



T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA
ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇLARI (TCK m. 91-93)**

DOKTORA TEZİ

GÖKHAN YALMAN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANKARA - 2025

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA
ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇLARI (TCK m. 91-93)**

DOKTORA TEZİ

GÖKHAN YALMAN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOÇ. DR. HAKAN A. YAVUZ
DANIŞMAN

ANKARA, 2025

ONAY SAYFASI

Gökhan Yalman tarafından hazırlanan “Türk Ceza Hukukunda Organ veya Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyesi	Kurumu	İmza
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒	Ret ☐	
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	AHBVÜ Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒	Ret ☐	
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒	Ret ☐	
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	AYBÜ Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒	Ret ☐	
Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu KAYA	AYBÜ Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒	Ret ☐	

Tez Savunma Tarihi: 08.01.2025

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doç. Dr. Muhammet Enes KALA

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezdeki kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim. 08.01.2025

Gökhan YALMAN



TEŞEKKÜR

Doktora programının her aşamasında çalışmalarına yol gösteren, yardımını esirgemeyen kıymetli hocam Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ'a desteği için gönülden teşekkür ederim. Tez savunma jürisinde yer alan, benim için ilham kaynağı olan değerli hocalarım Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ'e ve Prof. Dr. Olgun Değirmenci'ye en derin şükranlarımı sunar, tavsiye ve katkılarından dolayı Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu KAYA'ya teşekkür ederim.



ÖZET

Tıp biliminde kaydedilen ilerleme ve gelişmeler neticesinde organ ve doku nakillerinde başarılı sonuçlar elde edilmiştir. Bu başarılı sonuçlar, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku nakillerinin hukuki düzenlemeye kavuşturulması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bunun sonucunda devletler, organ ve doku naklinin hukuka uygunluk koşullarını belirlemiş, bu koşullara aykırılık durumunda uygulanacak ceza yaptırımlarını düzenlemişlerdir. Organ ve doku bekleyen hasta sayısının gün geçtikçe artmasına karşılık temin edilen organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılayamaması, insanları hukuka aykırı yollardan organ ve doku nakline sevk etmekte, bunun sonucunda işlenen suç sayısı artmaktadır.

Ülkemizde organ ve dokunun alınması, saklanması, aşılması ile naklinin usul ve esasları Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunda, bu usul ve esaslara uyulmaması halinde uygulanacak ceza yaptırımları ise Türk Ceza Kanununun 91 ilâ 93 üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesinde "Organ veya doku ticareti" başlığı altında birden fazla suç tipine yer verilmiştir. Bu suçlar; yaşayan kişiden organ veya doku almak suçu, ölüden organ veya doku almak suçu, organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçu, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçu ile organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suçudur. Ayrıca yalnızca organ ve dokusunu satan fail hakkında uygulanmak üzere anılan Kanunun 92 nci maddesinde zorunluluk hali hükme bağlanmış; 93 üncü maddesinde ise etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir.

Çalışmamızda Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesinde düzenlenen suçların suç teorisi esaslarına uygun şekilde teorik ve pratik bakımdan incelenmesi, sorunların tespiti ile mevzuat ve uygulamaya dair bazı çözüm önerilerinin getirilmesi suretiyle öğreti ve uygulamaya katkı sunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Organ ve doku nakli, organ veya doku ticareti, suç, zorunluluk hali, etkin pişmanlık.

ABSTRACT

As a result of the progress and developments in medical science, successful results have been achieved in organ and tissue transplantations. These successful results have revealed the necessity of legal regulation of organ and tissue transplantations, which is a type of medical intervention that closely concerns personal rights. As a result, states have determined the conditions of compliance with the law of organ and tissue transplantation and have regulated the penal sanctions to be applied in case of violation of these conditions. Despite the increase in the number of patients waiting for organs and tissues, the inability of the number of organs and tissues to meet the needs has led people to illegally transplant organs and tissues. This situation has increased the number of crimes committed.

In our country, the procedures and principles of the harvesting, storage, grafting and transplantation of organs and tissues are regulated in the Law on the Harvesting, Storage, Grafting and Transplantation of Organs and Tissues, and the penal sanctions to be applied in case of non-compliance with these procedures and principles are regulated in Articles 91 to 93 of Turkish Penal Code. Article 91 of the Turkish Penal Code includes different types of crimes under the title of "trafficking of organs or tissues". These crimes are; the crime of removing organs or tissue from a living person, the crime of removing organs or tissues from the dead, the crime of selling, buying or intermediating in the sale of organs or tissues, the crime of storing, transplanting or grafting an organ or tissue obtained illegally and the crime of making an announcement or engaging in commercial advertising or broadcasting for organ or tissue procurement. In addition, the state of necessity was stipulated in Article 92 of the Turkish Penal Code, to be applied only to the perpetrator who sold his organs and tissues; Article 93 also includes the regulation of effective remorse.

In our study, it is aimed to contribute to the doctrine and practice by examining the crimes regulated in Article 91 of the Turkish Penal Code in accordance with the crime investigation method, in terms of theory and practice, identifying the problems and bringing some solution proposals regarding practice and legislation.

Key Words: Organ and tissue transplantation, organ or tissue trade, crime, necessity, effective remorse.

İÇİNDEKİLER

ONAY SAYFASI	I
BEYAN	II
TEŞEKKÜR.....	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
KISALTMALAR.....	XIV
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	6
ORGAN VE DOKU NAKLİNDE TEMEL TERİMLER, NAKLİN TARİHSEL GELİŞİMİ, ETİK VE DİN KURALLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ, NAKİL İLE İLGİLİ TEMEL DÜZENLEMELER.....	6
1. TEMEL TERİMLER.....	6
1.1. Hücre.....	6
1.2. Doku	7
1.3. Organ	8
1.4. İnsan Kökenli Biyolojik Madde.....	11
1.5. Gref	14
1.6. Organ veya Doku Nakli (Transplantasyon)	15
1.7. Kompozit Doku ve Nakli	18
1.8. Alıcı ve Verici (Donör).....	20
1.9. Organ veya Doku Uyuşmazlığı ve Reddi	21
2. TARİHSEL GELİŞİM.....	22
2.1. Dünyada Tarihsel Gelişim.....	22
2.1.1. Yirminci Yüzyıldan Önceki Tarihsel Gelişim.....	22
2.1.2. Yirminci Yüzyıldan Sonraki Tarihsel Gelişim	26
2.2. Türkiye’de Tarihsel Gelişim	30

3.	NAKLİN ETİK VE DİN KURALLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ	33
3.1.	Etik Bakımından İnceleme.....	33
3.1.1.	Canlıdan Organ ve Doku Naklinin Etik Bakımından İncelenmesi.....	35
3.1.2.	Ölüden (Kadavradan) Organ ve Doku Naklinin Etik Bakımından İncelenmesi.....	43
3.1.3.	Hayvandan İnsana Organ Naklinin Etik Bakımından İncelenmesi	53
3.1.4.	Organ ve Doku Dağıtımının Etik Bakımından İncelenmesi.....	58
3.1.5.	Organ ve Dokunun Ticarete Konu Olup Olamayacağının Etik Bakımından İncelenmesi	62
3.2.	Din Kuralları Bakımından İnceleme.....	66
4.	TEMEL DÜZENLEMELER.....	70
4.1.	Genel Olarak	70
4.2.	Karşılaştırmalı Hukuktaki Temel Düzenlemeler.....	73
4.3.	Türk Hukukundaki Temel Düzenlemeler	75
4.3.1.	2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun	75
4.3.2.	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu	84
4.3.3.	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu	85
4.3.4.	Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	86
4.3.5.	Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği.....	90
4.3.6.	Konuya Dair Adsız Düzenleyici İşlemler	91
	İKİNCİ BÖLÜM	92
	TIBBİ MÜDAHALE TÜRÜ OLARAK GEÇERLİ BİR ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI.....	92
1.	GENEL OLARAK.....	92
2.	YAŞAYAN KİŞİLERDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI..	93
2.1.	Üstün Amaç	93

2.2.	Uygun Vericinin Seçilmesi	97
2.3.	Bağışlanan Organ veya Dokunun Vericinin Hayatını Sona Erdirecek ya da Tehlikeye Sokacak Nitelikte Olmaması	98
2.4.	Rızanın Bulunması.....	102
2.4.1.	Vericinin Rızası.....	104
2.4.1.1.	Rızanın Konusu.....	105
2.4.1.2.	Rızaya Ehil Olması	105
2.4.1.3.	Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmiş Olması.....	113
2.4.1.4.	Rızaya İlişkin Özgür İrade Beyanının Bulunması.....	124
2.4.1.5.	Rızanın Şekil Şartına Uygun Olması	126
2.4.1.6.	Rızanın Zamanında Açıklanmış Olması.....	129
2.4.2.	Alıcının Rızası	131
2.5.	Akrabalık Koşulu.....	136
3.	ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI	142
3.1.	Vericinin Ölmüş Olması.....	145
3.1.1.	Ölüm Kavramı	146
3.1.2.	Ölüm Anının Tespiti.....	146
3.1.2.1.	Klasik (Biyolojik) Ölüm Anlayışı	147
3.1.2.2.	Beyin Ölümü Anlayışı.....	148
3.1.2.3.	Türk Hukukunda Kabul Edilen Anlayış	150
3.2.	Rızanın Bulunması.....	157
3.2.1.	Genel Olarak	157
3.2.2.	Rızaya İlişkin Dünyada Uygulanan Modeller.....	158
3.2.2.1.	İrade Modeli	158
3.2.2.2.	İtiraz Modeli	161
3.2.2.3.	Zaruret Hali Modeli.....	163
3.2.2.4.	Türk Hukukunda Kabul Edilen Model	165

3.2.2.5. Değerlendirme	190
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	193
TÜRK CEZA KANUNUNDA ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇLARI	193
1. GENEL OLARAK.....	193
2. ODNK m. 15 ve TCK m. 91 İLİŞKİSİ.....	197
3. YAŞAYAN KİŞİDEN ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU (TCK m. 91/1) 202	
3.1. Genel Açıklamalar	202
3.2. Korunan Hukuki Değer.....	203
3.3. Suçun Unsurları	204
3.3.1. Tipiklik	204
3.3.1.1. Maddi Unsur	205
3.3.1.1.1. Fiil.....	205
3.3.1.1.2. Fail.....	213
3.3.1.1.3. Mağdur	216
3.3.1.1.4. Maddi Konu.....	217
3.3.1.1.5. Nitelikli Hal	219
3.3.1.2. Manevi Unsur	223
3.3.2. Hukuka Aykırılık.....	226
3.3.3. Organ veya Doku Almanın Ölümle Sonuçlanmış Olması	229
3.4. Kusurluluk.....	235
3.5. Hata	240
3.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	244
3.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	244
3.6.2. İştirak.....	247
3.6.3. İçtima	253
3.7. Yaptırım.....	264

3.8.	Muhakeme	267
4.	ÖLÜDEN ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU (TCK m. 91/2).....	268
4.1.	Genel Açıklamalar	268
4.2.	Korunan Hukuki Değer.....	269
4.3.	Suçun Unsurları	270
4.3.1.	Tipiklik	270
4.3.1.1.	Maddi Unsur	270
4.3.1.1.1.	Fiil.....	270
4.3.1.1.2.	Fail.....	276
4.3.1.1.3.	Mağdur	277
4.3.1.1.4.	Maddi Konu.....	278
4.3.1.2.	Manevi Unsur	279
4.3.2.	Hukuka Aykırılık.....	281
4.4.	Kusurluluk.....	283
4.5.	Hata	285
4.6.	Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	288
4.6.1.	Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	288
4.6.2.	İştirak.....	290
4.6.3.	İçtima	293
4.7.	Yaptırım.....	298
4.8.	Muhakeme	299
5.	ORGAN VEYA DOKU SATMAK, SATIN ALMAK VEYA SATILMASINA ARACILIK ETMEK SUÇU (TCK m. 91/3)	300
5.1.	Genel Açıklamalar	300
5.2.	Korunan Hukuki Değer.....	302
5.3.	Suçun Unsurları	303
5.3.1.	Tipiklik	303

5.3.1.1.	Maddi Unsur	303
5.3.1.1.1.	Fiil	303
5.3.1.1.2.	Fail	312
5.3.1.1.3.	Mağdur	314
5.3.1.1.4.	Maddi Konu	315
5.3.1.1.5.	Nitelikli Hal	316
5.3.1.2.	Manevi Unsur	319
5.3.2.	Hukuka Aykırılık	320
5.4.	Kusurluluk	321
5.4.1.	Genel Zorunluluk Hali (TCK m. 25/2)	322
5.4.2.	Özel Zorunluluk Hali (TCK m. 92)	324
5.5.	Hata	330
5.6.	Suçun Özel Görünüş Şekilleri	332
5.6.1.	Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	332
5.6.2.	İştirak	334
5.6.3.	İçtima	337
5.7.	Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep: Etkin Pişmanlık	342
5.8.	Yaptırım	347
5.9.	Muhakeme	348
6.	HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLMİŞ ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME YA DA AŞILAMA SUÇU (TCK m. 91/5)	349
6.1.	Genel Açıklamalar	349
6.2.	Korunan Hukuki Değer	350
6.3.	Suçun Unsurları	350
6.3.1.	Tipiklik	350
6.3.1.1.	Maddi Unsur	350
6.3.1.1.1.	Fiil	350

6.3.1.1.2. Fail.....	358
6.3.1.1.3. Mağdur	359
6.3.1.1.4. Maddi Konu.....	360
6.3.1.2. Manevi Unsur	361
6.3.2. Hukuka Aykırılık.....	362
6.4. Kusurluluk.....	363
6.5. Hata	366
6.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	368
6.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	368
6.6.2. İştirak.....	370
6.6.3. İçtima	372
6.7. Yaptırım.....	377
6.8. Muhakeme	378
7. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK İLAN VEYA REKLAM VERME YA DA YAYINLAMA SUÇU (TCK m. 91/6).....	379
7.1. Genel Açıklamalar	379
7.2. Korunan Hukuki Değer.....	380
7.3. Suçun Unsurları	380
7.3.1. Tipiklik	380
7.3.1.1. Maddi Unsur	380
7.3.1.1.1. Fiil.....	380
7.3.1.1.2. Fail.....	385
7.3.1.1.3. Mağdur	386
7.3.1.1.4. Maddi Konu.....	387
7.3.1.2. Manevi Unsur	388
7.3.2. Hukuka Aykırılık.....	391
7.4. Kusurluluk.....	392

7.5. Hata	394
7.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	395
7.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	395
7.6.2. İştirak	397
7.6.3. İçtima	400
7.7. Yaptırım	403
7.8. Muhakeme	404
SONUÇ	406
KAYNAKLAR	417



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AY	: Anayasa
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn	: Dipnot
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
Iss	: Issue
İDHY	: İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
K	: Karar
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
ONHY	: Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
ODNK	: Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.e.t.	: Son erişim tarihi
s.	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TODS	: Türkiye Organ ve Doku Sistemi

TRT	: Türkiye Radyo – Televizyon Kurumu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol	: Volume
Yarg.	: Yargıtay



GİRİŞ

Vücutta bir fonksiyon icra eden organ veya dokunun doğuştan var olan ya da sonradan herhangi bir nedene bağlı olarak görevini yapamaz hale gelmesi, yaşamın sağlıklı şekilde sürdürülmesini engellemekte ve hatta çoğu kez hastayı ölüm tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu durumda en temel birey özgürlüğü olan yaşama hakkının korunması için yapılması gereken, işlevini yapamaz hale gelen organ veya dokunun bu fonksiyonu ifa edecek sağlam olanıyla değiştirilmesidir. Bu nedenle organ veya doku nakli, teknoloji alanında birikimli olarak devam eden ilerlemelere paralel şekilde ivme kazanarak gelişme kaydeden ve her dönem güncelliğini koruyan tıbbi tedavi yöntemlerinden biri olmuştur. Yaşam kalitesini artırmak ve daha sağlıklı bir hayat sürülmesini sağlamak amacıyla işlevini yitirmiş veya hasar görmüş organ ve dokuların yenisi ile değiştirilmesi düşüncesi mitolojik gravürlerdeki tasvirlerden anlaşıldığı üzere esasında çok eski tarihlere dayansa da bu düşünce ancak yirminci yüzyıldan itibaren modern anlamda organ veya doku nakli niteliğini kazanabilmiştir.

Vücudun bağışıklık sisteminin kendisine yabancı gelen organ ve dokuyu reddetmesine bağlı olarak her ne kadar ilk başlarda başarılı sonuçlar alınamasa da vücudun yabancı biyolojik maddeyi reddetme reaksiyonuna karşı geliştirilen ilaçlar (*immunosupressifler*) ile yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren başarılı organ veya doku nakilleri yapılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda yapılan çalışmaların bir ürünü olarak dünyada ilk başarılı organ nakli 1954 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde tek yumurta ikizi kardeşler arasında gerçekleştirilen böbrek naklidir.

Başka şekilde tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda insanların sağlığına kavuşması için tek tedavi yöntemi olması ve hemodiyaliz gibi tedavi usullerine göre ekonomik açıdan daha ucuza mâl olması, organ veya doku nakli alanında hızlı tıbbi gelişme ve ilerlemeler yaşanmasını sağlamıştır. Bu gelişmeler neticesinde bir yandan organ veya dokuların çeşitli şekillerde aktarılabilmesinin yolu açılmış; diğer yandan da organ veya doku naklinin uygulanma alanı genişleyerek birçok organ veya dokunun nakli mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda organ veya dokuların aktarılması şekillerine bir kimsenin kendi bedeninden kaynaklanan dokuların bedenindeki bir başka yere aktarılması (*ototransplantasyon*), insan dışındaki bir canlıdan alınan veya yapay üretilen organ ya da dokuların bir kimsenin

bedenine aktarılması (*ksenotransplantasyon*) ile canlı ya da ölü bir insandan alınan organ veya dokuların başka bir canlı insana aktarılması (*allotransplantasyon*) örnek verilebilir. Her türlü organ veya dokunun naklinin mümkün olmasıyla da böbrek naklini kornea, kemik iliği, pankreas, karaciğer, akciğer, kalp, el, yüz, bacak, kol, dalak, penis ve rahim nakli izlemiştir. Nakil konusunda görülen başarılı neticeler, yaşamsal önemi haiz organları işlevini yitirmiş olan insanların hayata tutunmaları ve yaşama umutla bakabilmeleri bakımından organ naklini vazgeçilmez bir tedavi yöntemi haline getirmiştir.

Organ veya doku nakli işleminin tedavi edici tıpta giderek daha fazla uygulanması birtakım engel ve sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda ortaya çıkan en büyük problem, organ ve doku nakline yönelik talebin artmasına karşın organa muhtaç olan hastaların ihtiyacını karşılayacak sayıda organın bulunmamasıdır. Bunun en büyük nedeni ise insanlar arası dayanışmanın sembolü olan organ bağışının yaygınlaşmamasıdır. Gerçekten de toplumdaki eğitim ve kültüre dayalı farklılıklar, nakle ilişkin hatalı tıbbi bilgiler ve bilgilendirme eksikliği, yaşayan ya da ölenin bedeninden organ veya doku alınması halinde bu kimsenin ahirette sıkıntı çekeceğine dair yanlış dini görüşler organ bağışı sayısının yetersiz olmasına neden olmaktadır. Bu konuda toplumun geniş kesimini saran olumsuz önyargıların doğru bilgi ve eğitimle ortadan kaldırılmasında en büyük rol devlete düşmektedir. Yine organ temininde rızaya ilişkin tercih edilen yasal modellerin soruna çözüm bulmak noktasında kâfi gelmemesi de yeterli sayıda organ temin edilememesinin bir diğer nedenini oluşturmaktadır. Hukuk kurallarının içinden çıktıkları sosyal ihtiyaçtan bağımsız değerlendirilemeyeceği kabulünden hareketle organ ve doku naklinin yasal koşulları ile rızaya ilişkin tercih edilen modellere dair hukuki düzenlemelerde organ ihtiyacını karşılamaya yönelik radikal değişiklikler yapılması sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır. Aslında soruna dair esaslı çözümlerden birisi hayvandan insana organ veya doku aktarma işlemi olan “ksenotransplantasyon” ve yapay organ üretimidir. Ancak mevcut tıbbi teknoloji bu konuda henüz istenilen seviyeye ulaşamamıştır.

Bahsedilen nedenlerle yeterli sayıda organın temin edilememesi, organ nakli bekleyen hastaların şifa arayışlarını ve geçim sıkıntısı çeken sağlıklı insanların ekonomik yönden zor durumda olmalarını fırsata çevirip onları sömüren “organ mafyası” olarak adlandırılan çıkar amaçlı organize suç örgütlerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Böylece bir insan pazarı ortaya çıkmış ve yasa dışı organ nakli başlamıştır.

İnsanın hak sahibi en üstün değer olarak kabul edilmesi vücudunun, organlarının ve dokularının hiçbir ticari ilişkinin ve mülkiyetin konusu olamayacağı düşüncesini de beraberinde getirmiştir. Bundan dolayı insanın kendisi, organ ve dokuları malvarlığına giren bir eşya olmadığından, bunların ticarete veya bir menfaat ilişkisine konu edilmesi de düşünülemez. İşte devletler de insan vücudunun parçalarının ticari meta seviyesine indirgenmesini kabul edilemez bularak insana ait organ veya dokunun para veya başka bir menfaat karşılığında alınıp satılmasını ahlâka ve hukuka aykırı gördüğü için yasaklamış ve yasağa aykırı davranışı suç haline getirmek suretiyle ceza hukuku yaptırımına bağlamıştır.

Organ veya doku nakli, insan vücuduna müdahalenin varlığını gerektirdiği için kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale türüdür. Bu sebeple ülkeler organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesini birtakım hukuki koşullara ve ilkelere bağlamıştır. Başka bir anlatımla organ ve doku nakline ilişkin ameliyelerin ancak belli hukuki koşullar altında kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmeyerek hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Zira her ne kadar organ veya doku naklinin en büyük ve ulvi gayesi insanları sağlığına kavuşturarak iyileştirmek olsa da “*iyileştiren daima haklıdır*” savı bugünkü tıp dünyasında geçerli değildir.

Ülkemiz açısından bakıldığında organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline ilişkin usul ve esaslar 29/05/1979 tarihli ve 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” (ODNK)’da düzenlenmiştir. Organ nakli hizmetlerinin düzenlenmesi, organ nakli ve kaynağı merkezlerinin tesis, hizmet ve personel standartlarının belirlenmesi, bunların açılması, eğitim vermeleri, denetlenmeleri, kapanmaları ve organ nakli veya bağışı ile ilgili diğer bütün faaliyetlerin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esasların belirlenmesi amacıyla da 09.12.2022 tarihli ve 32038 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği” (ONHY) ihdas edilmiştir. ODNK, organ veya doku alınmasını yaşayan kişiden ve ölüden olmak üzere ikiye ayırmış; hukuki koşullarını da ayrı ayrı belirlemiştir. Ölüden organ veya doku alınması, ölüm halinin tespiti bakımından “beyin ölümü” kriterini gündeme getirmiştir. Diğer yandan, Kanun iki istisna dışında gerek yaşayan kişiden gerekse ölüden organ veya doku alınmasını, saklanmasını ve nakledilmesini rıza koşuluna bağlamıştır. Bunun sonucunda, geçerli rızası bulunmaksızın bir kimseden organ ve doku alınamayacak, saklanamayacak ve nakledilemeyecektir. Aksi takdirde gerçekleştirilen tıbbi müdahale ve fiiller hukuka aykırı olacaktır.

Çalışmamızın konusunu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 91 ilâ 93 üncü maddelerinde düzenlenen organ veya doku ticareti suçları oluşturmaktadır. Bizi bu çalışmayı yürütmeye sevk eden en önemli motivasyon; konunun hukukun yanı sıra toplumsal hayatta da büyük önemi haiz olup güncelliğini ve dinamikliğini kaybetmemesidir.

Organ ve doku nakline ilişkin öngörülen hukuki koşullara uyulmadan yapılan organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli ile organ veya dokunun satılması, satın alınması ve satıma aracılık edilmesi fiilleri insan onurunu, yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlal ettiği için bunlara ceza hukukunun yaptırım araçları ile karşılık verilmesini gerektirmiştir. Bu kapsamda TCK'nın 91 inci maddesinde “Organ veya doku ticareti” başlığı altında, yaşayan bir kişiden organ veya doku almak (m. 91/1), ölüden organ veya doku almak (m. 91/2), organ veya doku satmak, satın almak ve satıma aracılık yapmak (m. 91/3), organ veya doku saklamak, nakletmek veya aşılacak (m. 91/5) ve organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak (m. 91/6) suçları düzenlenmiştir. Yaşayan bir kişiden organ veya doku almak suçu ile organ veya doku satmak, satın almak ve satıma aracılık yapmak suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yaşayan bir kişiden organ veya doku almak suçunun işlenmesi neticesinde mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ayrıca TCK'nın 91 inci maddesinde belirtilen suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Anılan Kanunun 92 nci maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir sebep olarak özel zorunluluk hali; 93 üncü maddesinde de cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ihdas edilmiştir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki gerek 92 nci maddede düzenlenen özel zorunluluk halinden ve gerekse 93 üncü maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yalnızca organ veya dokularını satan kişi yararlanabilir.

Bu çalışmada temel amacımız, TCK'nın 91 ilâ 93 üncü maddelerinde düzenlenen organ veya doku ticareti suçlarının ayrıntılı bir incelemesini yaparak gerek mevzuat yetersizliğinden ve gerekse konuya dair mevzuat düzenlemelerinin hatalı yorumlanmasından kaynaklanan sorunlu hususları tespit etmek ve bu suçlarla daha etkin mücadele edilebilmesi için mevcut düzenlemelerin doğru bir şekilde uygulanması ile mevzuatta yapılması gereken değişiklik ve eklemelere yönelik görüş ve önerilerimizle sorunların çözümüne katkı sunmaktır. Böylece çalışmamız, Türk hukuku ile sınırlandırılmıştır.

Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde organ ve doku nakline ilişkin temel kavramlar açıklanmış; naklin gelişim sürecini kavrayabilmek maksadıyla dünyada ve ülkemizdeki tarihsel gelişimi hakkında bilgi verilmiştir. Buna ek olarak çok yönlü bir konu olması nedeniyle organ ve doku naklinin dini ve etik yönüne değinilmiş; nakil hususundaki temel mevzuat ortaya konulmuştur.

İkinci bölümde organ veya doku naklinin bir tıbbi müdahale türü olması göz önünde bulundurularak öncelikle tıbbi müdahale kavramı hakkında genel bilgilendirme yapılmış, ardından TCK'nın 91 inci maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere suçun oluşumunu doğrudan etkilemesi bakımından ODNK ve ONHY bağlamında yaşayan kişiden ve ölüden organ ve doku naklinin hukuki koşulları detaylı bir şekilde irdelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise fiil esas alınarak yapılan tasniflendirmeye göre TCK'nın 91 inci maddesinde yer alan “yaşayan bir kişiden organ veya doku almak”, “ölüden organ veya doku almak”, “organ veya doku satmak, satın almak ve satıma aracılık yapmak”, “organ veya doku saklamak, nakletmek veya aşılama” ve “organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak” suçları öğretideki konuya dair görüşler ve yargı kararları ışığında incelenmiş; bu suçlar için anılan Kanunun 92 nci maddesinde öngörülen zorunluluk hali ile 93 üncü maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşulları açıklanmıştır.

Çalışmanın sonuç başlığı altında ise çalışmada ele alınan hususlarla ilgili varılan sonuçlar ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKLİNDE TEMEL TERİMLER, NAKLİN TARİHSEL GELİŞİMİ, ETİK VE DİN KURALLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ, NAKİL İLE İLGİLİ TEMEL DÜZENLEMELER

1. TEMEL TERİMLER

Organ ve doku nakliyle ilgili açıklamalara geçmeden evvel konuya dair temel kavramların ele alınması faydalı olacaktır.

1.1. Hücre

Arapçadan dilimize geçmiş olan hücre kelimesi sözlükte “*ince bir zar içindeki protoplazma ve çekirdekten oluşmuş, bir organizmanın yapı ve görev bakımından en küçük birimi*” şeklinde tarif edilmiştir¹. Öğretide de hücrenin sözlükteki anlamına benzer şekilde; sitoplazma, çekirdek ve onu çevreleyen zardan oluşan ve dokuyu oluşturan en küçük canlı birimi olarak tanımlanmıştır². Zikredilen terimin mevzuattaki tanımına bakıldığında ise 27.10.2010 tarihli ve 27742 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin 4/1-i hükmünde hücrenin, herhangi bir bağ dokusu ile birlikte olmayan tek insan hücresi veya insan topluluğunu ifade ettiği düzenlenmiştir.

Dokuyu oluşturan en küçük yapısal ve fonksiyonel canlı birimi olan hücre türlerine, alyuvar ve akyuvar gibi kan hücreleri, sinir hücreleri ile yumurta ve spermden oluşan üreme hücreleri örnek verilebilir³.

¹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Hücre”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 09.10.2021).

² Özbilen, Arif Barış (2011) İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 10.

³ Özbilen, s. 11; Köksal, Atacan (2015) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçları’, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 5-6.

1.2. Doku

TCK'nın 91/1 ve 91/3 üncü maddesinde suçun konusunun organ ve doku olmasına göre farklı cezalar belirlendiğinden, organ ve doku kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususu önem kazanmıştır.

Sözlük anlamı *“bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü”*⁴ şeklinde açıklanan doku, aynı ya da benzer yapı ve fonksiyonu olan hücrelerden meydana gelmektedir⁵. Daha açık bir tanım ile doku; çok hücreli canlılarda, işlev ve yapı yönünden birbirine benzeyen ve bir araya gelmesiyle anatomik bütünlük sağlayan hücre ve lif gibi unsurlardan oluşan yapıdır⁶.

Kavramın mevzuattaki tanımına bakıldığında, ODNK'da dokunun tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte anılan Kanunun “Kapsam” kenar başlıklı 2 nci maddesinde doku deyiminden insan organizmasını oluşturan her türlü doku ve bunların parçalarının anlaşılacağı hükme bağlanmıştır. Hükmün düzenleniş biçiminden, insan organizmasını oluşturan parçaların hangilerinin doku olduğunun tespiti mümkün olmamakla birlikte kaynağı insan olmayan dokulara ilişkin işlemlerin ODNK'ya tabi olmayacağı anlaşılmaktadır⁷. İDHY'nin 4/1-ğ hükmünde doku kavramının tanımına yer verilmiştir. Buna göre doku; *“hücrelerden ve hücre dışı elemanlardan oluşan ve insan vücudunun bütününi oluşturan parçaları”* ifade etmektedir.

Aynı ya da benzer nitelikli fonksiyonları olan hücrelerin bir araya gelmesiyle oluşan doku, vücuttaki örgütlenmenin hücreden sonraki bir üst evresini oluşturmaktadır⁸. Tıp bilimi, insan vücudunda yer alan dokuları işlev ve özelliklerine göre çeşitli şekillerde tasnif etmiştir. Buna göre; kemik iliği, kıkırdak, sinir, kırılgardaki esnek dokular, iç salgı dokusu, duyu dokusu, bağ dokusu ve kas dokusu doku olarak kabul edilen anatomik unsurlardır⁹. Yine gözün saydam tabakası olan kornea, doku olarak kabul edilmekteyken gözün kendisi organ

⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Doku”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 09.10.2021).

⁵ Taşkın, Ahmet (1997) Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adil Yayınevi, s. 1.

