



T.C.

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

ŞİKAYET NO : 01.2013/676

KARAR TARİHİ : 28/02/2014

RET KARARI

ŞİKAYETÇİ

: M.D

ŞİKAYET EDİLEN İDARE

: Sağlık Bakanlığı ANKARA

ŞİKAYETİN KONUSU

: Kronik böbrek yetmezliği hastası olan şikayetçi İran'da uygulanan organ nakli uygulamasının Ülkemizde uygulanmasına ilişkin yasal düzenleme yapılmasını istemektedir.

BAŞVURU TARİHİ

: 11.10.2013

I. USÛL

A. Şikayet Başvuru Süreci

1) Şikayet başvurusu, Kurumumuza e-başvuru yolu ile gönderilen ve 27.10.2013 tarih ve ... sayı ile kayıt altına alınan, gerçek kişiler için şikayet başvuru formu vasıtasıyla yapılmıştır. Şikayet başvurusunun karara bağlanması için 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikayetin incelenmesine ve araştırmasına geçilerek 01.2013/676 sayılı Ret Kararı önerisiyle Başdenetçiye sunulduğu anlaşılmıştır.

B. Ön İnceleme Süreci

2) Yapılan ön inceleme neticesinde, şikayetin inceleme ve araştırmasına engel bir eksikliğin bulunmadığının tespit edildiği anlaşılmıştır.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikayetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3) Kronik böbrek yetmezliği hastası olan şikayetçi, Ülkemizde İran modeli olan Böbrek naklinin Devlet eliyle yapılmasına ilişkin yasal düzenleme yapılmasının vatandaşların mağduriyetini gidererek suç işlemekten alıkoyacağını ileri sürmektedir.

B. İdarenin Şikayete İlişkin Açıklamaları

4) Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 25.09.2013 tarih ve 32550 sayılı yazılarında organ bağışının arttırılması için sağlık çalışanlarına eğitimler düzenlenmekte olduğu, her hastane de organ nakli koordinatörü görevlendirildiği, Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Merkezi ile birlikte organ dağıtımının adaletli bir şekilde ve tıbbi gerekliliklere dayanılarak yapıldığı, Türkiye genelinde 9 Bölge Koordinatörü olduğu, il sağlık müdürlükleri tarafından organ bağış hakkında halk eğitimlerinin verildiği, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri ve Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gereği maddi çıkar karşılığı organ alınması, bağışlanması ve naklinin yasak olduğu belirtilmiştir.

C. Olaylar

5) Şikayetçinin Kurumumuza daha önceden yapılan organ nakli konusunda 22.08.2013 tarihli şikayetiyle ilgili olarak Sağlık Bakanlığına 01.2013/524 şikayet nolu ve 01.2013/404 karar nolu Gönderme Kararı verildiği, bununla ilgili olarak Sağlık Bakanlığının şikayetçiye hitaben 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri ve Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gereği maddi çıkar karşılığı organ alınması, bağışlanması ve naklinin yasak olduğu belirtilmesi üzerine Kurumumuza yeniden başvurduğu anlaşılmıştır.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

6) Anayasanın 15'inci maddesinde kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı, 17'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, yine Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağı,

7) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) 91'inci maddesinde; Organ veya doku ticareti ile ilgili,

(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimsenin, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı,

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimsenin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı,

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunacağı,

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunacağı,

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişinin, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı

(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişinin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı,

(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzelkişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı,

(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağı,

8) 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun (ODNK) 15'inci maddesinde, Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因an ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunacağı,

9) Türk Medeni Kanununun 23' üncü maddesine göre kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamayacağı, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün olduğu, ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemeyeceği, maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamayacağı,

10) Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 31'inci maddesinde, Bu Yönetmelik ile gösterilen nitelik ve koşullara sahip olmadan ve Bakanlıktan izin almadan, hekimler ve diğer şahıslar tarafından organ ve doku nakli yapmak için özel merkezler açılması, organ ve doku naklinin yasak olduğu, Kamu kurum ve kuruluşlarında organ nakli yapmaya başlayacak olan merkezler bu durumu Bakanlığa bildirirler ve izin belgesi alacakları, bu yasağa uymadığı saptanan merkezlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulacağı ve haklarında Kanunun ilgili hükümleri uygulanacağı,

