

Organ ve Doku Nakli, Taşıyıcı Annelik ve Sperm Bağışına İlişkin Düzenlemeler Getiren Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirme

Doç. Dr. Murat Volkan Dülger*

30.10.2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne altı milletvekili tarafından “*Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*” (teklif) sunuldu.

Gündem konusu teklif, sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin düzenlemeden, sigara yasağının kapsamının genişletilmesine kadar birçok konuyu düzenlemeyi hedefliyor. Kamuoyunda geniş yankı uyandıran ve tıp camiasında “*sağlıkta şiddet yasası*” olarak nitelendirilen teklif kırk maddeden oluşuyor. Bu yazının konusu ise sadece teklifin organ ve doku nakli ile taşıyıcı annelik ve sperm bağışına ilişkin düzenlemelerini içeren 17. ve 18. maddeleri hakkında değerlendirmelerimden oluşuyor.

Organ ve Doku Nakli ile Taşıyıcı Annelik ve Sperm Bankalarına İlişkin Genel Bakış

İnsanlığın var oluşundan beri, insanlar çeşitli sağlık sorunlarıyla mücadele etmiş ve bunların üstesinden gelmeye çalışmıştır. Bu zamanla toplumun ve modern devletin üstlendiği bir kamu hizmeti haline gelmiş ve buna paralel olarak hukuk normlarıyla düzenlenen bir alan olmuştur. Bu nedenle yeni tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi, hastalıkların iyileştirilmesi ve yaşam kalitesinin artırılması ile yaşam süresinin uzatılması toplumların ve devletlerin kendilerine edindiği amaçlardan olup; bu amaçlar doğrultusunda devamlı olarak çalışmalar yürütülmüştür. Özellikle tıp bilimindeki teknolojik gelişmeler, dünya çapında seyahat olanaklarının artması ve sağlık turizmi sektörünün hızla yayılması insanların şifa bulmak amacıyla birçok yöntemi denemesini ama beraberinde insanların kobay olarak kullanılmasını ve sosyo-ekonomik sorunları ve açmazları beraberinde getirmiştir.

Bu gelişmelerin en önemlilerinden birini organ ve doku nakli oluşturmaktadır. Günümüz tıp bilimini ve teknolojisinin (bio-medikal) geldiği noktada gerekli şartlar sağlandığı takdirde organ veya doku nakilleri gerçekleştirilebilmekte, böylelikle insanın hem yaşam süresi hem de kalitesi artırılmaktadır. Daha da ötesi, organ nakli, günümüzde birçok ileri evre hastalıklarda geçerli bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmektedir. Resmi verilere göre ülkemizde yaklaşık 25.000 hasta organ nakli beklemektedir¹.

Bu ihtiyacı karşılamaya yetecek sayıda bağışçı bulunmaması, organ bekleyen hastaları kurtuluş umuduyla nakil turizmine ve para karşılığında organ satın almaya yöneltirken, ekonomik olarak güçsüz kimseleri de yasa dışı organ satmaya yöneltmektedir. Ne yazık ki bu durum dünya genelinde de farklı değildir. Özellikle Hindistan'ın Asya'nın karaborsa böbrek pazarı olduğu sıklıkla dile getirilmektedir. Buna benzer bir durumun Suriye'den iç savaş nedeniyle kaçmak

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Bilişim Hukuku öğretim üyesi / Avukat.

¹ <https://organkds.saglik.gov.tr/KamuyaAcikRapor.aspx?q=ORGANBEKLEME>

zorunda kalan mülteciler bakımından da söz konusu olduğu çeşitli kaynaklar tarafından ifade edilmektedir.

Organ, vücudun belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümünü; doku ise bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünüdür. Organ nakli de, vücutta görevini yerine getiremeyen bir organın yerine canlı bir vericiden veya ölüden alınan sağlam ve aynı görevi üstlenecek organın aktarılması işlemidir. İşte günümüzde ileri evre hastalıklarda geçerli bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen ve hukuki açıdan belki de en tartışmalı olan organ ve doku nakli konusu, Meclise sunulan bu kanun teklifinin 17. maddesi ile yeniden düzenlemek istenmiştir.