⁶ Aydın, Murat (2008) Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 3; Yenerer Çakmut, Özlem (2003) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 1.

⁷ Köksal, s. 9; Gülen Kurt, Munise (2020) ‘Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Sorunlar’, (Yüksek Lisans), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4.

⁸ Ateş Sarıdağ, Büşra Hazel (2021) ‘Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar’, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 10; Özbilen, s. 10.

⁹ Aksaray, Buse (2012) ‘Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu’, Sağlık Hukuku Makaleleri II, 2012, İstanbul, s. 154; Uygun, Çağatay (2016) ‘Organ ve Doku Nakli’, İstanbul Barosu Dergisi, C: 90, S: 4, s. 159.

kavramı içinde mütalaa edilmektedir. Ayrıca, kan ve kemik de dokudur¹⁰. Bununla birlikte her ne kadar bir doku olarak kabul edilse de kan transfüzyonu ODNK m. 2/2 uyarınca bu Kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Kan naklinin ODNK'nın kapsamı dışında tutulmasının sebebi, Kanunda belirtilen hukuki koşulların sosyal hayatta aciliyet kesbeden durumlarda sıklıkla yapılan bu nakillerde aranmasının gecikmelere sebebiyet verecek olmasıdır¹¹.

1.3. Organ

Latince alet, araç anlamındaki “*organum*” kelimesinden türetilen¹² ve Fransızca “*organe*” sözcüğünden dilimize geçmiş olan organ Türk Dil Kurumu sözlüğünde; “*vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, öngen, uzuv*” şeklinde tanımlanmıştır¹³. Yargıtay ise organı, “*vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan kısım*” şeklinde tarif etmiştir¹⁴. Organ, kısaca bir organizmanın belirli bir işlevi olan, sınırları kesin olarak saptanabilen dokulardan oluşmuş kısmı olarak tanımlanabilir¹⁵. Anılan tanımdan da anlaşılacağı üzere dokular bir araya gelerek yapısal ve fonksiyonel bütünlüğü olan vücut birimi organı oluştururlar¹⁶. Bu açıklamalardan hareketle daha kapsamlı bir tanım yapılacaktır. Organ; canlı organizmaların dolaşım, sindirim, solunum ve üreme gibi farklı sistemleri içinde bulunan ve vücutta belirli bir fonksiyonu görmek üzere farklılaşmış olan sınırları tespit edilebilen kısım, anatomik yapı veya oluşumdur¹⁷.

Ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin temel yasal düzenleme olan ODNK'da organın tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte anılan Kanunun “Kapsam” kenar başlıklı 2 nci maddesinde organ deyiminden insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve bunların parçalarının anlaşılacağı hükme bağlanmıştır. Hükümün düzenleniş biçiminden, insan organizmasını oluşturan parçaların hangilerinin organ olduğunun tespiti mümkün olmamakla

¹⁰ Bkz. **Akıncı, Şahin** (1996) Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ -Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 10-11; **Polat, Olcay Ayperi** (2015) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçları’, (Yüksek Lisans), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4.

¹¹ **Gülen Kurt** (2020a), s. 4.

¹² **Gözübüyük, Gizem** (2016) ‘Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları’, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 57; **Karakaya, Alaattin** (2023) ‘Türk Ceza Hukukunda Organ ve Doku Ticareti Suçu’, (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 11.

¹³ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, “*Organ*”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 10.10.2021).

¹⁴ Yarg. CGK, E: 1978/4-350, K: 1978/378, T: 23.10.1978 (Kazancı Veri Tabanı, www.kazanci.com).

¹⁵ **Akıncı**, s. 10; **Gülen Kurt** (2020a), s. 3; **Polat**, s. 4-5.

¹⁶ **Taşkın**, s. 1; **Köksal**, s. 8.

¹⁷ **Özbilen**, s. 10; **Köksal**, s. 8.

birlikte kaynağı insan olmayan organlara ilişkin işlemlerin ODNK'ya tabi olmayacağı anlaşılmaktadır¹⁸. Bunun sonucu olarak yapay organlar ile hayvandan insana organ aktarmaları ODNK kapsamına girmemektedir¹⁹. İDHY'nin 4/1-s hükmünde organ kavramının tanımına yer verilmiştir. Buna göre organ; *“özerk olarak fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesi olan, damarlanmış ve yapısını muhafaza eden çeşitli dokulardan oluşan insan vücudunun farklılaşmış hayati bir bölümü”* ifade etmektedir. ONHY'nin 4/1-r hükmünde ise organ; *“insan vücudunda bulunan, farklı dokularca oluşturulan, yapısını, vaskülarizasyonunu ve fizyolojik fonksiyonlarını gerçekleştirme yeteneğini devam ettiren ayrılmış parça”* şeklinde tanımlanmıştır²⁰.

İnsan vücudunun ayrılabilir nitelikteki önemli bir bölümünü ifade eden organ; vücut yapısının, damarların ve fiziki fonksiyon kapasitesinin otonomunu önemli düzeyde sürdürme özelliğini haizdir²¹.

Organlar sistemsal yapılarına göre; iç organlar, sindirim organı, üreme organı, solunum organı, dolaşım organı ve duyu organları olmak üzere altıya ayrılır. Buna göre dalak, apandisit, bağırsak, rektum, böbrek, pankreas, kalp iç organlara; yemek borusu, ağız, mide, on iki parmak bağırsağı, yutak, kalın ve ince bağırsak sindirim organlarına; rahim, vajina ve penis üreme organlarına; soluk borusu, burun, ağız, gırtlak ve akciğer solunum organlarına; kan damarları ve kalp dolaşım sistemi organlarına; göz, kulak, dil ve deri ise duyu organlarına örnek verilebilir²².

Organların bağlı olduğu organizmanın hayatını devam ettirebilmesi için üstlendiği görevleri birbirinden bağımsız ve ayrıdır²³. Örneğin, akciğerin görevi solunum yoluyla kanı temizlemek, gözün görevi görmek, midenin görevi vücuttaki besinlerin öğütülerek sindirimini yapmak, kalbin görevi kanı toplayıp vücuda pompalamak, böbreğinki ise organizmada yer

¹⁸ Köksal, s. 9; Gülen Kurt (2020a), s. 4.

¹⁹ Aydın, Çağrı Kan (2011) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK md 91-93)’, Ankara Barosu Dergisi, S:1, s. 132; Taşkın, s. 159.

²⁰ Belirtelim ki, tanımların muhtevası benzer mahiyette olsa da aynı terimle ilgili iki ayrı yönetmelikte farklı tanımlara yer verilmesi kavram kargaşasına ve hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Bu nedenle önerimiz, aynı kavramın farklı tanımlarına yer vermek yerine yeknesaklığın sağlanması ve kavram kargaşasının önlenmesi adına tek tanıma yer verilmesidir.

²¹ Kanıcı, Musa (2009) ‘Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar’, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, s. 1.

²² Gökcen, Ahmet (2000) ‘Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C: 8, S: 1-2, s. 67; Ziroğlu, Şefik (2019) ‘Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar’, (Yüksek Lisans), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4.

²³ Soyaslan, Doğan (2008) ‘Organ Nakilleri’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s. 333.

alan atıkların idrar yoluyla vücuttan atılmasını sağlamaktır²⁴. Deri ise, bir dokunma organıdır²⁵.

Organ ve doku arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Organların işlevleri ve sınırları kesin olarak belirlenebilirken, dokuların işlevleri ve sınırları belirlenemez²⁶. Ayrıca, dokuları vücut yenileyebilirken deri hariç organlar yenilenemez²⁷. Organlar, dokuların birleşmesinden meydana geldiği halde dokular, işlev ve özellikleri birbirine benzeyen hücre ve liflerden oluşur²⁸.

Yukarıdaki tanımlar ve açıklamalar dikkate alındığında; böbrek, pankreas, akciğer, karaciğer, göz, kalp, beyin, idrar torbası, penis, rahim, dalak, mide, bağırsak ve derinin birer organ olduğu neticesine varılmaktadır²⁹.

Somut olayda maddi konunun organ mı yoksa doku mu olduğu hususunda belirsizlik ya da uyuşmazlık çıktığında, bunun çözümü tıp bilimine ilişkin özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden bilirkişi incelemesine³⁰ başvurulacaktır³¹.

Eklemek gerekir ki, her ne kadar organ olduğunda bir duraksama bulunmasa da ODNK'nın 2/2 inci maddesinde saç ve deri alınması, aşılması ve naklinin bu Kanuna tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla birer organ olarak kabul edilen saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ODNK'nın kapsamı dışında tutulmuştur.

²⁴ Özbilen, s. 10.

²⁵ Soyaslan, s. 333; Köksal, s. 8.

²⁶ Akıncı, s. 11; Taşkın, s. 1.

²⁷ Aydın (2008a), s. 3; Akıncı, s. 11.

²⁸ Taşkın, s. 1; Vural, Abdülaffar (2017) 'Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli', (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, s. 3-4.

²⁹ Akıncı, s. 10; Ziroğlu, s. 3-4.

³⁰ CMK m. 63/1'e göre, "Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez."

³¹ Kasapoğlu Halıcı, Türkan (2009) 'Türk Ceza Kanunu'nda Organ veya Doku Nakline İlişkin Suçlar', (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 31; Vural, s. 4.

1.4. İnsan Kökenli Biyolojik Madde

İnsan kökenli biyolojik madde terimi mevzuatımıza 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisinin 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi maddi ve manevi tazminat davası da açılmaz.*” şeklindeki hükümle girmiştir. Aynı düzenlemeye 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 23/3 üncü maddesinde yer verilmiştir³².

Anılan düzenlemelerde insan kökenli biyolojik maddenin tanımına ve kapsamına yer verilmemiş; kanunkoyucu tarafından bu husus öğretiye bırakılmıştır. Bu sebeple de zikredilen terimin kapsamı ve tanımı öğretide tartışılmış; bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bu tartışmalara geçmeden önce terimin türetildiği “biyolojik madde”nin neyi ifade ettiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Biyolojik madde; organizmayı oluşturan bütün organ, doku ve hücreler ile organizmanın ürettiği tüm salgı ve atıklardır³³. Yani biyolojik madde ile kastedilen canlı organizmada yer alan her çeşit dokular, salgılar, parçalar ya da parçacıklardır³⁴. Bu tanımdan hareket eden bir görüş, *insan kökenli biyolojik maddenin* insan vücuduna ait her türlü biyolojik maddeyi ifade ettiğini belirtmiştir³⁵. Buna göre; sperm, deri, kan, kıl, tırnak, kalp, karaciğer, mide, kas ve kemik iliği gibi insan organizmasındaki bütün organ, doku, hücre ve lifler insan kökenli biyolojik maddedir. Bunun neticesinde üst terim olan insan kökenli biyolojik madde teriminin organ ve doku terimlerinden daha geniş bir alanı kapsadığı ve kavram birliğini sağladığı belirtilerek organ ve doku kavramları yerine bu kavramın kullanılmasının doğru olacağı ifade edilmiştir³⁶. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de insan kökenli biyolojik madde teriminin organ ve doku terimini de içine alması nedeniyle organizmadaki bir materyalin organ mı yoksa doku mu olduğu hususundaki belirsizliklere son vereceği gerekçesiyle organ ve doku kavramlarının yerine insan kökenli biyolojik madde kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir³⁷.

³² Anılan hükme göre; “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.*”

³³ Özbilen, s. 7; Gülen Kurt (2023a), s. 3.

³⁴ Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut (2004) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 383.

³⁵ Akıncı, s. 12; Uygun, s. 160; Kasapoğlu Halıcı, s. 10.

³⁶ Akıncı, s. 13; Polat, s. 5.

³⁷ Özdemir, Salim (1975) ‘Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler’, Yargıtay Dergisi, C: 2, S: 1, s. 104; Akıncı, s. 12-13.

Diğer bir görüş ise “*insan kökenli biyolojik madde*” teriminin; yalnızca ODNK kapsamı dışında kalan kan, sperm, yumurta gibi vücuttan ayrıldıktan sonra yine vücut tarafından kendiliğinden yenilenebilen maddeleri ifade ettiğini belirtmiştir³⁸. Başka bir anlatımla, bu görüşe göre insan kökenli biyolojik maddeden anlaşılması gereken; ODNK’nın kapsamı dışında kalan insan vücuduna ilişkin parçalardır. Zira organ ve doku terimlerinin kullanıldığı ODNK’nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık olarak 11 yıl sonra 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisinde yapılan ekleme ile “organ ve doku” terimi yerine “insan kökenli biyolojik madde” teriminin kullanılması, kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olup, kavramlar arasında içerik farklılığının bulunduğu göstergesidir³⁹. Bununla birlikte TMK’da vücut tarafından yenilenebilen ve yenilenemeyen madde şeklinde bir ayrım yer almadığı için insan kökenli biyolojik maddenin ODNK kapsamı dışında kalan vücut tarafından yenilenebilen maddeleri ifade ettiği görüşüne *katılmamaktayız*⁴⁰. Ayrıca insan kökenli biyolojik madde, kaynağını insandan alan ve canlı organizmasını oluşturan tüm organ, doku, hücre ve salgıları kapsamına aldığından, insan kökenli biyolojik maddenin ODNK kapsamına dâhil olmayan oto-gref, saç, deri ve kan ile sınırlandırılması da isabetli görünmemektedir⁴¹.

Yukarıdaki verilerden hareketle insan kökenli biyolojik madde şu şekilde tanımlanabilir: ODNK kapsamında yer alan organ, doku ve parçaları ile bu Kanun kapsamında yer almamakla birlikte insan organizmasında bulunan ve onun tarafından üretilen ve başka bir kişiye aktarılmasında tıbbi ya da hukuki engel olmayan her türlü şeye insan kökenli biyolojik madde denir⁴². Kısaca insan kökenli biyolojik madde, ODNK kapsamında olsun olmasın insan vücudunda yer alan, onun tarafından üretilen, kaynağını ondan alan her şeydir. Bunun sonucunda ODNK kapsamındaki materyallerin yanı sıra ODNK kapsamında yer almayan oto-gref, saç, deri ve kan da insan kökenli biyolojik materyallere dahildir. Buna karşın insan kökenli biyolojik maddenin kökenini adı üstünde insan oluşturduğundan, bitki veya hayvanlardan elde edilen biyolojik maddeler ile insan vücudunda yer alsalar bile insandan kaynaklanmadığı için suni şekilde imal edilen takma kirpik, peruk, protez, diş

³⁸ **Gürzumar, Osman Berat** (1991) ‘Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler’, Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 380; **Gülen Kurt** (2020a), s. 5.

³⁹ **Gürzumar**, s. 379; **Akıncı** ise, ODNK’da “organ” ve “doku” terimleri kullanılmışken, TMK’da “insan kökenli biyolojik madde” terimi kullanılmak suretiyle, aynı konunun farklı kavramlar ile düzenlenmesinin, birlik, açıklık ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Akıncı**, s. 45.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Gözübüyük**, s. 59.

⁴¹ **Köksal**, s. 11.

⁴² **Çilingiroğlu, Cüneyt** (1993) Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 73.

dolgusu gibi yapay uzuv ve maddeler insan kökenli biyolojik madde olarak değerlendirilemez⁴³.

İnsan kökenli biyolojik maddenin tanımını ve kapsamını belirledikten sonra burada TMK'nın 23/3 üncü maddesinde hükme bağlanan insan kökenli biyolojik maddenin alınması, aşılması ve naklinde rızanın yazılı şekilde açıklanmasına ilişkin düzenleme ile ODNK'nın 6 ncı maddesinde düzenlenen organ ve doku alınabilmesi için gerekli rızanın şeklini öngören hüküm arasında bir çelişkinin bulunup bulunmadığına da değinmek gerekmektedir.

Öncelikle burada sonraki tarihli bir genel norm olan TMK'nın 23/3 üncü maddesi ile önceki tarihli bir özel norm olan ODNK'nın 6 ncı maddesinin çatışması söz konusudur. Böyle bir çatışmada sonraki tarihli genel norm önceki tarihli özel normu zımnen ilga etmemekte, aksine *lex specialis* esası gereği ilke olarak önceki tarihli özel norm uygulanmasını devam ettirmektedir⁴⁴. Ancak somut olaylarda her durumda bu esasın uygulanması doğru sonucu vermediğinden, en uygun çözüm, kanunkoyucunun bu konudaki iradesinin araştırılmasıdır. Yani kanunkoyucunun iradesinin sonraki tarihli genel norm olan TMK'nın 23/3 üncü maddesinin önceki tarihli özel norm olan ODNK'nın 6 ncı maddesini ilga etmek mi, yoksa onu saklı tutmak mı olduğu saptanmalıdır. İnsan kökenli biyolojik maddenin katıldığımız tanımı ve kapsamı göz önünde bulundurularak *bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre*, önceki tarihli özel hüküm olan ODNK'nın 6 ncı maddesinin saklı tutulmak istendiği ve ilga edilmediği kabul edilmelidir⁴⁵. Bu itibarla TMK'nın 23/3 üncü maddesi ile ODNK'nın 6 ncı maddesi arasında bir çelişki mevcut olmayıp; aksine uygulama alanları itibarıyla birbirini tamamlamaktadır.

ODNK'nın 2/2 nci maddesi, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonunu anılan Kanunun kapsamı dışında bırakmıştır. Böylece sayılan materyallerin alınmasında rızanın ODNK'nın 6 ncı maddesinde belirtilen şekilde verilmesi de gerekmez⁴⁶. Öğretide *Dural/Öğüz*, bu materyaller her ne kadar ODNK kapsamı dışında bırakılsa da insan kökenli biyolojik madde olduğundan TMK'nın 23/3 üncü maddesinde herhangi bir istisnaya yer verilmediği için bunların alınması, aşılması ve naklinde hem verici hem de alıcının

⁴³ **Özbilen**, s. 7-8; **Köksal**, s. 10.

⁴⁴ **Güriz, Adnan** (2003) *Hukuk Başlangıcı*, 9. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 137.

⁴⁵ **Parlak, Şafak** (2009) 'Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 83, s. 208; **Abik, Yıldız** (2013) 'Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli', *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 116; **Çilingiroğlu**, s. 74.

⁴⁶ **Abik**, s. 114; **Gürbüz, Elif Rumeysa** (2021) 'Organ ve Doku Naklinde Rıza', (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 32.

yazılı rızasının şart olduğunu, bu durumun özellikle kan alınması ve nakli yönünden çok zorluk doğurucu nitelikte olduğunu belirtmektedir⁴⁷.

1.5. Gref

Nakledilen ya da aşılana organ veya dokuya *gref* adı verilmektedir⁴⁸. “Transplant” terimiyle de eş anlamlı olan bu terim yalnızca insan ve hayvanlar için kullanılabileceğinden, vücuda nakledilen ya da aşılana plastik, sentetik veya metalik gibi suni materyalleri kapsamaz⁴⁹.

Nakledilen ya da aşılana organ veya dokunun kaynağına göre grefler dörde ayrılmaktadır:

Kendisine organ ya da doku nakledilen kimse ile kendisinden organ veya doku alınan kimsenin tek yumurta ikizi olması durumunda, bunlar arasındaki nakle veya aşılama konu organ ya da dokuya *izogref* denir⁵⁰. Bu gref türünde nakledilen organ veya doku alıcının vücudu tarafından reddedilmez ve immünolojik reaksiyon oluşturmaz⁵¹. Aynı türün iki farklı üyesi arasında gerçekleşen greflere *allogref* (*homogref*) adı verilir⁵². İnsandan insana veya kediden kediye yapılan nakiller bu türe örnek gösterilebilir⁵³. Kendisine organ ya da doku nakledilen ile kendisinden organ veya doku alınanın farklı türlere ait olması durumunda, bunlar arasındaki greflere *ksenogref* (*xenogref-heterogref*) denir⁵⁴. Köpekten insana veya domuzdan köpeğe yapılan nakil bu türe örnektir⁵⁵. İleride ayrıntılı şekilde değinileceği üzere, domuz kalp kapakçığının insana nakledilmesi gibi bazı sınırlı durumlarda bu gref türü organ ve doku nakline kaynaklık etse de bugünün tıp teknolojisinde henüz hayvanların böbrek gibi solid organların nakline kaynaklık etmesi mümkün görünmemektedir⁵⁶. Kişinin kendi bedenindeki organ veya dokusunun yine kendi bedeninin bir başka bölgesine nakledilmesi

⁴⁷ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2009) Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 108-109.

⁴⁸ Taşkın, s. 2; Ziroğlu, s. 17.

⁴⁹ Köksal, s. 12; Türel, Ömer (1985) Organ Transplantasyonu, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, s. 1.

⁵⁰ Özdemir, Merve (2017) ‘İslam Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli’, (Doktora), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 16; Ziroğlu, s. 17.

⁵¹ Alican, Fikri (1993) Transplantasyon, İstanbul, Afa Yayıncılık, s. 4; Türel, s. 1.

⁵² Vural, s. 4; Özdemir, s. 16; Akıncı, s. 10.

⁵³ Köksal, s. 12.

⁵⁴ Doğan, Cahid (2013) ‘Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ ya da Doku Nakli)’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, s. 243; Akıncı, s. 10; Özdemir, s. 16.

⁵⁵ Alican, s. 5; Ziroğlu, s. 17.

⁵⁶ Vural, s. 4.

maksadıyla alınan kendi bedenindeki organ veya dokuya *otogref* adı verilmektedir⁵⁷. Otogrefler de tıpkı izogrefler gibi immünolojik reaksiyon oluşturmazlar⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki, organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin kapsamının düzenlendiği ODNK'nın 2 nci maddesinde, organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan organ ve dokunun anlaşılacağı, otogreflerin ise kapsam dışı bırakıldığı hükme bağlandığından *ksenogref* ile *otogrefler* ODNK'ya tabi değildir.

1.6. Organ veya Doku Nakli (Transplantasyon)

Türk Dil Kurumu sözlüğünde organ nakli; “*işlevini yitirmiş bir organın yerine sağlam bir organı koyma, organ aktarımı, transplantasyon*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁹. Buna tıp terminolojisinde kısaca *transplantasyon* denilmektedir⁶⁰. *Transplantasyon* terimi, kökenbilim olarak *trans* ve *plante* sözcüklerinin birleşmesinden meydana gelmiştir⁶¹.

Vücuttaki yaşamsal önemi haiz organ veya dokuların doğuştan ya da sonradan görevini yapamaz hale gelmesi sonucu yaşamın sona ermesini engellemek, başka bir ifadeyle ölümü geciktirmek ve sağlıklı bir hayat sürdürülmesi için birçok durumda organ veya doku nakli tek tıbbi çare olarak karşımıza çıkmaktadır.

Terimin mevzuattaki tanımına bakıldığında, ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin temel yasal düzenleme olan ODNK'da bir tanım yer almamakla birlikte, organ naklinin tanımına ONHY'nin 4/1-u hükmünde yer verildiği görülmektedir. Anılan hükümde organ nakli; “*fonksiyonunu mevcut hiçbir tedavi seçeneği ile yerine getiremeyen organın yerine, ölü veya canlı vericiden alınan organın tedavi amacıyla alıcıya nakledilmesi işlemi*” şeklinde tanımlanmıştır⁶².

⁵⁷ Akıncı, s. 10; Özdemir, s. 16.

⁵⁸ Köksal, s. 13.

⁵⁹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Organ nakli”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 17.10.2021).

⁶⁰ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2010) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 3127; Koçak Süren, Özlem (2007) ‘Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 73, s. 176, dn. 6; Ziroğlu, s. 5; Bununla beraber biz, çalışmamızda transplantasyon teriminin yerine ODNK'da ve ONHY'de kullanıldığı şekliyle “nakil” terimini kullanacağız.

⁶¹ Taşkın, s. 159; Aydın (2011), s. 132.

⁶² ONHY'nin yürürlükten kaldırdığı mülga Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 4/1-ğ hükmünde organ ve doku naklinin tanımına yer verilmiş idi. Anılan hükümde organ ve doku naklinin; “*terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulamasını*” ifade ettiği belirtilmiş idi. Esasında anılan hüküm organ ve doku nakli terimini tanımlamada oldukça yetersiz kalmış; tanımlanması

Biyotıp Sözleşmesinin, 24.01.2002 tarihli İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakli Hakkındaki Ek Protokolünün⁶³ “Kapsamlar ve Tanımlar” kenar başlıklı 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasında naklin tarifine yer verilmiştir. Anılan hükme göre nakil; *“organ veya dokunun bir kişiden alınması ve bu organ veya dokunun bir başka kişiye aktarılması arasında geçen tüm hazırlık, koruma ve saklama aşamalarını da kapsayan bir işlemdir.”* Ancak belirtmek gerekir ki, ülkemiz anılan Ek Protokolün tarafı değildir.

Esasında en geniş tanımıyla organ ve doku nakli, işlevlerini ifa edemeyen organ, doku ya da hücrelerin çıkartılarak yerine o işlevi yerine getirecek yeni bir organ, doku veya hücre yerleştirilmesidir⁶⁴. Diğer bir ifadeyle, vücutta görev ve fonksiyonunu icra edemeyen organ veya dokunun yerine aynı görevi üstlenecek sağlam organ veya dokunun aktarılmasına organ ve doku nakli adı verilmektedir⁶⁵.

Organ ve doku aktarmanın tüm şekillerini de içerecek biçimde daha ayrıntılı bir tanıma yer verecek olursak organ ve doku nakli; işlevini icra edemez hale gelenin yerine o işlevi yerine getirebilecek organ veya dokunun farklı türler ya da aynı türün iki farklı üyesi arasında veya bir canlının kendi bedeninden alınıp yine kendi bedenindeki başka bir yere aktarılmasıdır. Buna geniş anlamda organ ve doku nakli de diyebiliriz. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere alınan organ veya dokunun kaynağına göre organ ve doku nakli üçe ayrılır: Aynı türün iki farklı üyesi arasında gerçekleşen organ ve doku nakline *allotransplantasyon*

gerekli olan terimi aynı terimle yani bilinmeyenle bilinmeyenle açıklamış idi. Diğer yandan zikredilen Yönetmelik, organ ve doku naklini tanımlarken terimin neyi ifade ettiğine dair muhtevasını izah etmekten ziyade uygulamanın amacını ve zamanını belirlemekle yetinmiş idi. Bkz. **Gürbüz**, s. 14; Hükümde organ ve doku naklinin uygulanma zamanına dair kıstas olarak belirtilen “terminal dönem”, hayati fonksiyonların belirli bir süre içerisinde sona ermesinin beklendiği dönem olup; bu süre ortalama olarak 72 saattir ancak 6 aya kadar da uzayabilmektedir. Bkz. **Yalım, Neyyire Yasemin**, ‘Tıbbi Etik Çerçevesinden Terminal Dönem Hasta’, <https://www.klimik.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/T%C4%B1bbi-etik-penceresinden-terminald%C3%B6nem-hasta-YASEM%C4%B0N-YALIM.pdf> (s.e.t.: 17.10.2021); Terminal dönemin belirlenmesinde ortalama süredeki bu belirsiz durumun organ naklini gerçekleştirecek merkezler açısından farklı uygulamalara kapı aralayabileceği, oysa organ ihtiyacı olanın hastalığının gerçekten terminal dönemde olup olmadığının saptanmasının birçok yönden önemli olduğu, bu kapsamdaki farklı süre uygulamalarının örneğin ölüden yapılan nakillerde organ ihtiyacı bakımından dağıtımda adaletin sağlanamamasına sebebiyet verebileceği belirtilerek terminal dönem kıstası öğretide haklı olarak eleştirilmekte idi. Bkz. **Gülen Kurt** (2020a), s. 7; Öğretideki bu haklı eleştiriler dikkate alınmak suretiyle 2022 yılında yürürlüğe giren ONHY’de organ naklinin tanımına yer verilmesi ve terminal dönemin organ naklinin uygulanma zamanına dair kıstas olmaktan çıkartılması isabetli olmuştur.

⁶³ Protokolün İngilizce tam metni için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081562> (s.e.t.: 18.10.2021).

⁶⁴ **Ayan, Mehmet** (1991) Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Yayınları, s. 17; **Erpek, Ayşe Güner** (2015) ‘Organ Naklinde Rıza’, (Yüksek Lisans), İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4.

⁶⁵ **Kızılarslan, Hakan** (2010) ‘Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, s. 1008; **Ateş Sarıdağ**, s. 10.

adı verilir⁶⁶. İnsandan insana veya kediden kediye yapılan nakiller bu türe örnek gösterilebilir. Kendisine organ ya da doku nakledilen ile kendisinden organ veya doku alınanın farklı türlere ait olması durumunda, bunlar arasındaki nakle *ksenotransplantasyon (xenotransplantasyon)* denir⁶⁷. Buna örnek olarak hayvandan insana organ nakli ya da kediden köpeğe yapılan nakiller verilebilir. Bir canlının kendi vücudundan yine kendi bedenine yapılan nakil ise *ototransplantasyon* olarak adlandırılmaktadır⁶⁸. Koroner by-pass için ven deri alınması ototransplantasyona örnek verilebilir.

Geniş anlamda organ ve doku nakli, ODNK'ya tabi olmayanları da kapsamına alan genel bir tanımdır. Zira burada hayvandan insana ve bir canlının kendi vücudundan yine kendi bedenine yapılan nakil de anılan tanımın kapsamına girmektedir. Halbuki aynı kişinin kendi bedeninden yapılan nakil, yani ototransplantasyon ODNK'ya göre teknik anlamda organ veya doku nakli değildir⁶⁹. ODNK'nın 2/1 inci maddesinde organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunlara ait parçaların anlaşılacağı hükme bağlandığından, insan dışındaki bir canlı türünden, örneğin hayvandan insana yapılan organ ve doku nakli de ODNK kapsamına girmediği için teknik anlamda organ veya doku nakli sayılmamaktadır.

O halde ODNK'nın kapsamı göz önünde bulundurularak bir tanım yapacak olursak organ ve doku nakli; bir insanın organizmasında yer alan işlevini yitirmiş organ veya dokunun yerine başka bir canlı insandan ya da kadavradan alınan sağlam organ ve dokunun aktarılmasıdır. Buna dar anlamda organ ve doku nakli de diyebiliriz.

Netice itibarıyla alınacak organ ve dokunun kaynağına göre kapsamının da farklı olması sebebiyle naklin yeknesak bir tanımının yapılması pek olası gözükmemektedir. Bu nedenle, organ ve doku naklinin bütün organ ve doku aktarım türlerini kapsayacak şekilde geniş anlamda ve inceleme konumuzu esas alarak ODNK'nın kapsamına göre dar anlamda olmak üzere ayrı ayrı tanımına yer vermeyi uygun görmekteyiz.

Son olarak eklemek gerekir ki, organ bağıışı ile organ nakli birbirinden farklı hususları ifade eden terimlerdir. Organ bağıışı, diğer hastaların tedavisinde kullanılması amacıyla bir kimsenin yaşarken ya da öldükten sonra geçerli olacak şekilde özgür iradesiyle organlarını

⁶⁶ Vural, s. 4; Özdemir, s. 16.

⁶⁷ Özdemir, s. 16; Ksenotransplantasyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 243 vd.

⁶⁸ Özdemir, s. 16.; Taşkın, s. 4.

⁶⁹ Abik, s. 94; Ateş Sarıdağ, s. 12.

vermesi⁷⁰ iken organ nakli ise, başka bir tıbbi çözümü bulunmadığı için yapılan tıbbi inceleme ve tahliller neticesinde alınması, aşılması ve naklinde sakınca bulunmadığı belirlenen organ veya dokunun tedavi amacıyla bir insandan başkasına aktarılmasıdır⁷¹.