11) Organ ve Doku Dağıtımı ile ilgili 29'uncü madde de, Organ ve doku dağıtımı, Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'ne göre yapılacağı, Organ dağıtımı elektronik ortamda yapılacağı, Organ ve doku nakli merkezleri, organ ve doku bekleyen hastalara ait kimlik ve adresleri, doku tiplerini, öncelik sıralarına ait bilgileri Organ ve Doku Nakli Bilgi İşlem Merkezine bildirmek zorunda oldukları, Donör ve hastaya ait doku özellikleri eşlenmeleri, müşterek kullanılan program tarafından, bilgisayar ortamında yapılacağı, Nakil merkezleri kendilerinde sıra bekleyen hastalara ait listeleri güncelleştirmek zorunda oldukları,

12) Ulusal Organ Ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesinin 5'inci maddesinde

(1) Organ ve doku dağıtımı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbî etik anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirileceği,

- (2) Organ ve doku dağıtımında acil organ taleplerinin öncelikle değerlendirileceği ve acil talepler için Acil Bekleme Listesi oluşturulacağı,
- (3) Organ ve dokular 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen usul ve esaslara göre kullanılacağı, Yeni açılan veya ruhsatı iptal edilen nakil merkezi olması halinde Bakanlıkça Ulusal Sistemden Organ Ve Doku Alım ve Çıkarım Sırasındaki (Ek 3) listede ekleme ya da çıkarma yapılacağı,
- (4)Bakanlık tarafından her organ için Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi oluşturulduğunda, nakil merkezleri kendi organ nakli bekleme listelerindeki hasta bilgilerini Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kaydetmekle yükümlü olduğu,
- (5)Organ bekleyen hastalarını Ulusal Bekleme Listesine kaydetmeyen merkezlere kadavra organ dağıtımı yapılmayacağı ancak, bu merkezlerin kendilerinde çıkacak kadavra vericileri UKS'ne sunmak zorunda olduğu,
- (6)Organın şehir içi taşınmasında veya havaalanına ulaştırılmasında refakat etmekle görevli personeli BKM veya UKM belirleyeceği,
- (7)Kornea dağıtımı, Göz Bankası ve Kornea Nakli Merkezleri Yönergesine göre yapılacağı,

13) Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 21'inci maddesinde, İnsan vücudu ve onun parçalarının, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacağı hükümleri yer almaktadır

B. Kamu Denetçisi Zekeriya Aslan'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi

14) İran modelinin ülkemizde uygulanmasının vücut bütünlüğü ticari meta olamayacağından şikayetin reddi gerektiği ancak Belçika örneğinde olduğu gibi ülkemizde de organ nakli yapılacak kişilerin yakınlarından alınacak icazetlerin esnetilmesi konusunun yasal düzenleme yapılırken dikkate alınması konusunda tavsiyede bulunulması gerektiği belirtilmektedir.

C. Hukuka Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gereke

15) Kronik böbrek yetmezliği rahatsızlığı olan şikayetçi İran Devleti örneğini önermektedir. Oysa İran'da organ ticareti yasal kabul edilmektedir.

16) 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu' nun 23. maddesinde organ naklinin mümkün olduğu ve verilecek olan rızanın yazılı olarak verilmesi gerektiği belirtilmiş olup rıza verenden organ veya doku verme borcunu yerine getirilmesinin istenemeyeceği, bu kişiden maddi veya manevi tazminatın istenemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Tam da bu nokta belirtmekte fayda vardır ki, organ veya doku naklinde verici alıcıdan herhangi bir maddi talepte bulunamaz, nakil konusunu ticari esaslara göre belirleyemez.

17) Hukukumuzda organ ve doku nakli 3.6.1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun bu konulara ilişkin hükümler getirdikten sonra, 15. maddede bu kanuna aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla hapis ve para cezası öngörmüştür.