Kanun teklifinin 17. ve 18. maddelerinde yer alan düzenlemeler ile taşıyıcı annelik ve sperm bağışısı da yasaklanmak istenmektedir. ABD uygulamasında, taşıyıcı annelik sözleşmesi çerçevesinde, belirli bir ücret karşılığında ve çeşitli yükümlülükler üstlenilmek suretiyle örneğin sigara ve alkol kullanmamak, belirli aralıklarla hekime görünmek, belirli bir yaşam tarzı sürdürmek, çocuğun doğumundan sonra anne babasına teslim etmek gibi başka evli çiftten nakledilen embriyoyu taşıyan ve çocuğu dünyaya getiren kadına “*taşıyıcı anne*” adı verilmektedir². Daha önceden tüm gerekli testlerin yapılarak döllenebilirliği kanıtlanmış sağlıklı spermlerin, soğutulmak suretiyle saklanması takiben çocuk sahibi olamayan kişi/kişilere verilmesiyle gerçekleşen hukuki işleme sperm bağışısı, bu işlemin genel itibarıyla gerçekleştirildiği merkezlere ise sperm bankaları denilmektedir.

Özellikle ülkemizde çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin büyük umutlarla başvurduğu “tüp bebek” tedavisi ve son dönemlerde toplumumuzun değer yargıları ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle yasaklanmak istenen ve fakat dünya çapında geniş uygulama alanı bulan “taşıyıcı annelik” ve “sperm bağışısı ve bankaları” konuları da kanun teklifinin “üremeye yardımcı tedavi uygulamaları” başlıklı 18. maddesinde düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Teklifin Genel Gerekçesine Dair Değerlendirme

Teklifin genel gerekçesinde daha iyi bir gelecek için sağlığın geliştirilmesi ve sağlıklı hayat programları, sektörler arası işbirliği için çok yönlü sağlık sorumluluğu, uluslararası alanda ülkenin gücünü artıracak sınır ötesi sağlık hizmetleri ve sağlık turizmi gibi konular üzerinde çalışıldığı vurgulanmaktadır.

Söz konusu teklif ile ayrıca nesebin, başka bir deyişle soybağının, korunmasına yönelik olarak üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında donasyon, üreme hücreleri ve embriyonun başkalarında kullanılmaması, taşıyıcı annelik gibi hususların düzenlenmesi ve aykırı davranışlara yaptırımlar getirilmesi ile üremeye yardımcı tedavi (tüp bebek) uygulamalarında genel sağlık sigortasının genişletilmesi hususlarında düzenleme yapılmak istendiği belirtilmiştir.

² **Ergun Özsunay**, “Taşıyıcı Annelikle ilgili Hukuksal Sorunlar”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, s. 28; **Canan Bozkurt**, “Taşıyıcı Annelikte Akıl Karıştıran Soru: Anne Kim?”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, s. 31; **Thomas Jäggi/Pierre Widmer**, “Innominatverträge”, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zurich 1988, s. 70.

Öncelikle kanunla yasak kapsamına alınan hukuka aykırı organ ve doku nakli ile nakil turizmi gibi tüm dünya uluslarının ve insanlığın ortak sorunu olan bir konunun sadece kanunla yasaklanmış olması yahut yasağa aykırı davranışların suç olarak düzenlenmesi ve yaptırıma tabi tutulması bu suçların işlenmesinin önüne geçmekte yeterli olmamaktadır. Bu eylemler suç olarak düzenlenmelidir ancak toplumdaki bireylerin ekonomik ve sosyal eşitsizlikleri göz önünde bulundurularak, ivedilikle bunların iyileştirilmesine yönelik çalışmalarda da bulunulması gerekir. Bu yapılmadan yasa dışı organ ticaretiyle baş edebilmek gerçekten oldukça zordur. Zira söz konusu olan insan yaşamıdır.

Ayrıca, yasaklanmaması ancak düzenleme yapılarak uygulanması gereken birer uygulama olarak gördüğüm sperm bağıışı ve bankaları ile taşıyıcı annelik gibi hususların kanun teklifinde nesebin korunması gerekçesiyle yasaklanmak istenmesi ve uygulandığı durumlarda cezai yaptırımlar öngörülmesinin suç politikası gereğince isabetli olmadığını da belirtmeliyim. Zira bunların yapılması suç haline getirilse dahi, bu konuda istekli ve parası olan kişilerin yurt dışında bu işlemleri yaptırması önlenemeyecektir. Dolayısıyla tamamen politik kaygılarla yapılmak istenen bu düzenlemenin hatalı olduğunu, yasaklanamayan bir konunun düzenlenerek kontrol altına alınması gerektiğini, bunun toplum sağlığı için daha uygun bir yöntem olduğunu düşünüyorum.