1.7. Kompozit Doku ve Nakli

Fransızca “*composite*” sözcüğünden dilimize geçmiş olan kompozit kelimesi Türk Dil Kurumu sözlüğünde; “*karma, değişik tarzları bir arada taşıyan*” şeklinde tanımlanmıştır⁷². Kompozit doku ise; iç organlar dışında kalan, birden fazla embriyonik tabakadan köken alan ve içerisinde farklı çeşitten dokuları barındıran vücut yapılarıdır⁷³. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kompozit dokuların en önemli özelliği, birden fazla doku içeriğine sahip yapıda olmalarıdır⁷⁴. Bu cümleden olmak üzere kol, bacak, yüz, gırtlak, el ve ayak kompozit dokulardandır⁷⁵.

Herhangi bir nedene bağlı olarak işlev kaybına sebebiyet verecek şekilde kompozit dokuları kayba uğrayan bireyler, yaşam kalitesini artırmak için kompozit doku nakline gereksinim duymaktadır. Örneğin ciddi şekilde deformasyon bırakan yanıklar, ateşli silah yaralanmaları ve mekanik travmalar gibi birçok sebep yüz nakli ihtiyacını ortaya çıkarabilmektedir⁷⁶. İşte kompozit doku nakline yönelik ihtiyaç, bu alandaki çalışmaları artırarak tıp teknolojisinde önemli gelişmeler yaşanmasını sağlamıştır. Bu alandaki çalışmaların sonucu olarak 2005 yılında Fransa’da; 2006 yılında Çin’de ve 2007 yılında da ABD’de kompozit doku (kısmi yüz) naklinin ilk örnekleri görülmüştür⁷⁷.

Dünyadaki bu gelişmelere paralel olarak ülkemizde de bu yöndeki çalışmaların yoğunlaşmasıyla birlikte bu nakillerin denetlenebilir yüksek standartlarda gerçekleşmesini ve başarılı bir şekilde sonuçlanmasını sağlamak amacıyla Sağlık Bakanlığının 29.03.2011 tarihli

⁷⁰ **Kaçar, Yusuf** (2021) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)’, ESAM Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 2, S: 1, s. 54; **Parlak**, s. 191.

⁷¹ **Bakıcı, Sedat** (2010) 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 941; **Koçak Süren**, s. 176.

⁷² **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, “*Kompozit*”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 18.10.2021).

⁷³ **Özmen, Selahattin** (2013) ‘Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, s. 157; **Gülen Kurt** (2023a), s. 7.

⁷⁴ **Batur Özçetin, Arzu** (2013) ‘Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması ve Yasal Durumlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, s. 147; **Ziroğlu**, s. 22.

⁷⁵ **Özmen**, s. 157; **Batur Özçetin**, s. 147.

⁷⁶ **Özmen**, s. 159; **Ateş Sarıdağ**, s. 28.

⁷⁷ **Batur Özçetin**, s. 147.

Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi ihdas edilmiş ve kompozit doku nakli birtakım koşullara bağlanmıştır. Anılan Yönergenin 3 üncü maddesinin (k) bendinde vaskülarize kompozit doku, *“Tipik olarak ektoderm ya da mezodermden köken almış; deri, yağ dokusu, kas, sinir, lenf nodu, kemik ve kıkırdaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği alıcıda damar anastomozları ile yaşatılan dokular”*; (ğ) bendinde de kompozit doku nakli, *“Vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan kompozit doku nakli ameliyesi”* şeklinde tanımlanmıştır.

Belirtmek gerekir ki bu nakiller, hayat kurtarmak için değil yaşam kalitesini artırmak maksadıyla yapılmaktadır. Zira kompozit doku nakillerinde temel gaye, anatomik yapıya uygun işlevsel olarak tamlığı sağlamak ve hayat kalitesini artırarak kişinin kendisini daha iyi hissetmesini sağlamaktır⁷⁸. Ayrıca kompozit doku naklinin mümkün olabilmesi için nakle konu dokular aktif ve kan dolaşımıyla besleniyor olmalıdır⁷⁹.

Kompozit doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için ODNK’da yer alan organ ve doku nakline yönelik şartların yanı sıra Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesinde de birtakım ek şartlar aranmaktadır. Yönerge ile kompozit doku nakillerinin Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmış merkezlerde gerçekleştirilmesi, bu nakilleri yapacak kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının açacağı nakil merkezlerinin taşınması gereken koşulları ile belirlenen standartlara uygunluk yönünden takibi ve çalışmalarına dair usul ve esaslar düzenlenmektedir.

Kompozit doku nakillerinin ülkemizdeki ilk örneklerine kronolojik olarak bakıldığında Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde ilk olarak 25.09.2010 tarihinde kadavradan çift kol nakli, 21.01.2012 tarihinde de aynı donörden iki ayrı hastaya birine yüz nakli diğerine ise bacak ve çift kol nakli; Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde 24.02.2012 tarihinde iki ayrı hastaya yüz nakli ile çift kol ve çift bacak nakli; Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde 17.03.2012 tarihinde yüz nakli; Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde 15.05.2012 tarihinde kulak ve saçlı deriyi de içeren tam yüz nakli gerçekleştirildiği görülmektedir⁸⁰. Hatta kompozit doku nakli denildiğinde dünyada bir ilk olması nedeniyle ülkemiz için gurur kaynağı olan kadavradan rahim nakli 2011 yılında Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde Dr. Ömer Özkan

⁷⁸ **Gülen Kurt** (2020a), s. 53; **Ateş Sarıdağ**, s. 30.

⁷⁹ **Gülen Kurt** (2020a), s. 9.

⁸⁰ **Batur Özçetin**, s. 147-148; **Özmen**, s. 162.

ve ekibi tarafından başarılı bir şekilde neticelendirilmiş olup; kendisine rahim nakledilen kadın bu başarılı nakil operasyonunun ardından 2020 yılında çocuk sahibi de olmuştur⁸¹.

Kompozit doku nakilleri, hayati tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla yapılan ameliyatlar olmadığından ve kendisine nakil yapılan bireyin yaşamı boyunca bağışıklık sistemini baskılayan ilaç kullanmasını gerektirdiğinden, bazı hekimler tarafından kuşku ile karşılanmaktadır⁸². Zira bağışıklık sistemini baskılayan ilaçlar, kişilerde bulantı, kusma, kalp veya böbrek yetmezliği ile kansere sebebiyet verme gibi oldukça fazla yan etkilere neden olmaktadır⁸³.

1.8. Alıcı ve Verici (Donör)

Naklin gerçekleştirilebilmesi için organ veya dokunun alındığı bir organizmaya gereksinim vardır. İşte bu organ veya dokunun alındığı organizmaya verici denilmektedir. Fransızca “*donneur*” kelimesinden dilimize intikal eden ve tıp biliminde “*donör*” olarak ifade edilen verici, kendisinden organ ya da doku alınan insan ya da hayvandır⁸⁴. Ancak ODNK bakımından bu tanım fazlaca geniştir. Zira ODNK’nın kapsamı ölü veya yaşayan bir insandan organ veya doku alınmasıyla sınırlı olup, hayvandan organ ya da doku alınması söz konusu Kanun kapsamına girmemektedir. Bu sebeple ODNK bakımından vericinin tanımının ölü veya yaşayan bir insanla sınırlı tutulması gerekmektedir. Nitekim İDHY m. 4/1/aa hükmünde verici; “*Doku ve hücrelerin elde edildiği yaşayan veya ölü her türlü insan kaynağı*” şeklinde tarif edilmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere verici yaşayan bir kimse olabileceği gibi ölü bir kimse de olabilir. ONHY m. 4/1-çç hükmünde ise verici; “*Bir veya birkaç organı nakil işleminde kullanılan kişi*” biçiminde tanımlanmıştır.

ONHY m. 4/1-a hükmünde “*Organ, organların veya organ parçasının nakledildiği kişi*” şeklinde tanımlanan alıcı ise, vericiden alınan organ veya dokunun nakledildiği, aktarıldığı yaşayan bir kimsedir⁸⁵. Alıcının yaşayan bir kişi olması gerekmektedir; zira nakil işlemi iyileştirme amacıyla yapılmaktadır⁸⁶.

⁸¹ <https://www.google.com/amp/s/m.haberturk.com/rahim-nakliyle-dunyaya-gelen-bebek-adasi-omer-ozkan-in-kucaginda-3201417-amp> (s.e.t.: 18.10.2021).

⁸² Özmen, s. 164.

⁸³ Ziroğlu, s. 25; Erpek, s. 33.

⁸⁴ Aydın (2008a), s. 9; Akıncı, s. 25.

⁸⁵ Gürbüz, s. 14; Akıncı, s. 56.

⁸⁶ Aydın (2008a), s. 9; Karakaya, s. 22.

1.9. Organ veya Doku Uyuşmazlığı ve Reddi

Organizmanın, kendisine nakledilen organ ve dokuları yabancı bir madde olarak algılayıp vücuttan atmaya çalışmasına organ ve doku uyuşmazlığı adı verilmektedir⁸⁷. Kendinden olanı ve olmayanı ayırt etme fonksiyonu, vücudun bağışıklık sistemi tarafından icra edilmektedir. Esasen organ ve doku uyuşmazlığı, aktarılan organ veya dokunun reddine yol açan antijenler arasındaki genetik farklılığa dayanmaktadır⁸⁸. Keza memeli hayvanlarda bir türün bireylerinin genetik yapıları birbirinden çok farklı olup, genetik eşitlik yalnızca tek yumurta ikizlerinde bulunur⁸⁹. Bunun sonucunda çok iyi şekilde korunmuş sağlam organ ve doku bile alıcı organizmasıyla aynı genetik kodlara sahip değilse nakil işleminden sonra fonksiyonlarını kaybedebilecektir⁹⁰. Bu da naklin başarısızlıkla sonuçlanmasına sebebiyet verecektir. Naklin organ ve doku uyuşmazlığı sebebiyle başarısızlıkla sonuçlanmaması içinse ya alıcının bağışıklık sisteminin çeşitli tıbbi yöntemlerle (örneğin ilaç kullanımı) zayıflatılması ya da naklin aynı genetik kodlara sahip olan ikizler arasında yapılması gerekmektedir.

Organ ve doku reddi; alıcı ve verici arasında ortaya çıkan organ veya doku uyuşmazlığı sebebiyle vericiden alınıp alıcıya aktarılan organ veya dokunun alıcının vücudu tarafından atılmasıdır⁹¹.

Organ ve doku nakillerinde başarı şansını azaltan en önemli nedenlerden olan organ veya doku reddi alıcıda, verici organ ve dokularında bulunan HLA, ABO kan grubu ve HLA dışı antijenlere karşı antikorlar bulunmasına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır⁹². ABO kan grubu uyumsuzluğunun negatif etkileri bütün organ nakillerinde aynı düzeyde olmayıp, örneğin karaciğer nakillerinde ABO uyumsuzluğuna bağlı doku reddi daha nadiren gerçekleşmektedir⁹³.

Günümüz tıp bilimindeki ilerlemeler doğrultusunda ABO kan grubu ve HLA uyumsuzluğu bulunması halinde dahi nakil yapmak mümkün olmakla birlikte naklin başarısızlıkla sonuçlanmasını engellemek için nakil öncesi alıcının kanındaki antikorların özel

⁸⁷ Taşkın, s. 3; Özdemir, s. 16.

⁸⁸ Gözübüyük, s. 61; Özdemir, s. 15.

⁸⁹ Alican, s. 12; Köksal, s. 16.

⁹⁰ Banak, Selim (2014) 'Etik ve Hukuki Yönleriyle Organ ve Doku Nakilleri', (Yüksek Lisans), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 8.

⁹¹ Taşkın, s. 2; Özdemir, s. 15.

⁹² Banak, s. 9.

⁹³ Banak, s. 10.

bir usulle temizlenmesi (*plazmaferezis*) ve dalağın çıkarılması ile nakil sonrası bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçların alınması gibi tedavi yöntemlerinin kullanılması gerekir⁹⁴.

2. TARİHSEL GELİŞİM

2.1. Dünyada Tarihsel Gelişim

Vücutta işlev ve fonksiyonlarını yerine getiremeyen organ ve dokuların yerine bu işlev ve fonksiyonları icra edecek sağlam organ ve dokunun aktarılması fikri tarihin her döneminde güncelliğini korumakla birlikte bu alandaki gelişmeler esasen yirminci yüzyıldan itibaren ivme kazanmıştır. Bu nedenle organ ve doku naklinin tarihsel gelişiminin yirminci yüzyıldan önceki durum ve yirminci yüzyıldan sonraki durum şeklinde iki döneme ayrılarak incelenmesi yerinde olacaktır.

2.1.1. Yirminci Yüzyıldan Önceki Tarihsel Gelişim

Hint ve Yunan mitolojisinde bulunan birçok kahraman ve Tanrı, farklı türlere ait organlarla tasvir edilmiştir. Hint tanrısı olan Ganesh'in fil başlı olması, Pegasus'un kanatlı at olarak tasvir edilmesi, Hitit tapınaklarında kartal kanatları ve aslan bedeni taşıyan insan figürü resmedilmesi bunlara örnektir⁹⁵. Bu mitolojik efsanelerdeki tasvirler farklı türlere ait organ ve dokuların aktarılabilceği düşüncesinin ilk belirtilerini oluşturmuştur⁹⁶. Aslında söz konusu tasvirler kuvvetli ve sağlam beden parçalarının nakledilmesi yoluyla tasvir yapılanın güçlendirilmesi fikrine dayanmaktadır. Bu bağlamda Yunan mitolojisinde, Mede adındaki bir hokkabazın Anchise isimli yaşlı bir adama kan nakli yoluyla gençlik ve kuvvet aşıladığı anlatılmaktadır⁹⁷. Ayrıca kolların, bacakların ve hatta kesilmiş kafaların yerine yenisinin konulması yoluyla onarılmasıyla ilgili masallar, İzlanda'dan Afrika'ya antik çağların tüm uluslarında bulunmaktadır⁹⁸.

⁹⁴ Banak, s. 10.

⁹⁵ Hamilton, David (2012) A History of Organ Transplantation, Pitsburg, University of Pitsburg, s. 2.

⁹⁶ Hamilton, s. 2; Banak, s. 28.

⁹⁷ Bayraktar, Köksal (1972) Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 169; Polat, s. 3; Aydın (2011), s. 131.

⁹⁸ Hamilton, s. 1; Banak, s. 28.

Ortaçağ'dan günümüze ulaşan kilise duvarları, kabartma ve tablolarda, başka canlılara ait takma kol ve bacak takılan insan tasvirlerine rastlanmıştır⁹⁹.

Hristiyan dininin kutsal kitabı olan İncil'de ölü bir insandan yaşayan bir insana organ naklinin anlatısı yer almaktadır. “Siyah bacak mucizesi” olarak da adlandırılan bu anlatıya göre, M.S. 3. Yüzyılda Anadolu'da doğan ikiz kardeş olan Cosmos ve Damian tıp ilmine öğrenmek için Suriye'ye giderler. Burada aldıkları eğitimle Cosmos pratisyen, Damian ise cerrah olur. Ardından Silisya'nın Egea kentine yerleşen kardeşlerin tıp alanındaki ününün Egea dışına da yayılmasıyla hasta olanlara şifa olmak için şehirler boyunca gezip onları tedavi ederler. Bacağı kangren olmuş ve bu yüzden şifa arayışında olan bir hastaya rastladıklarında kangren olmuş bacağı keserler. Akabinde kesilen bacağın yerine St. Peter kilisesinde ölen ve yeni gömülen, bu sebeple vücudu halen taze olan bir Etiyopyalı'nın bacağını kesip hasta papaza takarlar¹⁰⁰. Bazı kaynaklarda her ne kadar bu operasyonun başarılı olduğunu ve papazın eskisi gibi sağlıklı olup yürüyebildiğinden bahsedilse de¹⁰¹ o dönemin ilim seviyesinde doku ve kan grupları ile damar dikiş tekniği ve anestezi yöntemlerinin bilinmemesinden dolayı bu operasyonun başarılı sonuçlanması mümkün gözükmemektedir¹⁰². Ancak başarılı şekilde neticelenmese de bu operasyonun sonraki tarihlerde yapılacak organ ve doku aktarmalarına cesaret verdiği ve öncülük ettiği de yadsınamaz bir gerçektir.

Tarihte kişinin kendi bedenindeki organ veya dokusunun yine kendi bedeninin bir başka bölgesine aktarılması anlamına gelen ototransplantasyonun ilk örneklerine bakıldığında, bazı zihinsel hastalıkların hapsedilmiş ruhlar için kaçış olanağı sağlamak suretiyle tedavisi amacıyla kafatası üst kısmından dairesel kemik parçalarının çıkarılıp daha sonra tekrar yerine konulmasına ilişkin Asya, Avrupa ve Güney Amerika'daki bronz çağına ait arkeolojik kanıtlar otogref şeklindeki doku nakillerinin ilk örneklerini oluşturduğu anlaşılmaktadır¹⁰³.

M.Ö. 7. Yüzyıla ait olduğu düşünülen Hindu metinlerinde, çeneden alınan deri grefinin, yeniden burun yapılmasında kullanılmasıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar bulunmaktadır¹⁰⁴.

⁹⁹ Sengir, Turgut (1968) ‘Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler’, Adalet Dergisi, C: 1, S:11-12, s. 645; Gözübüyük, s. 63.

¹⁰⁰ Türel, s. 2-3; Hamilton, s. 5; Banak, s. 29.

¹⁰¹ Bayraktar (1972), s. 169; Sengir, s. 645.

¹⁰² Kasapoğlu Halıcı, s. 4; Ateş Sarıdağ, s. 5.

¹⁰³ Banak, s. 29.

¹⁰⁴ Banak, s. 29; Ateş Sarıdağ, s. 5.

Yine aynı dönemde Hintli hekimlerin, yüzdeki hasarlı bölgenin onarımında kalçadan alınan deri grefini kullanması da ototransplantasyonun ilk örnekleridir¹⁰⁵.

Kişinin kendi bedenindeki organ veya dokusunun yine kendi bedeninin bir başka bölgesine aktarılması anlamına gelen ototransplantasyonun tarihsel anlamdaki en önemli örneklerinden birini İtalyan hekim Gaspare Tagliacozzi 16. Yüzyılda (1590 yılında) gerçekleştirmiştir. Bu cerrahi operasyonda işlevleri hasar görmüş burnun yerine, üst koldan alınan deri grefiyle yeni bir burun yapılmıştır¹⁰⁶. Tagliacozzi'yi transplantasyon çalışmalarında ototransplantasyon tercihinin iten sebep; farklı bireylerden alınacak dokuların, alıcıda immünolojik reaksiyona neden olarak vücudun bu yabancı dokuya karşı alerjik tepki gösterip dokuyu kabul etmeyeceğini savunmasıydı¹⁰⁷.

1667 yılında bir koyunun kanı bir çocuğa nakledilmiş ve çocuk yaşamıştır. Böylece ilk başarılı kan nakli gerçekleştirilmiştir¹⁰⁸. Fakat daha sonraki kan nakli işlemlerinde ortaya çıkan ölüm vakaları sebebiyle bu işlemler yasaklanmış; hatta yasağa aykırı davranıp kan nakli gerçekleştiren Jean Baptiste Dennis, nakil gerçekleştirilenin ölümü üzerine cinayet suçlamasıyla yargılanmıştır¹⁰⁹.

1771 yılında İngiliz cerrah John Hunter hayvanlar üzerinde organ ve doku naklini denemiş; bir horozun testislerini çıkararak tekrar horozun karnına dikmiş ve testislerin horozun karnında başarılı şekilde fonksiyonunu devam ettirdiğini gözlemlemiştir¹¹⁰. Ayrıca Hunter, bir horozun pençesini başka bir horozun ibiğine nakletmiş ve aradan geçen sürede pençenin nakledildiği yerde gelişimini devam ettirdiğini tespit etmiştir¹¹¹. Başka bir deneyinde ise çıkardığı salgı bezini bir tavuğa nakletmiş ve nakledilen bu greflerin yaşadığını, fonksiyonlarını koruduğunu gözlemlemiştir¹¹². İlk dış nakli de yine John Hunter tarafından gerçekleştirilmiştir¹¹³. 18. Yüzyılın sonlarına doğru ölüden ve canlıdan dış nakilleri yaygın bir

¹⁰⁵ **Hamilton**, s. 10.

¹⁰⁶ **Hamilton**, s. 15; **Özdemir**, s. 18.

¹⁰⁷ **Ziroğlu**, s. 8; **Erpek**, s. 7.

¹⁰⁸ **Farr, A. D.** (1980) 'The First Human Blood Transfusion', Medical History, Iss: 24, s. 143; **Bayraktar** (1972), s. 170.

¹⁰⁹ **Leaoyd, Philip** (2010) 'The history of blood transfusion prior to the 20th century – Part 1P'. Transfusion Medicine, Vol: 22, Iss: 5, s. 313.

¹¹⁰ **İltaş, Yiğit** (2017) 'Türk Hukukunda Organ ve Doku Ticareti Suçu', (Yüksek Lisans), Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, s. 3; **Kanıcı**, s. 12.

¹¹¹ **Abbasoğlu, Osman/Çakmakçı, Metin** (1993) 'Günümüzde Organ Transplantasyonu', Bilim ve Teknik, C: 26, S: 312, s. 825; **Gülbüz**, s. 18.

¹¹² **Kanıcı**, s. 12; **Özdemir**, s. 18, dn. 26.

¹¹³ **Köksal**, s. 18; **Ateş Sarıdağ**, s. 6.

uygulama haline gelse de sifiliz gibi hastalıkların ortaya çıkmasından dolayı bu nakillerden vazgeçilerek bu konuda yeni uygulamalar geliştirilmeye çalışılmıştır¹¹⁴.

1770 yılında ilk tendon nakli Misa tarafından gerçekleştirilmiştir¹¹⁵.

1780 ilâ 1799 yılları arasında ilk sperm nakli çalışmalarının yapıldığı bilinse de çalışmalar kişilerin özel hayatına ilişkin olması ve mahremiyete dahil olması nedeniyle bu hususta edinilen bilgiler hayli kısıtlıdır¹¹⁶.

19. Yüzyıla gelindiğinde bu yüzyılda transplantasyon anlamında meydana gelen gelişmelerden biri de göz ile ilgili yapılan çalışmalar sonucunda 1813 yılında Karl Himmy tarafından savunulan korneanın kornea ile değiştirilebilmesidir¹¹⁷. İşlevini tam olarak yerine getiremeyen gözün ön bölümünde saat camı gibi olan saydam tabakasının sağlıklı olanı ile değiştirilmesi olarak tanımlanan kornea naklinde (*keratoplasti*) ilk başarı 1837 yılında Afrika’da bir ceylana yapılan nakil ile Samuel Bigger’e aittir¹¹⁸. 1886 yılında da Arthur von Hippel tarafından ilk kez insandan insana tam kat olmayan kornea nakli gerçekleştirilmiştir¹¹⁹.

1863 yılında Paul Bert, allogref ve ksenogrefin otogreften farklı olduğunu iddia etmiş¹²⁰; o zamanlar damar bağlantısı olmayan deri, yumurtalık, lif veya diş gibi organ ve doku nakillerinde organ ve doku reddi ile ilgili meseleleri yeniden ele almıştır¹²¹. 1870 yılına gelindiğinde ise Reverdin, deri nakillerinde başarılı olan ilk cerrah olarak tarihe geçmiştir¹²².

Baranio, 19. Yüzyılda koyunlarda otogref ve ksenogref cilt nakli çalışmaları gerçekleştirmiş; bu yüzyılın sonlarında Jaboulay, Murphy ve Carrel tarafından damar anastomozu tekniğinin prensipleri ortaya konulmuştur¹²³.

1892 yılında İngiltere’de Williams, pankreatik doku naklinin şeker hastalığının tedavisinde kullanılması düşüncesiyle koyun pankreasından aldığı iki parçayı şeker hastalığı

¹¹⁴ Gürbüz, s. 18; Ziroğlu, s. 8.

¹¹⁵ Köksal, s. 18; Türel, s. 3.

¹¹⁶ Akıncı, s. 2; Ziroğlu, s. 9.

¹¹⁷ Yüzbaşıoğlu, Erdal (2013) ‘Kornea Naklinde Hukuki Sorunlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, s. 233.

¹¹⁸ Yüzbaşıoğlu, s. 231, 233.

¹¹⁹ Yüzbaşıoğlu, s. 233.

¹²⁰ Ziroğlu, s. 8; Köksal, s. 18.

¹²¹ Doğan, s. 244.

¹²² Ziroğlu, s. 8; Köksal, s. 18.

¹²³ Ziroğlu, s. 9.

(*diabetes mellitus*) bulunan on üç yaşındaki bir çocuğun karın duvarı cilt altına nakletmiş ise de bu operasyondan üç gün sonra çocuk hayatını kaybetmiştir¹²⁴.

2.1.2. Yirminci Yüzyıldan Sonraki Tarihsel Gelişim

Her ne kadar vücutta artık görevini yerine getiremeyen organ ve dokunun sağlam ve sağlıklı olanla değiştirilmesi düşüncesi mitolojik gravürlere tasvir olacak kadar eskiye uzansa ve bu alanda birtakım olumlu gelişmeler yaşansa da organ ve doku nakli uygulamalarının modern anlamdaki örneklerine esas itibarıyla yirminci yüzyıl başlarından itibaren rastlanmaktadır. Gerçekten de bu yüzyıldan itibaren gelişen tıbbi teknoloji ve ilerlemelere paralel olarak organ ve doku nakli alanında her geçen gün gelişme kaydedilmektedir. Bunda sağlık ve yaşama hakkının korunması bakımından çoğu hastalıkların iyileştirilmesinde organ ve doku naklinin alternatifsiz tedavi yöntemi olmasının da zorunlu etkisi bulunmaktadır.

Yirminci yüzyılın başlarında Avusturyalı hekim Karl Landsteiner tarafından kan gruplarının bulunulmasından sonra Rhesus faktörünün de keşfedilmesiyle kan dolaşımı arasındaki bağlantı çözümlenerek hem başarılı kan nakillerinin sayısı artmış hem de genel olarak nakillerde başarı oranı artmıştır¹²⁵.

İlk böbrek nakli denemelerinin 1902 yılında Avusturya'nın Viyana şehrinde Macar asıllı cerrah Emerich Ullmann tarafından hayvanlar üzerinde gerçekleştirildiği bilinmektedir¹²⁶. Bu denemede Ullmann, bir köpekten alınan böbreği bir başka köpeğin boynuna nakletmiş ve organ beş gün boyunca idrar üreterek işlevlerini ifa etmiştir¹²⁷. Aynı cerrah tarafından daha sonraki dönemlerde yapılan köpek ve keçi arasındaki organ nakli denemesi¹²⁸ ile bir domuzun böbreğini böbrek yetmezliği bulunan kadının bileğine nakletme çalışmaları başarısızlıkla sonuçlanmıştır¹²⁹.

1906 yılında Fransız cerrah Mathieu Jaboulay tarafından hayvandan insana yapılan böbrek nakli denemeleri başarısız olmuştur¹³⁰. Daha sonra bir diğer Fransız cerrah Alexis

¹²⁴ Banak, s. 41.

¹²⁵ Kanıcı, s. 12; Bayraktar (1972), s. 170.

¹²⁶ Bayraktar (1972), s. 170-171; Akıncı, s. 1-2.

¹²⁷ Banak, s. 33; Gürbüz, s. 19.

¹²⁸ Dangoor, Joseph Yoav/Hakim, David N./Singh, Rajinder Pal/Hakim, Nadey S. (2015) 'Transplantation: A Brief History', Experimental and Clinical Transplantation, Vol: 13, Iss: 1, s. 1.

¹²⁹ Banak, s. 33; Özdemir, s. 19.

¹³⁰ Dangoor/Hakim/Singh/Hakim, s. 1; Özdemir, s. 19.

Carrell tarafından bulunan yırtılmış damarların birleştirilmesini sağlayan özel dikiş tekniklerini içeren damar birleştirme tekniğinin nakil operasyonlarında uygulanmasıyla başarılı sonuçlar artmaya başlamış; hatta Carrell bu çalışmasıyla 1912 yılında Nobel ödülüne layık görülmüştür¹³¹.

1933 yılında insandan insana ilk böbrek nakli Rus cerrah Voronoy tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu operasyonda kadavradan alınan böbrek yirmi altı yaşındaki bir kadına nakledilmiş; ancak kan grubu uyumsuzluğu (alıcının kan grubu 0, vericinin kan grubu B) nedeniyle bağışıklığın desteklenmemesi nedeniyle alıcı kırk sekiz saat sonra hayatını kaybetmiştir¹³². 1954 yılına kadar dünyanın çeşitli yerlerinde insandan insana yapılan böbrek nakli denemeleri yapılsa da immün sistemini baskılayan ilaçların henüz keşfedilmemesi nedeniyle alıcılar bir müddet sonra kaybedilmiş ve nakiller başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 1950 yılında Chicago’da bir ölüden alınan böbrek nakli ile 1952 yılında Paris’te canlı vericiden alınan böbrek nakli sonucunda kısa süre sonra hastaların ölmesi bunlara örnek verilebilir¹³³.

1954 yılına gelindiğinde ise dünyada ilk kez akrabalar arası başarılı böbrek nakli Joseph Murray tarafından ABD’nin Boston şehrinde gerçekleştirilmiş ve bu çalışmayla Murray 1990 yılında Nobel ödülünü almıştır¹³⁴. Murray’ın, aynı genetik kodlara sahip olmaları nedeniyle nakil sonrası organ reddinin oluşmadığı bilinen yirmi üç yaşındaki tek yumurta ikizleri arasında gerçekleştirdiği nakil operasyonu beş buçuk saat sürmüştür; ikizinden böbrek nakledilen hasta operasyon sonrasında sağlığına kavuşmuş hatta çocuk sahibi de olmuştur¹³⁵. Bu transplantasyon, organ nakli alanındaki araştırmaların devamı ve tedavi metodu olarak benimsenmesi bakımından bir motivasyon olmuştur¹³⁶.

İkinci Dünya Savaşı’nda askerlerin ciddi şekilde yaralanması ve savaş koşullarının da etkisiyle bu yaralarının bir an evvel tedavi edilmesi isteği, hekimleri yeni tıbbi çözümler üretme konusunda çalışmaya zorlamıştır¹³⁷. Bu kapsamda önemli çalışmalardan biri Peter Brian Medawar’ın çalışmasıdır. İkinci Dünya Savaşı’nda yanık tedavisi gören pilotlara uygulanan deri allogreftlerinde görülen başarısız sonuçların nedenini araştıran Medawar, hayvanlar üzerinde yaptığı denemelerde, doku reddinin bağışıklık sisteminden

¹³¹ Dangoor/Hakim/Singh/Hakim, s. 3; Doğan, s. 245.

¹³² Ziroğlu, s. 9; Parlak, s. 195.

¹³³ Parlak, s. 195; Abik, s. 96.

¹³⁴ Bayraktar (1972), s. 171; Kasapoğlu Halıcı, s. 6.

¹³⁵ Koçak Süren, s. 176-177; Banak, s. 36; Dangoor/Hakim/Singh/Hakim, s. 2.

¹³⁶ Parlak, s. 195; Abik, s. 97.

¹³⁷ Koçak Süren, s. 176; Gürbüz, s. 19.

kaynaklandığını saptamıştır¹³⁸. Medawar, yaptığı deney sonucunda allogreftlere karşı alıcının bedeninde oluşan reaksiyonun immünolojik bir vaka olduğunu ortaya koymuş¹³⁹; bu çalışmaları ile 1960 yılında Nobel ödülüne layık görülmüştür¹⁴⁰. Bunun sonucunda bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçların da bulunmasıyla başarılı neticelenen transplantasyon uygulamalarının sayısı dünya genelinde hızla artmaya başlamıştır.

1950 yılında Metras, 1954 yılında ise Hardin ve Kitle tarafından hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen akciğer nakli sonucunda bunun teknik olarak insanlar arasında da gerçekleştirilebileceği kanısına varılmıştır¹⁴¹. 1963 yılında ABD’de James D. Hardy tarafından akciğer kanseri nedeniyle solunum yetmezliği bulunan bir hastaya kalp krizinden ölen bir kişinin sol akciğeri nakledilmiş fakat hasta yalnızca on sekiz gün hayatta kalabilmiştir¹⁴².

1955 yılında Welch tarafından ilk karaciğer nakli köpekler üzerinde gerçekleştirilmiş; insanlar üzerinde ilk karaciğer nakli ise 1963 yılında Colorado Üniversitesinden Thomas E. Starzl tarafından gerçekleştirilmiş ancak başarısız olunmuştur¹⁴³. Aynı kişi tarafından 1967 yılında Pittsburgh şehrinde yapılan karaciğer nakli ise tarihte insanlar arasında ilk başarılı karaciğer nakli olarak kayıtlara geçmiştir¹⁴⁴. Canlı vericiden ilk başarılı karaciğer nakli ise Rai tarafından 1989 yılında gerçekleştirilmiştir¹⁴⁵.

1966 yılında ABD’nin Minnesota şehrinde Richard Lillehei ve William Kelly tarafından insanlarda ilk başarılı pankreas nakli gerçekleştirilmiştir¹⁴⁶. Her ne kadar hasta nakilden iki ay sonra gelişen komplikasyon sonucu hayatını kaybetmiş ise de nakledilen greftin ölüm anında halen işlevlerini yerine getirir durumda olması naklin başarılı olduğunu kanıtlamıştır¹⁴⁷.

1960’lı yıllarda ABD ve Sovyetler Birliği’nde önce köpekler üzerinde denenen kalp nakli insana ilişkin olarak ilk kez 1964 yılında Hardy tarafından bir şempanzenin kalbinin altmış sekiz yaşındaki bir hastaya takılmasıyla denenmiş; cerrahi teknik olarak başarılı

¹³⁸ Türel, s. 3; Ziroğlu, s. 8.

¹³⁹ Alican, s. 6; Ziroğlu, s. 8.

¹⁴⁰ Barker, Clyde F./Markmann, James F. (2013) ‘Historical Overview of Transplantation’, Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine, Vol: 3, Iss: 4, s. 2.

¹⁴¹ Ziroğlu, s. 10.

¹⁴² Banak, s. 41.

¹⁴³ Ziroğlu, s. 10.

¹⁴⁴ Gürbüz, s. 20; Kanıcı, s. 13.

¹⁴⁵ Abik, s. 97.

¹⁴⁶ Kanıcı, s. 13; Erpek, s. 7.

¹⁴⁷ Banak, s. 41.

olunmakla birlikte hasta ancak bir saat yaşayabilmiş ve kalp çalıştırılamamıştır¹⁴⁸. Tarihteki ilk başarılı insandan insana kalp nakli 1967 yılında Güney Afrika'nın Cape Town şehrinde bulunan Groote Shure Hastanesi'nde Dr. Christian Barnard tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁴⁹. Bu operasyonda trafik kazasında ölen yirmi dört yaşındaki bir kadının kalbi elli dört yaşındaki Louis Washkansky isimli bir erkeğe nakledilmiş¹⁵⁰; nakil sonrası bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlar verilen hasta on sekiz gün sonra yaşamını yitirmiştir¹⁵¹. Her ne kadar operasyon sonrası hasta yalnızca on sekiz gün yaşayabilmiş ise de bu iddialı müdahale tıp dünyasında uzun süre gündemde kalmış ve hekimlere cesaret vermiştir¹⁵². Bu operasyondan üç gün sonra New York'ta bulunan Maimonides Tıp Merkezi'nde Dr. Kantrowitz tarafından on yedi günlük bir çocuğa kalp nakli yapılmış ancak hasta yalnızca altı buçuk saat hayatta kalabilmiştir¹⁵³. Dr. Barnard, bir yıl sonra ikinci kalp nakli operasyonu gerçekleştirmiş; nakil yapılan hasta Philip Biaiberg beşyüz doksan dört gün yaşamıştır¹⁵⁴. 1968 yılına gelindiğinde on yedi ülkede toplam yüz iki kalp nakli operasyonunun yapıldığı kayıtlara geçmiştir¹⁵⁵.

Organ ve doku naklinin hastalara umut ışığı olan vazgeçilmez bir tedavi yöntemi olarak kabulüyle her türlü organ ve dokunun aktarılması tarihsel süreç içinde cerrahlar tarafından denenmiş ve başarısız olunan denemelerin ardından tıbbi teknolojinin ilerlemesiyle birlikte bu alanda sürekli hale gelen gelişmelerle yeni yöntemler keşfedilerek başarılı sonuçlara ulaşılmıştır. Özellikle de İsviçre'de bulunan Jean François Borell isimli eczacı tarafından bulunan "*Cyclosporin*"¹⁵⁶ adlı doku ve organ reddini önleyen ilacın 1982 yılında tüm dünyada kullanıma girmesiyle organ ve doku nakilleri bugün daha yaygın ve rutin bir işlem haline gelmiştir¹⁵⁷. Zira bu ilaç sayesinde nakledilen organ veya dokunun organizma tarafından reddedilmesi önlenerek naklin başarısız olma ihtimali azaltılmıştır¹⁵⁸. Bu kapsamda 1981 yılında Bruce Reitz tarafından Stanford'da gerçekleştirilen ilk başarılı kalp/akciğer nakli; Joel Cooper tarafından 1983 yılında Toronto'da gerçekleştirilen ilk başarılı akciğer lobu nakli; 1986 yılında Toronto'da gerçekleştirilen ilk başarılı çift akciğer nakli; 1987 yılında St. Louis'de gerçekleştirilen ilk başarılı tüm akciğer nakli; Lloyd Ratner ve Louis Kavoussi

¹⁴⁸ Ziroğlu, s. 10; Banak, s. 40.

¹⁴⁹ Akıncı, s. 3; Kanıcı, s. 12; İltaş, s. 3; Abik, s. 97.

¹⁵⁰ Aydın (2011), s. 132; Parlak, s. 195; Abik, s. 97.

¹⁵¹ Gürbüz, s. 20; Banak, s. 40.

¹⁵² Abik, s. 97; Parlak, s. 195-196; Aydın (2011), s. 132.

¹⁵³ Kanıcı, s. 12; Özdemir, s. 22.

¹⁵⁴ Kanıcı, s. 12; Özdemir, s. 22.

¹⁵⁵ Banak, s. 40.

¹⁵⁶ 70'li yılların sonunda mantardan elde edilen etkin madde olan Cyclosporin, o güne değin immün sistemine etki eden etkin maddeler arasında en etkili olanıydı. Bkz. Kanıcı, s. 13.

¹⁵⁷ Abik, s. 98; Parlak, s. 196.

¹⁵⁸ Gülen Kurt (2020a), s. 8-9; Özdemir, s. 22.

tarafından 1995 yılında Baltimore’de gerçekleştirilen ilk başarılı laparoskopik canlı donör nefrektomisi; Fransa’da 1998 ve 2005 yıllarında gerçekleştirilen ilk başarılı el ve kısmi yüz nakli; 2006 yılında Çin’de gerçekleştirilen ilk başarılı penis nakli transplantasyon konusunda gelinen seviyenin görülmesi bakımından önemlidir¹⁵⁹.

Vurgulamak gerekir ki, organ ve doku naklinin günümüzdeki başarılı seviyesine gelmesinde geçmişte başarısızla neticelenen denemelerin sonuçlarının, insanları bu alanda yeni yöntemler keşfetmeye ve çalışma yapmaya sevk etmesi etkili olmuştur¹⁶⁰.

2.2. Türkiye’de Tarihsel Gelişim

Dünya genelinde transplantasyon hususunda artan ilgi ve kaydedilen gelişmeye kayıtsız kalmayan Türkiye’de de bu konuda ciddi çalışmalar yürütülmüş ve önemli adımlar atılmıştır¹⁶¹.

1935 yılında İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesinde Prof. Dr. Joseph Igersheimer tarafından ilk kornea nakli gerçekleştirilmiş; akabinde artan ihtiyacın karşılanması için Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi hocalarından Prof. Dr. Cahit Örgen tarafından ilk göz bankası kurulmuştur¹⁶².

Ülkemizdeki ilk kalp nakli 1968 yılında Dr. Kemal Beyazıt tarafından Ankara Yüksek İhtisas Hastanesi’nde gerçekleştirilmiş; ancak hasta nakilden on sekiz saat sonra yaşamını yitirmiştir¹⁶³. Bu nakilden dört gün sonra İstanbul’da Siyami Ersek tarafından ikinci kalp nakli operasyonu gerçekleştirilmiş ise de ilk başlarda durumu iyi olmasına rağmen nakilden otuz dokuz saat sonra hasta hayatını kaybetmiştir¹⁶⁴. Nakil operasyonu sonrası hastanın ilk uzun süre yaşadığı kalp nakli ise 1989 yılında yapılmıştır¹⁶⁵.

İlk böbrek nakli 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesinde Dr. Akif Taykurt tarafından canlı donör kullanılarak gerçekleştirilmiş; ancak doku grubu yerine kan grubu uyumu gözetilerek yapılan bu nakilden yirmi gün sonra doku uyumsuzluğu nedeniyle

¹⁵⁹ Kanıcı, s. 13; Özdemir, s. 22.

¹⁶⁰ Gürbüz, s. 21.

¹⁶¹ Gürbüz, s. 22; Köksal, s. 20.

¹⁶² Yüzbaşıoğlu, s. 233; Köksal, s. 21.

¹⁶³ Banak, s. 40; Ziroğlu, s. 11; İltas, s. 3

¹⁶⁴ Akıncı, s. 3; Erpek, s. 9.

¹⁶⁵ Banak, s. 40.

nakledilen böbrek çıkarılmıştır¹⁶⁶. İlk başarılı böbrek nakli ise 1975 yılında Dr. Mehmet Haberal ve ekibince Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesinde gerçekleştirilmiştir. Canlıdan yapılan bu nakilde on iki yaşındaki bir çocuğa annesinden alınan böbrek nakledilmiştir¹⁶⁷. 1978 yılına gelindiğinde ise aynı ekip tarafından bu kez kadavradan ilk başarılı böbrek nakli yapılmıştır¹⁶⁸. Bu operasyonda kullanılan böbrek, Avrupa Transplantasyon Birliği (Europlant)'nden temin edilmiştir¹⁶⁹. Bunun sebebi, o dönemlerde ülkemizde nakil amacıyla organ ve doku alınmasının yasal düzenlemeye henüz kavuşturulmamış ve buna bağlı olarak da koordinasyon sisteminin kurulmamış olmasıydı¹⁷⁰. Nitekim organ ve doku naklinin usul ve esaslarının düzenlendiği ODNK'nın yürürlüğe girmesiyle 1979 yılında da yine aynı ekip tarafından Hacettepe Üniversitesi Transplantasyon Ünitesinde ilk yerli kadavradan böbrek nakli yapılmıştır¹⁷¹.

Tüm dünyada vazgeçilmez bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen organ naklinin gerekliliği hususunda toplumda oluşan bilinç doğrultusunda nakillerin kolaylaştırılması amacıyla 1980 yılında Türkiye Organ Nakli ve Yanık Tedavi Vakfı kurulmuştur¹⁷². 1987 yılında ülkemizin de içinde bulunduğu Orta Doğu ülkeleri arasında organ nakli hususunda ilmî işbirliği yapılması ve koordinasyon sağlanması ile bu ülkelerde nakil faaliyetlerinin gelişmesine katkı sağlaması ve ihtiyaç duyulan organa ulaşımı kolaylaştırması maksadıyla Orta Doğu Organ Nakli Derneği kurulmuştur¹⁷³. 1990 yılında ise Dr. Mehmet Haberal tarafından Türkiye Organ Nakli Derneği kurulmuş ve anılan dernek Avrupa'da bulunan Transplantasyon Derneğine 1997 yılında üye olmuştur¹⁷⁴. 2001 yılında ise Sağlık Bakanlığı bünyesinde Ulusal Koordinasyon Merkezi kurulmuştur. Ülkemizi altı bölgeye ayırarak şifa bekleyen hastalar için gereksinim duyulan organın hangi şehirde olursa olsun teminini kolaylaştıran bu merkez sayesinde organ nakli uygulamaları ivme kazanarak nakil sayısında belirgin artış yaşanmış olup; günümüz itibarıyla mevcut olan birçok organ ve doku nakli merkezleri ile de nakil sayısı her geçen yıl artmaya devam etmektedir¹⁷⁵.

¹⁶⁶ Ziroğlu, s. 12; Banak, s. 38.

¹⁶⁷ Gürbüz, s. 21; Kasapoğlu Halıcı, s. 6.

¹⁶⁸ Banak, s. 38.

¹⁶⁹ Gözübüyük, s. 64; Gürbüz, s. 21; Kasapoğlu Halıcı, s. 6; Ziroğlu, s. 12.

¹⁷⁰ Kanıcı, s. 14.

¹⁷¹ Köksal, s. 21; Gürbüz, s.21; Ziroğlu, s. 12.

¹⁷² Koçak Süren, s. 177; Özdemir, s. 24.

¹⁷³ Kanıcı, s. 14.

¹⁷⁴ Koçak Süren, s. 177; Ateş Sarıdağ, s. 36.

¹⁷⁵ Kanıcı, s. 15; Koçak Süren, s. 177.

İlk kadavradan karaciğer nakli 1988 yılında Dr. Mehmet Haberal ve ekibince Türkiye Organ Nakli ve Yanık Tedavi Vakfı Hastanesi'nde gerçekleştirilmiştir¹⁷⁶.

İlk pankreas nakli, 1989 yılında Gülhane Askeri Tıp Akademisinde Aslan ve ekibi tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁷⁷.

1990 yılında Dr. Haberal ve ekibi tarafından Türkiye'de ilk kısmi karaciğer nakli yapılmıştır¹⁷⁸. Akrabalar arası bu operasyonda annesinin karaciğerinin bir kısmı alınıp çocuğa nakledilmiştir. Yaşayan insandan kısmi karaciğer naklinin yapılabilmesi; böbrek yetmezliği bulunan hastaların faydalandığı hemodiyaliz ve periton diyalizi gibi nakle alternatif tedavi yöntemlerinden yararlanma şansı olmayan ve hayati organ olması nedeniyle yaşayan insandan bir bütün olarak alınması yasak olmasından dolayı tedavisi yalnızca kadavradan alınabilecek karaciğer nakline bağlı olan hastalara umut ışığı olmuştur¹⁷⁹. Zira bu hastalar, sağlığına kavuşabilmek ve iyileşebilmek için artık bir kimsenin ölmesini ve organlarını bağışlamasını beklemek zorunda kalmamıştır. 1992 yılında da yine Dr. Haberal ve ekibince karaciğer ve böbrek yetmezliği bulunan hastaya annesinden alınan kısmi karaciğer ve böbrek nakli yapılmış; bu nakil dünya literatüründe bir ilk olarak yerini alıp daha sonraki nakillere de yol gösterici uygulama örneği olmuştur¹⁸⁰.

1998 yılına gelindiğinde İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Dr. Öztekin Oto ve ekibince ateşli silah yaralanması nedeniyle yaşamını yitiren beş yaşındaki çocuğun kalp ve akciğeri dokuz yaşındaki çocuğa nakledilmiş; böylece ilk kalp-akciğer nakli gerçekleştirilmiştir¹⁸¹.

Ülkemizde ilk organ ve doku naklinin denendiği günden itibaren günümüze kadar gelişen tıbbi teknolojinin ışığında naklin geçirmiş olduğu başarılı süreç ve evrim sayesinde bugün için kornea, kalp, böbrek, karaciğer, kemik iliği, deri ve diğer tüm insan kökenli biyolojik maddelerin nakli başarıyla gerçekleştirilmektedir¹⁸².

¹⁷⁶ Gürbüz, s. 21-22; Kanıcı, s. 14.

¹⁷⁷ Ziroğlu, s. 12.

¹⁷⁸ Kanıcı, s. 14; Gürbüz, s. 23.

¹⁷⁹ Kanıcı, s. 14.

¹⁸⁰ Kanıcı, s. 14.

¹⁸¹ Gürbüz, s. 22.

¹⁸² Akıncı, s. 3; Köksal, s. 21.

3. NAKLİN ETİK VE DİN KURALLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

3.1. Etik Bakımından İnceleme

Hayatın her alanında olduğu gibi tıp alanında da her gün gelişen ve ilerleyen teknoloji sayesinde geçmişte gerçekleştirilmesi hayal edilen hususlar zamanla mümkün hale gelmiştir. Geçmişte bir hayal ve efsane ürünü olarak mitolojik gravürlere konu olan organ ve doku naklinin bugünkü geldiği başarılı aşama, gelişen tıbbi teknolojinin en çarpıcı örneklerinden birini oluşturmaktadır. Gerçekten de tedavi edici tıpta doğuştan ya da sonradan ortaya çıkan bir nedenle işlevini hiç veya gereği gibi yerine getiremeyen organ veya doku nedeniyle hayat kalitesi düşen ya da ölüme yaklaşan birinin sağlıklı bir hayat sürebilmesi için yaşam kalitesinin artması ve yeniden yaşama döndürülmesi çabası takdire şayandır¹⁸³. İşte fonksiyonunu hiç veya gereği gibi yerine getiremeyen organ veya dokunun sağlam olanıyla değiştirilmesi şeklinde tanımlanabilecek organ ve doku nakli, bu çabanın ürünüdür. Teknolojik ilerleme ve bilimsel gelişmeye paralel olarak organ ve doku nakli yöntem ve uygulamalarındaki başarılı sonuçların gün geçtikçe tüm dünyada artması, bu tıbbi uygulamaya yönelik talebi artırmıştır. Ancak bütün bu gelişmeler, bir yandan sağlıklı yaşam sürdürebilmek için organ veya doku nakli bekleyen hastalara umut ışığı olurken diğer yandan etik değerlerle ilgili tartışmalara yol açmaktadır. Nitekim tıp mesleğinin temel gayeleri arasında yer alan yaşamı kurtarmak, çekilen ıstırapı mümkün olduğunca hafifletmek ve hastalığı tedavi etmek niteliklerini bünyesinde barındıran böylesine önemli bir tıbbi uygulamanın değer çatışmalarına neden olması kaçınılmaz bir neticedir. Bu çatışmalar, organ nakli ile ilgili tüm kişi ve taraflar ile bütün süreçleri kapsayan düzlemlerde ortaya çıkabilir¹⁸⁴.

Etik, doğru ve yanlışla ilgili kararları kanaliz eden prensipleri içeren ahlaki felsefe olarak tarif edilmektedir¹⁸⁵. Esasında etik, genel olarak yazılı olmasına gerek bulunmayan, işin niteliği gereği ve ahlaki bakımdan topluma faydalılığı amaçlayan kurallar bütünüdür¹⁸⁶. İyinin, doğrunun, iyi ve doğru yaşamın anlamı, iyi ve doğru tutum ve davranışların kaynağı, insanlar için doğru ve iyi olanın, doğru ve iyi yaşamın ne olduğu, iyi ve doğru olana ulaşmak için hangi tercihlerin yapılması gerektiği gibi konulara cevap arayan bir felsefe dalı olan etik; tüm insan eylemlerini değil, yalnızca ahlakilik özelliği taşıyan insan davranış ve tutumlarını

¹⁸³ Kanıcı, s. 15; Ziroğlu, s. 62.

¹⁸⁴ Ataç, Adnan/Uçar, Muharrem (2013) ‘Organ Aktarımları ve Dağıtımı İle İlgili Temel Etik Sorunlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, s. 74; Banak, s. 43.

¹⁸⁵ Usta, Aydın (2011) ‘Kuramdan Uygulamaya Kamu Yönetiminde Etik ve Ahlâk’, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 40; Kanıcı, s. 15.

¹⁸⁶ Koçak Süren, s. 186; Usta, s. 40.

inceleme konusu alır¹⁸⁷. Etiğin önerdiği çözüm yolları hukuki açıdan bağlayıcı değildir; bağlayıcı hale gelebilmesi için kanunkoyucu tarafından pozitif düzenlemelere aktarılması gerekir¹⁸⁸.

Tıbbi etik ise, tıp alanındaki araştırma, politika ve uygulamalarla ilgili ahlak ilkelerini konu alan bilimsel yaklaşımdır¹⁸⁹. Bu kapsamda tıp etiği tüm doğada var olan tüm organizmaların yaşamıyla değil, yalnızca insan yaşamıyla ilgilenir ve insan sağlığı alanındaki davranış, uygulama ve tutumların iyi veya kötü şeklinde değerlendirilmesini konu alır¹⁹⁰. Diğer bir ifadeyle tıbbi etik, tıp alanındaki insan yaşamına ilişkin tutum ve uygulamaların doğru veya yanlış, iyi ya da kötü şeklinde değerlendirilip, bu değerlendirmelerin belirli prensiplere bağlanması etkinliğidir¹⁹¹. Türk Tabipler Birliği tarafından çıkarılan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 6 ncı maddesinde görevlerini yerine getirirken hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeler; yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleri olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda organ ve doku naklinin tıbbi etik ile ilişkisi bakımından, naklin tıbbi etiğin temel ilkeleri olarak kabul edilen “*adalet, özerklik ve zarar vermeme*” prensiplerinden her birinin ihlal edilmesine neden olacak yönü bulunmaktadır¹⁹². Zira organ ve doku nakli en başta etik açısından başka bir insanın yararı için diğer bir insana zarar verme, sağlanacak yararın yani organ ve dokunun kabul edilecek hangi öncelik ve kıstaslara göre nakil bekleyen alıcılara dağıtılacağı tartışmasını gündeme getirmektedir¹⁹³.

Organ ve doku nakli uygulamasının etikle ilişkisinin ve bu kapsamda ortaya çıkan tartışmaların daha iyi anlaşılabilmesi için, tespit edilen sorunlara göre konunun alt başlıklara ayrılarak incelenmesi daha faydalı olacaktır.

¹⁸⁷ **Sert, Selin/Cihan, Ali Hulki** (2013) Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 85; **Köksal**, s. 24-25.

¹⁸⁸ **Ünver, Yener** (2008) ‘Türk Tıp Ceza Hukuku’nda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları’, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul, s. 337 vd.

¹⁸⁹ **Arda, Berna/Şahinoğlu Pelin, Serap** (1995) ‘Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları’, Ankara Tıp Mecmuası, C: 48, s. 327-328; **Kanıcı**, s. 15.

¹⁹⁰ **Metin, Sevtap** (2010) Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 1; **Köksal**, s. 25.

¹⁹¹ **Köksal**, s. 25; **Sert/Cihan**, s. 86.

¹⁹² Organ ve doku naklinin yanı sıra ötenazi, insan üzerinde deney, kürtaj, suni yaşam üretme, kalıtım malzemesinin manipülasyonu gibi uygulamalar da tıp etiğinin günümüzdeki en önemli sorunları arasında sayılmaktadır. Bkz. **Metin**, s. 2.

¹⁹³ **Ataç/Uçar**, s. 74.

3.1.1. Canlıdan Organ ve Doku Naklinin Etik Bakımından İncelenmesi

Ölüden yani kadavradan elde edilen organ ve doku sayısının ihtiyaca cevap vermede yetersiz kalması ve canlıdan yapılan nakillerin kadavradan yapılan nakillere göre daha başarılı sonuç vermesi sebebiyle canlıdan organ ve doku nakline yönelinmiştir¹⁹⁴.

Vericinin yaşayacağı zarar riskinin yanı sıra alıcı açısından da nakledilen organ veya dokunun reddedilme olasılığı ile yapay organ ve dokuların geliştirilme imkânının bulunması nedeniyle canlıdan yapılan organ ve doku naklinin karşısında duranlar olmuştur¹⁹⁵. Bununla beraber ilerleyen tıp teknolojisi ve değişen ihtiyaçlar naklin gerekliliğini ortaya koymuş; fakat bu konudaki uygulamalar etik bakımından sürekli sorgulanmıştır.

Nakil amacıyla canlıdan organ ve doku almak, tıbbi etiğin dört temel ilkesinden olan “zarar vermeme, faydalı olma ve kişi otonomisine saygı” ilkeleriyle niteliği gereği çatışma içerisindedir¹⁹⁶. Canlı vericilerden alınabilecek organ ve dokular, vericinin aydınlatılmış rızası ile menfaat karşılığı yapılan organ ve doku bağışları konuya ilişkin başlıca etik tartışmaları oluşturmaktadır¹⁹⁷. Her şeyden önce, beden bütünlüğünü bozan her türlü yaralanma başlı başına ciddi bir etik sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹⁸. Canlıdan organ ve doku naklinde alıcının hayati yararı ile vericinin nakil operasyonundan az veya çok zarar görme tehlikesi karşı karşıya gelmekte ve hem alıcının hem de vericinin nakille beden bütünlüğü bozulmaktadır. Ancak iyileştirme ve hayat kurtarma gayesi taşıyan alıcıya yönelik operasyonun tıbbi müdahalenin genel şartlarını taşıması yeterli iken sırf başkasının yaşamını kurtarmak için hareket eden vericiye yönelik tıbbi müdahalede ek koşullar aranması gerekmektedir. Zira bugünkü tıp dünyasında iyileştiren daima haklıdır tezi artık mutlak olarak geçerli kabul edilmemektedir. Bu nedenle vericinin hayatını riske atmamak şartıyla organ

¹⁹⁴ Canlı vericilerden yapılan nakillerin büyük bir kısmını böbrek nakilleri oluşturmaktadır. Nakil işleminin zamanının önceden belirlenebilir olmasının başarı şansını artırdığı bu nakillerde nakil amacıyla böbrek alınmasına dair tıbbi müdahaleye bağlı olarak vericinin ölüm riski %0-0,02, cerrahi operasyona bağlı komplikasyon oranı %0,9-2,1, cerrahi operasyon dışı komplikasyon oranı ise %0,8-1 arasında bildirilmiştir. Ayrıca böbreklerinden biri alınan kimsenin popülasyona göre daha kısa yaşadığını gösterir bir neticeye rastlanılmamıştır. Canlı vericiden karaciğer nakillerinde %9 ile %67 arasında verici komplikasyon oranı, %0,8-0,5 arasında verici ölüm oranı mevcut iken akciğer lob nakillerinde gerçekleştirilen 253 vakada cerrahi müdahaleye bağlı risk nedeniyle ölüm vakasının gerçekleşmediği ancak %15 oranında cerrahi operasyona bağlı komplikasyon geliştirildiği bildirilmiştir. Bkz. **Banak**, s. 172-173.

¹⁹⁵ **Bayraktar** (1972), s. 173-174; **Köksal**, s. 26.

¹⁹⁶ **Ataç/Uçar**, s. 80; **Polat**, s. 12.

¹⁹⁷ **Banak**, s. 172; **Ziroğlu**, s. 68.

¹⁹⁸ **Kanıcı**, s. 16.

veya doku bekleyen alıcının yaşamını kurtarmak maksadıyla bazı koşullara bağlanmak suretiyle organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesine etik tarafından müsaade edilmektedir¹⁹⁹.

Vericinin zarar görme tehlikesinin varlığı, öncelikle organ ve dokusunun alınması için rızasının bulunması koşulunun aranmasını, sonrasında da bir kimsenin hayatını kurtarması için organ veya dokusunun alınmasına rıza gösterip göstermemesi konusundaki tercihinin saygı gösterilmesini gerektirmektedir²⁰⁰. Hatta vericinin başlangıçtaki rızasından sonradan vazgeçmesi durumunda da ifaya zorlanamaması gerekmekte olup, aile ve toplum içinde sözünde durmasına yönelik güvenilirliğine dair itibarının zedelenmesi de önlenmelidir.

Diğer yandan kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı, bu kapsamda kişinin doğuştan sahip olduğu yaşama ve vücut bütünlüğüne sahip olma haklarının kişiye karşı da korunması gerektiği kabulünden hareketle nakil amacıyla organ ve doku alınması hususunda vereceği rızanın kişinin üzerinde mutlak olarak tasarruf edebileceği değerlerle sınırlandırılması gerekmektedir. Zira bir insanın kendi vücudu ile ilgili tasarruf ve karar verme hakkı sınırsız değildir²⁰¹.

Özerklik²⁰² ya da otonomi olarak ifade edilen etik ilkesi gereğince organ naklinde yalnızca alıcı yarar sağlamakta, vericinin ise herhangi bir yararı olmayıp hatta bu operasyondan zarar görme riski bulunmaktadır. Bu sebeple nakil operasyonu ve sonrasındaki süreçte karşılaşılabilecek zorluklar, muhtemel tehlikeler ile naklin alıcı yönünden faydaları, naklin gerçekleştirilmemesi durumunda alıcının uğrayacağı zarar, uygulamaya alternatif tedavi yöntemlerinin ne olduğu ve başarı şansı gibi hususlarda vericinin etraflica bilgilendirilmesi ve aydınlatılması gerekmektedir. Vericinin organ veya dokusunun nakil amacıyla alınması hususunda öncesinde vermiş olduğu rızasından her zaman vazgeçebileceği de kendisine

¹⁹⁹ **Ataç/Uçar**, s. 81; **Ziroğlu**, s. 80-81.

²⁰⁰ ABD’de cereyan ettiği bildirilen bir olayda kemik iliği nakline gereksinim duyan bir hastaya uygun ilik yalnızca kuzeninden temin edilebilmekle birlikte hastanın kuzeni iliği vermek istememektedir. Uygun iliğin kendisine nakledilmemesi halinde ölecek olan hasta mahkemeye başvurarak yargı kararı ile iliğin kuzeninden alınmasını ve kendisine aktarılmasını talep eder. Mahkeme böyle bir isteğin mümkün olmadığına, iliğini vermek istemeyen kuzeninden yargı kararı yoluyla zorla ilik alımının söz konusu olmadığına hükmeder. Karar için bkz. **Zengin, Mehmet Ali** (2014) ‘İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 18, s. 161.

²⁰¹ **Banak**, s. 190; **Gürbüz**, s. 131.

²⁰² “İyileştiren daima haklıdır” şeklindeki prensibin artık mutlak anlamda geçerli olmadığı tıp etiğinde özerklik ilkesi, bir kimsenin kendi vücudu üzerinde tek egemen olduğunu, kendisinin istemediği müdahalenin yapılmaması gerektiğini, hastalığı ve bunun tedavisi hakkında gerekli bilgilere sahip olduktan sonra düşünme kabiliyetini kullanmak suretiyle özgür iradesiyle kendi geleceği hakkında karar vererek tedaviyi reddedebileceği gibi başlamış olan tedaviyi de her zaman durdurabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Gülen Kurt** (2020a), s. 200-201; **Turla, Ahmet/Köprülü, Hülya/Şirin Karaaslan, Emine/Yüksel, Gözde** (2006) ‘Aydınlatılmış Onam’, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 2, s. 157-158.

bildirilmelidir. Vericinin bilgilendirilmesi, konuştuğu dil ve eğitim seviyesi gibi hususlar dikkate alınarak onun anlayacağı şekilde yapılmalıdır²⁰³. Verici rıza açıklaması öncesinde anılan hususlarda ayrıntılı şekilde aydınlatılmamış ise, organ veya dokusunun alınması konusunda vermiş olduğu rızası geçersiz hale gelmektedir. Ayrıca bütün risk, fayda ve zorluklarını dikkate alarak organ ve dokusunun alınmasına rıza gösterip göstermeyeceğine tam bir serbest iradeyle karar verebilmesi için kendisine düşünmesine yeterli zaman verilmelidir. Rızası hususunda kendisine hiçbir baskı yapılmamalı ve etki altında bırakılmamalı; tamamen hür iradeyle karar verilmelidir. Özellikle alıcının anne, baba, eş ve çocuklar gibi yakın akrabalık ilişkilerinin tarafı olması durumunda vericinin rızasının özgür iradesine dayandığı tereddüde mahal bırakmayacak şekilde belirlenmelidir²⁰⁴. Nitekim yakın akrabalık ilişkilerinin söz konusu olduğu durumlarda duygusal ve psikolojik etkilerin devreye girdiği, bunun da özgür şekilde karar vermeyi olumsuz etkilediği bilinmektedir. Zira ölmekte olan bir yakınına yardım etmesi istenen bir kimsenin bağış kararını üzerinde bir baskı ve etki hissetmeden sırf gönüllülük esasında vereceği iddiası gerçekçi olmayıp, bağış talebini reddettiğinde yardım etmemenin psikolojik ve sosyal bedelini ödeyeceğini düşünen verici, üstleneceği risk ve alıcının beklediği yarar ilişkisini doğru bir şekilde kuramadan organ veya dokularının alınmasına rıza gösterecektir²⁰⁵. Belirtmek gerekir ki, vericinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığı kuşkulu olan rıza açıklamasına binaen yapılan organ ve doku nakli etik bakımından tartışma yaratır²⁰⁶. Bu nedenle vericinin aile fertleri ya da toplumdan baskı gördüğü, daha genel ifadeyle hür iradesini etkileyecek herhangi bir duygusal, psikolojik veya fiziksel baskı ya da etki altında bırakıldığından şüphe edilen durumlarda naklin gerçekleştirilmemesi gerekmektedir. Vericinin rızası, gerçekleştirilecek nakil operasyonu sırasında ve sonrasında süreçte kısa veya uzun vadede meydana gelebilecek bütün tıbbi, psikososyal ve malî riskler ile bu risklerin en aza indirgenmesi için gerekli adımları kapsamalıdır²⁰⁷.

Nakil işleminin yapısı gereği asıl fayda sağlayacak taraf olması nedeniyle bu kadar ayrıntılı olmasa da alıcıya da tıbbi müdahale sırasında ve sonrasında başarı şansı, yapılan tıbbi tetkiklere rağmen organ veya dokunun reddi ihtimali, enfeksiyon riski, tıbbi operasyondan kaynaklanan genel tehlikeler, operasyon sonrası kullanılacak bağışıklık sistemini baskılayıcı

²⁰³ Banak, s. 175; Gürbüz, s. 122, dn. 429.

²⁰⁴ Kanıcı, s. 16; Ateş Sarıdağ, s. 139; Ziroğlu, s. 77.

²⁰⁵ Banak, s. 176-177.

²⁰⁶ Ataç/Uçar, s. 82.

²⁰⁷ Banak, s. 175; Erpek, s. 84, 88.

ilaçların yan etkileri, naklin gerçekleştirilmemesi durumunda uğrayacağı muhtemel zararlar, diğer tedavi seçenekleri ile tedaviyi reddetme ya da vazgeçme hakkının bulunduğu hususunda bilgi verilmeli ve bu etkenleri göz önünde bulundurarak karar vermesi sağlanmalıdır.

Uygulamada hekimlerin daha fazla kazanç elde etmek arzusuyla daha çok sayıda nakil operasyonu yapmak için özerklik ilkesini çokça zedeledikleri, sürece dair gerekli bilgilendirmeyi yapmak suretiyle operasyonun muhtemel fayda ve zararları hususunda mukayese edilip taraflarca hür bir karar verilmesini sağlamaktan ziyade alıcı ve vericiyi nakil operasyonuna yönlendirdiği ifade edilmektedir²⁰⁸. Bu sebeple *kanaatimizce* tarafların sağlık personeline de etki ve baskı altında bırakılmasını önlemeye yönelik tedbirler alınmalıdır.

Zarar vermemek şeklindeki tıbbi etik ilkesi açısından yaşayan kimseden yapılan nakillerde hem alıcının hem de vericinin karşılaştacağı riskler teknik verilerle ölçülmeli, bu risklerin azaltılması için tıbbın tüm imkânları kullanılmalı, özellikle vericinin maruz kalacağı risk alıcının sağlayacağı faydadan fazla olmamalı ve bilimsel verilere dayanmayan öngörü ile hareket edilmemelidir²⁰⁹. Bu bağlamda tıbbın iki temel ilkesi olan insanın araç değil, amaç olarak kabul edilmesi ile kimseyi öldürmeden birinin yaşamını kurtarmak ilkeleri göz önünde bulundurularak hareket edilmeli; bu iki ilkeye ters düşen uygulamaların etik bakımından kabul edilemeyeceği bilinmelidir²¹⁰. Yaşayan kimseden organ ve doku nakillerinde meydana gelen komplikasyon ve ölümler tüm tarafları ilgilendiren etik problemlere neden olduğundan, vericinin bir kimsenin hayatını kurtarmak için kendisi bakımından ne düzeyde risk üstlenebileceği yalnızca kendi özerkliğine ya da otonomisine bırakılmamalı, üstlenmeyi kabul ettiği risk düzeyi tıbbi verilere göre transplantasyon ekibinin kabul etmemesi gereken vericinin daha fazla zarara uğramasına yol açacak bir risk düzeyi ise sağlık ekibince organ veya doku alımı reddedilmelidir²¹¹.

Canlıdan organ ve doku naklinin etik bakımından tartışma yaratmaması için diğer bütün alternatif tedavi usullerinin denenmesine karşın sonuç alınamayıp, hastanın sağlığına kavuşması için naklin alternatifsiz son çare tedavi yöntemi olması ve nakil öncesi yapılan tıbbi test ve tahliller neticesinde naklin başarı şansının yüksek olması gerekmektedir²¹².

²⁰⁸ Ünver (2008), s. 364.

²⁰⁹ Köksal, s. 31; Sert/Cihan, s. 88-89.

²¹⁰ Köksal, s. 31; Polat, s. 13.

²¹¹ Örneğin karaciğerinin bir kısmını anonim olarak bağışlamak isteyen bir kimsenin bu talebinin reddedilmesi etik olarak zorunludur. Bkz. Banak, s. 174.

²¹² Price, David/Akveld, Hans (1998) 'Living Donor Organ Transplantation in Europe: Reevaluation its Role', European Journal of Health Law, Vol: 5, Iss: 1, s. 23.

Yaşayan bir kişinin nakil maksadıyla her türlü organ ve dokusunun alınmasına rıza gösterip gösteremeyeceği hususuna gelince; yaşayan bir kişinin kalp gibi kendisi için yaşamsal önemi haiz tek organının alınmasına rıza gösterebileceğinin kabulü, etik bakımından sağlıklı organa dokunulamaması manasına gelen “*primum non nocere*” ilkesine aykırılık oluşturacağından kabul edilmemektedir²¹³. Dolayısıyla, alındığında vericinin yaşamını mutlak şekilde tehlikeye sokacak ya da ciddi işlev kaybına sebebiyet verecek organların alınması, gerek etik ve gerekse hukuksal açıdan hiçbir koşul altında mümkün değildir²¹⁴. Buna karşılık, bu nitelikte olmayan organ ve dokuların transplantasyonunda alıcının beklediği yarar ve verici tarafından alınan risk düzeyleri ile alıcı ve verici arasındaki bağın bu riski üstlenmeyi gerektirip gerektirmeyeceği hususları dikkate alınarak karar verilmesinde etik bakımından sakınca bulunmamaktadır²¹⁵. Bu kapsamda iki böbreği bulunan yaşayan bir kimsenin bir böbreğini ya da karaciğerinin bir kısmı gibi yaşamının geri kalanını sağlıklı şekilde sürdürmesini engellemeyecek organ veya dokularının bir başkasının hayatını kurtarmak amacıyla alınmasının kendisine bildirilen olası tehlike ve neticelerini göze alması halinde, tıbbın verilerine göre başka bir sakınca da bulunmaması kaydıyla yapılan nakil operasyonu etik olarak uygun mütalaa edilecektir.

Kendisi hakkında bağımsız karar veremeyecek durumda bulunan çocuklar ile tam fiil ehliyetine sahip olmayan yetişkinler bir başka kimsenin hayatını kurtarmak gayesiyle bile olsa organ ve dokularının alınmasına rıza gösteremeyeceği gibi bu konuda verdikleri rıza anne, baba ya da yasal temsilcilerinin onayı ile de geçerli hale gelmez. Bu kimselerin adına anne, baba ve yasal temsilcileri rıza açıklamasında bulunamazlar²¹⁶.

Her ne kadar olması gereken, yaşayan kimseden organ ve doku nakillerinde vericinin, bağış yapacağı alıcının seçiminde insan onuru gereğince ırk, etnik köken, dil, din, cinsiyet, felsefi ve siyasi inanç ayrımı gözetmemesi ise de bağışın hayata tutunmak isteyen hastalardan en azından birine faydalı olacağı gerekçesiyle bir kimsenin organ ve dokularını istediği kriterdeki bir alıcıya tercih nedenini söylemeden verebileceği kabul edilmektedir²¹⁷.

Yaşayan bir kimseden yapılan nakillerde tıbbi mahremiyet ve özel hayata saygı esasına uyulmak suretiyle nakil işleminin taraflarına dair tüm şahsi veriler gizli tutulmalı,

²¹³ **Kurt, Ekrem** (2011) ‘Organ Naklinde Modeller’, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, s. 240; **Köksal**, s. 27.

²¹⁴ **Banak**, s. 173.

²¹⁵ **Banak**, s. 173; **Ziroğlu**, s. 77.

²¹⁶ **Banak**, s. 175.

²¹⁷ **Banak**, s. 177-178.

mahremiyeti zedeleyebilecek her türlü beyan, davranış ve tutumdan kaçınılarak ilgili tarafın izni olmadan kamuoyunu bilgilendirme gayesiyle de olsa hasta mahremiyetini ilgilendiren konuların sosyal medya, basın ve yayın organlarınca ifşa edilmesi engellenmelidir²¹⁸.

Burada gündemdeki yerini kaybetmeyen ve her geçen gün sayısı artan biyobanka uygulaması ile etik ilişkisine de değinmek gerekmektedir. Biyobanka, kişinin verileriyle irtibatlı olan veya bunlarla bağlantılı olabilecek bilgilerin taşıyıcısı olarak insan vücudu parçalarından organ, doku, kan, DNA, protein ya da başka bir beden sıvısının toplandığı bankalardır²¹⁹. Hastalık merkezli, popülasyon bazlı, genetik veya DNA/RNA merkezli, doku bankaları, ticari ve sanal biyobankalar gibi birçok çeşidi bulunan biyobankalarda biyolojik materyaller ile bunlara ait bilgiler toplanmakta, depolanmakta, işlenmekte ve dağıtılmaktadır²²⁰. Bilimsel amaçlı araştırmalarda hastalıkların teşhis ve tedavisine hizmet etmek maksadıyla kullanılan biyobankalar, genetik araştırmalar için yeterli düzeyde numune elde edilmesi ve tekrar numune alınmasına gereksinim duyulmaksızın araştırma yapılabilmesine olanak tanımaktadır²²¹. Numunelerin belirli bir sistematik içinde biriktirildiği biyobankalar aracılığıyla yapılan çalışmalarda birçok insanın tam olarak gen haritası çıkarılarak hastalıkların nedenleri tespit edilmeye çalışılmaktadır²²². Özel veri kategorisi olarak isimlendirilen *hassas veri*²²³ niteliğinde kişisel veriler barındırması nedeniyle biyobankalardaki verilerin özel olarak korunması, gizlilik ve mahremiyetin sağlanması gerekmektedir²²⁴. Mahremiyetin yeterli düzeyde korunamayacağı korkusu, katılımcıların numune bağışlama isteğini azalttığı için gizlilik ve mahremiyetin sağlanması en üst seviyede güvence altına alınmak zorundadır²²⁵.

Organ ve doku nakillerinin etik bakımından uygunluğunu denetleyen etik kurul ve komisyonları da bu hususta önemli bir görev ifa etmektedir. Etik kurulları veya komisyonları,

²¹⁸ Köksal, s. 33.

²¹⁹ Ünver (2008), s. 369.

²²⁰ Gönenç, Fulya İlçin/Aslanova, Kemale (2018) 'Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı', İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, s. 13.

²²¹ Gönenç/Aslanova, s. 15.

²²² Gönenç/Aslanova, s. 18-19.

²²³ Kişiyi ait bazı veriler, işlenmeleri durumunda bireylerin temel hak ve hürriyetlerini önemli ölçüde ihlal etme riskini taşıması ve bu noktada daha çok hassasiyet ihtiva etmeleri sebebiyle dana nitelikli ve kapsamlı şekilde korunmalı gerekmektedir. Bunlara hassas veri ya da özel veri kategorisi denilmektedir. Hassas veriler ülkeden ülkeye farklılık arz etmekle birlikte genel itibarıyla bireylerin ırkı, etnik kökeni, siyasi ya da felsefi görüşü, dini inancı, cinsel yaşamı ve sağlığına ilişkin verileri ile genetik ve biyometrik verileri hassas veri kabul edilmektedir. Bkz. Köse Aysun, Melike (2018) Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 29-30.

²²⁴ Gizlilik; kişisel verilerin toplanması ile ilgili iken mahremiyet; toplanan bu verilerin üçüncü kişilere açıklanmaması ile ilgilidir. Bkz. Gönenç/Aslanova, s. 19-20.

²²⁵ Gönenç/Aslanova, s. 21.

verici ve alıcı arasında yasal düzenlemelere aykırı herhangi bir durumun bulunmadığını ve etik ilkeler açısından naklin uygunluğunu onaylamaktadır²²⁶. Kimi ülkelerin ulusal mevzuatında bu komisyon ve kurulların verdiği kararların bağlayıcı, hatta naklin geçerlilik şartı olduğu düzenlenmiş iken kimi ülkelerde ise bu kararların bağlayıcı olmayıp istişarî nitelikte olduğu, etik kurul ve komisyonlarının da danışma organı niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Kararları ister bağlayıcı ister istişarî nitelikte olsun, tıbbi uygulamalarda meydana gelen etik ikilem ve problemleri, evrensel prensip ve kaideler ışığında irdeleyerek çözüme dair öneriler getiren, bütün olguları göz önünde bulundurup çok yönlü inceleyerek karar veren bu kurul ve komisyonların organ ve doku nakillerinde bilimsel ve etik bakımından doğru karar alınmasındaki rolleri yadsınamaz²²⁷.

Fetal hücre ve dokuların nakli de tüm dünyada etik tartışmalara yol açmaktadır. Fetal araştırmalar ile ilgili yürütülen çalışmalar dünyada 1970'lerde başlamış, kürtajın meşru kabul edilmesiyle genişlemiş ve son yıllarda da bu husustaki çalışmalar büyük bir yoğunluk kazanmıştır²²⁸. Fetal hücre transplantasyonu; parkinson, huntington, spinal kord lezyonları, şizofreni, diabetes mellitus, karaciğer enzim yetmezliği veya faktör eksikliği, immün yetmezlik ve retinal hastalıkların iyileştirilmesinde önemli bulgular ortaya çıkarırken fetal doku veya organların insanlara nakli ise; başlıca anensefalik fetüs organlarının kullanılmasıyla (böbrek, karaciğer ve kalp nakilleri) gündeme gelmiştir²²⁹. Bununla birlikte bu transplantasyonlar bir takım etik tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Zira bir çıkar karşılığında fetal dokuların temin edilmesi maksadıyla elektif olarak gebeliğin sonlandırılmasının etik bakımından kabul edilmesi olanaksızdır²³⁰. Öte taraftan elektif olarak gebeliğin sonlandırılmasından elde edilen fetüslerden alınan dokuların nakil maksadıyla kullanılmasının, gebeliği sonlandırma sayısını artırma olasılığının bulunduğu, gerçekleştirilen müdahalenin annenin aleyhine değişikliklere neden olabileceği ifade edilmektedir²³¹. Bu gerekçelerden hareketle 1988 yılında ABD'de gebeliklerin terapötik endikasyonlar içinde sonlandırılması neticesinde elde edilen fetüslerden alınan dokuların araştırma maksadıyla kullanılması yasaklanmıştır²³².

²²⁶ **Gülen Kurt** (2020a), s. 61; **Erpek**, s. 43.

²²⁷ **Köksal**, s. 35-36.

²²⁸ **Şaylıgil Elçioğlu, Ömür/Ünlüoğlu, İlhami/Yıldırım, Atilla** (1997) 'Fetal Hücre ve Dokuların Transplantasyonu: Karşılaşılan Etik Sorunlar ve Türkiye Uygulaması', *Türkiye Klinikleri*, C: 7, S: 1, s. 3.

²²⁹ **Şaylıgil Elçioğlu/Ünlüoğlu/Yıldırım**, s. 1-5; Bkz. **Ziroğlu**, s. 97-98.

²³⁰ **Şaylıgil Elçioğlu/Ünlüoğlu/Yıldırım**, s. 3; **Köksal**, s. 36-37.

²³¹ **Taşkın**, s. 96; **Ziroğlu**, s. 98.

²³² **Şaylıgil Elçioğlu/Ünlüoğlu/Yıldırım**, s. 3.

Beyni ve kafatasının bir kısmı veya tamamı oluşmamış bebekleri ifade eden anensefalik durumunda bu bebeklerin transplantasyonda organ kaynağı olarak kullanılıp kullanılamayacağı etik olarak tartışmalıdır. Yaşama tutunmak için organ nakli bekleyen bebeklere transplante edilecek uygun boyutta organ bulmak erişkin hastalara göre daha güç olduğundan, buna bir çözüm olarak, beyin ve kafatası noksan doğan ve hayatta kalması mümkün olmayan “anensefalik” şeklinde tabir edilen bebeklerin organ kaynağı olarak kullanımı gündeme gelmiştir²³³. Yaşama şansı olmayan anensefalik bebeklerde beyin korteksi bulunmaması sebebiyle bunların ancak yüzde beşi bir haftaya kadar yaşayabilmektedir²³⁴. Bu gerçekten hareketle anensefalilerde bilinç bulunmaması ve yaşamlarını sürdüremeyeceklerinin kesin olması gerekçeleriyle, velilerinin rızası alındıktan sonra bu bebeklerin organlarının özellikle çocuklara nakledilebileceği fikri ileri sürülmüştür²³⁵. Beyindeki noksanlığa karşın mevcut beyin sapı, kalp atışını ve solunumu devam ettirdiğinden anensefalik bebekler doğuştan beyin ölümü kriterlerine uymamaktadır²³⁶. Bundan dolayı anensefaliler beyin ölümü gerçekleşmiş kişi statüsünde değerlendirilemez. Bütün beyin yerine kortikal ölüm, ölümün tanımlanması için yeterli bir etik prensip olarak kabul edilirse, anensefalik bebeklerin hayati organlarının alınabilmesi doğal olarak gündeme gelecektir²³⁷. Ancak ölümün tariflenmesinde esas alınan beyin ölümü kriterine göre birinin öldüğünün kabulü için bütün beyin yerine kortikal ölüm yeterli değildir. Bu bebeklerde kan dolaşımı, kalp atışı, nefes alma gibi işlemler mevcut olup doğuştan gelen kusurlarıyla beraber bu bebekler canlı bir insan konumundadır ve hayatları hukuken koruma altındadır²³⁸. Bu sebeple ebeveyninin veya herhangi bir yasal temsilcinin, bu bebeğin yaşamının sonlandırılıp bir başkasının hayatını kurtarmak maksadıyla organlarının alınmasına izin verme hakkı bulunmamalıdır²³⁹. Bu bebeklere kalp-solunum işlevleri geri dönülmez şekilde sonlanana dek palyatif tedavinin sürdürülmesi etik bakımından en uygun seçenek gibi görünmektedir²⁴⁰.

²³³ **Ertin, Hakan** (2014) ‘Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları’, İş Ahlakı Dergisi, C: 7, S: 2, s. 96.

²³⁴ **Özdemir**, s. 201.

²³⁵ Bkz. **Özdemir**, s. 200.

²³⁶ **Ertin**, s. 96; **Gülen Kurt** (2020a), s. 25.

²³⁷ **Ataç/Uçar**, s. 77-78; **Banak**, s. 91.

²³⁸ **Özdemir**, s. 201.

²³⁹ **Özdemir**, s. 202; **Gülen Kurt** (2020a), s. 26.

²⁴⁰ **Ertin**, s. 96; **Ateş Sarıdağ**, s. 47, dn. 10.

3.1.2.Ölüden (Kadavradan) Organ ve Doku Naklinin Etik Bakımından İncelenmesi

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere kalp gibi yaşamın devamı için mutlak gerekliliği olan organ ve dokular yalnızca ölülerden nakledilebilmekte olup, bu nitelikteki organ ve dokular yaşayan bir kimseden alınamaz. Bu durum, hayatın devamı için mutlak gerekliliği olan organ ve doku nakillerinde alternatifsiz tek çare olan kadavradan yapılacak aktarmaların önemini ortaya koymaktadır. Organ ve doku naklinin muhtevası ve gayesi konusunda toplumda bilinç seviyesinin yüksek olduğu gelişmiş ülkelerde kadavradan organ ve doku nakli oranları oldukça yüksektir. Yapılan çalışmalara göre gelişmiş ülkelerde gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin yüzde sekseni kadavradan yüzde yirmisi ise yaşayan kimselerden yapılmaktadır²⁴¹.

Cerrahi ve hukuki yönden kadavradan organ ve doku naklinin en önemli özelliği, bedeninin tümüyle ölü ve fakat alınan organ ve dokunun halen canlı olmasıdır²⁴². Başka bir anlatımla, nakil işleminin başarıyla sonuçlanabilmesi için organ ve dokunun alındığı kişinin ölmüş olmasına karşın alınan organ ve dokuların canlılığını halen sürdürmesi gerekir²⁴³. Kısaca kadavradan organ ve doku alımı; ölümün vuku bulmasının hemen akabinde, hayata geri döndürülemez biçimde öldüğü kabul edilmekle birlikte suni olarak yaşatılan bir kişi üzerinde gerçekleştirilebilir²⁴⁴. Bu durum, ölüm anının öne çekilmesini ve ölüm halinin yeniden tanımlanmasını gerektirmiştir.

İlk dönemlerde teolojik olarak ölüm kavramı, ruhun bedeni terk etmesi şeklinde tanımlanmış; soyut içerikte olan bu tanım ilmi bakımdan ölümün ispatını neredeyse imkânsız hale sokmuştur²⁴⁵.

Önceleri, “kişinin canlılığını sağlayan dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarından oluşan büyük yaşam fonksiyonunun durması” şeklinde tarif edilen ölüme fizyolojik ölüm ya da klasik ölüm adı verilmiştir²⁴⁶. Bu tanıma göre bir kimsenin ölmüş olarak

²⁴¹ Kanıcı, s. 18.

²⁴² Kanıcı, s. 19; Ateş Sarıdağ, s. 124.

²⁴³ “Donörün kalbi durduktan sonra çıkarılan organların kullanılabilir halde kalmaları, özellikle organları beden içindeyken korumayı sağlayan teknik gelişmelerle sağlanmıştır. En önemlisi ve en basiti, organa giden atardamara girilerek, daha çıkarılmadan organın soğutulmaya başlanmasıdır. Bugün pek çok ülkede organ koruma işlemi yapılarak, aile onayı beklenirken organların korunması için zaman kazanılmaktadır.” Banak, s. 17.

²⁴⁴ Toroslu, Nevzat (1978) ‘Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 35, S:1-4, s. 104.

²⁴⁵ Köksal, s. 41; Özdemir, s. 218-222.

²⁴⁶ Hakeri, Hakan (2016) Tıp Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 95; Bayraktar (1972), s. 183.

kabul edilebilmesi için dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarından oluşan büyük hayat fonksiyonunun durması gerekmektedir. Anılan tanımdaki kıstas ve saptamaların ölümün vukuu bakımından yeterli kabul edilmesi halinde, bu kıstasların gerçekleşmesi ile vücuttaki organ ve dokular da canlılığını yitirmiş olacağından, ölü vericiden alınacak organ ve dokuların bir başka kişiye naklinin başarıya ulaşması olanaksız hale gelecektir. Bunun sonucunda organ ve doku naklinin tek kaynağı yaşayan kişiler olacağından, organ ve doku nakli bekleyen artan hasta sayısına oranla temin edilen organ ve doku sayısı ihtiyacı karşılamamanın ötesinde kalacaktır. Ayrıca yaşayan kimseden kalp gibi hayati organların temini mümkün olmadığı ve kadavra da başarıya elverişli bir nakil kaynağı olmadığı için yaşamsal önemi haiz organ nakli bekleyen hastalar ölüme terk edilecektir. Organ ve doku nakillerinin başarısı için nakledilen organ ve dokuların fonksiyonlarını kaybetmemiş olması, yani canlılığını koruması gerektiğinden, klasik ölüm tanımındaki kıstaslar ölüm halinin belirlenmesinde amaca hizmet etmemesi nedeniyle yetersiz bulunmuştur. Öte yandan tıp bilimindeki ilerlemeler sayesinde ilaçlar, elektro şok, açık ve kapalı kalp masajı gibi yöntemlerle solunumu ve kalbi durmuş kişilerin yeniden yaşama döndürülebilme imkânının gelişmesi de klasik ölüm anlayışının sorgulanmasına neden olmuştur²⁴⁷. Böylece ölümün yeniden tarifi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bütün vücut fonksiyonlarının ölümü kavramından bir birey olarak hayatta kalmanın kavramsal işlevliği gerektirdiği fikrine dayanan beyin odaklı ölüm kavramına geçişte beyin korteksinin temel işlevleri olan bilinçlilik, anlama, düşünme, hafıza ve gönüllü hareket etme fonksiyonlarının yokluğuna dayanan kortikal ölümün mü yoksa tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülemez kaybına dayanan beyin ölümünün mü esas alınması gerektiği tartışılmıştır²⁴⁸. Belirtelim ki, daha önce de ifade edildiği üzere ölümün tespiti bakımından tüm beyin fonksiyonlarının geri dönülmez kaybı yerine kortikal ölümün yeterli bir ölçüt olarak kabul edilmesi halinde beyin korteksi olmayan anensefalik bebekler ölü kabul edilip, kalp gibi

²⁴⁷ **Metin**, s. 263; Otopsilerin halka açık olarak da yapılabilirdiği ve klasik ölüm anlayışı kalbin durmasının ölümle eşdeğer kabul edildiği 16. Yüzyılda yaşamış olan anatomist Andreas Vesalius'un yaptığı bir otopside kişinin göğüs kafesi açıldığında kalbinin halen atmaya ve çalışmaya devam ettiğinin herkes tarafından görülmesi üzerine Vesalius ölmemiş bir kişinin otopsisini yapmakla suçlanmış ve bu sebeple çok zor duruma düştüğü için yaşadığı ülkeyi terk etmek mecburiyetinde kalmıştır. Fakat daha sonraki dönemlerde tıp dünyasındaki gelişmeler neticesinde gerek kalbi ve solunumu durmuş bir insanın bir takım alet ve yöntemlerle kalbinin çalıştırılabilmesiyle yaşamaya devam edebilmesi gerekse beyin fonksiyonları tam ve geri dönülmez şekilde sona eren kişinin kalbi çalışmaya devam etse de hayata geri dönememesi kalbin durması ya da çalışmasının ölümün tespitinde ölçüt olamayacağını göstermiştir. Bkz. **Çil, Orçun/Görkey, Şefik** (2014) 'Beyin Ölümü Kriterlerinin Tarihsel Gelişimi ve Kadavradan Organ Nakline Etkisi', Marmara Medical Journal, S: 27, s. 70.

²⁴⁸ **Ataç/Uçar**, s. 77.

yaşamsal önemi haiz organları alınıp bir başkasına nakledilebilecektir²⁴⁹. Ancak bu durum, etik prensiplere aykırılık teşkil edecektir.

Ölüm halinin belirlenmesinde esas alınacak ölçüt bakımından öğretilerdeki ağırlıklı görüş gereğince kalbin atmaya devam etmesi, yaşamın devam edip etmediğinin kesin bir kıstası olmayıp, ölümün vuku bulduğunun kesin ölçütü beyin fonksiyonlarının geri dönülemez şekilde son bulmasıdır²⁵⁰. Ölümün kalbin durmasıyla, yani kan dolaşımının son bulmasıyla değil, beyin fonksiyonlarının geri dönülemez şekilde son bulmasıyla meydana geldiğinin kabulü, organ ve doku nakillerinin başarıya ulaşması bakımından ehemmiyet taşımaktadır. Nitekim organ ve doku naklinin başarıyla neticelenebilmesi için nakledilen organ ve dokuların canlılığını yitirmeden derhal ölenin vücudundan alınması ve alıcıya nakledilmesi gerekmektedir²⁵¹. Bu doğrultuda, bir müdahalede bulunulmadığı takdirde canlılığını yitirecek olan organ ve dokuları canlı tutmayı olanaklı kılan reanimasyon yöntemleri, organ naklinin başarısı bakımından oldukça önemlidir²⁵². Beyin ölümünde, beynin vücudu yönetme kabiliyetini yitirip yitirmediği ehemmiyet arz eder²⁵³. Bu cümleden hareketle, beynin vücudu yönetme yeteneğini tamamen ve geri dönülemez biçimde kaybetmesi, “beyin ölümü” olarak adlandırılmaktadır²⁵⁴. Bu kapsamda 1968 yılında Harvard Tıp Fakültesi tarafından yayınlanan ve “*Harvard kriterleri*”²⁵⁵ olarak bilinen “ölümün yeni kriteri; geri dönüşümsüz koma” oldukça popüler olmuş; beyin ölümü tanımı için bir dönüm noktası oluşturmuştur²⁵⁶. Etik bakımından birtakım tartışmalar halen devam etse de Harvard kriterlerinin beyin ölümü ve kadavradan organ ve doku nakli hususlarında çığır açtığını söylemek gerekir. 1976 yılında İngiltere’de “Medical Royal Colleges” tarafından yayınlanan beyin ölümü tanısı²⁵⁷, Harvard

²⁴⁹ **Ataç/Uçar**, s. 77-78; **Banak**, s. 91.

²⁵⁰ **Toroslu** (1978), s. 105; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 66.

²⁵¹ **Toroslu** (1978), s. 105; **Ateş Sarıdağ**, s. 60.

²⁵² **Ataç/Uçar**, s. 77; **Bayraktar** (1972), s. 183.

²⁵³ **Bayraktar** (1972), s. 184.

²⁵⁴ **Gürzumar**, s. 375; **Akıncı**, s. 102-103.

²⁵⁵ *Harvard Kriterleri*: 1- Hasta derin komadadır (ağrılı uyarana cevapsızdır). 2- Kranial ve spinal refleksler alınmaz. 3- Ventilatörden ayrılınca spontane solunum oluşmaz, apne olur. 4- EEG’de düz çizgi vardır. 5- Bu bulguların ilaç veya hipotermiden kaynaklanmadığı kesin olmalıdır. 6- Bu durumdaki hastaya 24 saat sonra tekrar bakıldığında hiçbir değişme yoksa, hastada beyin ölümü gerçekleşmiştir. Harvard kriterlerinin İngilizce metni için bkz. <https://hods.org/English/h-issues/documents/ADefinitionofIrreversibleComa-JAMA1968.pdf> (s.e.t.: 23.07.2023).

²⁵⁶ **Çil/Görkey**, s. 70; **Özdemir**, s. 219.

²⁵⁷ *Beyin ölümü tanısı, İngiltere 1976*: Beyin ölümü tanısı için şunlar bir arada olmalıdır; 1- Hasta derin komada olmalıdır (Ama derin komanın ilaçlardan, primer hipotermiden, metabolik ya da endokrin bozukluklardan kaynaklanmadığı kesinleştirilmelidir) 2- Hasta ventilator desteğiyle yaşıyor olmalıdır. 3- Koma durumunun geri dönüşümsüz bir beyin hasarından kaynaklandığı konusunda şüphe olmamalıdır. 4- Bu üç kriter de varolan hastalara beyin ölümü için tanısal testler yapılmalıdır. Bu testler; a- Beyin sapı reflekslerinin muayenesi(hiçbir refleks alınamaz) - Pupiller parlak ışığa yanıtsız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm), - Okülofokal ve Vestibulo-oküler refleksler yoktur. - Kornea refleksi yoktur. - Faringeal ve trakeal refleksler yoktur (gag refleksi). b-

kriterlerinde birkaç değişiklik yapmış ve Harvard kriterleriyle birlikte bugün hala en geçerli kabul edilen kriterlerden birisi olmuştur²⁵⁸. Beyin ölümünün en çok görüldüğü vakalar; kafa travmaları, beyin kanaması (hipertansif, anevrizma gibi), hipoksi ve menenjitir²⁵⁹.

Beyin ölümünden farklı bir içeriğe sahip olan bitkisel hayatta hastanın beyin tabanından omuriliğe doğru uzanıp beyin ile omurilik arasındaki bağlantıyı sağlayan beyin sapındaki kanlanma bozulmadığı ve solunumu devam ettiği için çok ender de olsa iyileşip hayata geri dönmesi mümkün olmakla birlikte, beyin ölümü gerçekleşen kişinin beyin sapındaki kanlanma bozulduğu için hayata geri dönmesi mümkün değildir²⁶⁰. Uyku benzeri bir döngünün olduğu, bazen gözlerin açıldığı, fakat çevreye yönelik farkındalığın olmadığı bitkisel hayattan farklı olarak beyin ölümünde kendisi ve çevresine dair farkındalık, dış uyaranlara rağmen tamamen yok olmuştur²⁶¹. Bitkisel hayatta beyin zihinsel aktivitelerinden sorumlu dış kabuğu zarar görmüş olup beyin sapı ve iç kısmı sağlamdır, refleksler korunmuştur; ayrıca hastalar temel bakım ve beslenme ile yıllarca hayatta kalabilmektedir. Beyin ölümünde ise refleksler dahil hiçbir dış uyarana cevap verilmemekte ve beyin ölümünün gerçekleşmesiyle bedenin temel fonksiyonları hızla bozularak kısa sürede kalp-solunum durması gerçekleşmektedir²⁶².

Uygulamada beyin ölümü gerçekleşmiş bir kişinin yaşam desteği ya da tıbbi desteğin kesilmesinin pasif ötenazi ile karıştırıldığı görülmektedir. Ötenazide halen hayatta olan ve fakat tedavisi bulunmayan bir hastalık nedeniyle acı çeken bir kimse söz konusu iken; beyin ölümünde yaşama dönme ihtimali mümkün olmayan bir kimse söz konusudur²⁶³. Beyin ölümü gerçekleşen bir kimsenin yaşam desteğinin sürdürülmesinde bir yarar bulunmamaktadır. Hatta yaşam desteğine bir başka hastanın gereksinimi olması halinde, desteği kesmeyip yaşama dönmesi artık mümkün olmayan beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimseye bağlı tutan hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir²⁶⁴.

Apne testi. Medical Royal Colleges tarafından yayınlanan beyin ölümü kriterlerinin İngilizce metni için bkz. <https://www.bmj.com/content/2/6045/1187> (s.e.t.: 23.07.2023).

²⁵⁸ Çil/Görkey, s. 71-72; Ateş Sarıdağ, s. 61.

²⁵⁹ Banak, s. 21; Özdemir, s. 214-215.

²⁶⁰ Akıncı, s. 115-116; Köksal, s. 44, dn. 165.

²⁶¹ Banak, s. 18.

²⁶² Banak, s. 21-22; Özdemir, s. 216.

²⁶³ Koçak Süren, s. 188-189; Ateş Sarıdağ, s. 62-63.

²⁶⁴ Hakeri, Hakan (2013) 'Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar', Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, s. 197.

Beyin ölümü anlayışına birtakım eleştiriler getirilmiştir²⁶⁵. Bu eleştirilerden öne çıkanlara değinecek olursak; beyin fonksiyonları tam ve geri dönülemez şekilde sona ermekle birlikte soluk alan, nabızı atan, teni halen sıcak olan bir insanın ölmüş olarak kabul edilmesindeki kavrayış güçlüğü ile tüm insanların yaşamının başlangıcında zigot halindeyken beyninin bulunmamasına karşılık canlı sayılması nedeniyle beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülmez kaybının ölüm olarak sayılmasının çelişki meydana getirmesidir²⁶⁶. Özellikle ikinci eleştiri bakımından organizmanın yaşam başlangıcının beyin oluşumundan evvele dayanmasından hareketle, daha sonraki süreçte organizmada gelişen beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülmez kaybının organizmanın ölümü için yeterli görülmesinin yanlış olacağı vurgulanmaktadır²⁶⁷.

Beyin ölümünü doğrudan saptamaya yönelik metotların tesadüfî ve ihtimalî nitelik taşıdığı ileri sürüldüğünden, kadavradan başarılı organ ve doku nakillerini sağlamaya yönelik öne sürülen ölümün erken teşhisi metotlarının ölümün kesin şekilde belirlenmesi gereksinimini karşılayıp karşılamadığı tartışma konusudur²⁶⁸. Esasında organ ve doku nakli işlemleri için temini gerekli olan canlı organ ve doku ihtiyacını karşılamak maksadıyla ortaya çıkan, bu maksat doğrultusunda ölümü tespit etmekten ziyade ölüm anını öne almak eğilimine hizmet eden “beyin ölümü” durumunda bulunan kişi mutlak anlamda kesin olarak ölmemiştir; fakat geri dönülmez biçimde ölüme doğru gitmekte ve haklarında hangi tedavi yöntemi uygulanırsa uygulansın en ufak bir sonuç alınamayacaktır²⁶⁹.

Ölümün aynı zamanda kendisine hukuki sonuç bağlanan bir hukuki olay olması sebebiyle hukuk, ölümün mutlak kesinliğinden ziyade hastanın öleceğinin mutlak kesinliğini ortaya koyan ve ölümün gerçekten meydana gelmemiş olabileceği hususunda en ufak kuşkuyu dahi bütünüyle bertaraf etmeyen yöntemleri meşru sayamaz. Ölümün unsurları ve teşhis yöntemlerini saptama görevinin esas olarak tıp bilimine ait olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, kanunkoyucu tarafından bu alana tıp biliminin verilerinden yararlanılarak normatif bir yön verilmek zorundadır. Bu bağlamda kanunkoyucuya düşen görev; tıp biliminin ortaya koyduğu gösterge ve gelişmelerden faydalanmak suretiyle ölüm ile yaşam arasındaki sınırı

²⁶⁵ Ünver (2008), s. 358.

²⁶⁶ Köksal, s. 44-45; Metin, s. 273.

²⁶⁷ Metin, s. 273; Köksal, s. 45.

²⁶⁸ Toroslu (1978), s. 105; Özdemir, s. 215-216.

²⁶⁹ Toroslu (1978), s. 106; Akıncı, s. 115-116.

tereddütlere mahal bırakmayacak şekilde belirleyerek ölümün tespitine ilişkin tüm şüphe ve muğlâklıkları bertaraf edecek hukuk kuralları koymaktır²⁷⁰.

İlk kez 1964 yılında İsveç'te bir böbrek nakli operasyonunda kullanılan beyin ölümü kriterinin ülke mevzuatlarında ölüm halinin tespitinde yasal bir kriter olarak düzenlenmesinden evvel de bu durumdaki bedenler, uygulamada kadavra organ ve doku kaynağı olarak kullanılmıştır. 1970'lerden itibaren beyin ölümünün kriter olarak mevzuatlarda yer almasıyla birlikte solunumu devam eden ya da ettirilen, kalbi çalışan bedenlerden organ alınmasına hukuken izin verilmiştir²⁷¹. Bu sayede hem nakillere ilave kaynak yaratılmış hem de başarılı organ ve doku nakli sayısında artış sağlanmıştır.

Ölüm halinin tespitinde kabul edilen kriterlerle ilgili mukayeseli hukuk incelendiğinde, Avusturya ve Danimarka gibi bazı ülkelerde bilimsel ilerlemelerin önünü kapatmamak adına konuya ilişkin herhangi bir yasal kriter belirlenmeyip ölümün tespitinin bilimin o dönemde ulaştığı güncel tıp teknolojisine göre yapılması arzu edilmişken; Fransa, İspanya ve İtalya gibi ülkelerin hukuk sistemlerinde ölümün tespitine dair yasal kriterler belirlenmiştir²⁷². Örneğin, Fransa'da beyin ölümü kriteri benimsenmiştir²⁷³.

Ülkemizdeki duruma bakıldığında ise Yüksek Sağlık Şurası 24.11.1969 tarihli kararında ölümü; *“bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamiyle durması halinin tesbiti”* şeklinde tanımlayarak fizyolojik ölümü değil, beyin ölümü kriterini benimsemiştir. Mevzuata bakıldığında ise ölümün genel tanımı ve tespitine yönelik genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte çalışma konumuzu da ilgilendiren ODNK'nın 11 inci maddesinde *“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 oybirliği ile karar verileceği”*nin düzenlenmiş olduğu; ancak maddede geçen tıbbi ölümün tarifine ve ölümün tespiti metoduna yer verilmediği görülmektedir. 2022 yılında ihdas edilen ONHY'de ise beyin ölümü kıstasının benimsendiği açıkça düzenlenmiş ve beyin ölümünün tarifine yer verilmiştir. Yönetmelik Ek 1'e göre; *“Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybidir.”* Öğretide bilimsel gelişmelerin

²⁷⁰ **Toroslu** (1978), s. 106-107; **Aydın** (2011), s. 138.

²⁷¹ **Banak**, s. 16.

²⁷² **Toroslu** (1978), s. 107; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 67.

²⁷³ Fransa'nın yanı sıra Finlandiya, Hollanda ve Belçika'da da beyin ölümü kriterleri yasal olarak benimsenmiştir. Bkz. **Elmas, İmdat/Tepehan Eraslan, Selma** (2016) 'Beyin Ölümü Kavramı ve Organ Transplantasyonu', Türkiye Klinikleri Adli Tıp-Özel Konular, C: 2, S: 1, s. 8.

önünü kapatmamak bakımından, ölüm kriterinin ve tanımının kanunla belirlenmemiş olması anlaşılır olsa da yaşam ve ölüm gibi bireyi doğrudan ilgilendiren alanların yönetmeliklere bırakılamayacak kadar önem arz etmesinden ötürü kanunla düzenlenmesinde zorunluluk bulunduğu ifade edilmiştir²⁷⁴. Bununla birlikte ölüm tanımının ve kriterinin kanunla düzenlenmeyip yönetmelikte düzenlenmesi, yönetmelik hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Kaldı ki halen yürürlükte olan ONHY'nin kanuna aykırılık içermediği müddetçe uygulanması zorunludur.

Kadavradan organ ve doku nakli ile ilgili etik olarak tartışılması gereken hususlar; esas itibarıyla ölüye saygı göstermemizi gerektiren sosyal davranışları ihlal edip etmediği ile ölüden organ alınmasından evvel rıza gösterilmesinin aranıp aranmayacağıdır²⁷⁵. Elbette ki bu sorulara verilecek yanıtlar, içinde bulunulan topluma ve kültüre göre değişmektedir. Ancak biz burada etik ilkeleri dikkate alarak bu sorulara cevap arayacağız.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını yakından ilgilendirmesi sebebiyle kadavradan organ ve doku alınması için ölenin vasiyeti veya yakınlarının rızasının aranıp aranmaması hususundaki etik tartışmada üç tez ileri sürülmektedir.

İlk görüşe göre, hayatta kalması organ ve doku nakline bağlı bir kimsenin yaşamını kurtarmak için dahi olsa ölenin kendi kaderini belirleme hakkı bakımından ölenin vasiyeti olmadan veya yakınlarının rızası alınmadan, diğer bir deyişle vasiyet ve rızanın bulunması koşulu aranmaksızın kadavradan organ ve doku alınmasının ölenin kendi cesedi üzerinde tasarruf hakkını ihlal edeceği belirtilmektedir²⁷⁶. Bu görüşe göre, kadavradan organ ve doku alınması için buna ilişkin ya ölenin vasiyeti bulunmalı ya da bu konuda bir vasiyeti bulunmuyor ve sağlığında da organ ve dokularını bağışlamama yönünde sarîh bir irade beyanı yoksa yakınlarının rızası olmalıdır. Öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına dair vasiyeti bulunmayan ve sağlığında organ ve dokularını bağışlamama hususunda bir irade beyanı da olmayan ölenin organ ve dokularının alınması için yakınlarının rızasının aranması, ölenin arzusuna ve kendi kaderini belirleme hakkına aykırılık olarak nitelendirilmemektedir. Kişinin öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına dair bir vasiyeti veya yakınlarının rızası yoksa, bir başka kişinin hayatını kurtarmak amacıyla bile olsa ölenin bedeninden organ ve doku alınamaz. Kişi sağlığında öldükten sonra organ ve dokularını bağışlamama yönünde açık bir irade beyanında bulunmuşsa, yakınlarının rızası bulunsada dahi her ne sebep altında

²⁷⁴ Hakeri (2013), s. 191.

²⁷⁵ Ataç/Uçar, s. 76; Kasapoğlu Halıcı, s. 11.

²⁷⁶ Ataç/Uçar, s. 79.

olursa olsun nakil amacıyla ölenin organ ve dokuları alınamaz. Zira bu görüş, ölenin arzusuna ve kendi kaderini belirleme hakkına öncelik tanımaktadır. Uygulamada, kişinin ölümünden sonra organlarının alınmasına yönelik daha önceye dayalı rızası bulunsu bile sağlık personelinin sorumluluk altına girmek istememelerinden dolayı ivedilikle hareket edilmesi gereken organ ve doku alınması konusunda çekingen kaldıkları ve gerekli olmamasına rağmen tereddüdü gidermek için ölenin yakınlarının iznini alma yoluna gittikleri görülmektedir²⁷⁷. Yapılan araştırmalara göre ölen kişilerin yaklaşık üçte birinin yakınlarının ölenin vasiyeti bulunmasına rağmen organ ve doku alınmasına karşı çıktıkları, itiraz ettikleri görülmüştür. Sağlık personelinin ölenin vasiyetiyle yetinmeyip bir de yakınlarının rızasını arama yoluna gitmelerinin nedeni organ ve doku alımına sonradan itiraz edilme veya yargı yoluna başvurulma ihtimaline karşı uzun süren yargısal süreçlerle uğraşmak ve sorumluluk altına girmek istememelerinden kaynaklandığı ifade edilmektedir²⁷⁸.

Konuya dair ikinci görüşe göre, kişi sağlığında öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına karşı olduğunu belirtmemiş ise yakınlarının rızasının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın nakil amacıyla ölenin organ ve dokuları alınmalıdır²⁷⁹. Burada kadavradan organ ve doku alınmasında tek kriter; ölenin sağlığında öldükten sonra organ ve dokularının alınmamasına ilişkin bir iradesinin bulunmamasıdır. Organlarının alınmaması yönünde açık bir arzusu olmayan ölenin, yakınları rıza göstermese dahi nakil amacıyla organ ve dokuları alınabilir.

Üçüncü görüş ise, naklin insan hayatını kurtarma amacından hareket ederek ölenin veya yakınlarının rızasının bulunması aranmaksızın ölenin organ ve dokularının alınabileceğini ifade etmektedir²⁸⁰. Bu görüş toplum yararını ön planda tutarak ölenin kendi kaderini belirleme hakkına ve açık arzusuna önem atfetmemektedir. Buna göre sağlığında organ ve dokularının alınması veya alınmamasına yönelik açık arzuda bulunmasına ve yakınlarının rıza göstermesine bakılmaksızın nakil amacıyla ölüden organ ve doku alınabilecektir. Burada ölüden organ ve doku alınabilmesi için kişinin ölmüş olması dışında herhangi bir koşul aranmamakta, ölenin arzusu ile yakınlarının rızasının bulunmasına bakılmamaktadır.

²⁷⁷ **Nadel, Mark/Nadel, Carolina** (2005) 'Using Reciprocity to Motivate Organ Donations', Yale Journal of Health Policy Law and Ethics, Vol: 1, s. 297-298; **Ateş Sarıdağ**, s. 68.

²⁷⁸ **Ziroğlu**, s. 69.

²⁷⁹ **Banak**, s. 157; **Koçak Süren**, s. 183; **Ataç/Uçar**, s. 79-80.

²⁸⁰ **Akinci**, s. 43.

Harris, ölüm sebebini ortaya çıkarmak için belirli durumların gerçekleşmesiyle ölen kişinin önceden rızasına ya da yakınlarının istemine bakmaksızın devletin zorunlu otopsi gücüne sahip olduğunu ve hayat kurtarmak amacıyla yapılan transplantasyonların otopsinin amacından değersiz olmadığını, hatta otopsinin ölenin saygınlığını bir hak kaybı ve zarar oluşturmayan organlarının rıza dışında alınmasından daha fazla zedelediğini, bu sebeple devletin başkalarının hayatını kurtarmak maksadıyla her ölenin organ ve dokularını kendisinin ve yakınlarının rızasına bağlı olmaksızın alabilme hakkına sahip olması gerektiğini savunmaktadır²⁸¹.

İnsanların yaşarken ölümünden sonrası için organ ve dokularının alınmasına rıza göstermemelerinin nedenlerine bakıldığında; ilk sırada organ ve dokularını bağışlayan kişilerin koma durumunda sağlık personelinin yeterli bakım alamayıp kendisinin sağlığı ile ilgilenilmeyeceği, sağlık personelinin organ ve doku nakli bekleyen başka hayatları kurtarmaya odaklanıp komadaki bu kişiyi hayata döndürme çabasını ve umudunu yitireceğine dair kaygı bulunmaktadır²⁸². Bu kaygının ortadan kaldırılması için bazı ülkeler yaşarken ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına rıza gösteren yani bağışta bulunan kimselerin bu rıza ya da bağış açıklamasına dair şahsi bilgilerinin gizliliği ve mahremiyeti ile bu bilgilerin kimlik ve diğer belgelerde şifreli biçimde yer alacak şekilde düzenlemeler yapılmasına dair metotlar geliştirmiştir²⁸³. Bu metotlar sayesinde, yaşarken ölümünden sonrası için organ ve dokularını bağışlayan kişi koma halindeyken kendisine müdahale eden sağlık ekibi, kişinin organ ve dokularını bağışladığını bilmeyecek, böylece bağış yapan kişideki, kendisinin sağlığı ile ilgilenilmeyip asıl olarak organ ve doku nakli bekleyen hastaların yaşama ümidine odaklanılıp bir bakıma ölüme terk edilmesi ve yaşaması için çaba gösterilmemesi yönündeki endişe ortadan kalkmış olacaktır.

Bu husustaki ikinci kaygı, beyin ölümü teriminin anlaşılmasındaki zorluklar ile beyin ölümünün vuku bulduğunu ortaya koyan tıbbi kıstasların objektif güvenilirliği konusunda meydana gelen duraksamalardır²⁸⁴. Gerek yaşarken ölümünden sonrası için organ ve dokularını bağışlayacak kişinin gerekse yaşarken bağışa yönelik bir beyanda bulunmaması sebebiyle beyin ölümünün gerçekleşmesiyle organ ve dokularının bağışlanması yönünde rıza gösterecek olan ölenin yakınlarının beyin ölümünün neyi ifade ettiği ve içeriği konusunda

²⁸¹ Harris, John (1998) Hayatın Değeri, (Çeviren: Süha Sertabiboğlu), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, s. 170-173.

²⁸² Ataç/Uçar, s. 78.

²⁸³ Ataç/Uçar, s. 78.

²⁸⁴ Ataç/Uçar, s. 78.

yeterli bilgi sahibi olmamaları sebebiyle bağış konusuna olumsuz yaklaştığı anlaşılmaktadır²⁸⁵. Örneğin, Polonya’da 1996 yılında yapılan bir araştırmada, toplumun ölüden organ alımına pozitif bakmakla birlikte beyin ölümü tanımını kuşkulu bulduğu için organ bağışı kartını imzalamaya karşı isteksiz olduğu saptanmıştır²⁸⁶. Bu kaygının giderilmesi için beyin ölümünün herkesçe anlaşılabilir şekilde tarif edilmesi gerekmektedir. Toplumun beyin ölümünün içeriği konusunda doğru bilinç ve bilgi sahibi olmasında kendisine büyük görev düşen sağlık personelinin de kişilere bu konuda eksiksiz ve doğru bilgilendirme yapması oldukça önemlidir. Ayrıca beyin ölümü konusunda ortaya konulmuş tıbbi kıstas ve verilerin güvenilirliği hususunda toplumda güven oluşturulması için kamu spotu ve broşür dağıtma uygulamaları gibi farkındalık yaratıcı çalışmalar yapılmalıdır. Unutulmamalıdır ki, nakil amacıyla kadavradan organ ve doku alınması için rıza elde etme oranı, toplumun bu hususta hangi oranda eğitilmiş ve bilgilendirilmiş olduğuna bağlıdır²⁸⁷.

Yapılan araştırmalar, yaşarken bağış hususunda bir açıklamada bulunmayıp beyin ölümü gerçekleşen veya gerçekleşme ihtimali kuvvetle muhtemel olan kişilerin yaklaşık dörtte birinin yakınlarına organ ve doku alınmasına rıza gösterip göstermeyeceği yönünde sağlık ekibince teklif iletilmediğini ortaya koymuştur²⁸⁸. Yakınlarının beyin ölümü gerçekleşen ve bundan dolayı manevi elem ve üzüntü içinde bulunan bu kişilerin bağış konusunda bir hatırlatma olmaksızın kendiliğinden açıklamada bulunması beklenemez. Bu sebeple kadavradan organ ve doku naklinin artması bakımından söz konusu kişilere beyin ölümünün vuku bulmasıyla birlikte yakınlarının organ ve dokularının nakil amacıyla alınmasına rıza gösterip göstermeyeceği sağlık ekibince sorulmalı, bu hususta gerekli aydınlatma yapılmalıdır.

Kadavradan organ ve doku nakillerinin sayısının artırılmasında bir diğer önemli mesele, objektif tıbbi kriterleri gözeterek beyin ölümünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin teşhisine karar verecek hekim komitesi ile nakli gerçekleştirecek hekim ya da hekimlerin farklı hekimlerden oluşması meselesidir²⁸⁹. Nitekim Harvard kriterlerinde de bu konudaki etik tartışmaların önüne geçmek için beyin ölümü tanısını koyacak hekimler arasında organ nakli

²⁸⁵ Kanıcı, s. 19; Ziroğlu, s. 79.

²⁸⁶ Özdağ, Nurten (2001) ‘Organ Nakli ve Bağışına Toplumun Bakışı’, Cumhuriyet Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi, S: 5/2, s. 50.

²⁸⁷ Kanıcı, s. 19; Toroslu (1978), s. 93.

²⁸⁸ Ataç/Uçar, s. 78-79; Bkz. Ziroğlu, s. 79.

²⁸⁹ Ataç/Uçar, s. 79.; Kılıçoğlu, Ahmet (1991) ‘Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 2, s. 259.

komitesinden hekimlerin olmaması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁰. Bu durum kadavradan yapılan naklin güvenilirliğini sağlayan en önemli hususlardandır. Zira bu sayede ortaya çıkabilecek muhtemel menfaat ve şaibe iddiaları önlenmiş olacak; rıza beyanında bulunacak kişilerde oluşacak güven problemi giderilmiş olacaktır. Aksi takdirde objektif kriterleri gerçekleşmemesine, diğer bir ifadeyle tıbben beyin ölümü gerçekleşmemesine rağmen beyin ölümü teşhisi konulup bir başka kimsenin hayatını kurtarmak için organ ve dokularının alınması ihtimaline yönelik kişilerde oluşacak güvensizlik sebebiyle bağış açıklamasından kaçınma yoluna gideceklerdir. ODNK'nın 12 nci maddesinde de alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer almalarının yasak olduğu düzenlenmiştir.

Kadavradan yapılan nakillerde bir başka etik bakımından tartışmalı olan mevzu, trafik kazaları ve doğal afetler nedeniyle hayatını kaybedip, yakınına ulaşamayan veya yakını olmayan kimselerden, bağış açıklaması aranmaksızın bir başka kimsenin yaşamını kurtarmak gayesiyle organ ve doku alınmasıdır²⁹¹. Bu durumun tıbbi etik ilkelerinden olan bireysel özerklik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür²⁹². Bu husus halen tüm dünyada etik bakımından tartışmalı olmakla birlikte ODNK'nın 14 üncü maddesinde kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet sebebiyle hayatını kaybetmiş bir kişinin yanında yakını yoksa, sağlam doku ve organlarının, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığına hekimler kurulunun raporuyla belgelenmesi kaydıyla, naklinde ivedilik ile tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda hayatı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku naklinin yapılabileceği düzenlenmiştir.

3.1.3. Hayvandan İnsana Organ Naklinin Etik Bakımından İncelenmesi

Hayata tutunabilmek ve sağlıklı yaşam sürebilmek için organ ve doku nakli sırası bekleyen hasta sayısının gün geçtikçe artması, buna karşılık insan donör sayısının organ ve doku ihtiyacını karşılayamayacak kadar düşük olması insanları başka yollar aramaya itmiştir. Bu yollardan biri de hayvandan insana organ ve doku nakli olmuştur. Aslında hayvandan insana organ ve doku nakli fikri, yüzyıllardan beri araştırmacıların üzerinde kafa yorduğu,

²⁹⁰ Çil/Görkey, s. 71.

²⁹¹ Ataç/Uçar, s. 79; Ertin, s. 97.

²⁹² Ertin, s. 97.

yarım asırdan bu tarafa da ciddi denemeler yaptıkları bilimsel bir konudur²⁹³. Donör bulabilme ve üretimin hızlılığı gibi lojistik avantajların yanı sıra hızlı yavrulamanın sağladığı birtakım malî avantajlar bu alanda yapılan çalışmaların en büyük motivasyonu olmuştur²⁹⁴.

Yirminci yüzyılın başlarındaki tıbbi ilerlemenin istenilen seviyede olmaması ve buna bağlı olarak immünoloji hususunda da yeterli bilgi düzeyine erişilememesinden kaynaklı bilinmezliğin bulunması gibi nedenlerle hayvandan insana organ naklinde hayal edilen başarılı sonuçlar gerçekleştirilememiştir²⁹⁵. Hayvandan insana organ ve doku naklinin başarılı olamayışının temelinde birtakım tıbbi nedenler yatmaktadır. Doku uyumsuzluğu, insanların hayvanların doku antijenlerine karşı doğal antikor geliştirmesi, insan ve hayvan organlarının işlevleri arasında bazı farklılıkların bulunması ve hayvanların çok fazla virüs taşımaları bahsedilen tıbbi nedenlerden bazılarıdır²⁹⁶. Bilinen ve bilinmeyen hayvan patojenlerinin insan nüfusuna geçebileceğine ilişkin tehlikenin sıfırdan büyük olması üzerine yoğunlaşmış olmasını da bahsedilen tıbbi nedenler arasında sayabiliriz²⁹⁷.

Bununla birlikte tıbbi gelişmelerin artmasıyla nakil bekleyen bir karaciğer hastasının, domuzun karaciğer hücreleri ile modifiye edilmiş bir makineye bağlanarak diyaliz benzeri bir yöntemle toksik maddelerin eliminasyonu sağlanmak suretiyle nakledilecek uygun organ bulunana kadar geçici olarak yaşam süresinin uzatılmasına dair başarılı sonuçların alınmasıyla hayvandan insana organ ve doku nakline ilgi artmıştır²⁹⁸. Diğer yandan, genetiği değiştirilmiş hayvanların, hemofili için pıhtılaşma faktörü, diyabet için insülin üretmek gibi pek çok hastalığın tıbbi çözümü amacıyla kullanılabileceği de anlaşılmıştır²⁹⁹. Ayrıca kültürlenmiş fare hücrelerinin ciddi deri yanıklarının tedavisinde kullanılması örneğinde olduğu gibi hayvanlardan organ, doku ve hücre nakillerinin dejeneratif hastalıkların tedavisinde kullanıldığı da görülmüştür³⁰⁰.

İnsanlığın faydası için klonlanmış veya genetiği değiştirilmiş hayvanların organ ve dokularının nakil amacıyla kullanımının; nakil için ihtiyaç duyulan organ ve doku

²⁹³ **Karlıkaya, Esin/Hot, İnci** (2007) 'Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin (Xenotranslantasyon) Etik Boyutu', *Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi*, C: 16, S: 6, s. 170; **Karakaya**, s. 88.

²⁹⁴ **Karlıkaya/Hot**, s. 170.

²⁹⁵ **Karlıkaya/Hot**, s. 170.

²⁹⁶ **Doğan**, s. 244; **Köksal**, s. 48.

²⁹⁷ **Doğan**, s. 246.

²⁹⁸ **Karlıkaya/Hot**, s. 169-170.

²⁹⁹ Güneybatı Biyotıp Araştırma Vakfı virologlarından Jonathan Allan, maymunlardan insanlara organ nakline karşı durmasına rağmen, organ nakline nazaran çok daha az risk taşıdığını belirttiği Parkinson hastalığının tedavisinde kullanılıp minyonlarca kişiyi sağlığına kavuşturabilecek domuz siniri hücresinin naklinin düşünülebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Doğan**, s. 247.

