



**ORGAN VE DOKU NAKLİ KANUNU ÖZELİNDE KORNEA KAVRAMI ÜZERİNDEN
"CESET ÜZERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPMAYAN DOKU" İBARESİNE HUKUKSAL VE
TIBBİ YAKLAŞIM**

A MEDICAL AND LEGAL APPROACH TO THE PHRASE "TISSUE WHOSE REMOVAL DOES NOT ALTER THE APPEARANCE OF THE BODY" OVER THE CONCEPT OF THE CORNEA, SPECIFICALLY PERTAINING TO THE LAW ON TRANSPLANTATION OF ORGANS AND TISSUES

Ertunç MEGA*  & Özlem YENERER ÇAKMUT** 

Makale Bilgi

Gönderi: 13/02/2021
Kabul : 16/05/2021

Anahtar Kelimeler

Kornea,
Doku Nakli,
Varsayılan Rıza,
Hukukî Yorum.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.879523> 

Organ nakli sosyal, hukukî, ve etik tartışmalar yaratan bir konudur. Yelpazenin bir tarafında alıcının sağlık hakkı veya üstün amaç, diğer tarafında ise vericinin sağlık ve kişilik hakları bulunmaktadır. Organ nakli meselesi etik, tıp ve hukuk disiplinlerini birleştiren ve bu çerçevede bağışçılarının ve alıcıların, tedaviye yönelik hedefler ve kanıta dayalı tıbbî sonuçlar dışında, kişilik haklarını da içeren bir konudur. Vericinin canlı ya da ölü olması durumundan bağımsız olarak organ ya da doku nakli yapılabilmesi hususunda başlıca üç model mevcuttur. Bunlar rıza, itiraz ve zaruret modelleri olarak tanımlanabilir. Türkiye’de organ ve doku nakline yönelik benimsenen model rıza modelidir. Modelin kanuni dayanağı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’dur. Kanun’un, “aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilir.” şeklinde düzenlenen 14’üncü maddesinin ikinci fıkrası, açık olarak, bir dokuyu ayırık tutmaktadır. Bu ayırıklık sadece bir dokuyu işaret etmekle kalmayıp gibi benzerlik edatıyla da genişletilmiş durumdadır. Bu genişlik doku vasfıyla sınırlandırıldığında kadavradan bir organın alınabilmesi ve nakil amacıyla kullanılabilmesi, ceset üzerinde değişiklik yapmasa dâhi olanaklı değildir. Bu genişlik ceset üzerinde değişiklik yapmayan biyolojik yapılar açısından sınırlandırılır ise doğal açıklıklardan girilerek alınabilen tüm doku ve organlar itiraz modeli temelinde nakil amacıyla kullanılabilir hâle gelecektir. Türkiye’de, bildiğimiz kadarıyla, ceset üzerinde değişiklik yapmamak ifadesinin tanımına dair bir çalışma bulunmamaktadır. Bu makalede, Kanun ve Kanun’daki ibarenin genişletici yorum ile yorumlanması ve sadece kornea özelinde konunun ele alınmasının kanunun sevk sebebi ve normun amacı ile uyumlu olmadığı ve işlevsiz kaldığı hususları ile “cesette değişiklik yapmamak” ifadesinin somutlaştırılması ve düzenlemedeki soyutluğun ortaya çıkardığı sorunların tartışılması amaçlanmıştır.

Article Info

Received: 13/02/2021
Accepted: 16/05/2021

Keywords

Cornea,
Tissue Transplantation,
Opt-out Consent,
Judicial Interpretation.

Abstract

Organ transplantation is a socially, legally, and ethically controversial subject. On the one hand lies the recipients’ right to health and the superior purpose, and the donors’ personality and health rights on the other. Organ transplantation intertwines ethics, medicine, and law; involving not only therapeutic objectives and evidence-based medical result expectations of donors and recipients but also their personality rights. Regardless of whether the donor is alive or not, there are three main models for organ procurement, namely explicit consent, presumed consent, and conscription models. In Turkey, the explicit consent model is used. The legal basis of the model is the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. According to the Act, "Unless a testament with a contrary intention is presented, tissues such as cornea that do not cause any alteration to the appearance of the body when removed can be harvested." Clearly, the second paragraph of Article 14 refers to a distinct tissue but also indicates an expansion through the usage of a preposition that expresses similarity. If this expansion is not kept limited to tissues, it becomes possible to use all biological structures that can be harvested through natural body openings for transplantation based on the presumed consent model. Presently, there is no published study that we know of regarding the definition of the phrase “not altering the appearance of the body.” The goal of the article is to discuss the issues that arise from the ambiguity in the Act and to extend the interpretation of the Act by concretizing the phrase “not altering the appearance of the body” along with the cases where the handling of the issue, namely, keeping it specific to the cornea, is rendered functionless, and incompatible with the enactment purpose of the Act and the relevant legal norm.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr., İstanbul Fatih Sultan Mehmet Eğitim ve Araştırma Hastanesi.

** Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

EXTENDED SUMMARY

Organ and tissue transplantation subject area continues to generate broad spectrum debate within the disciplines of ethics, sociology and law. On one side of the spectrum there are the health right and best interests of the recipient, where on the other side, there emerges a conflict about personality right as organ or tissue removal with no aim of a therapeutic intervention from a healthy person or donor. Organ and tissue donation interventions that combine disciplines like ethics, medicine and law deal with not only evidence-based therapeutic goals but also human rights based personal rights. Basically there exists three policies or approaches based on the donors' consent. In Turkey the regulated models come into view as; explicit consent, presumed consent, and conscription model which may be explained as the removal of organs and tissues in states of necessity without going in a search of consent.

Organ and tissue transplantation as a socially, legally, and ethically controversial subject continues to generate broad spectrum debate. As the medical interventions on the donors are not therapeutic in medical and legal essence, the highlighted contrariety to law finds legal immunity with legislative acts, codes. One of those codes is the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. As a global recognition, the grounds of justification about medical interventions request entitlement of the healthcare providers, consent of the patients, due care of the healthcare staff, and legal immunizations to situations which express contradiction to law. Procedures like harvesting organ and tissues, elective abortions and circumcision procedures demand to gain immunity via acts or codes in order to be legally justified.

Organ transplantation intertwines ethics, medicine, and law; involving not only therapeutic objectives and evidence-based medical result expectations of donors and recipients but also their personality rights. Basically there exists three main policies, approaches or models for organ procurement namely explicit consent, presumed consent, and conscription models. Explicit consent or in other words opt-in consent may be defined as a clear and voluntary indication of preference or choice, usually oral or written, and freely given in circumstances where the available options and their consequences have been made clear. Presumed consent or in other words opt-out consent may be defined as the assumption that a particular action would have been approved by a person or party if permission had been sought. Conscription model may be defined as the liberal harvesting of all cadaveric organs and tissues even when the deceased or family object to the procedure.

The legal basis of the tissue and organ removal in Turkey sits on the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. In this article we aimed to discuss the January 02 2014 amendment to the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. In Turkey, with exceptions the explicit consent model is used.

One of these exceptions is the removal of organs and tissues in states of necessity without going in a search of consent, namely the conscription model. In Turkey the conscription model gains legal immunity with the fourth paragraph of Article 14. The fourth paragraph of Article 14 can be translated from Turkish to English as: In the case of the aforesaid persons, where the next of kin do not exist or cannot be located, and the termination of life has taken place as a result of accident or natural death, provided that the reason for the death is not in any way related to the reason for harvesting, and according to the conditions which were stated in Article 11, the suitable organs and tissues can be transplanted into persons whose lives depend on this procedure without permission from the next of kin. In such cases, judicial post mortem examination is made following the surgical processes and the report of the examination committee of physicians is recorded in the protocol for judicial examination and added to the documents thereof.

The other exception is mentioned in the second paragraph of Article 14. Turkish to English translation of the second paragraph of the article before amendment may be worded as: Unless an nuncupation with a contrary intention is presented, tissues such as cornea that do not cause any alteration to the appearance of the body when removed can be harvested. By the amendment the explicit or so-called opt-in consent model about corneal tissues has been replaced as presumed consent policy. Post-amendment phrasing of the article is as: Unless a testament with a contrary intention is presented, tissues such as cornea that do not cause any alteration to the appearance of the body when removed can be harvested. Presently, there is no published study that we know of regarding the definition of the phrase "to not cause any alteration of the appearance of the body" in Turkey.

The initial goal of the article is to discuss the issues that arise from the ambiguity in the Act. Here the important question to solve arises as whether the removal of cornea does or does not alter the appearance of a body. According to us, the phrase "not altering the appearance of the body" deserves a debate. We tried to exhibit the concrete situation about altering the appearance of the body on corneal harvesting procedures.

Then the second question comes into view. Clearly, the second paragraph of Article 14 refers to a distinct tissue but also indicates an expansion through the usage of a preposition namely 'such as' that expresses similarity. If this expansion is not kept limited to tissues, it becomes possible to use all biological structures that can be harvested through natural body openings for transplantation based on the presumed consent model. This is the second issue that deserves discussion. Medical improvements on organ and tissue donation procedures are highly accelerated. It is also possible to mention an increasing awareness of public, stakeholders and advocates. If corneal harvesting does not alter the appearance of the body, even if the wording of the article has a preposition of similarity namely 'such as', the highlighted tissue is only the cornea. With the current psycho-social perspective on organ and tissue donation in Turkey will the article be nonfunctional to harvest other tissues that make no change on the appearance of the body. If there evolves any hesitation on healthcare professionals about harvesting extra-corneal tissues, then the functionality of the article needs a thorough debate. With this point of view, the article is also somehow incompatible with the enactment purpose of the Act and the relevant legal norm.

Issues like organ harvesting with inevitable tensions between the interests of donors, potential transplant recipients, and healthcare professionals, undoubtedly request concrete legal arrangements with no points of question either on essence of law or *verba legis*. We are of the opinion that the wording of the article 14 of Turkish Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue, aiming a positive acceleration on the number of corneal transplantation procedures, unfortunately possesses a great functionlessness potential. Remembering that the patients on the way to transplantation race against time in general and focusing on the number of patients at the corneal transplantation waiting list the law-maker must take on the task for concreteness with no time delay.

I. GİRİŞ

Organ nakli sosyal, hukukî, ve etik¹ tartışmalar yaratan bir konudur². Yel pazenin bir tarafında alıcının sağlık hakkı veya üstün amaç³, diğer tarafında ise vericinin sağlık ve kişilik hakları bulunmaktadır⁴. Organ nakli meselesi etik, tıp ve hukuk disiplinlerini birleştiren ve bu çerçevede bağışçıların ve alıcıların, tedaviye yönelik hedefler ve kanıta dayalı tıbbî sonuçlar dışında, kişilik haklarını da içeren bir konudur. Vericinin canlı ya da ölü olması durumundan bağımsız olarak organ ya da doku nakli yapılabilmesi hususunda başlıca üç model mevcuttur. Bunlar rıza, itiraz ve zaruret modelleri olarak tanımlanabilir⁵.

Türkiye’de organ ve doku nakline yönelik benimsenen model rıza modelidir.

Modelin kanuni dayanağı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un (ODNK)⁶, “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.” şeklinde düzenlenen 14’üncü maddesinin ilk fıkrasıdır.

Kanun’un, “*aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe*⁷ yoksa, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik⁸ yapmayan dokular alınabilir.” şeklinde düzenlenen 14’üncü maddesinin ikinci fıkrası, açık olarak, bir dokuyu ayrık tutmaktadır. Bu ayrıklık sadece bir dokuyu işaret etmekle kalmayıp *gibi* benzerlik edatıyla da genişletilmiş durumdadır. Bu genişlik *doku* vasfıyla sınırlandırıldığında kadavradan bir organın alınabilmesi ve nakil amacıyla kullanılabilmesi, ceset üzerinde değişiklik yapmasa dâhi olanaklı değildir. Bu genişlik *ceset üzerinde değişiklik yapmayan biyolojik yapılar* açısından sınırlandırılır ise doğal açıklıklardan girilerek alınabilen tüm doku ve organlar itiraz modeli temelinde nakil amacıyla kullanılabilir hâle gelecektir.