Teklifin İçeriğine Dair Değerlendirme

a. Organ ve Doku Nakli Bakımından Değerlendirme

Hali hazırda yürürlükte olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "Yasak eylemler" başlıklı 15. maddesi gereğince;

"Bu kanuna aykırı şekilde 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 kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur".

Söz konusu kanun teklifinin 17. maddesiyle; hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşıl原因, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin uygulanması öngörülmektedir. Bu bağlamda atıf yapılan organ ve doku ticareti başlıklı Türk Ceza Kanunu'nun 91. madde hükmü gereğince:

"(1) Hukukten geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur. (4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (6) Belli bir çıkar karşılığında

organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Böylelikle özel nitelikte bir kanun olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile genel nitelikte bir kanun olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu arasında özel kanun-genel kanun çatışmasına girmeden bir uyum sağlanması hedeflenmiştir. Ayrıca 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un yukarıda bahsi geçen 15. maddesinin kapsamının genişletilmesi istenmektedir. Ulaşılmak istenen hedefin kanunlar arasındaki çatışmayı gidermek ve suç tipinin kapsamının genişletilmesi adına olumlu bir adım olduğunu belirtmek isterim. Bana göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girerken yapılması gereken bu düzenleme açısından geç bile kalınmıştır. Zira TCK’daki düzenleme çok daha geniş kapsamlı, çeşitli ihtimaller düşünülerek düzenlenmiş ve yaptırımları suça oranla daha uygun olan bir suç tipidir. Böylelikle hem öğretide bu konuda yer alan farklı görüşlere hem de uygulamadaki farklı uygulamalara son verilmek istenmiştir. TCK’da bu konuda bir düzenleme varken, özel kanunda benzer bir düzenlemeye yer vermek yasa yapma tekniği açısından hatalıdır. Bu düzenleme ile söz konusu hata da ortadan kaldırılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak değinmek istediğim bir başka husus ise; Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin “İdari Yaptırımlar” başlıklı 22. maddesinin 1. fıkrası hali hazırda,

“(1) Bu Yönetmelik ile belirlenen 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 nakli yapılması yasaktır. Bu yasağa uymadığı saptanan merkezlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulur ve haklarında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.”

hükmünü içermektedir. Kanun teklifinin 17. maddesi ile 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 15. maddesi,

“...Bu Kanunun Ek 1 inci maddesine aykırı fiili tespit edilen kişilerin sertifika ve izin belgeleri iptal edilir ve ilgili alanda çalışmalarına izin verilmez. Bakanlıktan izin alınmaksızın organ nakli ve üremeye yardımcı tedavi merkezi açılması yasaktır. Bu kanuna ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara aykırı şekilde faaliyet gösteren sağlık kurum ve kuruluşları hakkında fiilin niteliği ve tekerrür durumuna göre Bakanlıkça faaliyet durdurma veya faaliyet izni iptal müeyyidesi uygulanır.”

şeklinde değiştirilmiştir. Böylelikle yaptırımlar uygulanırken kanun ile yönetmelik arasında uyum ve yeknesaklık sağlanması hedeflenmiştir. Bu tür merkezleri doğrudan insan sağlığı üzerinde çalıştıkları için bunların Bakanlıktan izin alınarak açılması ve faaliyet göstermesi zaten olması gerektirir. Ayrıca bu merkezlere düzenlemelere uymamaları halinde kapatmaya varacak kadar yaptırım öngörülmesi de yerindedir.

Sosyal devlet ilkesi gereğince, devletin, vatandaşlarının sağlığını koruma ve gerekli olan hizmetleri sağlama yükümlülüğü bulunur. Nitekim 1982 tarihli Anayasanın 2. maddesinde belirtildiği gibi “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir*”. Dolayısıyla, devletin resmî kurumlarından gerekli izinler alınmadan veya gerekli olan denetimler yapılmadan organ ve doku nakli merkezi açmak veya organ ve doku nakli yapmak deyim yerindeyse insan hayatıyla oynamak demektir. Bunların önüne geçilmesi adına faaliyetlerinin durdurulması veya kapatılması yaptırımına yer verilmesi olması gereken bir durumdur.