³⁰⁰ **Doğan**, s. 254.

gereksinimini karşılamaya hizmet etmesi, nakil operasyonu için bekleme süresini kısaltması, nakil öncesi transplantasyonun kapsamlı test edilme imkânı ve insanlarda görülen HIV, AIDS ve benzeri hastalıkların taşınması riskinin azalması gibi önemli avantajlar sağladığı kabul edilmekle birlikte hayvandan insana organ ve doku naklinde en önemli risklerin başında enfeksiyon sorunu gelmektedir. Gerek insandan insana gerekse hayvandan insana organ ve doku nakillerinde organ ve doku reddini engellemek amacıyla yapılan bağışıklık sistemini baskılayan tedavi yolları başlı başına enfeksiyon riskini artırırken buna ilave olarak hayvanlardan insanlara geçebilecek enfeksiyon için en büyük çekince; bilinen ya da bilinmeyen bir hastalığın yeni bir formunun gelişerek yayılması ve yalnızca hastayı, ailesini ve nakli gerçekleştiren sağlık ekibini değil tüm dünya nüfusunun sağlığını tehdit eder hale gelmesidir³⁰¹. Her ne kadar araştırma sonuçlarında enfeksiyonla karşılaşmadığına dair saptamaların yayımlanmasıyla pek çok araştırmacı, hayvandan insana yapılan nakil sonrası yeni enfeksiyon gelişme tehlikesinin oldukça düşük olduğunu ileri sürmüştü de hayvandan insana yapılan nakiller halen enfeksiyon ve bulaşıcı salgın hastalıkların meydana gelmesi bakımından yüksek risk taşıyan bir konu olmaya devam etmektedir³⁰².

Hollanda’da yapılan bir araştırmaya göre halkın üçte ikisinden fazlasının hayvandan insana organ ve doku naklini en son ve en az istenebilecek bir çözüm olarak gördüğü, hayvandan organ ve doku nakli yerine, organ nakli konusundaki mevcut sistemin ihya edilmesini ve yapay organ üretimine ağırlık verilmesini istediği aktarılmaktadır³⁰³.

Dünya Sağlık Örgütü 22.05.2004 tarihinde gerçekleştirilen 57. Dünya Sağlık Asamblesinin akabinde taraf devletlere sadece ulusal sağlık otoriteleri tarafından etkili şekilde kontrol edilen ve düzenlenen hayvandan insana nakil çalışmalarına izin verilmesini, enfeksiyonların oluşumunu ve küresel yayılımını önlemek hususunda global uygulamaların uyumu için rehber önerilerin oluşturulmasını, enfeksiyonların gidişatının denetimi ve engellenmesi bakımından uluslararası işbirliğine destek olunmasını tavsiye etmektedir³⁰⁴.

Hayvandan insana organ ve doku naklinde görülen bu gelişmelerin yanında konuya dair birtakım etik tartışmalar da ortaya çıkmıştır.

Bu tartışmaların başını hayvandan insana organ ve doku naklinin insan onuruna aykırı olup olmadığı çekmektedir. Gıda, beslenme, ilaç ve daha birçok ihtiyacın giderilmesinde

³⁰¹ Karlıkaya/Hot, s. 171; Köksal, s. 49.

³⁰² Karlıkaya/Hot, s. 171; Köksal, s. 49.

³⁰³ Doğan, s. 249.

³⁰⁴ Karlıkaya/Hot, s. 171.

hayvanlardan faydalanıldığı gerçeğinden hareketle hayvanın nasıl ki beslenme amaçlı etinden, sütünden, bir organı olan ciğerinden, iç organlarından; ısınma ya da giyim amaçlı derisinden; ilaç amaçlı panzehirinden faydalanıyorsak hayatta kalabilmek için nakil amacıyla organ ve dokularından yararlanmamızda da etik bakımından bir beis bulunmadığı kabul edilmektedir³⁰⁵. Zira hayvanları beslemek ya da gıda amaçlı besleme ile nakil amacıyla besleme arasında bir fark bulunmamaktadır. Nitekim İsviçre’de 22.03.1996 tarihli Federal Kararı, ABD’de 23.09.1996 tarihli bir yönerge, İspanya’da 08.05.1997 tarihli Ulusal Nakil Komisyonu kararı, Hollanda’da 21.01.1998 tarihli bir komisyon kararı ve İngiltere’de de 30.07.1998 tarihli bir yönerge ile birtakım koşul ve denetimlere bağlanmak kaydıyla insan yaşamının kurtarılması gayesiyle gerçekleştirilen hayvandan organ ve doku nakli işlemlerinin insan onuruna aykırı olmayıp, etik bakımından doğru olacağı ifade edilmiştir³⁰⁶.

Öte yandan bütün hayvanlar nakil için uygun olmayıp, naklin başarılı şekilde neticelenebilmesi için öncelikle nakil için seçilecek hayvanın fizyolojik, anatomik ve genetik niteliklerinin insanlarınkine benzer ve yakın olmasının yanı sıra enfeksiyon riskine karşı bulaşıcı hastalık taşıma tehlikesinin olmaması, laboratuvar ortamında kolay üretilabilir olması ile dini ve ahlakî yönden de organ ve dokularının insanlara nakledilmesi hususunda bir engelin bulunmaması gerekmektedir³⁰⁷. Bu bağlamda her ne kadar genetik olarak insanlara en yakın hayvan türü primatlar olsa da yapılan araştırmalar sonucunda primatların çok yüksek oranda enfeksiyon riski taşıdıklarının tespit edilmesi ve laboratuvar koşullarında üretimlerinin etik bakımdan münasip olmaması nedeniyle primatların nakillerde kullanımının uygun olmadığı yönünde uzlaşa sağlanmış; 1999’dan itibaren de primatların insanlara yapılacak nakillerde kullanılması yasaklanmıştır³⁰⁸.

Laboratuvar ortamında kolayca üretilen evcil hayvan olmalarının yanı sıra anatomileri ile sahip olduğu organ ve doku fonksiyonları bakımından insanlara çok benzemeleri, genetik olarak modifiye edilebilir özellikte olmaları gibi sebeplerle domuzlar, hayvanlardan insanlara yapılacak organ ve doku nakillerinde en uygun kaynak olarak kabul edilmektedir³⁰⁹. Ancak, domuz eti tüketmenin dini açıdan günah olarak kabul edildiği İslâm ve Musevilik dinine

³⁰⁵ Doğan, s. 248.

³⁰⁶ Koçak Süren, s. 188; Karakaya, s. 89-90.

³⁰⁷ Karlıkaya/Hot, s. 171-172; Karakaya, s. 88-89.

³⁰⁸ Karlıkaya/Hot, s. 172.

³⁰⁹ Karlıkaya/Hot, s. 172; İngiltere’de yapılan araştırmalar, domuzların insanlarla takriben aynı büyüklükte organlara ve benzer fizyolojik niteliklere sahip olduklarını, insanlara yapılacak organ nakillerinde olası organ kaynağı olabileceğini ortaya koymuştur. Bkz. Koçak Süren, s. 187. .

mensup kişilerce, bu hayvanın organ ve dokusunun nakline olumlu yaklaşılması en büyük sorunlardan birini oluşturmaktadır³¹⁰.

Bir diğer etik sorun olarak, organ ve doku nakilleri için hayvanları kullanmanın onların insanlar tarafından elde edilebilecek herhangi bir kazanımdan daha fazla şekilde acı ve ıstırap çekmesine neden olduğu öne sürülmektedir³¹¹. Hayvanların nakil çalışmaları sırasında hayatlarını kaybetmeleri hayvan haklarına aykırı bulunmaktadır³¹². Bu tartışmaların önüne geçebilmek için; hayvanların daha az acı çekmesini sağlayacak uygun sakinleştirici, ağrı kesici ve anestezi gibi yöntemlerin kullanılmasına, yapılan araştırmaların bilgiyi artıracak, insan sağlığına ve toplumun yararına yönelik uygulamalar olmasına, deney hayvanlarının sonuç almaya uygun cins ve kalitede seçilerek bunlardan bilimsel yönden güvenilir veriler elde edilmesine ve canlı hayvanlar üzerinde yapılacak çalışmaların sadece konunun uzmanı kişilerce yapılmasına ihtimam gösterilmesi gerekmektedir³¹³.

Hayvandan insana yapılacak organ ve doku nakillerine yönelik etik tartışmalarının önüne geçilebilmesi için bu konuda alıcının aydınlatılmış rızasının bulunması çok önemli olmakla birlikte alıcının rızasının olası enfeksiyon durumunda üçüncü kişilerde ortaya çıkacak riskler bakımından bir etkisi bulunmamaktadır³¹⁴. Diğer bir ifadeyle hayvandan insana yapılan nakiller neticesinde üçüncü kişilerde muhtemel enfeksiyon gelişmesi durumunda alıcının aydınlatılmış rızasının bulunması, bu nakillerin etik bakımından tartışılmasını engellememektedir³¹⁵. Öte yandan hayvanlardan insanlara yapılacak nakillerde kuvvetli ve sağlıklı organ elde etmek için hayvanların genetik yapılarının nereye kadar değiştirilebileceğine dair etik sorun da henüz çözülebilmemiş değildir³¹⁶.

Mevzuatımızda; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin usul ve esaslarının düzenlendiği ODNK'da yalnızca yaşayan veya ölü bir insandan yaşayan bir insana organ ve doku nakli hükme bağlanmış olup, hayvandan hayvana ya da insana organ ve doku nakli kapsam dışında bırakılmıştır. Ancak hayvandan organ ve doku naklini yasaklayan açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 8/2'de yer alan "*Hayvanların yaşadıkları sürece, tıbbi*

³¹⁰ Doğan, s. 250, 253; Karakaya, s. 89.

³¹¹ Doğan, s. 248.

³¹² Zengin, s. 189.

³¹³ Karlıkaya/Hot, s. 172; Karakaya, s. 92.

³¹⁴ Zengin, s. 190.

³¹⁵ Zengin, s. 190.

³¹⁶ Köksal, s. 50.

amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez.” şeklindeki hüküm uyarınca tıbbi müdahalenin genel koşullarına uyularak ölü hayvandan organ ve doku alınabileceğinde bir duraksama yoktur³¹⁷. Yaşayan hayvandan ise tıbbi amaçlar dışında organ ve dokularının alınması yasaktır³¹⁸. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin genel koşullarına uyulmak suretiyle tıbbi amaçlarla yaşayan hayvandan organ ve doku alınabilmektedir. Bir insanın iyileştirilmesi ve hayata tutunması maksadıyla gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin, tıbbi amacı haiz olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Bu nedenle yaşayan hayvanlardan tıbbi amaçlarla organ ve doku alınıp, sağlığına kavuşup yaşama tutunabilmesi için insanlara nakledilmesinde hukuki bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir³¹⁹.

3.1.4. Organ ve Doku Dağıtımının Etik Bakımından İncelenmesi

Temin edilen organ ve doku sayısının sınırlı, buna karşılık organ veya doku nakli bekleyen hasta sayısının yüksek olması; bu organ ve dokuların hangi ilke ve kıstaslara göre dağıtılacağı sorununu gündeme getirmiştir³²⁰. Nitekim organ nakli gibi insan yaşamını doğrudan etkileyen bir hususta değer ve menfaat çatışmasının olmaması düşünülemez. Esasında konuya ilişkin ilk etik tartışmalar 1960’lı yıllarda diyaliz makinelerinin kullanılmaya başlamasıyla gündeme gelmiş; o tarihlerde diyaliz hastalarının sayısının fazlalığına karşın diyaliz makinelerinin sayısının yetersizliği sebebiyle, bu hastaların hangi öncelik ve sıralamaya göre diyalize alınacağına karar vermek için komiteler kurulmuştur³²¹. “*Algılanan sosyal değer*” kıstasına göre hareket eden diyalize alınacak hastaları belirleyen bu komitenin kararlarının belirsizlik ve önyargı içeren değer yargılarına dayandığı yönünde eleştiriler yapılmış; bunun sonucunda sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için ABD’de tüm diyaliz hastalarının bakım masraflarının karşılanması hususunda sınırsız bütçe uygulaması başlatılmıştır³²². Fakat diyaliz hastaları için bulunan bu çözüm, finansal kaynakların sınırlılığından ziyade nakledilecek organ ve doku sayısının yetersizliğinin esas sorun olduğu organ ve doku naklinde işlevsel görünmemektedir.

³¹⁷ Sert/Cihan, s. 23-24; Gürbüz, s. 53-54; Ekiz, s. 152.

³¹⁸ Anılan yasağa aykırı davranılması durumunda, fiil suç teşkil etmediği takdirde 5199 sayılı Kanun m. 28/1-e uyarınca idari para cezası verilir.

³¹⁹ Parlak, s. 194; Aksaray, s. 164; Aydın (2008a), s. 54-56.

³²⁰ Hakeri (2013), s. 201; Hakeri (2016), s. 106.

³²¹ Ataç/Uçar, s. 82; Erpek, s. 39.

³²² Ataç/Uçar, s. 82; Erpek, s. 39.

Nakilde kullanılmak amacıyla temin edilen ve nakil bekleyen hasta sayısını karşılayamayan organ ve dokunun kabul edilecek hangi kıstaslara göre hangi hastalara tahsis edileceği ile ilgili çeşitli çözüm önerileri sunulmaktadır. Gerçekten de örneğin Hollanda’da kura ile seçime dayanan çekiliş sistemi, önce gelene önce servise dayalı kronolojik sistem, hem hastanın aciliyeti hem de listedeki bekleme süresi gözetilerek seçimine dayalı bekleme listesi sistemi ile birtakım ölçütler kullanılarak öncelikli seçimlere dayalı kriterler sistemi üzerinde durulurken; ABD’de ise bedelini ödeyenin organ ve dokuyu alacağı ticari yaklaşım ile oluşturulacak bir komitenin seçimi yapacağı seçim komitesi yaklaşımı üzerinde durulmaktadır³²³.

Her hastanın eşit olarak tedavi edilmesini öngören ve çekiliş yöntemiyle çözüm öneren eşitlikçi yaklaşımın bir yansıması olarak tahsiste bekleme sırası esas alındığında, hastanın aciliyet durumu göz ardı edildiğinden, sonuç olarak tek başına adaletli bir paylaşım ortaya çıkmamaktadır. Örneğin, bekleme listesinin alt sıralarında sağlık durumu daha acil bir hasta varken listenin üst sıralarında yer almasına rağmen senelerce diyaliz makinesiyle yaşayabilecek bir böbrek hastasına nakil yapılması, etik bakımından tartışma yaratacaktır³²⁴. Nakledilen her organ ve dokudan en iyi sonucu almayı amaçlayan ve organların dağıtımında bu organları en iyi şekilde kullanacak olanlara öncelik veren faydacı yaklaşım, organdan en fazla faydayı sağlayacak olana dağıtımda öncelik verme fikri kendi içerisinde bir izafiliği barındırdığı için eleştirilmektedir³²⁵.

Organ dağıtımında bu denli farklı yaklaşımlar içerisinde etik bakımından daha az sorunlu sistem olarak görülen “*kriterler sistemi*”nde; kişisel ve tıbbi kriterler, günlük yaşam şartları, hastanın toplum ve yakın çevresi içindeki yeri ve önemi, hastanın sosyal konum ve alışkanlığı ile hastanın yaşı gibi pek çok kriter irdelenip değerlendirilmektedir. Bu sistemde değerlendirme esnasında öncelikle tıbbi kriterlerin değerlendirilmesi, akabinde kişisel kriterlerin dikkate alınması söz konusudur³²⁶.

Doktrinde en uygun objektif çözümün bulunabilmesi için organ ve doku dağıtımında alıcı hastanın seçiminde ilk olarak, doku ve kan grubu testlerinin yapılması, birden fazla

³²³ **Ataç/Uçar**, s. 83.

³²⁴ **Akıncı**, s. 185.

³²⁵ **Köksal**, s. 46-47.

³²⁶ Hastanın yaşının ayrımcılık oluşturduğu, hastanın toplum ve yakın çevresi içindeki yeri ve önemi ile hastanın sosyal konum ve alışkanlığı gibi kişisel kriterlerin de sübjektif olduğundan, bu kriterlerin bireyin hayat ve sağlığı ile ilgili alınacak kararları etik bakımdan tartışmalı hale getireceği belirtilmiştir. Bkz. **Ataç/Uçar**, s. 84.

uyumlu alıcının bulunması durumunda, ikinci adımda hastaların iyileşme olasılıkları ve naklin acil olup olmadığının göz önünde bulundurulması, en son adımda ise hastaların bekleme listelerindeki sıralarının dağıtımda esas alınması gerektiği ifade edilmiştir³²⁷.

Nakil amacıyla temin edilen ve kısıtlı sayıda olan organ ve dokunun, organ veya doku nakli bekleyen birden fazla hastadan hangisine ve hangi kıstasa göre nakledileceği, toplumun da takip edebileceği tam bir şeffaflık politikasıyla belirlenmelidir. Zira toplum, paylaşım prensiplerinin adil ve eşit uygulanmasını beklemektedir. Şeffaflık politikası, hangi hastanın hayata tutunabilmek için daha acil biçimde nakle gereksinim duyduğunun objektif tıbbi kriterlere göre tespitini ve nakil sırası bekleyen hastaların diğer sosyal niteliklerini içerecek şekilde olmalı; nakil bekleyen hastalar arasında sosyal ve finansal açıdan ayrımcılık ya da eşit olan yaşam haklarından birinin diğerine üstünlüğünü çağrıştıracak yaklaşım ve tutumlardan kaçınılmalıdır³²⁸. Zira organ tahsis kriteri olarak hastalar arasında sosyal ve finansal açıdan ayrımcılığa veya herkesin eşit yaşama hakkına sahip olmasına karşın bir kimsenin hayatta kalabilmesi için başka bir kimsenin yaşamının feda edilmesi anlamına gelecek yaklaşımlara doğrudan veya dolaylı olarak yer vermek, nakli etik bakımından tartışmalı hale getirebilir.

Organ ve doku dağıtımında kabul edilen kriterleri dikkate alarak hasta seçiminin kim tarafından yapılacağı ile ilgili olarak; bir görüş seçimin tedaviyi gerçekleştirecek tıbbi ekibe bırakılması gerektiğini ifade ederken, diğer bir görüş bu seçimin tıp mesleği haricinden kişilerin oluşturduğu bir komiteye bırakılması dışındaki tüm seçeneklerin değerlendirilebileceğini belirtmiştir³²⁹.

Alman Organ Nakli Kanunu³³⁰, bekleme listesindeki hastalara puan verme sistemi yoluyla dağıtımda genel ilke olarak “başarı şansı” ve “aciliyet” kıstasları benimsemiştir³³¹. Ülkemizde ise ONHY’nin 9 uncu maddesine göre, ülke genelinde organ nakli hizmetleri alanında çalışan kurum ve kuruluşlar arasında gerekli koordinasyonu sağlamak ve çalışmaların verimliliğini artırmak, kadavra organ sayısını artırmak, bilimsel kurallara göre ve tıbbi etik anlayışına uygun, adaletli organ dağıtımını sağlamak üzere Ulusal Koordinasyon Sistemi oluşturulmuştur. Ölü vericiye ait tüm organlar, Sağlık Bakanlığınca oluşturulup ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile nakil bekleyen hasta bilgilerini,

³²⁷ Akıncı, s. 186; Köksal, s. 47.

³²⁸ Ataç/Uçar, s. 84.

³²⁹ Ataç/Uçar, s. 84.

³³⁰ Kanunun Almanca tam metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf> (s.e.t.: 03.08.2023).

³³¹ Hakeri (2013), s. 202, dn. 36.

verici kayıtlarını, verici ve alıcı eşleştirmeleri ile gerçekleşen nakillere ait alıcı ve verici izlem bilgilerini içeren yazılım sistemi aracılığıyla dağıtılır. Yazılım sistemine kayıtlı olmayan hastalara, ölü vericiden organ dağıtımı ve nakli ile canlı vericiden organ nakli yapılamaz. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmesi bulunmayan organ nakli merkezlerine de Ulusal Koordinasyon Sistemi dâhilinde organ dağıtımı yapılmaz. Organların adaletli dağıtımı esas olup, dağıtıma ilişkin hususlarda şahıslara münferit düzenleme ve işlem yapılamaz. Organ dağıtım prensipleri ve genel esasları, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Ulusal Organ Nakli ve Bağışı Koordinasyon Sistemi Uygulama Rehberinde belirlenir.

Kanaatimizce temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren bir konunun kanunla düzenlenmeyip, ikincil mevzuatla düzenlenmesi anayasaya aykırı görünmektedir³³². Zira organ ve doku dağıtımı kıstasları, temel hak ve hürriyetlerden olan yaşama hakkı ve sağlık hakkını sınırlama işlevi gördüğünden AY. m. 13 gereğince yalnızca kanunla düzenlenebilir.

Uygulamada “*talimatlandırılmış bağış*” şeklinde isimlendirilen modele değinmek gerekirse, bu modelin etik bakımından tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır³³³. “Donörün organ veya dokularını vereceği alıcıyı seçme imkânına sahip olduğu bağış” olarak tanımlanan talimatlandırılmış bağışta donör ya da ailesi belirli özelliklere sahip alıcıya veya somut bir kişiyi hedeflemeksizin belirli kişi gruplarına tamamen özgecil bir yaklaşımla organ veya doku naklinin gerçekleştirilmesini sağlar³³⁴. Mesela İngiltere’de 1998 yılında bir organ nakli merkezi sadece beyaz olan alıcılara verilmek üzere talimat verilmiş bir organ naklini gerçekleştirmiştir³³⁵. Ülkemizdeki uygulamada ise ONHY’nin “Tanımlar” kenar başlıklı 4 üncü maddesinin (y) bendinde “*tercihli bağış*” şeklinde bir kavrama yer verilmiştir. Anılan hüküm uyarınca tercihli bağış, “*Ölmüş kimsenin, bir organının organ nakli bekleme listesindeki belirli bir kişiye takılması şartıyla verici olarak bağışlanması işlemini*” ifade etmektedir. Anılan Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde de tercihli bağışın, ölü vericinin eşine veya dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarına yapılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde kişi Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organını bağışlaması kaydıyla organ ve dokularını bekleme listesinde kayıtlı olan eşi ile dördüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlarına bağışlayabilecektir.

³³² Aynı yönde bkz. **Hakeri** (2013), s. 201-202; **Hakeri** (2016), s. 106.

³³³ Bkz. **Metin**, s. 285-289.

³³⁴ **Köksal**, s. 47.

³³⁵ **Metin**, s. 285; **Köksal**, s. 47.

3.1.5. Organ ve Dokunun Ticarete Konu Olup Olamayacağının Etik Bakımından İncelenmesi

Organ veya dokunun para ya da başka bir menfaat karşılığı temin edilip edilemeyeceği sorunu da etik bakımından ele alınması gereken kayda değer tartışmalardan biridir.

Nakil amacıyla kullanılabilecek organ ve doku kıtlığının evrensel bir sorun olduğu dünyada hukuksal, dini, teknik veya kültürel engellere dayalı olarak birçok ülkede kadavradan organ alımı oranı düşük seviyede iken kadavradan organ ve doku alımı oranının daha yüksek seviyede olduğu gelişmiş ülkelerde de elde edilen organ ve dokular artan hasta sayısı nedeniyle ihtiyacı karşılamaktan uzaktır³³⁶. Nitekim yapılan bir araştırmaya göre, dünya üzerinde gerçekleştirilen organ bağışlarının sayısı genel ihtiyacın yalnızca yüzde 10'unu karşılayacak seviyededir³³⁷.

Kişinin hiçbir menfaat beklemeden ulvi bir gayeyle yalnızca fedakârlık ve kişisel tatmin karşılığı organ veya doku vericiliği yapmasının ne kadar gerçekçi olduğu tartışmaları halen devam etmektedir³³⁸. Organ bağışının az, buna karşılık nakil bekleyen hasta ve buna bağlı olarak organ ve doku ihtiyacı sayısının fazla olması çözüm önerisi olarak organ ve doku ticaretine izin verilmesi fikrinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Örneğin İsrail, ülke içerisinde organ ticaretini yasaklamış iken ülke dışından para ya da menfaat karşılığı temin edilen organ veya dokunun ülke içerisinde nakledilmesine izin vermektedir³³⁹. İran'da ise, vericinin bağış karşılığında maddi bir bedel elde etmesine hukuken izin verilmektedir³⁴⁰. İran'da İran vatandaşı olan vericiler devletin kontrolü altındaki Diyaliz ve Transplant Hastaları Derneği'ne başvurarak bir İran vatandaşı olan alıcıya organını verirse, anılan dernek vericiye sağlık teminatı ve bir miktar ödül vermektedir³⁴¹. ABD'de ise organ ticareti yasak olmakla birlikte kan ve sperm gibi vücut tarafından üretilen dokuların para karşılığında satılması yasak değildir³⁴².

Organ veya dokunun bir para ya da başka bir menfaat karşılığı temin edilip edilemeyeceği konusunun kadavradan ve canlıdan yapılan nakiller olmak üzere ayrı ayrı etik

³³⁶ Banak, s. 179; Kanıcı, s. 79.

³³⁷ Bagheri, Ali (2016) 'Child Organ Trafficking: Global Reality and Inadequate International Response', Medicine Health Care and Philosophy, C: 19, S: 2, s. 239.

³³⁸ Kanıcı, s. 18.

³³⁹ Kanıcı, s. 17.

³⁴⁰ Ertin, s. 102; Ateş Sarıdağ, s. 140.

³⁴¹ Koçak Süren, s. 190; Erpek, s. 93.

³⁴² Özdağ, s. 47; Zengin, s. 159, 162.

bakımından incelenmesi gerekir. Bu inceleme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken husus, para veya başka bir menfaat karşılığı yapılan organ vericiliğinin organ bağıışı sayısını artırıp artırmayacağı ile bunun insan onuruna aykırı olup olmadığıdır.

Kadavradan organ ve doku teminlerinde, ölümünden önce bağıışta bulunana ve ölenin ailesine ödeme yapılması ya da bağıışta bulunana sigorta ödemesi yapılması veya bağıışta bulunanın seçeceği bir hayır kurumuna ödeme veya herhangi bir edimde bulunulması önerilmiştir³⁴³. Ancak hangi organ veya doku için neye ve hangi kıstasa göre ne kadar bir değer biçileceği ciddi bir problem iken ailenin ölenin bedeni (cesedi) üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaması³⁴⁴, zira cesedin hukuken eşya niteliğinde olmayıp mülkiyet hakkının ve kazanç elde etmeye yönelik bir muamelenin konusu yapılamaması³⁴⁵, ayrıca ailenin gelir elde etme beklentisinin henüz ölmemiş hatta iyileşme olasılığı bulunan organları bağıışlanacak kişinin tedavisinin kesilmesi kararını olumsuz etkileyebileceği belirtilerek bu öneri eleştirilmiştir³⁴⁶. Diğer yandan her ne kadar dini inanış gibi çeşitli nedenlerle kadavradan organ alımına karşı büyük bir direnişin olduğu Uzakdoğu ülkelerinde tıpkı Taiwan’da olduğu gibi ailelere bedel ödenmesinin teorik olarak kadavradan nakil sayısının artmasında olumlu sonuç vereceği düşünülse de yapılan çalışmalar kadavradan bedel veya menfaat karşılığı organ ve doku temininin organ bağıışı sayısını artırmadığını göstermiştir³⁴⁷.

Canlıdan yapılan nakillerde ise organ ve doku temini karşılığında bedel ödenmesinin otonomi ve akit serbestisi ilkesinin bir gereği olup, gerek organ bağıışı sayısını artıracak ve gerekse meşru bir pazar oluşturulacağından bu durumun, yasadışı faaliyetlerin kendiliğinden son bulmasını sağlayacağı ifade edilmektedir³⁴⁸. Ancak belirtilmelidir ki, insan vücudu ve organları hukuksal anlamda eşya olarak kabul edilmemektedir³⁴⁹. Bu nedenle eşya olarak kabul edilmeyen insan vücudu parçalarının ticari bir meta seviyesine indirgenerek ticarete konu edilmesi en üstün değer olan insanın onurunu ağır biçimde zedelemektedir. Ayrıca bedel karşılığı organ ve doku temininin, varlıklı insanların kolayca ulaşabilmesine fakirlerin ise yoksun kalmasına neden olarak organ dağıtımında adaletsizliklere yol açacağı, bu durumun

³⁴³ Banak, s. 179-180.

³⁴⁴ Kadavradan alınan organların sahipliğinin etik yaklaşım içinde topluma ait olduğu yönündeki görüş için bkz. Ataç/Uçar, s. 83.

³⁴⁵ Ekiz, Ömer Faruk (2022) ‘Organ ve Doku Nakli Bağlamında Cezai Sorumluluk’, (Yüksek Lisans), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 32; Dural/Öğüz, s. 26-27; Akipek/Akıntürk, s. 259.

³⁴⁶ Banak, s. 180.

³⁴⁷ Banak, s. 181.

³⁴⁸ Banak, s. 181-182.

³⁴⁹ Öztan, Bilge (2008) Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 27. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 659; Gürbüz, s. 6.

parası olana yaşam hakkı gibi insan haklarına aykırı çağ dışı bir anlayışla özetlenebileceği, kaldı ki bedel karşılığı alınan organ ve doku dağıtımında mutlak adaleti sağlayacak bir dağıtım düzeni kurulsa bile insan vücudu parçalarının alınıp satılamayacağı ifade edilmektedir³⁵⁰.

Uluslararası Transplantasyon Derneği konuya dair etik kaygıları dikkate alarak 1970 ve 1985 yıllarında yayımladığı bildirilerde insan vücudunun parçalarının ticaretinin yapılmasına karşı çıkmış; hangi koşullar altında olursa olsun canlı ve kadavradan nakil amacıyla temin edilen organ ve dokuların bedel karşılığında satışının savunulamayacağını belirtmiştir³⁵¹. Buna rağmen organ bağışısı sayısının ihtiyacı karşılamaktan uzak olması, hayata tutunmak için nakil bekleyen çaresiz hastaları farklı arayışlara yönlendirerek uluslararası yasa dışı organ ticaretinin ve bu ticareti sistematik şekilde yönetip organ temininden çıkar sağlayan organ mafyalarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu gelişmenin sonucunda Dünya Sağlık Örgütü de 2004 yılında taraf devletlere organ ve doku satışının engellenmesi için çalışma yapılması çağrısında bulunmuştur³⁵². Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü İnsan Hücre, Doku ve Organlarının Nakilleri Temel İlkelerinin³⁵³ 6 ncı maddesinde organ bağışlarının para veya ödül karşılığında yapılamayacağı, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin³⁵⁴ 21 inci maddesinde de insan vücudu ile onun parçalarının ticari kazanca konu olamayacakları hükme bağlanmıştır³⁵⁵.

Eklemek gerekir ki, tüm dünyada organ ve doku naklinin insan dayanışmasının en önemli örneklerinden olması ve hak sahibi en üstün değer olarak kabul edilen insan vücudunun parçalarının ticari meta seviyesine indirgenmesinin kabul edilmemesi sebebiyle satış dışındaki herhangi bir menfaat ve çıkar karşılığında naklin yapılması da engellenmelidir.

Organ ve doku nakillerinde vericinin akraba dışı olduğu hallerde organ veya dokunun para ya da başka bir menfaat karşılığı temin edilip edilmediğinin özellikle irdelenmesi gerekir. Zira organ ve dokuların ticarete konu edilmesinin daha çok vericinin akraba dışı olduğu hallerde ön plana çıktığı bilinmektedir³⁵⁶. Bu gerçekten hareketle kimi ülkelerde organ ve doku ticaretinin engellenmesi amacıyla organ ve doku nakilleri; alıcı ile vericinin evli olması, yakın arkadaş olması veya normda sayılan türden akrabalık bağının olması gibi koşullara

³⁵⁰ **Ataç/Uçar**, s. 85; Bkz. **Vatanoğlu**, s. 233.

³⁵¹ **Ataç/Uçar**, s. 87; **Gözübüyük**, s. 85, dn. 138; Bkz. **Ziroğlu**, s. 86; **Erpek**, s. 91.

³⁵² **Banak**, s. 179; **Erpek**, s. 91.

