmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca madde metninin düzenlemesi verici bakımından yalnızca canlı verici açısından düzenlemiş, hekime sır saklama yükümlülüğünü hayatta olan verici açısından öngörmüştür. Ancak ölüden organ ve doku naklinin söz konusu olduğu durumlarda da bu husus uygulanmalıdır. Zira Biyotıp

³²⁷ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 63.

³²⁸ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 790.

³²⁹ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.7.

Sözleşmesi'nin incelenmesi durumunda görüleceği gibi kişilerin sağlıklarına ilişkin tüm hususlar özel hayat kapsamında değerlendirilmekte ve korunmaktadır. Vericinin canlı verici olmaması halinde de tıpkı ilgili maddede canlı vericiler için öngörülen düzenlemenin uygulanması gerekmektedir. Alıcının ve vericinin kimlikleri açıklanacak ise ölenin yakınlarının bu konuya ilişkin olarak rıza vermesi gerekmektedir.³³⁰

Organ ve doku nakline ilişkin olarak yapılan tıbbi müdahale süresince hekim kendi mesleğinin gerektirdiği kurallara uygun davranmanın yanı sıra naklin tamamlanmasından sonra da bu kurallara uygun davranmalı ve sadakat borcu ile sır saklama yükümlülüğünü devam ettirmelidir.

3.8 ORGAN VE DOKU NAKLINE İLİŞKİN OLARAK KİŞİLİK HAKKI AÇISINDAN ÖZELLİK TAŞIYAN NAKİLLERDE RIZANIN İNCELENMESİ

3.8.1 Yüz Nakli

Yüz nakli, bir insanın yüzünün bir kısmının veya tamamının travmaya uğraması sonucunda, travmaya uğrayan bu kısımların iyileştirilmesi ve tekrar yerleştirilmesi olarak tanımlanabilen nakillerdir. Hayat kurtarıcı özellik taşımayan ancak travmaya uğrayan dokuya fonksiyon kazandırmak ve bireyin yaşam kalitesini artırmaya yönelik olan bu nakil estetik amaçlı bir nakil değildir. Her ne kadar uygulamada travma, yanık, hastalık veya doğuştan özürlü gibi durumlardan dolayı başvuru bu nakil estetik prosedür olarak ifade edilse de tıbbi açıdan estetik olarak değerlendirilemez. Tedavi yöntemi olarak da ifade edilen bu nakil türü deri, sinir, kemik veya kasın bir vericiden alınarak alıcıya nakledilmesi ile meydana gelmektedir.³³¹

Yüz nakli için gereken şartlar hastada, kötü huylu kanser dışında yanık, kaza, travma, vs. nedenlerle ortaya çıkan; toplumdan ağır sosyal uzaklaşma ve dışlanmaya neden olan ağır yüz şekli bozukluğu ve deformite varlığı olması, yapılacak nakil ile ağız, burun ve göz kapağı bölgelerinin en az birinde fonksiyonel bir kazanım sağlanması, hastanın 15-60 Yaş arasında olması, hastanın yüz nakli için kararlı olması, ameliyat sonrası nakil işlemi sonrası 2-4 yıl arası sürebilecek olan rehabilitasyonu kabul etmesi, yüzündeki deformiteye eşlik eden tıbbi hastalık ve travma öyküsünün

³³⁰ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 64, 65.

³³¹<https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-organ-nakilleri/akdeniz-organ-nakli-merkezi-kompozit-doku-nakli>, ET. 21.10.2020.

yapılacak yüz nakline engel olmaması ve nakil sonrası immünespresif (savunma sistemini baskılayıcı) tedaviyi almasında sakınca olmayacak tıbbi özelliklere sahip olması, yüz nakline neden olan olayın üzerinden en az altı ay geçmiş olması, hastanın psikososyal incelemesi sonucunun nakil için uygun bulunması ve ruhsal durumunun yüz nakline uygun olması, hastanın yüz naklinin tüm riskleri ve nakil sonrası tedavi süreci hakkında bilgilendirilmiş ve ayrıntılı onamı alınmış olması olarak sıralanabilir.³³²

Yüz nakli çeşitleri, yüzün yeniden yerleştirilmesi yani kişinin kendisine donör olması; kısmi yüz nakli ve tam yüz nakli olarak karşımıza çıkmaktadır. Naklin hukuki niteliği ise, kompozit doku nakli olarak değerlendirilebilir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 2. Maddesi;

"...Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, (...) yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir..."

şeklinde dir.³³³ Bu hüküm çerçevesinde deri nakillerinin kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Ancak yüz naklinde sadece deri nakledilmemekte aynı zamanda kaslarında nakli gerçekleşmektedir. Bu nedenle yüz naklinin anılan kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak yüzün yeniden yerleştirilmesi veya kişinin kendi vücudunun bir yerinden alınan parçanın yüze nakledilmesi durumları Kanun kapsamında olmayacaktır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 8. Maddesi *"Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır."* şeklindedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi yüz naklinin canlı vericiden alınarak yapılması vericinin hayatını tehlikeye sokacak olması nedeni ile mümkün değildir. Yüz nakli ancak ölü vericiden yapılan nakiller kapsamında değerlendirilecek olup yukarıdaki başlıklar altında belirtilen şartları taşıması halinde hukuka uygun bir tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebilir.³³⁴

Konuyla ilgili olan Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin 28. Maddesi;

³³²<https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-organ-nakilleri/akdeniz-organ-nakli-merkezi-kompozit-doku-nakli>, ET.21.10.2020.

³³³ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.2.

³³⁴ Murat AYDIN (2012), "Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış", *Tıp Hukuku Dergisi*, S. 1, s. 106.

“Bir kadavradan kompozit dokunun alınabilmesi için potansiyel donörün sağlığında imzalamış olduğu veya donör ölümlü sonrasında bağış yapmaya yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmalıdır...”

şeklinde dir.³³⁵ İfadeden de anlaşılacağı üzere bu tür nakillerin yapılması rızaya ilişkin bazı şartların gerçekteşmesine bağlıdır. Önceki başlıklarda rızaya ilişkin şartların nasıl olması gerektiği ayrıntılı olarak anlatıldığı için burada tekrar bahsedilmeyecektir.

Yüz naklinin gerçekteşeceği ölü vericinin bedeni üzerinde bu kişinin yakınlarının kişilik hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle ölü vericinin yakınları, ölenin hatırasına saygı duyulmasını isteme hakkına sahiptirler. Kanunların çizdiği sınırlar dışında, her ne sebeple olursa olsun ölen kişinin organlarına el atılması ölenin yakınlarının kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyacaktır.³³⁶

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamı açısından yüz nakli ayrı bir öneme sahiptir. Kişilik hakkı, hem soyut hem de somut değerleri bünyesinde barındıran bir haktır. Kapsamı geniş olan kişilik hakkına fiziksel açıdan bakıldığında en önemli noktanın kişinin yüzü olduğu görülecektir. Bu nedenle diğer organ ve doku nakillerinden farklı olarak yüz naklinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü daha geniş bir çerçevede ve özel olarak değerlendirmek doğru olacaktır. Bu nakillerin yalnızca ölü vericiden yapılabilen bir nakil türü olması sebebi ile aydınlatılacak asıl kişinin alıcı olacağı açıktır.³³⁷ Ancak her ne kadar aydınlatılacak asıl kişi alıcı olsa da vericinin yakınlarının, vericinin bedeni üzerinde kişilik haklarına sahip olmaları nedeni ile aydınlatılmaları gerekmektedir. Bu aydınlatma nakil sebebi ile vericinin

³³⁵ Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m.28.

³³⁶ Kişilik hakkı ölümlü sona ermektedir. Ancak kişiliğin ihlali sadece kişinin kendisini değil aynı zamanda yakınlarını da etkilemektedir. Ölen kimseye yapılan bir saldırı durumunda, ölenin yakınlarının saygı duygusu zedelenecektir. Hatırayı Koruma Doktrinde, bu gibi hallerde kişinin yakınlarının bizzat kendi kişilik haklarının saldırıya uğramış olacağı ve ihlalden kaynaklı olarak yakınlarının da kendi kişilik haklarına dayanarak başvuruda bulunabileceklerini ifade etmektedir. Bu nedenle ölenin bedeni üzerinde yakınlarının kişilik hakkının bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gamze TURAN BAşARA(2020), “Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümlü Sonra Hatıranın Korunması Teorisi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S.1, s. 341-383. Ümit GEZDER(2007),“Ölümlü Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölümlü Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 65, S.1, s.212, 213; Çetin AşÇIOĞLU 1993, age, s. 9; AYTEKİN ATAAY(1978), *şahışlar Hukuku*, 1.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 248; Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 66.

³³⁷ Ölenin yakınlarından rıza alınacağı durumlarda bu kişiler açısından, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması yaklaşımından ziyade yükümlülüğün bulunduğu ancak canlı vericiden yapılan nakillere kıyasla daha sınırlı olduğunun düşünülmesi mümkündür. Vericinin yakınları, ölenin vücut bütünlüğünün bu nakilden etkilenmeyeceği hususunda aydınlatılmalıdır.

bedeni üzerinde herhangi bir zararın oluşmayacağına ilişkindir.³³⁸ Bu noktada nakli gerçekleştirecek olan hekimlerin, yapılacak aydınlatma açısından değerlendirme yapmaları ve temel hususlar hariç olmak üzere diğer hususlara ilişkin olarak yapılacak aydınlatmanın içeriğini tıp bilimi ve etik kurallar çerçevesinde belirlemeleri mümkün olacaktır.

Yüz nakli birden çok hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereken özellikli bir nakil türüdür. Hakeza uygulamaya bakıldığında da bu tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim sayısının birden fazla olduğu görülecektir. Bu nedenle müdahaleyi gerçekleştirecek olan her hekim, kendi uzmanlık alanı doğrultusunda gerekli kişileri aydınlatmakla yükümlüdür. Aydınlatılmanın yapılmaması ya da yapılmakla birlikte gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde hekimin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.³³⁹

Yüz nakli, alıcının yeni bir fiziki kimlik kazanmasını sağlamaktadır. Bu nedenle alıcının bu kimliğe kavuşmak istemesi ve bu konuda kararlı olması hekimin gözececeği en önemli hususlardandır. Kendisine yüz nakli yapılacak olan alıcı rıza vermeye ehil ise³⁴⁰, kendisi rıza göstermelidir. Eğer alıcı bu müdahaleye rıza göstermeye ehil değil ise Sert/Cihan'a göre Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesinde belirtilen yakınlarının nakle rıza göstermesi mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, kanunda yüz nakline ilişkin olarak verilecek rıza açısından ayrıca bir düzenlemenin yapılmadığı hususudur. Eğer düzenleme yapılmaması kanun koyucu tarafından kasıtlı susma hali olarak ifade edilen bilinçli bir şekilde yapıldı ise, bu noktada müdahaleye ilişkin olarak yakınlarının rıza göstermesi halinin kanun koyucu tarafından istenmediği yorumu yapılabilecektir. Ancak düzenlemenin bulunmama sebebi kanun koyucunun kasıtlı susması değil ise bu konuda yapılacak bir düzenleme ile eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.

Yüz nakli, alıcının fiziki kişiliğini ve dolayısı ile kişilik hakkını doğrudan doğruya etkileyen bir nakil türüdür. Kişilik hakkına ilişkin bir konuda, rıza gösterme ehliyeti olarak ifade edilen temel şartların yanı sıra müdahalenin önemini, müdahale

³³⁸ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 67.

³³⁹ age s. 67; Mehmet AYAN 1991, age, s. 82.

³⁴⁰ "Ehil olma" kavramından anlaşılması gereken rıza verilmesine ilişkin temel şartların sağlanmasının dışında, alıcının söz konusu nakle ilişkin olarak bu naklin sonuçlarını; kendi bedeni üzerinde ortaya çıkacak değişiklikleri ve yeni fiziki görünümünün neden olacağı durumları anlayacak düzey ve yeterlilikte olması durumlarıdır.

sonucunda meydana gelecek hususları anlayacak durumda olmayan kişinin yakınlarının bu konuya ilişkin olarak rıza göstermelerinin ne kadar sağlıklı olacağı konusunda bir şüphe ortaya çıkmaktadır.

Tıbbi müdahaleye rıza verilmesi konusunda müdahaleye maruz kalacak kişi küçük veya kısıtlı ise ayırt etme gücünün bulunması halinde uygulanacak prosedür yukarıda ifade edilmiştir. Aynı şekilde küçük ve kısıtlının ayırt etme gücünün bulunmaması halinde rızanın kimler tarafından verileceği hususu da çalışma kapsamında değerlendirilmiştir. Söz konusu yüz nakline ilişkin olarak alıcının ayırt etme gücünün bulunduğu ancak yapılacak naklin sonuçlarını anlayabilecek durumda olmadığı hallere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda temel kural olan küçük veya kısıtlının yasal temsilcisi tarafından rıza gösterilmesi halinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşeceği kuralının burada uygulanması mümkün değildir. Bunun sebebi müdahalede bulunulacak kişinin ayırt etme gücüne sahip olması nedeniyle kendisine vasi atanma durumunun mümkün olmamasıdır. Yüz naklinde alıcının ayırt etme gücünün var olması ancak mevcut ayırt etme gücünün söz konusu müdahaleye ilişkin olarak ortaya çıkacak sonuçları ve meydana gelecek değişiklikleri algılamaya yetmemesi durumunda tıp hukukunda rıza verilmesine ilişkin olan temel ilkelere gidilemeyecektir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesinin kıyas yolu ile uygulanarak, belirtilen kişilerin rızası ile bu kadar hayati bir önem taşıyan ve kişilik haklarına doğrudan müdahale edecek olan yüz naklinin gerçekleştirilmesinin ne kadar etik olacağı tartışmaya açıktır.

Konuya ilişkin olarak incelenmesi gereken başka bir husus Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesidir. Madde metni,

“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. Bu ifadede geçen “büyük ameliyei cerrahi” kavramının ne olduğu kanunda açıklanmamaktadır. Ancak bu kavramın kişinin beden ve ruh sağlığını önemli derecede etkileyecek müdahaleleri kapsadığı aşıkardır. Bu nedenle organ ve doku nakline yönelik olarak yapılan müdahaleler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yüz nakli gibi ancak birden çok uzman hekimin gerçekleştireceği ve hastanın fiziki görüntüsünde değişiklik yaratan tıbbi müdahaleler büyük ameliyei cerrahi kapsamında değerlendirilmeli ve anılan maddede belirtildiği gibi verilecek rızanın yazılı olması

şartı gibi özel şartlara tabi tutulmalıdır. Kanun koyucu, rıza verilirken büyük ameliyei cerrahilere yönelik olarak sözlü rızanın yeterli olmayacağını rızanın yazılı olarak verilmesinin hukuka uygunluk açısından gerekli olduğunu belirterek adeta bu müdahaleler için özel bir düzenleme öngörmüştür. Müdahalelerin özellik arz ettiği sadece bu ifadeden dahi anlaşılabilir. Bu nedenle kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyan organ ve doku nakilleri kapsamında özellikle yüz nakline ilişkin verilen rızanın da özellik taşıması gerekmektedir.