18) Kişilerin en temel hakları olan yaşam hakkı ve buna bağlı olarak vücut bütünlüğünün korunması,1982 Anayasası'nın ikinci kısmında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 15/II. maddesinde

"kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulamaz" hükmü yer almaktadır. Yine Anayasa'nın 17/II. maddesinde " Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23/III. maddesi doğrudan organ nakli ile ilgili hüküm içermektedir : "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olanlardan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamaz denilmektedir.

19) Türk Ceza Kanununun 91. maddesi "organ ve doku ticareti" başlığı altında hukuken geçerli rıza olmaksızın kişiden organ ve doku alınmasını, hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alınmasını, organ ve doku satın alma, satma ve aracılık etmeyi, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organ ve dokuyu saklama, nakletme veya aşılama, belirli çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama eylemlerini düzenlemiştir. Organ vericisinden organ alınması işlemi açısından bir hukuka uygunluk nedeni bulunabilmesi, alıcının iyileştirilmesi amacına bağlı olmaktadır. Bunun dışındaki nedenler için veya iyileştirme amacına uygunluk ile orantılı olmayan müdahalelere verilecek rıza geçerli olmayacaktır. Bu çerçevede özellikle organ ve dokunun ticari amaçlarla bağışlanması sorunu ortaya çıkmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesine göre "insan bedeni ve parçaları kendi başına hiçbir ticari kazançta konu olamaz". Nitekim ODNK uyarınca "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır" ve bu yasağın yaptırımını Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Dolayısıyla hukukumuzda organ ve doku ticareti yapmak yasaklanmıştır. Organ ticaretinin büyük bir bölümünü oluşturan böbrek ticaretidir. Ne yazık ki dünyanın çeşitli ülkelerinde böbrek alım satımı çok yaygınlaşmıştır. Bu durum özellikle yoksul vericiden alıp zengin alıcıya satmak; diğer bir deyişle varlıklı alıcının sağlığını yerine getirmek için yoksulu risk altına bırakmak görünümündedir.

19) Avrupa Konseyine üye ülkelerce imzalanan ve Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni (Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) imzalamış, 9.12.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 5013 sayılı Yasa ile adı geçen uluslararası sözleşmenin onaylanmasını uygun bulunmuştur.

20) Anılan sözleşmenin her şeyden önce bir hukuk belgesi olduğu, bir etik bildirge değil, bağlayıcı bir hukuk belgesi söz konusudur. Biyotıp alanına uygulanan etik kurallar hukuk belgesinin içeriğine girmiştir. Ancak metin, gerçekten de bir hukuk belgesidir. Bu çerçevede, Sözleşme'nin biyoloji ve tıbbın uygulanmasına ilişkin temel ve doğrudan uygulanma özelliğine sahip bir uluslararası insan hakları "kodu" olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.

21) Anayasamızda belirtildiği üzere, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağı, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesine göre insan bedeni ve parçaları kendi başına hiçbir ticari kazançta konu olamayacağı ve Anayasamızın 15'inci maddesinde, ...kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı hükmü ile 17'inci maddesinde belirtilen tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, ilkeleri dikkate alındığında organ naklinde İran modelinin uygulanmasının hem uluslararası sözleşmelerin hem de Ulusal hukukun imkansız kıldığı, Avrupa Birliği katılım sürecinde olan Ülkemiz için anılan sözleşmenin ihlali anlamına geleceği, Uluslararası belgeler

yanında anayasamız ve ulusal yasalarımızda da "beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı hakkı" koruma altına alındığı görülmektedir.

22) Bu kapsamda insan bedeni üzerinde tasarruf yetkisi sadece kendisine ait olup, yasanın bu özgürlüğe müdahalesinin söz konusu olamayacağı gibi, insan bedeni ve parçalarının kendi başına ticari kazançta konu olamayacağı, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütününe tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı dikkate alındığında; organ naklinde İran Modeli olan organ ticaretinin devlet eliyle yasal hale getirilmesi talebinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varıldığından şikayetin reddi gerekmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

23) 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, durmuş olan dava açma süresi gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

B. Yargı Yolu

24) 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40.maddesinin 2.fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinden arta kalan süre içinde Ankara İdare Mahkemesine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçelerle ve dosya kapsamına göre şikayetin REDDİNE,
Kararın şikayetçiye ve Sağlık Bakanlığı'na tebliğine,
Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi