

“OVIEDO SÖZLEŞMESİ” VE “EK PROTOKOL” UYARINCA İNSAN KÖKENLİ ORGAN VE DOKU NAKİLLERİ

**(Oviedo Sözleşmesi Işığında Türk Hukukuna ilişkin
Değerlendirme)**

II. ULUSLARARASI TIP HUKUKU KONGRESİ

**21-23 Eylül 2017
Antalya**

Prof. Dr. Ergun Özsunay
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Em.)
İKÜ Hukuk Fakültesi
Avrupa Konseyi DH-BIO'da
Türk Delegesi

I. Genel olarak

Organ nakli (organ transplantation, Organtransplantation), yaşayan veya ölmüş bir kimseden alınan organ veya dokuların, organ veya doku gereksinimi bulunan bir kimseye tedavi amacıyla aşılmasıdır. **Organ bağışı** (organ donation, Organspende) ise, yaşayan veya ölmüş bir kimsenin organ veya dokularının organ ya da doku gereksinimi bulunan hastalara tedavi amacıyla aşılacak üzere karşılıksız olarak verilmesini ifade etmektedir.

Türk hukukunda, 01.06.2000 tarihli “*Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği*”, “organ ve doku nakli”ni, “terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli ameliyesi” olarak tanımlamıştır (m. 4/b).

II. Türk Hukuk Kaynakları

1. 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun”

Türkiye’de organ ve doku nakilleri, 25.9.1979 tarihli ve 2238 sayılı “**Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun**”la düzenlenmiştir.

Bu Kanuna, sonradan, 21.1.1982 tarihli ve 2594 sayılı Kanunla bazı eklemeler yapılmıştır. 2238 sayılı Kanun, bundan sonra “*Organ Nakli Kanunu*” ya da kısaca “*ONK*” olarak anılacaktır.

2. TMK’nu m. 23/III

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı **Türk Medeni Kanunu**’nda da (TMK) insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakline ilişkin bazı hükümler yer almaktadır. İnsan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli için ilgilinin *yazılı olarak rızasının* alınması gerekir. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kimseden edimini yerine getirmesi istenemez; bu kimseye karşı maddi ve manevi tazminat davaları açılmaz (TMK m. 23/III).

3. “Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği”

Organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak ayrıntılar, 01.06.2000 tarihli “**Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği**”nde yer almaktadır.

Bu Yönetmelik 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK’nin 43. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır (m. 3). Bkz. RG: 1.6.2000, Sayı: 24066.

4. Yeni çalışmalar

Sağlık Bakanlığında, son yıllarda, “**Organ, Doku Nakli ve Hücre Tedavileri Hakkında Kanun Tasarısı**” üzerinde çalışmalar yapılmaktadır. Sözü geçen tasarıyla, AB’nin 2004/23 EC, 2006/17/EC ve 2006/86/EC sayılı Yönergelerle öngörülen çözümlerin Türk hukukuna aktarılması amaçlanmıştır. Bu çözümler, insan doku ve hücrelerinin bağışlanması, sağlanması, işlenmesi, teste tabi tutulması, saklanması, depolanması ve dağıtım konularında kalite ve güvenlik standartlarının belirlenmesine ilişkindir.

Bkz. *Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells* (OJ L 102, 07/04/2004); *Commission Directive*

2006/17/EC of 8 February 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for the donation, procurement and testing of human tissues and cells (OJ L 38/40, 09/02/2006); Commission Directive 2006/86/EC of 24 October 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards traceability, requirements, notification of serious adverse reactions and events and certain technical requirements for the coding, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells (OJ L 294/32, 25/10/2006).

III. Oviedo Sözleşmesi: “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” ve Ek Protokol

1. Genel olarak

Türkiye, Avrupa Konseyi'nin **Biyoetik Yürütme Kurulu** (Steering Committee on Bioethics) tarafından hazırlanan ve 4.4.1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde kabul edilmiş bulunan **“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”**nin tarafıdır. Türkiye, söz konusu Sözleşmeyi bazı rezervler koyarak onaylamıştır. Rezervlerden biri de, “muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamama”sına ilişkindir. Türkiye, 2238 sayılı Kanunla (ONK) bağdaşmadığı için bu çözüme rezerv koymuştur.

Bkz. “*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*” (ETS No. 164). Bu Sözleşme, bundan sonra, bazen “*Oviedo Sözleşmesi*”; bazen de “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” olarak anılacaktır. **Oviedo Sözleşmesi**, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla kabul edilmiş ve Bakanlar Kurulunun 16.3.2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı Kararıyla onaylanmıştır. 5013 sayılı Kanun için bkz. RG: 9.12.2003, Sayı: 25311; Bakanlar Kurulu'nun 2004/7024 sayılı Kararı için bkz. RG: 20.4.2004; Sayı: 25439.

Oviedo Sözleşmesinin eki olan protokollerden biri de 24.1.2002 tarihinde kabul edilmiş bulunan **“İnsan Kökenli Organ ve Dokuların Nakli Hakkında Ek Protokol”**dür.

“Additional Protocol to THA Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin” (ETS 186)

Türkiye, Oviedo Sözleşmesine ek bazı Protokolleri imzalamış ve onaylamış ise de; **“İnsan Kökenli Organ ve Dokuların Nakli Hakkında Ek Protokol”**ü imzalamamıştır.

Bkz. “*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*” (ETS No. 186, Strasbourg, 2002). Bu protokol, bundan sonra, bazen “*İnsan Kökenli Organ ve Dokuların Nakli Hakkında Ek Protokol*”; bazen de “*Ek Protokol*” olarak anılacaktır.

2. Oviedo Sözleşmesinde “organ ve doku nakilleri”: Genel olarak

Oviedo Sözleşmesi “transplantasyon amaçlarıyla yaşayan bağışçılardan organ ve doku alınması”nı 19-22. Maddelerinde düzenlemiştir.

Madde 19. Genel Kural

1. Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ vedoku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir.

2. Gerekli muvafakat, Madde 5’te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli şekilde, yazılı olarak veya resmi bir makam önünde verilmiş olmalıdır.

Madde 20. Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması

1. 5 Maddeye göre, muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz.

2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:

- (i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
- (ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
- (iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;
- (iv) 6. Maddenin 2 ve 3. Paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;
- (v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.

Madde 21. Ticari kazanç yasağı

İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır.

Madde 22. İnsan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf

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

IV. Oviedo Sözleşmesindeki çözümlere ilişkin açıklamalar

1. Amaç

Oviedo Sözleşmesinde de; Ek Protokolde de, Ek Protokolün tedavi amaçlarıyla (therapeutic purposes) insan kökenli organ ve dokuların nakline uygulanacağı belirtilmektedir (m. 2.1).

Ek Protokolde, “nakil” kavramıyla, bir kimseden bir organın veya dokunun alınması ve bunun başka bir kimseye aşılmasıyla (implantation) ilgili tüm sürecin (complete process) anlaşılacağını belirtmiştir. Bu sürece, organ veya dokunun alınması, saklanması, depolanması ve hazırlanmasıyla ilgili tüm usuller de dahildir (m. 2.4).

2238 sayılı **ONK**, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline ilişkindir (m. 1). **ONK**, “organ ve doku nakli” (transplantation) kavramını tanımlamamıştır. **ONK**’a göre, “organ ve doku” ile, “insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ve bunların

parçaları” anlaşılır (m. 2/I). Türkiye’de organ ve doku nakline ilişkin sorunlar için bkz. *Ergun Özsunay*, Organ Transplants in Turkey, National Paper submitted to the “4th World Congress of Bioethics”, 4-7 November 1998, Nihon University, Tokyo, Japan; *Ergun Özsunay*, Organ and Tissue Transplantation in Turkey, National Paper submitted to the “World Medical Congress”, 24.08.2009, Beijing, China.

2. Kapsam

Ek Protokolde de, (i) *üreme organları ve dokuları*; (ii) *embriyonik veya fetal organlar ve dokular* ; (iii) *kan ve kan türevleri* Protokol hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır (m. 2.3).

ONK hükümleri, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla “organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli”ne yöneliktir. **ONK**, “*organ ve doku*”ları kapsamaktadır (m. 1). *Oto-grefter, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu* ONK’un kapsamı dışındadır. ONK, bunların, yürürlükteki sağlık mevzuatı ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmelerini öngörmüştür (m. 2/II). Bkz. *Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrası Hakkında Kanun*, No. 1219 ve *Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*, No. 2/12578 (RG: 19.2.1960; Sayı: 10436). Karş. *İnsan Kökenli Organ ve Dokuların Nakli Hakkında Ek Protokol*, m. 2.3.

3. Yaşayan vericiden organ ve doku alınmasını koşulları

Oviedo Sözleşmesine göre, *yaşayan bir vericiden organ alınması*, ölü vericiden uygun organ ya da doku elde etmenin mümkün olmadığı ve benzer etkili alternatif bir tedavinin bulunmadığı durumlarda söz konusudur (m. 19.1; *Ek Protokol*, m. 9).

ONK ise, bu gibi “ön koşullar” öngörülmezsizin, yaşayan kişilerden (canlı verici) organ alınmasının koşullarını belirlemektedir. **ONK**’a göre, ancak, *18 yaşını tamamlamış* olan (erginlik: TMK m. 11) ve *ayırt etme gücü* (teyiz kudreti: TMK, m. 13) bulunan kişilerden organ ya da doku alınabilir. 18 yaşını doldurmamış olan ve ayırt etme gücü bulunmayanlardan (küçükler ve kısıtlılar: TMK, m. 14) organ veya doku alınması yasaktır (m. 5 ve 6).

4. Onam (rıza, muvafakat) ve onamın geri alınabilmesi

a) Onam (rıza; muvafakat): Oviedo Sözleşmesi (m. 5) ile **Ek Protokole** (m. 13) göre, yaşayan bir vericiden, ancak serbest, bilgilendirilmiş ve belirli onamının (muvafakat) *yazılı olarak veya bir resmi makam önünde verilmiş olması halinde* organ veya doku alınabilir.

TMK’na göre, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli ancak “*yazılı rıza*” üzerine mümkündür (m. 23/III). “*Rıza*” kavramı, **ONK**’da, “*muvafakat*” sözcüğüyle ifade edilmiştir. Yaşayan kişilerden organ veya doku alınmasına “*muvafakat*”le ilgili olarak bkz. ONK m. 6’nın başlığı; ölmüş vericinin “*yakınlarının muvafakatı*”yla ilgili olarak m. 14/I. **ONK**’a göre, ergin ve ayırt etme gücü bulunan bir vericiden organ alınabilmesi için, vericinin (i) “*en az iki tanık önünde açık, bilinçli ve etkidenden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı onam*”ının bulunması ya da (ii) “*en az iki tanık önünde sözlü olarak*” *organ vereceğini beyan edip, imzaladığı bir tutanağın bir hekim tarafından onaylanması* zorunlu görülmüştür (m. 6/I). Ancak, verici bakımından “*yaşamsal önemi olan organlar*”ın verilmesine ilişkin “onam” (rıza) geçersizdir (ONK, m. 8; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, m. 27/I).

Oviedo Sözleşmesi ve Ek Protokole göre, vericinin onamının herhangi bir şekilde onaylanması söz konusu değildir. Bunun nedeni, bireyin, beden bütünlüğü ve organları üzerindeki *kişilik haklarının* sadece kendisine ait olması; organ veya doku verilmesinin ise “*kişiyeye sıkı şekilde bağlı haklar*” içinde yer almasıdır. Herkes, organ veya doku verip

vermeme konusunda özgürce ve bağımsızca hareket etmek hakkına sahiptir (self-determination).

Oysa, ONK'a göre, organ ya da doku alınması için sadece vericinin onamı yeterli görülmemiştir. Vericinin onamının ayrıca, hekim tarafından "onaylanması" da gerekmektedir (m. 6. d). Ayrıca, vericinin evli olması halinde, *birlikte yaşadığı eşinin "organ ve doku verme kararından haberdar olup olmadığı"nın da araştırılması* öngörülmüştür (m. 7/d). Vericinin evli olması halinde, organ ya da doku verilmesi eşinin "onam"ına bağlı değildir. Ancak, organ verilmesinin, sosyal ve aileye ilişkin yansımaları nedeniyle, bu durumdan evli eşin bilgilendirilmesi "amaca uygun" görülmüştür.

b) Onamın geri alınabilmesi: Oviedo Sözleşmesi, bireyin tıbbi müdahale ya da organ verilmesine ilişkin "onam"ından (consent, consentement) *her zaman* dönebileceğini öngörmüş (m. 5/III); bu ilke, **Ek Protokol**'de de yinelenmiştir (m. 13/II).

Aynı çözüm Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Verici, organ ya da doku verilmesine ilişkin onamını her an, serbestçe geri alabilir. **ONK**, onamın geri alınması konusunda açık bir hüküm öngörmüş değilse de, **TMK**, insan kökenli "biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan"dan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceğini; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağını açıkça belirtmiştir (m. 23/III).

5. Bilgilendirme: Aydınlatılmış onam

Oviedo Sözleşmesi (m. 5) ile **Ek Protokol** de (m. 12), vericiye, *organ veya doku alınmasının amacı ve niteliği ile vericinin korunması bakımından kanun uyarınca öngörülmüş bulunan haklar ve güvenceler* konusunda aydınlatıcı bilgi verilmesini istemektedir.

Aynı çözüm Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Vericinin onamının geçerli olabilmesi için, onun "aydınlanmış bir onam" (informed consent) olması öngörülmüştür. **ONK**'a göre, bir onamın "aydınlanmış onam" sayılabilmesi için, vericinin, uygun bir biçimde ve ayrıntılı olarak, *organ ve doku alınmasının yarabileceği tehlikeler ve organ alınmasının kendisi üzerindeki tıbbi, psikolojik, sosyal ve ailevi sonuçları* hakkında bilgilendirilmesi gerekir (m. 7/a). **ONK**, ayrıca, vericinin, organ veya doku verilmesinin "alıcı"ya sağlayacağı yararlar hakkında da bilgilendirilmesini öngörmektedir (m. 7/b). Aydınlanmış onamla ilgili olarak bkz. *Ergun Özsunay/Teoman Akünal*, Informed Consent for Medical Interventions under Turkish Law, "National Paper submitted to the "11th World Congress on Medical Law", Sun City, North West Province, South Africa, 28 July-1 August 1996; *Ergun Özsunay*, Issues relating to Informed Consent as a Patient's Right in Turkey, National Paper submitted to the "2005 International Congress on Medical Law and the 1st World Conference on Public Health Law and Ethics", August 15-19, 2005, Seoul, Korea.

6. Organ ve doku alınması bakımından istisnalar

Sözleşmeye (m. 20.2) ve **Ek Protokole** (m. 14.2) göre, *istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında*, onam (rıza, muvafakat) verme yeteneği olmayan bir kimseden *kendisini yenileyen dokuların* alınmasına aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:

- (i) onam verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
- (ii) alıcının, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
- (iii) bağışın, alıcı bakımından "hayat kurtarıcı olma" beklentisinin bulunması;
- (iv) kanuni temsilcinin doku alınmasına belirli bir dokuyla ilgili olarak ve yazılı şekilde izin vermesi (karş. Sözleşme, m. 6.2 ve 3);
- (v) olası vericinin buna itirazda bulunmaması (m. 20.2; Ek Protokol, m. 14.2).

ONK'a göre, *vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak olan organ ya da dokuların* alınması yasaktır (m. 8). **ONK**'la, "onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyiz olmayan

kişilerden organ ve doku alınması” yasaklanmıştır (m. 5). Bu nedenle de, Türk hukukunda, söz konusu istisnai durumlarda ayırtım gücü olmayanlardan veya küçüklerden doku alınabilmesine imkan bulunmamaktadır. **ONK** m. 5 hükmü nedeniyle, Türkiye Cumhuriyeti, **Oviedo Sözleşmesini** imzalarken, bu konuda bir “çekince” koymuştur. Bkz. Oviedo Sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun. Ayırt etme gücü olmayanlar ile küçüklerin korunmasına yönelik olsa bile, **ONK**’ta böylesine katı bir çözümün benimsenmesinin amaca uygun olmadığı belirtilmelidir. Örneğin, bir küçükten, hasta olan kardeşi ya da ana veya babası için ilik alınabilmesi mümkün değildir. Kanımca, **ONK**’la ilgili ilk “revizyon”da, bu konuda Oviedo Sözleşmesinde öngörülen “istisnai durum çözümü”nün benimsenmesi yerinde olacaktır.

7. Kazanç yasağı

Oviedo Sözleşmesi (m. 21) ve **Ek Protokolde** de (m. 21) yer almaktadır: İnsan vücudu ve onun parçalarından ticari kazanç ya da benzeri menfaatler elde etmek yasaklanmıştır.

Karş. *Oviedo Sözleşmesi*, m. 3: “*insan onurunun korunması ilkesi*”ve m. 21.

Ancak, **Oviedo Sözleşmesine** göre, tıbbi müdahale sonucunda *uygun olmayan bir zarara uğrayan kimse* kendisine adil bir tazminat verilmesini isteyebilir: “*uygun olmayan zararın tazmini*” ilkesi (compensation for undue damage) (m. 24). **Ek Protokole** göre insan vücudu ve onun parçalarının kazanç konusu olması veya benzeri yararlar sağlaması yasaklanmış ise de, yaşayan bir organ vericinin yoksun kaldığı kazancın, organ alınması ve bununla ilgili tıbbi muayenelerin için yapılan masrafların ödenmesi bu yasağın dışında tutulmuştur (m.21.1). Aynı şekilde, organ veya doku nakliyle ilgili tıbbi veya teknik servisler için haklı bir ücretin ödenmesi; organ ya da doku alınmasının yaşayan bir vericiye verdiği olağan dışı zararların tazmini de yasağın dışındadır (m. 21.1).

Karş. **Ek Protokol**, m. 22. Ayrıntı için bkz. *DH-BIO*, Draft Guide for the implementation of the Principle of Prohibition of Financial Gain with respect to the human body and its parts, as such, from living or deceased donors (based on the guiding elements prepared by the Ad-Hoc Working Group (DH-BIO/FIN GAIN (2016)4) and as revised by the Bureau at its meeting on 4-6 September 2017 in the light of comments made by delegations (DH-BIO(2017)7 REV 2). Aynı yasak Türk hukuku bakımından da söz konusudur. **ONK**’a göre, *bir bedel ya da başkaca bir çıkar karşılığı organ veya doku alınması ya da satılması yasaktır* (m. 3).

8. Organ ve doku trafiği yasağı

Ek Protokol, *organ ve doku trafiğini* kesin olarak yasaklamıştır (m. 22).

Avrupa Konseyine üye devletlerde organ trafiğine ilişkin sorunlar için bkz. *CDBI/INF (2003)11 rev. 2* - Replies of the member states to the questionnaire on organ trafficking. Organ trafiğiyle ilgili olarak *Avrupa Konseyi ile Birleşmiş Milletler Örgütü* arasındaki ortak çalışmalar için bkz. *Joint Council of Europe and United Nations study on trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*. Ortak çalışmada, organ ve doku trafiği ile organ ve doku nakli amacıyla insan trafiğine ilişkin sorunların çözümü, kurbanların korunması ve bu işlere karışanların cezalandırılması amacıyla *uluslararası bir Antlaşmanın* yapılması tavsiye edilmiştir.

9. Reklam yasağı

Ek Protokol, Sözleşen taraflara, organ bağışına yönelik özendirici etkinlikte bulunma yükümlülüğü öngörmektedir (m. 19).

ONK, *organ ve doku gereksinimi için ilan verilmesi ya da reklam yapılmasını* da yasaklamıştır. Bununla beraber, organ verilmesini (bağış) özendirici etkinlikte bulunulabilir (yayın, reklam vb.).

ONK, bilimsel, istatistiksel ve haber niteliğinde bilgi dağıtımını yasak kapsamı dışında bırakmıştır (m. 4).

10. Sır saklama yükümlülüğü

Oviedo Sözleşmesi (m. 4) ile **Ek Protokole** (m. 4) göre, sağlık alanındaki her tıbbi müdahalenin “*mesleki standartlar*”a (professional standards) uygun olarak yapılması gerektiğinden, “hekimin sır saklama yükümlülüğü”, mesleki standartların bir gereğidir.

ONK’a göre de, hekim, *alıcı ve vericinin kimliklerini açıklamamakla yükümlüdür*. Uygulamada, “*verici ve alıcılar hakkında bilgi verilmemesi yükümlülüğü*”ne, ne yazık ki, hekimler tarafından uyulmadığı görülmektedir. *Kan ve kayın hısımları* (sıhri hısımlar) arasında (TMK, m. 18 ve 18) ya da *yakın kişisel ilişkilerin* söz konusu olduğu organ nakillerinde sır saklama yükümü söz konusu değildir (ONK, m. 7/f).

11. İnsan vücuduna saygı yükümlülüğü

Ek Protokole göre, hekimin en önemli yükümlülüklerinden biri de, organ veya doku alınırken, *insan vücuduna saygı gösterme ve cesedin eski görünümünün sağlanması amacıyla da gereken tüm makul önlemleri alma yükümlülüğüdür* (m. 18).

ONK’ta bu yükümlülük açıkça belirtilmemiştir.

12. Ölmüş vericiden organ ve doku alınması

Ek Protokol, ölmüş vericiden organ ve doku alınmasına ilişkin koşulları belirlemektedir (m. 16 vd.) . Ölmüş vericiden organ ve doku alınabilmesi için, ilgili kanun hükümlerine göre, bu kimsenin ölmüş olduğunun belgelenmesi gerekir (certification of death). **Ek Protokole** göre, ölüm halini belirleyecek hekimlerle, organ veya doku alınması sürecine katılacak hekimlerin aynı olmaması gerekir (m. 16/II). Ek Protokole uyarınca, ölen kişi, sağlığında kendisinden organ ve doku alınmasını istememiş ise, organ ve doku alınmaz (m. 17/II).

ONK’a göre, ölü vericiden organ ve doku alınabilmesine ilişkin koşullar, m. 11/I vd.’nda yer almaktadır. ONK’nun 12. maddesi, Ek Protokole uygundur. ONK’a göre de, bir kimse sağlığında, *ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmiş* ise, ondan organ ve doku alınmaz (m. 14/III). “Ölüm” halinin saptanması konusunda ise, tıbbi ölüm hali, *bilimin Türkiye’de ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemlerin uygulanması* suretiyle belirlenir (m. 11/I). Kurul, tıbbi ölüm halini, ancak, “*oybirliği*”yle alacağı bir kararla belirleyebilir (m. 11/I). Uygulamada, *tıbbi ölüm halinin* belirlenmesi bakımından, **Organ ve Doku Nakil Hizmetleri Yönetmeliğinin** Ekinde belirtilen “*beyin ölümü*” ölçütüne başvurulmaktadır. Ekte yer alan hükümlere göre, “*beyin ölümü tanısı*” için, daha önce tanısı konulmuş bir nedenle hasta irreversibl koma tablosuna girmiş ise, en az 12 saat; etiyojisi bilinmeden gelişen tablolarda ise, en az 24 saat bu koşulların değişmeden devamlılığın gözlenmesi gereklidir. Ayrıca, “*klirik beyin ölümü tanısı*” almış hastalarda, hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemiyle “*beyin ölümü*”nün teyid edilmesi de öngörülmüştür. *Türk Tabipleri Birliğinin* (TTB) “*beyin ölümü tanısı*”na ilişkin görüşü için bkz. *Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu Görüşleri*, Haziran, 1998, s. 75-76. Genel olarak, bir kimsenin kan dolaşımı ve solunum fonksiyonları geri dönülemez bir şekilde durmuş bulunuyorsa ve beyin kökü dahil, tüm beyin fonksiyonları da geri dönülemez bir şekilde sona ermiş ise, o kimse “*ölmüş*” sayılır. Bkz. *President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, Defining Death: A Report on the Medical, Legal, and Ethical Issues in the Determination of Death, Government Printing Office, Washington DC,1981. “*Ölüm*” olgusunun belirlenmesine ilişkin yeni sorunlar için bkz. *The President’s Council of Bioethics*, Controversies in the Determination of Death, A White Paper by The President’s Council of Bioethics, Washington DC, December, 2008’de “*The Clinical Presentation and Pathophysiology of Total Brain Failure*”, s. 21 vd. Genel olarak “*ölüm ve ölme*” olgusuna ilişkin tanımlar için bkz. *Örn Bjarnason*, Death and Dying- Definition and Determination, A Synopsis, Council of Europe, CDBI-CO-GT1 (99)3’te “*beyin*

ölümü”yle ilgili olarak “*Harvard Ölçütleri*” için bkz. s. 6-7; *Ergun Özsunay*, Hayatın Başlangıç ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, 1998, s. 1-63.

VI. SONUÇ

1. Yukarıdaki açıklamalar, Oviedo Sözleşmesi ve Ek Protokol hükümleriyle organ ve doku alınmasına, aşılmasına ve nakline ilişkin *temel sorunların* çözüme bağlanmış olduğunu göstermekte; Sözleşme ve Ek Protokol hükümlerinin, organ ve doku nakilleri bakımından bu alandaki yeni gelişmeleri yansıttığını ortaya koymaktadır. Alman ve İsviçre hukuklarındaki yeni düzenlemeler, Oviedo Sözleşmesinden esinlenmiştir.

Bkz. **Almanya**’da 05.11.2007 tarihli “**Organ ve Doku Bağışı, Alınması ve Nakli Hakkında Kanun**” (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben [Transplantationsgesetz]) ve bu kanunla ilişkili olarak 20.07.2007 tarihinde “**İnsan Kökenli Doku ve Hücrelerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Kanun**” (Doku Kanunu) (Gesetz über Qualitaet und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen [Gewebe-gesetz]); **İsviçre**’de 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren 08.10. 2004 tarihli “**Organların, Dokuların ve Hücrelerin Nakli Hakkında Federal Kanun**” (Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Gewerben und Zellen [Transplantationsgesetz]).

Oysa 2238 sayılı Kanun (**ONK**), **TMK** ve bunlara dayalı **ikincil mevzuat** (Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği), yürürlükteki çözümlerin yeni gelişmeler karşısında yetersiz kaldığını göstermektedir. 2238 sayılı Kanun’un Oviedo Sözleşmesi, Ek Protokol ve aynı hukuk ailesine dahil bulunduğumuz diğer ulusal hukuk düzenlerindeki gelişmeler doğrultusunda revize edilmesi amaca uygun olacaktır. 25.08.2017

Prof. Dr. Ergun Özsunay