Konuya başka bir bakış açısı ile yaklaşılacak olur ise, acil tıbbi müdahaleyi gerektiren hallerde hastanın rızası aranmamakta, varsayılan rıza esas alınarak tıbbi müdahale yapılmaktadır.³⁴¹ Ayrıca uygulamada acil tıbbi müdahaleyi gerektiren hallerde hastanın yanında yakınları var ise bu kişilerden rıza alınmaktadır. Acil müdahaleyi gerektiren haller dışında yetişkin hastanın bilinci kapalı ise, rızanın hastanın yakınlarından alınması öngörülmüştür.³⁴² İfade edilen bu durumlar yüz nakli açısından değerlendirilecek olur ise yüz naklinin acil tıbbi müdahaleyi gerektirip gerektirmediği hususunun belirlenmesi gerekmektedir. Acil tıbbi müdahale; hastaya derhal ve en kısa süre içinde müdahalede bulunulmadığı takdirde, hastanın hayatının tehlikeye gireceği ya da kalıcı bir eksiklik veya önemli bir hastalığın ortaya çıkacağı haller olarak tanımlanabilir.³⁴³ Yüz nakli, özelliği itibariyle acil tıbbi müdahale olarak değerlendirilememekte; varsayılan rızaya dayanılarak gerçekleştirilememektedir. Yetişkin olan hastanın bilinci kapalı ise bu durumda hastanın kişilik hakkına öncelik tanınmalı ve bilinç kapalılığına dayanarak yakınlarının rızası ile müdahale yapılmamalıdır.

Yukarıda ifade edildiği üzere yüz, organ ve doku nakilleri kişilik hakkı açısından özellik taşıyan nakillerin başında gelmektedir. Alıcının, söz konusu nakil özelinde ayırt etme gücünün tam olarak bulunmadığı ancak diğer hukuki konular yada tıbbi müdahaleler açısından bakıldığında ise var olan ayırt etme gücünün bu konular ya da müdahaleler için yeterli olduğu durumlarda nasıl bir yol izleneceğine ilişkin düzenleme eğer kasıtlı susma olarak ifade edilen nitelikte değil ise kanun koyucu tarafından açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi bir gerekliliktir.

³⁴¹ Hakan HAKERİ 2020, age, s. 405.

³⁴² age s. 372.

³⁴³ Münise Gülen KURT (2020), “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 146, s. 195; Hasan Tahsin GÖKCAN(2014), *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 207.

3.8.2 Kornea Nakli

Kornea, gözün en ön kısmında yer alan, ışığı odaklamak ve gözü dış etkenlerden korumak için özelleşmiş saydam ve eğimli niteliğe sahip; görme işlemine büyük rol taşıyan ve gözün en önemli kırıcı merceği olan dokudur.³⁴⁴

Kornea, birçok hastalık nedeniyle bozulabilmekte ve özellik kaybına uğrayabilmektedir. Kornea yaralanmaları, korneanın saydamlığını kaybettiği durumlar, distofi adı verilen kalıtsal hastalıklar ve psödofakik büllöz keratopati olarak ifade edilen katarakt ameliyatı sonrası kalıcı kornea ödemi gibi durumlarda kornea naklinin yapılması gerekmektedir.³⁴⁵

Kornea naklinin canlı vericiden alınarak yapılması, vericinin hayatını tehlikeye sokacak olması nedeni ile mümkün değildir. Ölü vericiden yapılacak kornea nakline ilişkin ise, Göz Bankası ve Kornea Nakli Merkezleri Yönergesi'nde belirtildiği üzere Sağlık Bakanlığı'nın onayladığı göz bankaları dışında korneanın ölü vericiden alınması yasaklanmıştır. Naklin yapılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartların en önemlisi alıcı ve verici arasındaki yaş uyumudur. Bir başka şart ise, korneanın uygun vericiden alınması ve göz bankasının güvenli ve sağlıklı dokuyu nakil için temin etmesidir. Kornea naklinde, korneada damar bulunmaması nedeniyle genellikle doku reddi görülmemektedir.³⁴⁶ Ancak verici olarak kabul edilmeme kriterleri mevcut olup bu kriterlerden bazıları; vericinin bilinmeyen bir nedenle ölümü, tanısı bilinmeyen nörolojik bir hastalıktan dolayı ölümün gerçekleşmesi, geçirilmiş kornea cerrahisi ve göz içi ameliyatları olarak örneklendirilebilir.³⁴⁷

Kornea nakli konusunda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak temel kurallar haricinde belirtilmesi gereken önemli bir husus toplum tarafından yanlış bilinen "*Kornea nakli için gözün tamamen alınması*" gerektiği konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu nakilde bilinenin aksine göz tamamen alınmamakta yalnızca göz içerisindeki kornea tabakası nakledilmektedir. Ölü vericinin yakınları bu konuda aydınlatılır ise kornea nakline daha ılımlı bir yaklaşım sergileneceği aşikardır.

³⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Kornea>, ET. 26.05.2020.

³⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://www.kudretgozistanbul.com/tedavi-birimlerimiz/kornea-hastaliklari-ve-tedavisi/>, ET. 26.05.2020.

³⁴⁶ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 70.

³⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. http://www.klinikgelisim.org.tr/kg_25_2/7.pdf, ET. 26.05.2020.

Kornea nakline rıza gösterilmesi hususunda diğer nakillerden ayrılan bir yön bulunmaktadır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması, ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 14. maddesi

"...Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe 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..."

şeklinde dir.³⁴⁸ İfadeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu bu nakil türüne ilişkin olarak ayrıksı bir düzenleme yapmış ve ölü vericinin, ölümünden önce naklin yapılmasını istemediğine yönelik olarak bir beyanda bulunmaması halinde kornea nakli gibi üzerinde değişiklik yapılmasını gerektirmeyen dokuların rızaya gerek olmaksızın alınabileceğini ifade etmiştir. Başka bir ifade ile ölü verici sağlığında organ ve dokularının alınmasına ilişkin olumsuz bir tutum sergileyerek vasiyetname düzenlememiş ise, ölümden sonra bu kişinin kornea nakli verici olması için yakınlarının rızası aranmayacaktır.

Organ ve doku nakline ilişkin olarak alıcı tarafından nakle rıza gösterilmesi hususunda çalışma boyunca verilen bilgiler bu nakil türü için de geçerlidir.

Son olarak değinilmesi gereken başka bir husus, organ ve doku nakline ilişkin ölü vericinin sağlığında organ ve doku nakline karşı çıkmış olması ancak bu kararını vasiyetname yolu ile ibraz etmediği yalnızca sözlü olarak dile getirdiği hallerde ne gibi bir yol izleneceği hususudur. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 14. maddesinin 3. fıkrası

"Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz..." şeklinde düzenlenmiş ancak bir önceki fıkrada *"Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir..."*

ifadesine yer verilmiştir. Bu konuda 3. fıkranın genel bir düzenleme olduğu 2. fıkranın ise kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular açısından özel bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Bu nedenle kornea nakline ilişkin olarak ölü vericinin sağlığında vasiyetname düzenleyerek kendi bedeni üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmasına karşı çıkmaması halinde her ne kadar genel bir ifade ile yazılılık söz konusu olmaksızın organ ve doku nakline karşı olduğunu beyan etse de bu beyana ilişkin olarak vasiyetname düzenlememesi sebebiyle kornea naklinin gerçekleştirileceği fikri ortaya çıkabilir. Bu noktada düşünülmesi gereken husus,

³⁴⁸ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması, ve Nakli Hakkındaki Kanun m.14.

vericinin organ ve doku nakline karşı çıkarken neyi amaçladığı hususudur. Eğer vericinin amacı ölümden sonra da vücut bütünlüğünün korunmasına yönelik ise, bütünlüğün bozulmasına sebep olmadığı için kornea naklinin gerçekleştirilebileceği düşünülebilir; ancak vericinin amacı vücut bütünlüğünün korunması dışında ayrıca tüm doku ve organlarının korunmasına yönelik ise, bu halde kornea naklinin gerçekleştirilemeyeceği fikri ortaya çıkabilecektir.

3.8.3 Kol ve Bacak Nakli

Kol ve bacak nakline ilişkin olarak, tek kol veya bacağın nakledilmesi mümkün olduğu gibi vücutta çift olarak bulunan kol ve bacağın her ikisinin birden de nakledilmesi mümkündür. Bu nakil türü ile ilgili olarak Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi uyarınca bilimsel komisyon tarafından hazırlanan ve endikasyon listesinde belirtilen ekstremite transplantasyonlarına ilişkin olarak belirtilen şartların neler olduğuna bakılmalıdır.³⁴⁹ Bu şartlar incelendiğinde tıp biliminin kapsamında olan durumların ifade edildiği görülecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, kol ve bacak naklinde doku uyumunun gerçekleşmesi önemli bir nitelik arz etmekte hatta tıbbi bir zorunluluk meydana getirmektedir. Ayrıca alıcı ve vericinin ten renginin uyumlu olması gibi durumlar da nakli etkileyecek unsurlar arasındadır.

Kol ve bacak nakli, yüz ve kornea naklinde olduğu gibi canlı vericiden yapılamayacak bir nakil türüdür. Bu nakle ilişkin olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğü açısından özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple yükümlülüğe ilişkin genel şartların yerine getirilmesi hekimin sorumluluğu açısından yeterli olacaktır.

Rıza gösterilmesi bakımından yüz nakline ilişkin olarak yukarıda ifade edilen hususlar kol ve bacak nakil türlerinde bakımından da geçerlidir. Kısaca ifade edilecek olur ise, vericinin ölümünden önce organ ve doku nakline rıza gösterdiği hallerde kol ve bacak nakli gerçekleştirilebilecektir. Verici, organ ve doku nakline rıza göstermediğini açıkça belirtmiş ise, bu durumda nakil gerçekleştirilemeyecektir. Eğer vericinin ölümünden önce organ ve doku nakline ilişkin olarak açıkladığı olumlu ya da olumsuz bir rızası yoksa nakle ilişkin olarak verilecek rıza ölenin yakınlarından alınabilecektir.

³⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://iyiklinikuygulamalar.com/kompozit-doku-nakli-endikasyon-listesi>, ET. 27.05.2020.

3.8.4 Böbrek ve Karaciğer Nakli

Yüz, kornea, kol ve bacak naklinden farklı olarak böbrek ve karaciğer nakli canlı vericiden de yapılabilen bir nakil türüdür. Böbrek nakli, böbrek yetmezliği tanısı konulan hastalara mümkün olan en kısa sürede yapılmalıdır. Böbrek nakli için iki temel uyumluluk aranmaktadır. Bunlardan ilki kan ikincisi ise doku tipi uyumudur. Naklin başarısı için doku tipi uyumundan ziyade kan uyumunun bulunması çok daha önemlidir. Özellikle canlı vericiden yapılan nakillerde, doku tipi uyumunun varlığı gelişmeler sonucunda önemini yitirmiştir. Ölü vericiden yapılan nakillerin başarısı ise büyük oranda doku tipi uyumuna bağlıdır.³⁵⁰

Karaciğer, vücudun en büyük ve en önemli organlarından biridir. Karaciğerin en önemli fonksiyonları besinlerle aldığımız gıdalardan vücut için gerekli olan maddelerin seçilerek depolanması ve normal yaşamsal döngünün sağlanabilmesi için gerekli olan proteinlerin yapılması, gıdaların sindirilebilmesi için gerekli olan safra asidinin yapımı ve sindirim sistemine verilmesi, vücutta diğer sistemler tarafından yapılan zararlı maddelerin temizlenmesi, enfeksiyona karşı savaşta ve vücudumuzun herhangi bir yerinde meydana gelen kanamaların durdurulmasını için gerekli faktörlerin yapılması olarak ifade edilebilir.³⁵¹ Karaciğeri diğer organlardan ayıran en önemli husus kendini yenileyebilme özelliğinin bulunmasıdır. Bu nedenle canlı vericiden karaciğer nakli yapılırken vericinin karaciğerinin tamamı alınmayıp yalnızca bir bölümü nakledilmektedir.³⁵² Her iki nakil türü için de diğer nakil türlerinde görülen şartların bulunması mutlak bir zorunluluktur.

Böbrek ve karaciğer nakli canlı vericiden yapılabilen bir nakil olması nedeniyle önceki başlıklarda bahsedildiği gibi Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 16. maddesinde ifade edilen şartlar dahilinde gerçekleştirilmelidir. Canlı vericiden nakil akrabalık ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre farklı şartlara tabi tutulmuştur. Akrabalık ilişkisinin bulunduğu nakil için yapılan düzenleme;

“Canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir.”

³⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-organ-nakilleri/akdeniz-organ-nakli-merkezi-bobrek-nakli>, ET. 27.04.2020.

³⁵¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-organ-nakilleri/akdeniz-organ-nakli-merkezi-karaciğer-nakli>, ET. 28.04.2020.

³⁵² Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 75.

şeklinde; ilişkinin bulunmadığı nakil için yapılan düzenleme ise;

“Akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilecek akraba dışı kişilerden yapılır.”

şeklindedir.³⁵³

Böbrek ve karaciğer nakline ilişkin olarak hekim aydınlatma yükümlülüğü diğer nakillere oranla ayrıcalık taşımaktadır. Bu ayrıcalık yükümlülüğe konu olan naklin içeriğinin ifade edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Böbrek ve karaciğer naklinde asıl aydınlatılması gereken kişi vericidir. Böbrek naklini gerçekleştirecek hekim, vericinin hayatını tek böbrekle devam ettireceği açıklamalı ve bu durumda vericinin dikkat etmesi gereken hususları anlaşılır bir şekilde ifade etmelidir. Aydınlatma yükümlülüğü diğer nakil türlerinde olduğu gibi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce ve sonra devam etmektedir. Karaciğer naklinde ise, karaciğerin özelliği gereği naklin karaciğerin sadece bir bölümün alınarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durumda nakli gerçekleştirecek olan hekim, vericiyi aydınlatırken karaciğerinin tamamının alınmayacağını sadece bir kısmının nakle konu olacağı belirtmeli ayrıca nakil sonrasında yeterli süre geçtikten ve tedavi uygulandıktan sonra karaciğerin kendini yenileyerek eski haline döneceğini açıklamalıdır. Verici eğer ölmüş bir kimse ise, aydınlatma vericinin yakınlarına yönelik olarak gerçekleştirilmelidir. Ayrıca çalışma süresince ölü vericinin yakınlarının aydınlatılması hususuna ilişkin olarak belirtilen görüşler bu nakil türünde de geçerlidir. Alıcının aydınlatılmasına ilişkin olarak şimdiye kadar bahsedilen hususlar böbrek ve karaciğer nakli açısından da aynı şekilde ifade edilebilir.

Böbrek ve karaciğer naklinin canlı vericiden yapılması halinde vericinin rızası, diğer nakillerde olduğu gibi Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde ifade edilen;

“Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.” kuralına ve 6. maddesinde belirtilen *“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.”*

³⁵³ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği m.16.

kuralına uygun olarak alınmalıdır.³⁵⁴

Yukarıda belirtilen ifadeler kapsamında söylenebilir ki, tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler organ ve doku nakli açısından yalnızca alıcı olabilmektedir. Ancak her ne kadar kanun koyucu tarafından tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlerin verici olabilmesi yasaklanmış olsa da organ ve doku naklinin tıbbi zorunluluk gerektirmesi nedeniyle, insan sağlığı ve yaşam hakkı üstün tutularak bu kişilerin sınırlı hallerde verici olabilmesine ilişkin bir düzenleme yapılması uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi; organ ve doku nakline gereken değer ve özenin gösterilmesi açısından daha sağlıklı bir sonuca ulaşılmasına neden olabilir. Ulusal bekleme listesi incelendiğinde diğer nakil türleri de dahil olmak üzere, özellikle böbrek ve karaciğer nakli açısından bu nakli bekleyen binlerce hastanın olduğu görülecektir.³⁵⁵ Ne yazık ki nakil bekleyen hastaların yaklaşık olarak %50'si nakil için gereken uygun vericinin bulunmasını beklerken hayatını kaybetmektedir. Bu nedenle canlı vericilere ilişkin olarak yapılacak yeni düzenlemeler ile organ ve doku nakli bekleyen hastaların ölüm oranları azaltılabilir.

Böbrek ve karaciğer naklinin ölü vericiden gerçekleştirilmesi durumunda yukarıdaki ifadelerde belirtilen hususlar bu nakil türünde de geçerli olacaktır. Kısaca bu hususlar, ölü vericinin sağlığında organ ve doku vericisi olmaya yönelik irade açıklamasını gerekli şartları gerçekleştirerek açıklaması halinde organ ve dokularının alınması için başkaca bir prosedüre gerek kalmaması; aynı şekilde ölü verici sağlığında organ ve doku vericisi olmak istemediğini açıklamış ise yine başkaca bir prosedür uygulanmaksızın organ ve dokularının alınamayacağı sonucuna ulaşılabilecek; eğer organ ve doku nakline ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz herhangi bir beyan söz konusu değilse bu durumda ölü vericiden organ ve doku nakli yapılabilmesi yakınlarının rızası ile mümkün olacaktır. Bu konuya ilişkin olarak uygulanacak kanun maddesi Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesidir. Madde metni

“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

³⁵⁴ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.5.

³⁵⁵ Nurşen ALTUĞ, Ege Üniversitesi Ulusal Koordinasyon Sistemi, *Organ Nakli Uygulama ve Araştırma Merkezi*, http://www.ndthd.org.tr/images/cesme/Ulusal_Koordinasyon_Sistemi.pdf, ET: 28.04.2020.

yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”

şeklindedir.³⁵⁶ Yakın kavramından anlaşılması gerekenin kimler olacağı hususu çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği için bu başlık altında tekrar incelenmeyecektir.

Son olarak çapraz böbrek nakline ilişkin birkaç hususun belirtilmesi konunun bütünlüğü açısından önemli olacaktır. Böbrek naklinde canlı verici söz konusu ise nakle ilişkin olarak önem arz eden hususun kan uyumu olduğunu söylemek mümkündür. Akrabalarından kan grubu uyumlu vericisi olmayan kişiler bakımından tercih edilen çapraz böbrek nakli, bu kişilerin organ nakli merkezlerinde doku uyumları, yaşları, esas hastalıkları gibi hususlar göz önünde bulundurulduktan sonra nakle uygun görülmeleri halinde uygulanır. Bu husus örnekle açıklanacak olur ise; kan grupları A, B, AB, O (sıfır) olarak 4 türdür. Alıcı ve vericinin kan gruplarının uyumuna ilişkin tablo aşağıda ifade edilmiştir. Örneğin kan grubu A olan bir alıcının kan grubu B olan yakını böbreğini kan grubu B olan başka bir hastaya verirken, ikinci hastanın kan grubu A olan vericisi de böbreğini ilk hastaya verir. Kan grubu A veya B olan hastalar, kan grubu uyumlu vericileri olmaması durumunda çapraz nakil adayı olabilirler. Burada bilinmesi gereken önemli nokta kan grubu 0 veya AB olan hastaların çapraz nakil olma şansı düşüktür.³⁵⁷

ALICI	VERİCİ
O Grubu	Sadece O Grubu verebilir
A Grubu	A veya O Grubu verebilir
B Grubu	B veya O Grubu verebilir
AB Grubu	Her grup verebilir (O, A, B veya AB)

Çapraz nakil, karşılıklı rıza esasına dayanmaktadır. Taraflardan birinin nakle ilişkin rızasını geri alması durumunda artık çapraz nakilden bahsedilemeyip böbrek nakli söz konusu olacaktır.

Çapraz böbrek naklinde de, diğer çapraz nakiller için ifade edilen rızanın geri alınması durumunda ortaya çıkacak sorunlar benzerlik göstermektedir. Yukarıdaki

³⁵⁶ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.14.

³⁵⁷<https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-organ-nakilleri/akdeniz-organ-nakli-merkezi-bobrek-nakli>, ET. 28.04.2020.

“Çapraz Nakil” başlığı altında ifade edilen rızanın geri alınmasına yönelik hususlar burada da geçerlilik kazanacaktır.

3.8.5 Kemik İliği Nakli

Kemik iliği, kan hücrelerini üretmekle görevlidir. Kök hücreler ise, kemik iliğinde bulunan ve farklı kan hücrelerini oluşturan olgunlaşmamış hücrelerdir. Her yaşta görülebilen lenfoma ve lösemi gibi kan kanserleri söz konusu olduğunda hastalığın tedavisi için başvurulan yöntemlerden biri bir diğer adı kök hücre nakli olan kemik iliği naklidir. Bu nakil ile hasarlı kök hücreler sağlıklı kök hücrelerle değiştirilir. Vücudun enfeksiyonlardan toplumda kansızlık olarak bilinen anemiden kaçınmak için yeterince beyaz kan hücresi, trombosit ya da kırmızı kan hücresi üretmesi gerekmektedir. Kök hücrelerin değiştirilmesindeki temel amaç vücudun bu üretimi gerçekleştirmesini sağlamaktır. Kan kök hücre nakillerinin birden çok türü vardır. Bu nakil türleri kan kök hücrenin alınacağı yere göre farklı isimlendirilmektedir. Kemik iliği naklinde, kemik iliğinden alınan kök hücreler kullanırken kordon kanı nakillerinde yeni doğmuş bir bebeğin plasenta ve göbek kordonunun toplanan kök hücreler kullanılmaktadır. Kemik iliği nakli, kişinin kemik iliğinin istenen şekilde ve düzgünce çalışmadığı durumlarda başvurulan bir nakil türüdür. Kemik iliği naklinin hukuksal boyut açısından incelenecek 2 türü mevcuttur³⁵⁸: Otolog kemik iliği nakli ve allojenik kemik iliği nakli. Allojenik kemik iliği naklinde verici, alıcının kardeşi, akrabaları veya akraba dışındaki kişiler olabilir.³⁵⁹ Burada canlı verici açısından ifade edilen akraba olma ve akraba olmama durumlarına ilişkin olarak belirtilen kurallar uygulanır. Bu kuralların neler olduğu çalışmanın önceki başlıklarında belirtildiği için burada tekrara düşmemek adına açıklanmayacaktır. Doktorun aydınlatma

³⁵⁸ Kemik iliği nakli tipleri tıp bilimi açısından 4 farklı ayrıma tabi tutulmaktadır: otolog kemik iliği nakli, singeneik kemik iliği nakli (hastanın tek yumurta ikiz kardeşinden kök hücreleri alınarak yapılan nakil türü) allojenik kemik iliği nakli, nonmyeloablative transplantasyon. Bu kavramlar çalışma kapsamı dışında kaldığı için ayrıca incelenmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ali ÜNAL, “Kemik İliği Nakli: Kime, Ne zaman, Niçin?”, *XXIX. Ulusal Hematoloji Kongresi, II. Hematoloji İlk Basamak Kursu*, s. 31-36, https://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/kemik_iligi.pdf, E.T. 28.04.2020.

³⁵⁹Allojeneik kaynak genellikle kemik iliğini tutan lösemi veya miyelodisplastik sendrom gibi kemik iliğinin yeterli sayıda kan hücresi üretmediği kötü huylu tümörleri içeren hastalıklar için kullanılır. Otolog kaynak ise esasen solid tümörler olarak ifade edilen kist ve sıvı alan içermeyen anormal doku kitlelerinde ve bazı nüks eden (tekrarlayan) veya refrakter (tedaviye dirençli) lenfoma türlerinde uygulanır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://www.memorial.com.tr/tedavi-yontemleri/kemik-iligi-nakli-kok-hucre-nakli-nedir-nasil-yapilir>, ET. 28.04.2020.

yükümlülüğü ise hem alıcı hem de verici bakımından yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde yapılmalıdır.

Otolog kemik iliği naklinde ise, alıcı aynı zamanda da verici konumundadır. Bunun sebebi kişinin kendisine nakledilecek olan kemik iliğini kök hücreleriyle sağlaması; adeta kendisinde kök hücre vermesidir. Hücreler kişinin kendi iliğinden veya kanından alındıktan sonra belirli koşullarda saklanır ve kişiye uygulanacak kemoterapi sonrası eski hücreler yenisiyle değiştirilir. Bu müdahale kök hücre kurtarma olarak ifade edilir.³⁶⁰

Allojenik kemik iliği naklinde alıcı ve verici farklı kişilerdir. Bu nedenle hem aydınlatma yükümlülüğü hem de rıza verilmesi bakımından alıcı ve vericiye ilişkin daha önce ifade edilen şartların tamamı uygulanacak; rıza verecek kişi canlı verici olacaktır.

Otolog kemik iliği nakli ise, kişi hem alıcı hem de verici konumundadır. Bu nedenle hem aydınlatma yükümlülüğü hem de rıza verilmesi bakımından ifade edilen şartları ayrı ayrı yerine getirmeye gerek yoktur. Kişinin aydınlatılması ve söz konusu tıbbi müdahaleye rıza göstermesi yeterlidir. Ancak burada ortaya çıkan sorun, kişinin kendisine yapılacak olan nakle ilişkin verdiği rızayı geri alması durumunda ne olacağıdır. Sert/Cihan'a göre, otolog kemik iliği naklinde rızanın geri alınması söz konusu olmayacaktır. Rızayı veren kişi, kendisinin sağlığının yerine gelmesi ve daha sağlıklı bir yaşam sürmesi için bu rızayı vermiştir. Bu hususta aydınlatılmış rıza söz konusu ise rızanın geri alınmasını gerektirecek bir durum ortaya çıkmayacaktır.³⁶¹

Otolog kemik iliği nakline ilişkin olarak veriler rızanın sonradan geri alınmasının mümkün olduğu ifade edilebilir. Her ne kadar kişi kendi sağlığını yerine getirmek amacıyla bu nakle rıza gösterse de kişinin tedavi edilme hakkı olduğu gibi tedaviyi reddetme hakkı da bulunmaktadır. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetme hakkı kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak Dr. Çağrı Kalaca'nın çalışmasında belirttiği gibi yaşamsal önemde bir tıbbi girişim söz konusu ise hastanın iradesine saygı duyulması ile yaşamın kutsallığı gibi etik ilkeler arasında çelişkinin doğması da mümkündür.³⁶²

³⁶⁰ Selin SERT ve Ali Hulki CİHAN 2013, age, s. 80.

³⁶¹ age s. 82.

³⁶² Çağrı KALACA (1994), *Tıbbi Girişimi Reddeden Hastanın Karar Verme Yeterliliğinin Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Aile Hekimliği Uzmanlığı Tezi, Ankara, s. 25.

Ölü vericiden yapılacak kemik iliği nakli allojenik nakiller kapsamında değerlendirilmelidir. Ölü verici açısından yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği gibi verici ölümünden önce nakle rıza gösterdi ise yakınlarının rızasına ihtiyaç duyulmaksızın nakil yapılabilecek; nakle rıza göstermediğini açıklamış ise naklin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacak ancak rızaya ilişkin bir beyanı bulunmuyorsa rızaya ilişkin olarak ölü vericinin yakınlarına başvurulacaktır.

Son olarak anne ile bebek arasındaki kordonun kesilmesinden sonra göbek bağı ve plasentadan toplanan kan ile yapılan nakle ilişkin olarak bazı hususların incelenmesi konunun anlaşılması için uygun olacaktır. Kordon kanı, herkesin kanında ve kemik iliğinde bulunan olgunlaşmamış kan hücreleri olan hematopoetik hücreler açısından çok zengindir. Bu hücreler kemik iliği nakli gereken hastalarda kullanıldığında çok verimli sonuçlar elde edilebilmektedir. Anne ve bebek arasındaki kordon kesilir, gerekli tıbbi işlemler yapılır ve kordon kanı saklanır. Bu aşamada kordon kanının saklanması için kan bankasına verilmesi gereken bir rıza bulunmaktadır. Türkiye Kök Hücre Koordinasyon Merkezi Çalışma Esasları Yönergesi' nin 3. maddesi gönüllü verici adayını;

“Hematopoetik kök hücre nakli gereken hastalar için gönüllü olarak kemik iliği veya periferik kök hücre verme konusunda bilgilendirilmiş ve gönüllü olduğunu beyan etmiş, verici olmasına herhangi bir engel bulunmayan akrabalar ile 18–55 yaş arasındaki akraba dışı birey veya izni alındıktan sonra bebeğinin göbek kordonu kanı toplanan anneyi... ifade eder”

şeklinde; gönüllü vericiyi ise;

“Verici araştırılan bir hasta ile ilk basamak doku uyumluluğu saptanarak daha ileri aşama testlere geçilen, nakil merkezi tarafından verici olarak seçilen ve hastaya hematopoetik kök hücre vermeyi kabul eden gönüllü verici adayını... ifade eder”

şeklinde tanımlamıştır.³⁶³ Madde metninden de anlaşılacağı gibi kişi gönüllü verici adayı olmaya ilişkin rıza verdikten sonra uygun bir eşleşme olduğu takdirde gönüllü verici sıfatına sahip olunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus annenin, bebeğinin göbek kordon kanının toplanmasına rıza gösterebilecek kişi olarak ifade edilmesidir. Burada canlı vericinin kim olduğu ve kordon kanı toplanmasından sonra bunun nakil edilmesi durumunda naklin kimin rızası ile yapılacağı hususları açık değildir. Kordon kanı bağıışı olarak ifade edilen ayrıca allojenik nakil türlerinden biri olan bu müdahaleye ilişkin olarak açıklayıcı düzenlemeler bulunmamaktadır. Kordon

³⁶³ Türkiye Kök Hücre Koordinasyon Merkezi Çalışma Esasları Yönergesi m.3.

kanı uygun şartlarda saklanan ve kişinin kendisinin ölümünden sonra üçüncü bir kişinin tedavisi için kullanılabilen bu hücrelerin nakline ilişkin rızanın da ne şekilde verileceğinin düzenlenmesi gerekmektedir.

3.8.6 Akciğer Nakli

Akciğer nakli, teknolojik gelişmeler sonucunda yalnızca ölü vericiden değil canlı vericiden de yapılabilen bir nakil türü haline gelmiştir. Ölü vericiden yapılacak nakilde, diğer organ ve doku nakillerinde aranan şartların tamamı bu nakil türünde aranacak; aydınlatma yükümlülüğü ve rızaya ilişkin hususlarda yine aynı yöntem izlenecektir.

Akciğer naklinin canlı vericiden yapılabilmesi için çapraz böbrek nakli ile benzerlik gösteren fakat iki vericinin bulunduğu üçlü rızaya gerek duyulan bir sistem takip edilmektedir. Alıcıya nakledilecek olan akciğerin loblarının bir kişiden alınması, alıcının hayatının sona ermesine sebep olacağı için mümkün değildir. Bu nedenle canlı vericiden yapılacak organ naklinde iki verici bulunmakta ve bu vericilerin kendisinden alınacak loba ilişkin olarak ayrıntılı şekilde bilgilendirilmesi ve bu nakle rıza göstermeleri gerekmektedir. Vericilerden biri nakle ilişkin rızasını geri alır ise artık naklin gerçekleşmesi mümkün değildir.

3.9 ORGAN VE DOKU NAKLİNİN ETİK KURALLAR BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Etik kurallar, genel olarak yazılı olması gerekmeyen, işin gereği ve ahlaki boyutu göz önüne alınarak topluma yararlılık açısından belirlenen kurallardır. Yazılı olması gerekmeyen bu kuralların yasalarla açık olarak belirlenmesi uygulanma bakımından yararlı olmaktadır. Nitekim hem uluslararası hem de ulusal düzeyde bu kuralların yazılı olarak ifade edildiği görülmektedir.³⁶⁴

Hukukumuzda yapılan düzenlemeler incelenecek olur ise, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2 ve devamı maddelerinde etik kurallar;

“Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa

³⁶⁴ Özlem KOÇAK SÜMEN(2007), “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.20, S.73, s. 186.

olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. abip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.

Diş tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.

Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.

Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuzla kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatına göre hareket eder.

Tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.

Tabip ve diş tabibi sanat ve mesleğinin icrası dışında dahi olsa, meslek ahlak ve adabı ile telif edilemeyen hareketlerden kaçınır.

Tabip ve diş tabibi, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur olup, her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamaz.

Araştırma yapmakta olan tabip ve diş tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediği, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir. Bir keşif hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanılması yasaktır...”

şeklinde ifade edilmiştir.³⁶⁵ Bu düzenlemelerin yanı sıra, Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de etik kurallara ilişkin düzenlemeleri görmek mümkündür.

Organ ve doku nakillerine ilişkin olarak düzenlenen etik kurallar incelendiğinde, bu kuralların hekimlerin aydınlatma yükümlülüğü, alıcı ve vericiden rıza alınması, her iki taraf içinde naklin uygunluğunun araştırılması ve kar amacı gütmeksizin yalnızca yaşam hakkı gözetilerek nakli yapması gibi hususlarla ifade edildiği görülecektir.³⁶⁶

Etik açıdan organ nakillerinde gözetilmesi gereken hususlar, insan varlığının biricikliği gözetilerek insan onurunun ve kişiliğinin korunması, hiçbir ayırım gözetilmeden insan temel hak ve özgürlüklerine saygı duyularak naklin

³⁶⁵ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ilgili hükümleri.

³⁶⁶ Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70; Hasta Hakları Yönetmeliği m.24,25,26; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 10, 12.

gerçekleştirilmesi, hastaya zarar verilmemesi, hasta özerkliğine saygı duyulması, hastanın mahremiyet hakkını korumak ve diğer hasta haklarının gereğini yapmak gibi kavramlar olarak ifade edilebilir.

Organ ve doku naklindeki en büyük sorunun organ bekleyen hastalar ile organ vericisi olan kişilerin sayısı arasındaki tutarsızlıktır. 2020 yılında organ nakli bekleyen toplam hasta sayısı 25.111 iken, ölü verici sayısı 263; ölümleri halinde kendilerinden organ ve doku alınmasına rıza gösteren kişi sayısı 565.730'dur. Ancak gerçekleştirilen nakil sayısı 5.573'dür.³⁶⁷ Basında yer alan bir habere göre, Türkiye'de geçen yıl 9.477 organ ve doku nakli gerçekleştirilmiştir. Halihazırda 22.921 kişi böbrek, 2.256 kişi karaciğer, 1.553 kişi kornea, 1.164 kişi kalp, 298 kişi pankreas nakli beklemektedir. 9.477 naklin; 3.851'i böbrek, 3.730'u kornea, 1.776'sı karaciğer, 84'ü kalp, 33'ü akciğer son olarak 3 tanesi ise pankreas naklidir.³⁶⁸

Yukarıda belirtilen veriler incelendiğinde hala ülkemizde organ ve doku bağıışı bekleyen binlerce hastanın olduğu ancak gerçekleştirilen nakiller ile hasta sayıları arasında çok büyük farklar bulunduğu görülecektir. Bu nedenle organ ve doku bağıışı için toplumun daha fazla bilgilendirilmesi ve teşvik edilmesi gereklidir.

Organ ve doku nakillerine ilişkin olarak karşılaşılan problemlerin başında organ veya dokunun nakledileceği alıcının seçilmesi hususu gelmektedir. Nakilden faydalanacak kişinin belirlenmesi hususunda hekimlerin zaman zaman zorlandığı görülmektedir. Örneğin, diğer organ bekleyen kişilere nazaran sağlık durumu daha kötü olan hastanın nakilden yararlanma olasılığının düşük ancak bu hastaya oranla sağlık durumu daha iyi olan hastanın nakilden yararlanma ihtimalinin daha yüksek olduğu durumlarda hekim hangi hastaya organ nakli yapılacağına nasıl karar verecektir? Bu karar alınırken gerekli parametreler göz önünde bulundurulacak, avantaj ve dezavantajlar dikkatlice tartışılacaktır.³⁶⁹

Organ ve doku nakillerine ilişkin karşılaşılan bir başka sorun ise hekimlerin tutumundan kaynaklanmaktadır. Hastalığın doğası gereği oluşan bu tutumu örnekle açıklayacak olur isek, alkolü bırakmış dahi olsa alkolik bir hastaya nakil uygulanması hekimler tarafından etik bulunmamaktadır. Ancak tıp etiğine göre kişinin yaşam tarzı

³⁶⁷ İstatistikler için Bkz. <https://www.tonv.org.tr/tr/organ-bagisi/istatistikler/#>, ET. 29.04.2021.

³⁶⁸ Basında yer alan habere ulaşmak için Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiye-genelinde-gecen-yil-9-bin-477-organ-ve-doku-nakli-yapildi/1690942>, ET. 29.04.2021.

³⁶⁹ Ayşe Çitım DONTLU(2004), "Organ Bağıışı ve Naklinde Etik, Dinsel ve Yasal Yaklaşımlar", *Diyaliz Transplantasyon ve Yanık Dergisi*, C. 15, S. 2, s.70. Dergideki diğer çalışmalar için Bkz. <http://www.dty.org.tr>, ET. 29.04.2021.

göz önüne alınmaksızın her hasta eşit şekilde değerlendirilmeli ve hekim elinden gelenin en iyisini yapmalıdır.³⁷⁰

Yukarıda belirtilen hususlar dışında daha birçok doğru olmayan bakış açısı toplum tarafından bilinen ve kanıksanmış yanlışlar, uygulanan politikalar, yapılan bilgilendirmelerin eksikliği, prosedürlerin uzunluğu ve düzenlemelerin tartışmaya açık olması gibi sebepler de organ ve doku naklini zorlaştırmakta; etiklik alanından belirsizliğe ve bilgisizliğe yol açmaktadır. Bu konu başlı başına çalışma yapılmasını gerektiren hassas bir konudur. Bu çalışma kapsamında sadece bir fikir oluşturmaya yönelik kısa bilgilerin verilmesi uygun görülmüştür.



³⁷⁰ agm, s. 70.

BÖLÜM IV

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNE YÖNELİK TIBBİ MÜDAHALELERDE RIZANIN İNCELENMESİ

4.1 ÜREME HAKKI KAVRAMI

Tıbbi müdahalelerde rıza kavramı, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri için özellik arz etmektedir. Kişilerin aile kurma ve çocuk sahibi olma ihtiyaçları ile bağlantılı olan üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, her şeyden önce temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilen üreme hakkı ile ilişkilidir. Üreme hakkı, ana hatları ile bireylere, çocuk sahibi olma ve neslini devam ettirme olanağını tanımaktadır. Buna ek olarak birey ve çiftlerin sahip olmak istedikleri çocuk sayısı ile doğum aralıklarına hür iradeleri ile karar vermeleri, doğum sürecinde yeterli sağlık hizmetlerine ulaşmaları, sağlık hizmetleri ve doğum süreci hakkında bilgiye erişmeleri ve doğum ya da çocuk sahibi olma konusunda hiç bir şekilde baskı ya da şiddete maruz kalmamalarına ilişkin hususlar da üreme hakkı çerçevesinde güvence altına alınmıştır³⁷¹.

Nitelik itibari ile üreme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan, sınırlı ve talep yetkisi içermeyen bir haktır. Temeli kişinin vücut bütünlüğüne dayanan ve bu nedenle kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkın sınırlı olması ve talep yetkisi içermemesinin nedeni, hukuk düzeni tarafından insanlara kendi biyolojik yapıları üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi verilmemiş olmasıdır. Bu nedenle üreme hakkının devlete veya diğer kişilere karşı ileri sürülmesi, mümkün değildir.³⁷² Bu hak bazı boyutları ile eğitim, sağlık, örgütlenme hakkı gibi “sosyal haklar” olarak ifade edilen anayasal haklar ile

³⁷¹ Emel BADUR 2017, age, s. 179; Tefik Sönmez KÜÇÜK (2015), “Bir Ceza Yaptırımını Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4, s. 316; Remzi DEMİR (2017), “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.133, s. 271;

³⁷² Emel BADUR 2017, age, s. 180; Zafer ZEYTİN (2015), “Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S. 8, s. 211-220.

bağlantılıdır. Bazı boyutları ise devlet tarafından kendilerine ilgili hususlarla ilgili güvence sağlanmasını istemelerine sebep olabilir.³⁷³

Üreme hakkının yasal dayanağı konusunda öğreti, yaşam hakkı ve insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları işaret etmektedir³⁷⁴. Türk hukuku ile yaşam hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinde; “*Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı*” başlığı altında düzenlemiştir. İlgili madde uyarınca Anayasa, herkese yaşama, aynı zamanda maddi ve manevi varlığını koruyup, geliştirme haklarını bahşetmektedir. Bireylerin çocuk sahibi olup, soylarını devam ettirmek istemeleri ile manevi varlıklarını koruyup, geliştirmelerine ilişkin hakları arasındaki paralellik, üreme hakkının yaşam hakkının bir uzantısı olduğuna dair söz konusu görüşü doğrulamaktadır.

Üreme hakkı ile bağdaştırılan başlıca uluslararası anlaşmalar, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesi ile düzenlenen yaşam hakkı, bir önceki paragrafta açıklandığı üzere üreme hakkının kaynağı olarak gösterilmektedir. Bu düzenlemeye ilaveten literatür, Beyanname içerisinde bulunan; özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 12. madde, evlenme hakkına ilişkin 16. madde, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğüne ilişkin 18. Madde, ifade özgürlüğüne ilişkin 19. madde, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ilişkin 25. madde ve eğitim hakkına ilişkin 26. madde düzenlemelerinin de üreme hakkı ile bağlantılı olduğunu savunmaktadır³⁷⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise 2. maddesi ile düzenlenen yaşam hakkı ve bir üst paragrafta sayılan düzenlemeler ile benzerlik gösteren hükümlerin, üreme hakkı ile bağdaştırılması da mümkündür. Buna ilaveten bir görüş uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi içerisinde yer alan düzenlemeler geniş yorumlanmış ve üreme hakkı, bireylerin soylarını sürdürme hakkı olarak tanımlanmıştır³⁷⁶. Üreme hakkının, alt soy üzerinden tanımlanması, tıp ve genetik alandaki teknolojik gelişmelerden doğan imkanların da üreme hakkı kapsamına alınmasını sağlamıştır. Bu sayede bireylerin, çocuklarının cinsiyet ve veya soy bağıını bilme hakkı ile benzersiz ve müdahale edilmemiş kökene sahip bir çocuğa

³⁷³ Recep DOĞAN(2016), “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.127, s.78; Remzi DEMİR 2017, agm, s. 271.

³⁷⁴ Ergun ÖZSUNAY (1998), “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, *Bülent Davran'a Armağan*, İstanbul, s. 4.

³⁷⁵ agm, s. 272

³⁷⁶ Ergun ÖZSUNAY 1998, age, s. 5.

sahip olma haklarının da olduğu kabul edilmiştir³⁷⁷. Üreme hakkının, kişinin soyunu sürdürme hakkı şeklinde yorumlanmasına ilişkin tartışmaların yansımaları, yargı kararları içerisinde de dolaylı bir şekilde kendisini göstermektedir. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 22.03.2017 tarih ve 2015/39403 Esas, 2017/3511 Karar sayılı kararı ile hatalı sünnet sebebiyle cinsel organı zarara uğrayan davacı küçük için istenen maddi ve manevi tazminat talebini, küçüğün üreme fonksiyonları ve soyunu sürdürme hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir.

4.2 ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ UYGULAMALARI KAVRAMI

Kişilerin aile kurma ve çocuk sahibi olma ihtiyaçları ile bağlantılı olan üremeye yardımcı tedavi uygulamaları, her şeyden önce temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilen üreme hakkı ile ilişkilidir. Bunun yanı sıra tıp biliminin dinamik yapısı, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin çeşitlilik göstermesine olanak tanımakta, hukuk bilimi ise tıbbi gelişmeler sayesinde sayıları artan yöntem ve müdahaleleri düzenleyip, ilgili müdahalelere gösterilecek rızaya hukuki sonuç bağlama çabasıdadır. Bireylerin vücut bütünlüğü ile ilişkili olması nedeniyle kişilik hakları, aile hukukunun soy bağına ilişkin hükümleri ile bağlantılı olması itibarıyla de kamu düzeni ile ilgili olan üremeye yardımcı tedavi uygulamaları hakkında yakın zamana kadar ülkemizde kanun düzenlemesi yapılmamıştır³⁷⁸. Buna karşılık Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a 15.11.2018 tarihinde eklenen "üremeye yardımcı tedavi uygulamaları" başlıklı ek madde 1 hükmü ile Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları düzenlenmiş ve bu husustaki yasal eksiklik giderilmiştir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un ek madde 1 düzenlemesi, üç fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkra ile üremeye yardımcı tedavi uygulamalarından istifade edecek bireyler ve uygulamayı uygulayacak hekimler için koşullar öngörülmüş ve uygulanacak tedavi yöntemleri açıklanmıştır. Buna göre üremeye yardımcı tedavi uygulamalarından yararlanmak isteyen bireylere evli olma ve doğal yollardan çocuk sahibi olamama veya tıbbi gerekliliğe ihtiyaç duyma koşulları getirilmiştir. Diğer yandan hekimlere ise Sağlık Bakanlığı'ndan alınacak yetki dahilinde, Bakanlıkça ruhsatlandırılan tedavi

³⁷⁷ Yasemin EROL(2012), *Yapay Döllenne Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, 1.Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s.29.

³⁷⁸ Emel BADUR 2017, age, s. 182.

merkezlerinde ve yine Bakanlık tarafından belirlenen çalışma esasları dahilinde uygulama yapma sorumluluğu yüklenmiştir.

Uygulanacak tedavi yöntemi ise ilk fıkra hükmünde;

“kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir.”

şeklinde betimlenmiştir.³⁷⁹ Görüldüğü üzere yasa düzenlemesi uyarınca tedavi uygulamalarının, çocuk sahibi olmak isteyen eşlere ait sperm ve yumurtalarla yapılması, ayrıca dölleme işlemi sonrasında ceninin, anne karnında gelişmesi zorunlu tutulmuştur. Bu nedenle yurt dışı örneklerine rastladığımız, sperm ve yumurta bağıışı ile taşıyıcı annelik uygulamalarına yasa düzenlemesi ile ülkemizde izin verilmemiştir. Nitekim bu hususlar, Ek Madde 1 düzenlemesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile şüpheyeye yer vermeyecek bir şekilde tekrarlanmıştır. Her ne kadar hali hazırda sperm veya yumurta vericisi ve alıcısı olmak veya taşıyıcı annelik yapmak isteyen birçok birey bulunsa da soy bağının sağlıklı kurulamayacağı düşüncesi ve mevcut yasal düzenlemeler gereğince çocuğun annesinin belirlenmesinde sorun yaşanacağı endişesiyle bu uygulamalara izin verilmemiştir.

Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve bu uygulamaları hayata geçirecek tedavi merkezlerine ilişkin ayrıca 30.09.2014 tarihinde, 29135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik*” mevcuttur. Yönetmeliğin amacı 1. Maddede;

“Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”

ifadeleriyle belirtilmiştir.³⁸⁰

Yönetmeliğin “*Tanımlar*” kenar başlıklı 4. maddesi, üremeye yardımcı tedaviyi;

“...Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp,

³⁷⁹ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Ek Madde 1.

³⁸⁰ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m.1.

gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları, ifade eder.”

şeklinde tanımlamıştır.³⁸¹ Tanımdan da anlaşılacağı gibi, tıp mesleğini yetkili bir kişi tarafından yapılan üreme yardımcı tedavi yöntemleri, hem psikolojik hem de üreme bakımından bir tedavi niteliği taşıması nedeni ile tıbbi müdahale kavramının içinde değerlendirilmektedir.³⁸²

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ve Yönetmelik düzenlemelerinin yanı sıra Biyotıp Sözleşmesi incelendiğinde doğrudan üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin bir hükmün bulunmadığı görülecektir. Ancak Sözleşmenin bazı maddeleri söz konusu yöntemlerle ilişkilidir. Sözleşmenin insan genomu başlıklı bölümündeki 11. maddenin “Ayrım Yapmama” başlığı taşıdığını ve “Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır.” şeklinde ifade edildiğini, 12. maddenin “Genetik Testler” başlığını taşıdığını ve;

“Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir.”

şeklinde ifade edildiğini, 13. Maddenin “İnsan Genomu Üzerinde Müdahaleler” başlığını taşıdığını ve;

“İnsan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir.”

şeklinde ifade edildiğini, 14. maddenin ise “Cinsiyet Seçememe” başlığını taşıdığını ve;

“Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni dölllenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır.”

şeklinde ifade edildiğini söylemek mümkündür.³⁸³ Son olarak Sözleşmenin 18. maddesi tüpte embriyolar üzerindeki araştırmaya ilişkin olarak bir düzenleme yapmış ve bu düzenleme;

³⁸¹ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m.4.

³⁸² Öztürk AYDIN 2014, age, s. 41; Berna ÖZPINAR(2008), “Hekimlerin Yapay Döllenmede Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, s. 36.

³⁸³ Biyotıp Sözleşmesi ilgili hükümleri.

“Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.”

şeklinde ifade edilmiştir.³⁸⁴ Kanun, yönetmelik ve sözleşme düzenlemeleri, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin usul ve esaslara ilişkindir. Bununla birlikte ilgili düzenlemeler içerisinde uygulamalar neticesinde yapılacak tıbbi müdahaleye rıza kavramına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Buna karşılık Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.”* şeklindedir. Üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına konu, yumurta, sperm ve embriyo³⁸⁵ insan kökenli biyolojik maddelerdir ve alınmaları, aşılması ve nakilleri teknik ve bilimsel anlamda mümkündür³⁸⁶. Bu nedenle eşlerin üremeye yardımcı tedavi uygulamaları için Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi ile yazılı rıza gösterilmesi aranmıştır.

Üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının, dört farklı başlık altında toplanması mümkündür. Birinci uygulama; dar anlamıyla yapay dölleme olarak ifade edilen, sperm cinsel ilişki olmaksızın ana rahmine, yumurta kanalına veya döl yoluna enjekte edilmesi ile yapılan yöntemdir. İkinci yöntem, sperm ile birlikte döllemeye elverişli yumurta da ana rahmine, yumurta kanalına veya döl yatağına enjekte edilmesi ile yapılan yöntemdir. Üçüncü yöntem, sperm ve yumurtanın dış ortamda döllemesi ve ardından ana rahmine yerleştirilmesi ile gerçekleştirilmektedir. Dördüncü yöntemde ise başka bir kadının rahminde döllendirilen embriyo başka bir kadının rahmine nakledilmektedir.³⁸⁷ Yukarıda açıklandığı üzere Türk hukuku, dördüncü yöntem, soybağına ilişkin nedenlerle an itibari ile izin vermemektedir. Buna karşılık çalışmanın devamında gelecek de yaşanabilecek gelişmeler de göz önünde bulundurularak, yasa ve yönetmelik düzenlemelerinin cevaz verdiği ilk üç yöntemle birlikte, dördüncü yöntem de açıklanmıştır.

³⁸⁴ m.18.

³⁸⁵ Zeytin’e göre embriyo insan kökenli biyolojik maddedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Zafer ZEYTİN 2015, agm, s. 218-227.

³⁸⁶ Emel BADUR 2017, age, s. 184; Remzi DEMİR 2017, agm, s. 275; Arif Barış ÖZBİLEN 2011, age, s. 8.

³⁸⁷ Haluk Nami NOMER (2000), “Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, s. 545; Mehmet Beşir ACABEY (2002), *Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, s. 175; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 2.

4.3 ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ AÇISINDAN YAPAY DÖLLENMENİN İNCELENMESİ

4.3.1 Yapay Döllenme Kavramı ve Hukuki Niteliği

Döllenme, her canlı türünde kendine özgü farklılıklar barındırmaktadır. Sperm ve yumurtanın herhangi bir müdahalede bulunulmadan bileşmesi olarak ifade edilen döllenme kavramı, gerekli olan unsurlardan birinin eksikliği veya işleve sahip olmaması durumlarında meydana gelememekte bireyin veya çiftlerin çocuk sahibi olmasına imkan vermemektedir. Bu nedenle çocuk sahibi olmak isteyen bireyler veya çiftler kendilerine tıbbi müdahalede bulunularak sperm veya yumurtanın işlevsizliğinin veya eksikliğinin giderilmesini istemektedirler. Bu işlevi sağlayacak eksikliği gideren adı ile anılmaktadır.³⁸⁸

Yapay döllenme kavramı, dar anlamda yapay döllenme ve geniş anlamda yapay döllenme olarak iki anlam taşıyabilmektedir.³⁸⁹ Dar anlamda yapay döllenme kavramı sadece spermin kadın rahmine veya döl yatağına yada yumurta kanalına aktarılmasını anlatırken, geniş anlamda yapay döllenme kavramı ise dışarıdan bir müdahale ile sperm ve yumurtanın birleşmesini ifade eder. Bu kavram halihazırda içerisinde yapay döllenmeyi, embriyo naklini, sperm naklini ve yumurta bağışını içeren geniş bir kavramdır.³⁹⁰

Yapay döllenme gerçekleştirilirken hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği farklılık arz edebilir. Genel olarak kabul edilen vekalet sözleşmesi özellikleri yapay döllenme açısından farklılık gösterebilir. Gelişen teknoloji ile birlikte ceninin cinsiyeti, gen özellikleri gibi hususlar tercih konusu olabilir. Bu gibi durumlarda düzenlemelerin güncel teknolojik gelişmeler ışığında söz konusu hukuki ilişkiyi açıklayacak kavramların tekrar düzenlenmesi uygun olacaktır. Ancak mevzuat açısından bakıldığında bu tercih seçeneklerinin yasaklandığı düşünülür ise, yapay döllenme açısından da vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir.³⁹¹

³⁸⁸ age s. 3; Mehmet Akif ERKAN (2002), *Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları* (Yüksek Lisans Tezi), *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, s. 4; Haluk Nami NOMER 2000, age, s.545; Emel BADUR 2017, age, s. 187; Nagehan KIRKBEŞOĞLU(2006), *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 42.

³⁸⁹ Bu kavramlardan yapay döllenme kavramı, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının dar ve geniş anlamda iki ayrılması sonucunda dar anlamda üremeye yardımcı tedaviye verilen isim olarak da kullanılmaktadır.

³⁹⁰ Berna ÖZPINAR 2008, agm, s. 34; Haluk Nami NOMER 2000, age, s. 545; Mehmet Akif ERKAN 2002, agt, s. 4; Emel Badur 2017, age, s. 187,188; Hakan HAKERİ 2020, age, s. 639, 640.

³⁹¹ age s. 641; Berna ÖZPINAR 2008, agm, s. 45, 46.

4.3.2 Yapay Döllenme Türleri

Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları açısından yapılabilecek en temel ayırım homolog ve heterolog döllenme ayırımıdır. Her ne kadar yapay döllenme kavramı sadece üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının dar anlamına karşılık gelecek şekilde kullanılsa da, bu çalışma kapsamında yapay döllenme kavramı üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının tamamını kapsayan şekilde kullanılmış, alt başlıklar içerisinde konunun ayrıntısı incelenmiştir.

Çalışma kapsamında, konu bütünlüğü açısından homolog döllenme türüne kısaca değinilecek ardından çalışmanın asıl konusunu ilgilendiren heterolog döllenme ve bu döllenme türündeki uygulamalar açıklanacaktır.

4.3.2.1 Homolog Döllenmenin İncelenmesi

Yapay döllenme türlerinden homolog döllenme, genel olarak kabul edilen üremeye yardımcı tedavi uygulamasıdır. Bu durumun sebebi, homolog döllenmenin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmesi ve bu nedenle daha az sorun teşkil etmesidir. Eşlerin her ikisinin de üreme yeteneği vardır ancak doğal döllenme gerçekleşmemektedir. Bu durumun fiziksel veya psikolojik nedenleri olabileceği gibi eşlerden birinin savaş veya hapis gibi nedenlerle ayrı olmaları durumları da olabilir. Bu durumda yapılan tıbbi müdahale ile yapay ortamda sperm yumurta ile birleştirilmesi sağlanmaktadır.³⁹²

Homolog döllenme, evli çiftlerin sperm ve yumurtalarının kullanılarak doğal olmayan yöntemlerle döllenmenin gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir.³⁹³ Homolog döllenme tıbben sıcak bakılan bir uygulama olmanın yanı sıra hukuken de kabul edilen ve ortaya daha az hukuki sorunun çıktığı bir yapay döllenme türüdür.

Homolog döllenme olarak ifade edilen bu tıbbi müdahale türünde, eşlerin üreme hücreleri kullanılmaktadır. Bu nedenle doğal döllenmenin meydana getirdiği sonuçlardan farklı sonuçlar meydana gelmemektedir.

Ülkemizde kanun ve yönetmelik ile düzenlenen homolog döllenme, aile hukuku açısından bakıldığında en az sorun ortaya çıkaran yöntemdir. Türk Medeni Kanunu'nun soybağı ve mirasa ilişkin hükümleri tartışmasız bu döllenme yöntemine

³⁹² Yasemin EROL 2012, age, s. 110; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 4,5; Emel BADUR 2017, age, s. 188; Remzi DEMİR 2017, age, s. 277, 278; Mehmet AYAN 1991, age, s. 41.

³⁹³ age s. 41.

uygulanabilecektir.³⁹⁴ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna eklenen ek madde 1 hükmü;

“Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir. Bu yöntem sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilir...”

şeklindeki ifade ile açıkça homolog döllenmeye izin vermiştir.³⁹⁵

Homolog döllenmenin getirdiği, hukuken sorun oluşturan durum eşlerden birinin ölümünden sonra homolog döllenme uygulanması ve sperm kokteyli olarak adlandırılan kocanın spermi ile bir başkasının sperminin karıştırılarak yumurtanın döllenmesi durumlarıdır. Yönetmeliğin 20. Maddesi;

“Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir.”

şeklinde dir.³⁹⁶ Ancak bu hükmün uygulanmayarak kasıtlı bir şekilde üreme hücrelerinin kullanılması sonucunda bir çocuk dünyaya gelir ise, bu çocuk ile ölen arasında soybağının kurulup kurulamayacağı ve çocuğun bu kişinin mirasında hak sahibi olup olmayacağı konuları sorun teşkil edebilecek konulardır.³⁹⁷

Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesi *“Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır...”* şeklindedir. Bu nedenle ölüm veya boşanmanın üzerinden 300 gün geçmeden önce doğan çocuğun soybağı babalık karinesi nedeni ile çocukla kurulmalıdır.³⁹⁸ Çocuğun

³⁹⁴ Burcu KALKAN OĞUZTÜRK (2011), *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar*, 1.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 365; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 4.

³⁹⁵ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Ek Madde 1.

³⁹⁶ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.20.

³⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahar ÖCAL APAYDIN ve Nurten İNCE AKMAN (2020), “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücrelerinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S.2, s. 66-100.

³⁹⁸ Aksi yönde görüş için Bkz. Haluk Nami NOMER 2000, age, s. 580; Remzi DEMİR 2017, agm, s. 278.

üstün yararı ilkesi göz önünde bulundurularak, dondurulmuş embriyonun kocanın ölümünden sonra ana rahmine nakledilmesi ve ölümden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun soybağı baba ile kurulmalı, çocuk babanın mirasçısı olmalıdır.³⁹⁹

Sperm kokteyli olarak ifade edilen karışık dölleme, kocanın spermi ile başkasının sperminin karıştırılması ve oluşan bu karışımın eşin yumurtası ile döllendirilmesi halidir.⁴⁰⁰ Söz konusu durum, homolog dölleme ile heterolog döllemenin karışık halde uygulanması haline örnek teşkil etmektedir. Koca dışındaki kişinin sperminin alınması ve homolog dölleme ile aynı anda heterolog döllemenin de yapılması hususu üçüncü kişi yararına tıbbi müdahale şeklinde değerlendirilebilir. Bu durumun sebebi homolog döllemenin evlilik birliği içerisinde yapılması ve bu nedenle çocuk ile babanın soybağının doğrudan kurulması halinde, koca dışındaki kişi ile çocuk arasında soybağı açısından bir bağ kurulmayacak olmasıdır. Bu nedenle bu durum koca dışındaki kişiye bir yarar sağlamamaktadır.⁴⁰¹

Sperm kokteyli olarak ifade edilen karışık dölleme türünde, kocanın homolog döllemeye rıza göstermesine rağmen kendi rızası olmadan karışık dölleme yapıldı ise, soybağının reddi davasının açılabilmesi gerekmektedir. Hekimlerin de bu noktada hukuki ve cezai sorumluluğu meydana gelecektir.⁴⁰²

4.3.2.2 Heterolog Döllemenin İncelenmesi

Evli olmayan çiftlere veya bireye ait yumurtanın ve spermin doğal olmayan yöntemler ile döllendirilerek üremenin sağlanmasına heterolog dölleme adı verilmektedir.⁴⁰³ Bu dölleme türü, kadının yumurtasının kocasının kocası dışındaki bir kişinin spermi ile veya kocaya ait spermin karısı dışındaki bir kişinin yumurtası ile döllendirilerek kadının rahmine transfer edilmesi veya çiftlerden ikisine de ait olmayan sperm ve yumurtanın kullanılmasıyla elde edilen embriyonun kadının

³⁹⁹ Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2006, age, s. 51; Burcu KALKAN OĞUZTÜRK 2011, age, s. 377; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 7.

⁴⁰⁰ age s. 9; Remzi DEMİR 2017, agm, s. 278.

⁴⁰¹ Mevcut hukuki düzenlemeler ışığında sperm bağışının ve sperm kokteylinin mümkün olmadığını ifade etmek gerekir.

⁴⁰² Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2006, age, s. 45; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 9.

⁴⁰³ Çetin AŞÇIOĞLU 1993, age, s. 61; Mehmet AYAN 1991, age, s. 40,41; Köksal BAYRAKTAR 1972, agt,s. 199; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU 1993, age, s. 23; Saibe OKTAY ÖZDEMİR ve Gülen Sinem TEK(2013), “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.912,913; Berna ÖZPINAR 2008, agm, s. 35; Zafer ZEYTİN 2012, age, Üreme, s. 115; Emel BADUR 2017, s. 189, Öztürk AYDIN 2014, age, s. 9.

rahmine transfer edilmesi ile gerçekleşir.⁴⁰⁴ Yumurta ve sperm sahibi kişilerin evli olmasının veya birbirlerini tanıyor olmasının bu döllenme türü açısından herhangi bir önemi yoktur.

Heterolog döllenme birlikte yaşama veya yaşam ortaklığı olarak ifade edilen evlilik dışı birlikte yaşama durumlarında bireylerin çocuk isteğinin karşılanması için kullanılan bir uygulamadır. Evlilik dışı birlikte yaşama durumunun hukuken tanındığı ve evliliğin bazı hukuki sonuçlarının bu birlikteliğe uygulandığı ülkelerde⁴⁰⁵ bu döllenme türü homolog döllenme olarak adlandırılabilir. Hukuk düzenimiz açısından bakıldığında evlilik dışı birlikte yaşama durumu tanınmamış olup heterolog döllenme yasaklanmıştır.⁴⁰⁶ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna eklenen ek madde 1 hükmü bu durumu;

“Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır. Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır.”

şeklindeki ifade ile açıklamıştır.

Ayrıca, Yönetmeliğin “Müeyyide Formu” başlıklı ve 17 numaralı ekinde *“ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasalara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir.”*

şeklindeki ifade ile heterolog döllenmenin yasak olduğu açıkça belirtilmiştir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Gamze TURAN BAŞARA(2016), “Çocuğun Biyolojik Ana-Babasını Öğrenme Hakkı”, *Evensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, Ankara, s. 270; Emel BADUR 2017, age, s. 189.

⁴⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Işıl S.TEKDOĞAN BAHÇIVANCI, Işıl S., “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 33, s. 623- 684.

⁴⁰⁶ Burcu KALKAN OĞUZTÜRK 2011, age, s. 355; Yasemin EROL 2012, age, s. 47; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 10.

⁴⁰⁷ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Ek Madde 17.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da ve Yönetmelikte belirtilen yasağa rağmen heterolog döllenme gerçekleşmiş ise karşımıza birden fazla olasılık çıkacak ve bu olasılıkların birden fazla sonucu olacaktır. Çalışma kapsamında heterolog döllenmeye ilişkin olarak incelenecek hususlar sperm bağıışı, yumurta nakli, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik durumlarıdır. Kavramlar ifade edilirken bağıış ve nakil fiillerinin seçilmesi hususu ayrıca önem taşımaktadır. Sperm ve yumurta insan vücudu dışında canlılığını koruyabildiği halde embriyonun büyüüp gelişebilmesi için rahimde yerleşmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle embriyo nakli terimi kullanılmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki yumurta hem bağıışlanabilir hem de nakledilebilir ancak buna rağmen kavramsal olarak nakil terimi tercih edilmiştir. Bunun sebebi spermden farklı olarak yumurtanın bağıışlanmasının yanı sıra nakledilerek bir rahme yerleştirilmesinin de mümkün olmasıdır. Sperm açısından bakıldığında nakil yapılmasının mümkün olmaması nedeni ile yalnızca bağıış kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bu başlıklarda önemli husus tıbbi müdahalelerin üçüncü kişi yararına gerçekleştiriliyor olmasıdır.

Tedavi kavramı en basit hali sağlığı bozulan bir kişinin, tıbbi müdahale uygulanarak sağlığına kavuşturulması olarak ifade edilebilir. Bu nedenle hem sperm bağıışının hem yumurta naklinin hem de embriyo naklinin tedavi niteliği taşımadığı açıktır. Ancak, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ve Yönetmelik yasakları kapsamı incelendiğinde bu bağıış ve nakillerin üremeye yardımcı tedavilere ilişkin yasaklar kapsamında ifade edildiği görülecektir.

4.3.2.2.1 Heterolog Döllenme Türleri

4.3.2.2.1.1 Sperm Bağıışı

Üremeye elverişli olan spermin başka bir kadının yumurtası ile döllenmesinde söz konusu olan sperm bağıışı, heterolog döllenme yöntemleri açısından dünyada en çok kullanılan yöntemdir.⁴⁰⁸ Tüm gerekli testler yapıldıktan sonra döllenebilirliği kanıtlanmış olan sağlıklı spermlerin, soğutulmuş olarak saklanması ve ardından çocuk sahibi olamayan çiftlere veya bireylere verilmesiyle gerçekleşen hukuki işleme sperm bağıışı; bu işlemlerin gerçekleştirildiği merkezlere ise sperm bankası adı verilmektedir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Burcu KALKAN OĞUZTÜRK 2011, age, s. 382; Nagehan KIRKBEŞOĞLU 2006, age, s. 60; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 13.

⁴⁰⁹ Murat Volkan DÜLGER(2013), "Tıptaki İlerlemelerin Getirisi Olan Uygulamaların Hukuk Açısından Görünümü- Özel Tedavi Yöntemlerinin Sınır Dışı Uygulamalarının İç Hukuk Açısından

Sperm bağışı hususunda verici açısından üçüncü kişi yararına bir tıbbi müdahale gerçekleşecektir. Tıpkı, organ ve doku naklinde vericinin ve alıcının birbirini tanıyıp tanımadığının gerekmemesi gibi insan kökenli biyolojik madde olan sperm vericisi ve alıcısının da birbirini tanıyıp tanımadığı olması gerekmektedir.

Sperm bağışında bulunmak isteyen verici, bankaya müracaat ederek gerekli tıbbi araştırmalar yapıldıktan sonra bağışın uygun bulunması halinde bağışı gerçekleştirerek sperm bağışçısı olabilir. Sperm bağışı isteyen kadın veya klinik ise, bankaya müracaat edecektir. Banka ile alıcı gerekli prosedürlerde anlaşma sağlanırsa ise aralarında bir sözleşme ilişkisi kurulacaktır.⁴¹⁰

Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde insan kökenli biyolojik maddelerin naklinin mümkün olduğu belirtilmekte ise de Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un;

“Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır. Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır.”

şeklindeki ifadesi ve Yönetmelik Ek-17' yer alan;

“Kendilerine ÜYTE uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların bu Yönetmelikle belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır. Bu yasağa uymadığı tespit edilen merkezlerin ruhsatı/faaliyet izni iptal edilir. Merkez dışında bu tür faaliyet gösterilen yerlerin faaliyeti valilikçe derhal durdurularak ilgililer adli yönden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir.”

şeklindeki ifade dolayısı ile sperm bağışının yapılmasının ve sperm bankasının kurulmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir.

Her ne kadar sperm bağışı ile çiftlerin veya bireyin çocuk sahibi olması üremeye yardımcı bir tedavi olarak değerlendirilemese de Kanunda ve Yönetmelikte üremeye yardımcı tedaviler açısından belirtilen yasak kapsamında olduğunu ifade

Değerlendirilmesi”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, https://www.researchgate.net/publication/271833945_Tiptaki_Ilerlemelerin_Getirisi_Olan_Uygulamalarin_Hukuk_Acisindan_Gorunumu__Ozel_Tedavi_Yontemlerinin_Sinir_Disi_Uygulamalarının_Ic_Hukuk_Acisindan_Degerlendirilmesi, s. 5, E.T. 01.07.2021.

⁴¹⁰ Murat Volkan DÜLGER(2013), agm, s. 5.

etmek mümkündür. Sperm nakli ülkemizde uygulanmasa da teknolojik gelişmeler sonucunda ve hukuk düzenindeki değişiklik yapılması halinde çalışmanın önceki bölümlerinde belirtilen rızaya ilişkin şartlar verici bakımından uygulama alanı bulacaktır. Alıcı bakımından, nakillere ilişkin temel şartların aranmasının yanı sıra söz konusu sperm bağışının sonucunda kadının yumurtasının döllenmesi halinde meydana gelecek gebeliğe kocanın da rıza göstermesi gerekebilir. Bunun nedeni evlilik birliği içerisinde veya evlilik birliğinin ortadan kalkmasından itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu karinesidir. Bu nedenle kocanın da bu tıbbi müdahaleye rızasının aranması ihtimal dahilindedir. Kadın evli değil ise sadece kendi rızası ile bu tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi mümkündür.

Kadının evli olması halinde, hem sperm bağışını yapan vericinin hem de kadının evli olduğu kocanın baba olması durumu ortaya çıkacaktır. Biyolojik anlamda baba kadının evli olduğu koca iken, genetik anlamda baba sperm bağışında bulunan verici olacaktır. Çocuğun koca olan babanın soybağını reddetmeden, sperm bağışında bulunan vericiye de soybağı ile bağlanarak her iki babaya da mirasçı olması çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olacaktır.⁴¹¹

Sperm bağışına ilişkin düzenlemeler yapılırken mevcut soybağı ve miras hukuku hükümleri ile uyum sağlanmalı, çocuğun üstün yararı öncelikli olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

4.3.2.2.1.2 Yumurta Nakli

Yumurta nakli, bir kadının üremeye elverişli olmayan yumurtası yerine bir başka kadının yumurtasının kendi rahmine nakledilmesi ve kocasının veya bir başkasının spermi ile döllendirilerek çocuk sahibi olmasına yarayan tıbbi müdahaledir.⁴¹² Yumurta nakli de tıpkı sperm bağışında olduğu gibi verici bakımından üçüncü kişi yararına gerçekleştirilen bir tıbbi müdahaledir. Bu nakil türü, üremeye yardımcı tedavi olarak değerlendirilmemelidir. Tedavi kavramı en basit hali sağlığı bozulan bir kişinin, tıbbi müdahale uygulanarak sağlığına kavuşturulması olarak ifade edilebilir. Bu nedenle hem sperm bağışının hem yumurta naklinin hem de bir sonraki başlık altında incelenecek olan embriyo naklinin tedavi niteliği taşımadığı açıktır.

⁴¹¹ Sperm bağışında bulunan vericinin kendi kimliğini gizleme hakkını kullanmadığı durumlarda bu husus geçerli olacaktır.

⁴¹² Burcu KALKAN OĞUZTÜRK 2011, age, s. 388; Yasemin EROL 2012, age s. 47; Öztürk AYDIN 2014, age, s. 15.

Yumurta naklinde, başkasının yumurtası kullanılarak kocanın spermi veya bir başka kişinin spermi ile döllendirilme gerçekleştirilip kadına oluşan embriyo nakledilebilir yahut kadının rahmine nakledilen yumurta ile sperm burada döllendirilebilir. Bu durumda anne ile çocuk arasında soybağının doğumla kurulacağı hususunun yanı sıra çocuğu doğuranın biyolojik anne, yumurta sahibi olan kişinin genetik anne olacağını söylemek mümkündür.

Yumurta nakline rıza verilmesi açısından karşımıza çıkabilecek bazı sorunlar vardır. Yumurta nakli alıcısı olan kadının kocasının, bu müdahaleye rıza göstermesinin gerekip gerekmediği hususu önem taşımaktadır. Her ne kadar koca, yumurta nakli açısından tıbbi müdahalenin tarafı olmasa da evlilik birliği devam ederken yapılan bu işlem sonrasında veya işlem anında kocanın spermi ile yumurta dölleneceği için kocanın bu nakle rıza göstermesi aranabilecektir. Ancak bu noktada tartışılması gereken bir diğer husus, kadının kendi bedeni üzerinde gerçekleşecek olan tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin bu nakil türü için yeterli olmaması halinde, kadının kişilik haklarını kullanırken başka bir kimsenin rızasına ihtiyaç duyması durumu ortaya çıkması hususudur. Herkes kişilik haklarını hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kendi rızası doğrultusunda kullanmakta özgür olmalıdır.

Yumurta nakline rıza verilmesi hususunda karşımıza çıkacak bir diğer sorun evlilik birliği devam ederken başka bir kadından alınan yumurtanın yine başka bir erkeğin spermi ile döllendirilmesi durumunda bu tıbbi müdahaleye kocanın rıza göstermesinin aranıp aranmayacağı hususudur. Hem kocanın kendi spermi ile hem de başka bir erkeğin spermi ile nakledilen yumurtanın döllendiği durumlarda, mevcut düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda soybağı açısından bir sorun çıkmayacağı açıktır. Çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağı doğum ile kurulacaktır. Evlilik birliği devam ederken doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı da yine aynı şekilde tartışmaya gerek kalmaksızın doğrudan kurulmuş olacaktır. Kocanın, kendi spermi ile yumurtanın döllendirilmesini istememesi durumunda sperm vermekten kaçınması veya başka bir erkeğin spermi ile nakledilen yumurtanın döllendirilmesinden sonra doğacak çocuk için soybağının reddi davası açması hususlarında bir tercih hakkının olması hususu da sorunun çözümü için alternatif olabilir. Söz konusu tıbbi müdahaleye izin verilecek düzenlemeler yapılırken, evlilik birliğinin devam ettiği durumlarda sperm bağıışı, yumurta nakli, birazdan bahsedilecek embriyo nakli ve taşıyıcı annelik durumlarının uygulanması esnasında kocanın rızasının aranacağı hususu da gerekli şartlar arasına eklenebilir.

Soybağının anne ile doğum yoluyla kurulduğu karinesi, teknolojik gelişmeler sonucunda değerlendirildiğinde aksi iddia ve ispat edilebilen bir karine olmuştur. Bu noktada babaya verilen soybağını reddetme ve çocuğu tanıma haklarının aynı şekilde anneye de verilmesi uygun olabilir. Yumurta nakli açısından bakıldığında, biyolojik anne ve çocuk soybağını reddedebilecek; genetik anne ise çocuğu tanıyabilecektir. Bu şekilde çocuğun genetik annesine soybağı ile bağlanma hakkı korunabilecektir. Ayrıca çocuğa biyolojik annenin soybağını reddetmemesi ancak genetik anne ile de soybağının kurulabilmesine izin verilmesi halinde hem çocuğu yetiştiren hem de çocuğa genetik aktarım sağlayan anne arasında bağlantı kurulacak; çocuk iki anneye de mirasçı olabilecektir.

Yumurta nakli, sperm bağıışı gibi tıbbi müdahalelere izin verecek hukuki düzenlemeler yapılırken çocuğun üstün yararı öncelikli olarak göz önünde bulundurulmalı, ardından soybağı ve miras hukukuna ilişkin düzenlemeler ile uyum sağlanarak gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

4.3.2.2.3.2.3 Embriyo Nakli

Heterolog döllenme örneği olan embriyo nakli, hem spermin hem de yumurtanın başkasına ait olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Homolog döllenme ile elde edilmiş bir embriyonun⁴¹³, yumurtanın sahibi olan kadının rahmine yerleştirilmesi durumunda da embriyo nakli söz konusu olabilecektir de, embriyo nakli kavramı heterolog döllenme sonucunda oluşan embriyonun yumurta sahibi olmayan kadının rahmine yerleştirilmesini ifade etmek için kullanılmaktadır.⁴¹⁴

Embriyo nakli, hem yumurta naklini hem de sperm bağıışını bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle önceki başlıklarda hem üçüncü kişi yararına yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin hususlar hem de yumurta bağıışı ile sperm nakline rıza verilmesine ilişkin belirtilen görüşler burada da geçerli olacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki burada yumurtanın alınacağı kadının rızası, sperm bağıışısının rızası ve kendisine embriyo nakledilecek kadının rızasının yanı sıra kadın evli işe kocanın da rızasının aranması; müdahale ve doğum sonrasında ortaya çıkacak soybağı ve miras hukukuna ilişkin sorun yaşanmasını engelleyebilecektir.

⁴¹³ Uygulamada bu yöntem "tüp bebek" adı verilmektedir.

⁴¹⁴ Emel BADUR 2017, age, s. 189.

Embriyo nakli durumunda, yumurta nakli ve sperm bağışından farklı olarak annenin evli olması durumunda, hem biyolojik hem de genetik olarak iki tane anne ve baba olacaktır. Bunlar biyolojik anne, genetik anne, biyolojik annenin kocası ve genetik annenin kocasıdır.⁴¹⁵ Embriyo nakli yapılırken, nakil sonrasında meydana gelecek soybağına ve miras hukukuna ilişkin karışıklığı önlemek adına alınacak rızaların ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

4.3.2.2.3.2.4 Taşıyıcı Annelik

Heterolog döllenme yöntemleri ile birleştirilebilen taşıyıcı annelik uygulaması, çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin veya bireyin; kendileri için çocuk doğurması talebi ile başka bir kadınla anlaşmaları ile gerçekleşen uygulamadır. Söz konusu uygulamada, taşıyıcı anne olarak ifade edilen kadın gebelikten önce buna razı olarak çocuğu taşıyan ve doğum sonrasında çocuğu istem sahibi çifte veya bireye teslim eden , çocuk üzerinde hiçbir hak iddia etmeyen kişidir. Taşıyıcı annelik belirli bir ücret karşılığı yapılıyorsa “*kiralık annelik*”, ücretsiz olarak yapılıyorsa “*ödünç annelik*” isimlerini de almaktadır.⁴¹⁶

Taşıyıcı annelikte, gönüllü çiftlerden veya bireylerden alınan yumurta ve sperm hücrelerinin birleştirilmesi sonucunda meydana gelen embriyo taşıyıcı anneye nakledilmektedir. Aslında bu uygulama türünde sperm bağış, yumurta nakli ve embriyo nakli bir arada bulunabilir. Çiftler kendi sperm ve yumurtalarını kullanarak embriyo oluşumuna rıza gösteriyorlarsa taşıyıcı annelik ile embriyo nakli; kadının yumurtası ve sperm vericisinin spermi döllenerek embriyo oluşturuluyorsa taşıyıcı annelik, sperm bağış ve embriyo nakli; hem yumurta vericisinin hem sperm vericisinin spermi döllenerek embriyo oluşturuluyor ve bu kişiler dışında bir başka çift veya bireye doğan çocuk veriliyorsa taşıyıcı annelik, yumurta nakli, sperm bağış ve embriyo nakli uygulamaları yapılmış olur.

Taşıyıcı annelik de tıpkı sperm bağış, yumurta nakli ve embriyo naklinde olduğu gibi üremeye yardımcı bir tedavi uygulaması değildir. Taşıyıcı anne doğal yollarla gebe kalmamakta ve kendisine yarar sağlamayan bir tıbbi müdahale uygulanmaktadır. Bu nedenle taşıyıcı annelik tedavi değil üçüncü kişi yararına yapılan bir tıbbi müdahaledir. Bu müdahalede, yumurta sahibi kadının, sperm sahibi erkeğin

⁴¹⁵ Öztürk AYDIN 2014, age, s. 17.

⁴¹⁶ age s. 38; Yasemin EROL 2012, age, s. 64; Emel BADUR 2017, age, s. 190.

ve taşıyıcı annenin rızalarının bulunması gerektiğinden üçlü bir rıza uyumu aranacaktır. Rızaların ne şekilde elde edileceği hangi sıranın uygulanacağı ise yapılacak düzenlemeler ile belirlenecektir.

Sonuç olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde “...*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür...*” ifadesi konuya ilişkin olan en önemli yasal düzenlemedir. “*İnsan kökenli biyolojik madde*” ifadesi kapsamında değerlendirilmesi gereken yumurta ve spermin hatta embriyonun alınmasının, aşılmasının ve saklanması bu madde dolayısı ile mümkün olacağı ifade edilebilir. Ancak maddenin genellikle yaşayan vericiden organ ve doku alınması ve nakline yönelik olarak değerlendirildiğini ve maddenin çizdiği sınırların 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun ile doldurulacağını düşünülüyor ancak yapılan düzenlemeler ile maddenin çizdiği sınırların doldurulmasının yanı sıra bu uygulamaların yasaklandığı; organ ve doku olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan insan kökenli biyolojik madde niteliği taşıyan kan, kemik iliği, yumurta ve sperm hücreleri gibi unsurların da madde kapsamında olduğunun gözardı edildiğini söylemek mümkündür.⁴¹⁷ Türk Hukuku açısından mevcut düzenlemeler değiştirilmediği sürece heterolog döllenme, sperm bağıışı, yumurta nakli, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik uygulamaları mümkün değildir.

⁴¹⁷ age s. 184,185.

SONUÇ

Tıbbi müdahale kavramı hakkında öğretide ve yargı kararlarında çeşitli tanımlar yapılmış olmakla birlikte çalışma açısından esas alınan tıbbi müdahale kavramı şu şekilde tanımlanabilir: “ *Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma ve hastalıkların teşhisi ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ile mesleğin gerektirdiği standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziksel ve ruhsal girişimlerdir.*”

Tanımlamaya göre tıbbi müdahalenin unsurları müdahalenin, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanması; kişinin sağlığının korunması veya hastalığının teşhisi ve tedavisine yönelik olması, tıp biliminin kural ve standartları çerçevesinde ve tıbbin sınırları içerisinde uygulanan fiziki ve ruhi hareketlerden oluşmaktadır. Müdahalenin unsurları yapılan fiziki girişimlerin hangilerinin çalışma kapsamında olduğunu belirlemek için önem taşımaktadır. Kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik olan ancak tıbbi müdahale niteliği taşımayan saçın kesilmesi veya dövme yaptırılması gibi girişimler bu çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi üçüncü kişi yararına yapılmadığı sürece kişinin kendisinin sağlık refahını sağlamaya yöneliktir. Zira bu rızanın verilmesi, kişilik haklarına saldırı mahiyeti taşıyan müdahalenin hukuka uygun olmasının temel şartlarından biridir.

Tıbbi müdahaleye rızanın Türk Hukuku açısından başlıca dayanağı Anayasanın 17. maddesinde,

“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.”

şeklindeki ifade ile belirtilen hükümdür.⁴¹⁸ Tıbbi müdahaleye rıza kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Hatta üçüncü kişi yararına tıbbi müdahale olan organ ve doku naklinde bu nakle rıza gösteren vericinin bile kendi geleceğini belirleme hakkını kullanıp kendi yararını da gözeterek hareket ettiğini söylemek mümkündür.

Anayasal düzenlemenin yanı sıra tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi ile ilgili olarak başka bir temel düzenleme Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan,

⁴¹⁸ 1981 TC Anayasası m.17.

“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.”

şeklindeki ifadedir⁴¹⁹. Ayrıca Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesinde müdahalenin kişinin rızası ile yapılacağı hususu;

“Tabipler, diş 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.”

şeklindeki ifade ile belirtilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeli incelendiğinde de tıbbi müdahale verilecek rıza konusuna ilişkin olarak birden çok madde ile düzenleme yapıldığı görülecektir. Doğrudan tıbbi müdahaleye ilişkin olmamakla birlikte Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde ifade edilen;

“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.”

şeklindeki düzenleme rızanın temelini oluşturmaktadır.

Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak gereken şartlara uyularak verilen rıza, kişiye uygulanan ve kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan müdahaleyi baştan itibaren hukuka uygun kılmaktadır. Hukuki sonuç doğuran bir irade açıklaması olan rıza, hukuki işlem olarak değerlendirilebilir. Rızanın geçerli bir irade beyanı olabilmesi için, oluşumu ve açıklanması sırasında herhangi bir sakatlığa maruz kalmaması gerekmektedir. Rızanın oluşumu esnasında, hekim tarafından uygulanacak müdahaleye, müdahale anına ve müdahale sonrasında oluşabilecek öngörülebilir durulara ilişkin ayrıntılı bir bilgi verilmesi, hasta aydınlatılmalıdır.

Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmiş olması bu rızanın geri alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Rıza gösterme hakkı gösterilen rızanın geri alınması veya rıza gösterilmemesi hakkını da içermektedir. Ancak tıbbi müdahale gerçekleştirildikten sonra rızanın geri alınması hukuken bir etki doğurmayacağı için anlamlı olmayacaktır.

Tıbbi müdahalenin tarafları hasta ve hekimdir. Müdahaleyi gerçekleştiren ve aktif süje olarak ifade edilen kişi hekim; müdahalenin uygulanacağı kişi hastadır. Kural olarak tıbbi müdahaleye rıza hasta tarafından açıklanmalıdır. Ancak rıza ehliyeti

⁴¹⁹ Biyotıp Sözleşmesi m.5.

olmayan kişiler yararına yapılacak tıbbi müdahalelerde rıza açıklamasının hasta tarafından yapılacağı hususuna bazı istisnalar getirilmiştir.

Türk Hukuku'nda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması hususunda önemle ifade etmek gerekir ki kişi ayırt etme gücüne sahip ise bu hakları bizzat kendisi kullanacaktır. Ancak ayırt etme gücüne sahip değilse hakların kullanımını yasal temsilci gerçekleştirecektir.

Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak verilecek rıza küçük ve kısıtlılar bakımından farklılık taşımaktadır. Küçük ve kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değilse rıza yasal temsilci tarafından, küçüğün veya kısıtlının yararı doğrudan gözetilerek açıklanacaktır. Temsilci rıza göstermeden önce hekim tarafından yapılacak müdahaleye ilişkin olarak ayrıntılı şekilde aydınlatılmalıdır. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan küçük veya kısıtlı da olabildiğince bu sürece dahil edilmelidir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesi de,

“...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 gözönüne alınacaktır. 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.”

şeklindeki ifade ile bu kuralı benimsemiştir.⁴²⁰

Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların durumu, Tabebet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 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.”

şeklindeki ifade ile belirtilmiştir. Öğretide, ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlının rıza ehliyetine sahip olmadığı bu neden tıbbi müdahaleye ilişkin olarak verilecek rızanın yasal temsilci tarafından açıklanabileceği; küçük veya kısıtlının tıbbi müdahaleye ilişkin gösterdiği rızanın ancak yasal temsilci tarafından onaylanması halinde geçerli olacağını ifade eden görüşler mevcuttur. Çalışma kapsamında benimsenen görüş, ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlının tıbbi

⁴²⁰ Biyotıp Sözleşmesi m.6.

müdahalelerde rıza ehliyetine de sahip olduğu ve rızanın gösterilmesinin ardından yasak temsilcinin onayına gerek kalmaksızın müdahalenin gerçekleştirilebileceği görüşüdür. Ancak dikkat etmek gerekir ki, uygulanacak her tıbbi müdahale için küçük veya kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, müdahalenin risklerini ve müdahale sonunda meydana gelebilecek durumları anlayabilecek yeterlilikte olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Üçüncü kişi yararına gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler rıza açısından önem taşımaktadır. Organ ve doku nakli, *“canlı veya ölü vericiden alınan organ veya dokunun, psikolojik veya fiziksel tedavi amacı taşıyan bir müdahale ile alıcının vücuduna yerleştirilmesi”* olarak tanımlanabilir. Çalışma açısından canlı vericinin organ ve doku nakline rıza göstermesinin yanı sıra ölü vericiden yapılacak nakillerde vericinin yakınlarının rızasına da başvurulması hususu önem taşımaktadır.

Canlı organ ve doku vericisinin, organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi; müdahalenin yaşayan vericinin yararı ile kıyaslandığında alıcının yani üçüncü kişinin yararının daha fazla olması, bu rızanın özellik göstermesine neden olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, tıbbi müdahaleye ilişkin rıza verilmesi hususundaki genel yaklaşımlar benimsemiş ancak organ ve doku nakline ilişkin olarak bazı özel düzenlemeler yapmıştır. Canlı organ ve doku vericisi olmak için ayrı, organ ve doku alıcısı olmak için ayrı şartlar öngörülmüştür.

Biyotıp Sözleşmesi'nin tıbbi müdahaleye rıza verilmesi ile ilgili olarak öngördüğü temel kural 5. Maddede;

“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.”

şeklindeki ifade ile belirtilmiştir. Madde metninden anlaşılacağı gibi tıbbi müdahalelerin tamamı için, müdahaleye ilişkin aydınlatma ve bu aydınlatmadan sonra kişinin herhangi bir baskı ve zorlama olmaksızın özgür iradesi ile karar vermesi temel kural olarak öngörülmüş; verilen rızanın her zaman herhangi bir neden gösterilmesine gerek kalmaksızın geri alınabileceği ifade edilmiştir. Organ ve doku nakline ilişkin olarak ise, canlı vericiden organ ve doku alınmasını;

“Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı

durumlarda gerçekleştirilebilir. Gerekli muvafakat, Madde 5'te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır.”

şeklindeki ifadesi ile bazı şartlar öngörmüştür. Öncelikli olarak ölü vericiden organ ve doku alınmasını; bu mümkün değilse ve başkaca bir tedavi aynı etkinliği sağlayamıyorsa ikincil tercih olarak canlı vericiden organ ve doku alınması kuralını benimsemiştir.

Organ ve doku nakline ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesi “5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz.” şeklindeki ifade ile, organ ve doku nakline rıza gösterecek kişinin ayırt etme gücünün olmasını aramış ancak maddenin devamında bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 5. maddesinde “Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.” ifadesi ile belirtildiği gibi Türk Hukuku açısından canlı organ vericisi olabilmek için, ayırt etme gücüne sahip olmak ve onsekiz yaşını doldurmak gerekmektedir. Biyotıp Sözleşmesi'nden farklı olarak hukukumuzda bu kuralın istisnası bulunmamaktadır. Kanun koyucu, kişinin rıza ehliyetinin bulunmadığı durumlarda yasal temsilcinin ancak kişinin doğrudan yararına olan tıbbi müdahalelere rıza gösterebileceği kuralını benimsediği düşünülürse, Kanun ile belirlenen kuralın yerinde olduğunu ifade etmek mümkün olacaktır.

Biyotıp Sözleşmesi'nde, rızanın yazılı olarak veya resmi bir makam önünde verilmesi aranmışken, kanun koyucu rızanın veriliş şekli ile ilgili daha ağır şartlar öngörmüş ve bu hususu Kanun'un 6. Maddesinde;

“Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az ki 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.”

şeklindeki ifadesi ile belirtmiştir.

Ölü vericiden yapılacak organ ve doku nakilleri incelendiğinde, kanun koyucunun canlı vericiden yapılan nakillerle karşılaştırıldığında biraz daha esnek kurallar öngördüğünü söylemek mümkündür. Ölü vericiden nakil ile kastedilen ceset olarak ifade edilen kadavradan yapılan nakillerdir. Canlı vericiden farklı olarak ölü vericiden bilimsel amaçlar için organ ve doku alınması da mümkündür. Alınabilecek

organ ve dokular açısından kanunda belirtilen herhangi bir sınırlama olmamakla birlikte yapılacak olan nakiller ahlaka ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamalıdır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun üçüncü bölümü “Ölüden Organ ve Doku Alınması” başlığını taşımakta ve bu nakil türüne ilişkin hükümleri belirtmektedir. Kanun’un 14. Maddesi;

“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 ibraz edilmedikçe 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.”

şeklindeki ifade ile ölü vericiden organ ve doku alınmasını bazı kurallara bağlamıştır. Öncelikli olarak ölü vericinin sağlığında organ ve doku nakline ilişkin olarak bir rıza beyanının bulunup bulunmadığı incelenecek; olumsuz bir beyanda bulundu ise kendisinden organ ve doku alınamayacaktır. Ancak sağlığında organ ve doku vericisi olma hususunda rızasının olduğunu beyan eden; bu durumu vasiyetname ile belirten veya iki tanık önünde açıklayan vericinin ölümü halinde, organ ve dokularının alınması için başkaca bir rıza gösterilmesine gerek kalmayacaktır. Eğer ölü verici, sağlığında bu hususa ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmadı ise, öncelikli olarak ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, anne veya babası veya kardeşlerinden birinin rızasının olup olmadığı sorulacak; bu kişiler yanında bulunmuyorsa herhangi bir yakından rıza alınarak nakil gerçekleştirilebilecektir. Bu hükmün her ne kadar organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesi açısından faydalı olduğu görülse de, bu kadar önemli bir konuda “yakın” olarak anlaşılacak kişilerin kimler olduğunun açıkça ifade edilmesi uygulamada sorun yaşanmaması açısından daha doğru olacaktır.

Üçüncü kişi yararına tıbbi müdahaleler açısından incelenmesi gereken bir diğer husus, üremeye yardımcı tedavi uygulamaları başlığı altında ifade edilen heterolog dölleme. Türk Hukuku açısından heterolog dölleme, taşıyıcı annelik, sperm bağıışı, yumurta nakli ve embriyo nakline izin verilmemektedir. İzin verilmemesinin sebebi ahlaka aykırılık olarak ileri sürülmüş olsa da bu sebebe katılmak mümkün değildir. Bekar kadın ve erkeklerin doğal yöntemlerle çocuk sahibi olması konusunda

herhangi bir engelleme bulunmazken, bu kişilerin tıbbi müdahaleler sonucunda çocuk sahibi olmasının engellenmesi kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Bu düzenleme sebebi ile homolog dölleme yolu ile çocuk sahibi olamayan çiftler de dahil olmak üzere; bir çok birey ve çift “*üreme turizmi*” yolu ile yurt dışına giderek, bu uygulamaya hukuken olanak tanıyan ülkelerde çocuk sahibi olmaktadır.



KAYNAKÇA

- ABİK Yıldız (2014), “Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”, *Ankara Barosu, Sağlık Hukuku Kurultayı*, ss. 93-146, Ankara.
- ACABEY Mehmet Beşir (2002), *Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir.
- ACARLI Koray Sadık (1995), “Organ Transplantasyonları”, *İçinde, Genel Cerrahi*, Ed. Ünal Değerli, Beşinci basım, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul.
- ADIGÜZEL Sibel (2014), “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı, ss. 943-995.
- AKINCI Şahin (1996), *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- AKYILDIZ Sunay (2007), “2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu İle Organ Bağı”, *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul.
- ALGAN Hazal (2017), *Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Nakli Suçları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ALTUĞ Nurşen “Ege Üniversitesi Ulusal Koordinasyon Sistemi” *Organ Nakli Uygulama ve Araştırma Merkezi*,
http://www.ndthd.org.tr/images/cesme/Ulusal_Koordinasyon_Sistemi.pdf,
ET.28.04.2020.
- ARAT Ayşe (2006), “ Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, ss. 225-239.
- ARPACI Abdülkadir (2009), “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Çözüm Yolları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, ss. 5-14.
- AŞÇIOĞLU Çetin (1993), *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara.

- ATAAY AYTEKİN (1978), *Şahıslar Hukuku*, 1.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- ATAK İsmail (2020), “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, ss. 19- 26, <http://dergi.totbid.org.tr/191/totbid.dergisi.2020.04.pdf>, E.T. 01.01.2019.
- ATAMER Yeşim (2011), “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan*, 19-20, Sayı 1-2, İstanbul, s.115-159.
- ATEŞ Zeynep (2010), *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- AYAN Mehmet (1991), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara.
- AYDIN Elif Fulya (2019), *Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN Murat (2008), *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN Murat (2012), “Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Sayı1, ss. 101- 115.
- AYDIN Öztürk (2014), *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- AYGENCEL Gülbin (2018), “Potasyum Metabolizması Bozuklukları”, *Yoğun Bakım Dergisi*, Ocak 2018, s. 31-42, http://www.yogunbakimdergisi.org/managete/fu_folder/2018_01/2018-12-1-031-042.pdf, ET. 12.10.2019.
- BADUR Emel (2017), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- BADUR Emel (2020), “Organ ve Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı.1, ss. 275-312.
- BAŞPINAR Veysel (2007), “Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, 1.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ss. 191 – 215, İstanbul.
- BAYRAKTAR Köksal (1972), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul.

- BELGESAY Mustafa Reşit (1953), *Tıbbi Mesuliyet*, 1.Baskı, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- BORAN Bedia (2007), “Aydınlatılmış Rıza”, *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı*, ss. 85-103, Ankara.
- CİHAN Ali Hulki (2015), “Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, ss.89-97.
- CİHAN Hulki (2011), *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi*, 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- ÇAKAL Ayça (2018), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÇAKIRCA YÜCEOĞLU Seda İrem (2018), “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80.Yıl Armağanı*, ss. 153-178, İstanbul.
- ÇAVUŞOĞLU Dilek (2020), *Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÇEKER Mustafa (2000), “Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, <https://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf>, ET. 12.10.2019.
- ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt (1993), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- DEMİR Remzi (2017), “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı.133, ss. 269-298.
- DOĞAN Murat (2019), “Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli”, *Erciyes Üniversitesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli*, ss. 135-146, Kayseri.
- DOĞAN Recep (2016), “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme Ve Düşürtme Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 127, ss. 73-120.
- DOĞRAMACI Yakup Gökhan (2017), “Çocuğun Hakları, Tıbbi Uygulamaya Rıza”, *İstanbul Barosu Çocuk Hakları Özel Yayını*, s. 184-195, İstanbul.
- DONTLU Ayşe Çitim (2004), “Organ Bağışı ve Naklinde Etik, Dinsel ve Yasal Yaklaşımlar”, *Diyaliz Transplantasyon ve Yanık Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, ss.69-76.
- DURAL Mustafa ve ÖĞÜZ Tufan (2011) *Türk Özel Hukuku, İkinci Cilt, Kişiler Hukuku*, 6. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- DURAL Mustafa (2011), “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Uluslararası Birinci Sağlık Hukuku Sempozyumu*, ss.249-258, İstanbul.

- DÜLGER Murat Volkan (2013), “Tıptaki İlerlemelerin Getirisi Olan Uygulamaların Hukuk Açısından Görünümü- Özel Tedavi Yöntemlerinin Sınır Dışı Uygulamalarının İç Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Sağlık Düşüncesi Ve Tıp Kültürü Dergisi*, https://www.researchgate.net/publication/271833945_Tiptaki_Ilerlemelerin_Getirisi_Olan_Uygulamalarin_Hukuk_Acisindan_Goronumu_Ozel_Tedavi_Yontemlerinin_Sinir_Disi_Uygulamalarinin_Ic_Hukuk_Acisindan_Degerlendirilmesi, ET. 01.07.2021.
- EREN Fikret (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara.
- EREN Fikret (2014) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ERKAN Mehmet Akif (2002), *Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ERMAN Barış (2003), *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- EROL Yasemin (2012), *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ERSOY Yücel (2004), “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 53, ss. 161-190.
- ERSÖZ Kürşat (2010), “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 45, ss.105-122.
- ERTEM Burcu (2015), *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ERTİN Hakan (2014), “Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbi: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları”, *İş Ahlakı Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, ss. 91-120, <https://isahlakidergisi.com/content/6-sayilar/14-7-cilt-2- sayi/m0071/ertin.pdf>, ET. 28.10.2019.
- GEZDER Ümit (2007), “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 65, Sayı 1, ss. 207-222.

- GÖKCAN Hasan Tahsin (2014), *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÖKCEN Ahmet (2000), “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, s. 63- 85.
- GÖKCEN Ahmet ve BALCI Murat (2013), “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr. Nur Centel Armağanı Özel Sayısı*, Cilt 19, Sayı 2, ss. 111-157, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/804134>, ET. 19.10.2019.
- GÖRKEMLİ Burcu (2013), “Kompozit Doku Nakli”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, ss. 797-821.
- GÖZÜBÜYÜK Gizem (2016), *Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ Ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- GÜLEL İlhan (2018), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper(2006), *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık*, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- GÜVEN Kudret (2007), “Hazırlanan Organ, Doku ve Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı Başkent Üniversitesi Görüşü”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ss. 341-358, İstanbul.
- HAKERİ Hakan (2020), *Tıp Hukuku*, Yirmi birinci basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2008), “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları Ve Hekimin Yükümlülükleri”, *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- HABERAL Mehmet (1993), “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları, Doku ve Organ Transplantasyonları”, *Haberal Eğitim Vakfı*, Ankara.
- HATEMİ Hüseyin ve KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu (2014), *Kişiler Hukuku*, 1.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- HAVUTÇU Ayşe (2005), *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul.
- HELVACI Serap (2012), *Gerçek Kişiler*, 4. Basım, Legal Yayınevi, İstanbul.

- IŞIK ÖZCAN Funda (2008), *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- IŞIK YILMAZ Ş. Berfin (2021), “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 98, ss. 389-411.
- İMAMOĞLU S. Hülya (2016), “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.1
- KAHRAMAN Zafer (2016), “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, ss.479-509.
- KALACA Çağrı (1994), *Tıbbi Girişimi Reddeden Hastanın Karar Verme Yeterliliğinin Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Aile Hekimliği Uzmanlığı Tezi, Ankara.
- KALKAN OĞUZTÜRK Burcu (2011), *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar*, 1.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- KANGAL Zeynel T. (2011) “ Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, *Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 4, ss. 223-251.
- KAPLAN İbrahim (2016), “TMK’nın Vesayete İlişkin Hükümleri ve Uluslararası Vesayet Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, *Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.1, S.1, ss.105-124.
- KASAPOĞLU HALICI Türkan (2009), *Türk Ceza Kanununda Organ Veya Doku Nakline İlişkin Suçlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KARATAŞ Mehmet (1998), *Organ ve Doku Naklinin Hukuki ve Cezai Yönünden Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.
- KICALIOĞLU Mustafa (2006), “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 4, ss.16-29.
- KILIÇOĞLU Ahmet (1991), “Organ ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, ss. 246-265.
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan (2006), *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

- KIRKİT Ecem (2016), *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KOCAMAZ ŞAHİN Begüm (2019), *Organ Nakli Hukuku Türk Ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması*, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- KOCATÜRK Utkan (1994), *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, 6. Basım, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- KOÇAK SÜMEN Özlem (2007), “Organ ve Doku Naklinin Yasal Ve Etik Açından İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 20, Sayı 73, ss. 174-195.
- KURT Münise Gülen (2020), “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 146, ss. 187- 218.
- KÜÇÜK Tefik Sönmez (2015), “Bir Ceza Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 4, ss.297-322.
- NOMER Haluk Nami (2000), “Sunı Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, *M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, ss. 545- 594, İstanbul.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe (2010), “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, Cilt. II, s.1315-1351.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, OĞUZMAN M. Kemal ve SELİÇİ Özer (2013), *Eşya Hukuku*, 16. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe (2016), “Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 145-146, ss. 223-243.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe ve TEK Gülen Sinem (2013), “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ORAL Tuğçe (2011), “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, ss.185-210, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397838>, s. 185-210, ET.12.10.2019.
- ÖCAL APAYDIN Bahar ve İNCE AKMAN Nurten (2020), “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı”

- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 24, Sayı.2, ss.63-107.
- ÖZ Pınar (1984), “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, ss. 706 – 719.
- ÖZBİLEN Arif Barış (2011), *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÖZCAN Burcu G. ve ÖZEL Çağlar (2007), “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Sayı1, ss. 49-73.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa (2004), *Özel Hukukta Teşhis Ve Tedavi Sözleşmesi*, 1.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZEN Muharrem (2016), “Organ Ticareti Suçu”, *İçinde, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ed. Kemal Şenocak, Matias Rohe, Ali Yarayan, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 19-44. İstanbul.
- ÖZPINAR Berna (2008), “Hekimlerin Yapay Döllenmede Hukuki Sorumluluğu”, *Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu Yayınları, ss. 33 56, Ankara.
- ÖZSUNAY Ergun (1983), “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, *Türk Hukukunda Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler V. Sempozyumu*, ss. 30-59, İstanbul.
- ÖZSUNAY Ergun (1977), *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 3. Basım, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- ÖZSUNAY Ergun (1998), “ Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, *Bülent Davran’a Armağan*, İstanbul.
- ÖZTÜRKLER Cemal (2006), *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi Ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları*, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- PARLAK Şafak (2009), “Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 83, ss. 189-222.
- SARIAL M. Enis (1986), *Sağlararası Oran ve Doku Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.

- SAVAŞ Halide (2007), “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 81, Sayı.3, ss. 1001 – 1025.
- SAVAŞ Halide (2007), *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SAVAŞ Halide (2013), *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Üçüncü basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SCHMİDT-RECLA Adrian (2009), “Ölü Daha Uzun Yaşar: Beyin Ölümü Organ Bağıışı İçin Yeterli Bir Kriter Midir?”, Çev.Koray DOĞAN, *İçinde, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu*, Ed. Yener Ünver, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SENGİR Turgut (1968), “Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler”, *Adalet Dergisi*, Sayı 11-12. ss. 645- 661.
- SEROZAN Rona (2005), *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- SEROZAN Rona (2007), *Sözleşmeden Dönme*, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- SEROZAN Rona ve ENGİN Baki İlkey (2014), *Miras Hukuku*, 4.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- SERT Selin ve CİHAN Ali Hulki (2013), *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme*, Beta Yayınları, İstanbul.
- SOYASLAN Doğan (2007), “Organ Nakilleri”, *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler*, s. 123-139, İstanbul.
- SÖĞÜT İpek Sevda (2018), “Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, ss. 37-70, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1734>, ET. 20.10.2019.
- SÖZÜER Adem, YASİN Melikşah ve KURŞAT Zekeriya (2013), “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, *Hastane Yönetimi*, Nobel Tıp Kitapevleri, s.1017-1034.
- SÜTLAŞ Mustafa (2000), *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, Çivi Yazıları, İstanbul.
- ŞAHİNİZ Salih (2003), “ Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli”, *Prof.Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*, s s. 723-750, İstanbul.
- ŞANTAŞ Gülcan ve ŞANTAŞ Fatih (2018), ““Türkiye’de Organ Bağıışının Mevcut

- Durumu ve Organ Bağışında Stratejik İletişimin Önemi”, *SDÜ Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, C.9, S.2, ss. 16-168, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/541275>, ET.01.01.2019.
- ŞENOCAK Zarife (1998), *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- ŞENOCAK Zarife (2001) “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, ss. 65-80.
- ŞENOCAK Zarife (2007), “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, ss.241- 254, Ankara.
- TACİR Hamide (2015), “Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, *II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu*, Ankara.
- TAŞKIN Ahmet (1997), *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 1.Baskı, Adil Yayınevi, Ankara.
- TEKDOĞAN BAHÇIVANCI Işıl S. (2018), “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 33, ss. 623-684.
- TEPEHAN Selma (2012), *Beyin Ölümü ve Organ Naklinin Sağlık Personeli Ve Hukuki Mevzuat Açısından İncelenmesi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.
- TERZİOĞLU Arslan (1993), “Organ Transplantasyonu ve Etik”, *Tıbbi Etik Yıllığı III, I.Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Bildiriler*, İstanbul.
- TURAN BAŞARA Gamze (2016), “Çocuğun Biyolojik Ana-Babasını Öğrenme Hakkı”, *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, 265-283, Ankara.
- TURAN BAŞARA Gamze (2020), “Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümünden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ceren Damar Şenel Armağanı*, Cilt 5, Sayı 1, ss. 341-383.
- ÜNVER Yener (2005) “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri”, *1.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı*, ss. 182- 198.
- ÜNVER Yener (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değerler* 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- YAVUZ Cevdet (2016), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 14. Basım, Beta Yayınları, İstanbul.
- YAVUZ İPEKYÜZ Filiz (2006), *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- YENERER ÇAKMUT Özlem (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- YILDIRIM Abdülkerim (2021), *Türk Aile Hukuku*, 4. Basım, Monopol Yayınları, Ankara.
- YILMAZ Battal (2009), “Aydınlatılmış Rıza”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Sayı ss.167-180.
- YILMAZ Abdülkadir (2015), *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ZEVKLİLER Aydın (1983), “Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, ss.1-37.
- ZEYTİN Zafer (2012), “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *İçinde*, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Hekim Sorumluluğu, Ed. Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, ss. 1-35, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ZEYTİN Zafer (2015), “Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Sayı 8, ss.211-232.
- ZİROĞLU Şefik (2019), *Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar*, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.