Türkiye’de, bildiğimiz kadarıyla, ceset üzerinde değişiklik yapmamak ifadesinin tanımına dair bir çalışma bulunmamaktadır. Bu makalede bu ifadenin somutlaştırılması ve düzenlemedeki soyutluğun ortaya çıkardığı sorunların tartışılması amaçlanmıştır.

II. TÜRK HUKUKUNDA CESET

Ölüm, sözlük anlamı olarak, bir canlıda hayati fonksiyonların tam ve kesin bir şekilde sona ermesi durumudur⁹. Ceset ise ölü beden, naaş anlamındadır¹⁰. Arapça kökenli ceset kelimesinin anlamı, ruhun içine girmiş olduğu cisim kalıbı, beden ya da gövde şeklindedir. Kelimenin sözlüklerde birinci anlamı olan ve cansız, ölü vücut anlamını taşıyan kullanımı ise daha sonra ortaya çıkmıştır¹¹. Hukukî terim anlamı açısından ise ölü doğmuş ya da doğduktan sonra ölmüş insan bedeni; organlarının bütünlüğünün korunduğu, dağılmadığı, çürümediği, başka bir ifade ile kimlik tespitinin olanaklı olduğu aşamaya kadar ceset olarak kabul edilir. Doğal ya da yapay nedenlerle bütünlüğünü kaybettiği andan itibaren ise cesedin parçaları ifadesi kullanılır¹².

¹Beyin ölümüne etik yaklaşımlar için bkz. İLKİLİÇ, İlhan: “Etik Yaklaşımlar Bağlamında Beyin Ölümü”, içinde Görgülü, Ülfet/Kılıç, Halil (Ed.), Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fıkhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s.201-209.

²İLKİLİÇ, s.171-250.

³PARLAR, Şafak: “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, TBB Dergisi, 83, 2009, s.196.

⁴Esasen klasik kişilik hakkı görüşü, bir kişinin cesedi hakkında tasarrufta bulunmasını uygun bulmaz. Öğretideki yaygın görüş ise bilime hizmet ya da başkalarına sağlık kazandırma gibi işlemlerin "üstün bir amaca yönelik" olduğu gerekçesiyle hukuka aykırılık unsuru taşımadığı yönündedir. ODNK ile kanuni dayanak bulan düzenlemenin temeli ise bu görüştür. Bkz. ATAAY, Aytekin: "Vücut (Beden) Üzerindeki Hak", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s.25-28; ÜNVER, Yener: “Organ Nakli Ve Hukuksal Boyutu”, Ceza Hukuku Dergisi, 3(7), 2008, s.203-221; YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.156.

⁵Modeller hakkında öz bilgi için bkz. AKINCI, Şahin: “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s.427-448.

⁶RG: 03.06.1979; 16655.

⁷Bu fıkrada yer alan “veya beyan” ibaresi 02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun’un 42’nci maddesiyle, “ibraz edilmedikçe” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸Değişiklik kelimesinin sözlük anlamı, eski durumu değişip yeni bir duruma girme, eskisinden farklı olma, değişme şeklindedir. Bkz. AYVERDİ, İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, 1. Cilt, Kubbealtı, İstanbul, 2005, s.649.

⁹AYVERDİ, 3. Cilt, s.2424-2425.

¹⁰Türk Dil Kurumu: “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2021).

¹¹AYVERDİ, 1. Cilt, s.477.

¹²TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.681; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.1, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.275; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: TCK Şerhi, Özel Hükümler, 3. Cilt, Madde 76-131, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.3196-3197.

Günümüzde cansız yani ölü bedeninin, hukuken, ne zamandan itibaren ceset kabul edileceği hususu ise tıp bilimi ölçütleri dâhilinde tanımlanmış ve beyin ölümü esas kabul edilmiştir. Türk hukukunda ölüm anının tanımlandığı somut bir hukukî metin yoktur. Ölüm hâlinin tanımlandığı, ODNK'nın 11'nci maddesi, “Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.” şeklindedir. Klinik bir tanı olan ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı olarak nitelenen beyin ölümü tanısının ölçütleri ise Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde (ODNY), Ek-1'de belirlenmiştir.

Türk Hukuku'na göre kişilik ölümle birlikte sona erer. Bu hak kaybı, bir süreci işaret etmemekte olup, ölüm kararının verildiği an itibariyle geçerlidir. Ölümle birlikte müteveffanın malvarlığı hakları, miras reddedilmemiş ise, şartları esasında mirasçığa geçer ve mirasçığa geçmeyen kişiye bağlı hakları ise sona erer. Ortada, somut madde niteliği ile ya da hukuki tanımı ile gerçek kişiliği sona ermiş hâlde kalan ceset ise, Türk Özel Hukuku'nda ne kişi ne de eşya olarak tanımlanmıştır.

Ortak Hukuk öğretisinde mülkiyete konu şey olarak kabul edilen cesete yönelik; sahihsiz mal, ticari alan dışı şey ya da mirasçılardan mülkiyetine konu olan şey yaklaşımları, geçmişte, taraftar bulmuş görüşlerdendir¹³. Bugün mülkiyet hakkının konusu olmaktan uzak kalan ceset, kişilik hakkının bir unsuru olarak kabul görmektedir, ancak, bu hak ölenin değil¹⁴ yakınlarının hakkıdır. Şeref, saygınlık, mahremiyet ve sair tüm soyut unsurlar açısından hakkın öznesi ceset değil, yakınlarıdır¹⁵. Öte yandan ölenin kişiliğinin ölümden sonra sürebileceğine ilişkin görüşler de mevcuttur¹⁶.

Türk Ceza Hukuku'nda kişilik, ölümle birlikte sonlanır ve bu hâlde ceset suçun ancak konusu olabilir. Ölülerin hakaret suçunun mağduru olmaları olanaklı olmamakla beraber, kişinin ölümünden sonra (hatırasına) karşı bazı fiiller TCK'nın 130'uncu maddesi nezdinde düzenlenmiştir. Kişinin hatırasına hakaret suçu TCK'nın özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmının şerefe karşı suçlar başlıklı sekizinci bölümünde 130. maddede düzenlenmiştir.

Kişinin ölümünden sonra (hatırasına) yapılan hakaret, mezkûr maddenin 1'inci; cesedi ve kemikleri üzerinde gerçekleştirilen tahkir edici fiiller ise 2'nci fıkrada düzenlenmiştir¹⁷. Bu maddeye göre, “(1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır. (2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Hakaret suçu ile korunan hukukî değer onur, şeref ve saygınlıktır. Bu husus, TCK'nın 125'inci maddesinin gerekçesinde de “filin yaptırma bağlanmasıyla kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığının korunmasının amaçlandığı” ifadesi ile vurgulanmıştır¹⁸. Bu fiiller tipik olarak hakaret ve tahkir olarak yer bulmuştur¹⁹.

Ölünün hatırasına hakaret suçu ile korunan hukukî değerler, ölünün hatırasına olan saygının korunmasını ve ölünün yakınlarının rencide olmasını engellenmesine yönelik olarak, karma niteliklidir. Burada ölünün hatırasına olan saygının, ölünün şerefini koruma kavramına eşdeğer olmadığı da vurgulanmalıdır. Zira, hukuken hak öznesi olarak kabul edilmeyen ölü insanın, kişilik

¹³ ÖZEL, Çağlar: “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51(1), 2002, s.59.

¹⁴ TMK'nın 28'inci maddesi, “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵ Hakaret; küçük düşürme, horlama, küçük düşürücü söz veya davranış anlamındadır. Bkz. AYVERDİ, 2. Cilt, s.1146; Kişilik doğumla başlayıp ölümle sona eren bir kurum olduğundan onur, şeref ve saygınlığı zedeleyen hakaret suçu TCK'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. TCK'nın kişinin hatırasına hakaret suçunun düzenlendiği 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrası; “Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az 3 kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.” şeklindedir. Atatürk'ün hatırasına hakaret suçu ise ayrı bir kanun olarak Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁶ Serozan, bu hususta kendi ifadesiyle art-etki (post mortal etki) kavramını savunur bkz. SEROZAN, Rona: Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14), 1977, s.110.; Ölüm sonrası kişiliğin korunması hakkında bkz. GEZDER, Ümit: “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXV(1), s.215-219.

¹⁷ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.271.

¹⁸ YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBB Dergisi, 68, 2007, s.47.

¹⁹ Hakaret ve tahkir her ne kadar aynı kökten gelen ve eş anlamlı kelimeler olarak kabul edilse de hukuk öğretisinde tahkir aşağılama ifade eden ağır bir saikle işlenen bir fiildir. Örneğin cesedi parçalamak, tabutu tekmeklemek, cesede tükürmek tahkir niteliğinde hareketlerdir. Sözle yapılan saldırılar, TCK'nın 130'uncu maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında değil, 1'inci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.278.

niteliklerinden birisi olan şerefi de ölmüş olarak kabul edilir²⁰. Ölünün ceset ve kemiklerinin maddi olarak konu olduğu suç teşkil eden eylemlerde kamu sağlığı da korunmaktadır. Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenmesi olanaklı değildir. Ölünün hatırasına hakaret suçu özgü bir suç olmadığından fail herkes olabilir. Bu suçun konusu ölünün cesedi veya kemikleridir²¹.

III. KADAVRADAN ORGAN NAKLİNDE PSİKOSOSYAL VE NORMATİF SINIRLAR

Canlı insan vücudunun fiziksel bütünlüğü hukuken korunmaktadır. Bu bütünlüğün ihlalinin hukuka uygun hâle geldiği alanlardan en önemlileri ise tıbbî müdahaleler ve organ nakli uygulamalarıdır. Tıbbî uygulamalarda rıza, müdahalenin hukuka uygunluğuna yönelik yadsınmaz unsur iken, kornea nakli gibi uygulamalardaki itiraz modeli ‘rıza’ varsayılır hâle getirmektedir. Cesetten bazı dokuların alınması uygulamalarında, fiziksel bütünlüğün korunur olduğu meselesi ya da ODNK’daki tanımıyla ceset üzerinde değişiklik oluşmadığı meselesi kamu, uygulayıcılar ve akademisyenler arasında fikir birliğinin olduğu bir alan değildir. Fiziksel bütünlüğün niteliğinin ne olduğu, bedensel bütünlük hakkının varlığının tam olarak neye izin verdiği, neyi yasakladığı hususlarında farklı iddialarda bulunmak mümkündür. Şu hâlde gibi edatıyla genişletilen ceset üzerinde değişiklik yapmamak ifadesi, kavramsal alanda olduğu kadar kamu politikasında ve uygulama alanında da amaca ulaşılabilir bir yaklaşım değildir ve yapılan bazı çalışmalar da bu yönde sonuçlar ortaya koymuştur.

Kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ifadesi, temel olarak, cesedin fizikî vücut bütünlüğünü işaret etmektedir ve vücut bütünlüğünün korunması talebi organ nakillerinde merkezi bir sorun olmaya devam etmektedir. Bu meseleye yönelik ortak aklın oluşmasında en önemli unsur, vücut bütünlüğü ya da Kanun’da mevcut hâli ile ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ifadesine yönelik, bir anlam ya da kavram birliğinin oluşmasıdır.

Ceset üzerinde değişiklik olmaması ya da vücut bütünlüğünün korunması, kadavradan organ naklinde önemli bir sınırı oluşturur. Bu sınır öncelikle pratik uygulamada görülen psiko-sosyal bir sınırdır. Bireylerin, ölüm sonrası kendi bedenlerinin ya da yakınlarının bedenlerinin bütünlüğünün ihlali hususundaki tereddütleri bilinen bir boyuttur. Bu bilinirlik ampirik olarak da gösterilmiştir. Mevcut kanıtlar ölüm sonrası organ ve doku bağışi hususunda yapılan çalışmalarda, ölümden sonraki yaşama atfeden dinî atıflar yanında korku, sıkıntı, tiksinti gibi psikolojik duygu durumları da saptanmıştır. Normatif düzlemde ise bu sınırlar devletler arasında farklılık arz etmektedir.

A. Psikososyal Sınır

Hukuk kuralları, kişilerin toplu halde yaşamını düzenleyen, hak ve yükümlülükler öngören toplumsal düzen kurallarıdır. Hukuk kurallarının temel amaçlarından birisi de ülkedeki ahlak anlayışını kanunlarla tesis etmektir ve bu yönde hukuk, kamu vicdanının yaptırım kazanmış hâli olarak da tanımlanır²². İnsan ve insan topluluklarının hukuk düzeni içindeki yeri, bir yönüyle, baskın ahlaki görüşün sonucudur²³. Baskın ahlaki görüş ise, öncelikle, bireysel kökenli olup psiko-sosyal dinamiklerin bir sonucudur²⁴.

Newton’a göre, bireyin ölümü sonrası organlarını bağışlaması ya da yakınlarının bu yönde irade göstermesinin önündeki en önemli engeller ölümden sonraki yaşam beklentisi ve organlarının tabiiler tarafından etik olarak kullanılmayacağı yönündeki şüphelerdir. Dindar bireyler bu husustaki dayanağı yeniden dirilmek için bir bedene ihtiyaç olduğu şeklinde açıklarken, dindar olmayan kişiler için dayanak bedeni kesme fikriyle ilişkili korku, sıkıntı, tiksinti gibi olumsuz duygusal tepkilerdir. Newton’un yirmi dört çalışmayı içeren meta analizinde en sık irdelenen konuların; dini hususlardaki belirsizlik, ölüm kavramı, altruizm, kişisel durum, beden ve beden bütünlüğü, aile tutumu ve tabiilerin

²⁰ Bu suçun mağduru, ölmüş kişinin yakınlarıdır. Mağdur anlamında ölmüş kişinin kabul edilmesine yönelik görüşler de, zaman zaman, öğretilerde tartışılmıştır. Öğretilerde baskın görüş, gerek geride bırakılan hatıra ifadesinin gerekse de suç tipinin ayrı bir başlıkta düzenlenmiş olması durumunun, suçun mağdurunun ölü kişi olmadığı yönündedir. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.274. Karşı görüşler için bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.234; ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, Ankara 1994, s.225-231.

²¹ TCK’da, kemikler dâhil olarak ceset parçaları hususu özel olarak vurgulanmamıştır. Bu hususun kanun metninde açıkça belirtilmesinin uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.275; Öte yandan, vücuda sonradan eklenen tıbbî cihazlar ve embriyoların suçun konusunu oluşturmadığı yönündeki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.275.

²² GÜNGÖR, Erol: Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak, Ötügen Yayınları, İstanbul 2008, s.120.

²³ ÖZEL, s.43-77.

²⁴ ŞENGÜN, Mustafa: "Ahlaki Gelişimin Psiko-Sosyal Dinamikleri", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 23, 2007, s.201-221.

etik ve teknik yaklaşımları olduğu saptanmıştır. Yazar, çalışmasının sonuç bölümünde, belirlenmiş toplumlarda organ bağıışı algısının niceliksel çalışmalarla desteklenmesinin önemini vurgulamıştır²⁵.

Yapılan diğer çalışmalarda, ölüm sonrası bağıışı kabul etmeyen ailelerde, vücut bütünlüğünün korunmasının amaçlandığı,²⁶ vücut bütünlüğünün bozulmasının vefat edende bir huzursuzluk yaratacağı,²⁷ kadercilik veya dine aykırılık²⁸ gibi yaklaşımların öne çıktığı görülmektedir²⁹. Önemli bir tartışma alanı ise beyin ölümünün, dinen, ölüm kabul edilip edilmediği hususudur³⁰. Kornea nakli hususunda ülkemizde yapılan bazı araştırmalarda ise kornea nakli hususunda en sık karşılaşılan verinin, bilgi eksikliği olduğu saptanmıştır³¹.

Önemli psiko-sosyal sınırlardan birisinin de beyin ölümünün duraksamaksızın kabulüne yöneliktir. Tıbben kabul edilen beyin ölümü, gereken toplumsal düşünce birliğini sağlamış durumda değildir³². Burada, beyin ölümünün geri dönüşümsüzlüğü, tanının doğruluğu, beyin ölümü gerçekleşen kişinin yakınlarının geleneksel tutum ve algıları, beyin ölüm gerçekleşen kişinin mensup olduğu din gibi unsurlar önemli belirleyiciler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedendir ki dolaşım sal ölüm sonrası bağıışı kolaylaştırmaya yönelik çalışmalar devam etmekte ve desteklenmektedir³³.

B. Normatif Sınırlar

1. Kanun Yapma Tekniğı Açısından

Montesquieu, kanun koyucunun bir kanun yaparken üzerinde önemle durması gereken hususlardan birisi olarak, toplumun örf ve âdetlerini kanunlarla değiştirmemeye özen göstermesi olduğunu vurgulamıştır³⁴. Türkiye’de cesede verilen önem örf, âdet ve dinî³⁵ temellerden oluşan bir

²⁵NEWTON, D. Joshua: “How Does the General Public View Posthumous Organ Donation? A Meta-Synthesis of The Qualitative Literature”, BMC Public Health, 11, 2011, s.791.

²⁶ALKHAWARI, S. Fawzi/STIMSON, V. Gerry/WARRENS, N Anthony: “Attitudes Toward Transplantation in UK Muslim Indo-Asians in West London”, American Journal of Transplantation, 5(6), 2005, s.1326-1331.

²⁷KOMETSI, K. T. Joseph/LOUW, Johann: “Deciding on Cadaveric Organ Donation in Black African Families”, Clinical Transplantation, 13(6), 1999, s.473-478.

²⁸MOLZAHN, E. Anita/STARZOMSKI, Rosalie/McDONALD, Michael/O’LOUGHIN, Chloe: “Aboriginal Beliefs About Organ Donation: Some Coast Salish Viewpoints”, Canadian Journal of Nursing Research, 36(4), 2004, s.110-128.

²⁹CAN, Fatma: “Organ Bağıışında Aile Onayı Üzerine Bir Gözden Geçirme”, Nesne Psikoloji Dergisi, 5(9), 2017, s.131-149.

³⁰Bu hususta ve İslam dini açısından güncel bir derleme için bkz. YAZICI, Mehmet: “İslam Hukuku Açısından Beyin Ölümü”, içinde GÖRGÜLÜ, Ülfet/KILIÇ, Halil (Ed.), Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fikhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s.171-180.

³¹DEMİRSOY, Nilüfer/YILMAZ, Aysun: “Kornea Transplantasyonunun Tıp, Etik ve Hukuk Açısından Önemi”, Türkiye Klinikleri Journal of Ophthalmology, 21(3), 2012, s.171-183.

³²Türkiye’de hemşire ve tabipler arasında yapılan bir çalışmada beş sağlık mensubundan birinin, beyin ölümleri gerçekleşse dahi organlarını bağıışlamaya gönüllü olmadıkları saptanmıştır. Burada yanlış tanı olasılığı, beyin ölümünden geri dönme olasılığı, dini ve kişisel nedenler atfedilen hususlar olarak ortaya çıkmıştır. TEPEHAN, Selma/ELMAS, İmdat: “Türkiye’de Beyin Ölümü Tanısına Güven Sorunu ve Organ Bağıışına Yansımaları”, Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi, 18(1), 2014, s.8-14.

³³Özellikle Hollanda, Avustralya ve İngiltere’de dolaşım sal ölüm sonrası bağıış görece yüksek düzeydedir. İngiltere’de, 2001-2010 yılları arasında, dolaşım sal ölüm sonrası bağıış dokuz kat, Avustralya’da ise 2004-2010 yılları arasında, yirmi üç kat, artmıştır. Bkz. ANARA, R. Alex/MURPHY, G. Paul/O’CALLAGHAN, Gerry: “Donation After Circulatory Death”, British Journal of Anaesthesia, 108(1), 2012, s.108–121.

³⁴Montesquieu, bu duruma bir örnek olarak, Rusya’nın Batılılaştırma girişimleri sürecinde erkeklerin sakallarının kesilmeye zorlanmasını işaret etmektedir. MONTESQUIEU: The Spirit Of Laws, Cambridge Integral, Chapter 14, What are the Natural Means of Changing the Mores and Manners of a Nation, s.315 <https://archive.org/details/MontesquieuTheSpiritOfLawsCambridgeIntegral/page/n5/mode/2up> (Erişim Tarihi: 10.02.2021); GÜRKAN, Ülker: “Montesquieu ve Kanunların Ruhunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 40(1), 1988, s.26. (9-31). Aynı yönde, Yargıtayın, sakal bırakan bir özel halk otobüsü şoförüne uygulanan idari para cezası yaptırımına yönelik bir kararında “ ... sakalın da fiziksel bütünlüğün parçası olarak bireyin bedeni üzerinde özgürce tasarrufla bulunmasının tezahürü olduğu...” ifadesi mevcuttur. Bkz. Yargıtay 19.CD., 19.09.2019, E.2018/3674, K.2019/11538. <https://lib.kazanci.com.tr/MusePath/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2018-3674.htm&kw=`2019/11538`&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi 05.01.2020)

³⁵Hâlen güncel olan ve Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulunun organ naklinin dini hükmünü konu alan 1980/13 kararı şu şekildedir: “Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde, organ ve doku nakli konusunda sarîh bir hüküm bulunmamaktadır. İlk müçtehit ve fakihler de, kendi devirlerinde böyle bir mesele söz konusu olmadığı için, bu ameliyyenin hükmünü geniş şekilde açıklamamışlardır. Ancak dinimizde, Kitap ve Sünnet’in delaletlerinden çıkarılmış umumî hükümler ve kaideler de vardır. Kitap ve Sünnet’te açık hükmü bulunmayan ve her devirde karşılaşılan yeni yeni meselelerin hükmüleri, İslâm fakihleri tarafından bu umumî kaideler ile hükmü bilinen benzer meselelere kıyas edilerek çıkarılmış, hiçbir mesele cevapsız bırakılmamıştır. Organ ve doku nakli konusunda hükmünü tayinde de aynı yola baş vurulması uygun olacaktır. Bilindiği üzere, insan mükerrem bir varlıktır. Mahlukatı içinde Allah onu mümtaz kılmıştır. Bu itibarla normal durumlarda ölü ve diri kimselerden alınan parça ve organlardan faydalanılması, insanın hürmet ve kerametine aykırı görüldüğünden, İslam fakihlerince caiz görülmemiştir. Ancak, zaruret durumunda, zaruretin mahiyet ve miktarına göre bu hüküm değişmektedir.

Nitekim dinimiz, bir kısım fiil ve davranışları yasak kılmış, Kitap ve Sünnet bunları tespit etmiştir. Sözgelimi murdar hayvan

bütündür. Ancak bu yaklaşım, kanun koyucunun organ veya doku ihtiyacı olan hastaların sağlık hakkına ulaşmasında gözetilmesi gereken bir öncül değildir. Buradaki üstün amaç, her hâlde, Türk toplumunda kişilerin ceset ile kurduğu zihinsel ya da duygusal bağın yoğunluğunun ötesindedir. Bu bağ ister örf-adet isterse dinî temelden köken alsın, kanunun varlık sebebini teşkil eden üstün menfaat, bağlantıdan vazgeçilmesini olanaklı kılar. Özellikle rıza modeline yönelik kanuni düzenlemelerin, hedeflenen organ nakli sayısına ulaşmada yetersiz olduğu gerçeği dikkate alındığında, Kanun'un amaca ulaşmada varsayılan rıza modelini kabulünün önemi, bize göre, yadsınmamalıdır³⁶.

ODNK'nın gerekçesinde³⁷, 1961 Anayasası'nın 49'uncu maddesine atfedilmiştir. Bu anayasanın sağlık hakkının düzenlendiği 49'uncu maddesi "Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır." şeklinde düzenlemiştir.

(meyte), kan, domuz eti, şarap... vb. şeylerin yenilip içilmesi, alınıp satılması, ilaç olarak kullanılması haram kılınmıştır. Ancak zaruret halinde bunlardan zaruret miktarında (ölmeyecek kadar) yenilip içilmesinin (el-Bakara, 173; el-Maide, 3; el-En'am, 119) meşru olduğu beyan buyrulmuştur.

Söz konusu ayet-i celilelerden, İslâm fakihleri, zaruretlerin bir ölçüde dinen yasaklanmış şeyleri mübah kıldığı ve zaruret halinde sadece ayet-i kerimelerde beyan edilen yasakların değil, zaruret halinin giderilmesi için yapılması zorunlu ve başka bir çare olmayan bütün yasakların zaruret miktarınca işlenmesinin caiz ve mübah olduğu sonucuna varmışlardır. O halde, ölmüş kimselerden tedavi maksadıyla organ ve doku alma ve bunları hasta veya yaralı kimselere nakletme konusunda bir hükme ulaşabilmek için;

1. Zarurete binaen, cesedin kesilmesi, organ ve dokularından bir kısmının alınmasının caiz olup olmadığı,
2. Hastalığın tedavisinin zaruret sayılıp sayılmayacağı (Haram ile tedavinin hükmü)
3. Organ ve doku nakli caiz ise hangi şartlarla caiz olduğunun bilinmesi gerekmektedir.

İslam fakihleri, karnında canlı halde bulunan çocuğun kurtarılması için ölü annenin karnının yarılmasına, Başka yoldan tedavileri mümkün olmayan kimselerin kırılmış kemiklerinin yerine, başka kemiklerin nakline, Bilinmeyen hastalıkların öğrenilmesi ve hayatta bulunmaları sebebiyle ölümlere nisbetle daha çok şayan-ı ihtiram olan hastaların tedavilerinin sağlanabilmesi için, yakınlarının rızası alınmak suretiyle, ölümler üzerinde otopsi yapılmasının caiz olacağına,

fetva vermişler, canlı bir kimseyi kurtarmak için, ölünün bir parçasını itlaf etmeyi caiz görmüşlerdir. Nitekim, Müşavere ve Dini Eserleri İnceleme Kurulu'nun 16.4.1952 tarih ve 211 sayılı kararında, özetle; "...âmmenin menfaat ve maslahatı göz önünde tutularak, bilinmeyen bir hastalığın bilinir hale gelmesi, hastalığın bilinmemesinden doğacak âme zararının önlenmesi, hayatta bulunmaları sebebiyle daha şayan-ı ihtiram olan hastaların tedavilerinin sağlanması gibi maslahat ve şer'î hikmetlerin husule gelmesini temin için, yakınlarının rızası alınarak, ölümler üzerinde otopsi yapmanın caiz olacağı ve bu gibi sebepler dolayısıyla ölüye gösterilmesi gereken hürmet ve tekrimin zevaline katlanmanın, İslamî hükümlerin bir gereği olduğu..." ifade olunmuştur.

İslam fakihleri, açlık ve susuzluk gibi, hastalığı da haramı mübah kılan bir zaruret saymışlar, başka yoldan tedavileri mümkün olmayan hastaların haram ilaç ve maddelerle tedavilerini caiz görmüşlerdir. Günümüzde kan, doku ve organ nakli ve tedavi yolları arasına girmiş bulunmaktadır. O halde, hayatı veya hayatî bir uzvu kurtarmak için başka çare olmadığına, kan, doku ve organ nakli yolu ile de bazı şartlara uyularak, tedavinin caiz olması gerekir. Nitekim, Müşavere ve Dini Eserleri İnceleme Kurulunun 25.10.1960 tarih ve 492 sayılı kararında, "tedavileri için kan nakline zaruret bulunan hasta ve yaralıları başka kimselerden kan naklinin; başka kimselerden alınacak parçaların takılmasıyla görmeleri mümkün olduğu takdirde; hayatında buna izin vermiş olan kimselerin, ölümlerinden sonra gözlerinden alınacak parçaların bu durumdaki kimselere takılmalarının caiz olacağı..." beyan edilmiştir. Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 19.01.1968 gün ve 3 sayılı gerekçeli kararında ise "yalnız hayatı kurtarmak için değil, bir organı tedavi etmek, hastalığın tedavisini çabuklaştırmak için de kan naklinin caiz olduğu, tıbbi ve hukuki kaidelere riayet edilmek şartıyla kalp naklinin de caiz olacağı..." ifade olunmuştur.

Yurdumuz dışında, çeşitli İslâm Ülkelerinin yetkili kişilerince de aynı yolda fetvalar verildiği bilinmektedir.

Kurulumuzca da aşağıdaki şartlara uyularak yapılacak organ ve doku naklinin caiz olacağı sonucuna varılmıştır.

1. Zaruret halinin bulunması, yani hastanın hayatını veya hayatî bir uzvunu kurtarmak için, bundan başka çaresi olmadığına, meslekî ehliyet ve dürüstlüğüne güvenilen bir tabip tarafından tespit edilmesi,
2. Hastalığın bu yoldan tedavi edilebileceğine tabibin zann-ı galibinin bulunması,
3. Organ veya dokusu alınan kişinin, bu işlemin yapıldığı esnada ölmüş olması,
4. Toplumun huzur ve düzeninin bozulmaması bakımından organ veya dokusu alınacak kişinin sağlığında (ölmeden önce) buna izin vermiş olması veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartıyla, yakınlarının rızasının sağlanması,
5. Alınacak organ veya doku karşılığında hiçbir şekilde ücret alınmaması,
6. Tedavisi yapılacak hastanın da kendisine yapılacak bu nakle razı olması gerekir." Karar için bkz. Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı: "Organ Naklinin Dini Hükmü", Din İşleri Yüksek Kurulu Kararları, 1980/13,

<https://kurul.diyabet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/9669/organ-nakli>, (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

³⁶ Bu konuda evrensel ve yerel düzeyde güncellenen nicel verilere ulaşmak için bkz. Newspaper Transplant: "International Figures on donation and Transplantation 2018", European Directorate for the Quality of Medicines & Healthcare, 24.2019, s.4-95, https://organkds.saglik.gov.tr/dss/PUBLIC/NewsLetter_EU_2018_Book.aspx, (Erişim Tarihi: 05.01.2020).

³⁷ Cumhuriyet Senatosu: "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Teklifinin Millet Meclisince Kabul Olunan Metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları", (M. Meclisi: 2/658; C. Senatosu: 2/149), https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS__t18/c043/cs__18043070ss0917.pdf, (Erişim Tarihi: 05.01.2020).

Bugün yürürlükte bulunan Anayasa’da ise sağlık hakkı 17’nci ve 56’ncı maddelerde düzenlenmiş durumdadır.

17’nci madde, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde düzenlenmiş olup sağlık hakkını geniş bir perspektiften ele alırken, özellikle tıbbi uygulamalarda rıza konusunu da vurgulamaktadır. Anayasa’nın 56’ncı maddesi ise “Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” şeklinde düzenlenmiş olup sağlık hakkını lafzî olarak vurgulamaktadır.

Kanun’un gerekçesinde, ODNK öncesinde organ nakli uygulaması gerçekleştiren kimi sağlık mensuplarının 765 sayılı TCK’nın 456, 457, 467, 491 178/2, 240 ve 251’inci maddeleri içerilğinde takibata maruz kaldıkları, ancak, T.C. Yargıtayının tıbbın insan sağlığı ve yaşamı yönünden çağdaş gelişimine çalışan doktorları cezalandırmayı düşünmediği ve mahkûmiyet kararları vermediği de vurgulanmıştır³⁸.

Gereğe’de meselenin dini boyutu da vurgulanmış³⁹ ve nihayetinde ODNK kanun teklifinin sonuç metni aşağıdaki şekilde oluşmuştur:

“Buna göre;

1. Rızasıyla da olsa bir insanın, yaşaması, kesinlikle varlığına bağlı olan tek organlarından birini almak,
2. Bir insanın organlarından her hangi birini, hatta vücudundan bir parçayı rızası dışında almak, (Ancak, transplantasyonda rıza konusu tıbbi - Medical) nedenlerle özellik göstermekte ve rızanın alınması ya da saptanması hususunun işlerlik sağlayan esaslara bağlanması gerekmektedir. Zira, transplantasyon sağlıklı ve yaşamını sürdüren bir kişiden organ alınmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi ölü (Kadavra) veya bitkisel yaşam sürdürenden de gerçekleştirilmektedir. Ancak, işlemin ölüm olayının hemen akabinde yapılmasının medical zorunluğu vardır. Aksi halde nakledilen organın fonksiyon ifa etmesi söz konusu olamaz.)

3. Bitkisel yaşam sürdürenlerin vücudunda sayısı tek olan ve yaşamını sağlayan organlarından birini - ilgililerin rızası olsun ya da olmasın - almak,

4. Bitkisel yaşam içinde olanların vücudunda sayısı çift olan organlarından birini, bakmakla yükümlü yakınlarının veli ya da varsa vasisinin rızası dışında almak,

5. Transplantasyonda gerekli organların temininin bir ticari iş ya da komisyonculuk haline getirmemek,

6. Tıp ilminin gelişmesinin sağladığı bebek naklini, yasanın amacı dışında kaldığı da gözetilerek kapsam dışında bırakmak.

Gibi konuları, insancıl ve ahlaki düşünceler ile bir yaşam kurtarmak inancıyla da olsa yasaklamak ve cezai müeyyidelerle bağlamak zorunluluğu görülmüştür.

Diğer taraftan ise,

1. İnsan vücudundaki çift organlardan (Böbrek, akciğer, göz ve burun gibi...) birini rızası ile almak ve rızayı belirli esaslara bağlamak,

2. Bitkisel yaşam içinde olanların yine çift organlarından birini ilgililerin (Varsa veli ya da vasisinin) rızasını almak,

³⁸ Bu yönde vurgulanması gereken ve ODNK’nın kabulünden önce verilen Yargıtay kararları mevcuttur. Bunlardan ilki, yakınlarından izin alınmadan cesetten kornea alan tabiplerin, mülga TCK’nın 178’ini maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenen mezara ve ölüye yapılan tecavüz suçunu oluşturmadığı yönündeki karardır. Yargıtayın bu kararının gerekçesinde “Madde fıkrasına dair bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fenni ilerlemesini aksatmış oluruz.” ifadesi yer bulmuştur, Bkz. Yargıtay 4.CD., 02.04.1975, E.1975/2433, K.1975/3150. <https://lib.kazanci.com.tr/MusePath/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-1975-2433.htm&kw=1975/2433&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 10.02.2021); Öte yandan ODNK öncesinde Yargıtayın, cesetten bir parça (göz) alınmasının ölenin mirasçı ve yakınlarının kişilik haklarına aykırılık oluşturduğundan dolayı, operasyonu yapanlar hakkında açılan manevi tazminat davasında tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul eden bir kararı da mevcuttur. Yargıtay 4.HD., 10.03.1977, E.1977/3455, K.1977/2751 kararı için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt II, Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s.1343-1345.

³⁹ Diyanet İşleri İstişare Kurulunun 20.01.1960 tarihli kararı “1. Ayeti Kuran’iyenin delaletlerinden de anlaşılacağı üzere İslamiyette, hayati beşerin muhafazası zarureti ile haram şeylerin zaruri miktarda yenilmesi, içilmesi caiz olduğundan bir hastanın veya yaralının tedavisi kanlı canlı kimselerden alınıp verilecek kana tevakkuf ettiği takdirde bunu yapmakta bir mahzur bulunmadığı, 2. Bir körün görmesi, ölmüş bir insanın vasiyeti üzerine gözlerinin alınıp takılacak bir kısma tevakkuf ettiği takdirde bunu yapmakta da, - İslam fakihlerinden bazılarının ölmüş bir insanın kemiklerinden bir kısmının o kemige muhtaç diri bir insana eklenebileceği hakkındaki içtihatlarına binaen-bir mahzur görülmediği açıklanmıştır.” şeklindedir. Bkz. Millet Meclisi: “C. Senatosu Rize Üyesi Talât Doğan ve 14 Arkadaşının, Organ Nakli (Transplantasyon) Yasa Teklifi ve Kocaeli Milletvekili İbrahim Topuz ile İstanbul Milletvekili Nilüfer Gürsoy’un, Böbrek Bankası Kurulmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet ve Sağlık ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları (2/658, 2/621) Donem: 5 Toplantı: 2”, s.2-3, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d05/c012/mm_05012077ss0328.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2021).

3. Cesedin (Kadavranın) tek organlarından gerekse çift organlarından birini (Vasiyet üzerine, ya da ilgililerin rızası içinde ve gerekirse hatta rızaları bulunmadan) almak,

4. Bu hallerde bir kişiyi yaşama kavuşturmak amacıyla ve medical zorunluluk nedeniyle yapılacak transplantasyonun yürürlükteki mevzuatımız açısından suç sayılmadığını belirlemek.

5. Canlı ve sağlıklı bir kişiden alınacak organın gerektiğinde rıza yanında, bir ivaz karşılığında hastaya nakline yasal olanak verilmek,

6. Transplantasyonun ilmi, teknik ve denetim yönlerini Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına vermek, bu hususları düzenleyecek bir yönetmeliğin çıkarılmasını sağlamak,

Konuları transplantasyonun gerçekleşmesi ve geliştirilmesi realitesi ve zorunluluğu karşısında, yasanın düzenlenmesinde dikkate alınmıştır.

Yukarıda yer alan hukuksal sorunların, yasa teklifimizin parlamentomuzdan geçerek yasallaşması halinde, Devletimizin sağlık görevi ile akademik ve klinik düzeyinde tıp bilimimiz çağdaş gelişim düzeyine erişecek ve bu yolda Yasama Organımız kendisine düşen görevini de yerine getirmiş olacaktır.”

Kanun’un gerekçesinde “Bitkisel yaşam sürdürenlerin vücudunda sayısı tek olan ve yaşamını sağlayan organlarından birini - ilgililerin rızası olsun ya da olmasın - almak,” ve “Cesedin (Kadavranın) tek organlarından gerekse çift organlarından birini (Vasiyet üzerine, ya da ilgililerin rızası içinde ve gerekirse hatta rızaları bulunmadan) almak,” şeklindeki maddelerde vurgulandığı üzere bazı durumlarda rıza aranmadan organ ve doku nakli yapılabileceğine işaret edilmiştir. Kanun’un gerekçesinde ve DSÖ’nün raporlarında işaret edilen organ ve doku bağışlarında yetersizlik vurgusu, Türkiye’de de üzerinde önemle durulan konulardan birisidir. Öyle ki bu amaçla özel bir Organ ve Doku Bağışı Haftası ayrılmış ve özendirilme çalışmaları yapılmıştır. Ancak, gerek dünyada gerekse ülkemizde organ bağışı sayısında amaçlanan düzeye erişilememiştir. Burada karşımıza çıkan ilk somut durum, doku ve organ bağışındaki yetersizlikten kaynaklanan bireylerin sağlıklı hâline erişebilme sorunu ile organ ve doku bağışı konusunda rızanın aranır olması arasındaki açık ikilemdir. Bu etik ikilemin, hukukun “toplum hâlinde yaşayan kişilerin varlıklarını sürdürebilmeleri için düzen getirmektir.” şeklindeki temel amacından olarak kanunen düzenlendiği alan ise kornea naklidir. Yukarıda açıklanmaya çalışılan psikososyal ve normatif sınırların, ölüden rızaya bağlı organ alınmasında dahi söz konusu olduğu düşünüldüğünde, kornea gibi rızadan bağımsız alımlarda mevcut engellerin daha baskın olduğu düşünülebilir⁴⁰.

ODNK’da tanımlanan kornea gibi cesette değişiklik yapmayan dokular ifadesi rızanın şekli dışında 40 yıllık bir süreçte değişmemiş durumdadır. Kanun koyucu 2014 yılında rızanın şeklini değiştirirken meselenin gerçek boyutuna eğilmiş midir? Bize göre bu sorunun cevabı olumsuzdur. Etik, deontoloji ve hukuk üçgeninde yeterli zamanı geçirmiş olan bu düzenlemenin işlevselliğini sağlayacak geliştirme rızanın şeklinden ötede aranmalıdır. Bize göre bu arayış “kornea gibi” ve “dokular” kelimeleri hakkında oluşmalıdır.

Kanun yapmanın temeli sosyal ve ekonomik hayattaki değişim ve gelişmeler, politik ve milli gerekler, hukukî istikrar ve kesinliktir⁴¹. Kanunlaştırma herhangi bir sosyal veya ekonomik alana ilişkin hareket tarzını kanun hâline koyma, kanun hâlinde kaideler vazetmektir. Bir kanun yapılmak istendiğinde metnin iyi formüle edilmesi gereklidir. Kanunlar öncelikle içeriksel ve ardından da dilsel olarak iyi düzenlemeler biçiminde gerçekleştirilmelidir. İyi kanun hedeflenen amacı sağlamalı ve bu amaç, ilgililer ve devlet için uygun ve makul harcamalarla gerçekleştirilmeli, kanunen izin verilen araçlarla elde edilmeli ve ilgili kişinin haklarına saygı gösterilerek ulaşılmalıdır. Dolayısıyla iyi kanun belirli bir gerçek sorun için uygun kanuni yollara müracaat edilerek kanunen en doğru çözümü sağlayan metindir. Bu metin, açık, basit ve tam olmalıdır.

Ülkemizde birçok kanunda olduğu gibi ODNK’da soyut metot ile hazırlanmış bir kanundur ve her hâlde yorum talep eden maddeleri vardır⁴². Yargılama sürecinin bir unsuru olarak yorum, esasen,

⁴⁰ Konuya yönelik güncel makalelerde “opt-in” ve “opt-out” terimlerinin kullanımı gittikçe artmaktadır. Opt-in ve opt-out rıza arasındaki asıl fark, hakkın sahibinin rıza beyanını aktif mi, yoksa pasif bir davranışla mı karşı tarafa sunacağını belirlemesidir. Opt-in rızanın arandığı hâllerde, hakkın sahibinin kabule yönelik olumlu bir davranışı bulunmalıdır. Opt-out rızanın söz konusu olduğu durumlarda, veri sahibinin rızası pasif bir davranışla ortaya çıkmaktadır. Rızanın varsayırlılığını işaret eden bu terimlerin hukuk alanında kullanımı daha çok ekonomik ve ticari ilişkilerde, tüketici sözleşmelerinde ve kişisel verilerin işlenmesi hususlarında ortaya çıkmıştır. Biz, bu terimleştirmenin cesede yönelik kullanımının uygun olmadığı kanaatindeyiz. ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.269-299.

⁴¹ NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması”, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, 2001, s.94-95.

⁴² Kanunların düzenlenmesinde ise iki ana yol mevcuttur. Bunlardan ilki kazusitik yöntem ikincisi ise soyut yöntemdir.

normun uygulanmasından önce yapılması gereken bir iştir. Yorum, hukuk kuralının anlamını ve kapsamını ortaya çıkarma faaliyetidir⁴³. Bir kanunda soyut ifade ile yer bulan hükmün somut bir duruma uygulanması aşamasında içeriğin belirlenmesi gereklidir. Soyut hükmün anlaşılır olmadığı durumlarda yorum bir zorunluluk hâlini alır. Burada yorumun, hâkimin görevi hâline dönüşen işlevi, hüküm verilecek somut olayda kanun maddesinin içeriğini, aynı olayda karar verecek başka her hâkimin anlaması gerektiği gibi anlamasıdır.

ODNK özelinde 2'nci maddenin ikinci fıkrasının, iki açıdan, yoruma ihtiyacı vardır⁴⁴. Bunlardan ilki "gibi" edatı ile oluşturulan tadadi duruma eklenebilecek dokuların saptanması, ikincisi ise bu dokuların ceset üzerinde değişiklik yapıp yapmadığı hususudur. Değişiklik yapıp yapmama meselesi ise iki açıdan yorumlanabilir. Yapılması gereken ilk yorum, madde metni ile işaret edilen değişiklik yapmama durumunun, somut olarak, korneayı işaret ettiği ve kanun koyucunun korneanın alınmasının vücut bütünlüğünde değişiklik yapmadığını duraksamasız vurgulamasıdır. Ancak maddede vurgulanan somut ifade, alındığında vücut üzerinde değişiklik yapmayan diğer başka dokuların da olduğunu belirtmektedir ki bu ifade tarzı yorumu talep eder. Şu hâlde bir somut olayda hâkim ya kanunun anlamını kullanarak *amaca göre* bir yorum yapacaktır ya da kanun metninde kullanılan ifadeleri *lafzi olarak dar ya da geniş* yorumlayarak bir hükme varacaktır⁴⁵.

Amaca göre yorum, kanunun anlamını ortaya çıkarmak için kanunun amacının esas alınmasını işaret eder. Burada, esas alınacak amacın kanun koyucunun subjektif iradesi mi, yoksa bizatihi kanunun objektif iradesi mi olduğu sorununun mevcudiyeti bilinmektedir. Bunlardan ilki olan subjektif teoriye göre, yorum aşamasında araştırılması gereken, kanun koyucunun kanunu yaparken neyi istediğidir. İkincisi olan objektif teoride ise; madem ki kanun yürürlüğe girmekle yaratıcısından bağımsız bir varlık kazanmıştır, artık, esas alınması gereken, kanunun özünde bulunan irade ve fikir içeriğidir⁴⁶. Bu içerik ise değişen koşullara paralel olarak kanunun ilk yürürlüğe girdiği zamana göre farklılık gösterebilir⁴⁷. İki teori arasındaki temel farkı ortadan kaldırma amacındaki bağdaştırıcı ya da telifçi görüşe göre ise kanun koyucunun kanunda örtülü biçimde de olsa ifade ettiği iradeye sadık kalmak bir gereklilik olmakla birlikte, yorumda; adalet endişesi, koşullardaki gelişme veya değişme, aradan geçen zaman gibi unsurların geçmişteki değer yargısını eskitmemiş olması da aranmalıdır⁴⁸.

ODNK'yu amaca göre yorumladığımızda, metnin içeriğinden çıkarabileceğimiz sonuçlar şunlardır:

Adalet endişesi temelinde, ölenin kişilik hakları ile alıcının üstün menfaatinin çatışması hâline yönelik, bireyin menfaati kanun koyucunun amacı olarak zuhur etmiştir ve hâkim, metni yorumlarken bu amacı gözetecektir. Üstün menfaat meselesi, 5'inci maddesi ile genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını vazedenden Türk Medeni Kanunu'nda da (TMK) gereken düzenlemeyi sonuçlamıştır. Gerçekten de TMK'nın kişiliğin korunmasının düzenlendiği 23'üncü maddesindeki "... Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür..." ifadesi, bu amacın özel hukuk alanındaki tezahürüdür. Buradaki üstün menfaat ise duraksamaksızın, alıcının sağlıklı yaşama hakkıdır. Şu hâlde amaca yönelik yorum aşamasında, hâkim, sadece ODNK ile değil temel kanunlar ile ve kanunların sevk sebebinin gözetererek, yorumunu genişletebilir gözükmektedir.

Koşullardaki gelişme veya değişme temelinde ve amaca yönelik yorum türü ile irdelediğimizde ise; koşulların, organ ve doku naklinin gerekliliğinin evrensel bir gereklilik olduğu gerçeğiyle değiştiği

Kanunların amacı, hangi yöntemle yapılırsa yapılsın, en ideal formülasyona ulaşabilmektir. Burada kazusitik sayma yöntemiyle hazırlanan kanunlar hakkında, üzerinde durulması gereken en önemli husus, bu yöntemin tercih edilmesinden kaçınılması gerekliliğidir. Her ne kadar sayma ile yorum sorunlarının önüne geçilebileceği düşünülse de bu yöntem, esasen, yorum sorunları üreten bir yöntemdir. Öte yandan kazusitik yöntem, sadece hükmün amacını belirsizliğe yöneltmekle kalmayıp, kanunun amacının gerçekleşmesini de zorlaştıran bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Öz bilgi için bkz. LOTSCHER, Andreas: "Gute Gesetze Sind Transparente Texte"; Türkçe çevirisi: "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", in Kanun Yapma Tekniği Uluslararası Sempozyum, 27-28 Mart 2015, Türkiye Barolar Birliği-Özyeğin Üniversitesi, Ankara 2016, s.98-99,127-128.

⁴³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.86.

⁴⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.86.

⁴⁵ Kanunun metni, mantık kuralları, kanunun konulma nedeni, kanunun amacı, kanunun sistematigi, kurumların tarihçesi, hukukun genel ilkeleri ve karşılaştırmalı hukuk gibi yorum aşamasında kullanılan *araçlar* hakkında öz bilgi için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.86-91; Ayrıca bkz. NARMANLIOĞLU, s.100.

⁴⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.91.

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s.154-159.

⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, s.154-159.

vurgulanmalıdır. Yapılan farkındalık çalışmaları ile toplumun bilinçlendirilmesine karşın, hâlen arz-talep dengesinin sağlanamamış olmasının, varsayılan rıza kabulü ile bir kanun değişikliğini sonuçladığı öne sürülebilir. Öne sürdüğümüz bu düşünce, aradan geçen zamanın olumlu etkileri olarak yorumlanabileceği gibi alıcının üstün menfaati kavramının da eskimeydiğini işaret eder. Şu hâlde amaca yönelik yorum aşamasında hâkim, subjektif ve objektif yorum faaliyetinde, te'lif-i beyn yani bağdaştırma ile de görevli kabul edilmelidir. Madem ki Kanun'un amacı ve sevk sebebi organ nakli bekleyen hastanın üstün menfaatidir, korneadan başka, alındığında vücut üzerinde değişiklik yapmayan dokular üzerinde uygulanan ve uygulanacak nakil uygulamalarında, varsayılan rıza hususu, mümkün olan en geniş hâli ile yorumlanmalı ve esasın gerçekleştirilmesine olanak tanıyacak şekilde düşünülmeli ve gerçekleştirilmelidir.

Lafza göre yorum, kanunda kullanılan sözlerin kanun koyucunun gerçek iradesini işaret edip etmediği hususunun irdelenmesine müteakip anlamı düzenleme işlevidir. Daraltıcı yorum, kanunda kullanılan sözlerin anlamı aşmasına yol açtığı hallerde bu ifadeyi ya da kelimeleri kanun koyucunun gerçek iradesini gösterdiği düşünülen anlama indirgeme faaliyetini işaret eder. Genişletici yorum ise kanunda kullanılan ifade ya da kelimelerin anlama göre dar kalması hâlinde bu ifadeyi genişleterek kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarma faaliyetidir⁴⁹.

ODNK'nın lafzı yönünden yaptığımız yorumda, metnin içeriğinden karşımıza çıkan somut durumlar şunlardır:

- a. Varsayılan rıza temelinde, ancak, dokular alınabilir.
- b. Kornea varsayılan rıza temelinde alınabilir bir dokudur.

Kanun'un lafzı yönünden yapılan yorumda somutlaştırmada zorluk çekilen durumlar ise şunlardır:

- a. Varsayılan rıza temelinde alınan kornea, her hâlde, cesette değişiklik yapmayan bir dokudur.
- b. Kornea dışında bazı dokular da vardır ve bunların alınması cesette değişiklik yapmaz.
- c. Kornea dışında ve varsayılan rıza temelinde alınabilecek dokuların hangileri olduğuna karar verilirken, uygulayıcılar (tabipler, hâkimler, bilirkişiler) cesette değişiklik yapıp yapmadığı temelinde karar vereceklerdir.

Yukarıda yer alan ifadelerden a ve b maddeleri, doğru ya da yanlış tartışmasını ayırık tutarak, somut bir durumu yansıtırken c maddesi soyut bir durumu işaret etmektedir. Bu bölümde, ilkin, kornea dokusunun alınmasının cesette değişiklik yapıp yapmadığı hususu değerlendirilecektir.

2. Kornea Dokusu ve Alınmasının Sonuçları

İnsan Arapça kökenli bir kelime olup memelilerden, iki eli ve iki ayağı olan ve ayakları üstünde yürüyebilen, konuşabilen, akıllı ve düşünmeye yetenekli canlı anlamını taşır. Tıp alanındaki tanımlama insan teriminin tekil kullanımından öte, sıklıkla "insan bedeni" şeklinde karşımıza çıkar. İnsan bedeni, bir organ sistemi topluluğudur. Organ sistemi ise belli işlevleri görmek için bir araya gelen organlardan oluşur. Organlar, dokuların bir araya gelmesi ile oluşur. Dokular ise bir araya gelen hücre topluluklarıdır. İnsan bedeninde dört tip doku bulunmaktadır. Bunlar epitel, bağ, kas ve sinir dokularıdır.

ODNK ile tanımlanan biyolojik yapılar doku ve organlardır. Kadavradan nakil yapılan organlar böbrekler, karaciğer, akciğerler, kalp, pankreas, damarlar, ince barsak, timus, uterus, yüz ve uzuvlardır. Nakil yapılan dokular kornea, kemik iliği, tendon, kalp kapağı, deri, kemik, yüz, saçlı deri, kıkırdak doku, kas, beyin zarının bir kısmı, kulak kemikçikleri, sinir ve damarlardır.

Kornea, makroskopik olarak skleranın devamı ve 1/3 ön kısımda yer alan saydam ve optik özelliği olan bölümdür. Normal kalınlığı merkezde 520 µm, çevrede 650 µm'dir. Erişkinde yatay eksen çapı 12.6 mm, düşey eksen çapı 11.7 mm, ön eğrilik yarıçapı 7.8 mm ve arka eğrilik yarıçapı 6.8 mm'dir. (Resim 1) Korneanın alınmasının ceset üzerinde değişiklik yapmaması ifadesi tıbbî gerçekliği yansıtmamaktadır. Cesetten alınan her doku ve organ ceset üzerinde mutlak bir değişiklik yaratır. Burada ceset üzerinde mevcut olmayan değişiklikten öte, bakıldığında görülmeyen bir durum söz konusudur. Kornea yapı itibarı ile alındığında fark edilmeyen şeffaflıkta bir doku olmanın yanında gözleri kapalı olan cesette bu uygulamanın saptanması da olanaklı değildir.

⁴⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.92,93.

Cesetten kornea alınması bir cerrahi müdahale olup bazı sonuçları da vardır. Hollanda’da, korneaları alınan cesetlerde, yapılan bir çalışmada 1173 olgunun 114’ünde kanama komplikasyonunun oluştuğu, 39 olguda ise oküler hematoma başka bir ifade ile kan birikmesi geliştiği belirtilmiştir⁵⁰.

Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde kornea alınmasının cesette değişiklik yaptığı (Resim 2,3,4) ve belirli bir oranda bu değişikliklerin bazılarının ek bir uygulama gerektirdiği ortadadır. Burada, bireylerin sağlığa ulaşabilme hakları bakımından itiraz modelinin uygulanması yolu tercih edilmiştir ve bu tercihin sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan bir biyolojik yapı temelinde ifade edilmesi kanımızca çok uygun değildir. Şayet, ceset üzerinde kornea alınmasının yaptığı değişiklik kabul edilebilir düzeyde ise (Resim 5,6,7,8) şu hâlde diğer dokuların da itiraz modeli temelinde alınabilirliğinin saymak suretiyle sağlanması gerekmektedir. Kanuni bir düzenlemede açıkça yer bulan kornea dokusunun alınması dahi uygulamada bazı sorunlar barındırırken, “gibi” edatı ile genişletilerek diğer dokuların alınmasının hukuka uygun hâlde getirilmesi yönündeki düzenleme çok işlevsel değildir.

Öte yandan, doğal boşluklardan girilerek cesetten organ ve doku alınması da olanaklıdır. Şayet Kanun’un metninde belirtilen ve amaçlanan ceset üzerinde dışarıdan görülmeyen bir değişiklik ise vaginadan girilerek alınan böbreklerde de dışarıdan bir değişiklik saptanamayacaktır. Kaldı ki bu operasyonlar canlı vericilerde de uygulanmaktadır ve sonuçlar olumludur⁵¹. Aynı şekilde göbek deliğinden girilerek yani laparoskopik yöntemle yapılan ölüm sonrası organ ve doku alımlarının da ceset üzerindeki değişikliğin korneanın alınması sonrası ortaya çıkan değişiklikten daha az olduğu yaklaşımı somut verilerle kanıtlanmış bir durum değildir.

Türkiye’de 01.01.2010-31.10.2019 tarihleri arasında cesetten alınan sağ ve sol toplam kornea sayısı 25.737’dir. Beyin ölümü sonrası gerçekleşen kornea nakil sayısı 1455’tir⁵². Son yıllarda kornea nakillerinde önemli bir artış sağlanmıştır. Ancak çocuk bağıışı son derece azdır. Öte yandan özellikle nanoteknolojinin kullanıldığı yapay kornealar üretime sunulmuş durumdadır⁵³. 2010 yılında Türkiye’de gerçekleştirilen kornea nakli sayısı T.C. Sağlık Bakanlığı verilerine göre 1553’tür⁵⁴. Bu gelişimde 2014 yılında ODNK ile getirilen itiraz modelindeki ifade değişikliğinin katkısının yadsınmaması gerektiği düşünülse de 2012 yılında 1905 olan sayının 2013 yılında 3.065 olduğu da dikkatten kaçmamalıdır. Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde cesetten kornea naklinde verici sayısındaki gelişmeler kabul edilebilir boyuttadır. Burada, sayıdaki artışın 2014 yılında kanun metnindeki değişik ile ilişkilendirilmesi somut gerçekliği ortaya koymamaktadır⁵⁵.

⁵⁰VAN WIJK, J. Marja/NIJENHUIS, V. Matthijs/DORREPAAL, A. Caroline/BOKHORST, G. Arlinke: “Factors Involved in the Occurrence of Bleeding Complications After Enucleation for Cornea Donation”, *Cornea*, 28(9), 2009, s.1014-1018.

⁵¹Canlı insanda transvajinal yoldan çıkarılan ilk böbrek alınması operasyonu (nefektomi), 1993 yılında İtalya’da gerçekleştirilmiştir. SWAIN, Paul: “Nephrectomy and Natural Orifice Transluminal Endoscopic (NOTES): Transvaginal, Transgastric, Transrectal, and Transvesical Approaches”, *Journal of Endourology*, 22(4), 2008, s.811-818. 2002 yılında ise domuzlarda yapılan bir çalışmada tüm operasyon vajinal yoldan gerçekleştirilmiştir. GETTMAN, T. Matthew/LOTAN, Yair/NAPPER, A. Aherly/CAEDDU, A. Jeffrey: “Transvajinal Laparoscopic Nephrectomy: Development and Feasibility in the Porcine Model”, *Urology*, 59(3), 2002, s.446-450; 2008 yılında yayınlanan bir derlemede, nefektomi olgularında, NOTES yönteminin önemi vurgulanmış ve bu yönde biyomedikal mühendislik ve ARGE çalışmalarının gerekli olduğu ifade edilmiştir. SWAIN, 811-888; GURLULER, Ercument/BERBER, İbrahim/CAKIR, Ülken/GURKAN, Alihan: “Transvajinal Route for Kidney Extraction in Laparoscopic Donor Nephrectomy”, *Journal of The Society of Laparoendoscopic Surgeons*, 18(3), 2014, e2014.00156, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4236079/pdf/e2014.00156.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2021).

⁵²Bu tarih aralıklarında, exitus hastadan kornea nakli toplamı 21.620, ithal kornea nakili sayısı 1.617, kalp atumsuz kornea nakli sayısı 45 olarak bildirilmiştir. Bu sayıya beyin ölümü gerçekleşen ve ithal kornealar eklenmemiştir. Bkz. https://organ.saglik.gov.tr/PAGES/SAYILARLA_TTDIS_20191031_WEBPORTAL.htm(Erişim Tarihi: 10.02.2021).

⁵³Kornea nakli hakkında kronolojik gelişim için bkz. CRAWFORD, Z. Alexandra/PATEL, V. Dipika/MCGHEE, N. J. Charles: “A Brief History of Corneal Transplantation: From Ancient to Modern”, *Oman Journal of Ophthalmology*, 6(3), Supplement 2013, s.12-17; Avrupa Komisyonu tarafından desteklenen insan kullanımı için yapay kornea uygulamaları hakkındaki CRAFT Projesi Final Raporu için bkz. Development of an Artificial Cornea for the Human Eye, https://cordis.europa.eu/docs/results/17/17905/122207611-6_en.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2021); Yapay kornea nakli hakkında haberler için bkz. <https://www.foxnews.com/health/israeli-man-regains-sight-after-artificial-cornea-transplant>, <https://www.bloomberg.com/features/2019-gore-artificial-cornea/>, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2010/08/100826_lab_made_cornea, https://www.salom.com.tr/haber-115270-dunyada_ilk_suni_kornea_nakli.html, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/turk-doktorun-abdde-yapay-kornea-basarisi-38470374> (Erişim Tarihleri: 10.02.2021).

⁵⁴ALPARSLAN, Nilüfer: “Kornea Nakli”, *Klinik Gelişim*, 25, 2012, s.35-39.

⁵⁵T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Doku, Organ Nakli ve Diyaliz Hizmetleri Dairesi Başkanlığı: “Sayılarla TTDIS”, https://organ.saglik.gov.tr/PAGES/SAYILARLA_TTDIS_20191031_WEBPORTAL.htm, (Erişim Tarihi: 23.12.2020); Bu yönde, kornea nakli alanında hizmet veren bir göz hastalıkları uzmanının, 2020 yılında İngiltere ve İskoçya’da kornea nakillerinde varsayılan rıza modeli uygulamasına geçilmesinin çok önemli değişiklikler yapmayacağı yönündeki fikir yazısı için bkz. PARWEZ, Hossain: Presumed Consent and the Implications for Eye Donation. *Eye*, 2020, s.1, <https://doi.org/10.1038/s41433-020-01266-3> (Erişim Tarihi: 23.12.2020); Şili’de varsayılan rıza modeli uygulamasına

Göz ve cesette değişiklik konusunda Danıştayın bir kararı önemli tartışma alanları ortaya koymaktadır⁵⁶. Bu karar bir cesetin gasilhanede yapılan kontrolünde sol gözün tamamen alındığını, sağ gözün ise dikili olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Sol gözün tamamen alınması durumu ODNK'ya açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Danıştay, Kanun hükmüne aykırı olarak ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin oluştuğunu ve şüphelilerin üstlerine atılı suç işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğunu işaret ederek sağlık mensuplarının yargılanmasının gerekliliği yönünde karar vermiştir. Öte yandan aynı kararda karşı oy ise cesedin sol göz kapağı kaldırıldığında gözün tamamen boş olduğunun ve sağ göz kapağındaki dikişlerin mevcudiyetinin saptanabilmesinin bir uzmanlık gerektirdiği şeklinde ve yeterli kanıtın bulunmadığı esasında oluşturulmuştur. Bize göre gerek bir gözün tamamen yokluğu gerekse göz kapaklarının dikilmesi durumları mutlak bir uzmanlık gerektirmeyip, polis memurlarının genel bilgileri dâhilinde saptayabilecekleri bir durumdur. (Resim 9)

3. Yorum Açısından

Yaptırımla donatılmış hukuk normlarının yanında, sosyal, ahlakî, dinî ya da bir meslek grubuna yönelik ahlak temelli normlar, birlikte yaşamın işlerliğini, bireyin ölümü hususunda da güvence altına almaktadır⁵⁷. Organ ve doku nakline yönelik kanuni düzenleme ve bu düzenleme de bazı dokulara yönelik *kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular* ifadesi ile varsayılan rıza modelinin kabul edildiği madde hakkında irdelenmesi gereken iki durum mevcuttur. Bunlardan ilki hukukun güvenlik, açıklık ve öngörülebilirlik amaçlarına yönelik iken, ikinci durum ise ortaya çıkan yeni durum ve sorunlarla baş edebilecek uyumluluk kapasitesi olarak tanımlanabilir.

ODNK'nın, 2014 yılında yapılan değişiklik ile varsayılan rıza modeline dönüştürülen metni, kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasıdır. Kanun yapıcı bu fıkrayı düzenlerken tahdidi bir yaklaşımı tercih etmemiş, aksine, gibi edadı ile tadadı bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu kanun koyucunun tercihidir. Kanun koyucu ilk tercihini açıkça *dokulardan* yana kullanmıştır ve *organların* varsayılan rıza modelinde alımını yasaklamıştır. Başka bir ifade ile bir organın, cesette değişiklik yapmasa dahi, rıza hilafında alınması hukuka uygun değildir. Bu hâl ile maddenin, organ ve doku bağlamında yeterli açıklık ve güvenilirliği sağladığı ifade edilebilir. Ancak burada önemle vurgulanması gereken bir husus mevcuttur. Şayet dokulara yönelmiş varsayılan rıza temelli uygulama ceset bütünlüğünde değişiklik yapmama esası ile gerekçelendirilir durumda ise Madde'nin uyumluluk kapasitesi tartışmalı hâle gelmektedir. Zira; doğal boşluklardan girilerek alınabilen ve ortaya çıkan değişikliğin dışarıdan saptanamadığı ya da değişikliğin kornea alınmasını ortaya çıkardığı durumdan daha fazlasını sonuçlamadığı bazı teknik uygulamalar da mevcuttur. Özellikle vaginal açıklıktan girilerek böbrek alınması uygulanabilir güncel bir tekniktir⁵⁸.

Dokuların varsayılan rıza temelinde alınabilmesi açısından ise Madde, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmek istenmemiştir ki, bu, kanun koyucunun istediği zaman susmak istediği zaman söyleme hak ya da yetkisinin açık bir tezahürüdür. Ancak, kanun koyucunun bu yetkisi hukukî açıklığın sağlanabilmesi ilkesinden sapmaya neden olmamalıdır. Kanun maddesindeki ceset üzerinde değişiklik yapmayan ifadesinin, meselenin hassasiyeti göz önüne alındığında, ölenin yakınlarının yorumuna muhatap olacağı yadsınmamalıdır. Şayet bahse konu susma, meseleyi hâkimin yorum yetki ve görevine bırakma amacını haiz ise bu durumda da hâkime yeterli lafzi açıklık sağlanmalıdır. Hukukî yorum açık olarak hâkime yönelmiş ve ilkeleri olan bir davranış biçimi, bir akıl yürütmedir. Akıl yürütme eylemi ise diktomatik bir temelden köken almalıdır. Daha somut bir ifade ile bir dokunun alınması ceset üzerinde ya değişiklik oluşturacak ya da oluşturmayacaktır. Bu kurumun işletilmesi esasında beklenen ise mevcut hukuk kuralını hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşılabilmesidir. Bu beklenti hukuk güvenliğinin esasını oluşturur. Burada hâkimin karşı karşıya kalacağı bir çelişki daha mevcuttur. Her ne kadar varsayılan rıza temelinde yapılan değişiklik üstün yarar amacını taşır olsa da ODNK'da, 2014 yılında yapılan değişiklik kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasını işaret eder ve istisnaya yönelik kaidelerden en önemlisi de istisnaların dar yorumlanması ilkesidir⁵⁹.

geçişin olumlu sonuçlar vermediği yönünde bkz. DOMINQUEZ, Javier/ROJAS, José Luis: Presumed Consent Legislation Failed to Improve Organ Donation in Chile. *Transplantation Proceedings*, 45(4), 2013, s.1316-1317.

⁵⁶ Danıştay 1.D., 07.02.2007, E.2006/1270, K.2007/101. <https://lib.kazanci.com.tr/MusePath/kho3/ibb/files/1d-2006-1270.htm> (Erişim Tarihi 10.02.2021).

⁵⁷TAUPITZ, Jochen: "Das Recht im Tod: freie Verfügungbarkeit der Leiche? : Rechtliche und ehtische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener", *Humanitas*, Dortmund 1996, s.10.

⁵⁸ SWAIN, s.811-817.

⁵⁹ GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, Güncellenmiş 3. Baskı*, Ekin Yayınevi, 2019, s.95.

Burada, kornea dokusunun varsayılan rıza temelinde alınması yönünde ODNK’da yapılan değişikliğin, gerek tıbbın geldiği düzey gerekse toplumsal farkındalık çalışmalarının sonucu olarak toplumsal kabul anlamında da geniş yorumlanabilir olması bir gerekliliktir. Bu gereklilik, kanunun sevk sebebinin olduğu kadar organ nakli uygulamalarındaki yetersizliği işaret eden somut verilerin de bir sonucu olarak karşımızdadır. Kanun metninin güncel hâli, kornea dokusuna yönelik somut bir ifade ile işlevsel gözüktürken, bu işlevselliğin diğer dokularda mevcut olduğunu ifade edebilmek olanaklı değildir. Biz, organ ve doku nakli bekleyen hastaların zaman açısından geri dönüşümsüz kayıplar yaşadığı göz önüne alındığında, madde metninin yorumdan uzak ve açık olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin temelinde ise, madde metninin bu hâl ile talep ettiği yorumun, hukukî bir kurum olan yorum faaliyetinin ötesine geçiyor olması bulunmaktadır. Pratik uygulamada açıkça belirtilen kornea dokusuna yönelik sorunların dahi çözülemediği bir gerçeklikte, hukuk bilimi açısından geniş yorumlanması bir zaruret olan madde metninin bu ifade şekli ile işlevsel olması bize göre olanaklı değildir.

IV. SONUÇ

Yaptırımla donatılmış hukuk normlarının yanında, sosyal, ahlakî, dinî ya da bir meslek grubuna yönelik ahlak temelli normlar, birlikte yaşamın işlerliğini, bireyin ölümü hususunda da güvence altına almaktadır⁶⁰. Organ ve doku nakline yönelik kanuni düzenleme ve bu düzenleme de bazı dokulara yönelik *kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular* ifadesi ile varsayılan rıza modelinin kabul edildiği madde hakkında irdelenmesi gereken iki durum mevcuttur. Bunlardan ilki hukukun güvenlik, açıklık ve öngörülebilirlik amaçlarına yönelik iken, ikinci durum ise ortaya çıkan yeni durum ve sorunlarla baş edebilecek uyumluluk kapasitesi olarak tanımlanabilir.

ODNK’nın, 2014 yılında yapılan değişiklik ile varsayılan rıza modeline dönüştürülen metni, kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasıdır. Kanun yapıcı bu fıkrayı düzenlerken tahdidi bir yaklaşımı tercih etmemiş, aksine, gibi edadı ile tadadı bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu kanun koyucunun tercihidir. Kanun koyucu ilk tercihini açıkça *dokulardan* yana kullanmıştır ve *organların* varsayılan rıza modelinde alımını yasaklamıştır. Başka bir ifade ile bir organın, cesette değişiklik yapmasa dahi, rıza hilafında alınması hukuka uygun değildir. Bu hâl ile maddenin, organ ve doku bağlamında yeterli açıklık ve güvenilirliği sağladığı ifade edilebilir. Ancak burada önemle vurgulanması gereken bir husus mevcuttur. Şayet dokulara yönelmiş varsayılan rıza temelli uygulama ceset bütünlüğünde değişiklik yapmama esası ile gerekçelendirilir durumda ise Madde’nin uyumluluk kapasitesi tartışmalı hâle gelmektedir. Zira; doğal boşluklardan girilerek alınabilen ve ortaya çıkan değişikliğin dışarıdan saptanamadığı ya da değişikliğin kornea alınmasını ortaya çıkardığı durumdan daha fazlasını sonuçlamadığı bazı teknik uygulamalar da mevcuttur. Özellikle vaginal açıklıktan girilerek böbrek alınması uygulanabilir güncel bir tekniktir⁶¹.

Dokuların varsayılan rıza temelinde alınabilmesi açısından ise Madde, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmek istenmemiştir ki, bu, kanun koyucunun istediği zaman susmak istediği zaman söyleme hak ya da yetkisinin açık bir tezahürüdür. Ancak, kanun koyucunun bu yetkisi hukukî açıklığın sağlanabilmesi ilkesinden sapmaya neden olmamalıdır. Kanun maddesindeki ceset üzerinde değişiklik yapmayan ifadesinin, meselenin hassasiyeti göz önüne alındığında, ölenin yakınlarının yorumuna muhatap olacağı yadsınmamalıdır. Şayet bahse konu susma, meseleyi hâkimin yorum yetki ve görevine bırakma amacını haiz ise bu durumda da hâkime yeterli lafzi açıklık sağlanmalıdır. Hukukî yorum açık olarak hâkime yönelmiş ve ilkeleri olan bir davranış biçimi, bir akıl yürütmedir. Akıl yürütme eylemi ise diktomatik bir temelden köken almalıdır. Daha somut bir ifade ile bir dokunun alınması ceset üzerinde ya değişiklik oluşturacak ya da oluşturmayacaktır. Bu kurumun işletilmesi esasında beklenen ise mevcut hukuk kuralını hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşılabilmesidir. Bu beklenti hukuk güvenliğinin esasını oluşturur. Burada hâkimin karşı karşıya kalacağı bir çelişki daha mevcuttur. Her ne kadar varsayılan rıza temelinde yapılan değişiklik üstün yarar amacını taşır olsa da ODNK’da, 2014 yılında yapılan değişiklik kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasını işaret eder ve istisnaya yönelik kaidelerden en önemlisi de istisnaların dar yorumlanması ilkesidir⁶².

Burada, kornea dokusunun varsayılan rıza temelinde alınması yönünde ODNK’da yapılan değişikliğin gerek tıbbın geldiği düzey gerekse toplumsal farkındalık çalışmalarının sonucu olarak toplumsal kabul anlamında da geniş yorumlanabilir olması bir gerekliliktir. Bu gereklilik, kanunun sevk sebebinin olduğu kadar organ nakli uygulamalarındaki yetersizliği işaret eden somut verilerin de

⁶⁰TAUPITZ, Jochen: “Das Recht im Tod: freie Verfügbarkeit der Leiche? : Rechtliche und ethische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener”, Humanitas, Dortmund 1996, s.10.

⁶¹SWAIN, s.811-817.

⁶²GÖZLER, s.95.

bir sonucu olarak karşımızdadır. Kanun metninin güncel hâli, kornea dokusuna yönelik somut bir ifade ile işlevsel gözüktürken, bu işlevselliğin diğer dokularda mevcut olduğunu ifade edebilmek olanaklı değildir. Biz, organ ve doku nakli bekleyen hastaların zaman açısından geri dönüşümsüz kayıplar yaşadığı göz önüne alındığında, madde metninin yorumdan uzak ve açık olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin temelinde ise, madde metninin bu hâl ile talep ettiği yorumun, hukukî bir kurum olan yorum faaliyetinin ötesine geçiyor olması bulunmaktadır. Pratik uygulamada açıkça belirtilen kornea dokusuna yönelik sorunların dahi çözülemediği bir gerçeklikte, hukuk bilimi açısından geniş yorumlanması bir zaruret olan madde metninin bu ifade şekli ile işlevsel olması bize göre olanaklı değildir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s.427-448.
- ALKHAWARI, S. Fawzi/STIMSON, V. Gerry/WARRENS, N. Anthony: “Attitudes Toward Transplantation in UK Muslim Indo-Asians in West London”, American Journal of Transplantation, 5(6), 2005, s.1326-1331.
- ALPARSLAN, Nilüfer: “Kornea Nakli”, Klinik Gelişim, 25, 2012, s.35-39.
- ANARA, R. Alex/MURPHY, G. Paul/O’CALLAGHAN, Gerry: “Donation After Circulatory Death”, British Journal of Anaesthesia, 108(1), 2012, s.108-121.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: TCK Şerhi, Özel Hükümler, 3. Cilt, Madde 76-131, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) Üzerindeki Hak”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s.25-28.
- ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.269-301.
- AYVERDİ, İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, 1. Cilt, Kubbealtı, İstanbul, 2005.
- CAN, Fatma: “Organ Bağışında Aile Onayı Üzerine Bir Gözden Geçirme”, Nesne Psikoloji Dergisi, 5(9), 2017, s.131-149.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 4.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- CRAWFORD, Z Alexandra/PATEL, V. Dipika/MCGHEE, N. J. Charles: “A Brief History of Corneal Transplantation: From Ancient to Modern”, Oman Journal of Ophthalmology, 6(3), Supplement 2013, s.12-17.
- DEMİRSOY, Nilüfer/ YILMAZ, Aysun: “Kornea Transplantasyonunun Tıp, Etik ve Hukuk Açısından Önemi”, Türkiye Klinikleri Journal of Ophthalmology, 21(3), 2012, s.171-183.
- DOMINQUEZ, Javier/ROJAS, José Luis: Presumed Consent Legislation Failed to Improve Organ Donation in Chile. Transplantation Proceedings, 45(4), 2013, 1316-1317.
- GETTMAN, T. Matthew/LOTAN, Yair/NAPPER, A. Aherly/CADEDDU, A. Jeffrey: “Transvaginal Laparoscopic Nephrectomy: Development and Feasibility in the Porcine Model”, Urology, 59(3), 2002, s.446-450.
- GEZDER, Ümit: “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXV(1), s.207-222.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÜNGÖR, Erol; Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2008.
- GÜRKAN, Ülker: “Montesquieu ve Kanunların Ruhunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 40(1), 1988, s.9-31.
- GURLULER, Ercument/BERBER, İbrahim/CAKIR, Ülkem/GURKAN, Alihan: “Transvaginal Route for Kidney Extraction in Laparoscopic Donor Nephrectomy”, Journal of The Society of Laparoendoscopic Surgeons, 18(3), 2014, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4236079/pdf/e2014.00156.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2021).
- İLKILIÇ, İlhan: “Etik Yaklaşımlar Bağlamında Beyin Ölümü”, içinde Görgülü, Ülfet/Kılıç, Halil (ed.), Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fikhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2019.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.
- KOMETSI, K.T. Joseph/LOUW, Johann: “Deciding on Cadaveric Organ Donation in Black African Families”, *Clinical Transplantation*, 13(6), 1999, s.473-478.
- LOTSCHER, Andreas: "Gute Gesetze Sind Transparente Texte"; Türkçe çevirisi: "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", in *Kanun Yapma Tekniği Uluslararası Sempozyum*, 27-28 Mart 2015, Türkiye Barolar Birliği-Özyeğin Üniversitesi, Ankara 2016, s.98-176.
- MOLZAHN, E. Anita/STARZOMSKI, Rosalie/McDONALD, Michael/O'LOUGHIN, Chloe: “Aboriginal Beliefs About Organ Donation: Some Coast Salish Viewpoints”, *Canadian Journal of Nursing Research*, 36(4), 2004, s.110-128.
- MONTESQUIEU: *The Spirit Of Laws*, Cambridge Integral, Chapter 14, What are the Natural Means of Changing the Mores and Manners of a Nation, s.315, <https://archive.org/details/MontesquieuTheSpiritOfLawsCambridgeIntegral/page/n5/mode/2up> (Erişim Tarihi: 10.02.2021).
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması”, Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE'ye Armağan, 2001, s.93-118.
- NEWTON, D. Joshua: “How Does the General Public View Posthumous Organ Donation? A Meta-Synthesis of The Qualitative Literature”, *BMC Public Health*, 11, 2011, s.791-802.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, Ankara 1994, s.225-231.
- ÖZEL, Çağlar: “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51(1), 2002, s.43-77.
- PARLAR, Şafak: “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *TBB Dergisi*, 83, 2009, s.189-222.
- PARWEZ, Hossain: Presumed Consent and the Implications for Eye Donation. *Eye*, 2020, s.1, <https://doi.org/10.1038/s41433-020-01266-3> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).
- ŞENGÜN, Mustafa: "Ahlaki Gelişimin Psiko-Sosyal Dinamikleri", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 23, 2007, s.201-221.
- SEROZAN, Rona: Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11(14), 1977, s.93-112.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Genişletilmiş 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SWAIN, Paul: “Nephrectomy and Natural Orifice Translumenal Endoscopic (NOTES): Transvaginal, Transgastric, Transrectal, and Transvesical Approaches”, *Journal of Endourology*, 22(4), 2008, s.811-818.
- TAUPITZ, Jochen: “Das Recht im Tod: freie Verfügbarkeit der Leiche? : Rechtliche und ehtische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener”, *Humanitas*, Dortmund, 1996.
- TEPEHAN, Selma/ELMAS, İmdat: “Türkiye’de Beyin Ölümü Tanısına Güven Sorunu ve Organ Bağışına Yansımaları”, *Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi*, 18(1), 2014, s.8-14.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener: “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(7), 2008, 203-221.
- VAN WIJK, J. Marja/NIJENHUIS, V. Matthijs/DORREPAAL, A. Caroline/BOKHORST, G. Arlinke: “Factors Involved in the Occurrence of Bleeding Complications After Enucleation for Cornea Donation”, *Cornea*, 28(9), 2009, s.1014-1018.
- YAZICI, Mehmet: “İslam Hukuku Açısından Beyin Ölümü”, içinde Görgülü, Ülfet/Kılıç, Halil (ed.), *Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fikhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s.171-180.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, *TBB Dergisi*, 68, 2007, s.43-93.

EK: RESİMLER



Resim-1: Kornea Dokusu



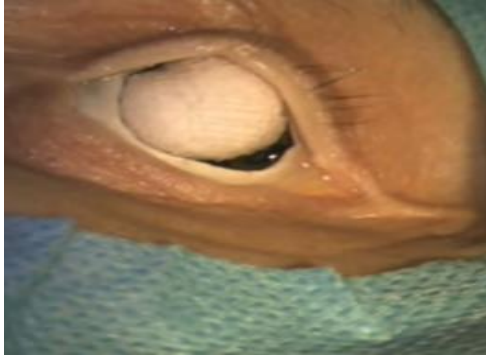
Resim-2: Kornea Dokusunun Göz Organından Ayrılması Aşaması



Resim-3: Korneanın Göz Organından Ayrılması Aşaması



Resim-4: Kornea Dokusunun Göz Organından Ayrılmış Hâli



Resim-5: Tampon Uygulaması Sonrası Görünüm



Resim-6: Kap Uygulaması Aşaması



Resim-7: Kap Uygulaması Sonrası Görünüm



Resim-8: Göz Kapaklarının Dikilmiş Hâli



Resim-9: Gözün Alınmış Hâli