Ancak unutmamak gerekir ki, cezaların kanunla düzenlenmiş olması veya ağır yaptırımlar içermesi kanunların o ülkede güçlü bir şekilde uygulandığı anlamına gelmez. Bir yaptırımın caydırıcı olabilmesi için onun kesin olarak uygulanması gerekir.

i. Organ ve Doku Nakline Evlilik Şartı

01.02.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği’nin “*canlıdan organ nakli ve bağışı*” başlıklı 16. maddesinin 1. fıkrası,

“Canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Alıcı, verici ve nakil sonuçlarının TODS’a³ kaydı yapılır.” şeklindedir.

Yönetmelikteki düzenlemede canlıdan organ nakli ve bağışı için eşler arasında fiilen birliktelik şartı aranmaktadır. Böylelikle göstermelik evliliklerle, yasa dolanarak yapılmaya çalışılan yasa dışı organ ve doku naklinin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak, söz konusu teklifin 18. maddesinde düzenlenen ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’a Ek Madde-2 olarak eklenmesi öngörülen madde ile canlıdan organ bağışı ve nakli için, yalnızca evlilik şartı öngörülmüş ve evlilik birliği içinde fiilen iki yıl birlikte yaşama şartı aranmamıştır. Buna göre;

“Canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmaz.”

Kanun teklifi, Yönetmelikte bir değişiklik yapmamaktadır. Ancak teklifin bu haliyle yasalaşması halinde kısa bir süre içinde yönetmeliğin de kanuna uygun hale getirilmesi şaşırtıcı olmaz. Oysa bana göre yapılması gereken, yönetmelikteki bu şartın yasaya da aynen alınmasıdır. Öte yandan değişikliği öngören teklifin 18. maddenin gerekçesinde hala “*eşlerin iki yıl fiilen birlikte yaşaması*” şartı aranmaktadır. Dolayısıyla bu durum, teklifin ilk halinde bu şartın yönetmelikte olduğu gibi aranmakta olduğu ancak sonradan yapılan ani bir değişiklikle teklif metinden bu ibarenin çıkarıldığı ancak gerekçedeki ibarenin unutulduğu hissi

³ Türkiye Organ ve Doku Birliği Sistemi.

uyandırmaktadır. Bana göre yapılması gereken, yönetmelikteki iki yıl fiilen birlikte yaşama şartının aynen kanunda da muhafaza edilmesidir.

Bana göre böyle bir düzenleme; daha önce de belirttiğim gibi, yaklaşık 25.000 kişinin organ nakli beklediği bir ülkede, toplumun en küçük yapı taşını oluşturan aile ve evlilik kurumunun içinin boşaltılmasına ve kötüye kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Sırf iyileşebilmek umuduyla evlenen çiftler olabileceği gibi ekonomik açıdan güçlü olan kimselerin para karşılığında yoksul kimselerle muvazaalı evlilik yapma yoluna gitmesi de bir nevi kara borsa organ ticareti olacaktır. Dolayısıyla, böyle bir hükmün yasalaşması halinde toplumda rahatsızlık oluşturacağı gözden kaçırılmamalı ve sonuçları şimdiden düşünülmelidir.

Kanun teklifiyle getirilen diğer bir yeni düzenleme ise evlilikten bir süre sonra ortaya çıkan ve organ naklini gerektiren bir hastalığın teşhisi halinde iki yıl evli olma şartının aranmamasıdır. Bu makul ve mantıklı olmakla birlikte kötüye kullanılmaya uygun bir düzenlemedir, bunun için de evlilik gerçekleştikten teşhis konuluncaya kadar eşlerin fiilen birlikte yaşamaları şartı aranmalı ve böylelikle mümkün olduğunda muvazaalı evliliklerin ve en önemlisi yasa dışı organ ticaretinin önüne geçilmeye çalışılmalıdır.

ii. Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları ve Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu'nun Kurulması

01.02.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği’nde düzenlemesine yer verilmeyen “*Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu*” gündem konusu teklifin yasalaşması halinde uygulama alanı bulacaktır. Öngörülen düzenlemeyle birlikte, geçmiş tarihteki yönetmelikte⁴ de benzeri şekilde düzenlenen ve canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirilmesi amacıyla her ilde kurulacak olan “Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının” kararlarına karşı yapılacak itirazları incelemek üzere “Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu” kurulacaktır.

Hali hazırda illerde kurulu olan etik komisyonlarının kararlarına karşı idari yargıya gidilmekte ve bazı davalarda idari yargı mercii etik kurulunun kararı hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermekte ve bunun üzerine organ nakli yapılmaktadır. Bundan sonra davanın reddi kararı verilmesinin ise hiçbir anlamı kalmamaktadır; zira organ çoktan alıcıya nakledilmiş olmaktadır. İdari yargı mercii de bu konuda uzman olmadığı için bunu bilirkişilere yaptırmış olduğu inceleme ve aldığı rapora dayalı olarak karar vermektedir. Bu bilirkişiler ise genellikle organ nakli yapan cerrahlardan oluşmaktadır. Oysa bu kişilerin verdiği raporlar yalnızca cerrahi açıdan yapılan incelemeyi içermekte ve tıbbi bir onay söz konusu olmaktadır. Etik kurullarda ise emniyet mensubu ve hukukçuya dahi yer verilerek konu tüm boyutlarıyla ele alınmakta ve tıbbın yanında konu etik ve hukuk boyutuyla da ele alınmaktadır. Dolayısıyla bu kurulların verdiği kararların itiraz merciinin idari yargı değil, böyle bir ulusal etik kurulu olması son derece olumlu bir gelişmedir.

⁴ 01.02.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği’nde “Etik Komisyonu” olarak nitelendirme yapılmıştı.

Yasa teklifinde yapılacak olası bir değişiklikle, ulusal etik kurulunun vereceği karara karşı idari yargı yolunun açılması halinde ise, bu davalarda atanacak bilirkişi heyetinde bulunması gereken uzmanların niteliği ayrıca ve açıkça belirtilmeli ve etik kurulun yapısına benzer bir bilirkişi heyetinin oluşturulmasına çalışılmalıdır. Dolayısıyla, insan hayatının söz konusu olduğu bir alanda kurulacak olan bu kurulu oluşturacak kişilerin mesleki açıdan yetkinlikleri de çok iyi bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Sonuç olarak bunun son derece olumlu ve uygulamanın ihtiyacına ve beklentisine yanıt veren bir düzenleme olduğunu düşünmekteyim.

b. Taşıyıcı Annelik ve Sperm Bağışı Bakımından Değerlendirme

Taşıyıcı annelikte, gönüllü çiftlerden alınan yumurta ve sperm hücreleri, laboratuvar ortamında birleştirildikten ve embriyo oluşturulduktan sonra taşıyıcı anneye aktarılmaktadır. Akabinde cenin taşıyıcı anne karnında dokuz aylık süreci tamamladıktan sonra doğum gerçekleşmektedir. Bu uygulama, özellikle genç yaşta ve anne olamadan çeşitli hastalıklar sebebiyle rahmini kalıcı olarak kaybeden kadınların kendi genlerinden/yumurtalarından bir çocuğa sahip olabilmeleri açısından bir umut ışığıdır.

Birçok toplumda, çok kez kısırlık veya bedensel yapının hamileliğe elverişli olmaması nedeniyle, bazı kız kardeşlerin ya da kız arkadaşların sırf iyilik yapma isteğiyle taşıyıcı annelik yapmaları olağan kabul edilmiştir⁵. Örneğin İran’da taşıyıcı annelik uygulamasına rastlanmakta, Tahran, İsfahan ve diğer şehirlerdeki bazı tıp merkezlerinde kısır çiftler için taşıyıcı annelik seçenek olarak sunulmaktadır.

i. Nesebin Korunmasına Yönelik Olarak Taşıyıcı Anneliğin Yasaklanması

Bilimin ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte yeni üreme teknikleri üzerine uygulamalar çıkmıştır. Bunlardan ikisi hukuk ve etik açısından da tartışmalara yol açan “taşıyıcı annelik” ve “sperm bağışıdır”. 2010 tarihli “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik”⁶ ile bu tür faaliyetler yasaklanmışken 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁷’te bu faaliyetler yasak kapsamında düzenlenmemiştir.

Yönetmelikte düzenlenmeyen bu yasak, Teklifin 18. maddesi ile 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’a Ek Madde-1 ile “Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.” hükmü eklenerek yeniden getirilmek istenmektedir.

Öte yandan teklifin 17. maddesi ile 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un “yasak eylemler” başlıklı 15. maddesinde, donasyon, üreme hücreleri ve embriyonun başkalarında kullanılması, taşıyıcı annelik gibi işlemler de suç haline getirilmektedir. Buna göre:

⁵ Özsunay, s. 28.

⁶ Resmi Gazete, 06.03.2010, 27513.

⁷ Resmi Gazete, 30.09.2014, 29135.

“Bu kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşılaman, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar veya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur...”

Ülkemizde bu iki tür üreme yöntemi gelenekler ve dini inanışlar nedeniyle çok benimsenmiş değildir. Ancak kimseye bu yöntemler zorla da yaptırılmamaktadır. Düzenleme altına alınan taşıyıcı anneliğin yasaklanmasına ilişkin madde gerekçesine bakıldığında yine halkımızın inançları, değer yargıları ve sosyo-kültürel seviyesinden bahsedilmektedir. Elbette ki ülkemizde bu uygulamaların normal karşılanması zaman alacaktır, belki de toplumun geniş bir kesimi tarafından hiç benimsenmeyecek ve kullanılmayacaktır. Ancak demokrasi, çoğunluğu oluşturanların fikir ve inançlarının egemen olduğu ve hayatın bu çoğunluğa göre yaşandığı bir sistem değil, azınlıkta kalan görüş ve tercihlerin de en az çoğunluk kadar saygı gördüğü ve haklarının korunduğu bir sistemdir. Dolayısıyla azınlıkta kalan bir kesim de olsa bu tür yöntemlere başvurmak isteyenlere bu imkân tanınmalı, bu kişiler pahalı yurt dışı seçeneklere zorlanmamalıdır. Ayrıca suç politikası gereğince yasaklanamayanın düzenlenerek kontrol altına alınması gerekir. Çocuk sahibi olmak özlemiyle yaşayan çiftlerin elinden bu imkân almak ve özellikle hukuksal bir zemine oturmadiğı için vatandaşları yasadışı yollarla, kadın ve çocuk ticareti yaparak, çocuk sahibi olmaya iten bu tartışmalı konunun toplumun sağlığı için yasaklanmak yerine, düzenlenerek kontrol altına alınması gerektiği kanaatindeyim.

Diğer taraftan ise teklifin genel gerekçesinde de belirtildiği gibi “nesebin korunmasına yönelik” bir uygulama olarak belirtilen taşıyıcı anneliğin yasak olmadığı varsayılan durumda soy bağının yani nesebin nasıl kurulacağı meselesi gündeme gelecektir. Türk Medeni Kanunu’nun 282. maddesi uyarınca anne ile çocuk arasında kurulan soybağı doğumla kurulur. Peki soybağı, taşıyıcı anne tarafından doğurulan çocuğun annesi hukuken taşıyıcı annenin mi, yoksa taşıyıcı anneye transfer edilen embriyonun oluşumunda kullanılan yumurta hücrelerinin sahibi olan kadının mıdır? Böyle bir durumda, soybağını düzenleyen Medeni Kanun hükümlerinin yeniden düzenlemesi gerekecektir.

ii. Nesebin Korunmasına Yönelik Sperm Bağışının Yasaklanması

Teklifin 18. maddesi ile 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’a Ek Madde-1 ile “Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır.” hükmü eklenmiştir. Yukarıda belirttiğim üzere bu eylemler 2238 sayılı Kanunun 15. maddesinde yapılması teklif edilen değişikliklerle aynı zamanda suç haline de getirilmek istenmektedir.

Sperm bağışına ilişkin başlıca iki yaklaşım vardır. Bunlardan birincisine göre hukuken bir “insan” dan söz edebilmek için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 28 uyarınca aynı zamanda kişiliğin de kazanılma anı olan tam ve sağ doğma şartı aranmaktadır. Dolayısıyla tam ve sağ

şekilde doğmamış cenin veya sperm henüz insan sıfatını kazanmamıştır. Hatta 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ve yaşayan bir insana karşı işlenebilen kasten öldürme veya kasten yaralama gibi suçlar cenine/sperme karşı işlenemez, zira bunlar insan sayılmazlar. O halde sperm satın almanın hukuken insan ticareti olup olmadığı tartışmalı bir konudur (burada önemle belirtilmesi gereken, bahsi geçen insan ticareti, TCK m. 80'de suç normu olarak düzenlenen "insan ticareti" değil; herhangi bir ticari faaliyete insanın konu edilmesidir). Dolayısıyla sperm bağışısı mümkün olduğu gibi, bu yolla çocuk sahibi olmak da olağandır.

Sperm bağışısına karşı olan diğer görüş ise, hem insanın ve insandan türeyen biyolojik ürünlerin ticarete konu edilemeyeceğini, pazar malı gibi alınıp satılamayacağını öne sürmekte hem de böyle bir uygulamanın toplumun genel inancı sebebiyle Türk aile yapısına ve ülkemizin sosyo-kültürel yapısına ters düşeceği gerekçesiyle uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu kesime göre, toplumda "babasız çocukların dünyaya gelmesinin hoş karşılanmadığı" görüşü hakimdir.

Gelişen teknolojilerle tıp biliminin geldiği nokta insan hayatına birçok yenilik sunmaktadır. Sunulan bu yeniliklerin ülkemizde olduğu gibi yasaklanması bazen daha farklı sonuçlara yol açabilecek, örneğin, bireyleri yasa dışı sperm donasyonuna yahut yurt dışına yönlendirecektir. O nedenle de bu konuyla ilgili öncelikle dünya çapındaki bilimsel gelişmeler hem hukuk hem tıp hem de etik açısından takip edilmeli ve daha sonra da yapılmak istenen kanuni düzenlemeler akılcı bir hukuki zemine oturtulmalıdır. Aksi takdirde söz konusu teklifteki gibi bazı açılardan yalnızca sadece suç, yaptırım ve yasaklama öngören ve geniş bir bakış açısına dayanmayan düzenlemelerin yasalaşması halinde, daha büyük sosyal sorunlarla ve suçlarla karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır.

Sonuç

30.10.2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan "*Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*"nin 17. ve 18. maddeleri organ ve doku nakli ile taşıyıcı annelik ve sperm bankalarına ilişkin düzenlemelerini içeriyor. Makalede yer alan tespit, sonuç ve önerileri şu şekilde özetleyebilirim:

- Söz konusu kanun teklifi yasadışı organ ve doku nakli ile ticaretine ilişkin olarak daha önceki uygulamalar ile paralel bir biçimde hazırlanmış olup, cezaların uygulanması bakımından kanun ve yönetmelik hükümleri arasındaki farklılığı ortadan kaldırmak adına geç kalmış olmakla birlikte olumlu ve umut vericidir.
- TCK'daki düzenleme çok daha geniş kapsamlı, çeşitli ihtimaller düşünülerek düzenlenmiş ve yaptırımları suça oranla daha uygun olan bir suç tipidir. Böylelikle hem öğretilde bu konuda yer alan farklı görüşlere hem de uygulamadaki farklı uygulamalara son verilmek istenmiştir. TCK'da bu konuda bir düzenleme varken, özel kanunda benzer bir düzenlemeye yer vermek yasa yapma tekniği açısından hatalıdır. Bu düzenleme ile söz konusu hata da ortadan kaldırılmaktadır.

- Sosyal devlet ilkesi gereğince, devletin, vatandaşlarının sağlığını koruma ve gerekli olan hizmetleri sağlama yükümlülüğü bulunur. Nitekim Anayasanın 2. maddesinde belirtildiği gibi Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Dolayısıyla, devletin resmi kurumlarından gerekli izinler alınmadan veya gerekli olan denetimler yapılmadan organ ve doku nakli merkezi açmak veya organ ve doku nakli yapmak deyim yerindeyse insan hayatıyla oynamaktır. Bunların önüne geçilmesi adına faaliyetlerinin durdurulması veya kapatılması yaptırımına yer verilmesi olması gereken bir durumdur.
- Kanunla yasak kapsamına alınan hukuka aykırı organ ve doku nakli ile nakil turizmi gibi tüm dünya uluslarının ve insanlığın ortak sorunu olan bir konunun sadece kanunla yasaklanmış olması yahut yasağa aykırı davranışların suç olarak düzenlenmesi ve yaptırıma tabi tutulması bu suçların işlenmesinin önüne geçmekte yeterli olmamaktadır. Bu eylemler suç olarak düzenlenmelidir ancak toplumdaki bireylerin ekonomik ve sosyal eşitsizlikleri göz önünde bulundurularak, ivedilikle bunların iyileştirilmesine yönelik çalışmalarda da bulunulması gerekir. Bu yapılmadan yasa dışı organ ticaretiyle baş edebilmek gerçekten oldukça zordur. Zira söz konusu olan insan yaşamıdır.
- Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’a Ek Madde-2 olarak eklenmesi öngörülen madde ile canlıdan organ bağışi ve nakli için, yalnızca evlilik şartı öngörülmüş ve evlilik birliği içinde fiilen iki yıl birlikte yaşama şartı aranmamıştır. Kanun teklifi, Yönetmelikte bir değişiklik yapmamaktadır. Ancak teklifin bu haliyle yasalaşması halinde kısa bir süre içinde yönetmeliğin de kanuna uygun hale getirilmesi şaşırtıcı olmaz. Oysa bana göre yapılması gereken, yönetmelikteki bu şartın yasaya da aynen alınmasıdır. Öte yandan değişikliği öngören teklifin 18. maddenin gerekçesinde hala *“eşlerin iki yıl fiilen birlikte yaşamaları”* aranmaktadır. Dolayısıyla teklifin ilk halinde bu şartın yönetmelikte olduğu gibi aranmakta olduğu ancak sonradan yapılan ani bir değişiklikle teklif metinden bu ibarenin çıkarıldığı ancak gerekçedeki ibarenin unutulduğu hissi uyandırmaktadır. Bana göre yapılması gereken, yönetmelikteki iki yıl fiilen birlikte yaşama şartının aynen kanunda da muhafaza edilmesidir.
- Canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirilmesi amacıyla her ilde kurulacak olan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının kararlarına karşı yapılacak itirazları incelemek üzere Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu kurulacaktır. Bu kurulların verdiği kararların itiraz merciinin idari yargı değil, böyle bir ulusal etik kurulu olması son derece olumlu bir gelişmedir. Yasa teklifinde yapılacak olası bir değişiklikle, ulusal etik kurulunun vereceği karara karşı idari yargı yolunun açılması halinde ise, bu davalarda atanacak bilirkişi heyetinde bulunması gereken uzmanların niteliği ayrıca ve açıkça belirtmeli ve etik kurulun yapısına benzer bir bilirkişi heyetinin oluşturulmasına çalışılmalıdır.
- Teklifte “taşıyıcı annelik” ve “sperm bağışi” da emredici hükümlerle yasaklamıştır. Daha önce de belirttiğim gibi taşıyıcı annelik ve sperm bankası gibi tıbbi uygulamalar yasaklanmaması ancak düzenleme yapılarak uygulanması gereken uygulamalardır ve

en kısa zamanda dünyadaki benzer uygulamalar da göz önünde bulundurularak konuya ilişkin özel olarak yasal bir altyapı oluşturulması gerekir.

- Yasaklanmaması ancak düzenleme yapılarak uygulanması gereken birer uygulama olarak gördüğüm sperm bağışı ve taşıyıcı annelik gibi hususların kanun teklifinde nesebin korunması gerekçesiyle yasaklanması ve buna aykırı davranışların suç olarak düzenlenmesinin öngörülmesinin suç politikası gereğince isabetli olmadığını da belirtmeliyim. Zira bunların yapılması suç haline getirilse dahi, bu konuda istekli ve parası olan kişilerin yurt dışında bu işlemleri yaptırması önlenemez. Dolayısıyla tamamen politik kaygılarla yapılmak istenen bu düzenlemenin hatalı olduğunu, yasaklanamayan bir konunun düzenlenerek kontrol altına alınması gerektiğini, bunun toplum sağlığı için daha uygun bir yöntem olduğunu düşünüyorum.