T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN HUKUKİ SORUNLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUNİSE GÜLEN KURT

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. ÖZGE YÜCEL

ANKARA, 2020

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN HUKUKİ SORUNLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUNİSE GÜLEN KURT

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. ÖZGE YÜCEL

ANKARA, 2020

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

† Tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

23/12/2020

Munise Gülen KURT



İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

BİLDİRİM ..... **i**

İÇİNDEKİLER DİZİNİ ..... **ii**

ÖZET ..... **vi**

ABSTRACT ..... **vii**

KISALTMALAR ..... **viii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNİN NİTELİĞİ, TÜRLERİ İLE HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

1. Organ ve Doku Nakline İlişkin Temel Kavramlar, Organ ve Doku Nakillerinin Niteliği, Türleri **3**

1.1 Organ ve Dokuya İlişkin Temel Kavramlar 3

1.1.1 Biyolojik Madde, Organ ve Doku Kavramları 3

1.1.2 Organ ve Doku Naklinin Tanımı 5

1.1.3 Kompozit Doku Kavramı ve Kompozit Doku Naklinin Tanımı 7

1.2 Organ ve Doku Nakillerinin Niteliği 10

1.3 Organ ve Doku Naklinin Türleri 12

1.3.1 Vericinin İnsan Olduğu Nakiller 12

1.3.1.1 Canlı Vericili Nakiller 13

1.3.1.2 Ölü Vericiden Yapılan Nakiller 15

1.3.1.2.1 Ölüm Kavramı 17

1.3.1.2.2 Ölüm Anının Tespiti 19

1.3.1.2.2.1 Beyin Ölümünün Tespiti 21

1.3.1.2.2.2 Anensefalik Bebekler 25

1.3.2 Vericinin İnsan Olmadığı Nakiller 27

1.3.2.1 Hayvanlardan Yapılan Nakiller 27

1.3.2.2 Biyoteknolojik Nakiller 28
2. Organ ve Doku Nakillerinin Hukuka Uygunluk Koşulları 29
2.1 Verici ve Alıcının İzni 29
2.1.1 İzin Hakkının Temeli 30
2.1.2 Vericinin İzni 33
2.1.2.1 Canlı Vericinin İzni 33
2.1.2.1.1 İzin Ehliyeti 34
2.1.2.1.2 İznin Şekli 37
2.1.2.2 Ölüden Yapılacak Nakillerde İzin ve İznin Aranmadığı Haller 38
2.1.2.2.1 Ölüme Bağlı Organ Bağışı Yapma Ehliyeti 38
2.1.2.2.2 Ölüden Yapılacak Nakillerde İznin Verilme Usulü 38
2.1.2.2.3 İznin Aranmadığı Haller 42
2.1.3 Alıcının İzni 45
2.1.3.1 İzin Ehliyeti 45
2.1.3.2 İznin Şekli 49
2.2 İzin Dışında Kalan Hukuka Uygunluğun Diğer Koşulları 49
2.2.1 Naklin Nakil Merkezinde ve Yetkili Tabip Tarafından Yapılması 49
2.2.1.1 Nakil Merkezlerinin Sahip Olması Gereken Nitelikler 50
2.2.1.2 Yetkili Tabibin Sahip Olması Gereken Nitelikler 51
2.2.2 Tıbbi Gereklilik ve Yararlılık 53
2.2.3 Tıbbi Standartlara Uygunluk 57
2.2.4 Etik Kurul Onayı 60
2.2.4.1 Genel Olarak 60
2.2.4.2 Organ ve Doku Dağılım Adaleti 63
2.2.4.2.1 Organ ve Doku Alınmasında Adalet 63
2.2.4.2.2 Organ ve Doku Dağıtımında Adalet 65

İKİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKİLLERİ İÇİN KURULAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SORUMLULUK

3. Organ ve Doku Nakilleri İçin Kurulan Borç İlişkilerinin Hukuki Niteliği.....70

3.1 Genel Olarak.....70

3.2 Alıcı ile Verici Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Hukuki Niteliği.....73

3.2.1 Tarafların Üstlendiği Edimin Hukuki Niteliği.....73

3.2.2 Taraflar Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....77

3.3 Verici ve Alıcı ile Hastane Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Niteliği.....83

3.3.1 Verici ile Hastane Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Niteliği.....83

3.3.2 Alıcı ve Hastane Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Niteliği.....86

4. Tarafların Yükümlülükleri ve Sorumluluk.....92

4.1 Hekimin ve Hastanenin Yükümlülükleri.....92

4.1.1 Sadakat ve Özen Yükümlülüğü.....92

4.1.2 Öykü Alma ve Muayene Etme Yükümlülüğü.....94

4.1.3 Kayıt Tutma Yükümlülüğü.....95

4.1.4 Aydınlatma ve İzin Alma Yükümlülüğü.....98

4.1.5 Sır Saklama Yükümlülüğü.....106

4.1.6 Organizasyon Yükümlülüğü.....109

4.2 Alıcının ve Vericinin Yükümlülükleri.....111

4.2.1 İşbirliği Yükümlülüğü.....111

4.2.2 Ücret Ödeme Yükümlülüğü.....113

4.3 Sorumluluğun Hukuki Sebepleri.....114

4.3.1 Vericinin Eyleminden Dolayı Sorumluluğun Hukuki Sebebi.....114

4.3.2 Çalışanların Eyleminden Dolayı Hastanenin Sorumluluğunun Hukuki Sebebi.....117

SONUÇ.....120

KAYNAKÇA.....124

ÖZGEÇMİŞ.....142

ÖZET

KURT, Munise Gülen, Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.

Tıp biliminin gelişmesi ile beraber yeni tıbbi müdahale türleri ortaya çıkmış ve bu müdahaleler farklı amaçlarla uygulanmaya başlanmıştır. Organ ve doku nakilleri de bunlardan biridir. Başlarda kişinin sağlığına kavuşması amacıyla gerçekleştirilen organ ve doku nakilleri, kompozit yapıdaki organ ve dokuların naklinin mümkün hale gelmesiyle farklı bir boyuta ulaşmıştır. Ülkemizde de kompozit doku nakilleri başarılı bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Ancak mevcut yasal düzenlemelerin bu gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı görülmektedir. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun 1979 yılında yürürlüğe konulmuştur. Bu nedenle güncel ihtiyaçlar doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bazı konularda uluslararası sözleşmelerle çelişen kanun maddelerinin Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine uygun hale getirilmesi gereklidir.

Söz konusu eksikliklerin ve çelişkilerin giderilmesi bakımından çalışmamızda Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'da yer alan hükümlerin Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesinde yer alan hükümlerle kıyaslanarak ele alınması yerinde olacaktır. Bu doğrultuda birinci bölümde organ ve doku nakline ilişkin temel kavramlara yer verildikten sonra, organ ve doku nakillerinin niteliği, türleri ve hukuka uygunluk koşulları ele alınacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, organ ve doku nakilleri amacıyla kurulan sözleşmelerin hukuki nitelikleri üzerinde durulacaktır. Ayrıca bu sözleşmelerin taraflarının yükümlülüklerine ve sorumluluğunun hukuki sebeplerine yer verilerek konu bütünlük içerisinde ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Organ ve Doku Nakilleri, Organ ve Doku Nakillerinin Hukuka Uygunluk Koşulları, Canlı Vericiden Organ Naklinin Şartları, Kompozit Nakiller, Etik Kurul, Organ ve Doku Nakilleri İçin Kurulan Sözleşmeler, Nakil Sözleşmeleri.

ABSTRACT

KURT, Munise Gülen, Legal Issues Regarding Organ and Tissue Transplantation in Turkish Law, Master Thesis, Ankara, 2020.

With the development of Medical Science, new types of medical interventions have emerged and these interventions have started to be applied for different purposes. Organ and tissue transplants are also one of them. Organ and tissue transplants, which were initially performed to restore the health of the person, have reached a different dimension with the possibility of organ and tissue transplantation in a composite structure. Composite tissue transplants are also successfully performed in our country. However, current legal regulations seem to be insufficient in the face of these developments. The Law No. 2238 on Organ and Tissue Collection, Storage, Vaccination and Transplantation was enacted in 1979. For this reason, it needs to be reorganized in accordance with current needs. In addition, articles of law that conflict with international conventions on some issues need to be brought into line with the European Convention on Human Rights and Biomedicine.

In terms of eliminate these deficiencies and contradictions, it will be appropriate to consider the provisions contained in the law on Organ and Tissue Collection, Storage, Vaccination and Transplantation in our study, comparing them with the provisions contained in the European Convention on Human Rights and Biomedicine. In this direction, after the basic concepts of organ and tissue transplantation are included in the first chapter, the nature, types and legal conditions of organ and tissue transplantation will be discussed. In the second part of our study, we will focus on the legal qualities of contracts established for organ and tissue transplantation. In addition, the subject will be tried to be handled in integrity by including the obligations of the parties of these contracts.

Keywords: Organ and Tissue Transplants, Conditions for Compliance with The Law of Organ and Tissue Transplantation, Conditions For Organ Transplantation From A Live Donor, Composite Transfers, Ethics Committee, Contracts Established for Organ and Tissue Transplants, Transport Contracts.

KISALTMALAR

ABD : Ankara Barosu Dergisi

ABSHD : Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BKM : Bölge Koordinasyon Merkezleri

Bknz : Bakınız

BÜHFD : Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C : Cilt

CD : Ceza Dairesi

CHD : Ceza Hukuku Dergisi

ÇÜHFD : Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

D : Danıştay

E : Esas

Ed. : Editör

E.T. : Erişim Tarihi

EÜHF : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GÜHF : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HD : Hukuk Dairesi

HHK : Hususi Hastaneler Kanunu

HHY : Hususi Hastaneler Yönetmeliği

HKK : Hayvanları Koruma Kanunu

İBD : İzmir Barosu Dergisi

İDHBİMKGHY : İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkındaki Yönetmelik

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

İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K : Karar

KAHY : Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik

KDNMY : Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi

KHAD : Kamu Hukuku Arşivi Dergisi

KHD : Kazancı Hukuk Dergisi

KHÜHF : Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KSVHY : Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik

KVKK : Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

MHB : Milletlerarası Hukuk Bülteni

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

NPHK : Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

ODNHY : Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği

ODNK : Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun

OMÜDHFD : Ondokuz Mayıs Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi

ONMY : Organ Nakli Merkezleri Yönergesi

ÖHT : Özel Hastaneler Tüzüğü

s : Sayfa

S : Sayı

SUT : Sağlık Uygulama Tebliği

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBD : Türkiye Biyoetik Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

TDHUEY : Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği

TETHDB : Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni

THD : Terazi Hukuk Dergisi

TKMİHD : Türk Klinik Mikrobiyoloji ve İnfeksiyon Hastalıkları Derneği

TKTEHTD : Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi

TMK : Türk Medeni Kanunu

TODS : Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi

TŞSTİDK : Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

UKM : Ulusal Koordinasyon Merkezleri

UODNKSY : Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi

USTTSHY : Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik

vd : ve devamı

Y : Yargıtay

YKBDYKD :Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Tıp biliminin yüzyıllardır birikimli olarak devam eden gelişimi, teknolojideki ilerlemelerle beraber ivme kazanmıştır. Teknoloji alanında meydana gelen gelişmelerden olumlu anlamda etkilenen tıp biliminde, teşhis ve tedavi yöntemlerinin kalitesi önemli ölçüde artmıştır. Her ne kadar hala ölüme çare bulunamamış olsa da, ölümü geciktirmek ve yaşam kalitesini artırmak adına çok büyük adımlar atılmıştır. Bu adımlardan biri de organ ve doku nakilleridir. Aslında işlevini yerine getiremeyen, hasar görmüş organ ve dokunun yenisi ile değiştirilmesi düşüncesi eskilere dayanmaktadır. Ancak modern anlamda ilk başarılı organ nakli, 1954 yılında Joseph E. Murray tarafından gerçekleştirilen böbrek naklidir. İkinci Dünya Savaşı'nda yanıkları tedavi etmek amacıyla deri nakletmeye çalışan Murray, bağışıklık sisteminin yabancı dokuları reddettiğini fark ettiğinden, böbrek naklini tek yumurta ikizleri arasında gerçekleştirmiştir.[1] Bu şekilde organın bağışıklık sistemi tarafından reddedilme riskini azaltan Murray ilk başarılı nakli organ naklini gerçekleştirmiştir. Bundan 7 yıl kadar sonra bağışıklık sistemini baskılayarak nakledilen organ ve dokunun vücut tarafından reddedilmesini önleyen ilaçların bulunması, organ ve doku nakillerinde yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur.

Böbrek nakillerini sonraki süreçte karaciğer, akciğer ve kalp nakilleri izlemiştir. Gelinen son noktada ise el, yüz, kol, bacak, rahim, penis gibi çoklu yapıdaki kompozit dokuların nakli mümkün hale gelmiştir. Ancak etik olarak birçok tartışmayı da beraberinde getiren bu nakillerin, hukuki bir zemine oturtularak alt yapısının sağlamlaştırılması büyük önem arz etmektedir. Bir taraftan kişinin vazgeçilemez ve devredilemez nitelikteki kişilik haklarının korunması sağlanırken, diğer taraftan meydana gelebilecek gelişmelerin önünün hukuki yollarla tıkanmaması gerekmektedir.

Organ ve doku nakli bekleyen hasta sayısındaki artışa rağmen insan vericilerden temin edilen organların yetersizliği farklı yöntemlerin geliştirilmesine de kapı aralamıştır. İlk olarak hayvanlar üzerinde yürütülen çalışmalar bilim ve teknolojideki ilerlemelerle farklı bir boyuta taşınmıştır. Kök hücre tedavilerinin de gelişmesiyle birlikte artık laboratuarda yapay organlar üretilmeye başlamıştır. Ancak insan vericiden temin edilmeyen bu tür organların alıcıya takılmasının teknik olarak organ nakli olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Çalışmamızın esas konusunu da insan vericili

[1] MURRAY, Joseph E., "The Establishment of Composite Tissue Allotransplantion as a Clinical Reality", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, 2007, s.3.

nakiller oluşturduğu için bu nakil türlerine kısaca değinilerek bir sınırlandırmaya gidilecektir.

Bu noktada insan vücudu içerisinde yer alan organ ve dokuların hukuki niteliğinin tespit edilmesi ve bunların sözleşmeye konu edilip edilemeyeceği de üzerinde durulması gereken bir mesele halini almaktadır. Ayrıca organ ve doku nakli için kurulan borç ilişkilerinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi, tarafların yükümlülüklerinin ve sorumlulukların belirlenmesi bakımından zorunludur.

Bu doğrultuda çalışmamızın birinci bölümü, organ ve doku nakline ilişkin temel kavramlara, organ ve doku nakillerinin niteliğine, türlerine ve hukuka uygunluk koşullarına ayrılmıştır. Çalışmamızın ikinci kısmında ise organ ve doku nakilleri için kurulan borç ilişkilerine, bunların hukuki niteliklerine, tarafların yükümlülüklerine ve sorumluluklarına değinilmesi yerinde olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNİN NİTELİĞİ, TÜRLERİ İLE HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

1. Organ ve Doku Nakline İlişkin Temel Kavramlar, Organ ve Doku Nakillerinin Niteliği, Türleri

1.1 Organ ve Dokuya İlişkin Temel Kavramlar

1.1.1 Biyolojik Madde, Organ ve Doku Kavramları

Biyolojik madde; organizmayı oluşturan bütün organ, doku ve hücreler ile organizmanın ürettiği tüm salgı ve atıklardır.[2] İnsan kökenli biyolojik maddeler ise insan vücudunu oluşturan organ, doku ve hücreler ile bunların ürettiği salgı ve atıkları ifade etmektedir.[3] Organ ve dokuları da kapsayan insan kökenli biyolojik maddelere DNA, insülin, saç, deri, kan, sperm, yumurta, idrar gibi insan vücudundan elde edilen maddeler ve vücuttan alınmaları halinde vücut tarafından yenilenebilen maddeler örnek olarak verilebilir.[4]

Organ; vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları tespit edilmiş bölümü, uzvu şeklinde tanımlanmaktadır.[5] Vücutta az çok belirli bir görevi bulunan organlar dokuların birleşmesinden meydana gelmektedir.[6] Kalp, böbrek, akciğer, karaciğer, pankreas, dalak, mide, deri ve rahim organlara örnek olarak verilebilir. Doku ise; bir vücudun veya bir

[2] ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011, s.7.
[3] AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996, s.13; YÜKSEL, Ahmet, "İnsan Kökenli Biyolojik Materyaller Üzerinde Araştırma ve Etik", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.6; TROUET, C., "New European Guidelines For The Use OF Stored Human Biological Materials In Biomedical Research", J Med Ethics, C.30, S.1, s.99; GOLD, E. Richard, Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials, Washington, 1996, s.20; ÖZBİLEN, s.7.
[4] ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s.73; ÖZBİLEN, s.9; YÜKSEL, s.6.
[5] Türk Dil Kurumu, "Organ", http://www.tdk.gov.tr, E.T.22.12.2019; Biology Dictionary, "Organ", https://biologydictionary.net/organ/, E.T.22.12.2019; GÖKÇEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SÜHFD, C.8, S.1-2, 2000, s.64; SÖZÜER, Erdoğan, "Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli", EÜHF Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ed. Murat DOĞAN/Cahid DOĞAN, Ankara, 2020, s.17; KOÇAK SÜREN, Özlem, "Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi", TBBD, S.73, Ankara, 2007, s.175.
[6] ZİROĞLU, Şefik, Türkiye'de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve Etik Tartışmalar, Ankara, 2019, s.17; SÖZÜER, s.17; AKINCI, s.10.

organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü olarak tanımlanmaktadır.[7] İlik, kıkırdak, sinir, kirişlerdeki esnek dokular, kas dokusu, iç salgı dokuları, bağ dokularının yanı sıra kornea ve iskelet sistemini oluşturan kemik de doku olarak kabul edilmektedir.[8] İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkındaki Yönetmelik'in (İDHBİMKGHY)[9] 4. maddesinde organ; bağımsız şekilde fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesine sahip, damarlanmış ve çeşitli dokulardan oluşan, insan vücudunun farklılaşmış hayati bölümlerinden biri olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede yer alan tanıma göre doku; hücrelerden ve hücre dışı elemanlardan oluşmuş insan vücudu parçalarıdır.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK)[10] organ ve dokunun tanımını yapmamış, Kanun'un 2. maddesinde organ ve dokudan ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Maddeye göre organ ve dokuyla anlatılmak istenen, insan organizmasını oluşturan bütün organ ve dokular ve bunların parçalarıdır. Yani kaynağı insan olmayan organ ve dokularla yapılan nakillerde bu kanun hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında oto-grefler, saç ve deri alımı, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonları ODNK'nın kapsamı dışına çıkarılmıştır. Kanun bu müdahalelerin yürürlükteki genel sağlık yasaları çerçevesinde gerçekleştirileceğini düzenleme altına almıştır. Her türlü organ ve doku naklinin ODNK'ya tabi tutulmasının uygulamada birtakım sorunlara sebep olacağı muhakkaktır. Örneğin kan nakli gibi sıklıkla gerçekleştirilen nakillerde, söz konusu kanunda belirtilen şartların aranması acil durumlarda gecikmelere sebep olacaktır. Ancak yine de kanun koyucunun bazı organ ve dokuları tahdidi olarak saymak suretiyle kanunun dışında tutması doktrinde eleştirilmiştir. Alındığı zaman vücut tarafından yenilenebilen ve özellikle verici açısından ciddi tehlikelere neden olmayan bütün organ ve dokuların kanun kapsamı dışında tutulması gerektiği belirtilmiştir.[11]

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)[12] organ ve doku kavramına yer vermeden "insan kökenli biyolojik madde" kavramını kullanmıştır. TMK madde 23'te yer alan düzenlemeye göre, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve

[7] Türk Dil Kurumu, "Doku", http://www.tdk.gov.tr, E.T.22.12.2019; Biology Dictionary, "Tissue", https://biologydictionary.net/organ/, E.T.22.12.2019; KOÇAK SÜREN, s.175.
[8] AKSARAY, Buse, "Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu", Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul, 2012, s.154.
[9] 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[10] 03.06.1979 tarih ve 16655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[11] AKINCI, s.12.
[12] 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

nakli için rızanın yazılı olarak verilmesi gereklidir. Maddede ayrıca "biyolojik madde" verme borcu altına giren kişiden edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği ve tazminat talebinde bulunulamayacağı da düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi kavram olarak ODNK'da "organ" ve "doku" kullanılırken, TMK'da "insan kökenli biyolojik madde" kavramı kullanılmıştır. Bir konuda çıkarılmış özel bir kanun mevcutken, aynı konunun genel bir kanunda farklı kavramlar kullanılarak düzenlenmesi, hukuk sistemlerinde bulunması gereken birlik, açıklık ve güvenlik ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.[13] Bu nedenle TMK'da yer alan "insan kökenli biyolojik madde" kavramından anlaşılması gerekenin ODNK kapsamı dışında bırakılan maddeler olduğu ifade edilmektedir.[14] Aslında ODNK'nın ilgili fıkrasında yapılan tahdidi sayıma son verilerek kan, sperm, yumurta gibi vücuttan ayrıldıktan sonra kendiliğinden yenilenebilen bütün insan kökenli biyolojik maddelerin naklinin genel yasalar çerçevesinde gerçekleştirileceğinin düzenleme altına alınması, sorunun giderilmesi bakımından daha doğru bir yaklaşım olacaktır.[15]

1.1.2 Organ ve Doku Naklinin Tanımı

Organ ve doku nakli (transplantasyonu) artık işlevini yitirmiş organ ve dokunun yerine yaşayan veya ölmüş bir kişiden ya da hayvandan alınan organ veya dokunun nakledilmesi işlemidir.[16] Bu müdahaleler canlı insandan, ölüden veya hayvanlardan alınan organ ya da dokunun, işlevini yitiren organ veya doku yerine aktarılmasını ve bunun için yürütülen hazırlıkları, temin, koruma, saklama ve uygulamaları içerir.

ODNK çerçevesinde organ veya doku nakli denildiği zaman, ya bir insandan organ veya doku alınması ya da daha önce alınmış organ veya dokunun bir insana aşılanması akla gelmektedir. Bazen de uygun alıcı bulunana kadar organ veya dokunun bir süre saklanması gerekebilir ki, bu saklama da esasen nakil amacına hizmet

[13] AKINCI, s.45; ODNK'da zaten mevcut olan bir hükmün, TMK'da tekrar edilmesinin gereksiz olduğu yönündeki görüş için bknz: KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBBD, S.2, 1991, (Organ Nakli), s.248.
[14] GÜRZUMAR, Osman Berat, "Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler", ABD, S.3, 1991, s.380.
[15] GÜRZUMAR, s.380; AKINCI, s.12.
[16] AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.17; KIZILARSLAN, Hakan, "Organ ve Doku Nakillerinin Hukuki Yapısı", GÜHF Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C.II, S.1, 2010, s.1008; KOÇAK SÜREN, s.176; ZİROĞLU, s.19.

etmektedir.[17] Bu bağlamda nakil sözleşmeleri, alma, aşılama ve saklama fiillerinin tamamını içeren sözleşmelerdir.[18]

Organ ve doku naklinin tanımlanmadığı ODNK'nın 1. maddesinde tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklinin bu kanun hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu madde birkaç açıdan sorunludur. İlk olarak kanun koyucunun alınacak organ veya dokuyu nakil amacına özgülemediği düşünülürse, aynı Kanun'un 5. maddesinin açıklanması mümkün değildir.[19] Çünkü bu durumda onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan bir kişiden teşhis ve tedavi amacıyla bile organ ve doku alınamayacaktır. Bu da hayatı ve sağlığı tehlikede olan insanları ölüme terk etmek olacaktır ki, yaşama hakkının anayasalarla güvence altına alındığı günümüz hukuk sistemlerinde böyle bir şey asla düşünülemez.

Kanun koyucunun açıkça belirtmese dahi alınan organ ve dokunun nakledileceğini düşündüğü varsayımında ise, canlı vericiden organ alımının bilimsel amaçlarla gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü canlı bir kişiden organ alınması ancak alıcının tedavisi gibi üstün bir amaç bulunması durumunda hukuken meşru kabul edilebilecektir.[20] Zira aksi bir uygulama insana hizmet etmesi geren tıp biliminin, insanı bilimsel tutkuya kurban etmesi anlamına gelir.[21]

Görüldüğü gibi tedavi, teşhis, nakil amacıyla ve bilimsel amaçlarla yapılan bütün organ ve doku alma, saklama, aşılama ve nakil işlemlerine bu kanun hükümlerinin uygulanması adalete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kanunda yer alan bir kuralın kapsamının çok geniş tutulması ve gerekli istisnalara yer verilmemesi dolayısıyla kuralın uygulanması adalete aykırı bir sonuç ortaya çıkarıyorsa bu durumda kanunda örtülü boşluk bulunduğundan söz edilir.[22] Örtülü boşluk, hâkimin hukuk yaratma yetkisinin bulunduğu gerçek bir boşluktur ve söz konusu boşlukların amaca uygun sınırlama yoluyla doldurulması gerekmektedir.[23] Hukuki ilişkileri düzenleyen kanunlar, çatışma halinde

[17] AKINCI, s.47.
[18] AKINCI, s.47.
[19] BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017, s.323.
[20] GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3.Baskı, Ankara, 2017, s.390; AYAN, s.18; AKSARAY, s.157.
[21] TOROSLU, Nevzat, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", AÜHFD, C.35, S.1-4, Ankara, 1978, s.98.
[22] SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 8.Baskı, İstanbul, 2018, (Medeni Hukuk), s.157; KIRCA, Çiğdem, "Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlandırma", AÜHFD, C.50, S.1, s.96; ERDOĞAN, İhsan/KESKİN, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.124.
[23] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.157; KIRCA, s.98; ERDOĞAN/KESKİN, s.124.

bulunan menfaatler arasında bir denge sağlamak isterler.[24] Her kanun menfaat çatışmalarını düzenlerken belli bir maksatla hareket eder ki bu maksat da kanunun amacını oluşturur.[25] Hâkim kanunda yer alan boşlukları doldururken bu amacı araştırmak zorundadır.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin (ODNHY)[26] 4. maddesinde yer alan tanıma göre organ ve doku nakli, terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulamasını ifade etmektedir. Tıbbi ilerlemeler ve bilimsel gelişmelerin ölümü geciktirmesine paralel ortaya çıkan kavramlardan bir tanesi de terminal dönemdir. Terminal dönem yaşamsal fonksiyonların belirli bir süre içinde sonlanmasının beklendiği dönem olarak tanımlanmakta ve bu süre ortalama 72 saat olmakla beraber 6 aya kadar uzayabilmektedir.[27] Bu durum terminal dönem kavramının organ nakli merkezleri bakımından farklılık göstermesine sebebiyet verebilecektir. Oysa alıcının hastalığının gerçekten terminal dönemde olup olmadığının tespit edilmesi birçok bakımdan önem arz eder. Zira alıcı bakımından erken yapılmış bir nakil canlı vericinin rızası açısından bir yanılma sebebi haline gelebilecek iken, ölüden yapılan nakiller bakımından bu durum dağıtımda adaletin sağlanamaması ile sonuçlanacaktır.

1.1.3 Kompozit Doku Kavramı ve Kompozit Doku Naklinin Tanımı

Kompozit kelimesi homojen olmayan, heterojen yapıya sahip anlamında kullanılan bir sıfattır.[28] Kompozit dokular ise içerisinde deri, kas, kemik, sinir, damar gibi birbirinden farklı yapılar barındıran dokular olarak tanımlanmaktadır.[29] Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin (KDNMY)[30] 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan tanıma göre vaskülarize kompozit doku, tipik olarak ektoderm ya da mezodermden köken

[24] AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 12.Baskı, İstanbul, 2015, s.124.
[25] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.124.
[26] 01.02.2012 tarih ve 28191 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[27] YALIM, Neyyire Yasemin, "Tıbbi Etik Çerçevesinden Terminal Dönem Hasta", TKMİHD; https://www.klimik.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/T%C4%B1bbi-etik-penceresinden-terminal-d%C3%B6nem-hasta-YASEM%C4%B0N-YALIM.pdf, E.T.22.12.2019.
[28] Türk Dil Kurumu, "Kompozit", http://www.tdk.gov.tr, E.T.22.12.2019.
[29] ÖZMEN, Selahattin, "Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri", Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s.157; GORDON, Chad R./SERLETTİ, Josefh M./BLACK, Kirby S./HEWİT Charles W., "The Evolution of Compozite Tissue Allotransplantation: The Twentieth Century Realization of "Cosmas and Damian"", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, 2007, s.13; EDWARDS, James A./MATHES, David W., "Facial Transplantation: A Review of Ethics, Progress and Future Targets", Transplant Research and Risk Management, C.3, 2011, s.113; TAI, Chau/GOLDENBERG, Marat/SCHUSTER Kevin M./KANN Brian R./HEWITT, Charles W., "Composite Tissue Allotransplantation", Journal of Investigative Surgery, S.4, 2003, s.193.
[30] Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi 29.03.2011 tarih ve 13984 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

almış; deri, yağ dokusu, kas, sinir, lenf nodu, kemik ve kıkırdaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği alıcıda damar anastomozları ile yaşatılan dokuları ifade etmektedir. Kompozit doku nakli ise, 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 tanımlanmaktadır. Bu nakil türü içerisinde doku mühendisliği, onkoloji, genetik, bağışıklık gibi birçok disiplini barındırmaktadır.[31]

Tarihte ilk kompozit doku nakli milattan sonra 348'de Cosmos ve Damian adlı kız kardeşler tarafından gerçekleştirilen bacak naklidir.[32] Cosmos ve Damian kardeşler kangren olduğu için bacağını kestikleri bir kadına ölen bir zencinin bacağını nakletmişlerdir.[33] Başarıya ulaşamasa da bu girişim genelde organ ve doku nakillerinin özelde kompozit doku nakillerinin gelişmesine öncülük etmiştir. Böbrek ve kalp gibi organların naklinde yaşanan motive edici gelişmeler beraberinde 1964'te dünyada ilk kez kol nakli denenmiş ancak bu nakil de başarıya ulaşamamıştır.[34] Geliştirilen cerrahi tekniklere rağmen nakledilen dokunun vücut tarafından reddedilmesi kompozit doku nakillerinde başarıya ulaşılamamasının en önemli sebebidir.[35] Endoderm, ektoderm ve mezoderm tabakalarından oluşan kompozit dokuların alıcıya naklinden sonra alıcının bağışıklık sistemi bu bileşenlerden her birine farklı tepkiler göstermektedir.[36] Bileşenlerden sadece birinde meydana gelen tepkime naklin başarısızlıkla sonuçlanması için yeterlidir.[37] Tıptaki ilerlemeler sonucu nakledilen organ ve dokuların reddedilmesini önleyen cycloporine isimli ilacın bulunması kompozit doku nakillerinde de önemli gelişmeler meydana getirmiştir.[38] Zira bu ilaç sayesinde alıcısı bakımından hayati bir

---

[31] MURRAY, Joseph E., "The Establishment of Composite Tissue Allotransplantion as a Clinical Reality", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.6.

[32] SALGADO, Christopher J./MARDINI, Samir/HEWITT, Charles W., "The First Limb Transplants with Cylosporine", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.38; GORDON/SERLETTİ/BLACK/HEWİTT, s.13.

[33] TAI/GOLDENBERG/SCHUSTER/KANN/HEWITT, s.194; GORDON/SERLETTİ/BLACK/HEWİTT, s.13; SALGADO/MARDINI/HEWITT, s.39.

[34] GORDON/SERLETTİ/BLACK/HEWİTT, s.14.

[35] CSAPO, Zsolt T./FORGACS, Bence/KAHAN, Barry D., "The Impact of the Discovery of Cyclosporine on Transplantation of Composite Tissue Allografts", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.27.

[36] UNADKAT, Jignesh/SACKS, Justin M./SCHNEEBERGER, Stefan/LEE, W. P. Andrew, "Relative Antigenicity of Allograft Components and Differential Rejection", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.56; ANDRADES, Paricio/ASIEDU,Clement/THOMAS, Judith M., "Immune Tolerance Induction: Basic Concepts for Composite Tissue Allotransplantation", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.111.

[37] UNADKAT/SACK/SCHNEEBERGER/LEE, s.56.

[38] GORDON/SERLETTİ/BLACK/HEWİTT, s.13.

önem taşımayan kompozit dokuların vücut tarafından reddedilmesi önlenerek naklin yıkıcı etkisi azaltılmıştır.[39]

Kompozit doku nakillerinde genellikle nakledilen dokunun alıcının bağışıklık sistemine uygun olup olmadığına odaklanılsa da; nakledilecek dokunun kemik boyu, kas uzunluğu gibi yönlerden de alıcının vücuduna uygun olması gerekmektedir.[40] Kompozit nakiller diğer nakillerin aksine yüz, kol, bacak gibi kişinin dış dünyada algılanabilen organlarını konu alır. Bu nakiller ile vericinin vücudunda bulunan dövme gibi tanımlayıcı işaretlerin dahi alıcıya nakli mümkün olabilmektedir.[41] Bu nedenle başarılı bir kompozit doku nakli için alıcı ve verici arasında bağışıklık faktörünün yanında etnik kimlik, cinsiyet, yaş gibi faktörlerin de uyumuna dikkat edilmelidir.[42]

2005 yılında Fransa'da gerçekleştirilen kısmi yüz nakli ve 2006 yılında gerçekleştirilen çift kol nakli hem kompozit nakillerde hem de mevcut cerrahi tekniklerde meydana gelen gelişmeleri açık bir şekilde ortaya koymuştur.[43] Başarıyla gerçekleştirilen nakiller ölüm kavramının yeniden tanımlanmasına ve canlı bir kişinin kompozit doku vericisi olup olamayacağı tartışmalarına da neden olmuştur.[44] Çünkü kompozit doku naklinin mümkün olabilmesi için nakledilecek dokuların aktif ve kan dolaşımıyla besleniyor olması gerekmektedir.[45] Devrimsel nitelikte bu müdahaleler doğası gereği birçok etik sorunu beraberinde getirmektedir. Yaşam kurtarıcı bir özelliği olmayıp, kişinin yaşam kalitesini artırarak onun kendini daha iyi hissetmesini sağlayan kompozit doku nakilleri, alıcı bakımından ağır riskler içermektedir.[46] Nakledilen organ ve

[39] CSAPO/FORGACS/KAHAN, s.26.
[40] KNACKSTEDT, Rebecca/GASTMAN, Brian, "Discussion: Guiding Strategies for the Future of Vascularized Composite Allotransplantation: A Systematic Review of Organ Donation Campaigns", Journal of the American Society of Plastic Surgeons, C.146, S.4, 2020, s.935.
[41] KNACKSTEDT/GASTMAN, s.935.
[42] CONNORS, Joanna, "Katie'nin Yeni Yüzü", National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018, s.93; KNACKSTEDT/GASTMAN, s.935.
[43] MURRAY, s.3; GORDON/SERLETTİ/BLACK/HEWİTT, s.13.
[44] MURRAY, s.7.
[45] UYGUN, Onur, "Hayalden Gerçeğe", Prof. Dr. Ömer Özkan ile Söyleşi, National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018, s.22; KDNMY'nin tanımlara yer verdiği üçüncü maddesinde, beyin ölümünün meydana geldiğinin yetkili kurul tarafından tespitinden veya kalbin durduğunun ve ölümün gerçekleştiğinin bir hekim tarafından tespitinden sonraki üç saatlik süre içerisinde cesedin kompozit doku vericisi olabileceği ifade edilmektedir.
[46] HARTMAN, Rohanda Gay, "Ethical and Policy Concerns of Hand/Face Transplantation", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.430; TAI/GOLDENBERG/SCHUSTER/KANN/HEWITT, s.193,194; GORDON/SERLETTİ/BLACK/HEWİTT, s.17; ANDRADES/ASIEDU/THOMAS, s.105.

dokuların reddedilme ihtimali ilaçlar yardımıyla düşürülse de; kullanılan ilaçlar enfeksiyon, metabolik hastalık ve tümör gelişimini belirgin bir biçimde artırmaktadır.[47]

1.2 Organ ve Doku Nakillerinin Niteliği

Organ ve doku nakilleri tıp mesleğinin temel amaçları olan yaşamı koruma, ızdırabı dindirme, hastalığı tedavi etme, ayrıca fonksiyonunu kaybetmiş organ ve dokulara yeniden fonksiyon kazandırma özelliklerini bünyesinde barındıran önemli tıbbi müdahalelerdir. [48] Türk Hukukunda tıbbi müdahale kavramı açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Bu boşluk ikincil mevzuatlarla, doktrin ve yargı kararlarında yer alan tanımlarla doldurulmaya çalışılmıştır. Hukukumuzda tıbbi müdahale kavramının sıklıkla anıldığı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi[49] de bu kavramı doğrudan tanımlamamış, Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun[50] 29. paragrafında tıbbi müdahale kavramının nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Rapora göre müdahale terimi, tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu veya bu kapsamdaki araştırmaları kapsayacak kadar geniş anlaşılmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)[51] madde 4'e göre ise tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun şekilde tıbbın sınırları içerisinde gerçekleştirilen her türlü fiziki ve ruhi girişimlerdir.

Literatürde tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, ayrıca tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastanın acılarını dindirmek veya nüfus planlaması yapmak için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince kabul edilen kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen her tür faaliyet olarak tanımlanmıştır. [52] Bu doğrultuda

---

[47] KRÜGER, Matthias, "Alman Organ Nakli Hukuku Bakış Açısıyla Yüz, Kol ve Rahim Nakilleri", Çeviren: Hakan HAKERİ, Hukuk Köprüsü, S.2, 2012, s.188; TAI/GOLDENBERG/SCHUSTER/KANN/HEWITT, s.193,194; ANDRADES/ASIEDU/THOMAS, s.105; HARTMAN, s.430; UYGUN, s.22.

[48] ATAÇ, Adnan/UÇAR, Muharrem, "Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar", Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ed.Cahit DOĞAN/Pınar AKSOY GÜLASLAN, Ankara, 2014, s.74.

[49] Avrupa Konseyi düzenlemesi olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilerek TBMM'de 5013 sayılı Kanunla 03.12.2003 tarihinde iç hukuk düzenlemesi haline gelmiştir.

[50] Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, s.6; https://rm.coe.int/16800ccde5, E.T.22.12.2019.

[51] 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

[52] ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s.66; ÇİLİNGİROĞLU, s.15; AYAN, s.5.

hekimin doğrudan vücut bütünlüğüne yönelik olmayan sözleri, önerileri, davranışları ve hastayla ilişkisinde kullanacağı yaklaşım tarzı dahi tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.[53] Geniş anlamda tıbbi müdahale; güzelleşmek için yapılan estetikleri, çocuk sahibi olma amacıyla gerçekleştirilen yapay döllenme uygulamalarını, kürtajı, gelenek-görenek-inanç gereği veya delil toplamak amacıyla yapılan müdahaleleri, üçüncü bir kişinin sağlığına kavuşabilmesi için yapılan organ ve doku nakillerini de kapsamaktadır.[54] Ancak organ ve doku nakillerinin diğer tıbbi müdahalelere kıyasla birçok yönden daha özellikli bir müdahale türü olduğu da yadsınamaz.

ODNK kapsamında organ naklinin gerçekleştirilebilmesi için her şeyden önce bir organ gerekir ve bunun yegâne kaynağı da başka bir insandır.[55] Organ ve doku nakli ile alıcının vücut bütünlüğünü korumak amaçlansa da vericinin vücut bütünlüğü ihlal edilmektedir. Oysa önde gelen kişilik haklarından vücut bütünlüğünün korunması hakkı yaşama hakkı kadar büyük bir öneme sahiptir.[56] Anayasamızda vücut bütünlüğü yaşama hakkı ile birlikte düzenlenmiş olup, Anayasa'nın 17. maddesine göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Ayrıca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı gibi, kişi rızası alınmadan bilimsel ve tıbbi deneylere de tabi tutulamaz. Ancak canlı vericiden yapılan nakillerde sağlıklı bir kişinin maddi varlığı ihlal edilirken, cesetten yapılan organ ve doku nakillerinde ölünün ve yakınlarının manevi varlığı ihlal edilmektedir.

Ayrıca bütün organ ve doku nakilleri yaşam kurtarıcı bir nitelik taşımamaktadır. İşlevini yerine getiremeyen bir organın yenisi ile değiştirilerek, yaşam kurtarıcı ve yaşam kalitesini artırma özelliği ile ön plana çıkan diğer organ nakillerinin aksine, kompozit doku nakillerinin yaşam kurtarıcı bir özelliği yoktur.[57] Kompozit doku nakillerinde temel amaç anatomik yapıya uygun fonksiyonel olarak tamlığı sağlamak ve yaşam kalitesini artırmaktır. Ancak tıp alanında uygulanacak yasal düzenlemelerin insanların yaşam kalitesini artırması, sağlık haklarını geliştirecek nitelikte olması ve bilimsel gelişmeleri

[53] SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000, s.42.
[54] YÜCEL, Özge, "Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed.Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, (Temel Kavramlar), s.3; ŞENOCAK, s.66.
[55] HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019, s.490.
[56] KIZILARSLAN, s.1004.
[57] TAI, Chau/GOLDENBERG, Marat/SCHUSTER Kevin M./KANN Brian R./HEWITT, Charles W., "Composite Tissue Allotransplantation", Journal of Investigative Surgery, S.4, 2003, s.193.

destekleyici rolü üstlenmeleri de beklenir.[58] Bu nedenle organ ve doku nakillerine ilişkin özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

1.3 Organ ve Doku Naklinin Türleri

ODNK kapsamında organ ve doku nakilleri canlı vericiden organ ve doku nakilleri, ölü vericiden organ ve doku nakilleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde nakil yapılacak canlı türleri bakımından, vericinin sağ olup olmaması bakımından ve alıcı-verici ilişkisi bakımından çeşitli sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızda ise organ ve doku nakilleri öncelikle vericinin insan olduğu nakiller ve vericinin insan olmadığı nakiller olarak ikiye ayrılacaktır. Vericinin insan olduğu nakiller ODNK çerçevesinde vericinin sağ olup olmamasına göre canlı vericili nakiller ve ölü vericiden yapılan nakiller olarak ayrıma tabi tutulacaktır. ODNK kapsamı dışında bırakılan, vericinin insan olmadığı hayvanlardan yapılan nakillere ve biyoteknolojik nakillere ise kısaca değinilerek bu konuda bir sınırlandırmaya gidilecektir.

1.3.1 Vericinin İnsan Olduğu Nakiller

Vericinin insan olduğu nakiller allogreft nakiller ve otogreft nakillerdir. Allogreft nakiller aynı türe ait ancak aynı kimliğe sahip olmayan iki canlı arasında organ ve dokuların aktarılmasıyken, otogreft nakiller aynı canlıya ait bir dokunun yine canlıya ait başka bir bölgeye naklidir.[59] Günümüzde plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahide sıklıkla kullanılan otogreft nakiller ODNK'nın kapsamı dışında bırakılmıştır. Gerçek anlamda nakilden söz edebilmek için alıcı ve vericinin farklı kişiler olması gerektiğinden, kişinin kendisine ait organ ya da dokusunun yine kendi vücudunda başka bir yere aktarılmasının nakil değil bir "yer değiştirme" olduğu düşünülmektedir.[60] Yanık tedavisinde kişinin vücudunun başka bir bölgesinden alınan derinin yanan kısma nakli ya da açık kalp ameliyatında vücudun bir yerinden alınan damarın bypass yöntemiyle kalbin tıkalı damarları yerine kalbe bağlanması otogreft nakillere örnek olarak verilebilir. Allogreft nakillerin bir alt grubu olarak nitelendirilen, alıcının nakil sonrası immun cevabının otogreft nakillere yakınlık gösterdiği, ikizler arasında gerçekleştirilen nakillere

[58] KÖK, Ahmet Nezih, "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler", KHÜHF Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.211.
[59] KOCAMAZ ŞAHİN, Begüm, Organ Nakli Hukuku Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması, İstanbul, 2019, s.3; AYAN, s.17; ZİROĞLU, s.31.
[60] SERT, Selin/CİHAN, Ali Hulki, Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, İstanbul, 2013, s.9.

ise izogreft nakiller denilmektedir.[61] Organ ve doku nakli tarihinin ilk başarılı nakli olan böbrek nakli, ikizler arasında gerçekleştirilen bir izogretf nakildir.[62]

1.3.1.1 Canlı Vericili Nakiller

Bir kimsenin organını bir başkasına vermesi, kendisi için bir yararı bulunmadığı ve bedensel bütünlüğüne yönelik doğrudan, ağır ve geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğuracağı için hukuka uygunluk bakımından uzun yıllar tartışılmıştır. Sonuç olarak yaşayan kişilerden organ ve doku alınabilmesinin belirli sınırlar içerisinde hukuka uygun olabileceği kabul edilmiştir. Bu noktada öncelikle üzerinde durulması gereken düzenlemeler İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan kurallardır. Anayasa madde 90'ın beşinci fıkrasına göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bu nedenle İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ülkemiz açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer üzerinde durulması gereken düzenlemeler de ODNK'da yer alan kurallardır. Konunun daha iyi anlaşılması ve eksiklerin giderilmesi açısından her iki düzenleme karşılaştırılarak ele alınacaktır.

İlk olarak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 19. maddenin kenar başlığından başlayarak, nakil amacıyla canlı vericiden organ ve doku alınmasını düzenleme altına almışken, ODNK'da kanun adında alınma, saklama, aşılama ve nakil kelimeleri geçmekle beraber içeriğinde açıkça alınan organın nakledileceği belirtilmemiştir.[63] Sözleşmenin 19. maddesinde yer alan düzenlemeye göre canlı vericiden nakil amacıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedavisi amacıyla, ölüden uygun organ ya da doku bulunamadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yöntemi bulunmadığında gerçekleştirilebilecektir. Madde canlı vericiden organ ve doku nakli yapılabilmesi için organın alıcının tedavisine fayda sağlaması, organın ölüden temin edilebilme imkânının olmaması ve alıcı açısından organ nakliyle karşılaştırılabilecek başka bir tedavi yönteminin bulunmaması şartlarını aramaktadır. Ancak ODNK madde 1'de yer alan "*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir*." düzenlemesi canlı vericiden bilimsel amaçla organ ve doku alınabilmesinin önünü açtığından Sözleşmenin emredici kurallarına aykırılık arz

[61] KOCAMAZ ŞAHİN, s.3, 4; ZİROĞLU, s.31.
[62] KOCAMAZ ŞAHİN, s.3,4; Amerikan plastik cerrah Joseph Edward MURRAY 23 Aralık 1954 tarihinde tek yumurta ikizleri Richard ve Ronald HERRİCK arasında ilk kez başarılı bir böbrek naklini gerçekleştirmiştir.
[63] BADUR, s.323.

etmektedir.[64] Ayrıca canlı vericiden bilimsel amaçla organ alınması yönündeki taahhüdün TMK madde 23'e aykırılık nedeniyle de batıl sayılması gerekmektedir.[65]

Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun 121. paragrafında, canlı vericiden organın, sadece önceden belli olan hastanın tedavisine fayda sağlamak amacıyla alınabileceği belirtilmiştir.[66] Canlı vericiden organ alınmasıyla ölmüş bir vericiden organ alınması arasındaki önemli farklardan biri; yaşayan vericiden alınan organ ve dokunun kime nakledileceğinin baştan belli olması, ölüden alınan organ ve dokuların naklinin ise mevzuattaki kurallara göre belirlenmesidir.[67] Bu durumu destekler nitelikte bir madde ODNK'da da düzenleme altına alınmıştır. Kanunun 9. maddesine göre organ ve doku nakillerinden önce verici ve alıcının hayatı ve sağlığı açısından söz konusu olabilecek tehlikelerin azaltılması amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile tespit edilmesi gerekmektedir.

Ayrıca Sözleşme canlıdan organ ve doku alınmasını, ölüden organ ve doku alınamadığı durumlarda son çare olarak düzenleme altına almıştır. İkincillik prensibi olarak adlandırılan bu kural organ ve doku nakillerinde her zaman denenmesi gereken ilk yolun, ölü vericiden organ ve doku alınması olduğunu ifade eder.[68] Türk Hukukunda canlı vericiden yapılacak organ ve doku nakillerinin, ölüden yapılacak nakillere göre ikincil nitelik taşıdığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Sözleşmeye göre canlı vericiden organ ve doku alınabilmesinin diğer bir şartı, alıcı bakımından organ nakliyle kıyaslanabilecek etkinlikte başka bir tedavi yöntemi bulunmamasıdır. Açıklayıcı Rapor'un 119. paragrafında hayvanlardan alınan, laboratuar ortamında çoğaltılabilen ya da alıcının kendisine ait organ ve dokuların kullanılması alternatif tedavi yöntemleri içerisinde sayılırken; hastanın böbrek nakli yerine diyalize tabi tutulması kapsam dışında bırakılmıştır.[69]

Sözleşmede düzenleme altına alınan canlı vericiden organ ve doku alınmasının şartlarının yanı sıra ODNK'da alınabilecek organ açısından da bir sınırlama getirilmiştir. Kanunun 8. maddesine göre vericinin hayatını sona erdirecek veya tehlikeye sokacak

[64] AYAN, s.18.
[65] ATAMER, Yeşim, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", MHB, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, S.1-2, 1999-2000, s.119.
[66] Explanatory Report, s.19; https://rm.coe.int/16800ccde5, E.T.22.12.2019.
[67] HAKERİ, s.514.
[68] BADUR, s.322.
[69] Explanatory Report, s.19.

organ ve dokuların alınması yasaktır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) İnsan Hücre, Doku ve Organlarının Nakilleri Temel İlkeleri'nin[70] birinci ve ikinci maddelerinde de, organ ve doku nakillerinin kişinin ölümüne sebebiyet vermemesi gerektiği ve kişinin hayatını sona erdirecek organların alınmaması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

Canlı vericiden alınamayacak organ ve dokuları, sadece hayati organ ve dokularla sınırlamak, buna karşılık vericinin kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak veya zorlaştıracak organ ve dokuların alınabileceğini kabul etmek tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla olsa dahi, toplumsal yararla bağdaştırılamayacağından doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü hukuk insanın sadece hayatını değil, fiziki bütünlüğünü de toplumsal bir değer olarak korumaktadır.[71] Bu doğrultuda insan vücudunda çift olarak bulunan ve verici bakımından hayati bir tehlike yaratmayan, hastanın hayatının kurtarılmasından ziyade yaşam kalitesinin artırılması amacına yönelik kol, bacak gibi organların naklinin kişilik haklarının tasarruf edilebilir kısmında yer alıp almadığı üzerinde düşünülmesi gerekmektedir.[72] Zira bir kişinin hayatının kurtarılması amacıyla verici için hayati tehlike oluşturmayacak tek bir böbreğin alınması ile bacağını kaybetmiş kişinin yaşam kalitesini artırmak için başka bir kişiden hayati tehlike oluşturmayacak şekilde bacağının alınması arasında korunan menfaatler açısından fark bulunmaktadır.[73]

1.3.1.2 Ölü Vericiden Yapılan Nakiller

Vericinin ceset olduğu bu tür nakillerde, canlı vericiden yapılacak nakillerden farklı olarak, her türlü organ ve doku alınabilir ve bilimsel amaçlarla da organ alınabilmesi mümkündür.[74] Ayrıca ODNK canlı vericiden yapılacak nakillerde 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olma şartını ararken, ölüden yapılacak nakiller bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Buna rağmen ülkemizde yapılan organ ve doku nakillerinin çoğu canlı vericilerden temin edilen organ ve dokularla gerçekleştirilmektedir. Gelişmiş ülkelerde ölüden yapılan organ ve doku nakilleri %75-

[70] WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue, and Organ Transplantation, https://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf, E.T.22.12.2019.
[71] TOROSLU, s.100.
[72] BADUR, s.324.
[73] BADUR, s.324.
[74] AYAN, s.21;

90 civarlarındayken ülkemizde bu oran %25'lere gerilemektedir.[75] Organ ve doku nakillerinde meydana gelen ilerlemelere rağmen, ülkemizde oranların bu şeklide olmasının temelinde yatan sebebin bağışlardaki yetersizlikler olduğu düşünülmektedir.[76] Bir görüşe göre bu ciddi farkın esas sebebi sanıldığı gibi bağış yetersizliği olmayıp "sadece yoğun bakımlarda" tespit edilebilecek olan beyin ölümü vakalarının zamanında yakalanamamasıdır.[77] Nitekim Sağlık Bakanlığı'nın konuya ilişkin Genelgesi'nde de[78] dünya standartlarına göre, her ventilatörlü yoğun bakım yatağı başına yılda en az bir beyin ölümü vakası bildirilmesi gerekirken; 2500'ün üzerinde ventilatörlü yoğun bakım yatağı bulunan ülkemizde, bunun beşte biri kadar beyin ölümü bildirimi yapıldığı ifade edilmektedir. Bu durum da beyin ölümü bildirimlerinde bir takım aksaklıkların ve eksikliklerin bulunduğunu göstermektedir.

Ölen bir insanın organlarının ve dokularının kullanılabilmesi için bunların canlılıklarını koruması gerekmektedir. Bu nedenle vücudundan organ veya doku alınacak kişi yoğun bakımda, solunum cihazına bağlı olarak ölmelidir. Bunun için gelişmiş yoğun bakım ünitelerine ve eğitimli personellere gereksinim vardır. Yoğun bakımda çalışan hekimlerin beyin ölümüne inanmaması, hukuksal sorumluluk korkusu veya bir an önce mesaiyi bitirme arzusu gibi nedenlerle zaman zaman beyin ölümü vakalarını bildirmedikleri görülmektedir.[79] Ancak beyin ölümünü bildirmeden ve aileye danışmadan potansiyel organların gömülmesine izin vermenin, hekimin hukuksal açıdan sorumlu tutulmasına sebep olacağı göz ardı edilmemelidir. Ölü vericiden organ ve doku nakillerinde ölümün ve ölüm zamanının tespit edilmesi, hem organ alımı ile vericinin ölümüne sebep olunmaması hem de naklin başarı şansı bakımından önemlidir.[80] Bu noktada ölüm kavramı, ölüm anının tespiti üzerinde durulması gereken meseleler haline gelmektedir.

[75] ZEYTİN, Zafer, "Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.252.
[76] AYDIN, Erdem, Tıp Etiği, Ankara, 2006, s.100.
[77] BOZOKLAR, Cemal Ata, "Organ Alma Hakkı ve Hukuk", KHÜHF Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.258.
[78] Beyin Ölümü Bildirimlerinin ve Kadavra Organ Bağışının Artırılması Hakkında Genelge, https://www.saglik.gov.tr/TR,10980/beyin-olumu-bildirimlerinin-ve-kadavra-organ-bagisinin-artirilmasi-genelgesi-200860.html, E.T.16.10.2020.
[79] HAKERİ, s.498.
[80] AYAN, s.21.

1.3.1.2.1 Ölüm Kavramı

Ölüm kavramının tanımlanması ve ölüm zamanının belirlenmesi esasen tıp biliminin verilerine göre yapılacak bir işlemdir ve hukukçu ölümün ne olduğu ile uğraşmayıp tıp bilimi tarafından yapılan bir tespitin neticeleri ile meşgul olmaktadır.[81] Ancak kişiliği sona erdiren ölüm kavramına hukukçunun tamamen yabancı kalması da düşünülemez. Çünkü ölüme hukuk düzeni tarafından bir takım sonuçlar bağlanmıştır.

Kişiliği sona erdiren ölümle beraber kişiye bağlı haklar ortadan kalkar ve artık kişilik hakkının ihlali söz konusu olamaz.[82] TMK madde 575'e göre miras ölümle birlikte açılır ve ölenin bütün hak ve borçları bir bütün halinde mirasçılarına geçer. Ancak mirasçılara geçen bu hak ve borçlar para ile ölçülebilen, mameleki hak ve borçlardır. Zira kişilik hakkı, intifa ve nafaka gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mirasla intikali mümkün olmayıp, bu haklar ölümle birlikte kendiliğinden sona ererler.[83] Evlilik birliğinin de kendiliğinden sona ermesine sebep olan ölümle birlikte, ölenin eşinin kişisel durumu değişir. Ayrıca ölüm, ölen anne veya babanın çocukları üzerindeki velayet hakkını da sonlandırır. Bu doğrultuda ölümün hangi anda gerçekleştiği sadece organ ve doku nakilleri bakımından değil, aynı zamanda miras hukuku ve aile hukuku bakımından da kritik bir öneme sahiptir.

Ölüm olayı Medeni hukuk bakımından önem arz eden bir konu olsa da; TMK'da sadece ölümle kişiliğin sona ereceği hüküm altına alınarak, ölüm anının tespitine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca ölümle birlikte ceset, onur gibi kişilik değerlerinin akıbetlerinin ne olacağı da belirlenmemiştir. Doktrinde ise bu konuda iki görüş ileri sürülmektedir.[84] Bunlardan ilki hatıraları, korunması gereken kişilik değerleri arasında gören "hatırayı koruma" görüşüdür.[85] Bu görüşe göre ölümle ölenin yakınlarının kişilik değerleri içerisine ölene karşı saygı duygusu da eklenmektedir.[86] Bu nedenle ölene

[81] AYİTER, Nuşin, "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", AÜHFD, C.XV, S.1, 1968, s.144.
[82] OĞUZMAN, Kemal/SELİCİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 18.Baskı, İstanbul, 2019, s.23; ERDOĞAN/KESKİN, s.320.
[83] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.247; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.23.
[84] Detaylı bilgi için Bknz: GEZDER, Ümit, "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi", İÜHFM, C.65, S.1, 2007, s.212.
[85] TURAN BAŞARA, Gamze, "Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi", ÇÜHFD, C.5, S.1, 2020, s.346.
[86] BAŞARA, s.346.

yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda ölenin yakınlarının kendi kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmelerinde bir engel bulunmamaktadır.[87]

İkincisi, kişi ölse de kişilik değerlerinden bazılarının sınırlı bir şekilde varlıklarını devam ettirdiklerini ileri süren "ölüm sonrası kişiliğin korunması" görüşüdür.[88] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda bu görüşü desteklemiştir. Mahkeme Elberte v. Latvia kararında İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine ve Ek Protokole göndermede bulunarak vericilerin hayattayken korunan hak ve menfaatlerinin öldükten sonra da korunmaya değer olduğunu belirtmiştir.[89] Ayrıca Sözleşme'nin amacının insan onuru ve haysiyetini korumak olduğunu ifade ederek, ceset üzerinde gerçekleştirilen müdahalelerin AİHS'nin 3. maddesi kapsamında aşağılayıcı muamele olduğuna hükmetmiştir.[90] İnsan onuru ve haysiyetinin en üstün değer olduğunu vurgulayan karar, insan onurunu hak ve yetkilerin kullanılmasında temel ölçüt olarak ele almıştır. Karar ayrıca insan onurunu koruma ve saygı yükümlülüğünün ölümden sonraki süreci de kapsadığını belirterek kişiliğin yaşam ötesi yönü olduğunu ortaya koymuştur.

Ölümün kişiliği sona erdirdiğini kabul eden Türk Hukukunda, ölüden organ ve doku alınması ile ölü üzerinde araştırmalar yapılması bakımından genel olarak genişletilmiş rıza modeli benimsenmiştir.[91] Yani ölenin herhangi bir beyanı bulunmuyorsa, cesetten organ ve doku alınabilmesi için ölenin yakınlarının onayı aranacaktır. Buradan hareketle ölenin yakınlarının kişilik değerlerine ölene karşı saygı duygusunun da eklendiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında[92] cesede karşı her tür saldırının, yakınlarının ölene karşı saygı duygusundan doğan kişilik haklarını ihlal ettiğini vurgulayarak insancıl amaçlarla dahi olsa cesetten organ naklini ölünün hatırasına ve yakınlarının kişilik haklarına saldırı saymıştır.

Kullanılmaları kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik hakları "yasal temsile düşman" haklardır.[93] Kişinin sağlığında el değiştirmesi mümkün olmayan bu haklar kişinin

[87] HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, s. 58; ERDOĞAN/KESKİN, s.322; BAŞARA, s.347.
[88] GEZDER, s.212; BAŞARA, s.344.
[89] Başvuru Numarası: 61243-08, Information Note on The Court's Case-law, No.181, 2015, s.9; https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_01_181_ENG.pdf, E.T. 04.01.2020.
[90] AİHS madde 3'e göre; "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*."
[91] Genişletilmiş rıza kavramı için Bknz; KRÜGER, s.185; ZİROĞLU, s.29.
[92] Y.4.HD, E.1977/3455, K.1977/2751, 10.03.1977, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T. 04.01.2020.
[93] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.455.

ölümüyle de mirasçılarına geçmez.[94] Ancak hukukumuzda ölenin ceset, organ ve doku gibi kişilik değerleri yakınlarının koruması altında ve tasarrufunda sayılmaktadır.[95] Fakat ölenin yakınları, ölenin ölüm sonrası vekili gibi hareket ederek kişilik haklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı olma ve mirasçılara geçmezliği özelliğine gölge düşürmemelidir.[96]

1.3.1.2.2 Ölüm Anının Tespiti

Ölüm bir süreçtir ve uçak kazası ya da bombalı saldırıda vücudun paramparça olması gibi istisnai durumlar dışında vücudun bölümleri oksijensiz kalmaya tahammül seviyelerine göre birbirinden bağımsız olarak ölürler.[97] Hukuki açıdan ölüm; geri dönülemez, mutlak, nihai ve manipüle edilemeyecek bir şekilde hayatın sona ermesi olduğundan, bahsedilen süreç içerisinde geri dönülemez noktanın hangisi olduğunun tespiti büyük önem arz eder.[98]

Ölüm anının tespit edilmesi bakımından biyolojik ölüm anlayışı ve beyin ölümü anlayışı olmak üzere iki görüş bulunmaktadır.[99] Büyük hayat fonksiyonları denilen dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin işleyişlerinin durmasıyla başlayıp, hücresel ölümle tamamlanan ölüm hali biyolojik ölümdür.[100] Ancak tıptaki gelişmeler sonucu bu sistemlerin durduktan sonra tekrar çalıştırılabilmeleri mümkün olduğu için biyolojik ölüm anlayışı günümüzde geçerli kabul edilmemektedir. Biyolojik ölümle genellikle birbirine karıştırılan klinik ölümde[101] ise kalp atışı ve solunum varken, merkezi sinir sistemi çalışmamaktadır. Bu nedenle burada biyolojik ölümden söz edilemez. Benzer şekilde, kalp ameliyatlarında, kan dolaşımı ve solunumun durdurularak, bunların yapay makinelerle sağlandığı durumlarda da ölümden söz edilemeyecektir.[102] Beyin ölümü ise beynin insan vücudundaki fonksiyonel koordinasyonunu yerine getiremeyecek derecede harap olmasıdır.[103] Bu durumda büyük beyin, beyincik ve beyin sapı işlevlerini tamamen yitirmiştir.[104]

---

[94] SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6.Baskı, Ankara, 2019, s.122; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.455.
[95] SEROZAN/ENGİN, s.455.
[96] SEOZAN, s.455.
[97] ATAMER, s.135.
[98] ATAMER, s.138; METİN, s.235.
[99] ERDOĞAN/KESKİN, s.318, 319; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, 20.Baskı, C.II, İstanbul, 2019, s.23.
[100] ERDOĞAN/KESKİN, s.318; AYAN, s.21; METİN, s.235.
[101] DURAL/ÖĞÜZ, s.24.
[102] DURAL/ÖĞÜZ, s.24.
[103] ERDOĞAN/KESKİN, s.319; DURAL/ÖĞÜZ, s.24; CİHAN, s.90; AYDIN, s.108.
[104] ATAMER; s.139; METİN, s.236; AYDIN, s.108.

Günümüzde beyin ölümü kriterinin çoğunluk tarafından anıldığı ancak bu kriterin kabulü konusunda tereddütler yaşandığı görülmektedir.[105] Bunun temel sebebi otoritelerin beyin ölümü konusundaki söylemleri arasında tutarsızlıklar bulunmasıdır. Nitekim beyin ölümü kavramının en önde gelen savunucularından bazıları dahi, beyin ölümü gerçekleşen bireylerin "organ nakli yapabilecek kadar ölü" olmakla birlikte canlı olduklarını kabul etmektedirler.[106] Artık beyin ölümü gerçekleşen bireylerin cansız organizmalar olduğu fikrini savunmaktan vazgeçerek pragmatik bir şekilde bu bireylerin "organlarını bağışlayacak kadar ölü" oldukları fikrini açık bir şekilde dile getirmektedirler.[107]

Ayrıca Harvard kriterinde yer alan "anlamlı insan hayatının sonu" betimlemesi, beyin ölümü gerçekleşmiş bireylerin anlamsız yaşamlarının halen anlamlı bir hayat sürmekte olan bireyler lehine sonlandırılması anlamına gelmektedir.[108] Bilimsellikten uzak olan bu betimleme etik açıdan bakıldığında, beyin ölümü gerçekleşen bireylerin, kendilerinden organ alınmamasını gerektiren bir hayata sahip olmadıklarını alaycı bir şekilde ifade etmektedir. Buna rağmen kamuoyunda beyin ölümü hayatın son bulması olarak nitelendirilen ölüm olarak algılanmakta ve bu gibi durumlarda organ bağışının kabul edilebilirliği yanlış bir inanca dayanmaktadır. Dolayısıyla beyin ölümü durumunda organlarının alınması için rıza veren kişiler bu tercihlerinde yanıltılmakta ve beyin ölümü gerçekleşen bireylerin gerçekten öldüğüne dair inancı temel alarak verilen rıza teknik olarak geçersiz bir rıza halini almaktadır.

Kaldı ki 1968 Harvard Raporundan[109] önce ayırt edilebilir merkezi sinir sistemi aktivitesi olmayan koma bireyleri canlı kabul edilerek buna uygun bir şekilde tedavi uygulanırken; Harvard Raporundan sonra aynı durumdaki hastalara, nakil olacak organların canlılığını korumak adına aynı bakım uygulanarak bu hastalar tıbbi anlamda ölü kabul edilmişlerdir. Harvard Raporunun ardından bu tutarsızlık kendine resmi

[105] ATAMER, s.117.
[106] SADE, Robert M., "Brain Death, Cardiac Death, and the Dead Donor Rule", Journal of the South Carolina Medical Association, C.107, S.4, 2011, s.148.
[107] YOUNGNER, Stuart J., "How to Communicate Clearly about Brain Death and First-person Consent to Donate", American Medical Association Journal of Ethics, C.18, S.2, 2016, s.110.
[108] PRATSCHKE, J./WİLHELM, MJ./KUSAKA, M./BASKER, M./COOPER, D.K.C/HANCOCK, W./TİLNEY N., "Brain Death and its Influence on Donor Organ Quality and Outcome After Transplantation", Transplantation Review, C.67, S.3, 1999, s.344.
[109] Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, "A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death", Journal of the American Medical Association C.205, S.6, 1968, s.337.

belgelerde yer bulmaya devam etmiştir. Genel Ölüm Tespiti Yasası'nda[110] dolaşım ve solunum fonksiyonları geri dönüşümsüz olarak kesilen veya beyin sapı da dâhil olmak üzere beyninin bütün işlevleri geri döndürülemez şekilde yok olan bir bireyin ölü olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemede, birinci kıstasa göre canlı olan birinin ikinci kıstasa göre ölü olarak kabul edilebileceği ve dolayısı ile bir bireyin aynı anda hem canlı hem ölü olarak kabul edilmesi gerektiği kolayca fark edilecektir. Ancak bu yasa çerçevesinde birçok eyalet, ölüm kriterini beyin ölümü olarak mevzuatlarına uyarlamış ve beyin ölümü gerçekleşen vericilerden organ nakline izin veren yasal çerçeveyi hazırlamışlardır. Bu şekilde yaşayan bir hastaya uygulandığında kriminal bir vaka olarak kabul edilecek hayati organlarının çıkarılması, hasta yasal olarak ölü olarak kabul edildiğinden meşru hale gelmiştir. Söz konusu tutarsızlıklar bireyleri, beyin ölümü durumunda organ bağışı yapma konusunda bilinçli bir seçim yapma imkânından yoksun bırakmaktadır.

Bireyin bedeni üzerinde karar verme hakkı, vazgeçilemez kişilik haklarındandır ve kişinin uygulanacak tıbbi müdahaleye serbest iradesiyle karar verebilmesi de hekimin bu konuda onu aydınlatarak yol göstermesine bağlıdır. Ancak bireyler beyin ölümü kavramı hakkında yeterli şekilde aydınlatılmamaktadır. Kişilik hakkının ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlaline sebebiyet verecek bu durum aynı zamanda toplumun genel olarak sağlık hizmetlerine ve özelde organ nakline olan güvenine yönelik bir risk teşkil ederek uzun vadede istenmeyen sonuçlar doğurabilecektir.

1.3.1.2.2.1 Beyin Ölümünün Tespiti

Türk hukukunda yasa koyucu biyolojik ölüm ve beyin ölümü tartışmasına girerek herhangi bir tercihte bulunmamış, ölümün tanımının organ alımının gerçekleştirileceği gün tıpta kabul edilen bilimsel yöntemlere göre yapılması yolunu seçmiştir.[111] Ancak kanunda düzenlenen tıbbi ölüm ölçütü somut uygulamada tıp mensubunun kabul edeceği kritere göre değişiklik gösterebilecektir.[112] Bilimsel gelişmelerin önünü tıkamamak amacıyla ölüm kavramının kanunla düzenlenmemiş olduğu düşünülse de, bu durum

[110] President's commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research. Uniform Determination of Death Act. Defining death: medical, legal and ethical issues in the definition of death. Washington, DC:US Government Printing Office; 1981, s.2.
[111] GÜRZUMAR, s.383; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.18.
[112] ÜNVER, Yener, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", CHD, C.3, S.7, 2008, (Hukuksal Boyut), s. 217.

yaşam ve ölüm gibi insanı doğrudan ilgilendiren alanların yönetmeliklere bırakılamayacak kadar önem arz etmesinden dolayı haklı olarak eleştirilmektedir.[113]

ODNHY Ek-1'de beyin ölümü kriterleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre klinik bir tanı olan beyin ölümü, beynin bütün fonksiyonlarını tamamen ve geri dönüşümsüz şekilde kaybetmesidir. Yönetmelik beyin ölümü tespitinde aşamalı bir yol izlemektedir. İlk olarak beyin ölümü tanısında bulunabilmek için bazı ön koşullar belirtilmiştir. Bu koşullar; komanın nedeninin belirlenmiş olması, beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması, santral vücut ısısı ≥32 °C olması, hipotansif şok tablosu olmaması, komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması, beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmamasıdır. Sayılan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için ikinci aşamaya geçilir. Bu aşamada aranan şartlar; derin komanın olması, beyin sapı reflekslerinin alınmaması (pupiller parlak ışığa yanıtsız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm), okülosefalik ve vestibulo-oküler refleks yokluğu, kornea refleksi yokluğu, faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu), spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olmasıdır. Son olarak bu şartların belirli bir süre devamı aranmaktadır. Bu testler doğrudan yönetmelikte öngörüldüğünden ölüm halinin belirlenmesi için yapılacak destekleyici testlerde ayrıca yakınların rızasının aranmasına gerek yoktur.[114]

Ölüden organ nakli yapılmasının söz konusu olduğu durumlarda ölüm anını tespit edecek kurul da üzerinde durulması gereken bir konudur. ODNK madde 11'de tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog ya da nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon ya da yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği düzenleme altına alınmıştır. Organ veya doku nakli yapılacak cesedin genellikle adli vakaya konu olmuş bir kişiye ait olduğundan hareketle, adli tıp işlemlerinin daha iyi yürütülmesi adına kurulda bir adli tıp uzmanının da yer almasının yerinde olacağı ifade edilmektedir.[115]

ODNK'nın 11. maddesine göre ölüm halini tespit edecek hekimler ölüm tarihini, ölüm saatini ve ölüm halinin nasıl belirlendiğini gösteren ve imzalarının yer aldığı bir tutanak düzenleyerek, bu tutanağı organ ve doku alımının gerçekleştirildiği sağlık

[113] HAKERİ, s.495; TOROSLU, s.106.
[114] HAKERİ, s.497.
[115] KÖK, s.217.

kurumuna vermek zorundadırlar. Söz konusu tutanak ve ekleri sağlık kurumu tarafından on yıl süre ile saklanmalıdır. Tarafsızlığı sağlamak adına alıcıya bakan ve organ naklini gerçekleştirecek hekimlerin bu kurulda yer alması yasaklanmıştır. ODNK madde 12'de organ veya doku alıcısının müdavi hekimi ile organ ve doku alımı ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini tespit edecek hekimler kurulunda yer alamayacakları düzenleme altına alınmıştır. ODNHY madde 14'ün ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre organ ve doku nakli koordinatörleri beyin ölümü tutanağının Yönetmelikte yer alan beyin ölümü kriterlerine uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediğinin kontrol edilmesinden, gereken durumlarda verici adayının ailesinden organ ve doku bağışı için izin alınmasından ve bu organ ve dokuların ilgili merkeze naklinden sorumludurlar.

Beyin ölümü kriterinin kabul edilmesi, kalp ve solunum yollarının durması ve hastanın yeniden hayata döndürme çalışmalarına rağmen yeniden kalbinin atmaması halinde hekimlerin ayrıca beyin ölümünün de gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaları anlamına gelmemektedir.[116] Çünkü beyin ölümünün bundan hemen sonraki bir aşamada gerçekleşmesi kaçınılmaz olacaktır. Ancak bu durum birbirine mirasçı olabilecek iki kişinin çok yakın zamanlarda ölmüş olduğu hallerde, ilk ölenin kim olduğunun tespiti bakımından önem arz edecektir.

Alman hukukunda dava konusu olan bir olayda karı koca uğradıkları bir saldırı sonucu hayatlarını kaybetmiş, yapılan otopside kalbin durduğu anda ölümün gerçekleştiği esas alınarak bir sonuca varılmıştır.[117] Ancak istinaf mahkemesi tek bir ölüm kriterinin kabul edilebileceği, yani beyin ölümünün hangi anda gerçekleştiğinin tespit edilerek ona göre karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.[118] Esneklikten uzak olan bu yaklaşım tarzı uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin hastane koşullarında kalbi duran bir kişinin yeniden hayata döndürme faaliyetleri sonucu kalbi çalıştırabilir ve kişi hayata döndürülebilirken bu arada beyin işlevlerinin oksijensizlik nedeniyle tamamıyla kaybı söz konusu olursa ölüm süreci geri dönülemez bir noktaya gelmiş olacaktır.[119] Buna karşılık hastane koşulları dışında kalbi durmuş ve kurtarma faaliyetlerinin geç kaldığı bir durumda bu kişi için geri dönülmez noktaya kalbin durması

[116] ATAMER, s.137; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.19.
[117] ATAMER, s.138.
[118] OLG Köln, NJW-RR 1992, 1480, ATAMER, s.138'den naklen.
[119] ATAMER, s.138; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.19.

ile gelinmiş olacağından beyin ölümünün hangi anda gerçekleştiğini araştırmak yersiz olacaktır.[120]

Birbirlerine mirasçı olabilecek kişilerden hangisinin daha önce ya da daha sonra öldüğünün tespit edilemediği durumlarda ise TMK madde 29'un ikinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu maddeye göre birden fazla kişinin öldüğü durumlarda kimin daha önce veya sonra öldüğü belirlenemiyorsa, hepsi aynı anda ölmüş sayılacaktır. Kanun koyucunun getirdiği "birlikte ölüm karinesi" olarak adlandırılan bu adi karine, birlikte ölenlerden birinin daha önce ya da daha sonra öldüğünün ispat edilmesiyle çürütülecektir.[121]

Değinilmesi gereken bir diğer husus da, otopsi yapılması gereken durumlarda cesetten organ alınıp alınamayacağı sorunudur. Adli vakalarda, beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerin yakınları ölüden organ ve doku alınmasına izin verdikleri halde ceset üzerinde otopsi yapılması için beklenmesi zaman kaybına neden olacaktır. Bu durumda zorunluluk halinin şartları gerçekleştiği ve bu nedenle üçüncü kişi yararına zorunluluk hali kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.[122] Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda,[123] böbrek hastası olan sanığın hastalığının hayati nitelikte olup olmadığının, nakil dışında alternatif bir tedavi yöntemi bulunup bunmadığının ve organ naklinde zaruret halinin mevcut olup olmadığının araştırılarak sonucuna göre sanıklar hakkında TCK'nın 25. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmemesini kanuna aykırı bulmuştur.

Tehlikenin ağırlığı ile kullanılan vasıta arasında bir orantı bulunan bu durumda, en önemli hak olan yaşama hakkının karşısında otopsiden elde edilecek bulgular yer almaktadır.[124] Böyle durumlarda suç için delil oluşturabilecek organların alınmaması gerekse de, organ nakli ile elde edilecek yararın otopsiyle elde edilecek yarardan üstün olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır.[125] İkisi arasında yapılan değerlendirmede yaşam hakkının taşıdığı önem göz ardı edilemeyecektir. Aksi halde adli vaka sonucu

[120] ATAMER, s.138.
[121] ERDOĞAN/KESKİN, s.321; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.249; DURAL/ÖĞÜZ, s.28.
[122] AYDIN, Murat, "Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", ABSHD, S.1, 2009, s.232; ÜNVER, Hukuksal Boyut, s.211.
[123] Y.12.CD, E. 2016/ 4051, K. 2018 / 524, 17.01.2018, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.05.01.2020.
[124] ÜNVER, Hukuksal Boyut, s.211; AYDIN, s.232.
[125] HAKERİ, s.508; ÜNVER, Hukuksal Boyut, s.212; AYDIN, s.232.

yaralanmış kişilere müdahalede bulunacak hekimlerin de savcı gelinceye ve suç delilleri güvence altına alınıncaya kadar müdahaleden yasaklanmaları gerekmektedir.[126]

1.3.1.2.2.2 Anensefalik Bebekler

Günümüzde beyin ölümü kavramı üzerinde sürdürülen tartışmalara bir de üst beyin ölümü kavramı eklenmiştir. Üst beyin ölümü insanı insan yapan özün daimi kaybı şeklinde tanımlanmaktadır.[127] Bu durumda olan kişilerde akli yaşam ile beraber anı, inanç, tutum gibi kişiyi benzersiz kılan kişilik değerleri de çökmektedir.[128] Üst beyin ölümünün tıbbi ölüm hali olarak kabul edilmesi halinde henüz beyin ölümü gerçekleşmeyen anensefalik bebeklerden ve bitkisel hayattaki kişilerden organ almanın yolu açılmış olacaktır. Bu kavramın ileri sürülmesinin temelinde esasen tıptaki gelişmelere paralel olarak ölüden temin edilen organların oranındaki düşüş yer almaktadır. Özellikle çocuk hastalara nakledilecek organların çocuğun bedenine uygun olmasının ve çocukla beraber gelişim göstermesinin gerekmesi beyin ölümü kriterine alternatif kurumların yaratılması ihtiyacını doğurmuştur.[129] Zira yirmi kilonun altındaki çocuğa bir yetişkinin böbreğinin nakli çocuğun dolaşım sistemini olumsuz etkileyeceği gibi nakledilen böbrek ve diğer organlar da yeteri kadar beslenemeyecektir.[130] On kilonun altında ağırlığa sahip çocuklara ise vücut anatomilerine uygun çocuk böbreği nakledilmelidir.[131] Bu nedenle yürütülen organ bağışını artırıcı politikalar belli bir aralıkta yer alan çocukların ihtiyacına cevap vermekte yetersiz kalmıştır.

1980 yılının sonlarına doğru anensefalik bebek Gabriel'den yeni doğan bir bebeğe yapılan kalp naklinin başarılı sonuçlanması ile beraber anensefalik bebeklerin organlarının ihtiyaç sahibi çocuklara nakledilip nakledilemeyeceği tartışmaları gündeme gelmiştir.[132] Gabriel'in Katolik olan annesi, hamileliği süresince fetüsün sağlık durumunun tespit edilmesini sağlayan testlerin uygulanmasını reddetmiştir.[133]

---

[126] HAKERİ, s.508.
[127] METİN, s.237.
[128] Üst beyin tanımı için bknz: METİN, s.242.
[129] Canadian Paediatric Society, "Use of Anencephalic Newborns as Organ Donors", Paediatr Child Health, C.10, S.6, 2005, s.335.
[130] "Çocuklarda Böbrek Nakli", Acıbadem, https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/cocuklarda-bobrek-nakli/, E.T.04.10.2020.
[131] "Çocuklarda Böbrek Nakli", Acıbadem, https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/cocuklarda-bobrek-nakli/, E.T.04.10.2020.
[132] ANNAS, George J., "At Law: From Canada with Love : Anencephalic Newborns as Organ Donors?", The Hastings Center Report, C.17, S.6, 1987, s.36; "Use of Anencephalic Newborns as Organ Donors", s.335.
[133] BRANDON, Beth, "Anencephalic Infants as Organ Donors: A Question of Life or Death", Case Western Reserve Law Rewiew, C.40, S.3, 1989, s.781; ANNAS, s.36.

Hamileliğinin sekizinci ayında bebeği hareket etmediği için hastaneye giden annenin ultrason sonucundan bebeğin anensefalik olduğu anlaşılmıştır.[134] Bebeği aldırmak istemeyen anne ve baba bebeğin normal şekilde doğduktan sonra ölmesi yolunu seçmiş ve bebeğin organlarının ihtiyaç sahibi diğer bebeklere nakledilmesini istemişlerdir.[135] Benzer durumu yaşayan ve bebeklerinin organlarının ihtiyaç sahibi diğer bebeklerde hayat bulmasını arzulayan ailelerin talepleri hukuki ve etik tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Anensefali doğuştan ön beyin, kafatası ve kafa derisinin bulunmadığı merkezi sinir sistemi bozukluğu olarak tanımlanmaktadır.[136] Yaşam destek üniteleri olmadan hayatlarını sürdürebilmeleri mümkün olmayan anensefalik bebekler, genellikle doğduktan kısa bir süre sonra hayata veda etmektedirler.[137] Bu yüzden anensefalik bir bebeğin doğumu yeni bir hayatın başlamasından ziyade bir hayatın son bulma süreci şeklinde tasvir edilmektedir.[138] Bu rahatsızlığa sahip bebekler ne canlı verici olabilecek kadar sağlıklı ne de tıbbi anlamda ölüdürler.[139] Anensefalik bebeklerde beyin bazı fonksiyonlarını yerine getirdiğinden tam beyin ölümü gerçekleşmemiştir. Nitekim anensefalik bebek Theresa organlarının nakledilmesi için sezeryanla annesinin karnından alınarak ventilatöre bağlanmış, ancak organları alınıp ventilatörle bağı kesildikten sonra nefes almaya devam etmiştir.[140] Bir kişiden organ ve dokularının alınabilmesinin en temel hukuka uygunluk koşulu kişinin ya da ailesinin buna izin vermesidir. Ancak bu kişi tıbbi anlamda ölü değilse izin tek başına müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez. Kişinin vücut bütünlüğüne yönelen diğer saldırılar gibi tıbbi ölümü gerçekleşmeyen bir kişinin organlarının bu şekilde alınması da hukuka aykırıdır.

Anensefali teşhisi koyulan bir diğer bebek K'nın annesi bebeğin alınmasını reddetmiş ve hamilelik sürecinin devam etmesini istemiştir.[141] Ancak bebek, doğduktan sonra nefes almada zorluklar yaşadığı için yaşam destek ünitesine bağlanmıştır. Hekimlerin ve hastanenin bebeğin yaşam destek ünitesinden ayrılması gerektiği

[134] ANNAS, s.36; BRANDON, s.781.
[135] ANNAS, s.36; BRANDON, s.781.
[136] BARD, Jennifer S., "The Diagnosis is Anencephaly and The Parents Ask about Organ Donation: Now What? A Guide For Hospital Counsel And Ethics Committees", Western New England Review, C.21, S.49, 1999, s.53; "Use of Anencephalic Newborns as Organ Donors", s.335; BRANDON, s.784.
[137] BRANDON, s.784; BARD, s.53,54.
[138] BARD, s.54.
[139] ANNAS, s.36.
[140] Bknz: BARD, s.58vd.
[141] Bknz: RUSHTON, "Cynda Hylton, The Baby K Case: Ethical Challenges of Preserving Professional Integrity", Pediatric Nursing, C.21, S.4, 1995, s.367; BARD, s.66.

konusundaki ısrarları anne tarafından reddedilmiştir. Yerel mahkeme hastanenin ve hekimlerin bebeğe bakım sağlama yükümlülüğü olduğuna değinerek bebeğin yaşam destek ünitesinden ayrılmasını yasalara ve etik ilkelere aykırı bulmuştur.[142] Ülkemizde de anensefali hastası olarak dünyaya gelen bir bebeğe erken dönemde cerrahi müdahale uygulanarak önce beyin sapı üzerindeki açıklık kapatılmış daha sonra hasta özel bir ventilatör cihazıyla taburcu edilmiştir.[143] Anensefali hastası olarak dünyaya gelen bebeklere hastalıkları sebebiyle diğer bebeklere ya da diğer insanlara uygulanan prosedürden daha farklı bir prosedür uygulanması ne hukuka ne de etik ilkelere uygundur.

1.3.2 Vericinin İnsan Olmadığı Nakiller

Organ ve doku nakli bekleyen hasta sayısındaki artışa rağmen canlı ve ölü vericilerden temin edilen organların yetersizliği farklı yöntemlerin geliştirilmesine kapı aralamıştır. İlk olarak hayvanlar üzerinde yürütülen çalışmalar bilim ve teknolojideki ilerlemelerle farklı bir boyuta taşınmıştır. Kök hücre tedavilerinin de gelişmesiyle birlikte artık laboratuarlarda yapay organlar üretilmeye başlamıştır. Ancak insan vericiden temin edilmeyen bu tür organların alıcıya takılmasının teknik olarak organ nakli olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Çünkü ODNK 2. maddesinde kaynağı insan olmayan organ ve dokularla yapılan nakilleri kapsamı dışına çıkarmıştır. Ayrıca henüz yeni olan bu yöntemler yeterince denenmemiştir.[144] Bu nedenle söz konusu nakillere tedavi amaçlı denemelere ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Çalışmamızın esas konusunu insan vericili nakiller oluşturduğu için bu konuya kısaca değinilerek bir sınırlandırılmaya gidilecektir.

1.3.2.1 Hayvanlardan Yapılan Nakiller

Farklı canlı türleri arasında yapılan doku ve organ nakillerine senogreft nakiller denilmektedir.[145] Senogreft nakil türüne örnek olarak domuzdan insana kalp kapakçığı nakli yapılması verilebilir.[146] Hayvandan yapılan nakillerde durum insan vericiden yapılan nakillerden çok daha farklıdır. Bu nedenle ODNK hayvanlardan insana organ ve doku naklini kapsamı dışına çıkarmıştır. Ancak 5199 Hayvanları Koruma Kanunu'nun

[142] RUSHTON, s.367; BARD, s.66.
[143] "Anensefali Hastası Bebeğin Hayata Tutunma Azmi", Medimagazin, 26.12.2019, https://www.medimagazin.com.tr/guncel/genel/tr-anensefali-hastasi-bebegin-hayata-tutunma-azmi-11-681-84882.html, E.T.04.10.2020.
[144] AYAN, s.12; YÜKSEL, s.4.
[145] ZİROĞLU, s.31; AYAN, s.17.
[146] "Ceren'i Domuz Kalbi Nakli Kurtardı", Hürriyet, 29.12.1999; http://www.hurriyet.com.tr/ege/cereni-domuz-kalbi-kurtardi-39122077, E.T.22.12.2019; ZİROĞLU, s.31.

(HKK)[147] 8. maddesinin ikinci fıkrasında hayvanların, tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tamamının ya da bir bölümünün çıkarılıp alınamayacağı veya tahrip edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü üzere kanun tıbbi amaçlarla sınırlı kalmak koşuluyla yaşayan hayvanlardan organ ve doku nakline izin vermiştir. Ayrıca HKK madde 9'un üçüncü fıkrasında yer alan, başkaca bir seçenek olmaması halinde hayvanların bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılabileceği ifadesinden yola çıkılarak bir insanın hayatının kurtarılmasına yönelik olarak hayvanlardan organ ve doku naklinin evleviyetle mümkün olması gerektiği belirtilmektedir.[148] Ölü hayvanlardan organ veya doku alınması ile ilgili herhangi bir yasak söz konusu değildir. Ancak hayvanlardan alınan organlar alıcının HIV gibi ciddi enfeksiyon hastalıklarına yakalanmasına sebep olabilmektedir.[149] Bu nedenle yarar-zarar dengesinin gözetilmesi kritik bir önem taşımaktadır. Alıcının geçirebileceği enfeksiyon riski, kişinin yaşamını uzatma beklentisi nedeniyle geri plana atılmamalıdır.[150]

Hayvanlardan yapılacak nakillerde tartışma yaratan bir diğer husus, insana ait gen parçalarının hayvan hücrelerine eklenmesiyle oluşturulan "insanlaştırılmış organların" naklidir. [151] Nakledilen organın alıcının vücudu tarafından reddinin önlenmesinin amaçlandığı bu tür nakiller birçok etik sorunu da beraberinde getirmektedir.[152] Çünkü insan ve hayvan türleri arasındaki sınırın ihlal edilmesi, insan onurunun ve kimliğinin de ihlal edilmesine sebep olacaktır.[153] Suistimale açık bu yöntem hayvanların organ kaynağı olarak görülmesine de sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle yeni bir tedavi denemesi olan "insanlaştırılmış organların" sadece insanı yaşatma ve tedavi etme amacıyla sınırlı şekilde kullanılması gerekmektedir.

1.3.2.2 Biyoteknolojik Nakiller

Sadece ölülerden temin edilebilen hayati organların nakline ihtiyaç duyan hastaların nakil listelerinde sıralarının gelmesini beklerken durumlarının kötüleşmesi

[147] 01.07.2004 tarihinde 25509 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[148] PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", TBBD, S.83, 2009, s.194.
[149] SCHREIBER, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi", Çeviren: Veli Özer ÖZBEK, Tıp ve Ceza Hukuku, Ed. Kayıhan İÇEL, Ankara, 2004, (Hukuksal Düzenleme), s.104.
[150] SCHREIBER, Hukuksal Düzenleme, s.115.
[151] SCHREIBER, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görüş", Çeviren: Veli Özer ÖZBEK, Tıp ve Ceza Hukuku, Ed. Kayıhan İÇEL, Ankara, 2004, (Hayvandan İnsana Organ Nakli), s.92.
[152] "Kimse İnsan Kopyalamak İstemiyor", NTV, 06.09.2000, http://arsiv.ntv.com.tr/news/27150.asp, E.T. 04.10.2020.
[153] SCHREIBER, Hayvandan İnsana Organ Nakli, s.93.

farklı yöntemlerin uygulanmasına yol açmıştır. Bunlardan biri fonksiyonlarını tam olarak yerine getiremeyen organların yerine yapay organların takılmasıdır. Bunun için öncelikle detaylı testler yapılarak hastanın müdahaleye uygunluğu tespit edilmektedir.[154] Nakil başarılı bir şekilde gerçekleştirilse bile bu yapay organın vücut tarafından reddedilme ihtimali söz konusudur. Yerine takıldıkları organların bütün fonksiyonlarını yerine getiremeyen bu organların yerine artık laboratuar ortamında hastanın kök hücrelerinden yapay organlar üretilmeye başlanmıştır.[155] Alıcının kendi kök hücrelerinden üretildiği için bu organların vücut tarafından reddi söz konusu olmayacaktır. [156] Naklin başarısızlıkla sonuçlanma ihtimalini düşüren bu yöntem henüz çok yeni olsa da ileride muhtemelen en çok başvurulan nakil yöntemi olacaktır.

2. Organ ve Doku Nakillerinin Hukuka Uygunluk Koşulları

2.1 Verici ve Alıcının İzni

Kişinin şahsına bağlı, hukuken bir değer taşıyan vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmaz maddi ve manevi bir takım hakları vardır.[157] Bu haklardan maddi bütünlük üzerindeki haklar, kişiye hayatının, sağlığının, vücut bütünlüğünün her türlü saldırılardan dokunulmaz kalmasını isteme yetkisi vermektedir.[158] Tıbbi müdahalelerin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırı niteliğinde olan diğer müdahalelerden farkı; kanun koyucunun tıp mesleğini belirli kurallara bağlayıp düzenleyerek, bu işlemlerin uygulanması bakımından meslek mensuplarına özel yetki vermiş olması ve müdahalenin kişinin sağlık refahını sağlamayı, korumayı ve artırmayı amaçlamasıdır.[159]

---

[154] "Kalp Nakli İçin Bekleyen Hasta Yapay Kalple Tedavi Edildi", AA, 23.12.2019, https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/saglik/kalp-nakli-icin-bekleyen-hasta-yapay-kalple-tedavi-edildi/654936, E.T. 04.10.2020.

[155] "Bilim İnsanları Kök Hücreden Gerçek Boyutlarda Atabilen Kalp Ürettiler", CNN, 28.03.2016, https://www.cnnturk.com/saglik/bilim-insanlari-kok-hucreden-gercek-boyutlarda-atabilen-kalp-urettiler, E.T. 04.10.2020.

[156] "Canlandırıcı Tıp ve Doku Mühendisliği; Kök Hücre Tedavisi ile Laboratuarda İnsan Kalbi Yetiştirdiler", Kozan Demircan, 19.08.2013, https://khosann.com/canlandirici-tip-ve-doku-muhendisligi-kok-hucre-tedavisi-ile-laboratuarda-insan-kalbi-yetistirdiler/, E.T. 04.10.2020.

[157] HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 5.Baskı, İstanbul, 2013, s.109; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.234.

[158] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.346; HELVACI, s.111vd.

[159] BADUR, s.28; Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu bu müdahalelere Anayasa ve kanunlarla izin verilmesi yanında, bir hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi gibi tıp mesleğini temel alarak açıklayan görüşler, doktrinde, hastanın iradesini, yani kendi geleceğini belirleme hakkını ikinci plana attığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bknz: ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s.77.

Sağlık refahı kavramı, iyileştirme amacı ile yürütülen müdahalelerin yanı sıra; gençleşme ve güzelleşme amacı güden estetik müdahaleleri, sünneti, gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon gibi doğrudan tedavi kapsamında değerlendirilmeyen müdahaleleri de kapsayacak genişlikte kullanılmaktadır.[160] Birleşmiş Milletler'in uzmanlık birimlerinden WHO'nun 1946 tarihli Anayasasında sağlık sadece hastalık yokluğu değil, hem fiziki hem ruhsal yönden esenlik içinde olma hali olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda canlı vericiden yapılacak nakillerde vericiye uygulanacak tıbbi müdahale, kişinin fiziksel sağlığını artırıcı nitelikte olmasa da ruhsal sağlığını artırıcı bir nitelikte olacaktır. Nitekim bir yakınına veya tanımadığı bir kişiye sağlığına kavuşması için organ ya da dokusunu veren kişinin bu davranışının ruhsal sağlık refahına olumlu etkisi olacağı bir gerçektir.[161]

Bütün tıbbi müdahaleler nitelikleri gereği, kişinin maddi varlığına dahil kabul edilen yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne ve sağlık hakkına yöneldikleri için ortada bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı durumlarda, bedensel bütünlüğe yönelmiş diğer müdahaleler gibi hukuka aykırı olacaktır.[162] Tıbbi müdahalede hastanın rızası hem özel hukuk hem ceza hukuku bakımından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir.[163] Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, müdahaleden önce ya da en geç müdahale anında verilmesi gerekmektedir.[164] Özellikle organ ve doku nakillerinde, naklin hukuka uygun olabilmesi için rızanın peşin verilmesi gerektiğinden, burada rıza kavramı yerine izin kavramının kullanılması daha doğru olacaktır. Verilen iznin geçerli olabilmesi için ehliyet, aydınlatılma, iznin yetkili olan kişiye yönelmesi gibi bir takım ön koşulların sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalıdır.[165] Ayrıca iznin şekle ve içeriğe yönelik koşulları üzerinde de durulmalıdır.

2.1.1 İzin Hakkının Temeli

İzin hakkının temelinde korunan bir takım hukuki değerler yer almaktadır. Bu değerler; vücut bütünlüğünün korunması, özerklik hakkı, tedaviyi durdurma ve reddetme

[160] BADUR, s.28; ERMAN, s.200,201.
[161] AYDIN, s.101.
[162] DURAL/ÖĞÜZ, s.106; ERMAN, s.48.
[163] ARPACI, Abdulkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", YÜHFD, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.4, S.2, 2009, s.6.
[164] Müdahaleden sonra verilen rızanın (onay, onam, icazet) hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı yönündeki görüş için Bknz: KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk, 3.Baskı, Ankara, 2019, (Medeni Hukuk), s.348.
[165] DÜNDAR ARAVACIK, Esra, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam", İBD, S.1, 2017, s.13; ERMAN, s.79; AYAN, s.73.

haklarıdır.[166] Bunlar birbirleriyle yakından ilişkili ve birbirlerini tamamlayan haklar olup hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının tıp hukukuna yansımalarıdır.[167]

Vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkı kişinin, doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içerisinde, vücut bütünlüğüne yönelik olarak bir başkasının ve hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılardan korunmasını esas alır.[168] Vücut bütünlüğü kişinin hem fiziksel hem de ruhsal tamlığını ifade eder ve bu tamlığa zarar verecek hareketler söz konusu hakkın ihlali olacaktır.[169] Bu hak ulusal ve uluslararası belgelerde açıkça düzenleme altına alınmıştır. Anayasamızın 17. maddesine göre herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı gibi kişi rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere de tabi tutulamayacaktır. Kişiliğin korunmasını düzenleyen TMK madde 23'e göre hiç kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyecektir. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak da sınırlandıramaz.

Özerklik kavramının tıp bilimine girmesi ise tesadüfi olmayıp, insan ilişkilerinin günümüzde vardığı noktanın bir sonucudur.[170] Özellikle Batı toplumlarında insan hayatına ve kişilik haklarına verilen değer bu açıdan önemli bir çıkış noktası olmuştur.[171] Özerklik kişinin özgür iradesini ve düşünme yeteneğini kullanarak kendi geleceği hakkında karar alması ve bu kararı aksiyona geçirmesidir.[172] Hasta özerkliği ise karar verme yeteneğine sahip olan hastaların tedavilerinin gidişatını kontrol etme yetkilerinin bulunması ve hastaların karar verme sürecine aktif olarak katılmaları anlamına gelmektedir.[173] Bu doğrultuda hastanın doğru karar verebilmesi için hekimin hasta üzerinde neleri, ne zaman, nasıl yapacağı ve müdahalenin sınırının ne olacağı konusunda, hastayı aydınlatması büyük bir önem arz etmektedir.

---

[166] TURLA, Ahmet/KÖPRÜLÜ, Hülya/KARAASLAN, Emine Şirin/YÜKSEL, Gözde, "Aydınlatılmış Onam", OMÜDHFD, C.7, S.2, s.158; ERMAN, s.57.
[167] TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, 2011, s.107.
[168] YENERER ÇAKMUT, s.1.
[169] YENERER ÇAKMUT, s.1.
[170] AYDIN, s.11.
[171] AYDIN, Erdem, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc, E.T.07.12.2019; TURLA/KÖPRÜLÜ/KARAASLAN/YÜKSEL, s.157.
[172] ERSOY, Nermin/AYDIN, Erdem, "Tıbbi Etik'te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi", TKTEHTD, C.2, S.2, 1994, s.71; TACİR, s.108; ÇOBANOĞLU, Nesrin, Tıp Etiği, Ankara, 2007, s.61.
[173] SCARAMUZZİNO, Dott.Fabio Massimo, "İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu ve Bilgilendirilmiş Rıza", Çeviren: Gülsüm Ayhan AYGÖRMEZ, YÜHFD, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.IV, S.2, 2009, s.30; TACİR, s.109.

Günümüzde hasta-hekim ilişkisinin merkezinde hasta yer almaya başlamıştır.[174] Artık hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalenin zeminini hastanın aydınlatılmış izni oluşturmaktadır.[175] Hasta gerekli bilgiyi hekimden aldıktan sonra kendi geleceği belirleme hakkı kapsamında müdahaleye izin vermeyebilir, yani müdahaleyi reddedebilir ya da verdiği izin üzerine başlanan müdahaleyi sonlandırabilir. Yaygın olan kullanımıyla, kişinin tıbbi tedaviyi kabul ettiğinin göstergesi haline gelmiş iznin, aynı zamanda tedaviyi reddetme ve durdurmayı da içeren bir anlamı vardır.[176] Hekim hastanın bu hakkını kullanarak yaptığı seçime özerkliğe saygı ilkesi gereği uymak zorundadır.[177] Ancak canlı vericiden yapılacak nakillerde vericinin geçireceği müdahalede kendi yararı bulunmamaktadır. Bu nedenle vericinin özerklik hakkına kamu düzeni, kişilik hakları ve etik ilkeler çerçevesinde bazı sınırlandırılmalar getirilmektedir. Canlı bir kişinin hangi şartlar altında verici olabileceği birinci bölümde, "Canlı Vericiden Yapılan Nakiller" başlığı altında detaylı şekilde ele alındığı için burada tekrar yer verilmeyecektir. Fakat hayat kurtarıcı bir niteliği bulunmayan rahim nakillerinin hem verici hem de alıcı bakımından özel olarak ele alınması gerekmektedir.

Pozitif hukuk açısından rahim nakillerinin canlı vericiden temin edilen organlar ile yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Kompozit yapıdaki rahmin vücuttan alınması sırasında vericiye, diğer organların alınmasına nazaran daha fazla zarar verildiği muhakkaktır. Ancak kişinin yaşamı için risk oluşturmayan rahim alma operasyonu, Dünya'da jinekologların uyguladıkları müdahaleler arasında sezeryandan sonra ikinci sırada yer alan standart bir operasyondur.[178] Genellikle kötü huylu rahim hastalıklarında tedavi amacıyla başvurulan bir yöntem olarak düşünülen bu operasyon, risk grubunda bulunan kişileri jinekolojik kanserden koruma gibi farklı amaçlarla da uygulanmaktadır. Rahim naklinin Dünya üzerinde gerçekleştirilen ilk örneklerinde, organın temin edilmesi bakımından canlı vericilerin tercih edilmesi de rahim alma operasyonunun standart bir müdahale olduğunu destekler niteliktedir.[179] Esasen ne İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ne de ODNK canlı vericiden kompozit nakli yasaklayan bir hüküm içermektedir. Fakat KDNMY 3. maddesinde kompozit doku vericisini beyin ölümü

[174] TACİR, s.109; AYDIN, s.19.
[175] YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003, s.7; AYDIN, s.19.
[176] POLAT, s.71; AYDIN, s.26; ÇOBANOĞLU, s.61.
[177] YENERER ÇAKMUT, s.7; AYDIN, s.19.
[178] DURSUN, Polat "Abdominal Histerektomi (Rahim Alınması)", https://polatdursun.com/abdominal-histerektomi/, E.T.16.10.2020.
[179] "Annesinin Rahmiyle Anne Oldu", NTV, 25.08.2015, https://www.ntv.com.tr/saglik/annesinin-rahmiyle-anne-oldu,-DEAkEiv_kSuO8HbwWMpwA, E.T.11.07.2020.

gerçekleştikten sonraki üç saat içerisindeki ceset olarak tanımlamıştır. Hukukumuzda yürütme organlarına bazı durumlarda düzenleme yetkisi tanınmıştır.[180] Bu yetkinin temel kaynağı Anayasa'dır. Ancak kimi durumlarda yasama organı çıkaracağı kanun ile belli bir alana ilişkin düzenleme yetkisini yürütme organına kısmen ya da tamamen bırakabilir.[181] Bazen de bu yetki işin mahiyetinden kaynaklanır.[182] Kaynağı ne olursa olsun bu yetkinin kullanımı sonucu getirilen düzenlemenin kanuna aykırı olmaması ve kanuna dayanması gerekir.[183]

Kaldı ki temel hak ve özgürlüklerin sadece yasama organı tarafından ve kanunlarla sınırlandırılabileceği göz önüne alındığında Yönergede yer alan hüküm zaten bir anlam ifade etmeyecektir.[184] Zira üreme hakkı negatif bir statü hakkıdır ve kanunlarda yer alan istisnalar haricinde bu hakkın kullanılması kısıtlanamaz.[185] "Bireysel hak ve özgürlükler" ile bağlantısı bulunan üreme haklarının, "sosyal haklar" ile bağlantılı bir yönü de bulunmaktadır.[186] Bu yönüyle devlete bir takım pozitif yükümlülükler yükler.[187] Kişinin üreme hakkını kullanabilmesi için rahim nakline ihtiyaç duyduğu haller bu duruma en iyi örnektir. Bu doğrultuda nakle ihtiyaç duyan kişilerin haklarını kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılması sosyal bir devlet olmanın gereğidir.

2.1.2 Vericinin İzni

2.1.2.1 Canlı Vericinin İzni

Canlı bir vericiden organ veya doku alınması bedensel bütünlüğe yönelen ve geri dönülmesi mümkün olmayan sonuçlar doğuran müdahalelerdir.[188] Ayrıca verici bakımından iyileştirme amacı ve tıbbi bir endikasyon bulunmamaktadır.[189] Bu nedenle canlı vericiden organ ve doku alma tıp etiğinde yer alan zarar vermeme, yararlı olma ve özerkliğe saygı ilkelerinin çatışma alanını oluşturmaktadır.[190] Ancak zarar vermeme ilkesinin hekimin bütün tanı, tedavi ve girişim uygulamalarında gözetmesi gereken

[180] TÜRK, Hikmet Sami, Temel Yasa Anayasa, Ankara, 2019, s.487.
[181] GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Bursa, 2011, s.359.
[182] GÖZLER, s.360.
[183] GÜLGEÇ, Yahya Berkol, Normlar Hiyerarşisi, İstanbul, 2016, s.116; GÖZLER, s.363.
[184] GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, 3.Baskı, Bursa, 2010, s.404.
[185] GÖZLER, s.508; KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 11.Baskı, İstanbul, 2016, s.245; KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul, 2011, s.200.
[186] SERT, Gürkan, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları, İstanbul, 2012, (Üreme Hakkı), s.4.
[187] SERT, Üreme Hakkı, s.4; KALKAN OĞUZTÜRK, s.200.
[188] ERMAN, s.216,217.
[189] GÖKCAN, s.390; AYAN, s.18.
[190] ATAÇ/UÇAR, s.80; AYDIN, s.10.

mutlak ve sınırsız bir ilke olmadığı, yarar ve zarar dengesinin iyi değerlendirilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda kimlerin organ ve doku vericisi olabileceği ve iznin geçerli olması için ne şekilde verilmesi gerektiği üzerinde durulması gereken meseleler halini almaktadır.

2.1.2.1.1 İzin Ehliyeti

Canlı vericiden yapılacak organ ve doku nakillerinde üzerinde durulması gereken esas konu kimlerin canlı organ ve doku vericisi olabileceğidir. Biyotıp Sözleşmesi madde 20'de yine bu Sözleşmenin 5'inci maddesine göre muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerden organ veya doku alınamayacağı ifade edilmektedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında muvafakat verme yeterliliği olmayan bir kişiden kemik iliği gibi kendisini yenileyen dokuların alınmasına bazı şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Bu şartlardan ilki muvafakat verme yeteneğine sahip uygun bir vericinin bulunamamasıdır. İkinci şart alıcının, vericinin kardeşi olmasıyken üçüncü şart bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı bir niteliğe sahip olmasıdır. Dördüncü olarak muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişinin temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makamın, özel olarak ve yazılı şekilde izin vermiş olması ve bu iznin yetkili kurum tarafından onaylanması gerekmektedir. Ayrıca muhtemel verici itirazda bulunmamalıdır.

Görüldüğü gibi Sözleşme muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerden yenilenebilir dokuların alınması için yasal temsilcilerin iznini tek başına yeterli bulmamış, bu iznin yetkili bir kurum tarafından onaylanması şartını da aramıştır.[191] Açıklayıcı Rapor'da yetkili kurumdan kastedilenin bir mahkeme, etik komitesi veya özel yetkili bir kuruluş olabileceği belirtilmiş; ayrıca yetkili bir makamın onayının aranması da, yasal temsilcilerin tarafsız şekilde karar verdiklerinin güvencesini sağlamak şeklinde gerekçelendirilmiştir.

ODNK madde 5'de onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmaktadır. Bu nedenle İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin istisnai düzenlemesine Türkiye Cumhuriyeti tarafından çekince konulmuştur. Bu çekince Sözleşmenin ruhuna, Anayasa'nın 90. maddesine aykırılık arz

[191] BADUR, s.326.

ettiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmekte, çekince koymak yerine mevzuatın söz konusu hüküm çerçevesinde düzeltilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[192]

Sözleşme'nin 27. maddesinde Sözleşmedeki hükümlerden hiçbirinin, tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşmede şart koşulanlardan daha kapsamlı koruma tedbirleri almalarını kısıtlayacak ya da engel olacak şekilde yorumlanamayacağı düzenleme altına alınmıştır. ODNK'nın 5. maddesi vücudundan organ ve doku alınacak kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması yanında 18 yaşını doldurmuş olması şartını da aramıştır. Bu durumun organ ve doku vericisi açısından Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin ikinci fıkrasından daha geniş bir koruma sağladığını ileri süren bir görüşe göre, Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmeye çekince koymamış olsa dahi, maddenin Türk Hukuku açısından uygulanabilirliği bulunmamaktadır.[193]

Kanun koyucu kişinin organ veya doku vericisi olabilmesi için açıkça 18 yaşını doldurmuş olması şartını aramış ve evlilik, mahkeme kararı gibi diğer yollarla ergin olunmasını yeterli bulmamıştır.[194] Maddenin amacının verici çocuğun üstün yararını, velayet hakkına sahip olan anne ve babanın naklin gerçekleştirilmesi konusunda çocuk üzerinde uygulanması muhtemel baskılara karşı korumak olduğu düşünülebilir. Fakat bu baskıların 18 yaşın tamamlanmasıyla ortadan kalkacağını düşünmek çok da mantıklı olmayacağı gibi, bazı durumlarda bu yaş sınırı sakıncalı bir takım sonuçlar da yaratabilir.[195] Örneğin ayırt etme gücüne sahip ve evlenmek suretiyle ergin olan 17 yaşındaki bir kadın kendi fiili ile hak kazanıp, borç altına girebilecek, tasarruflarda bulunabilecek, çocuğu üzerinde velayet hakkını kullanabilecek ama çocuğunun hayatını sürdürebilmesi için gerekli olan organ veya dokunun kendi vücudundan alınmasına izin vermeye ehil sayılmayacaktır.[196]

Kaldı ki Türk Hukuku'nda ODNK ile getirilen 18 yaş altındaki kişilerden ve tam ehliyetsizlerden organ ve doku alınması yasağının önüne Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik (KAHY)[197] ile geçilmektedir. Kemik iliği nakli, bilimsel amaçlarla kişiden materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve bazı organ ve doku nakilleri henüz klinik araştırma safhası içinde değerlendirilerek, organ ve dokular ODNK'da yer alan yasağa

[192] ÜNVER, Yener, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", KHAD I. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, S.2, 2005, s.188; HAKERİ, s.515,516.
[193] BADUR, s.327.
[194] DURAL/ÖĞÜZ, s.115.
[195] ÖZBİLEN, s.272,273.
[196] ÖZBİLEN, s.273.
[197] 13.04.2013 tarih ve 28617 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

rağmen kanuna aykırı biçimde, hem tam ehliyetsizlerden hem de 18 yaşından küçüklerden alınmaktadır.[198] Her ne kadar Anayasa madde 124'te Cumhurbaşkanına, bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarma hakkı tanınmış olsa da; bu yönetmeliklerin kanuna aykırı olmaması gerekmektedir. Yani Yönetmelikle 18 yaş altındaki kişilerden ve tam ehliyetsizlerden organ ve doku almanın yolu açılamaz. Bu hukuka aykırı uygulamayı sonlandırmanın yolu esasen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne konulan çekincenin kaldırılmasıdır.

Hem İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde hem de ODNK'da 18 yaşından büyük, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların organ ve doku vericisi olup olamayacakları düzenleme altına alınmamış olsa da, doktrinde kanunun aradığı iki şartın varlığı halinde, kısıtlıların da verici olmalarına bir engel bulunmadığı görüşü hakimdir.[199] Her ne kadar organ ve doku nakline ilişkin müdahaleler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kabul edilip, temsile kapalı olsa da; doktrinde TMK'nın 16. maddesinde yer alan kuraldan ayrılarak, yasal temsilcinin onayının aranmasının çıkar durumlarına daha uygun düşeceği ifade edilmektedir.[200]

Yargıtay kararına[201] konu olan bir olayda 18 yaşından büyük, ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlıdan kardeşine nakil yapılması amacıyla vasisinin izniyle böbrek alınmıştır. Kısıtlıdan organ alınabilmesi için vasisine izin ve yetki verilmesiyle sonuçlanan ilk derece mahkemesi kararı, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından temyiz edilerek Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Olayda kardeşine vasi olarak atanan davacı, bir diğer kardeşlerine kısıtlıdan organ nakli yapılabilmesi için izin istemektedir. Dosyada yer alan Adli Tıp raporunda, diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda bir böbreğin alınmasının vericinin yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için sorun oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Ancak raporda kişide mevcut akıl zayıflığının naklin anlamını ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanlarını değerlendirmeye engel olduğu da belirtilmiştir. Bu rapor doğrultusunda davacıya izin verilmiştir. Yargıtay, ODNK madde 5'e ve TMK'nın Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün 15. maddesine vurgu yaparak kararı bozmuştur. Gerekçede kanun koyucunun, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni

[198] ÖZBİLEN, s.275.
[199] DURAL/ÖĞÜZ, s.115; BADUR, s.329.
[200] DURAL/ÖĞÜZ, s.115.
[201] Y.18.HD, E.2013/16178, K.2014/3998, 06.03.2014, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T. 04.01.2020.

gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiş olduğu ifade edilmiştir.

2.1.2.1.2 İznin Şekli

Diğer tıbbi müdahalelerin aksine canlı vericiden yapılacak nakillerde kişinin kendi yararı değil alıcının yararı gözetildiğinden, canlı vericiden organ ve doku alınmasına ilişkin iznin geçerliliği bir takım özellikleri taşımasına bağlanmıştır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 19'da iznin açıkça ve özel olarak, yazılı şekilde veya resmi bir makam önünde verilmiş olması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. İznin taşıyacağı açıklık hangi organ ve dokuların alınmasına izin verildiğinin belirlenmesiyle sağlanacağından, kişinin özel bir şekilde belirleme yapmadan kendisinden organ ve doku alınabileceğine ilişkin verdiği genel bir izin geçerli kabul edilmemektedir. [202] Sözleşmenin Açıklayıcı Raporu'nda canlı vericiden organ ve doku alınmasında iznin, Sözleşmenin 5. maddesinde düzenlenen genel izin koşullarından daha sıkı koşullara bağlandığı vurgulanarak, maddede bahsedilen resmi makamın bir mahkeme veya noter olabileceği belirtilmiştir.

Canlı vericiden alınacak izne dair düzenleme ODNK madde 6'da; "*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.*" biçiminde yer almaktadır. Ancak maddenin şekle ilişkin hükmü TMK madde 23 ile kısmen değiştirilmiştir.[203] Söz konusu maddeye göre organ ve doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin nakli için verilen iznin yazılı olması gerekir. Yani artık iki tanık huzurunda sözlü olarak verilen iznin hekim tarafından onaylanması, iznin şekil yönünden geçerli olması için yeterli bulunmamaktadır.[204]

Maddede yer verilen bilinçli ibaresi kişinin organ ve doku vericisi olmanın anlamını ve sonuçlarını algılayabilmesini ifade etmektedir. [205] Kişinin bilinçli karar verebilmesi için de hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gereklidir.

---

[202] BADUR, s.333.
[203] DURAL/ÖĞÜZ, s.116.
[204] DURAL/ÖĞÜZ, s.116.
[205] CİHAN, Hulki, "Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar", BÜHFD, C.1, S.1, 2015, s.90; BADUR, s.333.

Ayrıca ODNHY canlı vericileri iki gruba ayırmış ve alıcının en az iki yıldan beri fiilen beraber yaşadığı eşi veya dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları dışındaki vericilerden organ veya doku alınabilmesi için Etik Komisyon onayı aramıştır.

2.1.2.2 Ölüden Yapılacak Nakillerde İzin ve İznin Aranmadığı Haller

2.1.2.2.1 Ölüme Bağlı Organ Bağışı Yapma Ehliyeti

ODNK madde 14'de kişinin organ ve dokularını bağışladığını vasiyetname ile veya iki tanık huzurunda açıklayabileceği düzenleme altına alınmıştır. Maddeden bu işlemleri yapmaya ehil olan kişinin ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına izin vermeye de ehil olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.[206] Bu nedenle her iki izin beyanı için de vasiyetname yapma ehliyeti aranacaktır. TMK madde 502'ye göre vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gereklidir. Ancak bir görüşe göre bu şartlar malvarlığına ilişkin tasarruflar bakımından aranmalıdır.[207] Kişiye sıkı sıkı bağlı hakların kullanımında TMK madde 16 uygulama alanı bulmalı ve kişinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterli kabul edilmelidir. Örneğin 14 yaşında ve organ yetmezliği yaşayan ya da sevdiği birini bu sebepten kaybetmiş bir çocuğun öldükten sonra organ veya dokularını bağışlayabilmesi için 15 yaşını doldurmuş olması beklenmemelidir. Başka bir görüş kişinin şahsen kullanması gereken bazı haklara, kişinin kanunda belirlenen yaşa ulaştıktan sonra kavuşabileceğini ileri sürmektedir.[208]

Kanun, kişinin sağlığında bir irade beyanında bulunmadığı durumlarda ölenin yakınlarının da organ bağışı yapabilmesine imkân tanımıştır. Ancak yakılardan sadece ölenin çocuklarına yönelik bir ehliyet şartı getirilmiştir. Maddede ölenin reşit çocuklarının, ölenin organ ve dokularını bağışlamaya ehil olduğu düzenlenmiştir. Bu kural ölenin kardeşleri ve diğer yakınları için de uygulama alanı bulacaktır.

2.1.2.2.2 Ölüden Yapılacak Nakillerde İznin Verilme Usulü

Cesetten organ ve doku almak için yapılan müdahalelerin yasal bir temeli bulunmaktadır. Bu nakiller ODNK'da özel olarak düzenleme altına alınmıştır. ODNK madde 14'e göre; "*Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle*

[206] NAR, s.12.
[207] ÖZTAN, s 180.
[208] EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019, s.53.

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." Beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra cesetten organ ve doku alınabilmesi için kişinin ölmeden önce, organ ve dokularının alınmasına izin vermiş olması veya kişinin yaşarken aksi bir düşüncesi olmaması şartıyla ölenin yakınlarının bu izni vermiş olmaları gerekmektedir.

Bir kimsenin ölümünden sonra gerçekleştirilmesini istediği arzu ve isteklerinin sonuç doğurabilmesi için bunları hukuki bir işlemle açığa vurması gerekir.[209] Bu hukuki işlemlere ölüme bağlı tasarruf denilmektedir.[210] Burada kullanılan tasarruf kelimesi sağlararası tasarruf kelimesi ile aynı anlamı karşılamamaktadır.[211] Miras hukukunda bu kelime, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak her türlü emir ve arzusunu ifade etmektedir.[212] Yani ölüme bağlı tasarruf ile tasarruf işlemlerinin yanı sıra ayni nitelikte olmayan, ölenin son arzularına yönelik diğer işlemler de yapılabilmektedir. Bu emir ve arzular terekeye ilişkin oldukları için sağlararası tasarruflar gibi yapıldıkları anda etkili olmaz.[213] Miras bırakanın ölümüyle hüküm doğuracak ölüme bağlı tasarruflarda, tasarruf işlemlerinde bulunan dolaysızlık öğesi zaman açısından eksiktir.[214] Bu nedenle doktrinde tasarruf kelimesi yerine farklı alternatifler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre tasarruf kelimesi yerine işlem kelimesinin kullanılması daha doğru olacaktır.[215] Bir diğer görüşe göre sorun Almanca "Verfügungen" kavramının dilimize ikinci anlamıyla çevrilmesinden kaynaklanmaktadır.[216] Kavramın terminolojideki ilk anlamının talimat olduğunu belirten bu görüşe göre tasarruf kelimesi yerine talimat kelimesi kullanılmalıdır.[217]

Ölüme bağlı tasarruf kelimesi şekli ve maddi olarak iki ayrı anlam içermektedir. Ölüme bağlı tasarruflar şekli anlamda, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğurmasını istediği arzu ve emirlerini açıklarken uymak zorunda olduğu şekil şartlarını

[209] DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, 14.Baskı, C.IV, İstanbul, 2019, s.50.
[210] SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6.Baskı, Ankara, 2019, s.255; DURAL/ÖZ, s.50.
[211] KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 10.Baskı, Ankara, 2019, (Miras), s.97; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019, s.165; SEROZAN/ENGİN, s.260; DURAL/ÖZ, s.50.
[212] DURAL/ÖZ, s.50.
[213] Burada var olan değil de ümit edilen bir hukuki ilişki söz konusudur. Bknz: DURAL/ÖZ, s.50.
[214] SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019, s.17; YAVUZ, Cevdet, Boçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.Baskı, İstanbul, 2019, s.11; SEROZAN/ENGİN, s.273.
[215] KILIÇOĞLU, Miras, s.97; DURAL/ÖZ, s.50; ÖZTAN, s.166.
[216] YÜCEL, Hasta Talimatları, s.28.
[217] YÜCEL, Hasta Talimatları, s.28.

ifade eder.[218] Bu anlamıyla ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın son dileklerini açığa vurduğu belge ya da kalıptır.[219] Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, numerus clausus ilkesine tabidirler.[220] Bu doğrultuda mirasbırakan, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak, vasiyetnameyi ya da miras sözleşmesini seçebilecektir. Ayrıca miras bırakan özellikle vasiyetnamelerde, sadece kanunda öngörülen türlerden birini seçebilir ve seçilen vasiyet türünün de kanunda o tür için öngörülmüş şekil şartlarına uyması gereklidir.[221] Ölüme bağlı tasarrufların bu şekilde sıkı şekil şartlarına bağlanmasının temel sebebi, bütün bir malvarlığına ya da malvarlığının önemli bir kısmına ilişkin önemli ekonomik değerlerin verimsiz intikallerinin önüne geçilmesinin istenilmesidir.[222] Zira şekil, yapanın ölümünden sonra hüküm doğuran ölüme bağlı tasarruflarda bir taraftan tasarrufta bulunanın gerçek niyet ve maksadının tespitini sağlarken, diğer taraftan bu tasarrufların tahrif edilmesini önlemektedir.[223] Ölüme bağlı tasarruflar maddi anlamda, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini yani mirasbırakanın son dileklerini ve emirlerini belirtir.[224]

ODNK madde 14'e göre bir kimseden organ veya doku alınabilmesi için, bu kişinin sağlığında bu yöndeki iradesini resmi ya da yazılı bir vasiyetname ile açığa vurmuş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olması gerekmektedir. Ölüme bağlı tasarruf şeklinde gerçekleştirilebilen cesetten organ veya doku alınmasına yönelik bu irade beyanının geçerliliği de, ölüme bağlı tasarrufların şekil ve diğer geçerlilik şartlarını taşımasına bağlıdır.[225] Ancak ODNK madde 14'de yer verilen "iki tanık huzurunda" açıklanan irade beyanına geçerlilik tanımak, TMK'da tahdidi olarak sayılan ölüme bağlı tasarruflara yeni bir tür eklemek olacaktır. Bu nedenle kanunda açıkça belirtilmese de burada sözlü vasiyetin mevcudiyetinin kabul edilmesi gerektiği ve irade beyanının geçerliliğinin sözlü vasiyetin geçerlilik şartlarına tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir.[226]

---

[218] DURAL/ÖZ, s.52; ÖZTAN, s.175.
[219] DURAL/ÖZ, s.53; SEROZAN/ENGİN, s.260; KILIÇOĞLU, Miras, s.98.
[220] DURAL/ÖZ, s.53; SEROZAN/ENGİN, s.260; KILIÇOĞLU, Miras, s.102.
[221] DURAL/ÖZ, s.53; SEROZAN/ENGİN, s.260.
[222] İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10.Baskı, Ankara, 2019, s.172.
[223] İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.172.
[224] DURAL/ÖZ, s.55; SEROZAN/ENGİN, s.260; KILIÇOĞLU, Miras, s.98,99.
[225] AKINCI, Şahin, "Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, (Ölüden Organ Alınması), s.139.
[226] AKINCI, s.70; KILIÇOĞLU, Organ Nakli, s.260.

Uygulamada Sağlık Bakanlığı tarafından matbu olarak hazırlanmış organ bağışı senetleri kullanılmaktadır.[227] Hukuki dayanağını Kanun'daki "*iki tanık huzurunda beyan etmek*" ifadesinden alan bu senetlerde hem verici ve tanıklara ilişkin ayrıntılı bilgiler hem de vücuttan hangi organların alınacağına dair bilgiler yer almaktadır.[228] Organ bağışı senedinin düzenlenmesinin ardından organ bağışında bulunan kişiye organ bağışı kartı verilmektedir.[229] Ancak irade beyanını içeren kısmın matbu olmasından dolayı bu bağış kartları el yazılı vasiyetname olarak değerlendirilemez.[230] Çünkü Kanun, el yazılı vasiyetnamelerde adi yazılı şekilden farklı olarak, nitelikli adi yazılı şekli geçerlilik şartı olarak düzenlemiştir.[231] Bu doğrultuda tarih dâhil bütün vasiyetnamenin mirasbırakanın el yazısıyla yazılması gerekmektedir. Kanun'un aradığı şekil şartlarından hiçbirine uymadığı için bu kartların hukuken geçerliliği bulunmamaktadır.

Kanun, kişinin sağlığında bir irade beyanında bulunmadığı durumlarda sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birinin; bunların olmadığı durumlarda herhangi bir yakınının muvafakatiyle cesetten organ veya doku alınabileceğini düzenleme altına almıştır. Kanunda belirtilen ölüm anında yanında bulunma koşulu, nakledilecek organın canlılığını yitirmemesi ve fonksiyonlarını alıcıda yerine getirebilmesi için, ölümün hemen ardından cesetten ayrılması zorunluluğu göz önüne alınarak getirilmiştir.[232] Ayrıca kanunun düzenlenme tarzına bakıldığında, yakın kavramından yalnızca, ölen kişinin mirasçılarının kastedilmediği de anlaşılmaktadır.[233]

Kanun rıza göstermeye yetkili kişileri sırayla saydığı için ilk önce ölenin eşinin rızası araştırılacak, eş rıza göstermemişse diğerlerin rızasını araştırmaya gerek olmayacaktır. İkinci sırada ölenin reşit çocuklarına yer verilmiş ve çocuklardan birinin rızası yeterli görülmüştür. Ancak bu hüküm rıza göstermeyen çocukların kişilik haklarını ihlal ettiği için eleştirilmekte, ölüm anında ölenin yanında bulunan yakınlarının oybirliğinin aranmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir.[234] Aynı eleştiri üçüncü sırada sayılan ölenin ana, baba ve kardeşlerinden bir tanesinin rızasının yeterli görülmesi

[227] "T.C. Sağlık Bakanlığı Organ ve Doku Bağış Formu"; https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/19641,organ-ve-doku-bagis-formupdf.pdf?0, E.T. 01.02.2020.
[228] NAR, Ahmet, "İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması", KHD, S.55-56, 2009, s.10.
[229] NAR, s.11.
[230] AKINCI, Ölüden Organ Alınması, s.140.
[231] DURAL/ÖZ, s.79.
[232] GÜRZUMAR, s.385; KIZILARSLAN, s.1015.
[233] DURAL/ÖĞÜZ, s.29.
[234] AKINCI, Ölüden Organ Alınması, s.141; CİHAN, s.92.

bakımından da geçerlidir. Yöneltilen bir diğer eleştiri de, yakınlık derecesi esas alınarak yapılan sıralamada eşin ilk sırada yer almasına karşın çocukların ikinci sırada yer almasıdır.[235] Bu yaklaşım doğru bulunmamakta, eş ve çocukların aynı grupta yer alması gerektiği ileri sürülmektedir.

Kompozit doku nakillerinde kompozit doku vericisinin rızası ile ilgili hususlar KDNMY'de özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Yönergenin 28. maddesine göre bir cesetten kompozit dokunun alınabilmesi için potansiyel donörün sağlığında imzaladığı ya da donörün ölümünden sonra izin vermeye yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığının özel olarak belirtilmiş olması gereklidir.

2.1.2.2.3 İznin Aranmadığı Haller

Ölüden organ veya doku alınmasında iznin gerekli olmadığı hallere de değinilmesi gerekmektedir. Ölüden organ veya doku alınması konusunda kabul gören rıza, itiraz ve zaruret modeli olmak üzere üç model vardır.[236] ODNK madde 14'ün birinci fıkrasında rıza modeli kabul edilmekle beraber, diğer fıkralarında sınırlı bir biçimde itiraz ve zaruret modellerine de yer verilmektedir. ODNK madde 14'ün ikinci fıkrasında aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik meydana getirmeyen dokuların cesetten alınabileceği ifade edilmektedir. Maddeye göre, ceset üzerinde bir değişiklik oluşturmayan dokularının alınmasını istemeyen kişiler, bu konuda itirazlarını bildirmek zorundadır. İtiraz etmemişlerse bu tür dokular yakınlarının izninin bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmaksızın alınabilecektir.

ODNK madde 14'ün dördüncü fıkrasında yer verilen zaruret modeline göre ise kaza veya doğal afet sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş ve yanında yakınları bulunmayan bir kişinin sağlam organ ve dokuları alınabilir. Bu kişinin tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığının hekimler kurulu raporuyla belgelenmesi kaydıyla, ivedilik ve zorunluluk arz eden durumlarda vasiyet ve izin aranmaksızın organ ve dokuları alınarak yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere nakledilebilir. Bu durumda, adli otopsi, işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir.

---

[235] AKINCI, Ölüden Organ Alınması, s.141.
[236] ŞAHAN, Gökhan, "Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s.180; AKSARAY, s.162; ERMAN, s.222 vd.

Görüldüğü gibi bu hükme göre bir kimseden organ veya doku alınabilmesi için öncelikle "ivedilik" ve "tıbbi zorunluluk" şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bir görüşe göre kanun bu kelimelerle zaruret halini kastetmektedir ve bu hallerde cesetten, ölenin ya da yakınlarının izni bulunmasa dahi organ veya doku alınabilir.[237] Diğer bir görüş buradaki zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olan "zorda kalma" anlamında kullanılmadığını ileri sürmektedir.[238] Zorunluluk halini kanunun öngördüğü koşullardan biri olarak ele alan görüş, bu koşullara uygun şekilde nakli gerçekleştiren hekimin "kanun hükmünü yerine getirme" hukuka uygunluk nedeninden yararlandığını belirtmektedir.[239]

Alınacak organa acilen ihtiyaç duyan bir hasta yoksa organ veya dokunun alınması hukuka aykırı olacaktır. Ancak ülkemizde organ bağışlarındaki yetersizlik ve organ bekleyen hasta sayısının fazlalığı göz önüne alındığında, bu hükümle ölene yaşam ötesi bir sosyal mükellefiyet yüklenmektedir. Çünkü acil organa ihtiyacı olan kişiler, bu hükme dayanarak kaza veya doğal afet sonucu ölen kişilerin cesetleri üzerinde haklarının bulunduğunu ileri sürebilirler. Fakat ölene böyle bir yükümlülük yüklenmek isteniyorsa, genişletilmiş rıza modeli yerine itiraz sistemi modelinin benimsenmesi daha adil olacaktır.

İkinci olarak kişinin kaza veya doğal afet sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet neticesinde hayatını kaybetmiş olması ve yanında yakınlarının bulunmaması gerekir. Hayatına devam edebilmesi ölüden alınacak organa bağlı olan hasta ile ölenin yakınlarının ceset üzerindeki kişilik haklarının çatıştığı bu durumda, ölüm şekline göre bir ayrım yapılmaktadır.[240] Bunun temelinde ya cesedin kaza veya doğal afet sonucu harap olması nedeniyle, yapılacak müdahalenin ölenin yakınlarına bir saygısızlık oluşturmayacağı düşüncesi ya da bu şekilde ölen kişilerin yakınlarının ölüm anında yanında olmayacağı varsayımı yer almaktadır.[241] Ancak bu çıkış noktaları yanlıştır. Birincisi harap olmuş bir cesetten organ alınmasının saygısızlık oluşturmayacağı düşüncesiyle hareket ediliyorsa, hem ölenin hayattayken var olan ve cansız bedeninin saygınlığını kapsayan kişilik hakkının hem de yakınlarının ceset üzerindeki manevi dokunulmazlıklarının, ölüm ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin ya da ceset ne durumda olursa olsun hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bulunduğu göz ardı

[237] AKINCI, s.61.
[238] ERMAN, s.223.
[239] ERMAN, s.223.
[240] CİHAN/SERT, s.22; CİHAN, s.95.
[241] GÜRZUMAR, s.385.

edilmemelidir.[242] İkincisi başka bir sebeple ölen kişilerin de ölüm anında yanında yakınları bulunmayabilir. Bu nedenle eğer kişinin cesedinden acil ve zorunlu durumlarda, alıcın üstün yararı amacıyla organ alınabilmesi hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmek isteniyorsa bu durum başka sebeple ölmüş ve cesedi harap olmamış kişileri de kapsamalıdır.[243]

Ayrıca önemli olan, ölüm anında sayılan yakınların ölenin yanında bulunup bulunmaması olduğundan, hekimin, ölenin yakınları olup olmadığını veya yakınları varsa bunların nerede olduğunu araştırması gerekmemektedir. Bu nedenle sadece hastane içerisinde yapılacak basit bir araştırma yeterli olacaktır.[244] Ancak uygulamada hekimler, organ veya dokunun alınmasından sonra hastaneye gelen yakınların tepkisiyle karşılaşmakta ve bu da hekimi nakledilecek organı alma konusunda çekingen hale getirmektedir. Bu sorun, karar verme yetkisinin hastane yönetimine bırakılmasıyla çözülebilecektir. Bu doğrultuda hastane yönetimi ölen kişinin yakınlarının o anda hastanede olup olmadıklarını basit bir araştırmayla tespit etmeli, yakınlar bulunamamışsa durum hastane yönetimi ve polisin birlikte düzenledikleri tutanağa geçirilerek, hekime organ veya dokuları alma yetkisi verilmelidir.[245]

Üçüncü olarak da tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığının hekimler kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu 11. maddeye göndermede bulunarak, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığını tespit etme görevini tıbbi ölümün gerçekleştiğini tespit edecek kurula vermiştir. Ancak ölüm gerçekleşmeden vücuttan organ ve doku alınması zaten mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun bu maddeyle alınması planlanan organ veya dokunun sağlam olduğunun ve ölümün başka organ ve dokulardan kaynaklandığının belgelenmesini amaçladığı kanaatindeyiz. Zira zaten işlevini yerine getiremeyen organ veya doku için cesedin bütünlüğü ve ölenin yakınlarının ceset üzerindeki kişilik hakları ihlal edilmemelidir.

ODNK kapsamına yaşayan kişilerden ve ölüden organ ve doku nakilleri alınarak, hiç hayata gelmemiş embriyodan yapılacak nakillere kanunda yer verilmemiştir. 2817 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un (NPHK)[246] 5. maddesinde gebeliğin onuncu

[242] GÜRZUMAR, s.386; DURAL/ÖĞÜZ, s.29.
[243] GÜRZUMAR, s.385,386; CİHAN/SERT, s.22.
[244] AKINCI, Ölüden Organ Alınması, s.142,143.
[245] AKINCI, Ölüden Organ Alınması, s.143.
[246] 27.05.1983 tarih ve 18059 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

haftası doluncaya kadar annenin sağlığı bakımından tıbbi sakınca bulunmadığı takdirde istek üzerine rahmin tahliye edilebileceği düzenleme altına alınmıştır.[247] Gebelik süresi on haftayı geçmişse rahim sadece gebelik annenin hayatı bakımından risk oluşturuyorsa ya da doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete sebep olacaksa, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilebilecektir. Müdahale edilmediği takdirde yaşamı ya da yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden hekim tarafından da gerekli müdahalede bulunularak rahim tahliye edilebilir.

Ancak bu hallerde bir doğum söz konusu olmadığından bir ölüm de söz konusu değildir. Burada sorun yasal bir müdahale neticesinde elde edilen embriyo veya ceninin nasıl kullanılabileceği sorunu olduğundan kürtaj ile rahimden tahliye edilen embriyo veya düşük sonucu kaybedilen ceninden yapılacak nakiller özel olarak ele alınmalıdır.[248] Bunun örneği Alman Hukukunda görülmektedir. Federal Almanya Cumhuriyeti'nde embriyo ve fetüsten yapılacak organ nakilleri özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemeye göre anne karnında ölen embriyo ve fetüsten organ ve doku alınabilmesi için ilk olarak embriyo veya fetüsün ölmüş olduğunun tıbbi standartlara göre kesin olarak saptanması, ikinci olarak gebe olan kadının organ ya da doku alımına yazılı olarak rıza göstermesi gerekmektedir.[249] Ancak embriyo veya fetüsün ölümü kürtaj ile gerçekleşiyorsa organ ve doku nakli yapılmamalı, ölü ceninden yararlanılmamalıdır.[250]

2.1.3 Alıcının İzni

2.1.3.1 İzin Ehliyeti

Tıbbi müdahalelere verilen iznin geçerli olabilmesi için gönüllülük ve yeterlilik unsurlarını içermesi gerekir.[251] Gönüllülük, verilen iznin her türlü baskıdan uzak, kişinin kendi özgür iradesine dayanmasını ifade eder. Yeterlilik ise kişinin kendisine sunulan bilgileri kavrayabilmesini ve doğru bir şekilde değerlendirerek sağlıklı sonuçlara

[247] NPHK madde 5'e göre; "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir*."
[248] ATAMER, s.119; ÜNVER, Hukuksal Boyut, s.221.
[249] KOCAMAZ ŞAHİN, s.59.
[250] KOCAMAZ ŞAHİN, s.59.
[251] OĞUZ, Yasemin N., "Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, Ankara, 1994, s.66; III.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu "Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları" Sonuç Bildirgesi, TETHDB, S.7-8, Ocak- Temmuz 2009, s.22, https://docplayer.biz.tr/3424813-Tip-etigi-ve-tip-hukuku-dernegi-bulteni.html, E.T.16.10.2020.

ulaşabilmesini temel alan geniş bir kavramdır.[252] Medeni hukuk çerçevesinde kişinin yeterliliğiyle kastedilen fiil ehliyetidir. Bu bağlamda fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip fakat henüz reşit olmamış kişilerin izninin geçerli olup olmayacağı üzerinde durulması gereken bir mesele halini alır.

TMK madde 16'da ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duymadıkları, yani tam ehliyetli oldukları düzenlenmiştir. Ancak bu hakların neler olduğuna maddede yer verilmemiştir. Doktrinde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar iki gruba ayrılmıştır.[253] Bunlardan mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekir. Buna karşı nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibi ayırt etme gücüne sahip değilse yasal temsilci tarafından kullanılabilir. Tıbbi müdahaleye izin verme hakkı nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.[254]

Her ne kadar TMK madde 16'da ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye kendisinin izin verebileceği hüküm altına alınmışsa da, doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre hasta küçük ya da kısıtlı ise tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için yasal temsilcinin izni şarttır.[255] Ancak küçük ayırt etme gücüne sahipse onun da görüşü alınmalıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için ayırt etme gücüne sahip küçüğün izninin şart olduğunu savunan bir diğer görüş, özel kanunlarda öngörülen hallerde yasal temsilcinin de izninin alınması gerektiğini ileri sürmektedir.[256] Bu görüşün temelinde küçüğün korunması gerektiği düşüncesi yer alır. Hekimin önerdiği bir tedavi karşısında küçüğün korunmasının gerekli olmadığını ifade eden bir diğer görüş, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin bu haklarını kullanması yasal temsilcinin iznine bağlandığında, sağlanan ayrıcalığın kâğıt üzerinde kalacağı kanaatindedir.[257]

Sağlık mevzuatımıza baktığımızda hastanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına göre bir ayrım yapılmadığını görmekteyiz. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK)[258] 70. maddesinde hastanın küçük veya kısıtlı

[252] TÜZÜN, Birgül/İMDAT, Elmas/AKKAY, Erdem, "Çocuklara Yönelik Tıbbi Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam", III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara, 1998, s.190; AYDIN, s.20,21.
[253] Sınıflandırma için Bknz: SEROZAN, Medeni Hukuk, s.445; ŞENOCAK, s.73.
[254] ŞENOCAK, s.73.
[255] HELVACI, s.117.
[256] DURAL/ÖĞÜZ, s.107; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.211.
[257] ŞENOCAK, s.76; ERDOĞAN/KESKİN, s.253; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.443,444.
[258] 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 14.04.1928 tarihinde 863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

olduğu durumlarda yasal temsilcinin izninin aranacağı düzenleme altına alınmıştır. Burada TMK madde 16'ya bir istisna getirilmiştir. Bu nedenle iki hüküm beraber yorumlanmalı ve bir bütün olarak ele alınmalıdır.[259]

Ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı "göreceli"[260] bir nitelik taşıyan küçüğün, kimi müdahaleler için ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilse de; yüz nakli gibi risk oranı yüksek müdahalelerde bu durum karmaşık bir hal alır. Yetişkin bir kişinin dahi, söz konusu müdahalenin risklerini elde edeceği yarar karşısında tartıp tartamadığı şüpheliyken, bu kişinin küçük olması durumunda nasıl bir yol izleneceği kritik bir öneme sahiptir. Yetişkinlik dönemine göre daha aktif bir dönem olan çocukluk döneminde, ciddi manada yüz deformasyonu yaşayan bir çocuğun gelişimini tamamlanması oldukça zordur. Görüntüsü yüzünden etkileşim içerisinde olduğu ve etkileşim içerisinde olması gerektiği aile ortamından, okuldaki ortamından ve arkadaşlarından kendini soyutlayan çocuğun birtakım psikolojik sorunlar yaşaması kaçınılmazdır. Bu bağlamda yetişkinlere yapılan yüz nakillerini hukuka uygun hale getiren sosyal ve psikolojik endikasyonların çocuklarda haydi haydi bulunacağı açıktır.[261] Ayrıca kişinin nefes alma, konuşma, çiğneme, koku alma gibi birçok fonksiyonu kazanmasında etkili olan yüz nakilleri, çocuğun hayat kalitesinde büyük bir artış meydana getirecektir.

Aslında uygulanacak cerrahi yöntemler bakımından yetişkinlere yapılan yüz nakilleri ve çocuklara yapılacak yüz nakilleri arasında bir fark yoktur.[262] Fakat çocuklara uygulanacak yüz nakilleri bir takım etik sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların temelinde çocukların fiziksel ve psikolojik gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları yatmaktadır.[263] Bu durum çocuğun aydınlatılma ve karar verme sürecini de etkilemektedir. Çocuğun gelişimine bağlı olarak düşünceleri de sürekli değişmekte ve bu da verilen iznin geçerliliğini şüpheye düşürmektedir. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip küçüğün izninin yanında yasal temsilcinin izninin de aranması küçüğün menfaatinin korunması bakımından gereklidir. Yüz naklinin, diğer tıbbi müdahalelere nazaran daha

[259] YÜCEL, Özge, "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, (Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları), s.211.
[260] HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek-Tüzel Kişiler), İstanbul, 2014, s.19; ERDOĞAN/KESKİN, s.238; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.210; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.289.
[261] PERPICH, Diane, "Vulnerability and the Ethics of Facial Tissue Transplantation", Bioethical Inquiry, C.7, S.2, 2010, s.175.
[262] FLYNN, Jennifer/SHAU, Randi Zlotnik/HANSON, Mark D./BORSHE, Gregory H./ZUKER, Ronald, "Pediatric Facial Transplantation: Ethical Considerations", Plastik Surgery, C.22, S.2, 2014, s.67.
[263] BENGHİAC, Ana-Gabriela/GARRETT, Jeremy R./CARTER, Brain S., "Ethical Issues in Pediatric Face Transplantation", Pediatric Transplantation, C.21, S.7, 2017, s.2.

ciddi riskler barındırdığı göz önüne alınırsa, her iki velinin de izninin alınması yerinde olacaktır.[264]

Burada cevaplandırılması gereken asıl soru ayırt etme gücüne sahip küçüğün ve yasal temsilcinin çatışmaya düşmesi halinde ne yapılacağıdır. Acil müdahale gerektirmeyen yüz nakillerinde yasal temsilcinin müdahaleye izin vermemesi durumunda, HHY madde 24'ün dördüncü fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Maddeye göre tıbben gerekli müdahalelere yasal temsilci tarafından izin verilmemesi halinde, TMK'nın 346. ve 487. maddeleri uyarınca aile mahkemesine başvurularak çocuğu koruyucu önlemler alınabilir. Mahkeme yasal temsilin kötüye kullanıldığına karar verirse, hâkimin kararı yasal temsilcinin kararının yerine geçer.[265] Yasal temsilcinin müdahaleye izin verdiği fakat ayırt etme gücüne sahip küçüğün izin vermediği durumlarda ise hastanın özerk iradesine saygı duyulması gerekir.

Hastanın ayırt etme gücünden yoksun olmasının sebebinin yaş küçüklüğü olduğu durumlarda "beklenen özerklik" kavramı bize yol gösterici olacaktır.[266] Beklenen özerklikte kişi ayırt etme gücünü henüz kazanmamıştır, fakat gelecekte kazanabilecek durumdadır.[267] Yani kişi kendi iradesini ileride ortaya koyabilecektir. Bu nedenle yüz nakli gibi hayat kurtarıcı bir niteliği bulunmayan ve telafisi mümkün olmayan riskler barındıran müdahalelerde kişinin kendi iradesini ortaya koyabilmesi için, müdahalenin birkaç sene ertelenmesi daha doğru olacaktır.

Literatürde alıcısı en genç yüz nakli olarak ülkemizde 19 yaşındaki bir gence yapılan yüz nakli yer almaktadır.[268] Çocuklar üzerinde henüz denenmemiş araştırma niteliği taşıyan bu nakil türünün uzun vadede ne gibi sonuçlar meydana getireceği bilinmemektedir. Ancak hastanın tedavi edilebilmesi için o zamana kadar uygulanan yöntemlerin yetersiz kaldığı durumlarda iyileştirme amaçlı denemelere başvurulabilir.[269] Hastanın tedavisine yönelik deneme faaliyetlerinde dikkat edilmesi gereken husus

---

[264] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.212.
[265] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.212; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.325.
[266] YÜCEL, Özge, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Ankara, 2018, (Hasta Talimatları), s.270.
[267] YÜCEL, Hasta Talimatları, s.270.
[268] FLYNN/SHAU/HANSON/BORSHE/ZUKER, s.67; "Türkiye'de İlk Yüz Nakli Yapıldı", Hürriyet, 23.01.2012, https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/saglik/turkiyede-ilk-yuz-nakli-yapildi-19737711, E.T.16.10.2020.
[269] DOĞAN, Cahid, "İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi Amaçlı Deneme Suçları", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, Ed. Yener ÜNVER/Ali Kemal YILDIZ/Onur ÖZCAN, İstanbul, 2008, s.94; YÜKSEL, s.29; METİN, s.409 vd.

müdahalenin hem tıp bilimine hem hukuka hem de etik ilkelere uygun şekilde gerçekleştirilmesidir.[270]

2.1.3.2 İznin Şekli

Organ veya doku vericiden alındıktan sonra, alıcıya nakli esnasında, alıcının geçireceği tıbbi müdahale genel izin kurallarına büyük bir istisna teşkil etmemektedir.[271] TŞSTİDK madde 70'e göre zaten büyük ameliyei cerrahiyeler için bu iznin yazılı olması şart ise de, TMK madde 23'ün üçüncü fıkrası alıcı-verici ayrımı yapmaksızın ve büyük ameliyei cerrahiye olup olmadığına bakılmaksızın iznin yazılı olarak verilmesi şartını aramaktadır. Ancak yaşam kurtarıcı olmayan özelliği, alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayan ilaçlara ve buna bağlı komplikasyon ve yan etkilere maruz kalacağı göz önüne alınarak kompozit doku nakilleri bakımından alıcının rızası özel olarak düzenleme altına alınmıştır. KDNMY madde 28'in ikinci fıkrasına göre kompozit nakillerde alıcı adayı veya yasal temsilcisi, nakil işlemi yapılmadan önce diğer alternatif tedavi yöntemlerinin uygulanmış olmasına rağmen ya da doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik ameliyatlara rağmen sonucun tatmin edici olmadığını yazılı olarak beyan etmiş olmalıdır.

Bu beyandan sonra kompozit doku alıcı adayına veya yasal temsilcisine, yapılacak naklin türüne göre yönetmelikte yer alan bilgilendirilmiş onam formu verilerek bu formu incelemeleri için süre tanınır. Zira hastanın ya da yasal temsilcisinin formda yazılanları ve anlatılanları bütün yönleriyle değerlendirebilmesi biraz zaman istemektedir. Bu zaman zarfından sonra da hastanın ya da yasal temsilcisinin neyi ne kadar anladığı kontrol edilmelidir. Ancak yönergeyle getirilen bu düzenleme Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. Çünkü düzenleme kişinin Anayasa ile güvence altına alınan yaşama, maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını açık bir şekilde ihlal etmektedir.

2.2 İzin Dışında Kalan Hukuka Uygunluğun Diğer Koşulları

2.2.1 Naklin Nakil Merkezinde ve Yetkili Tabip Tarafından Yapılması

Organ ve doku nakillerinin izin dışında kalan hukuka uygunluk koşullarından ilki naklin gerekli idari izni almış sağlık kurumlarında ve yetkili tabipler tarafından yapılmasıdır. Organ ve doku almaya, saklamaya, aşılamaya ve nakline yetkili sağlık

[270] AYAN, s.13.
[271] DURAL/ÖĞÜZ, s.114.

kurumları ODNK'nın 10. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması, nakli ve organ veya dokunun temin edilmesi, Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş yeterli uzman personele ve teknik donanıma sahip kurumlarca yapılacaktır. Bu maddede nakil yapılacak merkezin gerekli uzman personele ve araç gereçlere sahip olması gerektiği vurgulanarak, nakil merkezlerinin standartları ortaya konulmuştur.

2.2.1.1 Nakil Merkezlerinin Sahip Olması Gereken Nitelikler

Karaciğer, böbrek, akciğer, kalp, kalp-akciğer ve pankreas nakli yapan sağlık kurumlarının sahip olması gereken nitelikler Organ Nakli Merkezleri Yönergesi'nde (ONMY)[272] ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönerge nakil işlemlerinin organ nakillerinin uygulandığı tıbbi tedavi merkezlerinde yapılabileceğini belirtmiş, merkezlerin kuruluş ve planlamasını düzenleme altına almıştır. ONMY madde 6'ya göre nakil merkezleri, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ya da tüzel kişiler tarafından, bunlara ait genel ve özel hastaneler bünyesinde, bir ya da birden fazla organ nakli türü için bir ünite biçiminde kurulmaktadır.

ONMY nakil merkezinde bulunması gereken birimleri ve merkezin sahip olması gereken donanımları, merkezde gerçekleştirilecek nakil türlerine göre ayrı ayrı düzenleme altına almıştır. Ancak türü ne olursa olsun merkezde güvenli kan temini sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınması zorunludur. Ayrıca merkezi steril depo ile eczaneler, nakil için yeterli düzeyde planlanmalıdır.

Organ nakli merkezleri ilgili Bilimsel Danışma Komisyonu tarafından izlenir ve denetlenir. Nakil merkezleri her yılın sonunda yaptıkları nakil sayılarını, hastaların sağlık durumlarını, gerçekleşen komplikasyonları, uygulanan tedavileri ve Yönergede yer alan hasta takip formlarını bir dosya oluşturarak yıl sonuna kadar Bakanlığa sunmak zorundadır. Komisyon dosyaları inceledikten sonra merkezlere ilişkin görüş ve önerilerini rapor halinde Ulusal Koordinasyon Kuruluna iletir. Bu raporların incelenmesi nihayetinde merkezlerin açılma iznine ilişkin niteliklerini kaybettikleri ya da faaliyetlerinin sakıncalı olduğu tespit edilirse, faaliyetleri Bakanlık tarafından geçici olarak ya da tamamen durdurulur.

[272] Organ Nakli Merkezleri Yönergesi Sağlık Bakanlığı'nın 13.02.2012 tarih ve 6157 sayılı onayları ile yürürlüğe girmiştir.

Kompozit doku nakli yapan sağlık kurumlarının nitelikleri ise Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nde düzenleme altına alınmıştır. KDNMY madde 9'da yer alan düzenlemeye göre nakil merkezleri, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından, bunlara ait hastanelerde ayrı bir ünite şeklinde veya var ise ruhsatlı organ nakli merkezinin bünyesinde kurulabileceklerdir. Kompozit doku nakli merkezlerinin faaliyete geçebilmesi için Bakanlıktan ruhsat ve faaliyet izin belgesi alınması zorunludur.

2.2.1.2 Yetkili Tabibin Sahip Olması Gereken Nitelikler

Tıbbi müdahalenin uygulanması sonucu meydana gelecek zararlar doğrudan insan hayatı ve vücudu üzerinde ortaya çıkacağı için, tıbbi müdahalenin kim tarafından uygulanacağı oldukça önemlidir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olan kişiler TŞSTİDK'da düzenleme altına alınmıştır. Bu kanuna göre hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcıları ve hemşireler tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişilerdir. Ancak sayılanlardan her biri sadece mevzuatta yetkili kılındığı tıbbi müdahalelerde bulunabilirler.[273]

Özel kanunlarda uzmanlık şartının arandığı hallerde, tıbbi müdahalenin o konuda uzman hekimler tarafından yapılması gerekmektedir. Uzman hekimler, lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra belirli bir anabilim dalında lisansüstü uzmanlık eğitimi görmüş kişilerdir.[274] Ülkemizde uzmanlık eğitimleri Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği (TDHUEY)[275] çerçevesinde gerçekleştirilir. Tanımların ve kısaltmaların yer aldığı Yönetmeliğin 3. maddesine göre uzmanlık eğitimi tıp veya diş hekimliğinde uzman olabilmek için gerekli olan eğitim ve öğretimi, uzman ise çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda mesleğini uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisini kazanmış kişileri ifade etmektedir. Maddede uzmanların ilgili alanda mesleğini uygulama hakkı ve unvan kullanma yetkisi kazandığı düzenlenmiş, ancak söz konusu alanda tek yetkili oldukları düzenlenmemiştir.

TDHUEY'nin 27. maddesinde bu Yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanların, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamayacakları

[273] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.194.
[274] AYAN, s.5.
[275] 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü gibi Yönetmelik uzmanlık belgesi olmayan hekimlerin uzman unvan ve yetkisini kullanmalarını yasaklanmış fakat uzmanlık alanıyla ilgili bir müdahalede bulunmalarını yasaklamamıştır.[276] Bu da tecrübe ve yeterlik gerektiren tıbbi müdahaleler bakımından hekimin yetkisinin net bir şekilde sınırlandırılmamış olduğunu göstermektedir.[277]

Ayrıca TŞSTİDK'nın 8. maddesinde Türkiye'de hekimlik mesleğini icra edebilmek için bu kanunda aranan şartları taşıyan kişilerin genel surette hastalıkları tedavi hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir. Yine bu Kanunun 23. maddesinde zaruret bulunan hallerde müdahalenin uzman olmayan hekim tarafından da gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar zaruret hali dışında, cerrahi müdahalelerin o alanın dışındaki uzman hekimlerce yapılması, yapılan işlemin tıbbi müdahale olma niteliğini ortadan kaldırmayacak olsa da hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.[278]

ODNK'nın 10. maddesinde nakli yapacak personelin uzman olma zorunluluğu belirtilmiş, organ nakli yapacak uzman hekimler ile ilgili standartlar ONMY'de düzenleme altına alınmıştır. ONMY merkez sorumlusu olacak hekimin eğitim kriterlerini, merkezde bulunması gereken personeli ve niteliklerini, hastanede bulunması gereken birimleri ve donanımı yapılacak her bir organ nakli türü için ayrı ayrı düzenleme altına almıştır. Ayrıca merkezde tam zamanlı çalışacak sorumlu bir uzman bulunması zorunludur. Yönergenin 10. maddesine göre alıcının nakil sonrası bağışıklığını baskılayan ilaçların yan etkileri ve diğer tüm komplikasyonlar bakımından aydınlatılmasından bu uzman sorumludur. Hastanın nakil işlemine hazırlanması, naklin gerçekleştirilmesi, nakil sonrası tedavi ve takip işlemleri de bu uzmanın sorumluluğundadır. Merkezde sorumlu uzman tarafından yerine getirilmesi gereken işlemlerde ona yardım etmek için, tam zamanlı çalışan bir uzman yardımcısı da bulundurulur. Kompozit nakil yapılacak merkezlerde görev alacak hekimlerin ve diğer personellerin sahip olması gereken nitelikler KDNMY madde 14 ve devamında düzenlenmiştir. Merkezlerde çalışacak hekimlerin uzmanlık alanları ve taşıması gereken nitelikler yapılacak naklin türüne göre değişmektedir.

[276] HAKERİ, s.242.
[277] GÜNEY TUNALI, Fatma Işıl, "Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.304.
[278] AYAN, s.6.

2.2.2 Tıbbi Gereklilik ve Yararlılık

Tıbbi açıdan gereklilik tıp literatüründe endikasyon olarak adlandırılmakta ve tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için tıbbi bir endikasyona dayanarak, kişinin yararına gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[279] Ancak endikasyon kavramı canlı vericiden organ ve doku alınması için gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin amacını açıklamada yetersiz kalmaktadır.[280] Ayrıca işlevini yerine getiremeyen bir organın yenisi ile değiştirilerek yaşam kurtarıcı ve yaşam kalitesini artırma özelliği ile ön plana çıkan diğer organ nakillerinin aksine, kompozit doku nakillerinin yaşam kurtarıcı bir özelliği yoktur.[281] Kompozit doku nakillerinde temel amaç anatomik yapıya uygun fonksiyonel olarak tamlığı sağlamak ve yaşam kalitesini artırmaktır. Bu nedenle günümüzde tıbbi endikasyon haricinde, sosyal ya da psikolojik endikasyon gibi bazı endikasyon türleri geliştirilmiştir.[282] Aslında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu endikasyon kavramıyla ölçmek yerine, müdahalenin kişinin sağlık refahını sağlama, koruma ve artırma amaçlarına yönelmiş olmasının yeterli kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.[283]

Hayat kurtarıcı niteliğe sahip olmayan nakillerin hukuka aykırı olacağı yönünde bir görüş[284] mevcut olsa da, bu müdahalelerin hayat kurtarma amacı ile sınırlandırılması nakillerin hareket alanını daraltacaktır.[285] Bu noktada özellikle devrimsel nitelikteki yüz nakilleri üzerinde durulması gerekir. İnsan vücudunun en karakteristik parçası olan yüz, sadece bir maskeden ibaret değildir.[286] İşlevsel, dinamik ve estetik bir organdır.[287] Yüzün bu özelliği de insanı diğer canlılardan ayırarak onu iletişime açık ve sosyal bir varlık haline getirir.

---

[279] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.226; BADUR, s.40.
[280] BADUR, s.40.
[281] TAI/GOLDENBERG/SCHUSTER/KANN/HEWITT, s.193
[282] HAKERİ, Hakan, "Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", ABSHD, Y.1, S.1, s.20; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.227.
[283] BADUR, s.40.
[284] BAYRAKTAR, s.178.
[285] SERT/CİHAN, s.11.
[286] EDWARDS, James A./MATHES, David W., "Facial Transplantation: A Review of Ethics, Progress and Future Targets", Transplant Research and Risk Management, C.3, 2011, s.116; AGICH, G. J./SIEMIONOW, M., "Until They Have Faces: The Ethics of Facial Allograft Transplantation", Journal of Medical Ethics, C.31, S.12, 2005, s.707; PERPICH, s.177.
[287] PERPICH, s.177; EDWARDS/MATHES, s.116.

Her ne kadar medyada yüz nakillerinin güzelleşme amacıyla yapıldığı algısı oluşturulsa da, bu müdahalelerde amaç aslında normalleşmektir.[288] Dizi ve film sektörlerinde oluşturulan algının aksine, yüz nakli alan bir kişi tam olarak yüzün gerçek sahibi gibi görünmeyecektir.[289] Ancak yeni yüzle, nakilden önce sahip olduğu deforme yüz kıyaslandığında önemli oranda bir iyileşme söz konu olacaktır. Bu nedenle ciddi manada yüz deformasyonu yaşayan, toplum tarafından sergilenen negatif tutumlar ile ötekileştirilen bireyler için bu müdahalelerin ne kadar gerekli olduğunu düşünmeden, müdahalenin amacını güzelleşmeye indirgemek ve tedavi amacını arka plana atmak etik olarak doğru olmayacaktır.[290] Söz konusu kişilerin sosyal hayata karışmaları imkansız olmasa da oldukça zordur. Bu nedenle yüz nakli ile bir taraftan deforme olan yüz yeniden yapılandırılırken, diğer taraftan kişinin görünümündeki iyileşme onu iletişime daha açık ve daha sosyal bir varlık haline getirmektedir. Ayrıca yüz nakilleri ile kişiye nefes almak, koklamak, yemek yemek ve konuşabilmek gibi temel fonksiyonların geri kazandırıldığı da göz ardı edilmemelidir.[291] Amerika'nın ilk, dünyanın dördüncü yüz nakli operasyonunu geçiren Connie Culp'un, "Sizin için yüz ne anlama geliyor?" sorusuna verdiği cevap bu durumu tüm gerçekliğiyle gözler önüne sermektedir.[292] Silahla vurulduktan sonra görme yetisini ciddi manada kaybettiğini ifade eden Culp, kendisi için en önemli şeyin konuşabilmek, yardıma ihtiyaç duymadan yediklerini çiğneyebilmek ve gülümsemek olduğunu belirtmektedir.

Ancak tıp alanında gerçekleştirilen birçok gelişmeye rağmen hala deneysel sayılabilecek yüz nakillerinde, hasta tarafından ömür boyu kullanılacak olan ilaçların bağışıklık sistemini baskılaması, nakledilen dokunun reddedilmesi riski, naklin uzun vadede ne gibi sonuçlar meydana getireceğinin bilinmemesi etik tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu tür devrimsel müdahaleler dikkatli ve özenli bir şeklide uygulanmaz ve hasta gözetim altında tutulmazsa yıkıcı etkiler gösterecektir. Bu nedenle yüz nakli sürecinde verilebilecek en önemli kararlardan biri nakil yapılacak hastanın seçimidir. Çünkü naklin başarılı olması, doğru seçilmiş hasta ile süreci yönetmeye hazır nakil ekibinin bütünleşebilmesine bağlıdır.[293] Bu doğrultuda öncelikle hangi tip yüz

[288] "Estetik Cerrah Doç. Dr. Özlenen Özkan: Yüzünü Satmak İsteyenler Var", Milliyet Akdeniz, 26.05.2018; UYGUN, s.22; AGICH/SIEMIONOW, s.707; GÖKCAN, s.400.
[289] AGICH/SIEMIONOW, s.707.
[290] GÖZEGİR, Kemal/UYGUN, Onur, "Arkadaşlarım Var Artık", Uğur Acar ile Röportaj, National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018, s.104; PERPICH, 176; GÖKCAN, s.400.
[291] CONNORS, s.82; PERPICH, s177.
[292] SCHOELLER, Matin/CONNORS, Joanna, "Yeni Bir Yüzün Anlamı", Connie Culp ile Röportaj, National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018, s.96.
[293] Türk Tabipler Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu, s.12.

deformasyonlarının kompozit doku nakilleri ile yeniden yapılandırılmasının mümkün olduğu belirlenmelidir. Zira travma, yanık gibi sebeplere bağlı yüz deformasyonu yaşayan kişiler aniden değişen bir durumla başa çıkmaya çalışırken, tümöre bağlı deformasyon yaşayan kişiler hayatları boyunca ilerlemeye konu olan bir şekil bozukluğuna sahip olacaklardır.[294] Dolayısıyla her iki değerlendirme sürecinde kişinin durumu özel olarak ele alınmalıdır.

Ayrıca hastanın psikolojik değerlendirmesinin yapılması da büyük bir önem arz eder. Çünkü ideal hasta yüksek motivasyona sahip ve müdahalenin amaçlarına ilişkin gerçekçi beklentilere sahip olan hastadır.[295] Bu nedenle hastaların psikolojik dengelerinin yerinde olduğunun, uygulanmasını kabul ettikleri müdahalenin doğasını, risklerini ve faydalarını anladıklarının ve bu bilgileri özümsediklerinin güvencesi alınmalıdır.[296] Hastalar yaşam kalitesindeki önerilen iyileşmeyi, yaşam boyu bağışıklık baskılamanın potansiyel hastalık ve ölüm ihtimali ile nakledilen dokunun reddedilme olasılığına karşı tartabilmelidir.[297]

Tıbbi müdahalelerde endikasyon konusu genel olarak hekimin belirleyeceği bir husus iken, hem ONMY hem de KDNMY bu konuda karar yetkisini Konseye vermiştir. ONMY madde 5'te nakil merkezinin bulunduğu hastanede, ilgili nakil türüne göre belirlenen branşlardan oluşan bir nakil konseyi kurulacağı ve yalnızca bu Konsey tarafından uygun bulunan durumlarda nakil yapılabileceği düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre Konsey; nakil yapılacak hastaların müdahaleden önce müdahaleye uygun olup olmadıklarını, alıcı ve vericinin izinlerinin usulüne uygun alınıp alınmadığını ve yapılacak müdahalenin tıbbi, sosyal ve etik açıdan uygun olup olmadığını değerlendirir. Alınan kararlar, baştabiplik tarafından onaylanmış bir deftere kaydedilir ve katılanlara imzalattırılır. Karara katılmayan üyeler de gerekçesiyle beraber kendi kararını deftere yazarak imzalar. Konseyde kararlar en az dörtte üç çoğunlukla alınmaktadır.

KDNMY madde 8'e göre ise Konsey, Yönerge dahilinde bulunan her kompozit doku naklinden önce, naklin Endikasyon Listesine uygunluğunu, alıcının izninin usule uygunluğunu ve söz konusu naklin sosyal ve etik açıdan uygunluğunu değerlendirecektir. Endikasyon listeleri kompozit doku naklinin türüne göre Bakanlık tarafından hazırlanarak

[294] EDWARDS/MATHES, s.114.
[295] EDWARDS/MATHES, s.114.
[296] CONNORS, s.82; AYDIN, s.22; GÖKCAN, s.401.
[297] EDWARDS/MATHES, s.114; CONNORS, s.82; GÖKCAN, s.401.

Bakanlık resmi sayfasında yayınlanır. Bu liste doğrultusunda alınan kararlar baştabiplik tarafından onaylanmış bir deftere kaydedilir ve katılanlara imzalattırılır. Karara katılmayan üyeler de gerekçesiyle beraber kendi kararlarını deftere yazarak imzalar. Konseyde kararlar en az dörtte üç çoğunlukla alınmaktadır. Yalnızca Konsey tarafından uygun bulunan vakalarda nakil yapılır ve nakil işlemi, naklin sonuçları ve Konsey kararı Bakanlığa gönderilir. Konsey kararı ile yapılan nakil sonuçları Kompozit Doku Nakli Bilimsel Komisyonu tarafından değerlendirilir. Yönergenin 5. maddesine göre Komisyon; merkezlerin faaliyetleri ve alınması gereken tedbirler konusunda, nakillerde kullanılan ilaç, solüsyon ve araç gereçlerin standartlarının belirlenmesi konusunda, ülke geneli kompozit doku nakli gelişimi için alınacak tedbir ve ulusal stratejilerin belirlenmesi konusunda Bakanlığa görüş bildirmektedir. Alıcının çocuk olduğu ya da endikasyon listesine göre karara varmanın mümkün olmadığı nakillerin değerlendirilmesi için Bakanlığa başvurulduğunda da vakanın nakil yönünden değerlendirilmesi görevi Komisyona aittir. Bu noktada endikasyon konusunda karar verme yetkisini konseye bırakarak hekimin tedavi özerkliği ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sınırlama getirilip getirilemeyeceği üzerinde düşünülmesi gereken bir mesele halini almaktadır.

Günümüzde hasta özerk bir birey olarak hasta-hekim ilişkisinin merkezinde yer almaya başlamıştır.[298] Hasta gerekli bilgiyi hekimden aldıktan sonra kendi geleceği hakkında karar verme hakkı bağlamında müdahaleye izin vermeyebilir, yani müdahaleyi reddedebilir ya da verdiği izin üzerine başlatılan müdahaleyi sonlandırabilir. Yaygın olan kullanımıyla, kişinin tıbbi müdahaleyi kabul ettiğinin göstergesi haline gelmiş iznin, tedaviyi reddetmeyi ve durdurmayı da içeren bir anlamı vardır.[299] Ayrıca hastanın kendi geleceğinin belirleme hakkına, başka yöntemleri tercih etme ve bu yöntemlerde yanılma, genel olarak kabul edilen yöntemleri kabul etmeme ve dolayısıyla başarısızlık riskini üstlenme de dahildir.[300] Ancak yine de kanun koyucunun veya idari makamların tehlikeyi önleme bakış açısıyla, tedavi yöntemlerinin bazılarını ya da yüksek riskli bazı alanları kısıtlayabileceği kabul edilmektedir.[301]

[298] TACİR, s.109.
[299] POLAT, Selçuk, "Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerklik İlkesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları ABD, İstanbul, 2015, s.71.
[300] HAKERİ, s.525.
[301] HAKERİ, s.525.

2.2.3 Tıbbi Standartlara Uygunluk

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarından biri de tıp biliminin ve mesleğinin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmesidir.[302] İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 4'e göre araştırmalar dahil olmak üzere, sağlık alanında gerçekleştirilen bütün müdahaleler, ilgili mesleki yükümlülük ve standartlara uygun olarak yerine getirilmelidir.[303]

Bu noktada öncelikle tıbbi standart kavramının tanımlanması ve tıbbi standarttan kastedilenin ne olduğunun üzerinde durulması gerekir. Tıbbi standart, o an için geçerli olan, bilimsel bilgiler ve hekimin tedavi amacına ulaşması için sahip olması gereken, doğruluğu ispatlanmış mesleki deneyim ve tecrübelerdir.[304] Tıbbi standartlar esasen birbirini tamamlar nitelikteki iki tür alt standarttan oluşmaktadır. Bunlardan ilki tıp etiğinin temel ilkelerinden birini oluşturan *ın dubio pro vita* (kuşku durumunda yaşam lehine yorum) ilkesi doğrultusunda hekimin hareket etmesini sağlayan hekimlik standartlarıdır.[305] Hekimden beklenen standart uygulamaları genel olarak; hastanın öyküsünü alma, hastayı muayene etme, tanı yöntemlerini kullanma, hastayı aydınlatma, hastanın iznini alma, gerçekleşebilecek komplikasyonları bilme ve önlemek için tedbir alma, hastanın takip ve kontrolünü yapma şeklinde sıralayabiliriz.[306] Ancak uygulanacağı yere, zamana, hekimin ulaşma imkanına, hekimin uzmanlık alanına ve ekonomik olanaklara göre değişkenlik gösterebilen tıbbi standartlar statik olmayıp, sürekli değişmekte, geliştirilmektedir.[307] Bu nedenle uygulanan bir müdahalenin tıbbi standartlara uygun olup olmadığı belirlenirken aynı koşullar altında ortalama düzeyde bir hekimden beklenen davranışlar göz önüne alınmalıdır. Fakat organ ve doku nakilleri gibi uygulanacak müdahalenin uzmanlık gerektirdiği durumlarda tıbbi standartlar da yükselecektir. Nitekim ODNK organ nakli yapacak uzman hekimlere bazı özel

[302] AYAN, s.12; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.228,229.
[303] Yargıtay da bir kararında Sözleşmenin 4. maddesine atıfta bulunmuş ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin yazılı ve yazılı olmayan meslek kurallarına uygun müdahaleyi güvence altına aldığını ifade ederek, burada kastedilenin tıbbi standartlar olduğu konusunda bir duraksama bulunmaması gerektiğini vurgulamıştır. Bknz: Y.13.HD, E. 2015/ 38670, K. 2018 / 2593, 28.02.2018, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.01.02.2020.
[304] GÜNEY TUNALI, s.323; YENERER ÇAKMUT, s.38.
[305] DEMİR, Mehmet, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2018, s.89.
[306] UYGUR, Atiye B., "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi", TBBD, S.144, 2019, s.362.
[307] HAKERİ, Hakan, "Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum-2", https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-alternatif-ve-tamamlayici-tip-bakimindan-ulkemizdeki-hukuki-durum1-1-64-3770.html, E.T.01.02.2020; ERMAN, Barış, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", YÜHFD, C.II, S.2, 2016, (Deney ve Deneme), s.6; UYGUR, s.363; GÜNEY TUNALI, s.323.

yükümlülükler getirmektedir. ODNK madde 7' de düzenleme altına alınan bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü ve madde 9'da düzenleme altına alınan tahlil yapma ve inceleme yükümlülüğü bunlara örnek olarak verilebilir.

Tıbbi standart kavramının bir diğer alt kavramı ise hastane standartlarıdır. Hastanelerin sundukları tedavi hizmetleri ve hastane bakımı hizmetlerinde, kurumsal performans ve hizmet kalite uygulamalarında, birtakım hastane standartları bulunmaktadır.[308] Bu standartlar sayesinde hastane yönetimi ve organizasyonu başta olmak üzere, hastanın ve hastane personelinin güvenliği, bilgi işlem ve kayıt, acil servis gibi hizmetlerde kaliteyi geliştirmeye yönelik etkin ve verimli yöntemler oluşturulup, geliştirilebilmektedir.[309] Nitekim Sağlık Bakanlığı hastanelerin kurumsal hizmet kalite standartlarının belirlenmesi ve geliştirilmesine yönelik yürüttüğü çalışmalar sonucunda hem yönlendirici hem de teşvik edici özelliklere sahip bir rehber ortaya çıkarmıştır.[310] Ayrıca organ ve doku nakil merkezinin bulunduğu hastanelerde olması gereken birimler, donanımlar ve sağlık personelleri ile ilgili standartlar ONMY'de ortaya konularak, faaliyetlerin bu standartlara uygunluğu denetime tabi tutulmuştur. Bu denetim ve incelemeler sonucunda merkezlerin açılma iznine ilişkin niteliklerini kaybettikleri tespit edilir ya da faaliyetlerinin sakıncalı olduğu anlaşılırsa nakil merkezlerinin faaliyetleri Bakanlık tarafından geçici olarak veya tamamen durdurulur.

İkinci olarak hekimin uygulayacağı müdahale hukuka ve etik ilkelere de uygun olmalıdır. Bu durum henüz denenmemiş ve tıbbi standart haline gelmemiş yöntemlerin hiçbir surette hasta üzerinde uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.[311] Nitekim yasal düzenlemelerdeki eksiklik sebebiyle ülkemizde ilk rahim nakli ölüden gerçekleştirilerek dünyada bir ilke imza atılmıştır.[312] Doğuştan rahmi olmayan bir kadına ölüden yapılan nakil ve ardından on yıl süren tedavi sonrasında alıcı anne olmuştur.[313]

---

[308] DEMİR, s.95.
[309] DEMİR, s.95.
[310] T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlıkta Kalite Standartları Hastane, https://dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/7273,sks-saglikta-kalite-standartlari-2pdf.pdf?0, E.T. 01.02.2020
[311] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.229; BADUR, s.43.
[312] "Türkiye'deki Kadavradan Rahim Nakli Bilimsel Literatürde Çığır Açacak", AA, 05.07.2020, https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyedeki-kadavradan-rahim-nakli-bilimsel-literaturde-cigir-acacak/1900165, E.T.11.07.2020.
[313] "Rahim Naklinden Anneliğe Uzanan Süreçte "Kovid-19" Hassasiyeti", Vatan, 29.06.2020, http://www.gazetevatan.com/rahim-naklinden-annelige-uzanan-surecte-kovid-19-hassasiyeti-1327803-saglik/, E.T.11.07.2020.

Rahim nakillerinde doğumdan sonra rahim tekrar alınabildiği için alıcının ömür boyu ilaç kullanmasının gerekmemesi onu diğer kompozit nakillerden ayırmaktadır.[314] Fakat nakledilen rahmin reddedilmesini önleyen ilaçların hamilelikte kullanımı ve cenin üzerinde ne gibi yan etkiler göstereceği de üzerinde durulması gereken meselelerdir. Henüz yeterince denenmemiş araştırma niteliği taşıyan bu nakil türünün uzun vadede ne gibi sonuçlar meydana getireceği bilinmemektedir.[315] Ancak hastanın tedavi edilebilmesi için o zamana kadar uygulanan yöntemlerin yetersiz kaldığı durumlarda iyileştirme amaçlı denemelere başvurulabilmektedir.[316]

Hastanın tedavisine yönelik deneme faaliyetlerinde dikkat edilmesi gereken husus müdahalenin hem tıp bilimine hem hukuka hem de etik ilkelere uygun şekilde gerçekleştirilmesidir.[317] İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi bu tür müdahalelerin Sözleşme hükümlerine ve insan varlığını koruma altına alan diğer yasa hükümlerine uygun şekilde yürütülmesi gerektiğini genel kural olarak düzenlemiştir. Sözleşme, üzerlerinde bu tür müdahale gerçekleştirilecek kişilerin korunması için belli şartlar getirmiştir. Sözleşme'nin 16. maddesinde yer alan bu şartlar; karşılaştırılabilir nitelikte başka bir yöntemin bulunmaması, yarar ve zarar dengesinin kurulması, etik ilkelere uygunluk, kişilerin kanuni hakları ve güvenceleri hakkında aydınlatılmaları ve her zaman geri alınması mümkün olan iznin verilmesidir.

T.C. Anayasa'sının[318] 17. maddesinde de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller haricinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, izni alınmadan bilimsel ve tıbbi denemelere maruz bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)[319] 90. maddesinde bilinen tıbbi yöntemlerin uygulanmasının sonuç vermeyeceği durumlarda, kişinin iznine dayanan tedavi amaçlı denemelerin ceza sorumluluğu doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddede verilen iznin aydınlatılmış

[314] "Profesör Özkan: Doğumdan Sonra Rahim Nakli Talebi Çığ Gibi Arttı", Milliyet, 07.07.2020, https://www.milliyet.com.tr/gundem/profesor-ozkan-dogumdan-sonra-rahim-nakli-talebi-cig-gibi-artti-6253383, E.T. 11.07.2020.
[315] YÜKSEL, Hilal, "Kişilik Hakkı Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s.4; AYAN, s.12.
[316] DOĞAN, Cahid, "İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi Amaçlı Deneme Suçları", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, Ed. Yener ÜNVER/Ali Kemal YILDIZ/Onur ÖZCAN, İstanbul, 2008, s.94; YÜKSEL, s.29; METİN, s.409 vd.; ERMAN, Deney ve Deneme, s.6.
[317] AYAN, s.13.
[318] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 09.11.1982 tarihinde 17863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[319] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 12.10.2004 tarihinde 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

izin olmasının ve yazılı şekilde verilmesinin yanı sıra, tedavinin uzman hekim tarafından ve hastane ortamında gerçekleştirilmesinin gerektiği belirtilmiştir.

Tedavi amaçlı denemelerde izne ilişkin geçerlilik şartları tıp etiğinde yer alan özerkliğe saygı ilkesiyle de yakından ilişkilidir. Çünkü özerklik, kişinin kendisine aktarılan bilgileri kendi başına düşünüp değerlendirerek kendi hakkında özgürce karar verebilmesidir.[320] Bu nedenle tedavi amaçlı denemelerde etik tartışmalar daha çok yarar-zarar dengesinin sağlanması noktasındadır. Yararlı olma ilkesini "mutlak yararlı olmak" şeklinde yorumlamak hastanın özerkliğine saygı ilkesinin ihlaline sebep olacaktır.[321] Zarar kavramının sınırlarının çizilebilmesi ise kolay değildir.[322] Özellikle rahim nakillerinde rahmin vücut tarafından reddedildiği kan testleriyle değil biyopsi ile belirlenebildiğinden alıcının zarar görmeden durumun tespit edilebilmesi hayli zordur.[323] Ancak bu tür müdahaleleri sadece müdahalenin meydana getireceği zarar üzerinden ele almak da doğru olmayacaktır. Zira tıp alanında güvenilir sonuca sahip olmamasına rağmen uygulanan yöntemler de vardır.[324] Burada hasta için muhtemel faydayı aşmayacak derecedeki risk, katlanılabilir risk olarak ele alınmalıdır.[325]

2.2.4 Etik Kurul Onayı

2.2.4.1 Genel Olarak

Kendisi de etik olarak tartışılan canlı vericili organ ve doku nakillerini, akraba vericili, duygusal yakın vericili ve akraba dışı vericili nakiller olarak üçe ayırabiliriz.[326] Akraba ya da duygusal yakın vericili nakiller, vericinin aile ve sosyal çevresi tarafından baskı altında olabileceği ihtimaliyle tartışılmakta iken; akraba dışı vericilerden yapılacak nakiller vericinin izninin gerçek iradesini taşımadığı, organ ticaretinin bir parçası olabileceği şüphesiyle tartışılmaktadır.[327]

---

[320] METİN, s.105.
[321] METİN, s.115 vd.; YÜKSEL, s.34.
[322] YÜKSEL, s.34.
[323] "Kısırlık Tedavisinde Rahim Nakli", Dr.HİT, https://www.drhit.com/kisirlik-tedavisinde-rahim-nakli/, E.T. 11.07.2020; DOĞAN, Cahid, "Rahim Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler", EÜHF Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ed. Murat DOĞAN/Cahid DOĞAN, Ankara, 2020, (Rahim Nakli), s.69.
[324] SCHREIBER, Hans Ludwing, "İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Fayda-Risk Tartımı", Çeviren: Veli Özer ÖZBEK, Tıp ve Ceza Hukuku, Ed. Kayıhan İÇEL, Ankara, 2004, s.82.
[325] SCHREIBER, s.84; ERMAN, Deney ve Deneme, s.7.
[326] OKTAY, Bülent, "Organ ve Doku Naklinde Etik ve Hukuksal Sorunlar", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.151.
[327] OKTAY, s.151.

Canlı vericiden yapılacak organ ve doku nakilleri sadece üstün bir amaca hizmet ettikleri takdirde hukuka uygun kabul edilmektedir. Kişinin başka bir amaçla vücut bütünlüğüne dahil olan organ ve dokularından vazgeçmesi, onları devretmesi mümkün değildir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 21'de insan vücudunun ve parçalarının, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlamaya konu olamayacakları düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü (WHO) İnsan Hücre, Doku ve Organlarının Nakilleri Temel İlkeleri'nin 6. maddesinde organ bağışlarının para veya ödül karşılığında yapılamayacağını belirtmiştir. ODNK madde 3'te bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılmasının yasaklamıştır.

Organ ticareti etik kurallarına aykırı ve insan onuruyla bağdaşmayacak bir olaydır. Kişilerin beden bütünlüğünün, para ya da başka bir menfaat uğruna bozulması, başka bir insanın hayatını kurtarma amacı olsa dahi kabul edilemez. Bu durumun devlet eliyle gerçekleştirilmesi de sonucu değiştirmez.[328]

Organ ticaretini önlemek amacıyla Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokolü 10. maddesinde, canlı organ vericisinden organ alınabilmesi için, verici ve alıcı arasında hukuken tanınan yakın bir ilişki olması veya bu ilişkinin yokluğu halinde hukuken belirlenen şartlara uygun bir makamın onayının alınması gerektiğini düzenleme altına almıştır. ODNHY'de canlı vericiden organ bağışı ve nakline ilişkin bazı ek şartlar öngörmüştür. Ancak bu şartlar sadece organ vericileri bakımından öngörülmüş olup doku nakillerini kapsamamaktadır. ODNHY madde 16'ya göre canlı vericiden organ nakli, alıcının en az iki yıldır beraber yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından yapılabilmektedir. Maddenin devamında akraba dışı canlı vericiden yapılacak organ nakillerinin ancak Etik Komisyon onayıyla gerçekleştirilebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Bu doğrultuda naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ve alıcı arasında, Yönetmeliğe ve diğer ilgili yasal düzenlemelere aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması gerekmektedir. Bunun için alıcının Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi'ne (TODS)[329]

---

[328] Çin Hastanelerinin Tüm Dünyadan Gizlediği Korkunç Sır, Haberler.com, 22.04.2019; https://www.haberler.com/cin-hastanelerinin-tum-dunyadan-gizledigi-korkunc-11974845-haberi/, E.T. 01.02.2020.

[329] ODNHY madde 4'e göre; "*TODS Bakanlıkça oluşturulan, ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile nakil bekleyen hasta bilgilerini, verici kayıtlarını ve gerçekleşen nakillere ait alıcı ve verici izlem bilgilerini içeren veri tabanı sistemini ifade eder*."

kaydı yapıldıktan sonra, alıcı ve verici, il sağlık müdürlüğü aracılığıyla yönetmelikte düzenlenen belgelerle beraber Etik Komisyona başvururlar. Bu belgeler arasında; alıcının ve vericinin T.C. kimlik numarası, vericinin mümeyyiz olduğunu gösteren rapor, vericinin en az iki tanıklı hekim onaylı muvafakat belgesi, vericinin ve alıcının hekim onaylı bilgilendirme formu, verici ve alıcının nakile uygunluğunu bildiren olurluluk raporu, alıcı ile vericinin yakınlığının kaynağını gösteren dilekçe ve mevcut ise belgeleri, alıcının ve vericinin gelir seviyesini gösteren beyanları, vericinin mevcut borç durumuna dair beyanı, alıcının ve vericinin adres beyanı yer almaktadır. Ayrıca Komisyonun gerekli görmesi halinde ilgili diğer belgeler de başvuruda bulundurulmalıdır.

Akraba dışı canlı vericiden yapılacak nakiller için kurulacak Etik Komisyonda kimlerin bulunacağı da Yönetmelikle düzenleme altına alınmıştır. ODNHY madde 16'nın üçüncü fıkrasına göre Etik Komisyon, il sağlık müdür yardımcısı başkanlığında; valilik tarafından görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da kaçakçılık ve organize suçlarla mücadele şube müdürü, naklin gerçekleştirileceği hastane haricindeki kamu hastanesinden bir tabip, naklin gerçekleştirileceği hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat, valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanı tarafından oluşur.

Etik komisyon tarafından verilen kararlarının tartışılması nedeniyle ODNK Ek Madde 2'de komisyon kararlarına karşı itiraz imkanı tanınmıştır.[330] Maddeye göre Etik Komisyon kararlarına karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere Ulusal Organ Nakli Etik Kurulları kurulmaktadır. Kurul, yapılan itiraz üzerine komisyon kararlarını inceleyerek kararları onaylar, iptal eder ya da komisyonun yerine geçerek yeniden karar alır. Kanun Kurulun organ nakli başvurularına dair verdiği kararların kesin olduğunu hüküm altına almıştır. Ancak Etik kurul kararları idari karar niteliğinde olduğundan, Sağlık Bakanlığı'nın idari yargıya başvuruyu önlemeye yönelik düzenlemeleri açıkça Anayasa'ya aykırılık arz etmektedir.[331] Zira Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin hiçbir eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılamayacağı düzenlenmiştir.

[330] ODNK Ek madde 2'nin üçüncü fıkrasına göre; "*Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının kararlarına karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu teşkil edilir. Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu, itiraz üzerine komisyon kararlarını inceleyerek onaylar, iptal eder veya komisyonun yerine geçip yeniden karar alır. Kurulun organ nakli başvurularına dair verdiği kararları kesindir*."

[331] HAKERİ, s.522.

Akraba dışı organ nakillerinin bir de çapraz nakil adı verilen özel bir türü bulunmaktadır. ODNHY madde 4'e göre çapraz nakil, canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türüdür. Karşılıklı organ verecek kişiler bakımından Etik Komisyon izni aranmayan çapraz nakiller, herhangi bir organ nakli merkezine kayıtlı hastaların rızası ile gerçekleştirilebilmektedir.[332] Zira bu nakillerde organ ticareti söz konusu olmayacaktır.

2.2.4.2 Organ ve Doku Dağılım Adaleti

2.2.4.2.1 Organ ve Doku Alınmasında Adalet

Tıp etiğinin dört temel ilkesinden biri olan adalet ilkesi, birbirleriyle yarışan talepler arasında adil bir düzenleme temeli üzerine davranma şeklindeki ahlaki bir yükümdür.[333] Bu yönüyle canlı vericiden yapılacak nakillerde gözetilmesi gereken en temel ilkelerden biridir. Çünkü organ veya doku nakillerinde alıcının sağlayacağı yarar karşısında, vericinin uğrayacağı bir zarar söz konusudur. Bu nedenle İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, canlı vericiden organ alınmasının, alıcının tedavisi için ve organın ölü vericiden temin edilemediği, ayrıca karşılaştırılabilir nitelikte başka bir tedavi yönteminin bulunmadığı durumlarda hukuka uygun olacağını düzenleme altına almıştır. Türk Hukukunda ise canlı vericiden yapılacak organ ve doku nakillerinin, ölüden yapılacak nakillere göre ikincil nitelik taşıdığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat ölüden organ bağışını artırmaya yönelik bir takım politikalar yürütüldüğü görülmektedir.

ODNHY'de organ bağışına teşvik amacıyla tercihli bağış ve aile puanı sistemine imkan tanınmaktadır. ODNHY madde 4'e göre tercihli bağış, beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organının bağışlanması durumunda, ölenin bekleme listesinde yer alan eşi ile dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısmına başka bir organı için yaptığı bağışı ifade etmektedir. Aynı maddede beyin ölümü tespit edilmiş ve organ bağışında bulunmuş kişilerin bekleme listesinde yer alan eşi ve ikinci dereceye kadar kan hısımlarına ek puan verileceği de düzenleme altına alınmıştır. Ancak yine de ölüden temin edilen organlar, nakil bekleyen hastaların

[332] KIZILARSLAN, s.1014.
[333] METİN, s.116.

ihtiyacını karşılamakta yetersiz kalmakta ve canlı vericilerden organ temini yoluna gidilmektedir.

Canlı vericiden organ ve doku naklinin yapılabilmesi için bir taraftan müdahalenin alıcı ve verici açısından ciddi riskler barındırmaması, diğer taraftan alıcıyı sağlığına kavuşturmaya elverişli olması gerekmektedir.[334] Hekim risk artırma yasağı kapsamında riski en az, başarı şansı en yüksek yöntemi seçme ve hastayı gereksiz risk altına sokmama yükümlülüğü altındadır.[335] Hastaya sağlanmaya çalışılan yarar, her zaman seçilen yöntemin içerdiği risklere değmelidir. Bu doğrultuda organ ve doku nakillerinde alıcı ve verici seçimi yapılırken tıp biliminde kabul edilen yöntemler kullanılarak alınacak organın nakle uygunluğu, alıcı ve verici arasında organ ve doku uyumu, naklin gerçekleşmesi için tıbben bulunması gereken diğer şartların varlığı araştırılmalıdır.[336] Alıcının ve vericinin nakil dolayısıyla göreceği zararın en aza indirilmesi ve nakil sonucu elde edilecek yararın maksimuma ulaşması amaçlanmalıdır.[337] Müdahalenin içerdiği risklerin elde edilecek yarardan fazla olduğu durumlarda nakil gerçekleştirilmemelidir.

Organ ve doku nakillerinde karşılaşılması muhtemel risklerin başında, nakledilen vücutla uyum sağlayamayan organ veya dokunun reddedilmesi gelir. Çünkü insan vücudu kendinden olmayan bir maddeyi tespit ettiği zaman onu yok etmeye çalışır.[338] Bu nedenle organ veya doku naklinin başarıyla sonuçlanması için alıcı ve verici arasında doku uyumu bulunması gerekir. Bu doğrultuda ODNK hekimin tahlil ve inceleme yapma yükümlülüğünü özel olarak düzenleme altına almıştır. ODNK madde 9'a göre organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce, verici ve alıcının hayatı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gereken tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur.

Nakilden elde edilen faydanın artırılması ve risklerin azaltılması bakımından nakil sonrası koruyucu tedbirlerin alınması ve alıcı ile vericinin takiplerinin yapılması da büyük önem arz etmektedir. Zira organ ve doku nakillerinin başarısı esasen uygulanan ilaç tedavisinin başarısına bağlıdır.[339] Özellikle nakledilen organ veya dokunun reddedilmesini önlemek için kullanılan ilaçlar bağışıklığı baskılayarak hastaları

[334] AKINCI, s.188.
[335] HAKERİ, s.526.
[336] SERT/CİHAN, s.92.
[337] HARTMAN, Rhonda Gay, "Ethical and Policy Concerns of Hand/Face Transplantation", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed; Charles W. HEWITT/W. P. Andrew LEE, 2007, s.429.
[338] AKINCI, s.4.
[339] AKINCI, s.5.

savunmasız bırakmaktadır. Alıcıyı enfeksiyona açık hale getiren bu durum ciddi riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda günümüzde tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 virüsü[340] nakil yapılan hastalara daha sıkı koruma tedbirleri uygulanmasını zorunlu hale getirmiştir. Çünkü sağlıklı bir bireyin söz konusu hastalığa yakalanma ihtimaliyle, nakil yapılan hastaların bu hastalığa yakalanma ihtimali tamamen farklı olacaktır. Bu nedenle fayda-risk değerlendirmesi kapsamında ülkemizde organ ve doku nakillerine bir müddet ara verilmiştir.[341] Ancak normalleşme süreciyle beraber durumu acil olan hastalara yeniden nakil yapılmaya başlanmıştır.[342]

2.2.4.2.2 Organ ve Doku Dağıtımında Adalet

Ülkemizde organ ve doku nakli hizmetlerinde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlar arasındaki koordinasyonu sağlamak, çalışmaların verimliliğini ve ölüden organ teminini artırmak, bilimsel kurallara ve etik ilkelere uygun, adaletli organ ve doku dağıtımını sağlamak üzere Ulusal Koordinasyon Sistemi kurulmuştur. Sistemin işleyişinde Ulusal Koordinasyon Kurulu, Bilimsel Danışma Komisyonları ve Koordinatörler Komisyonu aktif rol oynamaktadır.

ODNHY madde 6'ya göre Ulusal Koordinasyon Kurulu organ ve doku nakilleri konusunda dünyadaki gelişmeleri takip ederek ulusal stratejileri belirleme, alınması gereken tedbirleri ve nakil hizmetlerinin geliştirilmesine yönelik programları Bakanlığa önermekle yükümlüdür. Mevzuata aykırı faaliyet gösteren nakil merkezlerinin kapatılması konusunda da Bakanlığa önerilerde bulunan Kurul, ayrıca Bilimsel Danışma Komisyonları arasında koordinasyonu sağlamakla da yükümlüdür.

Bilimsel Danışma Komisyonlarının görev ve yükümlülükleri ise ODNHY madde 9'da düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre Bilimsel Danışma Komisyonları görev aldıkları organ ve doku nakli türüne ait organ ve doku nakli merkezlerinin açılma

[340] İlk kez 31 Aralık 2019' da Çin'in Hubei Eyaleti Vuhan kentinde ortaya çıkan ve "2019-nCov" olarak adlandırılan virüs Koronavirüs ya da Corona Virüsü adıyla bilinmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Şubat'ta bu virüsten kaynaklanan hastalığa verilen Covid-19 adının yerine daha sonra küresel salgın anlamına gelen "pandemi" kelimesi kullanılmaya başlamıştır. Bknz; Koronavirüs Nedir: Covid-19'a Karşı Hangi Önlemler Alınmalı, Virüsün Özellikleri Neler?, BBC News, 08.04.2020; https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51177538, E.T.16.04.2020.

[341] "Koronavirüs Nedeniyle Organ Nakilleri Yapılamıyor", Birgün, 15.04.2020; https://www.birgun.net/haber/koronavirus-nedeniyle-organ-nakilleri-yapilamiyor-296628, E.T.16.04.2020.

[342] "Pandemi Sürecinde Akdeniz Üniversitesi'nde İlk Organ Nakli", AÜ Organ Nakli Merkezi, 04.06.2020; https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-haberleri/419-pandemi-surecinde-akdeniz-universitesi-nde-ilk-organ-nakli, E.T.03.07.2020.

başvurularını değerlendirerek Bakanlığa önerilerde bulunurlar. Bu merkezlerin çalışmalarını takip ederek gerekli görülen hallerde bunların denetimine katılırlar. Alanları ile ilgili organların merkezi dağıtım prensiplerini oluşturarak Bakanlığa sunarlar.

ODNHY madde 11'e göre Koordinatörler Komisyonu organ ve doku nakli hizmetlerinde karşılaşılan problemleri tespit ederek bunlara çözüm bulmaya çalışır. Ayrıca organ ve doku bağışlarını artırmak için çalışmalar yürütür. Koordinatörler arasında iletişimi sağlamak da Koordinatörler Komisyonunun görevidir.

Organ ve doku nakilleri, hem hayati öneme sahip olmaları hem de yaşam kalitesini artırıcı fonksiyonları sayesinde hastalar açısından "ikinci bir yaşam şansı" olarak değerlendirilmektedir.[343] Ancak organ ve doku nakli bekleyen hasta sayısının fazlalığına karşı organ ve doku bağışlarının yetersizliği, temin edilen organ ve dokuların dağıtımının nasıl yapılacağı sorunlarını gündeme getirmektedir. Ölüden temin edilen organların yasal sahipliği konusu tam olarak belirlenmemiştir. Fakat bu organların transplantasyon ekibine değil topluma ait olduğu, aracı kurum ve kuruluşlar ile transplantasyon ekibinin temel görevinin dağıtımı eşit ve adil bir şekilde gerçekleştirmek olduğu ifade edilmektedir.[344]

Ölüden yapılacak nakillerde organ ve dokuların dağıtımı acil ihtiyaç ve tıbbi koşullar göz önüne alınarak belirlenebileceği gibi kimi zaman da dağıtım, organdan en fazla yararı sağlayacak şekilde gerçekleştirilebilmektedir.[345] Organ ve doku dağıtımında kullanılan yöntemlerden bir diğeri de bekleme sırasıdır. Uygulama açısından daha kolay görünen bu yöntem de tek başına dağıtımda adaleti sağlamayacaktır. Ülkemizde organ ve doku dağıtımına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, organ ve doku nakli hizmeti veren merkezlerin ve bu merkezlerde görevli personellerin görev ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esaslar Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'nde (UODNKSY) [346] düzenleme altına alınmıştır. Bu konuda kanunda düzenlenme bulunmaması, bu kadar kritik bir konunun yasal bir dayanağa sahip olmaması, konunun yönetmelik ve yönergelerle düzenleme altına alınması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.[347]

[343] BOZOKLAR, s.254.
[344] ATAÇ/UÇAR, s.83, KIZILARSLAN, s.1016.
[345] En fazla yararın ne şekilde sağlanacağına dair görüşler için Bknz: OKTAY, s.152.
[346] Bakanlığın 28.05.2008 tarih ve 19735 sayılı onayları ile yürürlüğe girmiştir.
[347] HAKERİ, s.512.

UODNKSY madde 5'te organ ve doku dağıtımının Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbi-etik anlayışa ve hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. Organ ve dokuların dağıtımı her organ için Bakanlık tarafından oluşturulan Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine göre yapılmaktadır. Ölüden alınan organın gönderileceği nakil merkezi ve bu merkezde nakil bekleyen hastalar içerisinden en uygun alıcının seçimi, Yönergede yer alan tabloda belirtilen puanlama sistemine göre TODS üzerinden gerçekleştirilir. Ancak dağıtımda acil organ talepleri öncelikli olarak değerlendirilmekte ve acil talepler için Acil Bekleme Listeleri oluşturulmaktadır.

Bakanlığın oluşturduğu bekleme listelerinde organ nakli olmak için bekleyen ve nakil merkezleri tarafından Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi Programına kaydedilmiş hastalar yer almaktadır. UODNKSY'nin 4. maddesinde Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi Programından kastedilenin; Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kayıtları yapılmış hastaların kimlik ve tıbbi bilgilerinin yer aldığı, nakil merkezlerince hasta kaydı, Ulusal Koordinasyon Merkezi tarafından eşleştirme, puanlama ve organ dağıtımının sağlanması amacıyla kullanılan bilgisayar programı olduğu ifade edilmektedir. Nakil merkezleri kendi organ nakli bekleme listelerindeki hasta bilgilerini Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kaydetmekle yükümlüdür. Aksi halde bu merkezlere ölüden organ dağıtımının yapılması mümkün olmayacaktır. Yönerge'nin 6, 7 ve 8. maddelerinde kalp, akciğer, karaciğer ve böbrek dağıtımına ilişkin prensipler özel olarak düzenleme altına alınmıştır.

Organ ve doku nakillerinde verici adayının yoğun bakım takibinin başlamasından, organ ve doku nakli gerçekleşene kadar ki süreç sistematik bir şekilde yürütülmektedir. Bu sistemin içerisindeki her bir davranışın zamanında ve gerektiği gibi yerine getirilmesi, organ ve doku naklinin başarı ile sonuçlanmasında büyük bir öneme sahiptir. Sistem içerisinde yer alan birimler arasındaki koordinasyon, organ ve doku kaynağı merkezlerinde görev yapan organ ve doku nakli koordinatörleri tarafından sağlanmaktadır.

Sistemin en alt basamağında Organ ve Doku Kaynağı Merkezleri ile Organ ve Doku Nakli Merkezleri yer almaktadır. Yönergenin tanımlara yer verdiği 4. maddesine göre Organ ve Doku Kaynağı Merkezleri beyin ölümü kriterlerini tespit edebilecek teknik donanım ve personele sahip olan resmi ve özel hastanelerdir. Organ ve Doku Nakli Merkezleri ise organ ve doku nakillerinin gerçekleştirildiği tıbbi tedavi merkezlerini ifade

eder. Sistemin ikinci basamağında Organ ve Doku Nakli Bölge Koordinasyon Merkezleri (BKM) yer almaktadır. BKM'lerin koordinasyonunu sağlayan Ulusal Koordinasyon Merkezleri (UKM) ise üçüncü basamakta yer almaktadır.

Yönerge organ ve doku nakli merkezlerinin görevlerini 9. maddede düzenleme altına almıştır. Maddeye göre merkezlerin görevlerinden biri, beyin ölümü gerçekleşen ve bağışı sağlanan vericiye ait bilgileri organ nakli koordinatörü vasıtasıyla BKM ve UKM'ye bildirmektir. Merkezlerin bir diğer görevi, nakil amacıyla başvuran hastalar için nakil türlerine göre ilgili Bilimsel Danışma Kurulu'nca hazırlanmış formata uygun olarak hasta bekleme listelerini oluşturmak ve bu listeleri UKM'ye göndermektir. Ayrıca listelerde kayıtlı olan hastalara ilişkin acil organ taleplerinin UKM ve BKM'ye, yeni başvuruların ve listeden çıkan hastaların en geç bir iş günü içinde UKM'ye bildirilmesi de merkezlerin görevleri arasındadır.

Merkezde alımı gerçekleştirilen organa ilişkin bilgiler organ bilgi formuna yazılarak, organla beraber naklin yapılacağı merkeze gönderilmektedir. Merkez bu formu UKM ve BKM'ye de göndermelidir. Merkezlerin görevlerinden biri de; nakil yapılan hastaların birinci gününe ve birinci, üçüncü, altıncı, onikinci aylarına ilişkin alıcı izleme formlarını doldurularak BKM ve UKM'ye bildirmektir. Daha sonra bu formlar her oniki ayda bir ve ölüm günlerinde düzenlenerek gönderilir.

Organ ve doku kaynağı merkezlerinin görev ve sorumlulukları Yönergenin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre organ ve doku kaynağı merkezi niteliğine sahip hastaneler; Kanunda belirtilen beyin ölümü kurulunu, merkezde görev alacak organ ve doku nakli koordinatörü ile yardımcılarının isim, meslek ve telefon numaralarını BKM'ye bildirirler. Yönergenin 11. maddesinde beyin ölümü tespiti yapabilecek yoğun bakım ünitelerine sahip bütün hastanelerin bir organ ve doku nakli koordinatörü ile bir koordinatör yardımcısı bulunmasının ve ayrıca organ ve doku nakli koordinasyonuna elverişli bir yer, şehirlerarası iletişime açık bir telefon ve internet bağlantısı olan bilgisayar sistemi sağlamasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Kamu ya da özel olmasına bakılmaksızın tüm hastaneler, beyin ölümü vakalarını bağlı bulundukları BKM ve UKM'ye bildirmek zorundadırlar. Bu doğrultuda hastane servislerindeki potansiyel beyin ölümü vakaları servisin sorumlu hekimi tarafından kurumun organ ve doku nakli koordinatörüne bildirilir. Bildirimin ardından koordinatör ya da yardımcıları beyin ölümü tespiti için beyin ölümü kurulunu göreve çağırır. Beyin

ölümünün tespitinden sonra koordinatör ya da yardımcıları aracılığıyla Kanuna uygun olacak şekilde hasta yakınlarından, organ ve doku bağışı talep edilir. Organ ve doku nakli koordinatörü vakayı ve bağış durumunu Yönergede düzenlenen beyin ölümü bildirim formunu ve aile izin formunu doldurarak ilgili BKM ve UKM'ye bildirmek zorundadır. Görüldüğü gibi organ ve doku nakli koordinatörleri sistemin işlemesinde kilit bir role sahiptir. Yönergede organ ve doku nakli koordinatörünün bulunmadığı kurumlarda, beyin ölümü vakalarının Baştabip tarafından ilgili BKM ve UKM'ye bildirileceği düzenleme altına alınmıştır.

Bölge Koordinasyon Merkezlerinin görev ve sorumlulukları Yönergenin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre BKM'ler bulundukları ilin Sağlık Müdürlüğüne ve UKM'ye bağlı bir şekilde Bakanlık tarafından belirlenen görevleri yerine getirmektedirler. Bu doğrultuda BKM'ler, bölgesine bağlı illerin organ ve doku nakli hizmetleriyle ilgili koordinasyonları sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca tarafına bildirilen beyin ölümü ve organ bağışları için, UKM'nin gerekli gördüğü hallerde vericiye yönelik doku tiplemesinin yaptırılmasını sağlayarak sonucu UKM'ye bildirmektedir. Nakillerin gerçekleşmesi için verici ve alıcı ile ilgili gerek tıbbi gerek idari ve hukuki işlemlerin yürütülmesini sağlayan BKM'ler, her türlü ulaşımı ve lojistik desteği de sağlamakla yükümlüdürler.

Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Merkezlerinin görevleri Yönergenin 14. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre BKM'lerin koordinasyonunu sağlayan UKM'ler ayrıca ulusal bekleme listelerini ve acil bekleme listelerini oluşturarak bunları takip ederler. Organ ve doku nakilleri için iller arası ulaşımı ve lojistik desteği sağlamak da bir diğer görevleridir.

İKİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKİLLERİ İÇİN KURULAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SORUMLULUK

3. Organ ve Doku Nakilleri İçin Kurulan Borç İlişkilerinin Hukuki Niteliği

3.1 Genel Olarak

Gündelik hayatta organ ve doku bağışı olarak nitelendirilen organ ve doku nakillerinde amaç, vücudundaki organ ve dokuların işlevlerini yerine getiremediği hastaların tedavi edilmesidir.[348] Hastaların tedavilerinde kullanılacak organ veya dokular genellikle nakli gerçekleştirecek nakil merkezi tarafından temin edilir. Nakil merkezi, tedavide kullanılacak organın temin edilebilmesi için nakil yapılacak hastaya ait tüm bilgileri TODS'a kaydeder. TODS'a kaydı yapılmayan hastalara, ölüden temin edilen organların nakledilmesi mümkün değildir. Ölüden nakil amacıyla organ alınabilmesinin koşulları ve bu organların nasıl dağıtıldığı çalışmamızın birinci kısmında ele alındığı için burada tekrar yer verilmeyecektir.[349]

Naklin ölü vericiden temin edilen organlar ile yapıldığı durumlarda, alıcı ve verici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır.[350] Çünkü ODNK madde 14'te kişinin, ölümünden sonra organ ve dokularının üçüncü kişilerin tedavisi amacıyla kullanılması yönündeki iradesini, ölüme bağlı tasarruf ile açığa vurabileceği düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre, ölenin aksine beyanı bulunmadıkça, ölenin yakınları da, ölenin organ ve dokularının üçüncü kişilerin tedavisi amacıyla kullanılmasına izin verebilmektedir. Bu izin tek taraflı bir irade beyanı şeklinde tezahür etmektedir.[351] Ayrıca ölenin yakınları, organın nakledileceği kişiyi tanımamaktadır. Alınan organ ve dokuların dağıtımı her organ için Bakanlık tarafından oluşturulan Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi ve Acil Bekleme Listesine göre yapılmaktadır. Bu nedenle, ölenin organ ve

[348] SARIAL, Enes, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986, s.18; AYAN, s.18.
[349] Bu konuda detaylı bilgi için bknz: Bölüm I, "Ölüden Yapılacak Nakillerde Onam ve Onamın Aranmadığı Haller", s.39; "Organ ve Doku Dağıtımında Adalet", s.62.
[350] Ölenin yakınlarının, organ ve dokuyu almak isteyen kişi veya kuruluşla bu konuda sözleşme yapmalarının önünde hukuki bir engel bulunmadığı yönündeki görüş için Bknz: AKINCI, s.76; GÖKCAN, s.394.
[351] AKINCI, s.76; GÖKCAN, s.394.

dokularının alınmasına, ölenin yakınlarının izin verdiği durumlarda bir sözleşme ilişkisi değil, kamu hukuku nitelikli bir ilişki söz konusu olmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında nakledilecek organ veya dokunun, canlı bir kişinin vücudundan alınması durumunda, taraflar arasında kurulacak ilişkinin hukuki niteliği ele alınacaktır. Bu hukuki ilişkinin tarafları sadece alıcı ve verici değildir. Organ ve doku nakilleri hem alıcının hem vericinin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı ve yararlarının gözetildiği koşullarda ve kurumlarda gerçekleştirilebilir. Nitekim ODNK'nın 10. maddesinde sadece organ ve dokunun nakledilmesi işleminin değil, organ ve dokunun alınması, saklanması gibi nakile hizmet eden tüm müdahalelerin Bakanlık tarafından yetkilendirilen uzman personel ve teknik donanıma sahip kurumlarda yapılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle nakil merkezinin bulunduğu hastane de söz konusu ilişkiye taraf olarak katılmaktadır.

Organ veya doku nakli denildiği zaman, akla gelen genellikle ya bir insanın organ veya dokularının alınması ya da daha önce alınmış organ veya dokuların bir insana aşılanmasıdır. Ancak bazen alınan organın, alıcıya nakledilmesine kadar bir süre saklanması gerekebilir. Bu doğrultuda nakil kavramı, alma, aşılama ve hatta saklamayı da içine alan üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[352] Nakil sözleşmeleri ise alma, aşılama ve saklama fiillerinden sadece birini değil, genellikle tamamını ihtiva eden sözleşmelerdir.[353] Nakil sözleşmeleri ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)[354] ne de diğer kanunlarda özel olarak düzenleme altına alınan sözleşmelerdendir. Ancak taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, hür iradeleriyle, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri meydana getirebilirler. [355] Gerek kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşmelere ilişkin öğe ve şartlar bir araya getirilerek, gerek kanunda düzenlenen sözleşmelere tamamen yabancı, kendine özgü öğelerden oluşturulan bu tür sözleşmelere isimsiz (atipik) sözleşmeler denilmektedir.[356]

---

[352] AKINCI, s.47; ÖZBİLEN, s.147,148.
[353] AKINCI, s.47; ÖZBİLEN, s.147,148.
[354] 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[355] OKTAY, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Tamamlanması", İÜHFD, C.55, S.1-2, 1996, s.263; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Baskı, Ankara, 2015, s.53; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, 4.Baskı, İstanbul, 2019, (Ders Kitabı), s.3,4; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2019, s.22; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019, s.70.
[356] ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19.Baskı, Ankara, 2019, s.10,11; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.22; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.Baskı, İstanbul, 2019, (Özel Hükümler), s.13; EREN, Özel Hükümler, s.947.

Uygulamada hepsine birer isim verilen bu sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmesinin temel sebebi, sözleşmelere kanun koyucu tarafından bir isim verilmemiş olmasıdır.[357] Ancak kanun koyucu tarafından isim verilmiş olması da tek başına yeterli olmadığından irtifak sözleşmesi, vasiyeti tenfiz memuru sözleşmesi, ön sözleşme gibi kanunda doğrudan ya da dolaylı olarak isimlendirilen bazı sözleşmeler de isimsiz sözleşmeler olarak kabul edilmektedir.[358] Çünkü bir sözleşmenin tipik sözleşme sayılabilmesi için ayrıca kanun koyucu tarafından asli yükümler üzerinden ve asgari hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenmesi, yani sözleşmenin belirleyici noktalarının belirli bir yasal tipe altlanabiliyor olması gerekir.[359]

İsimsiz sözleşmeler doktrinde kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, karma sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır.[360] Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde bulunan unsurları tamamen ya da kısmen içermeyip, kendilerine özgü unsurlardan meydana gelen sözleşmelerdir.[361] Yani kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, kanunda düzenlenmiş hiçbir sözleşme türünün unsurlarını taşımayan ve edimlerine uymayan, icat edilmiş yepyeni bir tür söz konusudur.[362] Bu nedenle kendine özgü yapısı olan sözleşmeler "gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren" sözleşmeler şeklinde ifade edilmektedir.[363]

Karma sözleşmeler ise kanunda düzenleme altına alınan çeşitli sözleşmelere ilişkin unsurların, kanunda öngörülmeyen biçimde bir araya toplanması ile meydana gelen sözleşmelerdir.[364] Karma sözleşmelerin söz konusu olabilmesi için çeşitli sözleşmelere ilişkin unsurlar o kadar karışmış ve karıştırılmış olmalıdır ki, ortaya çıkan sözleşme kanunda düzenlenen sözleşme türlerinden hiçbirinin altına dahil edilememelidir.[365]

---

[357] OKTAY, s.263,264; ARAL/AYRANCI, s.53; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.11; EREN, Özel Hükümler, s.947.
[358] OKTAY, s.264; SEROZAN, s.72; ARAL/AYRANCI, s.53; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.4; EREN, Özel Hükümler, s.948.
[359] GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul, 2013, (C.I), s.4; EREN, Özel Hükümler, s.948; OKTAY, s.264; SEROZAN, s.72.
[360] YAVUZ, Özel Hükümler, s.13; ARAL/AYRANCI, s.56; OKTAY, s.272.
[361] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.23; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.12; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.8,9; EREN, Özel Hükümler, s.963.
[362] SEROZAN, s.100; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.8,9; ARAL/AYRANCI, s.56.
[363] ARAL/AYRANCI, s.56; GÜMÜŞ, C.I, s.9.
[364] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.37; OKTAY, s.273; GÜMÜŞ, C.I, s.6; EREN, Özel Hükümler, s.953.
[365] OKTAY, s.274; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.6; ARAL/AYRANCI, s.57; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.37; EREN, Özel Hükümler, s.953.

Birleşik sözleşmeler, birbirlerinden ayrı ve bağımsız sözleşmelerin, bu bağımsızlıklarını koruyarak ortak bir amaç etrafında toparlandığı ve birbirlerine bağlı hale getirildiği sözleşmelerdir.[366] Birleşik sözleşmeleri karma sözleşmelerden ayıran fark, birleşik sözleşmelerin bağımsızlığını koruyan ancak, varlıkları birbirlerine bağlı olan sözleşmelerin bir araya getirilmesiyle oluşturulmasıdır.[367] Yani birleşik sözleşmelerde bir araya getirilen sözleşmelerden her biri kendi bağımsızlıklarını devam ettirirken, karma sözleşmeler unsurlarını taşıdıkları sözleşmelerden bağımsız bir nitelik kazanmaktadır.[368] Bu doğrultuda, alıcının tedavisi amacı ile birbirinden bağımsız ancak, varlıkları birbirlerine bağlı sözleşmelerin bir araya getirilmesiyle meydana gelen nakil sözleşmelerinin, birleşik sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

3.2 Alıcı ile Verici Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Hukuki Niteliği

3.2.1 Tarafların Üstlendiği Edimin Hukuki Niteliği

Organ ve doku gibi insan kökenli biyolojik maddelere ilişkin birçok hukuki düzenleme bulunmasına rağmen, bunların hukuki niteliklerine dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise organ ve dokuların hukuki niteliklerinin insan vücudu ile organik bağı bulunup bulunmamasına göre farklılık arz edeceği ileri sürülmektedir.[369] İnsan vücudu içerisinde bulunan organ ve dokular, işlevini yerine getiremeseler ve hatta kişinin sağlığını olumsuz yönde etkileseler dahi, kişiliğin bir parçası olarak kabul edilmektedir.[370]

Kişilik, hukuk düzeninin kişi ile beraber korunmaya değer bulduğu, hukuki ve manevi nitelikteki varlıklarının tümüdür.[371] Kişiliği oluşturan çeşitli varlıkların üzerindeki hak da kişilik hakkıdır.[372] İnsanı insan kılan kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin sınırlı bir şekilde sayılması mümkün değildir.[373] Çünkü kişilerin ve zamanın ihtiyaçlarına göre hukuk düzeni tarafından korunması gereken değerlere yenileri

[366] YAVUZ, Özel Hükümler, s.14; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.5; ARAL/AYRANCI, s.60; SEROZAN, s.84.
[367] OKTAY, s.275; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.40; ARAL/AYRANCI, s.60; EREN, Özel Hükümler, s.966.
[368] OKTAY, s.275; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.18,21; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.40; SEROZAN, s.90; EREN, Özel Hükümler, s.969.
[369] SARIAL, s.10; ÖZBİLEN, s.13.
[370] AKINCI, s.79; ÖZBİLEN, s.13; SARIAL, s.9.
[371] DURAL/ÖĞÜZ, s.9; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.339; KILIÇOĞLU, Organ Nakli, 246.
[372] ERDOĞAN/KESKİN, s.272; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.341; KILIÇOĞLU, Organ Nakli, s.246.
[373] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.454; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.174; ERDOĞAN/KESKİN, s.277; KILIÇOĞLU, Organ Nakli, s.246.

eklenmektedir.[374] Kişiliğin ihlal edilmesi riski arttıkça da kişiliği koruyan hukuki çember genişlemektedir.[375] Bu hakkın kapsamına giren insan vücudunun ve parçalarının para ile ölçülebilmeleri mümkün değildir.[376] Kişinin organ ve dokuları malvarlığının değil, kişi varlığının bir parçası olduğundan bunların ne devri ne de bağışlanması söz konusu olabilir.[377] Bu özellik de onları ayni haklardan ayırmaktadır.[378]

Ancak organ ve dokuların yanı sıra, insan kökenli birçok biyolojik maddenin özellikle sağlık ve araştırma sektörlerinde el değiştirebilmesine kanunlarla imkân tanınmasının, bunların hukuki niteliklerinde bir değişme meydana getirdiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir.[379] Bu görüşlere göre insan vücudu ve onunla organik bağı bulunan kısımlar kişilik hakkı kapsamına dahil olurken; insan vücudundan ayrılan organ, doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin eşya olarak nitelendirilmesi gerekir.[380] Çünkü söz konusu organ veya dokuların kişiliğin bir parçası olarak kabul edilmesi durumunda, bunların nakil yoluyla devri kişilik hakkının devredilmezliği ilkesi ile bağdaşmayacaktır.[381] Bu nedenle kanun koyucunun organ ve dokuların nakline izin vermesi, onların eşya olarak nitelendirilmesini gerekli kılmaktadır.[382]

Türk hukukunda eşya kavramının kanun koyucu tarafından tanımlanmamasından doğan boşluk, doktrinde yer verilen tanımlarla doldurulmaya çalışılmıştır. Bu tanımlara göre eşya, üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurmaya elverişli, sınırlandırılabilir, iktisadi bir ihtiyaca cevap veren, kişi dışı varlıklardır.[383] Bir görüşe göre insan ve insanla bütünleşmiş organ, doku gibi "insan kökenli biyolojik maddeler", hatta vücuda ayrılmaz şekilde birleştirilerek insanla kaynaşan takma organlar dahi eşya sayılamaz.[384] Çünkü

---

[374] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.174; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.454; ERDOĞAN/KESKİN, s.277.
[375] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.454; ERDOĞAN/KESKİN, s.277.
[376] ERDOĞAN/KESKİN, s.273; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.455; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.171; DURAL/ÖĞÜZ, s.103.
[377] TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5.Baskı, C.I, İstanbul, 1988, s.346; SARIAL, s.9.
[378] ERDOĞAN/KESKİN, s.275; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.455.
[379] SARIAL, s.13; ÖZBİLEN, s.17.
[380] AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 2018, (Eşya Hukuku), s.6; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİCİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 21.Baskı, İstanbul, 2018, (Eşya Hukuku), s.6; SARIAL, s.13; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.202,203.
[381] SARIAL, s.7.
[382] SARIAL, s.7.
[383] ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 14.Baskı, İzmir, 2018, s.6; ESENER Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 8.Baskı, Ankara, 2019, s.46; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 7.Baskı, Ankara, 2019, s.4; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, Eşya Hukuku, s.27.
[384] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.202,203; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, Eşya Hukuku, s.6; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s.6.

kişilik hakkının konusunu oluşturan bu değerler eşyanın "kişi dışı olma" karakteriyle bağdaşmamaktadır.[385] İnsan vücudundan ayrılan, bağışlanmış organ ve dokular ise TMK madde 23'te düzenleme altına alınan kişinin kendisine karşı korunması kuralının sınırları çerçevesinde, "kendine özgü nitelikli eşya" sayılırken; protez, peruk gibi parçalar kayıtsız şartsız eşya sayılmaktadır.[386] Ancak insan vücudunda bulunan organ ve dokulara sağlanan koruma esasen bunların vücuttan ayrılmasından sonra da devam etmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 22. maddesi tıbbi bir müdahale ile vücuttan ayrılan organ ve dokuların, vücuttan alınma amaçları dışında kullanılmasını, müdahalede bulunulan kişiye usulüne uygun bilgilendirme yapılarak bu kişiden muvafakat alınması şartına bağlamıştır. Bu nedenle "kişi dışı olma" özelliğine sahip olmayan vücuttan ayrılmış organ ve dokuların eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.[387]

Bir başka görüş insan vücudundan ayrılan organ ve dokuların hukuki niteliklerinin, söz konusu organ ve dokuların ODNK kapsamında yer alıp almamasına göre belirleneceğini ifade etmektedir.[388] Çünkü kanun koyucu ODNK madde 3'te bu kanun kapsamında yer alan organ ve dokuların satışını yasaklamıştır. Bu nedenle ODNK kapsamında yer alarak "ekonomik değer taşıma" unsuru barındırmayan organ ve dokuların eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.[389] Ancak bu bakış açısı bir varlığın eşya olarak kabul edilebilmesi için tek bir ihtiyaca cevap vermesinin yeterli olacağı, satışının yasak olmasının onun eşya olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.[390] Zira kamu düzenini koruma amacıyla satışının yasaklanması uyuşturucu maddeleri eşya statüsünden çıkarmamaktadır.

İnsan vücudu içerisinde varlığını sürdürürken, gerçek kişiye hizmet ederek, kişiliğe sağlanan hukuki korumadan yararlanan organ ve dokular üzerindeki hakkın kişilik hakkı olduğu muhakkaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kanun koyucunun nakline izin verdiği şeyin kişilik hakkı değil organ veya doku olduğudur. İnsan vücudundan ayrılmış organ ve dokular, şeref, haysiyet gibi soyut kişilik değerleri değil somut varlığı olan kişilik değerleridir.[391] Bu özellikleri dolayısıyla nakil yoluyla kişi varlığının dışına çıkabilmektedirler. Bu nedenle hukuka uygun şekilde gerçekleştirilen

[385] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.202.
[386] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.203.
[387] BADUR, Emel, "Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması", ÇÜHFD, C.5, S.1, 2020, (Cayma), s.301.
[388] SERT/CİHAN, s.28.
[389] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, Eşya Hukuku, s.6; ERTAŞ, s.6.
[390] BADUR, Cayma, s.300; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, Eşya Hukuku, s.28.
[391] SERT/CİHAN, s.30.

organ ve doku nakillerinde, kişilik hakkının ve kişilik hakkının sağladığı kişilik değerlerinin vazgeçilmezliği ve devredilmezliği ilkelerine aykırılık söz konusu değildir.

Organ ve doku verme borcu altına girmiş kişiden edimini yerine getirmesinin istenilememesi ve maddi manevi tazminat talebinde bulunulamaması sebebiyle, organ ve doku verme ediminin eksik borç niteliğinde olacağı yönünde bir görüş mevcuttur.[392] Eksik borçlar, borcun yerine getirilmediği hallerde kanunun alacaklıya dava ve talep hakkı tanımadığı borçlardır.[393] Alacak hakkı ilke olarak alacaklıya, borçludan alacağını dava ve cebri icra yoluyla talep ve takip hakkı verirken, hukuk düzeni eksik borçların ifasını tamamen borçlunun iradesine bırakmıştır.[394] Esasen eksik borçlarda tam borçlarda olduğu gibi bir alacaklı, bir borçlu ve belirli ya da belirlenebilir, olumlu ya da olumsuz bir edim bulunmaktadır. Ancak eksik borçlarda alacaklıya, borcunu yerine getirmeyen borçluya karşı, devletin cebir organları vasıtasıyla dava ve cebri icra yoluyla takip imkânı tanınmamakta; alacaklı, sadece borçlu kendi isteğiyle borcunu ifa ettiği zaman alacağını alma hakkına sahip olmaktadır. [395] Hukuk düzeninin, bazı borçları yaptırımsız bırakmasının, sorumluluğu ortadan kaldırmasının, alacaklıya talep hakkı tanımamasının temelinde emeksiz kazanç sağlamanın yasaklanması, toplumun barış ve düzeninin korunması, adalet ve genel ahlak gibi düşünceler yer almaktadır.[396] Ayrıca eksik borç olarak nitelendirilen çeşitli ilişkilerin ortak noktalarından biri de rıza ile ifa edilenin geri alınamamasıdır.[397] Eksik borçlarda borcunu ifa eden borçlu, ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep edemez. Çünkü ortada eksik de olsa mevcut bir borç bulunduğu için, borçlunun borcunu ifa etmesi alacaklı bakımından zenginleşme oluşturmayacaktır.[398]

Organ ve doku verme konusundaki taahhüt, TMK madde 23'te "edimin yerine getirilmesinin istenemeyeceği" ve "maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı" yönündeki ifadelere yer verilmiş olması sebebiyle eksik borca benzetilmiş olsa da bu, esasen kişinin vücudu üzerindeki hakkında tasarruf edilemeyeceği

[392] AKINCI, s.68; ZEYTİN, s.254; SERT/CİHAN, s.34.
[393] İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2014, s.94; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, Ankara, 2019, (Genel Hükümler), s. 9; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.Baskı, Ankara, 2018, (Genel Hükümler), s.49; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 1988, s.30.
[394] EREN, Genel Hükümler, s.91; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.53.
[395] İNAN/YÜCEL, s.94.
[396] EREN, Genel Hükümler, s. 91; TEKİNAY, s.30.
[397] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7.Baskı, İstanbul, 2017, s.58.
[398] İNAN/YÜCEL, S.94; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.53; EREN, Genel Hükümler, s.92.

kuralının doğal bir sonucudur.[399] Burada alacaklının, organ ve doku verme borcu altına girmiş kişiden edimini yerine getirmesini isteyememesi, borcun konusunun organ veya doku olmasından değil, borcun ifasının, borçlunun kişilik değeri ile doğrudan bağlantılı olmasından kaynaklanmaktadır.[400] Borçlu, kişilik değerleri üzerinde sahip olduğu kişilik hakkını herkese karşı ileri sürebileceği gibi, borç ilişkisinde alacaklı olan tarafa karşı da ileri sürebilecektir.[401] Bu nedenle, borcun konusunu oluşturan organ veya doku, ait olduğu kişinin kişilik değeri ile ilişkilendirilebildiği müddetçe, alacaklının bunların teslimi için borçluya bir zorlamada bulunması mümkün değildir. Ancak borçlunun vücudundan ayrılarak, vücut bütünlüğü değeri ile ilişkisi kesilen, borçlunun diğer kişilik değerleri ile bağlantısı olmayan biyolojik maddelerin verilmesi konusundaki taahhütler söz konusu olduğunda, borcun alacaklısı, borçludan borcun yerine getirilmesini isteyebilecektir.[402] Buna örnek olarak kesilmiş saçların mülkiyetinin devrini konu alan taahhütler verilebilir.

Vücudundan organ veya doku alınmasına izin veren kişinin organ ya da dokusunu vermekten vazgeçmesi durumunda ondan tazminat talep edilemeyeceğine dair hükmün amacı ise, kişiyi baskı altında organ veya doku vermeye zorlamamaktır.[403] Bu doğrultuda kanun hükmü amaca göre yorumlanmalı ve sadece vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde değil, kişinin kişilik hakkına dahil herhangi bir değere müdahale yapılmasına ilişkin verilen iznin geri alınması halinde de bir zorlamanın söz konusu olamayacağının ve izni geri almadan dolayı tazminat istenemeyeceğinin açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir.[404]

3.2.2 Taraflar Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Organ ve doku nakillerini konu alan sözleşmeler uygulamada organ bağışı olarak adlandırılmaktadır.[405] Bunun temelinde tüm ivazsız işlemlerin hukuki dayanağını ve kıyas kaynağını bağışlama sözleşmelerinin oluşturması yatmaktadır.[406] TBK madde 285'e göre; "*Bağışlama sözleşmesi bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği*

[399] DURAL/ÖĞÜZ, s.117.
[400] ÖZBİLEN, s.118.
[401] DURAL/ÖĞÜZ, s.103; ERDOĞAN/KESKİN, s.274.
[402] ÖZBİLEN, s.120.
[403] DURAL/ÖĞÜZ, s.117,118; BADUR, Cayma, s.305.
[404] DURAL/ÖĞÜZ, s.117,118.
[405] AKINCI, s.79; GÖKCAN, s.392.
[406] SEROZAN, s.287.

sözleşmedir." Doktrinde ise bağışlama, bağışlayanın kendi malvarlığından bağışlananı zenginleştirmek için bağışlama sebebiyle yaptığı, sözleşme niteliğini taşıyan ve sağlararası denk bir ivaz ihtiva etmeyen kazandırıcı muamele olarak tanımlanmaktadır.[407]

Bu tanımlardan ilk olarak bağışlamanın bağışlayanın kendi malvarlığından yaptığı kazandırıcı bir muamele olduğu sonucuna ulaşabiliriz.[408] Çünkü bağışlamada bağışlayanın malvarlığının fakirleşmesi, bağışlananın malvarlığının zenginleşmesi ve bu ikisi arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir.[409] Bu sebeple ölüme bağlı tasarruflarda, tasarrufta bulunan kişinin kendi malvarlığında değil mirasçılarının malvarlığında bir azalma gerçekleşeceğinden ölüme bağlı tasarruflar bağışlama sayılmazlar.[410] TBK madde 285'in ikinci fıkrasına göre; "*Henüz edinilmemiş olan bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, bağışlama değildir*." Zira bağışlamada bağışlayanın malvarlığının özünden gerçekleştirilmiş herhangi bir kazandırma ve buna denk düşen bir yoksullaşma arandığı için henüz kazanılmamış bir haktan feragat bağışlama sayılmayacaktır.[411]

Niteliği gereği bağışlamalar karşılıksız kazandırmalardır.[412] Ancak kanun maddesinde yer alan "karşılıksız olarak" ifadesi doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü bağışlamada önemli olan bağışlamanın karşılıksız olarak yapılması değil, mukabilinde denk bir karşılık olmaksızın yapılmasıdır.[413] Bir şeyin normal fiyatının altında satılması durumunda olduğu gibi bağışlamanın ivazlı bir sözleşme içinde yapılması da mümkündür. Bu durumda denk bir ivaz olmaksızın kazandırma yapan tarafın verdiği edimin, karşı edimle karşılanamayan bölümü bağışlama olarak nitelendirilecektir.[414] Karma bağışlamanın söz konusu olduğu bu tür durumlarda sözleşmenin kurulduğu anda edimler arası değer farkının bulunması tek başına bağışlamayı varsaymaya yetmeyecek, bu farkın bağışlama niyetinden kaynaklandığının taraflarca bilinmesi de gerekecektir.[415]

---

[407] YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul, 2014, s.338,339; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s.190vd.; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2019, s.281vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.325; GÜMÜŞ, C.I, s.203; TANDOĞAN, s.342vd.

[408] FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 4.Baskı, İstanbul, 1980, s.322; YAVUZ, Özel Hükümler, s.218.

[409] YAVUZ, Özel Hükümler, s.218; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.166; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.326; GÜMÜŞ, C.I, s.203.

[410] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.166; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.326.

[411] SEROZAN, s.293.

[412] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.167; FEYZİOĞLU, s.327.

[413] YAVUZ, Özel Hükümler, s.218.

[414] YAVUZ, Özel Hükümler, s.219.

[415] ARAL/AYRANCI, s.240; SEROZAN, s.293.

İkinci olarak bağışlamada, kazandırmanın bağışlama sebebiyle yapılmış olması gerekir.[416] TBK madde 285'in üçüncü fıkrasına göre; "*Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz.*" Çünkü burada muameleyi yapan bağışlama sebebiyle değil ifa sebebiyle hareket etmektedir.[417] Yargıtay da bir kararında[418] evlilik birliğinin ömür boyu süreceği inancının hakim olduğu düşüncesiyle, ortak yaşamı ve geleceği güvence altına almak adına, karşılıklı güvene dayanarak, örf ve adete uygun olarak eşlerin birlikte yatırım yapmalarının bağış olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Kararda devredene ağır yükümlülük getiren bir kazandırmanın bağış olarak nitelendirilebilmesi için, bağış amacını taşıyan davranış ve iradenin duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık olması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca zamanaşımına uğramış, evlenme simsarlığından ya da kumar borcundan doğan eksik borçların ifası da bağışlama sayılmaz. Çünkü bu durumda eksik de olsa bir borcun ödenip kapatılması söz konusudur.[419]

Üçüncü olarak bağışlamanın kurulması için bağışlananın kabulü gerekmektedir.[420] Bu nedenle bağışlama tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir.[421] Ancak bağışlamanın, bağışlananın kabul bildirimini zorunlu kılan bir sözleşme olması belli bir ölçüde yumuşatılmakta ve bağışlananın sessizliği de kabule yorulmaktadır.[422] TBK madde 6'ya göre; "*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*." Yani bağışlama onun yararına yapılmakta olduğundan, bağışlayan iradesini zımni olarak da açıklayabilecektir.[423]

Buna karşılık bağışlayanın bağlılığında gevşeklik söz konusudur.[424] Zira ana kural öneride bulunanın açık veya zımni kabul bildirimi gelene kadar önerisiyle bağlı olmasıyken, bağışlama önerisinde bulunan bu yanıt gelmeden önce de önerisini serbestçe geri alabilmektedir. TBK madde 293'e göre; "*Bir kimse başkasına bağışlamayı önerdiği bir malı, başka mallarından fiilen ayırmış olsa bile, bağışlananın kabulüne kadar,*

[416] YAVUZ, Özel Hükümler, s.219; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.167; FEYZİOĞLU, s.327; GÜMÜŞ, C.I, s.203.
[417] YAVUZ, Özel Hükümler, s.219.
[418] Y.8.HD, E. 2014/25039, K. 2015/19313, 27.10.2015, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.21.03.2020
[419] SEROZAN, s.291.
[420] SEROZAN, s.290; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.168; FEYZİOĞLU, s.328.
[421] YAVUZ, Özel Hükümler, s.219; FEYZİOĞLU, s.328.
[422] SEROZAN, s.294,295; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.168; FEYZİOĞLU, s.330,331.
[423] YAVUZ, Özel Hükümler, s.219.
[424] SEROZAN, s.295.

bağışlama önerisini geri alabilir." Bağlılığın kuruluş aşamasındaki bu gevşeklik TBK 295 ve devamında yer alan düzenlemeler ile daha da artmaktadır.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus bağışlamanın sağlararası bir muamele olmasıdır. Yani bağışlamanın varlığı için bağışlayanın, sağlığında hüküm doğuracak şekilde bir kazandırıcı muamele yapması gerekmektedir.[425] Ancak nadir olarak rastlansa da ölüme bağlı bağışlama olarak bilinen, ifası bağışlayanın ölümünden sonra istenebilen ve hatta bağışlananın bu anda sağ olması şartına bağlanan bağışlamalar da söz konusu olmaktadır.[426] Ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olmayan bu sözleşmeler, borçlar hukuku nitelikli sözleşmelerdir ve bağışlama sözü verme şeklinde yapılmaktadır.[427] Bu halde bağışlayanın sağlığında verme yükümlülüğü altına girdiği değer, yani sözleşmenin ifası, bağışlayanın ölümüne ertelenmektedir.[428] Ancak ODNK madde 14'te, bir kişinin öldükten sonra organ ve dokularını, başka kişilerin tedavisinde kullanılması için bıraktığı yönündeki iradesini vasiyetname ile açığa vurabileceği düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle kişinin, ölüme bağlı bağışlama ile organ ve dokularını bırakması mümkün değildir.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere bir bağışlamadan söz edebilmek için öncelikle bağışlananın malvarlığında bir artış, bağışlayanın malvarlığında bir azalma meydana gelmelidir. Bu doğrultuda satıma konu olabilecek her değer bağışlamaya da konu olabilecektir.[429] Bağışlamanın ivazsız satımdan daha fazlası olduğu muhakkaktır.[430] Ancak hukukumuzda satışı zaten yasak olan organ ve dokular kişilerin malvarlığına değil, kişilik varlığına dahildir.

Ayrıca henüz kuruluş aşamasında gevşek tutulan bağışlama bazı hallerde geri alınabilmektedir. TBK madde 295'te bazı durumların gerçekleşmesi halinde, bağışlayanın elden bağışlamayı ya da yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabileceği ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlanan şeyin geri verilmesini isteyebileceği düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre bağışlanan, bağışlayana ya da yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse, bağışlayana ya da onun

[425] YAVUZ, Özel Hükümler, s.220; FEYZİOĞLU, s.333.
[426] SEROZAN, s.298.
[427] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.333; GÜMÜŞ, C.I, s.214.
[428] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.333; GÜMÜŞ, C.I, s.214.
[429] SEROZAN, s.289; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.325; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.166; GÜMÜŞ, C.I, s.204.
[430] SEROZAN, s.289; SEROZAN/ENGİN, s.295.

ailesinden birine karşı kanuni yükümlülüklerine aykırı davranışta bulunmuşsa ya da yüklemeli bağışlamada haklı bir neden olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse bağışlayan bağışlamadan dönebilir.

Görüldüğü gibi bağışlamanın geri alınması ile henüz gerçekleştirilmemiş bağışlama edimini yerine getirme yükümlülüğü ortadan kalkarken, yerine getirilmiş olan edimleri zenginleşme hükümlerine göre alma hakkı doğmaktadır. Ancak organ ve doku verme taahhüdünde bulunan kişi, hiçbir şarta bağlı olmaksızın, taahhüdünden her zaman dönebilecekken, başka bir kişiye nakledilmiş organ veya dokuları geri alınması ise mümkün olmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da bağışlananın, bağışlama vaadinden doğan borcunu yerine getirmeyen bağışlayana karşı, bağışlamanın aynen ifa edilmesini talep ve dava edebilmesidir.[431] Ancak TMK madde 23'e göre biyolojik madde verme borcu altına girmiş kişiden edimini yerine getirmesi istenemeyeceği gibi, bu kişiden maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunulamaz. Bu nedenle organ veya doku verme taahhüdü, bağışlama vaadi olarak kabul edilmemektedir.

Sonuç olarak alıcı ve verici arasında nakil amacıyla kurulan sözleşmeler, TBK'da ve diğer kanunlarda özel olarak düzenleme altına alınmayan isimsiz sözleşmelerdir. Bir görüşe göre alıcı ve verici arasında kurulan nakil sözleşmeleri karma sözleşme niteliğindedir.[432] Çünkü hem İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde hem de ODNK'da naklin sınırları, ehliyet, edimin niteliği gibi konular düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu düzenlemelerle esasen, canlı vericiden yapılacak nakillerin hukuka uygun olup olmadığı tartışmalarına son verilmiştir. Hekimin ve nakil merkezinin yapacağı müdahalelerin hangi koşullarda hukuka uygun olacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle baskın görüş, sözleşmenin geçerliliğinin hukuken ve tıbben sıkı şartlara bağlanmış olması ve borç ilişkisinin alacaklıya alacağını cebren elde etme imkanı tanımaması sebebiyle, alıcı ve verici arasında kurulan nakil sözleşmesinin, kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir.[433]

[431] YAVUZ, Özel Hükümler, s.227; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.335; SARIAL, s.22.
[432] BADUR, Cayma, s.283.
[433] SARIAL, s.24; AKINCI s.81; ÖZBİLEN, s.165; GÖKCAN, s.392.

İsimsiz sözleşmeler sıralamasında en üst basamakta yer alan kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde kural çokluğu değil, kural yokluğu söz konusudur.[434] Ancak buradaki yokluktan kastedilen isimli sözleşmelerdeki özel hükümlerdir.[435] Zira TBK'da düzenleme altına alınan genel hükümlerin isimsiz sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacağı konusunda bir tereddüt bulunmamakta, ancak genel hükümlerden önce TBK'da yer alan özel hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı üzerinde düşünülmektedir.[436]

Doktrinde kendine özgü yapısı olan sözleşmelere uygulanacak hükümlerin şu şekilde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir:[437]

-Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, dürüstlük kuralları ve iş ilişkilerinde geçerli teamüllere göre yorumlanmalı ve tamamlanmalıdır.

-Bu sözleşmelere benzer nitelikteki sözleşmelere ait kurallar örnekseme ve kıyas yoluyla uygulanarak, gerektiğinde TBK genel hükümlerine de müracaat edilmelidir.

-Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözüm yolları, özellikle mahkeme içtihatlarıyla tespit edilen örf ve adet hukukundan bulunmalıdır.

-Ne özel ne de genel bölümde örnek alınacak, amaca uygun bir kıyas dayanağı bulunamazsa, hâkim TMK madde 1'in kendine tanıdığı yetkiye dayanarak somut menfaatler durumuna yakışacak kuralı kendisi yaratacaktır.[438]

Bu doğrultuda verici ile alıcı arasında kurulan sözleşmeye, bu sözleşmeyle benzerlik gösteren bağışlama sözleşmesine dair hükümlerin kıyas yoluyla ve tamamlayıcı olarak uygulanabileceğini söyleyebiliriz.[439] Özellikle TBK madde 294'te düzenleme altına alınan, bağışlayanın sorumluluğunun ancak ağır kusurunun bulunduğu durumlarda söz konusu olabileceği ve bağışlayanın bağışlanan şey hakkında özellikle garanti sözü

[434] SEROZAN, s.100.
[435] OKTAY, s. 275.
[436] OKTAY, s.275.
[437] YAVUZ, Özel Hükümler, s.16; SEROZAN s.100,101; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.12; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.23; EREN, Özel Hükümler, s.965.
[438] TMK madde 1'in ikinci fıkrasına göre; "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir*."
[439] ÖZBİLEN, s.165.

vermemişse bununla sorumlu tutulamayacağı hükümleri organ veya doku vericisinin sorumluluğu bakımından kıyasen uygulanabilecektir.[440]

3.3 Verici ve Alıcı ile Hastane Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Niteliği

3.3.1 Verici ile Hastane Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Niteliği

Nakil sözleşmelerinde verici ile hastane, vericiden alınan organ veya dokunun, üçüncü kişiye tedavisi için naklini amaçlamaktadır. Ancak vericinin, nakil öncesi nakle uygunluğunun tespit edilmesi, nakle hazırlanması ve naklin gerçekleştirilmesi için hastaneye yatırılması şarttır. Ayrıca nakil sonrası bakımının ve kontrollerinin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle verici ile hastane arasında gerçekleştirilen sözleşmenin hukuki niteliği ve alıcı ile hastane arasında gerçekleştirilen sözleşmenin hukuki niteliği arasında bir fark bulunmadığı düşünülmektedir.[441] Ancak bazı durumlarda, verici ile nakil merkezi arasında yapılan sözleşmeye alıcının üçüncü kişi olarak katılabileceği ileri sürülmektedir.[442] Bu duruma örnek olarak eşlerden birinin organ veya dokusunun, hasta olan eşine nakledilmesi amacıyla, nakil merkezi ile gerçekleştirdiği sözleşmeler verilmektedir.[443]

Borç ilişkilerinden doğan haklar ve borçlar kural olarak, sadece sözleşmeye katılan taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmakta ve üçüncü kişileri etkilememektedir.[444] Ancak sözleşme serbestesi ilkesi gereği üçüncü kişilerin borç ilişkisine, borç ilişkisinin üçüncü kişilere etkili olduğu bazı durumlar söz konusu olabilmektedir. Borçlu tarafından şahsen ifası gerekmeyen bir para borcunun, üçüncü kişi tarafından alacaklıya ödenmesiyle borç ilişkisinden doğan borcun düşmesini, üçüncü kişinin borç ilişkisi üzerinde etkisine örnek olarak verebiliriz. Borç ilişkisinin üçüncü kişiler üzerinde etkili olduğu durumlara örnek ise üçüncü kişi yararına sözleşmelerdir.[445]

---

[440] SARIAL, s.32; TBK madde 294'e göre; "*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir. Bağışlayan, bağışlanılan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse, bununla sorumlu olur*."

[441] SERT/CİHAN, s.36; AKINCI, s.81; SARIAL, s.38.

[442] AKINCI, s.93; SARIAL, s.46.

[443] AKINCI, s.94.

[444] AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, s.1; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, C.II, İstanbul, 2013, (Genel Hükümler, C.II), s. 428; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.745; EREN, Genel Hükümler, s.1279; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.15.

[445] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.18; AKYOL, s.3.

TBK madde 129'a göre; "*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir*." Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde taraflarından biri, diğer tarafa, üçüncü bir kişiye edimini ifa edeceğini taahhüt etmektedir.[446] Ancak edimin kendisine ifa edileceği üçüncü kişi, sözleşme ilişkisine taraf olmamaktadır.[447] Bu nedenle sözleşme ilişkisinin kurulması için üçüncü kişinin irade beyanına ihtiyaç olmadığı gibi, üçüncü kişi sözleşmenin kuruluşundan haberdar olmak zorunda da değildir. Kaldı ki madde, kişinin sözleşmeyi "kendi adına" yapması gerektiğini düzenleme altına almıştır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, yararlananın, borçludan ifayı talep hakkına sahip olup olmamasına göre eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayrılır.[448] TBK madde 129'un birinci paragrafında düzenlenen eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede yararlanan, sadece lehine kararlaştırılmış edimin ifasını kabule yetkili olmakta, ifayı bizzat talep edememektedir. TBK madde 129'un ikinci fıkrasında düzenlenen tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde ise yararlanan, lehine kararlaştırılmış edimin ifasını kabul etme yetkisinin yanında, her ne kadar sözleşmenin tarafı olmasa da, edimin ifasını talep hakkına sahip olacaktır.

Yararlananın edimin ifasını talep etme yetkisi olup olmadığı tarafların amacından anlaşılabileceği gibi, kimi zaman da kanun hükmünden ya da örf ve adetten anlaşılabilir.[449] Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme altına alınan mal sigortalarında, hayat sigortalarında, kaza sigortalarında ve TBK'da düzenleme altına alınan sorumluluk sigortalarında, yararlananın lehine doğan hakları talep etme yetkisi kanuna dayanmaktadır.[450] Yararlananın talep hakkı bazen ömür boyu gelir sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi sözleşmelerde, sözleşmenin niteliği gereği, örtülü şekilde mevcut olurken, bazı hallerde sözleşmenin yorumundan ya da muamelenin hal ve icabından çıkarılabilir.[451]

[446] KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.746,747; AKYOL, s.10; EREN, Genel Hükümler, s.1279.
[447] KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.748; AKYOL, s.10; OĞUZMAN/ÖZ; Genel Hükümler, C.II, s.428; EREN, Genel Hükümler, s.1279.
[448] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.19; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.748; AKYOL, s.11; İNAN/YÜCEL, s.517,518; EREN, Genel Hükümler, s.226; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.430, 431.
[449] İNAN/YÜCEL, s.518; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.432vd.
[450] İNAN/YÜCEL, s.518; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.433vd.
[451] İNAN/YÜCEL, s.518; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.432.

Yukarıda verilen örneği bu bağlamda ele alırsak, verici ile müdahaleyi gerçekleştirme borcu altına giren nakil merkezi arasındaki sözleşmede, alacaklı verici, borçlu nakil merkezi, sözleşmeden yararlanan ise alıcı olacaktır. Bir görüşe göre, sözleşme tam üçüncü kişi yararına yapılmış bir sözleşme olarak kabul edilirse, nakil merkezi, alıcıya karşı ifayı borçlandığı organ veya dokunun vücuda nakli borcunu ifa etmediğinde, alıcı yalnızca alacağını talep edebilecektir.[452] Sözleşmeden alıcı aleyhine bir borç ya da mükellefiyetin doğması söz konusu olmayacaktır.[453] Ancak uygulamada nakil masrafları alıcı tarafından ödenmektedir. Bu nedenle verici, aynı zamanda alıcının tedavi ücretini ödeme borcu altına girmediği müddetçe, verici ve nakil merkezi arasındaki sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.[454]

Esasen nakil sözleşmesinin tarafları, nakle ihtiyaç duyan alıcı ile nakli gerçekleştirme borcu altına giren nakil merkezidir. Naklin gerçekleştirilmesiyle ücret ödeme borcu altına giren kişi de alıcıdır. Bu nedenle vericinin değil alıcının, alacaklı olarak nitelendirilmesi gerekir. Verici ise bu sözleşmeden yararlanandır. Bu noktada yarar kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişiye sağlanan yararın malvarlığı değeri taşıması zorunlu olmadığı gibi, yararın mutlak bir karşılıksız kazandırma olması da gerekmez.[455] Yani vericinin alıcıyla yapmış olduğu sözleşme ile alıcıya bir organını vermeyi borçlanmış olması, vericinin, alıcı ile nakil merkezi arasında gerçekleştirilen sözleşmeden yararlanan üçüncü kişi olmasını engellemez. Ayrıca alıcı ve nakil merkezi arasında kurulan sözleşme ile vericiye muayene olma, tahlil ve incelemelere katlanma gibi yükümlülüklerin yüklenemeyeceği de düşünülebilir. Fakat bu yükümlüğün kaynağı esasen vericinin kendi iradesidir.[456] Verici kendisinden organ veya doku alınmasına rıza göstermediği takdirde bu yükümlülükler de ortadan kalkacaktır. Bu durumun, ayırt etme gücüne ve tıbbi müdahaleye rıza ehliyetine sahip küçüğün tedavisi için, velisi ile hastane arasında gerçekleştirilen sözleşmenin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilmesinden farkı yoktur.[457]

[452] ÖZBİLEN, s.163.
[453] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.19.
[454] ÖZBİLEN, s.163; AKINCI, s.93.
[455] AKYOL, s.14; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.438,439; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.747; EREN, Genel Hükümler, s.1281.
[456] AKYOL, s.14.
[457] Bknz: ŞENOCAK, s.72.

3.3.2 Alıcı ve Hastane Arasında Kurulan Borç İlişkisinin Niteliği

Vücudundaki organ veya dokuları işlev göremez hale gelen hastalar, tedavi olabilmek için bu organların kendi vücutlarına nakledilmesine ihtiyaç duymaktadır. Söz konusu ihtiyacı gidermeye yönelik faaliyetleri kendilerine meslek edinen nakil merkezleri ve sağlık çalışanları, sağlık kuruluşlarından ya da direk vericilerden temin ettikleri organ veya dokuları hastanın vücuduna naklederek, ona karşı taahhüt altına girdikleri tedavi borcunu ifa etmektedir.[458]

Organ veya dokunun alıcının vücuduna naklini konu alan bu ilişkinin taraflarından biri hasta ya da yasal temsilcisi iken, diğer tarafı kamu hastanesi veya özel hastane olabilir. Hekim ve hastane işletmesi yönünden sorumluluk ve tazminat sorunlarının çözümünde, hekimin mesleğini yürütürken içerisinde bulunduğu konumu ve sıfatı belirleyici bir rol üstlenmektedir.[459] İlişkinin karşı tarafının kamu hastanesi olması durumunda hasta ile hastane arasında sözleşmesel bir ilişki değil, idare hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır.[460] Kamu hastanesinde hekimler, mesleki faaliyetlerini yerine getirdikleri hastane organizasyonunun bağlı olduğu kamu hukuku tüzel kişisinin birer memuru olmak üzere seçilip atanırlar.[461] Hekimin mesleki faaliyetlerini bir kamu hastanesi içerisinde yürüttüğü bu durumlarda, kamusal görevin yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. İdarenin herhangi bir kamu hizmetini kurmasında ya da işletmesinde meydana gelen kusur, hizmet kusuru olarak adlandırmakta ve bu ilişkilerde meydana gelen aksaklıklar idare hukuku kurallarına göre çözümlenmektedir.[462] Karşı tarafın özel hastane olması durumunda hasta ile hastane arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmakta ve bu sözleşmeye hastaneye kabul sözleşmesi denilmektedir.[463]

Organ veya dokunun alıcının vücuduna naklini konu alan sözleşmelerde nakil merkezi ve hekim, alıcının menfaatine ve iradesine uygun olarak, sonucun elde edilememesinin rizikosu kendilerine ait olmamak üzere, belli bir işi görme borcu altına

---

[458] ÖZBİLEN, s.182.
[459] DEMİR, Mehmet, "Hekim Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbi Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri", KHÜHF Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, (Sorumluluk), s.291,292.
[460] AYAN, s.46; SERT/CİHAN, s.35.
[461] DEMİR, Sorumluluk, s.293.
[462] HAKERİ, s.804.
[463] AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993, s.118; AKKANAT, Halil, "Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni", Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s.26; HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 5.Baskı, Ankara, 2017, s.57; AYAN, s.133; SERT/CİHAN, s.36; GÖKCAN, s.392.

girmektedir. Bu durum taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmenin, maddi fiillere ilişkin olarak gerçekleştirilen bir vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı kanaatini oluşturabilir.[464] Vekâlet bir iş görme sözleşmesidir ve sözleşmesinin konusunu vekâlet verene ait bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması oluşturur.[465] Vekâlet sözleşmesinden doğan işgörme borcunun konusunu hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiillerin yanı sıra, maddi fiiller de oluşturabilir.[466] Maddi fiillere ilişkin vekâlette vekilin, vekâlet veren için hukuki muamele yaparak ya da hukuki muamele benzeri filleri gerçekleştirerek haklar kazanması veya borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Bir hekimin hastasını muayene ve tedavi etmesi, bir hukukçunun mütalaa vermesi, özel ders verme gibi eser ve hizmet sözleşmelerine girmeyen maddi fiillerin yapılması bu çeşit vekâletin konusu oluşturmaktadır.[467]

Organ veya doku nakli amacıyla kurulan sözleşmede amaç her ne kadar alıcının tedavisi olsa da, bu sözleşmelerin vekâlet unsurlarını bünyesinde barındıran bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.[468] Çünkü hastane işleticisi ile hasta ya da temsilcisi arasında kurulan hastaneye kabul sözleşmesinde hastane işleticisi hastayı tedavi etme, yatırma, yedirip içirme ve hastanın diğer bakım hizmetlerini yerine getirmeyi üstlenirken, hasta bu hizmetler karşılığında ücret ödemeyi üstlenmektedir.[469] Tedavi kavramı içerisinde hastaya tıbbi yardım ile hastane bakımının sağlanması vardır.[470] Kişinin fizyolojik ve psikolojik rahatsızlıklarını tanımak ve iyileştirmek ya da sağlığını korumak ve geliştirmek amacıyla gerçekleştirilen, hastane bakım hizmetleri dışında kalan teknik, bilimsel çalışmaların tümü tıbbi yardım olarak nitelendirilmektedir.[471] Hastane bakımı ise, hastanın yatırılması, yedirilip içirilmesi ve hastaya tıbbi yardım öncesinde, tıbbi yardım esnasında ve tıbbi yardım sonrasında gerekli olan hastane hizmetlerinin verilmesidir.[472] Bu doğrultuda hastaneye kabul sözleşmesi ile esas borçlanılan edim, hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi olup, hastane işleticisi tedavi ve diğer

[464] BAŞPINAR, Veysel, "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.208; ÖZBİLEN, s.187; SARIAL, s.44.
[465] KILIÇOĞLU, s.533
[466] YAVUZ, Özel Hükümler, s.639.
[467] TANDOĞAN, s.359,360.
[468] SARIAL, s.44; AKINCI, s.89.
[469] HATIRNAZ EROL, Gültezer, "Özel Hastaneler İle Hastane Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi", İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi 'Sağlık Hukuku Makaleleri', İstanbul, 2012, (Karar), s.191; AYAN, s.131; SERT/CİHAN, s.36.
[470] HATIRNAZ EROL, s.58.
[471] AŞÇIOĞLU, s.118.
[472] AŞÇIOĞLU, s.118.

edimlerin yanı sıra hastaya barınma yeri de borçlanmaktadır.[473] Bu da hastaneye kabul sözleşmesinin ayakta tedavi sözleşmesinden farkıdır. Zira ayakta tedavide yatırma, yedirip içirme gibi unsurlar söz konusu olmayıp, hastanın edimlerin sürekli olarak ifasını talep etme yetkisi de mevcut değildir.[474]

Kanunda özel olarak düzenleme altına alınmayan hastaneye kabul sözleşmeleri, hekimlik hizmeti dolayısıyla vekâlet, eşyalı oda kullanımı dolayısıyla kira, hastanın kullanması gereken ilaç ya da diğer tıbbi malzemelerin temin edilmesi dolayısıyla satım, yedirip içirme, genel ve kişisel temizliğin sağlanması yükümlülüğü dolayısıyla hizmet sözleşmelerine ilişkin unsurları bünyesinde barındırmaktadır. [475] Hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülse de baskın görüş, hastaneye kabul sözleşmelerinin karma sözleşmeler olduğu yönündedir. [476] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'da bir kararında [477] özel hastane ile hasta arasındaki sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme olmadığını vurgulamış ve hastaneye kabul sözleşmesini birden fazla edimi içeren, karma yapıda bir sözleşme olarak nitelendirmiştir. Karma sözleşmeler, kanunun farklı sözleşme türlerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir.[478] Her ne kadar farklı sözleşme türlerine özgü unsurları içerseler de, unsurlarını taşıdıkları sözleşmelerden bağımsız bir sözleşme niteliğini taşırlar.[479]

Karma sözleşmeler; çifte tipli karma sözleşmeler, kombine sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler ve tipik sözleşmeye ikinci derecede başka bir edim eklenmesi şeklindeki karma sözleşmeler gibi farklı biçim ve kompozisyonlarda karşımıza çıkabilmektedir. [480] Çifte tipli karma sözleşmelerde sözleşmenin taraflarından her birinin edimi farklı bir sözleşme türüne özgü olup, bu edimler karşılıklı değildir.[481] Bu sözleşmelere günlük hayatta sıkça rastlanan kapıcı sözleşmeleri ve arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri örnek olarak verilebilir.

[473] AYAN, s.131; HATIRNAZ EROL, s.58.
[474] AYAN, s.133.
[475] AKKANAT, s.27,28.
[476] HATIRNAZ EROL, s.74; DEMİR, s.127; SERT/CİHAN, s.36.
[477] Y.HGK, E.2009/13393, K.2009/452, 21.10.2009, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.25.03.2020.
[478] YAVUZ, Özel Hükümler, s.14; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.37.
[479] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.37; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.18.
[480] YAVUZ, Özel Hükümler, s.14,15; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.38,39; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.18vd.
[481] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.18.

Taraflardan birinin farklı sözleşme türlerine özgü birden fazla edimde bulunma, diğerinin ise para ödeme gibi tek bir edimi yerine getirme borcu altına girdiği karma sözleşmelere ise kombine sözleşmeler denilmektedir.[482] Kombine sözleşmelere örnek olarak pansiyon sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, hastaneye kabul sözleşmeleri verilebilir. Çeşitli tiplere ait unsurlar birbirine karıştırılarak oluşturulan karma sözleşmelere en iyi örnek ise karma bağışlamalardır.[483] Tipik sözleşmeye ikinci derecede başka bir edim eklenmesi şeklindeki karma sözleşmelere örnek olarak ise trampa sözleşmeleri verilebilir.[484]

Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Safdışı (bertaraf) etme görüşüne göre karma sözleşmelere, edimlerin ilişkin olduğu sözleşme türüne ait kurallardan hiçbiri uygulanmamalı ve sorun TBK'nın genel hükümlerine göre çözümlenmelidir.[485] Soğurma (imtisas) görüşüne göre hangi sözleşme türüne ait unsurlar daha önemliyse o türe ait hükümler uygulama alanı bulmalıdır.[486] Birleştirme görüşüne göre ise her edime ilişkili olduğu sözleşme türüne ait hükümler uygulanmalı ve her birine ait hukuki sonuç birbirine bağlanmalıdır.[487]

Türk hukukunda benimsenen, örnekseme (kıyas) ve yaratma görüşünü savunanlar ise kanunen düzenlenmemiş bu sözleşmelere kanun hükümlerinin doğrudan doğruya değil, ancak mahiyetleri ile bağdaştığı ölçüde kıyasen uygulanabileceğini, hakkında hüküm bulunmayan hallerde hâkimin hukuk yaratarak çözüme gidebileceğini ileri sürmektedir.[488] Özel hastanede tedavi gören hasta, sadece tedavi ücreti değil hastanede kaldığı süreçte kendisine sağlanan bakım ve barınma hizmetleri için de ücret ödemektedir.[489] Bu doğrultuda, hastaneye kabul sözleşmesinin asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmasının, diğer yükümlülüklere de mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ait oldukları sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasının amaca elverişli olacağı ifade edilmektedir.[490]

[482] YAVUZ, Özel Hükümler, s.14; DEMİR, s.125.
[483] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.20.
[484] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.20.
[485] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.39; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.20.
[486] YAVUZ, Özel Hükümler, s.15; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.39; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.20.
[487] YAVUZ, Özel Hükümler, s.15; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.39; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.20.
[488] AYDOĞDU/KAHVECİ, s.39; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.20; EREN, Özel Hükümler, s.963.
[489] GÖZPINAR KARAN, Gülşah, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", THD, C.11, S.119, 2016, s.141.
[490] AYAN, s.143; SARIAL, s.44.

Ayrıca sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde hasta ile hastane arasında hangi tür hastaneye kabul sözleşmesinin kurulduğunun tespiti de büyük önem taşımaktadır. Zira hastaneye kabul sözleşmesinden doğan yedirip içerme, barınma gibi bakım hizmetleri her şartta hastane işleticisine ait iken, tıbbi tedavi edimi bazen sadece tedaviyi yapan hekime ya da özel hastane işleticisine, bazen de hem hekime hem de özel hastane işleticisine ait olabilecektir.[491]

Hastaneye kabul sözleşmeleri tam hastaneye kabul sözleşmeleri ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır.[492] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'da akdedilen sözleşmelerde temel edim olan tıbbi müdahalenin ifa edilme şekline ve tarafların hak ve borçlarına göre, hastaneye kabul sözleşmelerini hastaneye tam kabul sözleşmeleri ve hastaneye bölünmüş kabul sözleşmeleri olarak ikiye ayırmıştır.[493]

Hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastane işleticisi, tıbbi tedavi ile beraber yedirme içirme, barınma gibi hastane bakım yükümlülükleri de taahhüt etmektedir.[494] Üstlenilen yükümlülükler hastaneye bağlı çalışan hekimler ve diğer sağlık personelleri eliyle gerçekleştirilmektedir.[495] Ancak tarafların açık iradesi ya da somut olayın özellikleri gereği tıbbi tedavi ediminin hastane başhekimi ya da hastane dışında mesleki faaliyetlerini yürüten bir hekim tarafından üstlenilmesi de mümkündür. Böyle durumlarda, sadece tıbbi tedavi ile ilgili aynı edim için iki ayrı borç söz konusu olmaktadır.[496] Bu noktada hastaneye tam kabul sözleşmeleri hekimlik sözleşmesi olmaksızın hastaneye tam kabul sözleşmeleri ve hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır.[497]

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın hastaneye tam kabul sözleşmesinde tüm tedavi programı hastane tarafından borçlanılmış olduğundan, bütün sorumluluk hastane işleticisindedir.[498] Burada borçlanılan ana edim, hastanın alanında ehil bir hekim tarafından tedavi edilmesidir.[499] Bu sözleşme türünde hasta ve tedaviyi yürütecek hekim arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır.[500] Aralarında bir sözleşme

[491] GÖZPINAR KARAN, s.141; HATIRNAZ EROL, s.102.
[492] AYAN, s.133.
[493] Y.HGK, E.2009/13393, K.2009/452, 21.10.2009, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.25.03.2020.
[494] AYAN, s.134.
[495] HATIRNAZ EROL, s.103; GÖZPINAR KARAN, s.141.
[496] HATIRNAZ EROL, s.103; GÖZPINAR KARAN, s.142.
[497] AYAN, s.134.
[498] HATIRNAZ EROL, s.103; DEMİR, s.128.
[499] SARIAL, s.89.
[500] HATIRNAZ EROL, s.103; DEMİR, s.130.

ilişkisi bulunmadığından hasta, sözleşmenin ihlali iddiasıyla hekim aleyhine dava açamayacak şartları varsa hekimi haksız fiil hükümlerince sorumlu tutabilecektir.[501] Bu hallerde hekim, tedavinin yürütülmesi bakımından ifa yardımcısı durumundadır. TBK madde 116'ya göre; "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*"

Hastanın hem özel hastane ile hem de tedaviyi yürütecek hekim ile ayrı ayrı tedavi sözleşmesi yaptığı hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde ise, hasta ile hekim ve hasta ile hastane arasında bağımsız iki ayrı tedavi sözleşmesi bulunmaktadır.[502] İlave hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hekimin hastanede çalışan hekim olmasında bir problem yoktur.[503] Yapılan ek sözleşmeye rağmen hastane işletmecisi, hastaneye kabulün gerektirdiği bütün edimleri ifa etmeye mecbur olup nezaret, talimat ve kontrol borçları da hastane işletmecisi üzerindedir.[504] Hastane işleticisinin sorumluluğunun hukuki dayanağının hastaneye kabul sözleşmesi olduğu bu hallerde, hekimin sorumluluğunun hukuki dayanağı tedavi sözleşmesidir.[505] Hastane işleticisi ve hekim arasında tedavi edimi bakımından müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunduğu bu durumda tedavi hizmetinin ihlali halinde, hastane işleticisi ve hekim ayrı ayrı ya da birlikte sorumlu tutulabilecektir.[506]

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise hastanın taraf olduğu iki ayrı sözleşme vardır.[507] Sözleşmelerden biri hastane işleticisi ile yedirip içirme, barınma ve diğer bakım hizmetleri için yapılan hastaneye kabul sözleşmesiyken, diğeri karşı tarafını hekimin oluşturduğu hekimlik sözleşmesidir.[508] Tıbbi tedavi bakımından hastane işleticisinin hiçbir sorumluluğunun bulunmadığı bu durumda, hekim hastanenin ifa yardımcısı olmayıp kendi borcunu ifa eden kişi konumundadır.[509] Hekimin

[501] AKKANAT, s.30; DEMİR, s.130.
[502] GÖZPINAR KARAN, s.142.
[503] AŞÇIOĞLU, s.119.
[504] HATIRNAZ EROL, s.105; DEMİR, s.131.
[505] HATIRNAZ EROL, Karar, s.198.
[506] HATIRNAZ EROL, s.105.
[507] GÖZPINAR KARAN, s.142; DEMİR, s.131.
[508] HATIRNAZ EROL, Karar, s.199.
[509] AYAN, s.137.

sorumluluğunun kaynağını hekimlik sözleşmesi oluşturduğundan, hekimin hastanenin kadrolu hekimi olması sonucu değiştirmeyecektir.[510]

Ancak ONMY madde 17'de organ ve doku nakli merkezlerinin kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından, bunlara ait genel ve özel hastaneler bünyesinde bir ünite biçiminde kurulabileceği düzenleme altına alındığından, serbest çalışan hekim bu organizasyonun içerisine giremeyecektir. Bu doğrultuda sadece hastane bünyesinde yer alan nakil merkezinde görevli hekimler organ nakli ekibinde yer alabilecektir.

4. Tarafların Yükümlülükleri ve Sorumluluk

4.1 Hekimin ve Hastanenin Yükümlülükleri

4.1.1 Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

Hekimin sadakat ve özen yükümlülüğünün kaynağını hekimlik mesleğine bağlayan, bir görüş bulunmaktadır.[511] Bu görüşün temelinde söz konusu yükümlülüğün deontoloji kuralı olarak da düzenlenmiş olması yatmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 2'de hekimin başlıca görevinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine özen göstermek olduğu ifade edilmiştir. HHY madde 14'te de personelin, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Maddeye göre, hastanın yaşamını kurtarmak mümkün olmasa dahi, personelin hastanın ıstırabını azaltmak için elinden geleni yapması gerekir.

Ancak hekimin ve hastane işleticisinin sadakat ve özen yükümlülüğü esasen TBK madde 506'nın ikinci fıkrasına dayanmaktadır. Bu bağlamda hekimin sadakat yükümlülüğü, hastanın menfaatlerinin kurulan sözleşmenin amacı kapsamında korunmasını ifade etmektedir.[512] Hekim mesleki faaliyetlerini yürütürken hastanın menfaatini gözetmek zorundadır. Hekim bir taraftan hastanın tedavisi için gereken her şeyi yerine getirirken, diğer taraftan hastaya zarar verecek şeylerden kaçınmalıdır.[513] Bu doğrultuda sadakat ve özen yükümlülüğü hekimin ve hastane işleticisinin diğer yükümlülüklerinin kaynağını oluşturan bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[514]

[510] GÖZPINAR KARAN, s.142.
[511] AŞÇIOĞLU, s.46; HATIRNAZ EROL, s.182.
[512] GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.449.
[513] GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.450; AYAN, s.87.
[514] GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.449; AYAN, s.87.

ODNK'da özel olarak hüküm altına alınan yükümlülüklerin çoğunda bu yükümlülüğün yansımaları görülmektedir. ODNK madde 7'de düzenleme altına alınan organ veya dokuyu alacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile alıcı ve verici arasında akrabalık ilişkisi ya da kişisel ilişki bulunmayan hallerde, alıcı ve vericinin isimlerini açılamama yükümlüğü bunlara örnek olarak verilebilir.

Hekimin özen yükümlülüğü TBK madde 506'nın üçüncü fıkrasında yer alan özen kavramından fazlasını ifade etmektedir.[515] Hekim, özen yükümlülüğü doğrultusunda, gerek teşhisi koyarken gerek tedavi yöntemini seçip uygularken tıp biliminde genel kabul görmüş ilkeleri bilmek, sanatının kurallarına uygun olarak doğru teşhisi koymak ve teşhise uygun bir tedavi uygulamak zorundadır.[516] Kaldı ki, hekimin tıp bilimince tanınıp kabul edilmiş kurallara aykırı hareket etmesi meslek kusuru olarak kabul edilmektedir.[517] Bu kusurun mevcut olup olmadığının belirlenmesinde de özen yükümlülüğünden değil gereken özenin gösterilip gösterilmediğinden bahsedilmektedir.[518] Fakat sözleşmenin ihlali için aranan özenin ölçüsü, kusurun mevcut olup olmadığının belirlenmesinde aranan özenin ölçüsünden daha yüksek olacaktır.[519] Hele ki uzmanlık isteyen organ nakilleri gibi tıbbi müdahalelerde, uzman bir hekimden beklenebilecek en yüksek derecedeki özenli davranıştan sapma hekimin özen yükümlülüğünün ihlalidir.[520]

Organ ve doku naklini gerçekleştirecek hekim, hastayı gereksiz risk altına sokmama ve en ufak tereddüdü dahi ortadan kaldıracak araştırmaları yapma yükümlülüğü altındadır. Zira ODNK madde 9'da organ ve doku naklinden önce, verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla, gereken tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucun bir olurluluk raporu ile belirlenmesinin zorunlu olduğu düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca hekimin nakil sonrası hem vericinin hem alıcının takibini düzenli aralıklarla yapması ve her türlü koruyucu önlemi de alması gerekmektedir.

Hastane işleticisi ise hastanede çalışacak sağlık çalışanı ve diğer çalışanların seçilmesi ve yetiştirilmelerinde özen göstermek zorunda olduğu gibi, bunları yeni

[515] Aksine her meslek gurubunda çalışan basiretli bir kişinin ölçü olarak alınması gerektiği yönünde görüş için bknz: HATIRNAZ EROL, s.185.
[516] AYAN, s.89; YÜCEL, Sorumluluk, s.340; HATIRNAZ EROL, s.184.
[517] AYAN, s.90; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.454.
[518] GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3.Baskı, İstanbul, 2014, (C.II), s.159.
[519] GÜMÜŞ, C.II, s.159.
[520] GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.453.

gelişmelere uygun hale getirmekle de yükümlüdür.[521] Hastane işleticisinin yeni gelişmeleri takip etme zorunluluğu hastane tekniği bakımından da geçerlidir. Hastane işleticisi tıbbi tedavide kullanılan cihazlarda meydana gelen gelişmeleri takip etme ve artık eskimiş cihazları yenileriyle değiştirme yükümlülüğü altındadır.[522]

4.1.2 Öykü Alma ve Muayene Etme Yükümlülüğü

Hekimin hastanın tedavisini iyi bir şekilde yürütebilmesi doğru teşhisi koymasına, doğru teşhisi koyabilmesi de öykü alma ve muayene etme yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlıdır.[523] Bu nedenle hekimin öncelikle, hastanın yaşı, cinsiyeti, kronik rahatsızlıkları, alerjik reaksiyonları, daha önce geçirdiği tıbbi operasyonlar ve kullandığı ilaçlar hakkında bilgi alarak bunları kayda geçirmesi gerekir.[524] Hekim hastadan öykü alamadığı durumlarda dahi, hastanın izin verdiği yakınlarından ve yasal temsilcisinden gereken bilgileri almalıdır.[525] Ayrıca hastayı daha önce tedavi etmiş hekimlerin bulgularından da yararlanmalıdır.[526] Fakat sadece bu bulgulara dayanarak tedaviyi yürütmemelidir. Tedaviyi yürütecek hekimin hastayı bizzat muayene etmesi ve modern teşhis araçlarından yararlanması gerekir.[527]

Nakil canlı vericiden alınacak organ ya da doku ile yapılacak ise, hekim vericinin de öyküsünü alma yükümlülüğü altındadır. Ancak akrabalık ilişkisi ya da yakınlık ilişkisi bulunan bazı durumlarda verici, nakli engelleyecek durumları hekimden gizleyebilir. Bu nedenle hekim sadece vericinin beyanlarını yeterli görmemeli, hem alıcı hem de vericinin nakle uygunluğunu tespit etmek için gereken tüm tahlil ve tetkikleri yapmalıdır.

Organ ve doku nakillerinin içerdiği risklerin başında, nakledildikten sonra vücutla uyum sağlayamayan organ veya dokunun reddedilmesi gelir. Çünkü insan vücudu kendinden olmayan bir maddeyi tespit ettiği zaman onu yok etmeye çalışır.[528] Bu nedenle yapılacak tahlil ve incelemeler ile alıcı ve verici arasında doku uyumu bulunduğunun tespit edilmesi gereklidir. Hekimin tahlil ve inceleme yapma yükümlülüğü ODNK madde

[521] DERYAL, s.144; AYAN, s.160.
[522] AYAN, s.160.
[523] HAKERİ, s.687; AYAN, s.65; AKINCI, s.228.
[524] YÜCEL, Özge, "Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed.Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, (Hukuksal Sorumluluk), s.355; AYAN, s.65.
[525] YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.355; AYAN, s.65; HAKERİ, s.689.
[526] AYAN, s.65; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.355; HAKERİ, s.689.
[527] AYAN, s.65; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.355; HAKERİ, s.690.
[528] AKINCI, s.4.

9'da özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre organ veya dokunun alınmasından, aşılanmasından ve nakledilmesinden önce, hem vericinin hem de alıcının hayatı ve sağlığında söz konusu olabilecek tehlikelerin azaltılması amacıyla, gerekli inceleme ve tahlillerin yapılması zorunludur. Naklin hukuka uygun olabilmesi için alınacak organ veya dokuların verici için ciddi riskler barındırmadığının ve alıcıyı tedavi edebilecek nitelikte olduğunun olurluluk raporuyla tespit edilmesi gerekir. Kanun olurluluk raporunun hangi hekim tarafından düzenleyeceği konusunda bir açıklık getirmemişse de, raporun nakli yapacak olan hekim tarafından düzenlenmesinin, hekimin sorumluluğuna gitme açısından daha uygun olacağı düşünülmektedir.[529]

4.1.3 Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Hekim tedavisini üstlendiği hastalara ilişkin bilgileri kayıt altına alma ve bu kayıtlarla beraber hastaya ait diğer belgeleri de saklama yükümlülüğü altındadır.[530] Kayıt tutma yükümlülüğü bir taraftan hekimin teşhis ve tedavi yönteminde sağlıklı karar vermesine ve tedavi süresince bu kararın kontrolünün sağlanmasına hizmet ederken diğer taraftan da, ilerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların ispatı bakımından kolaylık sağlamaktadır.[531]

Hastane işleticisinin, hastanın bilgilerini kayıt altına alma ve bu kayıtlarla beraber hastaya dair tüm belgeleri saklama yükümlülüğü ise, hastaneye kabul sözleşmesinden doğan akdi bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda yasal bir yükümlülüktür.[532] Nitekim Özel Hastaneler Tüzüğü'nün (ÖHT)[533] 29. maddesinde, özel hastanelerde yatan hastaların kimlik bilgilerini, doğum yerlerini, adreslerini, hastaneye yattıkları ve hastaneden çıktıkları tarihi, hastalığının tanısını ve hastanın hastaneden çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları gibi hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulacağı düzenleme altına alınmıştır.

Kişinin sağlına kavuşması amacıyla yürütülen sağlık çalışmaları neticesinde elde edilen ve kayıt altına alınan tüm bilgiler kişisel veri niteliğindedir.[534] Veri ve bilgi

[529] TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1997, s.114.
[530] KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul, 2009, s.139; AYAN, s.95.
[531] SERT, Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, İstanbul, 2008, (Mahremiyet), s.169; AYAN, s.95; HATIRNAZ EROL, s.196; KARASU, s.140.
[532] AYAN, s.161; HATIRNAZ EROL, s.195.
[533] 10.01.1983 tarih ve 17924 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[534] YILMAZ, Sabire, Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması, 4.Baskı, Ankara, 2020, s.58.

kavramları kimi zaman birbirlerinin yerine kullanılsalar da, esasen farklı anlamlar taşımaktadır. Veri bilginin hammaddesidir ve işlenerek bilgi halini almaktadır.[535] Kişisel veri ise kişiye atfedilebilen veri olarak tanımlanabilir.[536] 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)[537] madde 3'e göre, kişilerin kimliklerini belirleyen ya da belirlemeye elverişli her türlü bilgi kişisel veridir. Yani isim, kimlik numarası gibi kişiyi doğrudan tespit eden bilgilerin yanı sıra, güvenlik ya da tedavi gibi bir amaçla kişiden alınan ve kişiyi dolaylı olarak tanımlayan parmak izi, iris, DNA bilgileri de bu kapsamda yer almaktadır.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında kişisel veriyi, gerçek kişinin yetkisiz üçüncü şahısların bilgisine sunmadığı, talep halinde sınırlı bir çevre ile paylaştığı, kişiyi toplumun diğer üyelerinden ayıran ve niteliklerini ortaya koyan her tür bilgi olarak tanımlamıştır.[538] Sağlık hizmetlerinde hastanın kendisine ait, başka kişiler tarafından bilinmesi istenilmeyen kişisel verileri, sağlık çalışanları tarafından öğrenilmektedir. Bu durum kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlaline ve kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının tehlikeye düşmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir.[539] Bu sebeple bu verilerin korunması ve işlenmesi Anayasa'yla güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında herkesin, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunmasını talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiş ve bu hakkın kapsamı belirlenmiştir. Ayrıca bu verilerin işlenebilmesinin kanunla veya kişinin rızasıyla mümkün olacağı ifade edilmiştir. Çünkü kişinin bu veriler üzerindeki denetim yetkisini kaybetmesi, kişinin özgürlüğünün, özerkliğinin ve mahremiyetinin de kaybı demektir.[540]

Kaldı ki KVKK madde 6'da kişilerin sağlık, biyometrik ve genetik verilerinin "özel nitelikli kişisel veriler" olduğu ifade edilmektedir. Bu verilerin ilgilinin açık bir rızası olmadan işlenmesi yasaktır. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin, bazı durumlarda kişinin rızası alınmadan, sır saklama yükümlülüğü altında olan kişi ya da kurumlar tarafından işlenebileceği düzenleme altına alınmıştır. Bunlardan biri de kişinin tıbbi teşhis ve tedavi hizmetlerinin yürütülmesidir. Bu doğrultuda tedavi olmak için organ nakline ihtiyaç duyan alıcıya ait verilen işlenebilmesi için kişinin rızası aranmamaktadır. Vericinin amacı da alıcının tedavi

[535] ORAK, Beşir, Kişisel Sağlık Verilerinin Koruması, Ankara, 2020, s.23.
[536] ORAK, s.23.
[537] 07.04.2016 tarih 29667 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[538] Y.12.CD, E.2015/4006, K. 2015/18748, 02.12.2015, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.28.11.2020.
[539] SERT, Mahremiyet, s.170.
[540] İZGİ, Cumhur, "Mahremiyet Hakkı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", TBD, C.I, S.1, 2014, s.29.

edilmesi olduğundan, vericiye ait kişisel verilerin işlenmesi de rızaya bağlı değildir. Ayrıca organ ve doku nakli merkezi niteliğindeki hastaneler, kendilerine nakil amacıyla başvuran hastalar için, nakil türlerine göre ilgili Bilimsel Danışma Kurulu tarafından hazırlanmış formata uygun hasta bekleme listeleri oluşturmak zorundadır. Bu listeler UKM'ye gönderilir. Hastanede beyin ölümü gerçekleşen ve bağışı sağlanan vericiye ait bilgiler de koordinatörler aracılığıyla Verici Bilgi Formu doldurularak BKM'ye ve UKM'ye bildirilir. Organ alımı gerçekleştirildiğinde ise Organ Bilgi Formu doldurularak organ ile beraber naklin gerçekleştirileceği merkeze gönderilir. Nakli gerçekleştiren merkez, nakil sonrası birinci güne ve birinci, üçüncü, altıncı, onikinci aylara ait Alıcı İzleme Formunu doldurarak BKM ve UKM'ne bildirmekle yükümlüdür. Bu form daha sonra yılda bir kez ve ölüm günlerinde doldurularak gerekli yerlere bildirim yapılır.

Kompozit nakillerde nakledilen ve kişinin tanınmasında önem arz eden yüz, kol gibi uzuvlar kişilerde yeni bir kişisel veri tanımlamasına sebep olmaktadır. Alıcıların yeni yüzleri ve elleri Anayasal koruma dahilinde olacağından, hastalar yeni kişisel veriler doğrultusunda kimlik bilgilerini güncellemelidir. KDNMY madde 27'de kompozit nakil ile parmak izi, yüz gibi teşhis bilgileri değişen alıcının, nakilden sonraki otuz gün içinde valiliğe ve emniyete bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. KVKK madde 8'in birinci fıkrasına göre kişisel veriler ilgilinin açık rızası alınmadan aktarılamaz. Maddenin ikinci fıkrasında, kişisel verinin işlenebilmesi için kişinin açık rızasının aranmadığı hallerin, kişisel verilerin aktarılması bakımından da uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Kompozit doku nakillerinde alıcının biyometrik ve genetik verilerinin, sağlık verisi kategorisinde değerlendirilmesi gerekir.[541] KVKK madde 6'nın üçüncü fıkrasına göre sağlık verileri ancak kamu sağlığının korunması, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, kişinin rızası alınmadan işlenebilir. Kişisel verilerin kişinin rızası alınmadan aktarılması da bu amaçlarla sınırlı olarak gerçekleştirileceği için, KDNMY ile düzenleme altına alınan söz konusu bildirim yükümlülüğü kanuna aykırıdır.

"Özel nitelikli kişisel veri" olarak kabul edilen sağlık verileri daha özenli bir korumayı gerektirmektedir.[542] HHY madde 16'da hastanın, sağlık durumu ile ilgili bilgileri ve kayıtları, inceleyebileceği ve örneğini alabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca maddede bu kayıtların, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili kişilerce

[541] ORAK, s.32.
[542] İZGİ, s.32; ORAK, s.29; SERT, Mahremiyet, s.170.

görülebileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda hekim ve hastane, hastaya ait bilgilerin yayılmasını ve başka kişi ya da kurumların eline geçmesini önleyecek tedbirleri almakla da yükümlüdür.[543] HHY madde 23'te sağlık hizmetlerinin sunulması esnasında edinilen bilgilerin, kanunla izin verilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamayacağı düzenlenmiştir.

4.1.4 Aydınlatma ve İzin Alma Yükümlülüğü

Aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastayı hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri, alternatif tedavi seçenekleri, söz konusu işlemlerin hasta üzerinde oluşturabileceği etkiler ve müdahalenin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçlar hakkında bilgilendirerek; uygulanması düşünülen tedavi üzerinde hastanın kendisi için en iyi kararı verebilecek yeterliliğe ulaştırılmasıdır.[544] Bu doğrultuda aydınlatma ve bilgilendirme kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu ileri sürülmektedir.[545] Çünkü bilgilendirmede hekim hastanın hastalığına ait tüm bilgileri aktarsa dahi, hasta bu bilgileri anlamadığından karar verebilecek yeterlilikte değildir.[546] Zira "aydınlatılmış izin" aydınlatma ve izni kapsayan bir üst kavramdır. Aydınlatma bilginin aktarılmasını ve anlaşılmasını ifade ederken, izin gönüllülük ve yeterlilik unsurlarını içeren temel özellikleri ifade etmektedir.[547]

Aydınlatmanın iki yönü bulunmaktadır. Tıbbi yönüyle aydınlatma başarılı bir tedavinin vazgeçilmez şartıdır.[548] Fakat aydınlatmayı tedavi ile sıkı bir bağlantı içerisine almak, bizi aydınlatma konusunun tamamen hekimin takdirine bırakıldığı sonucuna

---

[543] KARASU, s.151; HATIRNAZ EROL, s.229.
[544] ÇAVDAR, Pelin, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", MÜHFHAD, C.22, S.3, 2006, s.737; AYAN, s 71; HATIRNAZ EROL, s.129,130.
[545] DOĞAN, Cahid, "Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009), Ankara, 2010, s.126-127; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", EÜHFD, C.12, S.3-4, 2008, s.348; AYDIN, s.21.
[546] ÖZASLAN, Abdi, "Aydınlatılmış Onam", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No.48, 2006, s.44; SERT, Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.139; DOĞAN, s.126,127; ÖZDEMİR, 348; AYDIN, s.21.
[547] Nesrin Çobanoğlu, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam", Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.77; III.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu "Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları" Sonuç Bildirgesi, TETHDB, S.7-8, Ocak- Temmuz 2009, s.22, www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf , E.T.25.06.2020; ÇOBANOĞLU, s.62.
[548] ALTAY, Sabah, "Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları", Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s.215; HAKERİ, s.267.

götürmemelidir.[549] Çünkü hekim ve sağlık sunucuları arasında kurulan ilişkilerin merkezinde hasta yer almaktadır. Artık hekimin uygulayacağı müdahalelerinin sınırını hastanın aydınlatılmış izni belirlemektedir.[550] Kaldı ki Türk Tabipler Birliği Aydınlatılmış Onam Kılavuzu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tıp etiğinin temel ilkelerinden olan özerklik ilkesine dayandırmaktadır.[551] Kılavuz'da özerklik, bir kişi ya da topluluğun kendisine ilişkin konularda, kendi değerleri doğrultusunda karar verme ve bu kararları uygulamak üzere eyleme geçme olanağı olarak tanımlanmıştır.[552]

Hukuki yönüyle aydınlatma ise, hekimin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür.[553] Bu yükümlülüğün esas fonksiyonu, hastanın bedensel ve manevi bütünlüğü ile ilgili serbestçe karar alabilme özgürlüğünü sağlamaktır.[554] Bu noktada aydınlatma yükümlülüğü bakımından önem arz eden iki temel hak ön plana çıkmaktadır. Bu haklar kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki haklarıdır.[555]

Açıkça anayasalarda düzenleme altına alınmayan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, genellikle hasta özerkliğinden yola çıkarak ortaya konulmaktadır.[556] Hatta hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının hasta özerkliği ilkesinin çağdaş kullanımı olduğu ifade edilmektedir.[557] Esasen bu kavramlar aynı anlayışa hizmet etmektedir. Aralarındaki fark hasta özerkliğinin bir ilke, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bu ilkenin kural hali olmasıdır.[558]

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, kişisel özgürlüklerinin bir parçasıdır. Hakkın kaynağı Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle açıkça koruma altına alınan insan

---

[549] ALTAY, s.215.
[550] HENNİNG, Rosenu, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren: Ali Kemal YILDIZ, YÜHFD, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C.3, S.2, 2006, s.1.
[551] Türk Tabipler Birliği Aydınlatılmış Onam Kılavuzu http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:onam&catid=26:etik&Itemid=65, E.T. 27.03.2020.
[552] Türk Tabipler Birliği Aydınlatılmış Onam Kılavuzu http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:onam&catid=26:etik&Itemid=65, E.T. 27.03.2020.
[553] ALTAY, s.215; HAKERİ, s.265; ÇOBANOĞLU, s.65.
[554] OZANOĞLU, s.59; ALTAY, 215.
[555] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.197; SERT, s.138; HAKERİ, s.265; ÇOBANOĞLU, s.65.
[556] TACİR, s.116; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.197.
[557] STRUHKAMP, Rita M., "Patient Autonomy: A View From the Kitchen", Medicine Heatlh Care and Philiosophy, C.8, S.1, 2005, s.105.
[558] TACİR, s.110.

haklarıdır.[559] Bu hak ayrıca kişilik hakkı kapsamında TMK madde 24 ve devamında yer alan hükümlerle korunmaktadır. Bu doğrultuda kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin vücut bütünlüğü ile ilgili kişilik varlığı üzerinde, hukuki sınırlar içerisinde tasarruf etme özgürlüğünü de kapsar.[560] Bu nedenle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı birbirinden ayrı düşünülemez. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[561] aydınlatma yükümlülüğünün, hastanın hem özgür iradesinin hem de vücut bütünlüğünün korunmasına hizmet ettiğini vurgulamıştır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün birçok yasal dayanağı bulunmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 5'te kişinin sağlığına yönelik müdahalelerin, ancak kişinin özgür ve bilgilendirilmiş biçimde rıza göstermesinden sonra gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. TŞSTİDK'nın 70. maddesine göre, rızanın geçerliliği hastanın rızasını vermeden önce, müdahale hakkında aydınlatılmasına bağlıdır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26'ya göre ise, hekimin hastayı sağlık durumu, tanı, izlenecek tedavi yöntemleri, alternatif tedavi yöntemleri ve bu yöntemlerin riskleri konusunda aydınlatması gerekmektedir. Ayrıca tedavide kullanılacak ilaçlar ve bunların neden olabileceği yan etkiler hakkında da hastaya bilgi verilmelidir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında[562] kişinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren tıbbi müdahalelerde, karar verme yetkisinin hastaya ait olduğunu belirtmiştir. Karara göre bu yetkinin kullanılması için, kişinin sağlık durumu, yapılacak müdahale ve müdahalenin etkileri ile sonuçları hakkında yeteri kadar aydınlanması ve iradesini açıklarken baskı altında olmaması gerekir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü karar aydınlatması ve güvenlik aydınlatması olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını sağlayan aydınlatmaya karar aydınlatması denilmektedir.[563] Karar aydınlatmasında hekim hastasını teşhis, tedavi yöntemleri, tedavinin içerdiği riskler ve gerçekleşmesi muhtemel sonuçlar bakımından aydınlatmaktadır. Bu kapsamda karar aydınlatmasının teşhis, süreç ve riziko aydınlatması şeklinde alt başlıklara ayrıldığını da görmek mümkündür.[564]

[559] ALTAY, s.216; TACİR, s.116,117.
[560] ALTAY, s.216.
[561] ALTAY, s.217.
[562] Y.4.HD, E. 1976/6297, K. 1977/2541, 07.03.1977, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.29.03.2020.
[563] ALTAY, s.221; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.202.
[564] DEMİR, s.340.

Tıbbi teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilmesi ve başarıya ulaşmasını amaç edinen bir diğer aydınlatma türü de güvenlik ya da tedavi aydınlatmasıdır.[565] Bu aydınlatma ile ulaşılmak istenen amaç, hastayı kendi durumu, ilaçların yan etkileri ve iyileşme süreci hakkında bilgilendirerek, hastanın tedaviye yönelik doğru davranışlarda bulunmasını sağlamaktır.[566] Hekimin aydınlatma yükümlülüğü sadece tıbbi müdahale öncesine ait olmadığından hekim, müdahalenin tamamlanmasından sonra hastaya sağlığının korunması için gereken yaşam tarzı, kullanılması gereken ilaçlar hakkında da bilgi vermelidir.[567]

Alıcının tedavi edilmesinin amaçlandığı organ ve doku nakillerinde alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü, organ veya doku naklinin gerekli olduğunun tespiti ile başlar.[568] Daha sonra hekim, tıptaki gelişime paralel olarak naklin içerdiği olası riskler konusunda hastayı aydınlatmalıdır.[569] Organ nakillerinin başarıya ulaşmasında nakil sonrası dönem kritik bir öneme sahiptir. Bu sebeple alıcı nakil sonrası süreçte yapılması ya da yapılmaması gerekenler, kullanılacak ilaçlar bakımından da aydınlatılmalıdır.[570] Ayrıca organ ve doku nakilleri mali yükü yüksek müdahalelerdir. Bu tarz müdahalelerde hekimin hastasını, müdahalenin ekonomik yönlerine ilişkin olarak da aydınlatması gerekir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı konusunda kesin ve net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Hekim, aydınlatmanın kapsamını önüne gelen her somut müdahalenin ve hastanın kişisel özelliklerine göre belirlemektedir.[571] Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda yargı organları tarafından tartışılan, bu takdir hakkının uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır.[572] Ancak söz konusu takdir hakkını etkileyen bazı durumlar vardır. Bunların başında uygulanacak müdahalenin ivedilik arz edip etmediği gelir. Hastanın aydınlatılma hakkı karşısında yaşam hakkının

[565] ALTAY, s.221; YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.202.
[566] OZANOĞLU, s.68.
[567] ALTAY, s.227.
[568] SERT SÜTÇÜ, Selin/CİHAN, Ali Hulki, "Özel Organ ve Doku Nakillerinde Doktorun Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünün İncelenmesi", Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ed.Selin SERT SÜTÇÜ, Ankara, 2016, s.2.
[569] SERT SÜTÇÜ/CİHAN, s.3.
[570] SERT SÜTÇÜ/CİHAN, s.4.
[571] OZANOĞLU, s.70; AYAN, s.75.
[572] KAYA, Mine, "Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı", THD, C.11, S.117, 2016, s.32.

yer aldığı bu hallerde hekim, aydınlatmanın kapsamını daraltabilir. Fakat ivediliği bulunmayan, genelde estetik amaçla yapılan müdahalelerde kapsam genişleyecektir.

Uygulanması planlanan müdahalenin barındırdığı riskler de aydınlatmanın kapsamının genişlemesinde etkilidir. Bu müdahalelere örnek olarak kompozit doku nakilleri verilebilir. Esasen diğer nakil türleri de risk oranı fazla müdahaleler arasında yer almaktadır. Ancak tedavi amacının ön planda olması onları kompozit nakillerden ayırır. Nitekim KDNMY madde 28'in ikinci fıkrasında, kompozit nakillerin hayat kurtarıcı olmayan özelliği ve alıcının hayat boyu bağışıklığını baskılayan ilaçlara ve ilaçların yan etkilerine maruz kalacağı göz önüne alınarak özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre alıcı, nakil işleminden önce, mevcut alternatif tedavi yöntemlerinin uygulanmasına rağmen sonucun tatmin edici olmadığını yazılı olarak beyan etmelidir. Ayrıca alıcıya gerçekleştirilecek naklin türüne göre Yönergede yer alan bilgilendirilmiş onam formu verilir. Alıcının formu incelemesi için süre tanınır. Yönergede bu sürenin ne kadar olduğu belirtilmemiştir. Çünkü bu süre esasen alıcının neyi ne kadar anladığına göre değişmektedir. Bu nedenle hekim, belli aralıklarla hastayla iletişime geçerek hastanın neyi ne kadar anladığını kontrol etmelidir. Bu durum esasen bütün tıbbi müdahaleler için geçerlidir. Fakat süreyi etkileyen bir diğer faktör de müdahalenin ivediliğidir. Bu doğrultuda hekim, süreyi müdahalenin içerdiği riskleri ve müdahalenin ivediliğini baz alarak belirlemelidir.

Verici bakımından tedavi amacı gütmeyen canlı vericiden yapılacak organ ve doku nakillerinde de aydınlatma konusu büyük bir önem taşıdığı için kanunda özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca aydınlatmanın kapsamı somutlaştırılmıştır. ODNK madde 7'de verici açısından iki yönlü bir aydınlatma öngörülmüştür. Verici, ilk olarak organ veya doku almanın hem müdahale esnasında hem de sonrasında kendi sağlığında meydana getirebileceği tehlikeler bakımından aydınlatılmaktadır. İkinci olarak organ ve dokusunu vermesinin alıcıya sağladığı faydalar açısından aydınlatılmaktadır. Zira vericinin geçireceği müdahale ile bir organını kaybetmesi ve onun gerçekleştirdiği işlevlerden ömür boyu mahrum kalması söz konusuyken, karşılığında bir kişinin hayatının kurtulması söz konusu olacaktır.

Ayrıca madde aydınlatma yükümlüsünün organ veya dokuyu alacak hekim olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Organ ve doku nakilleri, doğası gereği daha fazla bilgi ve tecrübe gerektiren müdahaleler olduğundan, bu nakli gerçekleştirecek hekimlerin

uzman olması şartı arandığını daha önce ifade etmiştik. Bu nedenle aydınlatma yükümlüsü, organ veya dokuyu alacak hekimdir ve bu yükümlülüğünü başka bir hekime devredemez. Nitekim ONMY'nin 10. maddesi, alıcının nakil işleminin hayat boyu bağışıklığı baskılayan ilaçlara bağlı yan etkilere ve diğer sebep olabileceği komplikasyonlara karşı bilgilendirilmesi ve aydınlatılmış izninin alınması görevini nakil merkezinin sorumlu uzmanına yüklemiştir. Maddeye göre, hastanın nakil işlemine hazırlanmasından ve naklin gerçekleştirilmesinden sorumlu olan uzman ayrıca nakil sonrası hastanın tedavisinin sürdürülmesi, kontrollerinin yapılması ve koruyucu önlemlerin alınmasından da sorumludur.

ODNK'nın hekime yüklediği yükümlülüklerden biri de vericinin evli olması durumunda, eşinin durumdan haberdar edilip edilmediğinin araştırılmasıdır. Kanun, organ veya dokunun verilmesini, vericinin eşinin rızasına tabi tutmadığı için hekimin, vericinin eşini aydınlatma yükümlüğü bulunmamaktadır. Hekime yüklenen sadece vericinin organ veya dokusu verme konusunda eşine haber verip vermediğinin araştırılmasıdır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin ispatı hastaya değil hekime aittir.[573] Bunun temelinde hekimliğin uzmanlık gerektiren bir meslek olması yatmaktadır. Aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Yinede de aydınlatmanın yazılı yapılması ispat açısından hekime kolaylık sağlamaktadır. [574] Aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce yapılması kesin olmakla birlikte, aydınlatma zamanı hakkında kanunda açık bir hüküm yer almamaktadır. Uygun zamanın belirlenmesinde hekim somut olayı göz önüne almalıdır.[575] Ancak her halde bu zaman, uygulanacak tıbbi müdahalenin türüne ve risklerine göre hastanın anlama, seçenekleri değerlendirme yeterliliğine sahip olduğu, üçüncü kişilere ve yakınlarına danışma imkanı bulabileceği boyutta olmalıdır.[576] Aydınlatmanın yapılacağı yer de kişinin mahremiyet hakkını ihlal etmeyecek şekilde belirlenmelidir.[577] Nitekim HHY madde 18'de hastanın uygun ortamda, mahremiyeti korunacak şeklide bilgilendirilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

[573] DERYAL, Yahya, "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", YÜHFD, C.3, S.2, 2006, s.141.
[574] YENERER ÇAKMUT, s.21.
[575] OZANOĞLU, s.61.
[576] OZANOĞLU, s.73.
[577] YÜCEL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s.208.

Aydınlatma bilginin sunulması ve anlaşılmasını içeren iki yönlü bir mekanizmaya sahip olduğundan, asıl önem arz eden husus, bilginin hasta tarafından anlaşılmasıdır. HHY madde 18'e göre bilginin imkan elverdiği ölçüde sade, kuşkuya yer bırakmadan, hastanın anlayabileceği biçimde sosyokültürel düzeyine uygun olarak verilmesi gerekir. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken hekim, hastasının anlama sürecini kolaylaştırmalı, hastanın yabancı olması durumunda tercüman tutmalı, hastanın herhangi bir engeli varsa ona uygun şekilde hastası ile iletişime geçmelidir.[578]

Organ nakillerindeki başarı oranı ve sağlık hizmeti kalitesi bakımından dünyanın en iyi ülkeleri arasında yer alan Türkiye'ye nakil için gelen yabancı hasta sayısı her geçen gün artış göstermektedir.[579] TODS'a kaydı yapılmayan yabancılara ölüden temin edilen organların nakli mümkün değildir. Ancak yasal ve etik sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla, canlı vericiden nakil yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken, bu imkanın organ ticaretinin önünü açmamasıdır. Bunun için akrabalar arasında gerçekleştirilecek nakillerde akrabalığın belgelendirilmesi gereklidir. Akrabalık bağı olmayanlar arasında nakil yapılabilmesi için de Etik Kurul onayı aranmalıdır. Bir diğer dikkat edilmesi gereken konu tarafların aydınlatılmasıdır. Aynı dili konuşan kişiler bakımından dahi büyük önem arz eden aydınlatma, verici ve alıcının yabancı olması durumunda daha kritik bir önem taşıyacaktır.

Nakil yapılacak hastaların farklı bir dili konuşuyor olmaları, sağlanacak sağlık hizmetlerinde eşitsizlik meydana getirmeye müsaittir. Bu eşitsizliğin önlenmesi ise ancak yabancı hastalara "dilsel erişilebilirlik" sağlanması ile mümkündür.[580] Bu konuda Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'te (USTTSHY)[581] bir düzenleme yer almaktadır. USTTSHY'nin 6. maddesi uluslararası sağlık turisti kabul edecek sağlık kurumlarında, bu kişilerin kabulünden taburcu olmasına kadar her tür iş ve işlemlerinin yürütülmesiyle görevlendirilen bir birim kurulacağını düzenleme altına almıştır. Maddede sayılan iş ve işlemlerden biri de tercümanlıktır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında birimde, sorumlu ile beraber yabancı dil yeterliliği olan en az iki personelin istihdam edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmelikte yer alan dil yeterliliği şartları esasen hasta ile sağlıklı bir iletişim kurulması için yeterli değildir. Ayrıca Yönetmeliğin

[578] POLAT, s.80.
[579] "Türkiye Organ Naklinde Dünyada İlk Üçte", NTV, 11.12.2019, https://www.ntv.com.tr/saglik/turkiye-organ-naklinde-dunyada-ilk-ucte,ygcM0b-ikUKg56chbui2zw, E.T.25.06.2020.
[580] YÜCEL, Özge, "Sağlık Hizmeti Sunumunda Dil Engeli ve Hasta Hakkı Olarak Tercümandan Yararlanma Hakkı", THD, C.12, S.129, 2017, (Dil Engeli), s.51.
[581] 17.07.2017 ve 30123 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

dil yeterliliği bakımından İngilizceyi temel aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. İngilizcenin dünya üzerinde en çok konuşulan diller arasında başı çektiği muhakkaktır. Fakat ülkemizde organ nakilleri için yürütülen projelere bakıldığında, hedeflenen kitle içerisinde İngilizce yeterliliği olan hasta sayısının oranı hayli düşük olacaktır.[582]

Hekim diğer hastalar gibi, fiziksel bir engeli bulunan hastaları da aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Bu hastaların "duyusal engelleri" sağlık hizmetlerinden eşit şekilde yararlanamamalarına sebebiyet vermemelidir.[583] Bu konuda sadece görme engeli bulunanların kısmen daha avantajlı olduğu söylenebilir. Çünkü bu hastalar hem kendilerini ifade edebilmekte hem de sağlık personellerini anlayabilmektedir. Ancak organ nakilleri gibi iznin yazılı olarak alınmasını gerektiren müdahaleler açısından hastanın formları okuması ve imzalamasında bazı sorunlar gündeme gelebilir. Bu sorunlardan ilki, söz konusu formalarda görme engeli bulunan kişiler için geliştirilen Braille alfabesinin kullanılması ile çözülebilir. İkinci sorunun çözümü ise TBK madde 15 ve 16 da düzenleme altına alınmıştır. Hastaya bu konuda gereken kolaylık sağlanmalı ve gerekiyorsa imza yerine geçen işaretler kullanılmalıdır.

İşitme engeli bulunan hastalar için durum daha zordur. Yazılı formlar vasıtasıyla bu hastalara gereken aydınlatmanın yapılacağı düşünülebilir. Fakat bu formlarda kullanılan tıbbi terimleri hastanın anlayabilmesi zordur. Çünkü hekim ile hasta arasındaki iletişimi etkileyen bir husus da hastanın tıbbi okuryazarlığıdır. Tıbbi okuryazarlık, bireylerin kendileri hakkında en doğru kararları almak için sahip olmaları gereken temel sağlık bilgilerini ve hizmetlerini alma, işleme ve anlama kapasitesine sahip olma dereceleridir.[584] Sınırlı tıbbi okuryazarlık becerisine sahip kişiler, aydınlatma formlarını, talimatları, ilaç prospektüslerini okumakta ve anlamakta güçlük çekmektedir. Bu sebeple iletişim engellerinin aşılması açısından sağlık personellerinin işaret dilini öğrenmeleri oldukça önemlidir.

Tıbbi müdahalelerin istenilen başarıya ulaşması ve hastanın haklarını kullanabilmesi hekim ve hasta arasında iyi bir iletişim kurulmasına bağlıdır. Ancak ülkemizde hekimlik mesleğinin yoğun koşuşturmalı ve stresli ortamı bu iletişimi iyice zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte tıbbi olarak hiçbir eğitim almamış olan hastaların tıbbi

[582] "Yabancı Hastalar Organ Nakli İçin Türkiye'yi Tercih Ediyor", TRTHaber, 10.02.2017, https://www.trthaber.com/haber/saglik/yabanci-hastalar-organ-nakli-icin-turkiyeyi-tercih-ediyor-298332.html, E.T. 25.06.2020.
[583] YÜCEL, Dil Engeli, s.52.
[584] EDWARDS/MATHES, s.115.

müdahale öncesi, tıbbi müdahale esnasında ve sonrasında riskler, alternatif tedavi yöntemleri, tedavi sonrası bakım gibi önem arz eden konularda kapsamlı ve özenli bir şekilde aydınlatılması güçleşmektedir.[585] Bu da kişinin tıbbi durumunun ve tedavisinin tam olarak anlaşılamamasına, talimatların yanlış uygulanmasına, tedavinin istenildiği gibi yürütülememesine, sağlık maliyetlerinde ve ölüm oranlarında artışa sebep olmaktadır.[586]

4.1.5 Sır Saklama Yükümlülüğü

Teknolojide meydana gelen gelişmeler sağlık hizmetlerinin kalitesini artırmıştır. Artık sağlık hizmetleri daha profesyonel ve daha sistematik bir yapı içerisinde yürütülmektedir. Ancak hastalığın teşhisi ve tedavisinde büyük kolaylık sağlayan bu gelişmeler beraberinde bir takım sorunları da getirmektedir.[587] Çünkü bu durum hastaya ait kişisel bilgilerin işlenmesi ve paylaşılması ihtimalini artırmaktadır. Ayrıca maliyeti yüksek kimi sağlık hizmetlerinde, bu kişisel bilgilerin sigorta şirketleriyle de paylaşılması gerekmektedir. Bu durum da özellikle sağlık hizmetlerinde önemli bir kural olan meslek sırrının giderek zayıflamasına neden olmaktadır.[588] Meslek sırrı, sır olabilecek nitelikte bir konunun meslek sahibi tarafından, mesleğini icra ederken öğrenilmesidir.[589] Esasen meslek sırlarının açıklanmaması mutlak bir kural değildir. Kişinin ya da toplumun bir menfaatinin bulunduğu durumlarda bu kural esnetilebilmektedir. Ancak tıp mesleğinde bu konu daha kritik bir öneme sahiptir. Çünkü hasta hekim ilişkisinin özü güvendir.[590] Bu güvenin temelinde ise, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin günümüz hukuk düzenlerinde en üstün değer olarak korunan yaşama hakkını, vücut bütünlüğünü ve sağlık hakkını konu edinmesi yatmaktadır.[591]

Sır, açıklanmamasında hastanın menfaatinin bulunduğu her şeydir.[592] Bu nedenle neyin sır olduğu neyin sır olmadığı somut olayın özelliklerine ve hastanın durumuna göre belirlenir.[593] Bu doğrultuda hekimlerin, mesleklerinin icrası esnasında hastalarına dair

[585] OZANOĞLU, s.57; SERT, s.136.
[586] EDWARDS/MATHES, s.115.
[587] SERT, Mahremiyet Hakkı, s.170, 171.
[588] SERT, s.229.
[589] ÜÇÜNCÜ, Hilal, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul, 2019, s.35; HATIRNAZ EROL, s. 213; TAŞKIN, s.111; SERT, Mahremiyet Hakkı, s.104.
[590] ZEYTİN, Zafer, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", TKTEHTD, C.14, S.2, 2006, s.78; HATIRNAZ EROL, s.208; ÜÇÜNCÜ, s.35; AYDIN, s.36; SERT, Mahremiyet Hakkı, s.105.
[591] ZEYTİN, s.78; AYDIN, s.36.
[592] AYAN, s.98; HATIRNAZ EROL, s.208; ÜÇÜNCÜ, s.22; TAŞKIN, s.11; YILMAZ, s.37; SERT, Mahremiyet Hakkı, s.104.
[593] AYAN, s.99.

öğrenmiş oldukları tıbbi olduğu kadar tıbbi olmayan bilgiler, hastanın kendisinden ya da hısımlarından doğrudan ya da dolaylı olarak öğrendikleri, sır sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve daha önce başkalarının bilgisi dahilinde olmayan hususlar genel olarak sır kapsamı içerisinde kabul edilmektedir.[594] Organ ve doku nakillerinde, bu kapsama alıcı ve vericinin isimlerinin açıklanmaması da girmektedir. ODNK madde 7'de organ veya dokuyu alacak hekimlerin, akrabalık ilişkisi ya da kişisel ilişkilerin bulunduğu durumlar haricinde, alıcının ve vericinin isimlerini açıklayamayacakları düzenleme altına alınmıştır.[595] Ancak akraba dışı canlı vericilerden organ nakli yapılabilmesi için Etik Kurul onayı gerekmektedir. Kurula başvuru için gereken evrakların toparlanmasından kararın verilmesine kadar geçen zaman zarfında alıcı ve vericinin birbirlerini tanımamaları pek de mümkün olmayacaktır.

Anayasamızda hekimin sır saklama yükümlülüğü açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilerek, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı düzenleme altına alınmıştır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesi de herkesin, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenleme altına alınmıştır.

Özel hayat, tanımlanması kadar sınırlarının belirlenmesi de zor olan bir kavramdır. Kişinin özel hayatının sınırları belirlenirken, kişinin hayatı genellikle üç alana ayrılmaktadır.[596] Kişinin diğer insanlardan saklama gereği duymadığı, kamuya açık alanlarda yaşanan olayları içeren alan ortak alandır.[597] Kişinin iş, eğitim hayatı gibi sadece yakın çevresi ve arkadaşları ile paylaştığı alan özel alanıdır.[598] Üçüncü alan, kişinin sadece güvendiği insanlarla paylaştığı, bunlar dışında kimsenin bilmesini

[594] ATEŞ, Gül, "Diş Hekimlerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2014, s.419.
[595] Korunması gereken bir hukuki menfaat olmadığından, tarafların ortak iradeleri doğrultusunda bu yükümlülüğün ortadan kalkabileceği yönündeki aksi görüş için Bknz: BADUR, Cayma, s.290.
[596] KILIÇOĞLU, Ahmet M., Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 5.Baskı, Ankara, 2016, (Haysiyet), s.118; HELVACI, s.124; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.466; DURAL/ÖĞÜZ, s.138.
[597] KILIÇOĞLU, Haysiyet, s.119; SERT, s.231; HELVACI, s.126; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.466; DURAL/ÖĞÜZ, s.138; YILMAZ, s.47.
[598] SERT, s.231; HELVACI, s.125; YILMAZ; s.48; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.466; DURAL/ÖĞÜZ, s.138.

istemediği sır alanıdır.[599] Hekim bu alana giren bilgileri hasta ile arasında sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi, özel hayata ve kişilik hakkına saygı gereği saklamak zorundadır.[600] Zira Anayasa'da yer alan bu düzenlemelerin yansımaları TMK'nın kişiliğin korunmasını hüküm altına alan 23 ve devamında yer alan maddelerinde de görülmektedir. Maddelerde kişinin, kişilik haklarından vazgeçemeyeceği, onları hukuka ve ahlaka aykırı şekilde sınırlayamayacağı, söz konusu haklara yapılan saldırılar nedeniyle hak sahibinin hâkimden koruma talep edebileceği ve bu durumda açılabilecek davalar düzenleme altına alınmıştır.

Hasta hekim arasındaki ilişki genel olarak vekâlet ilişkisi olarak nitelendirildiğinden hekimin sır saklama yükümlülüğü, TBK 506'nın ikinci fıkrası kapsamında sadakat ve özen yükümlülüğü içinde ele alınmaktadır. İlk olarak Hipokrat Yemini'nde yer alan hekimin sır saklama yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda da düzenleme altına alınmıştır. Hastanın özel hayatının gizliliğine dokunulamayacağını düzenleyen HHY, hastaya kendisinin ve yakınlarının bilgilendirilmemesini talep hakkı da vermiştir.

Hekimin ve hastanenin sır saklama yükümlülüğü mutlak değildir ve bazı istisnaları mevcuttur.[601] Kanuni bildirim yükümlülükleri bunlardan biridir. Bu doğrultuda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57, 97, 107, 114. maddelerinde yer alan ve kamunun sağlığını tehlikeye düşüren bulaşıcı hastalıklara maruz kişilerle ilgili bilgileri yetkili makamlara bildirmek, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık arz etmez. Özellikle günümüzde tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 vaka bildirimleri de buna örnek olarak verilebilir. Ancak yetkili makamlar dışında kişi ve kurumlara bu hususta açıklama yapmak sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olacağından, hekimin ve hastanenin sorumluluğunu doğuracağı açıktır.

Hekimin ve hastane işleticisinin sır saklama yükümlülüğünün bir diğer istisnası da, aleyhlerine açılmış bir davada kendilerini savunmak amacıyla sırların açıklanması halidir.[602] Buna karşın, kanun koyucu hekimlere hem hukuk hem de ceza davalarında

[599] KILIÇOĞLU, Haysiyet, s.121; DEMİR, s.165; HELVACI, s.125; YILMAZ; s.49; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.466; AYDIN, s.36; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.390; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.200.
[600] AYDIN, Murat, "Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu", I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul, 2016, s.111; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.800; YILMAZ, s.49.
[601] Hastanın yararından daha üstün bir yararın bulunduğu hallerde, meslek sırrının açıklanmasının haklı bir nedene dayandığı yönündeki görüş için Bknz: SERT, Mahremiyet Hakkı, s.116.
[602] AYAN, s.99; SERT, Mahremiyet Hakkı, s.163; HATIRNAZ EROL, s.211.

tanıklıktan kaçınabilme yetkisi tanıdığından, salt tanıklık yapma düşüncesiyle sırları açık eden hekim, bu sebeple zarar gören hastaya karşı sorumlu olacaktır.[603] Ayrıca hekimin ve hastane işleticisinin sır saklama yükümlülüğü sözleşme ilişkisinin sona ermesinden ve hatta hastanın ölümünden sonra dahi devam etmektedir.

4.1.6 Organizasyon Yükümlülüğü

Organizasyon yükümlülüğü, hastane işletmesi yönünden, hukuksal sorumluluğa yol açan özen yükümlülüğü ile yakından ilişkili bir kavramdır.[604] Bu bağlamda bir kusursuz sorumluluk türü olarak ele alınabilir. Sorumluluğun sebebi, sorumlu kişinin, hakimiyeti altındaki kişi ya da şeyler üzerinde göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünü göstermemiş olmasıdır.[605] Sorumluluk kapsamına giren bir zararın meydana gelmesi durumunda, gereken özenin gösterilmemiş olduğu ve bu yüzden de zararın meydana geldiği karine olarak kabul edilmektedir.[606] TBK madde 66'nın üçüncü fıkrasına göre; "*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*." Ancak bu işletmenin mutlaka ticari işletme olma zorunluluğu yoktur. Kişisel ihtiyaçların karşılanması, bir mesleğin ifa edilmesi ya da topluma faydalı olmak amacıyla sürdürülen bir faaliyet de işletme olarak nitelendirilebilir.[607] Ayrıca sorumlu tutulan kişinin zararın doğmasını önlemek için gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlaması, kusursuzluğunu ispatlama gibi düşünülmemelidir.[608] Sorumlu tutulan kişinin göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğü, çalışanı seçerken, iş ile ilgili talimatları verirken, denetlemede ve işletme düzenini sağlarken gereken özeni göstermiş olduğuna ilişkindir.[609]

Genel olarak tıbbi müdahaleler hekim tarafından yapılması gereken faaliyetler olarak düşülse de, özel hastanede gerçekleştirilen müdahalelerden birinci derecede hastane yönetimi sorumludur.[610] Çünkü sağlık hizmetlerinin sunulması örgütlü bir yapılanmayı zorunlu kılmaktadır. Bu örgütlü yapılanmanın işleyişindeki karmaşık yapı

---

[603] AYAN, s.99; SERT, Mahremiyet Hakkı, s.159; HATIRNAZ EROL, s.211; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ; s.391.
[604] DEMİR, s.364; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.422; EREN, Genel Hükümler, s.693.
[605] OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 14.Baskı, İstanbul, 2018, (Genel Hükümler), s.142; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.422; EREN, Genel Hükümler, s.693.
[606] OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, s.142; EREN, Genel Hükümler, s.704,705.
[607] İNAN/YÜCEL, s.420.
[608] KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.422.
[609] EREN, Genel Hükümler, s.705vd.
[610] AYAN, s.129.

ve örgüt içerisinde yer alan personel sayısının fazlalığı karşısında, iş bölümü, koordinasyon ve uzmanlaşma eksikliği üçüncü kişilerin zarara uğrama riskini artırmaktadır.[611] Hastanenin bir gerçek veya tüzel kişiye ait özel hastane ya da kamuya ait hastane olması bu sonucu değiştirmez. Nitekim Danıştay bir kararında[612] sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idarenin, hastanelerde gerçekleştirilecek tedavi ve cerrahi müdahalelerin tıbbi standartlara uygun şekilde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlü olduğunu belirterek, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesini ağır hizmet kusuru saymıştır.

Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri vardır ve bunların başında hastanın tedavisi gelmektedir.[613] Hastanın tedavisinde görev alan hekimler ve diğer sağlık personelleri hastanenin hastaya karşı olan teşhis, ve tedavi yükümlülüğünü hastane yönetimi adına ve hesabına yerine getirirler.[614] Bu bağlamda hastaneye bağlı çalışan personel ifa yardımcısı konumundadır. TBK madde 116'ya göre hastane, tedavi görevini hekimler ve diğer sağlık personelleri eliyle yürütse dahi, bu kişilerin hastaya verdikleri zararı gidermekle yükümlüdürler.

Hastanenin hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayıt tutma ve sır saklama, hastane bakımını ve güvenliğini sağlama gibi hastanın her açıdan bakımının sağlanmasına yönelik yan yükümlülükleri de vardır.[615] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında[616] hastane yönetiminin yükümlülüklerinin her hal ve şartta geçerli olabilecek şekilde sayılması mümkün olmasa da, hastane yönetiminin hastanın sağlık durumu, hastalığın türü ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda hastane yönetimi çalıştıracağı hekimler ile diğer personelleri özenle seçme ve denetleme, hastanede yer alan cihazların ve hastane binalarının bakım ve kontrollerinin yapılması, hastalara sağlıklı besin temin edilmesi, hastanede bulaşıcı hastalıkların önlenmesi, sterilizasyon gibi tıp bilimi dışında kalan yükümlülükleri de yerine getirmelidir. Danıştay bir kararında[617] anestezi ekibi bulunamadığından, acil sezeryanın gecikmeli olarak gerçekleşmesi sonucu bebeğin

[611] ÜNLÜTEPE, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu, Ankara, 2016, s.3.
[612] D. 10.D, E.1994/3258, K.1995/2379, 03.05.1995, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.23.03.2020.
[613] HAKERİ, s.889; DEMİR, s.416.
[614] GÖZPINAR KARAN, s.142.
[615] AYAN, s.889; DEMİR, s.416.
[616] Y.HGK, E. 2009/13-393, K. 2009/452, 21.10.2009, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.23.03.2020.
[617] D.10.D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, 19.09.2007, (sinerjimevzuat.com.tr), E.T.23.03.2020.

oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde, hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresini kusurlu bulmuştur. Nöbet sistemiyle ilgili aksaklıklar da bir organizasyon kusurudur. [618] Hastanenin bazı hizmetleri hizmet alımı suretiyle gerçekleştirmesi onun, bu hizmetlere yönelik standartlara uyulmasını sağlama yükümlülüğünü ve organizasyon yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.[619]

Özellikle ölüden yapılacak organ ve doku nakilleri bakımından hastanenin organizasyon yükümlülüğü daha büyük bir öneme sahiptir. Çünkü ölüden organ ve doku alınabilmesi için ölümün en kısa zamanda tespit edilmesi ve zaman kaybetmeden organ ve dokunun alınması için harekete geçilmesi gerekmektedir. Alınan organ ve dokuların fonksiyonlarını yitirmemeleri için hastane, jeneratör gibi teknik donanım ve imkanlara sahip olmalıdır.

Ayrıca beyin ölümü tespiti yapabilecek yoğun bakım ünitelerine sahip bütün hastanelerin ve nakil merkezlerinin bir organ ve doku nakli koordinatörü ile bir koordinatör yardımcısı bulundurması gerekmektedir. Bu koordinatör ve yardımcılarına organ ve doku nakli koordinasyonunu sağlamaya elverişli hastanede bir yer, şehirlerarası iletişime açık bir telefon ve internet bağlantısı olan bilgisayar sistemi sağlanması da hastanenin organizasyon yükümlüğü içerisindedir.

4.2 Alıcının ve Vericinin Yükümlülükleri

4.2.1 İşbirliği Yükümlülüğü

Organ ve doku nakillerinin amacı alıcının tedavi edilmesi ve sağlığının korunup geliştirilmesidir. Bu amacın gerçekleştirilmesinde hekim büyük rol oynamaktadır. Ancak naklin başarıya ulaşması için alıcı ve vericinin de yerine getirmesi gereken bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. HHY'nin 42. maddesinde hastanın tedavi ekibinin bir üyesi olduğunun bilincinde olması ve diğer üyelerle işbirliği içerisinde bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Esasen burada hukuksal bir yükümlülük söz konusu değildir. [620] Fakat tedavinin başarıya ulaşması için hastanın çaba göstermesi

[618] HAKERİ, s.891; DEMİR, s.368.
[619] HAKERİ, s.890; DEMİR, 369.
[620]Bu çabanın gösterilmemesi sonucu zarar görecek kişi hastanın kendisi olduğu için bunlar bir yükümlülük değil külfettir. Bknz: YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.338.

gerekmektedir.[621] Bu çabanın gösterilmemesi sonucu meydana gelecek zararda hastanın kusuru bulunduğu kabul edilir. Zira TBK madde 52'ye göre zarar görenin zararın doğmasında etkin olduğu hallerde, hâkim tazminatı indirebileceği gibi tamamen kaldırabilir.

Özellikle organ ve doku nakillerinde hekimin alıcı ve vericinin nakle uygunluğunu tespit edebilmesi için alıcı ve vericinin daha önceki hastalıklarını, uygulanan tedavi yöntemlerini, varsa kullandıkları ilaçlarını eksiksiz ve doğru şekilde bildirmesi gerekir.[622] Bunlar nakli kolaylaştırmanın yanı sıra, naklin başarı ile sonuçlanmasını sağlayacaktır. Ayrıca alıcı ve verici hekimin talimatlarına ve koruyucu tedbirlerine eksiksiz şekilde uymalıdır. Özellikle nakil sonrası süreçte ilaçların doğru şekilde kullanılması çok önemlidir. Alıcı belirlenen ölçülerde ve sıklıkta bu ilaçları almazsa nakledilen doku vücut tarafından reddedilebilir. HHY madde 42'ye göre hekimin belirlediği sürelerde hastanın kontrollere gelmesi ve hekime tedavinin seyri konusunda geri dönüşlerde bulunması da gerekir. Organ ve doku nakillerinde alıcının ve vericin sağlık durumlarının takip edilmesi müdahalenin başarılı olmasında çok etkilidir.

Alıcı ve vericinin işbirliği yükümlülüklerinden biri de, hekimin mesleğini icra edebilmesi için muayene ve kan tahlilleri gibi müdahalelere katlanmadır.[623] Esasen bu yükümlülük alıcı ve vericinin pasif işbirliği yükümlülüğü olarak değerlendirilmektedir.[624] Hekim aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, söz konusu müdahalelerin neden gerekli olduğu konusunda alıcı ve vericiyi aydınlatır. Ancak hem alıcı hem de verici bu aydınlatma sonrası uygulanacak müdahaleyi reddetme hakkına sahiptir. Hekim kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında verdiği bu karara uymak zorundadır.

Alıcı ve verici işbirliği yükümlülüklerini yerine getirirken hekimin ve diğer sağlık çalışanlarının haklarına da saygı göstermelidir. Sağlık çalışanlarına sözlü ya da fiziksel saldırıya varan her tür davranıştan kaçınmalıdır. Günümüzde sağlık çalışanlarının mesleklerini icra ederken şiddet olaylarına maruz kaldıkları görülmektedir. Bu durum hekimleri kanunla özel olarak yetkilendirildikleri müdahaleleri uygularken bile çekinik hale getirmektedir. Söz konusu müdahalelerden biri de beyin ölümü gerçekleşen kişilerin organ ve dokularının alınmasıdır. Özellikle ODNK madde 14'te düzenleme altına alınan

[621] HAKERİ, s.780; HATIRNAZ EROL, s.291.
[622] HAKERİ, s.785; HATIRNAZ EROL, s.291.
[623] GÜNEY TUNALI, s.178; AKINCI, s.248.
[624] HAKERİ, s.783.

durumlarda, ölenin yakınlarından gelecek şiddet korkusu hekimi ve diğer sağlık çalışanlarını yanlış uygulamalara sevk etmektedir.[625] Ölenin organlarını üçüncü kişilerin tedavisi için bağışladığı durumlarda dahi yakınlarının izninin aranması bunlardan biridir. Bir diğer örnek ölenin aksine beyanı bulunmadığı durumlarda, ölüden organlarının alınmasına ölenin eşinin izin vermesi yeterliyken, ölenin diğer yakınlarının da izninin aranmasıdır. Bu uygulamalara son verilmesi ve sağlık hizmetinin sunumu esnasında hasta veya hastanın yakınlarından kaynaklanan şiddetin önüne geçilebilmesi amacıyla Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a (YKBDYDK)[626] özel hükümler eklenmiştir. YKBDYDK madde 28'e göre kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen kasten yaralama, tehdit, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarında tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır. Ayrıca TCK madde 51'de düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz. Maddede şiddete uğrayan sağlık çalışanlarına, hastaya sağılık hizmeti verebilecek başka bir sağlık çalışanının olması halinde hizmetten çekilme hakkı da tanınmıştır.

4.2.2 Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Kamu ya da özel olduğuna bakılmaksızın bütün hekimlerin ve hastanelerin hastanın tedavisi ve bakımı için yürüttüğü hizmet karşılığında ücret alma hakkı vardır. Özellikle özel hastane ve hasta arasında kurulan karma kombine sözleşmelerde ücret ödeme hastanın asli edim yükümlülüğüdür.[627] Fakat hastanın doğruluk ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan masrafları ödeme yükümlülüğü yoktur.[628]

Bir ilde kaç nakil merkezi bulunacağını Bakanlık, illerin nüfus yoğunluğunu, bekleme listelerinde yer alan hasta sayılarını, nakil merkezlerinin kapasitelerini, nakil yapabilecek hekim sayılarını dikkate alarak belirlemektedir. Bu durum özellikle nakil olacak hastanın seçebileceği nakil merkezi sayısının kısıtlı olduğu durumlarda, nakil merkezinin alıcının zorda olmasından yararlanarak fazla ücret talep etmesine sebep olabilir. Ancak TBK madde 28'e göre karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık

[625] Bknz: Organ Bağışı Nasıl yapılıyor?", Habertürk, 09.11.2017, haberturk.com/organ-bagisi-iyiligi-doner-sizi-bulur-1706193, E.T. 22.11.2020.
[626] 7243 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 17.04.2020 tarihin ve 31102 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir
[627] HATIRNAZ EROL, s.288; DEMİR, s.125; AKINCI, s.213; GÖKCAN, s.395; YAVUZ, Özel Hükümler, s.14; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s.7; SEROZAN, s.91; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.38; ARAL/AYRANCI, s.58.
[628] HATIRNAZ EROL, s.288; HAKERİ, s.787.

bulunan bir sözleşmede, söz konusu oransızlık, zarar görenin zor durumda olmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden faydalanılarak gerçekleştirildiyse, zarar gören, durumun özelliğine göre sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri iadesini isteyebileceği gibi, sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilir. Yani alıcı naklin özel hastanede değil kamu hastanesinde gerçekleştirilmesini talep edebileceği gibi, ücretteki oransızlığın giderilmesini de isteyebilecektir. HHK'nın 26. maddesinde ücrete dahil hizmetler ve ayrıca ödenmesi gereken ücretler ve ücret alınmayacak hizmetler belirlenmiştir. Aynı kanunun 28. maddesinde ise özel hastanelerin talep edebileceği ücretin Sağlık Bakanlığı tarafından öngörülen sınırı aşamayacağı düzenlenmiştir.

Ülkemizde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından vatandaşlara sağlık güvencesi sunulmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından aranan şartlara sahip olan özel hastanelerde, Genel Sağlık Sigortası bulunan hastaların masrafları kurum tarafından karşılanmaktadır. Hastaların geçireceği her bir müdahale için, kurumun karşılayacağı miktar Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT)[629] belirlenmektedir. SUT'a göre, sigortası bulunan kişilerin tedavi olmak için organ veya doku nakline ihtiyaç duyduğu hallerde, organ veya doku nakli tedavilerine ilişkin giderler ile vericinin bu tedaviye ilişkin giderleri Kurum tarafından karşılanmaktadır.

4.3 Sorumluluğun Hukuki Sebepleri

4.3.1 Vericinin Eyleminden Dolayı Sorumluluğun Hukuki Sebebi

TMK madde 23'te organ ve doku vericisinin, organ verme ediminin ifasının dava yoluyla talep edilemeyeceği ve bu ifanın yerine getirilmemesi sebebiyle vericiden, maddi ya da manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Madde ile organ veya doku vermekten vazgeçen kişiye karşı hem "aynen ifa davası" açılması hem de "tazminat davası" açılması yasaklanmıştır.[630] Ancak, organ veya dokusunu vermekten vazgeçen kişiden, talep edilemeyecek tazminatın türünün ve hangi zarara ilişkin olduğunun belirtilmemesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı

[629] 16 Haziran 2020 Değişiklik Tebliğleri İşlenmiş Güncel Sağlık Uygulama Tebliği, https://www.saglikaktuel.com/haber/16-haziran-2020-degisiklik-tebligleri-islenmis-guncel-2013-sut-sgk-70312.htm, E.T.11.11.2020.
[630] KILIÇOĞLU, Organ Nakli, s.256.

düşünülmektedir.[631] Kanunda yer alan bir kuralın kapsamının çok geniş tutulması ve gerekli istisnalara yer verilmemesi dolayısıyla kuralın uygulanması hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkarıyorsa, bu durumda kanunda örtülü boşluk bulunduğundan söz edilir.[632] Söz konusu boşlukları hâkimin, kuralı amaca göre yorumlayarak doldurulması gerekir.[633]

Bu noktada öncelikle, vericinin sorumluluğuna gidilebilecek hallerin neler olduğunun tespit edilmesi gereklidir. Bunlardan ilki sözleşmenin konusunun imkansız olmasıdır. Örneğin alıcının vericiye böbreklerinden birini vermeyi taahhüt ettiği bir sözleşmenin kurulduğu anda, alıcının vücudunda çift olarak bulunan böbreklerden biri işlevini yerine getirememektedir.[634] ODNK madde 8'e göre verici hayatını sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak organlarının naklini borçlanamaz. TBK madde 27'ye göre ise konusu imkansız olan bu tür sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Ancak geçersiz olan sözleşme alıcıda bir güven doğurmaktadır.[635] Geçerli bir sözleşme kurulduğunu düşünen alıcının, bazı hazırlık masrafları yapmış olması, bir hastane ile sözleşme yapmış olması ya da bir diğer verici adayının teklifini reddettiği için yeni bir verici aramak zorunda kalmış olması muhtemeldir.[636] Sözleşmenin konusunun objektif olarak imkansız olduğu bu durumda, alıcının, sözleşmenin hükümsüz olmasından dolayı zararı doğabilir. Sözleşmenin hükümsüz olması ya da hükmünü kaybetmesinden doğan zarar menfi zarardır.[637]

Bu durumda sözleşmenin kuruluş aşamasında mevcut olan imkansızlığı bilen ya da bilmesi gereken verici, alıcının uğradığı menfi zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşme öncesi ilişkilerde TMK madde 2'de düzenleme altına alınan dürüstlük kuralına uygun davranma ve karşı tarafın güvenini kötüye kullanmama yükümlülüğü altındadır.[638] Vericinin sözleşme görüşmeleri esnasında, sözleşmenin konusunun imkansız olmasını bilmesine rağmen durumu alıcıdan saklaması, sözleşme

[631] SARIAL, s.24; BADUR, Cayma, s.306; DURAL/ÖĞÜZ, s.118; GÖKCAN, s.394; KILIÇOĞLU, Organ Nakli, s.256; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.61.
[632] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.157; KIRCA, s.96; ERDOĞAN/KESKİN, s.124.
[633] SEROZAN, Medeni Hukuk, s.157; KIRCA, s.98; ERDOĞAN/KESKİN, s.124; BADUR, Cayma, s.307; DURAL/ÖĞÜZ, s.118.
[634] Bknz: SARIAL, s.24.
[635] AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul, 2007, (Çelişki Yasağı), s.13; GÖKCAN, s.394.
[636] SARIAL, s.24; GÖKCAN, s.394.
[637] İNAN/YÜCEL, s.404.
[638] OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, C.I, İstanbul, 2013, (Genel Hükümler, C.I), s.488; ERDOĞAN/KESKİN, s.158; İNAN/YÜCEL, s.626; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.57; AKYOL, Çelişki Yasağı, s.15.

görüşmelerinde kusurlu davranış (culpa in contrahendo) oluşturmaktadır.[639] Sözleşme görüşmeleri esnasında kusurlu davranışların bazılarının sorumluluk doğuracağı kanunda açık bir şeklide belirtilmiştir.[640] Ancak sözleşmenin konusunun imkansız olması sebebiyle geçersiz olmasına sebep olma gibi, diğer pek çok kusurlu davranışın sonuçları düzenleme altına alınmamıştır. Bu durumlarda sorumluluğun haksız fiil hükümlerine ve borca aykırılık hükümlerine dayandırılacağına dair iki görüş ileri sürülmektedir.[641] Fakat sözleşme öncesi sorumluluk bir güven sorumluluğu olduğu için, sorumluğun borca aykırılık hükümlerine dayandırıldığı durumlarda dahi, müspet zararın tazmini istenemez.[642]

Ayrıca TBK madde 49'da sadece kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişilerin değil, aynı zamanda ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren kişilerin de bu zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle alıcının uğradığı zarardan vericinin sorumlu tutulamaması, hakkın kötüye kullanımı olacaktır.[643] Çünkü alıcıda haklı bir güven yaratan verici, önceki davranışı ile çelişkili davranarak alıcının zorda kalmasına sebep olmuştur.[644]

Sözleşme kurulduktan sonra, vericinin geçireceği bir kaza ya da rahatsızlık sebebiyle edimini ifa edemediği durumlarda, vericinin bir kusuru bulunmadığı için sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Ancak verici hiçbir sebep göstermeksizin ifadan kaçınabileceği gibi, ifanın vericinin bir davranışı sonucu imkansız hale gelmesi de söz konusu olabilir. Örneğin vericinin bir böbreğini alıcıya vermeyi taahhüt ettiği sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra, vericinin organın vücudundan alınacağı ana kadar hayat tarzına dikkat etmemesi sebebiyle organ zarar görmüş olabilir. Yapılan tahlil ve incelemeler sonucu, nakledilecek organın alıcıyı tedavi etme amacını yerine getiremeyeceği anlaşılırsa nakil işlemi gerçekleştirilemez. Bu durumda TBK madde 294 kıyasen uygulanarak vericinin ağır kusuru sebebiyle, alıcının uğradığı zararın tazmini talep edilebilir.

---

[639] ERDOĞAN/KESKİN, s.158; SARIAL, s.27; İNAN/YÜCEL, s.626; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.I, s.488; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.58; AKYOL, Çelişki Yasağı, s.34.
[640] Bknz: OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.I, s.489; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.127.
[641] OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.I, s.490; İNAN/YÜCEL, s.626.
[642] OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.I, s.491; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.131.
[643] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.185; KILIÇOĞLU, Mustafa, Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı, Ankara, 2015, (HAKKY), s.8.
[644] AKYOL, Çelişki Yasağı, s.5; ERDOĞAN/KESKİN, s.165; KILIÇOĞLU, HAKKY, s.9.

4.3.2 Çalışanların Eyleminden Dolayı Hastanenin Sorumluluğunun Hukuki Sebebi

Edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler içeren hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane, bu yükümlülüklere uygun hareket etmek ve bunları ihlal etmemek zorundadır. Çünkü söz konusu yükümlülüklerin ihlali sözleşmenin ihlali olacaktır.[645] Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinde sadece hasta ve hastane arasında sözleşme ilişkisi vardır. Bu nedenle hasta, hem sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini hem de edimin yerine getirilmesi sırasında uğradığı zararın tazminini sadece hastaneden talep edebilir.[646] Nakil merkezleri üstlendikleri edimi, kendisine hizmet sözleşmesi ile bağlı hekim ve sağlık çalışanları vasıtasıyla ifa etmektedir. Bu durumda hekim ifa yardımcısı konumundadır.[647]

Nakil merkezinin, ifa yardımcısının sözleşmeye aykırı davranışından doğan sorumluluğu TBK madde 116'da düzenleme altına alınmıştır. TBK madde 116'nın birinci fıkrasına göre borçlu, borcunun ifasını ya da borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını, beraber yaşadığı kişilere veya yanında çalışan kişilere kanuna uygun bir şekilde bıraksa dahi, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hükmün uygulanabilmesi için borçlu ile ifa yardımcısı arasında altlık-üstlük ilişkisi bulunması zorunlu olmayıp, ifanın borçlunun bilgisi ve iradesi ile ifa yardımcısına bırakılmış olması yeterlidir.[648] Ayrıca borçlunun sorumlu olabilmesi için, ifa yardımcısının sözleşmeye aykırı bir davranışla alıcıya zarar vermesi şarttır.[649] Borçlu bu zararın meydana gelmemesi için gereken özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz.[650] Örneğin hekimin alıcı ve vericiyi naklin riskleri konusunda yeteri kadar aydınlatmadığı, tahlil ve incelemeleri özenli bir şekilde yerine getirmediği ya da nakilden sonraki süreci uygun şekilde yürütmediği durumlar özel hastanenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Nakil merkezinin bulunduğu hastane, ifa yardımcısı olarak kullandığı hekim dışındaki sağlık çalışanları için de sorumlu olacaktır. Özellikle organ ve doku nakilleri gibi, hastanın tedavi ve bakımının alanında uzman

[645] HATIRNAZ EROL, s.293.
[646] AYAN, s.135; SARIAL, s.89; GÖKCAN, s.395, 396.
[647] HATIRNAZ EROL, s.322; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.359; SARIAL, s.89.
[648] HATIRNAZ EROL, s.322; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.361.
[649] OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.141.
[650] DEMİR, s.420; HAKERİ, s.958.

sağlık çalışanlarına bırakıldığı müdahalelerde, yardımcı kişilerin yerine getirmesi gereken edimler çoğalmaktadır.

TBK'nın 66. maddesinde çalıştıranın sorumluluğu düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin görülmesi sırasında başkasına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Burada sorumlu tutulan kişi ile zararın meydana gelmesine sebep olan kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasına gerek yoktur. Dikkat edilmesi gereken, fiilen ya da hukuksal olarak gözetim, denetim ve talimat ilişkisinin bulunup bulunmamasıdır.[651] Aynı maddede çalıştıranın, çalışanı seçerken, talimat verirken ayrıca gözetim ve denetimde bulunurken, gereken özeni gösterdiğini ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağı düzenleme altına alınmıştır.

TBK madde 66 çalıştıranın sorumluluğunun yanında, organizasyon eksikliğinden kaynaklanan sorumluluğu da düzenleme altına almıştır.[652] TBK 66'nın üçüncü fıkrasına göre, bir işletmede çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğumunu önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, bu işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Bu sorumluluğun çalıştıranın sorumluluğunun içerisinde ve sadece çalıştırana ilişkin bir sorumluluk olarak öngörülmesinin söz konusu sorumluluğun uygulama alanını daralttığı düşünülmektedir.[653] Örneğin mesleğini bağımsız şekilde icra eden ve yanında kimseyi çalıştırmayan bir hekim için söz konusu madde uygulama alanı bulmayacaktır.[654] Ancak organize çalışmayı gerektiren nakil merkezlerinde ve organ kaynağı merkezi olarak kabul edilen hastanelerde meydana gelen zararlardan dolayı gündeme gelen bir sorumluluk türü olacaktır.

Nakil öncesi ya da sonrası süreçlerde gerçekleştirilmesi gereken edimlerde yaşanan aksaklıklardan dolayı hastanın zarar görmesi muhtemeldir. Nakil merkezi olarak hizmet veren hastanelerin, ameliyathanelerinin ve kullanılacak malzemelerinin sterilizasyonunu sağlamaması, organın alıcısının ve vericisinin enfeksiyon geçirmesine

---

[651] KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.434; EREN, Genel Hükümler, s.694; İNAN/YÜCEL, s.416; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, C.II, s.144, 145; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.361.

[652] EREN, s.707; İNAN/YÜCEL, s.419; Çalıştıranın, şartlar gerçekleştiğinde karine olarak var sayılan, gereken özeni göstermeme biçimindeki kendi fiilinden sorumlu tutulduğu yönündeki görüş için Bknz: OĞUZMAN/ÖZ, s.148.

[653] İNAN/YÜCEL, s.419; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.363.

[654] EREN, s.713; Organizasyon yükümlülüğünün maddeye ek olarak, sözleşmeye dayanan borç ilişkilerinde, borçlu bakımından dürüstlük kuralından kaynaklanan yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük biçiminde kendini göstereceği yönündeki görüş için Bknz: YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.363,364.

neden olabilir.[655] Ayrıca nakil merkezinin bulunduğu hastanede yaşanan hijyen sorunları, yatarak tedavinin zorunlu olduğu organ ve doku nakillerinde, alıcı ve vericinin bulaşıcı hastalıklara yakalanma ve enfeksiyon geçirme ihtimalini artırmaktadır.

Yönetim ve koordinasyonda yaşanan aksaklıklar da organizasyon sorumluluğuna neden olabilir.[656] Örneğin öleninin organ veya dokularını üçüncü kişilerin tedavisi için bıraktığı durumlarda, yoğun bakım sorumlusu hekimlerin nöbet sistemlerinin uygun bir şekilde düzenlenmemesi sebebiyle beyin ölümünün yakalanamaması, beyin ölümü teşhisi koyacak heyetin zamanında toparlanamaması bu durumlara örnek olarak verilebilir. Ayrıca UODNKSY madde 11'e göre nakil merkezi hastanede bir organ ve doku nakli koordinatörü ve yardımcısı bulundurmak, ayrıca bu kişilere koordinasyonu sağlamaya uygun mekan ve telefon, internet gibi iletişim olanakları sağlamak zorundadır. Sistematik bir şeklide yürütülmesi gereken organ ve doku nakillerinde, kilit bir role sahip organ ve doku nakli koordinatörlerinin süreci yönetmesinde yaşanan aksaklıklardan dolayı meydana gelen zararlardan da hastane sorumlu olacaktır.

[655] HATIRNAZ EROL, s.441; DEMİR, s.383; GÖKCAN, s.396; YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.364; HAKERİ, s.898.
[656] YÜCEL, Hukuksal Sorumluluk, s.364; HAKERİ, s.897.

SONUÇ

Tez çalışmamızda ele aldığımız organ ve doku nakillerine ilişkin sorunları şu şekilde özetleyebiliriz:

Kavram olarak ODNK'da "organ" ve "doku" kullanılırken, TMK'da "insan kökenli biyolojik madde" kavramı kullanılması hukuk sistemlerinde bulunması gereken birlik, açıklık ve güvenlik ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle öncelikle kavram birliğinin sağlanması gereklidir.

ODNK'nın 1. maddesinde tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması saklanması, aşılanması ve naklinin bu kanun hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir. Ancak farklı amaçlarla gerçekleştirilen alma, saklama ve aşılama faaliyetlerine bu kanun hükümlerinin uygulanması adalete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca canlı bir kişiden bilimsel amaçlarla organlarının alınması mümkün değildir. Kanunun kapsamının çok geniş tutulduğu bu durumda kanunda örtülü boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle ODNK'da yer alan hükmün TMK madde 24'te yer alan "üstün nitelikteki yarar" şartı ile birlikte yorumlanması gerekmektedir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında, kendisinden organ veya doku alınmasına izin verme yeterliliği bulunmayan kişilerden, kemik iliği gibi kendini yenileyen dokuların alınmasına, bazı şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Fakat bu düzenlemeye Türkiye Cumhuriyeti tarafından çekince konulmuştur. Uygulamaya baktığımızda ODNK ile getirilen 18 yaş altındaki kişilerden organ ve doku alınması yasağının önüne KAHY ile geçildiği görülmektedir. Ancak Yönetmelikle 18 yaş altındaki kişilerden organ ve doku alınmasının yolunun açılması kanuna aykırıdır. Bu hukuka aykırı uygulamaya son verilmesinin yolu Sözleşmeye konulan çekincenin kaldırılması ve Kanun'un Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesidir.

ODNK Ek Madde 2'de Etik Komisyon kararlarına karşı itiraz imkanı tanınmıştır. Maddede Etik Komisyon kararlarına karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere Ulusal Organ Nakli Etik Kurulları kurulacağı düzenleme altına alınmıştır. Kurul, yapılan itiraz üzerine komisyon kararlarını inceleyerek kararları onaylayacak, iptal edecek ya da komisyonun yerine geçerek yeniden karar alacaktır. Ayrıca Kanun Kurulun organ nakli başvurularına dair verdiği kararların kesin olduğunu hüküm altına almıştır. Ancak Etik

kurul kararları idari karar niteliğinde olduğundan, Sağlık Bakanlığı'nın idari yargıya başvuruyu önlemeye yönelik düzenlemeleri açıkça Anayasa'ya aykırılık arz etmektedir. Çünkü Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin hiçbir eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılamayacağı düzenlenmiştir.

Organ ve doku nakillerinde meydana gelen ilerlemelere rağmen, ülkemizde nakillerin çoğu canlı vericiden temin edilen organlarla yapılmaktadır. Bunun temelinde beyin ölümü konusunda hem hekimlerin hem de bireylerin yeteri kadar bilgilendirilmemesi yatmaktadır. Bu durum da kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir.

Uygulamada kullanılan organ bağışı senetleri ODNK'nın aradığı şekil şartlarından hiçbirine uymamaktadır. Bu nedenle de organ bağışı senediyle organlarını bağışlayan ölenin, bütün yakınlarından izin alma yoluna gidildiği görülmektedir. Ancak bu uygulama da ODNK'ya aykırıdır. Çünkü Kanun kademeli bir izin sistemini kabul etmiştir.

Ölenin yakınlarının kişilik hakları ve üçüncü bir kişinin yaşama hakkının çatıştığı, ODNK madde 14'ün üçüncü fıkrasında yer verilen zaruret modelinde, ölüm şekline göre bir ayrım yapılması hukuka ve etik ilkelere aykırıdır. Ayrıca ülkemizde organ bağışlarındaki yetersizlikler ve organ bekleyen hasta sayısının fazlalığı göz önüne alındığında, bu hükümle ölene yaşam ötesi bir mükellefiyet yüklenmiş olacaktır. Eğer ölene böyle bir mükellefiyet yüklenmek isteniliyorsa, genişletilmiş rıza modeli yerine itiraz modelinin benimsenmesi daha yerinde olur.

Organ ve doku nakillerinin sadece hayat kurtarma amacıyla gerçekleştirilebileceği düşünülmemelidir. Çünkü kompozit doku nakillerinde temel amaç anatomik yapıya uygun fonksiyonel olarak tamlığı sağlamak ve yaşam kalitesini artırmaktır. Alıcı bakımından ağır riskler içeren kompozit nakillerde, organ ve dokuların reddedilme ihtimali ilaçlar yardımıyla düşürülse de, kullanılan ilaçların enfeksiyon, metabolik hastalık ve tümör gelişimini belirgin bir biçimde artırdığı bilinmektedir. Bu nedenle yarar zarar dengesinin sağlanması kritik bir öneme sahiptir.

Özellikle yüz nakli gibi yarar zarar dengesinin sağlanmasının zor olduğu nakillerin, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı göreceli bir nitelik taşıyan küçüğe uygulanması gereken durumunda nasıl bir yol izleneceği önemlidir. Küçüğün ve yasal

temsilcinin çatışmaya düşmesi halinde TMK madde 346 ve 487 uyarınca aile mahkemesine başvurularak küçüğü koruyu önlemler alınabilir. Yasal temsilcinin müdahaleye izin verdiği fakat ayırt etme gücüne sahip küçüğün izin vermediği durumlarda, küçüğün özerk iradesine saygı duyulması gerekir. Nakle ihtiyaç duyan kişinin ayırt etme gücünden yoksun olmasının sebebi yaş küçüklüğü ise, beklenen özerklik kavramı bize yol gösterici olacaktır. Bu durumda nakil küçüğün kendi iradesini ortaya koyabilmesi için birkaç sene ertelenmelidir.

ODNK canlı vericinin hayatına son verecek ya da tehlikeye sokacak organlarının alınmasını yasaklamışken, canlı vericiden temin edilen organ ile yapılacak rahim nakillerinin Yönerge ile engellenmesi hukuka aykırıdır. Özellikle naklin alıcının ailesinden temin edilen bir organ ile gerçekleştirilmesi, kompozit yapıdaki rahmin reddedilmesi ihtimalini düşürecektir. Alıcının üreme hakkını ve vericinin kendi geleceğini tayin etme hakkını kullanmasının Yönerge ile kısıtlanması yerine, canlı vericilerden yapılan nakillere uygulanan tıbbi, yasal ve etik prosedürün rahim nakillerine de kıyasen uygulanması gerekir.

Naklin canlı bir vericiden alınan organ veya doku ile yapılması durumunda kurulan borç ilişkinin tarafları sadece alıcı ve verici değildir. Cerrahi bir müdahaleyi gerektiren organ ve doku nakillerinin, Bakanlık tarafından yetkilendirilen, uzman personele ve teknik donanıma sahip nakil merkezlerinde yapılması zorunludur. Bu nedenle nakil merkezinin bulunduğu hastane ile de bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Yani nakil sözleşmeleri, alıcının tedavi edilmesi amacıyla birbirlerinden bağımsız ancak, varlıkları birbirlerine bağlı sözleşmelerin bir araya getirilmesiyle meydana gelmektedir. Bu durum da nakil sözleşmelerinin birleşik sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir.

Alıcı ve verici arasında nakil amacıyla kurulan sözleşmeler ne TBK'da ne de diğer kanunlarda özel olarak düzenleme altına alınan sözleşmelerdendir. Sözleşmenin geçerliliği sıkı şartlara bağlanmıştır. Ayrıca sözleşme alacaklıya alacağını cebren elde etme imkanı tanımamaktadır. Bu nedenle alıcı ve verici arasında kurulan nakil sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğinde olduğu düşünülmektedir.

Alıcı ve verici ile özel hastane arasında kurulan sözleşme ise hastaneye kabul sözleşmesidir. Kanunda özel olarak düzenleme altına alınmayan hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisi hastayı tedavi etme, yatırma, yedirme, içerme ve

hastanın diğer bakım hizmetlerini yerine getirmeyi üstlenirken, sözleşmenin karşı tarafı bu hizmetler karşılığında ücret ödemeyi üstlenmektedir. Esasen nakil merkezi ve alıcı arasında kurulan bu sözleşmede, nakil merkezi, vericiden organı alma ve alıcıya nakletme borcu altına girerken, alıcı ücret ödeme borcu altına girmektedir. Verici ise bu sözleşmenin tarafı olmayıp, bu sözleşmeden yararlanan konumundadır. Bu nedenle alıcı ve nakil merkezi arasında kurulan sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

TMK madde 23'te organ veya doku vericisinin, ediminin ifasının dava yoluyla talep edilemeyeceği ve bu ifanın yerine getirilmemesi sebebiyle vericiden, maddi ya da manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Burada vericiden talep edilemeyecek tazminatın türünün ve hangi zarara ilişkin olduğunun belirtilmemesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Çalışanlarının eylemlerinden dolayı sorumlu olan nakil merkezinin bulunduğu hastanenin, aynı zamanda organizasyon sorumluluğu da bulunmaktadır. Çünkü nakil merkezi ve organ kaynağı merkezi olarak kabul edilen hastanelerde, nakil öncesi ve sonrası sürecin başarılı bir şekilde yürütülebilmesi organize bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, "A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death", Journal of the American Medical Association, C.205, S.6, 1968, s.337-340.

AGICH, G. J./SIEMIONOW, M., "Until They Have Faces: The Ethics of Facial Allograft Transplantation", Journal of Medical Ethics, C.31, S.12, 2005, s.707-709.

AKINCI, Şahin, "Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.137-144 (Ölüden Organ Alınması).

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

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 12.Baskı, İstanbul, 2015.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 2018 (Eşya Hukuku).

AKKANAT, Halil, "Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni", Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s.25-40.

AKSARAY, Buse, "Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu", Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul, 2012, s.157-161.

AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul, 2007 (Çelişki Yasağı).

AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976.

ALTAY, Sabah, "Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları", Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s.215-229.

ANDRADES, Paricio/ASIEDU,Clement/THOMAS, Judith M., "Immune Tolerance Induction: Basic Concepts for Composite Tissue Allotransplantation", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.105-117.

ANNAS, George J., "At Law: From Canada with Love : Anencephalic Newborns as Organ Donors?", The Hastings Center Report, C.17, S.6, 1987, s.36-38.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Baskı, Ankara, 2015.

ARPACI, Abdulkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", YÜHFD, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.4, S.2, 2009, s.5-14.

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993.

ATAÇ, Adnan/UÇAR, Muharrem, "Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar", Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ed.Cahit DOĞAN/Pınar AKSOY GÜLASLAN, Ankara, 2014, s.73-93.

ATAMER, Yeşim, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, S.1-2, 1999-2000, s.115-159.

ATEŞ, Gül, "Diş Hekimlerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", I. Diş Hekimliği Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2014, s.413-428.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

AYDIN, Erdem, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc, E.T.07.12.2019.

AYDIN, Erdem, Tıp Etiği, Ankara, 2006.

AYDIN, Murat, "Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", ABSHD, S.1, 2009, s.209-276.

AYDIN, Murat, "Tıbbi Müdahalelerde Mahremiyet ve Ceza Sorumluluğu", I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul, 2016, s.109-121.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2019.

AYİTER, Nuşin, "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", AÜHFD, C.XV, S.1, 1968, s.137-144.

BADUR, Emel, "Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması", ÇÜHFD, C.5, S.1, 2020, s.275-312 (Cayma).

BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017.

BARD, Jennifer S., "The Diagnosis is Anencephaly and The Parents Ask about Organ Donation: Now What? A Guide For Hospital Counsel And Ethics Committees", Western New England Review, C.21, S.49, 1999, s.49-95.

BAŞPINAR, Veysel, "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.191-215.

BENGHİAC, Ana-Gabriela/GARRETT, Jeremy R./CARTER, Brain S., "Ethical Issues in Pediatric Face Transplantation", Pediatric Transplantation, C.21, S.7, 2017, s.1-4.

Beyin Ölümü Bildirimlerinin ve Kadavra Organ Bağışının Artırılması Hakkında Genelge, https://www.saglik.gov.tr/TR,10980/beyin-olumu-bildirimlerinin-ve-kadavra-organ-bagisinin-artirilmasi-genelgesi-200860.html, E.T.16.10.2020.

BOZOKLAR, Cemal Ata, "Organ Alma Hakkı ve Hukuk", KHÜHF Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.253-260.

BRANDON, Beth, "Anencephalic Infants as Organ Donors: A Question of Life or Death", Case Western Reserve Law Rewiew, C.40, S.3, 1989, 781-824.

Canadian Paediatric Society, "Use of Anencephalic Newborns as Organ Donors", Paediatr Child Health, C.10, S.6, 2005, 335-337.

CİHAN, Hulki, "Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar", BÜHKD, C.1, S.1, 2015, s.89-97.

CONNORS, Joanna, "Katie'nin Yeni Yüzü", National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018.

CSAPO, Zsolt T./FORGACS, Bence/KAHAN, Barry D., "The Impact of the Discovery of Cyclosporine on Transplantation of Composite Tissue Allografts", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.26-35.

ÇAVDAR, Pelin, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", MÜHFHAD, C.22, S.3, 2006, s.735-764.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993.

ÇOBANOĞLU, Nesrin, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam", SHD, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.70-87.

ÇOBANOĞLU, Nesrin, Tıp Etiği, Ankara, 2007.

DEMİR, Mehmet, "Hekim Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbi Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri", KHÜHF Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, (Sorumluluk), s.287-306.

DEMİR, Mehmet, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2018.

DERYAL, Yahya, "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", YÜHFD, C.3, S.2, 2006, s.101-147.

DOĞAN, Cahid, "Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009), Ankara, 2010, s.111-219.

DOĞAN, Cahid, "İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi Amaçlı Deneme Suçları", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, Ed. Yener ÜNVER/Ali Kemal YILDIZ/Onur ÖZCAN, İstanbul, 2008, s.93-112.

DOĞAN, Cahid, "Rahim Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler", EÜHF Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ed. Murat DOĞAN/Cahid DOĞAN, Ankara, 2020, s.51-84 (Rahim Nakli).

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, 20.Baskı, C.II, İstanbul, 2019.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, 14.Baskı, C.IV, İstanbul, 2019.

DURSUN, Polat "Abdominal Histerektomi (Rahim Alınması)", https://polatdursun.com/abdominal-histerektomi/, E.T.16.10.2020.

DÜNDAR ARAVACIK, Esra, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam", İBD, S.1, 2017, s.11-51.

EDWARDS, James A./MATHES, David W., "Facial Transplantation: A Review of Ethics, Progress and Future Targets", Transplant Research and Risk Management, C.3, 2011, s.113-125.

ERDOĞAN, İhsan/KESKİN, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2019.

EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, Ankara, 2019 (Genel Hükümler).

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2019.

EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2019.

ERMAN, Barış, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", YÜHFD, C.II, S.2, 2016, s.1-44 (Deney ve Deneme).

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003.

ERSOY, Nermin/AYDIN, Erdem, "Tıbbi Etik'te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C.2, S.2, 1994, s.71-74.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 14.Baskı, İzmir, 2018.

ESENER Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 8.Baskı, Ankara, 2019.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 4.Baskı, İstanbul, 1980.

FLYNN, Jennifer/SHAU, Randi Zlotnik/HANSON, Mark D./BORSHE, Gregory H./ZUKER, Ronald, "Pediatric Facial Transplantation: Ethical Considerations", Plastik Surgery, C.22, S.2, 2014, s.67-69.

GEZDER, Ümit, "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi", İÜHFM, C.65, S.1, 2007, s.207-222.

GOLD, E. Richard, Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials, Washington, 1996.

GORDON, Chad R./SERLETTİ, Josefh M./BLACK, Kirby S./HEWİT Charles W., "The Evolution of Compozite Tissue Allotransplantation: the Twentieth Century Realization of "Cosmas and Damian"", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, 2007, s.13-25.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3.Baskı, Ankara, 2017.

GÖKÇEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SHFD, C.8, S.1-2, 2000, s.63-85.

GÖZEGİR, Kemal/UYGUN, Onur, "Arkadaşlarım Var Artık", Uğur Acar ile Röportaj, National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, 3.Baskı, Bursa, 2010.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Bursa, 2011.

GÖZPINAR KARAN, Gülşah, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", THD, C.11, S.119, 2016, s.138-155.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol, Normlar Hiyerarşisi, İstanbul, 2016.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, 4.Baskı, İstanbul, 2019 (Ders Kitabı).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3.Baskı, İstanbul, 2013 (C.I).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3.Baskı, İstanbul, 2014 (C.II).

GÜNEY TUNALI, Fatma Işıl, "Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019.

GÜRZUMAR, Osman Berat, "Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler", ABD, S.3, 1991, s.364-389.

GÜVEN, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, 2000.

HAKERİ, Hakan, "Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum-2", https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-alternatif-ve-tamamlayici-tip-bakimindan-ulkemizdeki-hukuki-durum1-1-64-3770.html, E.T.01.02.2020.

HAKERİ, Hakan, "Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", ABSHD, Y.1, S.1, s.19-27.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019.

HARTMAN, Rhonda Gay, "Ethical and Policy Concerns of Hand/Face Transplantation", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed; Charles W. HEWITT/W. P. Andrew LEE, 2007, s.429-442.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek-Tüzel Kişiler), İstanbul, 2014.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, "Özel Hastaneler İle Hastane Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi", İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi 'Sağlık Hukuku Makaleleri', İstanbul, 2012, s.191-220 (Karar).

HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 5.Baskı, Ankara, 2017.

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 5.Baskı, İstanbul, 2013.

HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001.

HENNİNG, Rosenu, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren: Ali Kemal YILDIZ, YÜHFD, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C.3, S.2, 2006, s.49-59.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10.Baskı, Ankara, 2019.

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2014.

İZGİ, Cumhur, "Mahremiyet Hakkı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", Türkiye Biyoetik Dergisi, C.I, S.1, 2014, s.25-37.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 11.Baskı, İstanbul, 2016.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul, 2011.

KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul, 2009.

KAYA, Mine, "Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı", THD, C.11, S.117, 2016, s.23-37.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.Baskı, Ankara, 2018 (Genel Hükümler).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk, 3.Baskı, Ankara, 2019 (Medeni Hukuk).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 10.Baskı, Ankara, 2019 (Miras).

KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBBD, S.2, 1991, s.246-265 (Organ Nakli).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Hayata Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 5.Baskı, Ankara, 2016 (Haysiyet).

KILIÇOĞLU, Mustafa, Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı, Ankara, 2015 (HAKKY).

KIRCA, Çiğdem, "Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlandırma", AÜHFD, C.50, S.1, s.91-119.

KIZILARSLAN, Hakan, "Organ ve Doku Nakillerinin Hukuki Yapısı", GÜHF Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C.II, S.1, 2010, s.1003-1025.

KNACKSTEDT, Rebecca/GASTMAN, Brian, "Discussion: Guiding Strategies for the Future of Vascularized Composite Allotransplantation: A Systematic Review of Organ Donation Campaigns", Journal of the American Society of Plastic Surgeons, C.146, S.4, 2020, s.935-936.

KOCAMAZ ŞAHİN, Begüm, Organ Nakli Hukuku Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması, İstanbul, 2019.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7.Baskı, İstanbul, 2017.

KOÇAK SÜREN, Özlem, "Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi", TBBD, S.73, Ankara, 2007, s.174-195.

KÖK, Ahmet Nezih, "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler", KHÜHF Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.209-222.

KRÜGER, Matthias, "Alman Organ Nakli Hukuku Bakış Açısıyla Yüz, Kol ve Rahim Nakilleri", Çeviren: Hakan HAKERİ, Hukuk Köprüsü, S.2, 2012, s.185-192.

MURRAY, Joseph E., "The Establishment of Composite Tissue Allotransplantion as a Clinical Reality", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.3-12.

NAR, Ahmet, "İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması", KHD, S.55-56, 2009, s.7-24.

OĞUZ, Yasemin N., "Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, Ankara, 1994.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, C.II, İstanbul, 2013 (Genel Hükümler, C.II).

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, C.I, İstanbul, 2013 (Genel Hükümler, C.I).

OĞUZMAN, Kemal/SELİCİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 18.Baskı, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 14.Baskı, İstanbul, 2018 (Genel Hükümler).

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİCİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 21.Baskı, İstanbul, 2018 (Eşya Hukuku).

OKTAY, Bülent, "Organ ve Doku Naklinde Etik ve Hukuksal Sorunlar", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.149-153.

OKTAY, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Tamamlanması", İÜHFD, C.55, S.1-2, 1996, s.263-296.

ÖZASLAN, Abdi, "Aydınlatılmış Onam", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No.48, 2006, s.43-54.

ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", EÜHFD, C.12, S.3-4, 2008, s.348-379.

ÖZMEN, Selahattin, "Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri", Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s.157-164.

ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019.

PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", TBBD, S.83, 2009, s.189-222.

PERPICH, Diane, "Vulnerability and the Ethics of Facial Tissue Transplantation", Bioethical Inquiry, C.7, S.2, 2010, s.173-185.

POLAT, Selçuk, "Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerklik İlkesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları ABD, İstanbul, 2015.

PRATSCHKE, J./WİLHELM, MJ./KUSAKA, M./BASKER, M./COOPER, D.K.C/HANCOCK, W./TİLNEY N., "Brain Death and its Influence on Donor Organ Quality and Outcome After Transplantation", Transplantation Review, C.67, S.3, 1999, s.343-348.

President's commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research. Uniform Determination of Death Act. Defining death: medical, legal and ethical issues in the definition of death. Washington, DC:US Government Printing Office; 1981.

RUSHTON, "Cynda Hylton, The Baby K Case: Ethical Challenges of Preserving Professional Integrity", Pediatric Nursing, C.21, S.4, 1995, s.367-372.

SADE, Robert M., "Brain Death, Cardiac Death, and the Dead Donor Rule", Journal of the South Carolina Medical Association, C.107, S.4, 2011, s.146-149.

SALGADO, Christopher J./MARDINI, Samir/HEWITT, Charles W., "The First Limb Transplants with Cylosporine", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.36-39.

SARIAL, Enes, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986.

SCARAMUZZİNO, Dott.Fabio Massimo, "İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu ve Bilgilendirilmiş Rıza", Çeviren: Gülsüm Ayhan AYGÖRMEZ, YÜHFD, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, C.IV, S.2, 2009, s.29-43.

SCHOELLER, Matin/CONNORS, Joanna, "Yeni Bir Yüzün Anlamı", Connie Culp ile Röportaj, National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018.

SCHREIBER, Hans Ludwing, "İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Fayda-Risk Tartımı", Çeviren: Veli Özer ÖZBEK, Tıp ve Ceza Hukuku, Ed. Kayıhan İÇEL, Ankara, 2004, s.81-90.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, "Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi", Çeviren: Veli Özer ÖZBEK, Tıp ve Ceza Hukuku, Ed. Kayıhan İÇEL, Ankara, 2004, s.101-126 (Hukuksal Düzenleme).

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019.

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 8.Baskı, İstanbul, 2018 (Medeni Hukuk).

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6.Baskı, Ankara, 2019.

SERT SÜTÇÜ, Selin/CİHAN, Ali Hulki, "Özel Organ ve Doku Nakillerinde Doktorun Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünün İncelenmesi", Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ed.Selin SERT SÜTÇÜ, Ankara, 2016, s.1-16.

SERT, Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, İstanbul, 2008.

SERT, Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2.Baskı, Ankara, 2019.

SERT, Gürkan, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları, İstanbul, 2012 (Üreme Hakkı).

SERT, Selin/CİHAN, Ali Hulki, Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, İstanbul, 2013.

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 7.Baskı, Ankara, 2019.

SÖZÜER, Erdoğan, "Canlı Vericiden Organ ve Doku Nakli", EÜHF Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ed. Murat DOĞAN/Cahid DOĞAN, Ankara, 2020, s.15-50.

STRUHKAMP, Rita M., "Patient Autonomy: A View From the Kitchen", Medicine Heatlh Care and Philiosophy, C.8, S.1, 2005, s.105-114.

SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000.

ŞAHAN, Gökhan, "Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, 2018, s.169-186.

ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s.65-80.

T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlıkta Kalite Standartları Hastane, https://dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/7273,sks-saglikta-kalite-standartlari-2pdf.pdf?0, E.T. 01.02.2020.

TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, 2011.

TAI, Chau/GOLDENBERG, Marat/SCHUSTER Kevin M./KANN Brian R./HEWITT, Charles W., "Composite Tissue Allotransplantation", Journal of Investigative Surgery, S.4, 2003, s.193-201.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5.Baskı, C.I, İstanbul, 1988.

TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1997.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 1988.

TOROSLU, Nevzat, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", AÜHFD, C.35, S.1-4, Ankara, 1978, s.91-118.

TROUET, C., "New European Guidelines For The Use OF Stored Human Biological Materials In Biomedical Research", J Med Ethics, C.30, S.1, s.99-103.

TURAN BAŞARA, Gamze, "Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi", ÇÜHFD, C.5, S.1, 2020, s.341-390.

TURLA, Ahmet/KÖPRÜLÜ, Hülya/KARAASLAN, Emine Şirin/YÜKSEL, Gözde, "Aydınlatılmış Onam", OMÜDHFD, C.7, S.2, s.157-163.

Türk Tabipler Birliği Aydınlatılmış Onam Kılavuzu http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:onam&catid=26:etik&Itemid=65, E.T. 27.03.2020.

TÜRK, Hikmet Sami, Temel Yasa Anayasa, Ankara, 2019.

TÜZÜN, Birgül/İMDAT, Elmas/AKKAY, Erdem, "Çocuklara Yönelik Tıbbi Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam", III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara, 1998, s.189-193.

UNADKAT, Jignesh/SACKS, Justin M./SCHNEEBERGER, Stefan/LEE, W. P. Andrew, "Relative Antigenicity of Allograft Components and Differential Rejection", Transplantation of Composite Tissue Allografts, Ed. Charles, W. Hewitt/Andrew Lee, New York, 2007, s.55-69.

UYGUN, Onur, “Hayalden Gerçeğe”, Prof. Dr. Ömer Özkan ile Söyleşi, National Geographic Türkiye, Eylül Sayısı, 2018.

UYGUR, Atiye B., “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, TBBD, S.144, 2019, s.355-381.

ÜÇÜNCÜ, Hilal, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul, 2019.

ÜNLÜTEPE, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu, Ankara, 2016.

ÜNVER, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, I. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, S.2, 2005, s.182-198.

ÜNVER, Yener, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, CHD, C.3, S.7, 2008, s.203-221, (Hukuksal Boyut).

WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue, and Organ Transplantation, https://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf, E.T.22.12.2019.

YALIM, Neyyire Yasemin, “Tıbbi Etik Çerçevesinden Terminal Dönem Hasta”, Türk Klinik Mikrobiyoloji ve İnfeksiyon Hastalıkları Derneği; https://www.klimik.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/T%C4%B1bbi-etik-penceresinden-terminal-d%C3%B6nem-hasta-YASEM%C4%B0N-YALIM.pdf, E.T.22.12.2019

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.Baskı, İstanbul, 2019 (Özel Hükümler).

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul, 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2013.

YOUNGNER, Stuart J., “How to Communicate Clearly about Brain Death and First-person Consent to Donate”, American Medical Association Journal of Ethics, C.18, S.2, 2016, s.108-114.

YÜCEL, Özge, "Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed.Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.337-366 (Hukuksal Sorumluluk).

YÜCEL, Özge, "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.193-233 (Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları).

YÜCEL, Özge, "Sağlık Hizmeti Sunumunda Dil Engeli ve Hasta Hakkı Olarak Tercümandan Yararlanma Hakkı", THD, C.12, S.129, 2017, s.50-65 (Dil Engeli).

YÜCEL, Özge, "Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed.Özge YÜCEL/Gürkan SERT, Ankara, 2018, s.23-45 (Temel Kavramlar).

YÜCEL, Özge, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Ankara, 2018 (Hasta Talimatları).

YÜKSEL, Ahmet, "İnsan Kökenli Biyolojik Materyaller Üzerinde Araştırma ve Etik", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2010.

YÜKSEL, Hilal, "Kişilik Hakkı Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19.Baskı, Ankara, 2019.

ZEYTİN, Zafer, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C.14, S.2, 2006, s.77-82.

ZEYTİN, Zafer, "Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, İstanbul, 2007, s.251-264.

ZİROĞLU, Şefik, Türkiye'de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve Etik Tartışmalar, Ankara, 2019.

"Anensefali Hastası Bebeğin Hayata Tutunma Azmi", Medimagazin, 26.12.2019, https://www.medimagazin.com.tr/guncel/genel/tr-anensefali-hastasi-bebegin-hayata-tutunma-azmi-11-681-84882.html, E.T.04.10.2020.

"Annesinin Rahmiyle Anne Oldu", NTV, 25.08.2015, https://www.ntv.com.tr/saglik/annesinin-rahmiyle-anne-oldu,-DEAkEiv_kSuO8HbwWMpwA, E.T.11.07.2020.

"Bilim İnsanları Kök Hücreden Gerçek Boyutlarda Atabilen Kalp Ürettiler", CNN, 28.03.2016, https://www.cnnturk.com/saglik/bilim-insanlari-kok-hucreden-gercek-boyutlarda-atabilen-kalp-urettiler, E.T. 04.10.2020.

"Canlandırıcı Tıp ve Doku Mühendisliği; Kök Hücre Tedavisi ile Laboratuarda İnsan Kalbi Yetiştirdiler", Kozan Demircan, 19.08.2013, https://khosann.com/canlandirici-tip-ve-doku-muhendisligi-kok-hucre-tedavisi-ile-laboratuarda-insan-kalbi-yetistirdiler/, E.T. 04.10.2020.

"Ceren'i Domuz Kalbi Nakli Kurtardı", Hürriyet, 29.12.1999; http://www.hurriyet.com.tr/ege/cereni-domuz-kalbi-kurtardi-39122077, E.T.22.12.2019.

"Çin Hastanelerinin Tüm Dünyadan Gizlediği Korkunç Sır", Haberler.com, 22.04.2019; https://www.haberler.com/cin-hastanelerinin-tum-dunyadan-gizledigi-korkunc-11974845-haberi/, E.T. 01.02.2020.

"Çocuklarda Böbrek Nakli", Acıbadem, https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/cocuklarda-bobrek-nakli/, E.T.04.10.2020.

"Estetik Cerrah Doç. Dr. Özlenen Özkan: Yüzünü Satmak İsteyenler Var", Milliyet Akdeniz, 26.05.2018.

"Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine"; https://rm.coe.int/16800ccde5, E.T.22.12.2019.

"Kalp Nakli İçin Bekleyen Hasta Yapay Kalple Tedavi Edildi", AA, 23.12.2019, https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/saglik/kalp-nakli-icin-bekleyen-hasta-yapay-kalple-tedavi-edildi/654936, E.T. 04.10.2020.

"Kısırlık Tedavisinde Rahim Nakli", Dr.HİT, https://www.drhit.com/kisirlik-tedavisinde-rahim-nakli/, E.T. 11.07.2020.

"Koronavirüs Nedeniyle Organ Nakilleri Yapılamıyor", Birgün, 15.04.2020; https://www.birgun.net/haber/koronavirus-nedeniyle-organ-nakilleri-yapilamiyor-296628, E.T.16.04.2020.

"Koronavirüs Nedir: Covid-19'a Karşı Hangi Önlemler Alınmalı, Virüsün Özellikleri Neler?", BBC News, 08.04.2020; https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51177538, E.T.16.04.2020.

"Pandemi Sürecinde Akdeniz Üniversitesi'nde İlk Organ Nakli", AÜ Organ Nakli Merkezi, 04.06.2020; https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-haberleri/419-pandemi-surecinde-akdeniz-universitesi-nde-ilk-organ-nakli, E.T.03.07.2020.

"Profesör Özkan: Doğumdan Sonra Rahim Nakli Talebi Çığ Gibi Arttı", Milliyet, 07.07.2020, https://www.milliyet.com.tr/gundem/profesor-ozkan-dogumdan-sonra-rahim-nakli-talebi-cig-gibi-artti-6253383, E.T. 11.07.2020.

"Rahim Naklinden Anneliğe Uzanan Süreçte "Kovid-19" Hassasiyeti", Vatan, 29.06.2020, http://www.gazetevatan.com/rahim-naklinden-annelige-uzanan-surecte-kovid-19-hassasiyeti-1327803-saglik/, E.T.11.07.2020.

"T.C. Sağlık Bakanlığı Organ ve Doku Bağış Formu"; https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/19641,organ-ve-doku-bagis-formupdf.pdf?0, E.T. 01.02.2020.

"Türkiye Organ Naklinde Dünyada İlk Üçte", NTV, 11.12.2019, https://www.ntv.com.tr/saglik/turkiye-organ-naklinde-dunyada-ilk-ucte,ygcM0b-ikUKg56chbui2zw, E.T.25.06.2020.

"Türkiye'de İlk Yüz Nakli Yapıldı", Hürriyet, 23.01.2012, https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/saglik/turkiyede-ilk-yuz-nakli-yapildi-19737711, E.T.16.10.2020.

"Türkiye'deki Kadavradan Rahim Nakli Bilimsel Literatürde Çığır Açacak", AA, 05.07.2020, https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyedeki-kadavradan-rahim-nakli-bilimsel-literaturde-cigir-acacak/1900165, E.T.11.07.2020.

"Yabancı Hastalar Organ Nakli İçin Türkiye'yi Tercih Ediyor", TRTHaber, 10.02.2017, https://www.trthaber.com/haber/saglik/yabanci-hastalar-organ-nakli-icin-turkiyeyi-tercih-ediyor-298332.html, E.T. 25.06.2020.

16 Haziran 2020 Değişiklik Tebliğleri İşlenmiş Güncel Sağlık Uygulama Tebliği, https://www.saglikaktuel.com/haber/16-haziran-2020-degisiklik-tebligleri-islenmis-guncel-2013-sut-sgk-70312.htm, E.T.11.11.2020.

III.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu "Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları" Sonuç Bildirgesi, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, S.7-8, Ocak- Temmuz 2009, https://docplayer.biz.tr/3424813-Tip-etigi-ve-tip-hukuku-dernegi-bulteni.html, E.T.16.10.2020.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı - Soyadı : Munise Gülen KURT

Doğum Yeri ve Tarihi : 20.01.1992

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2011-2015

Yüksek Lisans Öğrenimi: Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

İş Deneyimi

Stajlar : Çetin Hukuk Bürosu-2016-2017

Çalıştığı Kurumlar : Munise Gülen KURT Hukuk Bürosu

İletişim

E-posta Adresi : av.munisekurt@outlook.com