³⁵³ Bu ilkelerin İngilizce metni için bkz. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (s.e.t.: 03.08.2023).

³⁵⁴ Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz. <https://rm.coe.int/168007cf98> (s.e.t.: 03.08.2023); Türkçe metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040420.htm#8> (s.e.t.: 03.08.2023).

³⁵⁵ **Gülen Kurt** (2020a), s. 61; **Ekiz**, s. 161; **Ziroğlu**, s. 52.

³⁵⁶ **Price/Akveld**, s. 33.

bağlanmıştır. Örneğin ABD, İsrail ve Avustralya’da alıcı ile akrabalık bağı olmayan canlı vericilerden böbrek nakli yasaklanmıştır³⁵⁷.

İnsan vücudunun parçalarının eşya niteliğinde kabul edilmemesi, mülkiyete ve dolayısıyla ticarete konu edilememesi sebebiyle her ne kadar organ ve dokular satılamasa da vericinin kendi hayatından ödün vererek başkasının hayatını kurtarmak amacıyla yaptığı fedakârlığını takdir etmek için maddi olarak ödüllendirilebileceği, bu kapsamda alınan bedelin de “*ödüllendirici bir hediye*” olarak kabul edilebileceği fikri ortaya atılmıştır³⁵⁸. Bununla birlikte “*ödüllendirici hediye*” ifadesinin dilin çarpıtılmasından başka bir şey olmadığı, her ne isim altında olursa olsun insan dayanışmasının en somut örneklerinden olan organ ve doku bağış karşılığında alınan bedelin satış ücreti olarak kabul edilmesi gerektiği, ayrıca paranın kötüye kullanım aracına dönüştüğü örneklerin sayısız olduğu belirtilerek ekonomik yönden zor durumda bulunan insanlara geri çeviremeyecekleri miktarlar teklif etmenin hem etik olmayacağı hem de bağış kararı hususunda özgür iradenin oluşumunu olumsuz yönde etkileyeceği dile getirilmiştir³⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, yaşayacağı muhtemel riskleri göze alarak sırf başka bir insanın sağlığına kavuşmasını sağlamak ve yaşamını kurtarmak adına fedakârlık yapıp organ veya dokusunu bağışlayan vericinin bu nakil nedeniyle yapmış olduğu masrafların ödenmesi gerekmektedir³⁶⁰. Zira hiçbir maddi çıkarı ve zorunluluğu olmamasına karşın tercihini başka bir kimsenin hayatını kurtarmak gibi ulvi bir insan dayanışmasından yana kullanan vericinin nakil sebebiyle yapmış olduğu masraf ve harcamaları bir de kendisine yüklemek adil ve etik değildir. Ödenecek masraflar; vericinin sırf nakil sebebiyle yapmış olduğu tedavi ve hastane harcamaları, cerrahi operasyon sonrası zorunlu sağlık istirahati veya raporu sebebiyle çalışmadığı günlere ilişkin masraflar gibi nakledilen organ veya dokunun satış bedeli olarak sayılamayacak, vericiye ekonomik kâr ve kazanç sağlama amacı gütmeyen masraflardır. Nitekim Avrupa Konseyi’nin 1978 yılında yaptığı bir toplantıda da ticaret maksadı güdülmemek kaydıyla organ veya dokusunun alınması sebebiyle vericinin uğrayacağı maddi zararın karşılanması uygun olduğu kararlaştırılmıştır³⁶¹. Önemle vurgulamak gerekir ki,

³⁵⁷ Köksal, s. 31.

³⁵⁸ Ertin, s. 102; Gözübüyük, s. 85.

³⁵⁹ Vatanoglu, Emine Elif (2007) ‘Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları’, (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 233; Ertin, s. 102.

³⁶⁰ Ertin, s. 102; Gözübüyük, s. 85-86.

³⁶¹ Özdağ, s. 47; Vatanoglu, s. 64.

zikredilen karar organ ve doku ticaretinin kabul edildiği anlamına gelmemekte, yalnızca vericilerin nakil sebebiyle mağduriyetini engellemeye hizmet etmektedir³⁶².

Organ ve dokuların nakil amacıyla alınması, saklanması ve kullanılması için gerekli olan tedavi ve hastane masrafları gibi masrafların dışında bir bedel ödenmesinin etik olarak kabul edilmemesi nedeniyle organ ve doku bağışını teşvik etmek maksadıyla verici veya verici yakınlarına iş bulunması ya da eğitim kolaylığı sağlanması gibi yöntemler de önerilmiştir³⁶³. Bu kapsamda 2012 yılında Amerika Transplantasyon Birliği ve Amerika Transplant Cerrahlar Birliği tarafından hazırlanan raporda kadavra veya canlı böbrek bağışı yapanlara gelirlerini arttırabilecek seviyede bir teşvik verilmesi teklif edilmiştir³⁶⁴.

3.2. Din Kuralları Bakımından İnceleme

Organ ve doku naklinin uygulanabilir hale gelmesiyle, bir din mensubunun yaşarken veya öldükten sonra organ ve dokusunu bağışlamasının ya da ihtiyaç durumunda organ ve doku almasının dinsel inancına uygun olup olmadığı, uygunsa buna hangi koşullarda izin verildiği gibi sorular gündeme gelmiştir³⁶⁵.

Dünyadaki insanlar ve ülkeler arasındaki dini inanç farklılıkları, organ ve doku nakli oranlarını etkilemektedir. Nitekim yapılan araştırmalar, ülkeler arasındaki organ bağış oranı hususunda ortaya çıkan farklılıkların hukuki düzenlemeler ve onay şekilleri gibi birçok faktörün yanı sıra dini inançlara da dayandığını göstermiştir³⁶⁶.

İnsan hayatı tüm dinlerde dokunulmaz ve kutsal kabul edilmekle birlikte aynı zamanda insan vücudu da bir emanet kabul edilmekte ve kişi vücuduna karşı mesul sayılmaktadır. Bu bağlamda Hristiyanlıkta vücut insana ait olmayıp, Tanrı'nın mabedi ve ruhun görünüşü sayıldığından ona sıradan bir malzeme gibi muamele edilemez³⁶⁷. Musevilikte ise kişinin yaşarken vücudu üzerinde tasarruf ve mülkiyet hakkı bulunduğu kabul edilse de Tevrat bu hakları belirli yasaklarla sınırlamış olup; bu kapsamda intihar, kişinin kendini yaralaması,

³⁶² Koçak Süren, s. 190.

³⁶³ Yıldırım Kaptanoğlu, Ayşegül (2011) 'Organ Nakli: Uygulama ve Sorunlar', Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, s. 227-228.

³⁶⁴ Banak, s. 184.

³⁶⁵ Özdemir, s. 44.

³⁶⁶ Banak, s. 192.

³⁶⁷ Özdemir, s. 45.

kendini tehlikeye atması türünden davranışlar yasaklanmıştır³⁶⁸. İnsan vücudunun dokunulmazlığı ve saygınlığı ilkeleri ilk etapta organ ve doku bağıışı ile naklinin dinlerde caiz karşılanmayacağı hususunda şüphe oluştursa da başka bir insanın hayatını kurtarmak şeklindeki üstün bir amaca hizmet ettiği düşüncesiyle organ bağıışı dine aykırı görülmemiştir³⁶⁹. Netice olarak bütün semavi dinler insan yaşamını kurtaran niteliği dolayısıyla organ ve doku naklinin karşılıksız olması koşuluyla dine uygun olduğunu kabul etmektedir³⁷⁰. Geçmişte naklin dini açıdan uygun olup olmadığı hususunda şiddetli tartışmalar yaşansa da bugün için İslamiyet, Hristiyanlık³⁷¹ ve Musevilik³⁷² dininde organ ve doku nakli hususunda genel bir uzlaşa bulunmaktadır. Hatta radikal dinsel uygulamaları ile dikkat çekmekte olan İran'da bile organ nakline izin verilmekte ve kurulan nakil sistemi eleştirilse³⁷³ de bu yolla nakil bekleme listesinin sıfırlandığı görülmektedir³⁷⁴.

Günümüzde organ bağıışını yetersiz kılan faktörlerin bir sebebi de hatalı ya da eksik bilgiye dayalı dini inanışlardır. Gerçekten de insanların mensup oldukları dinin hükümlerinin yanlış veya eksik yorumlanması sonucunda organ bağıışı hususunda toplum olumsuz olarak yönlendirilebilmektedir. Örneğin ABD'de, Çin kökenli Budistler dini nedenlere dayalı olarak organ bağıışına karşı durduklarını belirtmişlerse de çelişki oluşturacak şekilde en yakın akrabalarına ihtiyaç halinde organlarını verebileceklerini bildirmişlerdir³⁷⁵. Yine Suudi Arabistan'da yapılan araştırmada organ bağıışına dini nedenlerden dolayı hayır diyenlerin oranı yüzde 27.7 iken, aynı dini inanca sahip Pakistan'da yapılan araştırmada organ bağıışına dini nedenlerden dolayı hayır diyenlerin oranı yüzde 41.4 çıkmıştır³⁷⁶.

³⁶⁸ Özdemir, s. 44.

³⁶⁹ Özdemir, s. 45; Erpek, s. 16-17.

³⁷⁰ Metin, s. 35; Kanıcı, s. 19.

³⁷¹ Hristiyanlıkta bir mezhep olan ve kan nakline karşı durmalarıyla bilinen *Yehova Şahitleri*'nde 1960 yılında oluşturulan talimatla bir insanın bedenine başka bir insandan alınan organ veya dokunun aktarılması yamyamlık olarak tanımlanarak Tanrı'nın buna izin vermediğine inanıldığından organ nakline karşı olumsuz görüş bildirilmekteydi. Bununla birlikte 1980'li yıllarda bu görüş revize edilerek kan nakli yapılmamak koşuluyla organ bağıışı kişisel tercihe bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle bu inanç sisteminde kan nakli halen söz konusu değil iken, organ ve doku nakli mümkündür. Ancak organ ve doku bağıışı bir zorunluluk olmayıp, kişisel karara bırakılmıştır. Bkz. Banak, s. 214; Özdemir, s. 49.

³⁷² Talmud'da yer alan "*Birinin yaşamını kurtarırsan dünyayı kurtarmış sayılırsın*" şeklindeki ifadeden hareketle yaşamı kurtarma prensibinden yola çıkan Musevi din adamları organ ve doku nakline olumlu görüş bildirmekle birlikte organ bağıışını, bir zorunluluk değil gönüllü bir yardım olarak görmüşlerdir. Ayrıca organ ticareti, daha geniş bir ifadeyle organ veya dokunun para ya da sair bir menfaat karşılığında bağıışlanması da Musevilik inancında yasaktır. Bkz. Özdemir, s. 46; Gözübüyük, s. 66.

³⁷³ Daha önce de ifade edildiği üzere İran'da vericinin bağıış karşılığında maddi bir bedel elde etmesine hukuken müsaade edilmektedir.

³⁷⁴ Kanıcı, s. 19.

³⁷⁵ Ziroğlu, s. 56.

³⁷⁶ Ziroğlu, s. 56.

Konuya İslam dini açısından bakıldığında organ ve doku nakli tarihçe itibarıyla kutsal kitap olan Kur'an'a nazaran çok daha yeni bir mevzu olduğundan, yaklaşık on dört asır önce nazil olan Kur'an ve sünnette buna ilişkin sarıh bir hüküm bulunmadığı görülmektedir³⁷⁷. Bilindiği üzere Kur'an'da ve sünnette açık hüküm bulunmayan meseleler, İslam hukukçularınca görüş birliğine varılması şeklinde adlandırılan *icmâ* ile çözülür³⁷⁸. Hakkında Kur'an, sünnet ve icmâda açık hüküm bulunmayan meseleler ise, aralarındaki illetten dolayı hakkında uygulanacak hüküm bulunan meseleye benzetilerek, asıla ait bu hükmü hakkında hüküm bulunmayan meseleye uygulama şeklinde adlandırılan *kıyas* yöntemiyle çözülür³⁷⁹.

Kur'an ve sünnette açık bir hüküm yer almaması, İslam bilginleri arasında da görüş birliği bulunmaması nedeniyle organ ve doku naklinde kıyas yoluna başvurulmaktadır³⁸⁰. Kıyasa esas olacak hüküm ise Kur'an-ı Kerim'deki Maide Suresi otuz ikinci ayette yer alan *"Kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur"* şeklindeki hükümdür. Bu ayete dayanılarak insan hayatını korumanın İslam dininde temel değer olduğu ve nakillerin de hayat kurtarmayı amaçlaması nedeniyle İslam'a uygun olduğu şeklinde yorumlanmıştır³⁸¹. Diğer yandan Kur'an'da ve hadislerde insan yaşamını tehdit eden bir açlık veya zaruret durumlarında haram fiillerin mubah hale geleceği ve günahın kalkacağı belirtilmiştir. Bazı İslam âlimleri buradan yola çıkarak hastalığın da zorunluluk hali teşkil ettiğini ve bu nedenle tedavi amacıyla gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin dinen mubah sayılacağını dile getirmişlerdir³⁸².

Ülkemizde, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesinden Dr. Mehmet Haberal dini bakımdan yaşanan görüş farklılıklarını nihayete erdirmek ve Müslüman insanların organ ve doku nakli hususundaki dini kaygılarından kurtulmasını sağlamak maksadıyla, tedavi amacıyla ölü bir kişiden organ ve doku naklinin dinen caiz olup olmadığı hususunda görüş almak için Diyanet İşleri Başkanlığına başvurmuştur³⁸³. Bu başvuru üzerine Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulunun 03.03.1980 tarihli ve 396/13 sayılı kararıyla³⁸⁴

³⁷⁷ Ziroğlu, s. 55; Erpek, s. 12.

³⁷⁸ Aydın, M. Akif (2015) Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 37.

³⁷⁹ Aydın (2015), s. 38.

³⁸⁰ Kanıcı, s. 20; Gözübüyük, s. 65.

³⁸¹ Banak, s. 197; Bkz. Ziroğlu, s. 57.

³⁸² Gözübüyük, s. 65; Metin, s. 36.

³⁸³ Kasapoğlu Halıcı, s. 14.

³⁸⁴ Bu karar; el-Maide suresi 32.ayet, el-İsra Suresi 70, et-Tin Suresi 4, el-Hidaye, el-İnaye ve Feth'ül Kadir 1/65, Fethu babi'l-İnaye 1/126, Fetavay-ı Hindiye 2/390, Cessas, Ahkamü'l-Kur'an 1/156, İbnü'l-Arabî, Ahkamü'l-Kur'an 1/55, Kurtubi 2/232 ve 7/73, İbn Hazm, el- Muhalla 7/426, Fetavay-ı Hindiye 2/296, el-Va'ül-İslami sayı 137 yıl 1396, Kuveyt; Istilahat-ı Fıkhiye 3/157, Fetavay-ı Hindiye 2/390'a dayanmaktadır. Bkz. Kanıcı, s. 21.

ölüden organ naklinin aşağıdaki koşulların bir arada bulunması halinde caiz olduğu bildirilmiştir³⁸⁵:

* Zorunluluk bulunması, diğer bir ifadeyle hastanın hayatını kurtarmak için nakilden başka bir alternatif tedavi yönteminin bulunmaması.

* Hastalığın nakil yoluyla tedavi edilip hastanın iyileşebileceğine ilişkin hekim onayının olması.

* Organ veya dokusu alınan vericinin nakil işlemi esnasında ölmüş olması.

* Organ veya dokusu alınacak kişinin sağlığında buna rıza göstermiş, sağlığında bu yönde bir rızası yoksa aksine bir irade açıklaması bulunmamak yani organ ve dokularının alınmasına karşı olduğuna dair bir iradesi olmamak kaydıyla yakınlarının rızasının bulunması.

* Organ ve dokuların alınmasına rıza gösterilmesi karşılığında herhangi bir ücret ya da çıkar elde edilmemesi.

* Kendisine nakil yapılacak alıcının da nakil işlemine rıza göstermesi.

İslam’da ölüden organ naklinin koşullarından birisi olan vericinin nakil işlemi esnasında ölmüş olması kriteri bakımından dini kaynaklarda ruhun bedenden ayrılması olarak tanımlanan ölümün zamanı ve şekline dair bir tarife yer verilmemiştir. Fıkıh profesörü Hayrettin Karaman ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğinin uzman doktora sorulması gerektiğini, tıbbın ölmüş dediğine dinin de ölmüş diyeceğini ifade etmiştir³⁸⁶. Daha önce de belirtildiği gibi ölüden organ nakli bakımından ONHY’de ölüm kriteri olarak beyin ölümü kabul edilmiş ve beyin ölümü gerçekleşen kişilerin organ ve dokularının çıkarılabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Din İşleri Yüksek Kurulunun 14.12.2006 tarihli mütalaasında “Yaşam destek ünitesine bağlı bir kişi; beynin kesin olarak bütün fonksiyonlarını yitirdiğine ve bu durumdan geri dönüşün artık imkânsız olduğuna uzman tabiplerce karar verilmesi şartıyla yaşam destek ünitesinden çıkarılabilir” şeklindeki

³⁸⁵ <http://www2.diyaret.gov.tr/dinisleriyuksekKurulu/Sayfalar/OrganNakli.aspx> (s.e.t.: 20.11.2021); Ayrıca Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulunun 19.01.1968 tarih ve 3 sayılı kararıyla da “yalnız hayat 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. Bkz. <https://kurul.diyaret.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/9669/organ-nakli> (s.e.t.: 20.11.2021).

³⁸⁶ <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0120.htm> (s.e.t.: 21.11.2021).

ifadelere yer verilmiştir³⁸⁷. Böylece beyin ölümünün, dinen kişinin ölümü olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

4. TEMEL DÜZENLEMELER

4.1. Genel Olarak

Hukuk yönünden kuşkusuz en değerli varlık olan insanın hukuken korunmaya değer bulunan manevi varlıklarının tümü şeklinde tarif edilen kişiliğine saygı duyulması, onun gelişmesinin sağlanması ile gerek devlet gerek diğer kişiler ve gerekse kendisinden gelecek saldırılara karşı korunması için hukuk düzeni gerekli tüm tedbirleri almak zorundadır³⁸⁸. Kişinin doğumla kazandığı, toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan yaşama, beden ve ruh tamlığı, din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, onuru, resmi, ismi, sırları ile duygusal değerleri ve varlıklarının tümü üzerindeki haklarına *kişilik hakkı* denilmektedir³⁸⁹.

Organ ve doku nakli de, kişilik hakkını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale türü olarak kabul edilmektedir³⁹⁰. İnsan onuru, yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü³⁹¹ başta olmak üzere kişilik hakkını yakından ilgilendirmesi nedeniyle organ ve doku nakline ilişkin ameliye ve işlemlerin olası tüm tereddütleri giderecek şekilde belirli hukuki koşul ve ilkelere bağlanarak yasal zemine kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim böyle önemli bir konuya hukukun kayıtsız kalması düşünülemez.

Organ ve doku naklinin hukuka uygunluğu hususunda hangi temele dayandırılacağı önceleri önemli bir tartışma konusu oluşturup, genel olarak hukuka uygunluk nedenleri arasında mütalaa edilmekteydi³⁹². Hatta naklin hukuka uygunluğu hususunda ahlâka uygunluk

³⁸⁷ <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/38724/beyin-olumu-dinen-olum-olarak-kabul-edilebilir-mi-?enc=QisAbR4bAkZg1HlmMxXRn2t8ij%2beDtMkJdRGirgyeb8%3d> (s.e.t.: 20.11.2021).

³⁸⁸ Dural/Öğüz, s. 93; Akipek/Akıntürk, s. 361.

³⁸⁹ Dural/Öğüz, s. 93-94; Akipek/Akıntürk, s. 359-360; “Kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik hakkını oluşturur.” Yarg. 4. HD, E: 2018/9966, K: 2018/5096, T: 10.04.2018 (UYAP Veri Tabanı).

³⁹⁰ Er, Ünal (2008) Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 101; Kılıçoğlu, s. 247.

³⁹¹ İHAM’a göre İnsan yaşamı ve vücut bütünlüğü, devlet mekanizmasının anayasal planda koruma görevini üstlendiği değerlerin başında gelmektedir. Yaşam hakkı insanın devredilmez bir özgürlüğü olup, insan hakları hiyerarşisinde en üst sıralarda yer almaktadır. Bkz. İHAM, Pretty-Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 2346/02, T: 29.04.2002; İHAM, Streletz, Kessler ve Krenz-Almanya Davası, Başvuru No: 34044/96, T: 22.03.2001 (HUDOC Veri Tabanı).

³⁹² Bkz. Gökçen (2000), s. 64; Aydın (2011), s. 133; Ateş Sarıdağ, s. 15-16.

ve örf ve adetçe benimsenme gibi nedenler de ileri sürülmüştü³⁹³. Bu sebeple organ ve doku alımı ile naklinin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle bu husustaki fiillerin ne zaman hukuka uygun ne zaman hukuka aykırı olduğunun, diğer bir anlatımla hangi koşulların gerçekleşmesiyle meşru kabul edileceğinin tereddütlere mahal vermeden kesin olarak saptanması gerekmektedir³⁹⁴. Nitekim Yargıtay da ODNK'nın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte nakil maksadıyla ölüden izinsiz organ ve doku alımı sebebiyle bir hekimin yargılandığı davada, bu eylemi nedeniyle tazminat sorumluluğunun olabileceğini fakat suçta kanunilik ilkesinden hareket ederek izinsiz organ ve doku almak eylemi açıkça suç olarak düzenlenmediğinden ceza sorumluluğuna gidilemeyeceğini, yasakoyucu tarafından bu konuda derhal ayrıntılı bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmek suretiyle bu alandaki kanun boşluğuna dikkat çekmiştir³⁹⁵.

Tıp alanındaki gelişmeler neticesinde sadece yaşayan insandan değil, ölü bir kimseden de organ ve doku alınabilmesi karşısında ölüm halinin tespiti hususunun da hukuken belirlenmesi çok büyük önem arz etmektedir. Zira henüz ölmemiş bir insandan hayatı organ ve doku alınması kişinin ölümüne sebebiyet vereceğinden, bu durum cezaî sorumluluğa vücut verecektir³⁹⁶.

İşte tüm bu nedenlerle ülkemizde ve diğer ülkelerde organ ve doku nakline ilişkin ameliyelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için taşınması gereken koşul ve ilkeler belirlenerek hukuki zemine kavuşturulmuştur. Ayrıca konu uluslararası önemi haiz olduğundan birtakım milletlerarası sözleşmelere de konu olmuştur.

Diğer yandan naklin sıkı koşullara bağlanması, dini açıdan sakıncalı olduğuna dair bir kısım hatalı bilgiler ve toplumsal kültürel farklılıklar gibi sebeplerle dünya üzerinde

³⁹³ Hakeri (2016), s. 93.

³⁹⁴ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim (2020) Ceza Hukuku Genel Hükmümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 534; Aydın (2011), s. 134.

³⁹⁵ Yenerer Çakmut, s. 158; “Dünyanın birçok ülkesinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle, belki ilgilinin muvafakatini almak imkânını bulamadan organ nakli yapmaktadırlar. Kanun koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dar bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fennin ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca bir an evvel organ nakil hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukuki yönlerini tayin ve tespit etmektir. Sonuç: Sosyal sigortalar hastanesinde kanserden ölen bir şahsın gözünü insani ve tıbbi bir gaye ile bir hastaya naklederek görmesini sağlayan doktorların fiil ve hareketlerinde TCK 178/2 (ölünün naşını kısmen veya tamamen almak) deki suçun maddi ve manevi unsurlarını ve suç işlemek kastının bulunmadığı ve eylemlerinin başka bir suç teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.” Yarg. 4. CD, E: 1975/2433, K: 1975/3150, T: 03.06.1975; Ayrıca anılan kararın ayrıntılı tahlili için bkz. Dönmezer, Sulhi (1975) ‘Organ Nakli’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 41, S: 1-2, s. 373-380.

³⁹⁶ Aydın (2011), s. 134; Kanıcı, s. 28.

gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin sayısının ihtiyacı karşılayamaması, organ ve doku ticareti sorununu ortaya çıkarmıştır. Daha önce de değinildiği üzere en üstün değer olarak kabul edilen insanın vücudunun parçalarının ticari meta seviyesine indirgenmesi kabul edilemeyeceği için organ ve doku ticaretine izin verilmemektedir.

Bilindiği üzere ceza hukuku belirli davranışları emretmek ve belirli davranışları da yasaklamak suretiyle öngörmüş olduğu suç tipleriyle hukuksal değerlerin korunmasına hizmet eder³⁹⁷. Ceza hukukunun son çare olma niteliği³⁹⁸ gereği ceza hukuku vasıtasıyla her hukuksal değer değil, yalnızca üstün nitelikteki temel hukuksal değerler korunacağından, hangi hukuksal değerlerin ceza hukukuyla korunacağı anayasanın üstün değerler düzenine bakılarak saptanmalıdır³⁹⁹. Bu bağlamda insan onuru, insan yaşamı ve vücut dokunulmazlığının üstün hukuksal değerler olup, ceza hukuku yaptırımlarıyla korunmasının gerektiğinde bir duraksama bulunmamaktadır⁴⁰⁰. Bu nedenle insan onurunu, en temel birey hürriyeti olan yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünü ihlal eden başta organ ve doku ticareti olmak üzere geçerli rıza olmaksızın veya organ ve doku nakline ilişkin hukuki koşullara uyulmadan yapılan organ ve doku alınması, saklanması ve nakline ceza hukukunun ağır yaptırım araçlarıyla karşı konulmasını ve anılan cezaya layık fiillerin suç tipi olarak ihdas edilmesini gerektirmiştir. Çalışma konumuzu esas itibarıyla “organ veya doku ticareti” kenar başlığı altında TCK m. 91’de düzenlenen suç tipleri oluşturduğundan, bu suçlarla ilgili ayrıntılı açıklamalara ileride yer vereceğiz.

Son olarak eklemek gerekir ki, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 11 Mayıs 1978 tarihli ve 29 sayılı “Üye Ülkelerin Tedavi Amacı ile Organ ve Doku Alımına Yönelik Yasal

³⁹⁷ **Özgenç, İzzet** (2023) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 53; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2018) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 44.

³⁹⁸ Ceza hukukunun son çare olma özelliği, sosyal düzenin korunması açısından hukukun diğer dallarına ilişkin yaptırım araçlarının (örneğin medeni hukuk yaptırımı olan tazminat ya da idare hukuku yaptırımı olan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi) yetersiz kalacak olması ve sosyal düzenin tesisi için hapis gibi ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmasının kaçınılmaz olmasıdır. Ceza hukuku, bireylerin hak ve özgürlüklerini en ağır şekilde sınırlandıran hukuk dalı olduğu için, kendisine son çare olarak başvurulmalıdır. Kaldı ki ceza, yalnızca kendisine uygulanan fail bakımından değil, uygulayan devlet bakımından da kötülüktür. Zira ceza devlete kolluk ve adli teşkilat kurma, mahkeme, bina tesisat ve cezaevi yapmak ve bunların giderlerini karşılamak gibi yükümlülükler yükler. Bu nedenle de ceza, sapı olmayan bir kılıca benzetilir. Bkz. **Torosl, Nevzat** (2009) Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 90; **Hafizoğulları, Zeki** (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 175; **Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri** (2018), s. 42.

³⁹⁹ **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2023) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 32.

⁴⁰⁰ **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2023) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 32; **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 32.

Düzenlemelerinde Uyum” konulu tavsiye kararıyla⁴⁰¹ taraf devletlerin organ ve doku nakillerine ilişkin mevzuatlarının birbirleriyle ahenkli hale getirilmesini sağlayacak esasları tespit ederek olası suistimallerin önüne geçmek istemiştir⁴⁰². Ülkemiz de dahil olmak üzere pek çok ülkede organ nakli hususundaki mevzuat bu esaslardan esinlenilerek hazırlanmıştır.

4.2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Temel Düzenlemeler

ABD’de 1984 yılına kadar organ nakline dair federal düzeyde bir kanun bulunmadığından, bu dönemde her ne kadar insanın organ ve dokuları üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu dair açık bir düzenleme yer almasa da yaşayan kişiler bakımından organlar üzerinde bu kişilerin ve ölü bedenler üzerinde de ölünün yakınlarının mülkiyet hakkına benzer bir hakları bulunduğu kabul edilmiştir⁴⁰³. Bu durumun, organ ticaretine yönelik faaliyetlerin başlamasına neden olması üzerine federal bir kanun olarak Ulusal Organ Nakli Kanunu (*National Organ Transplant Act of 1984*) 1984 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece bu Kanun ile beyin ölümü kriteri ölüm halinin tespiti kriteri olarak kabul edilmiş ve organların para karşılığı verilmesi yasaklanmıştır⁴⁰⁴. Kanunun üçüncü bölümünde organ ticareti fiilini işleyenlere beş yıla kadar hapis veya elli bin dolara kadar para cezası ya da hem hapis hem para cezasının birlikte uygulanması öngörülmüştür⁴⁰⁵. Bugün için ABD’de organ ve dokuların satışının yasak olmasına karşın, kan, saç ve tırnak gibi biyolojik materyallerin satışı yasal olarak mümkündür⁴⁰⁶.

İngiltere’de organ ve doku nakline ilişkin ilk kanun olan ve yalnızca dört maddeden oluşan 1961 tarihli İnsan Dokusu Kanunu’nda (*The Human Tissue Act*) insanın ölümünden sonra bedeninden organ ve dokusunun alınmasının sıkı koşullara bağlanmayıp, hastanede ölen kişilerin bedeninin hastaneye ait olduğunun düzenlenmesi, buna dayanarak gerçekleştirilen operasyonlar sebebiyle çeşitli soruşturmaların başlamasına neden olmuştur⁴⁰⁷. Bu durum

⁴⁰¹ Anılan tavsiye kararının İngilizce metni için bkz. <https://rm.coe.int/090000016804bd0a8> (s.e.t.: 05.08.2023).

⁴⁰² **Toroslu** (1978), s. 97; **Ziroğlu**, s. 50-51.

⁴⁰³ **Vural**, s. 6; Organ ve doku nakli ile mülkiyet hakkı ilişkisi hususunda ABD mahkeme kararlarına yansıyan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zengin**, s. 155-163.

⁴⁰⁴ **Koçak Süren**, s. 182.

⁴⁰⁵ **Vural**, s. 7; **Karakaya**, s. 109.

⁴⁰⁶ **Zengin**, s. 159; **Özdağ**, s. 47.

⁴⁰⁷ **Gürbüz**, s. 39; **Johnson, Gillian/Wilson, Alex** (2005) ‘Human Tissue Act 2004: The Age of Consent Arrives in the UK’, *Journal of Commercial Biotechnology*, Vol: 12, Iss: 1, s. 40; **Bauchner, Howard/Vinci, Robert** (2001) ‘What Have We Learnt From the Alder Hey Affairs?’, *British Medical Journal*, Vol: 322, Iss: 7282, s. 309-310.

üzerine anılan Kanunun yerine 2004 tarihli İnsan Dokusu Kanunu⁴⁰⁸ kabul edilerek 01.09.2006 tarihinde yürürlüğe konulmuştur⁴⁰⁹. Bu Kanunla geçmişte yürütülen soruşturmalar sebebiyle yaşanan kaygılar gözetilerek organ ve doku alımında rızanın önemine vurgu yapılmış⁴¹⁰; nakil faaliyetlerinin denetimi ile kontrolünün temini için “İnsan Doku Otoritesi” isminde yasal bir organizasyonun kurulması düzenlenmiştir⁴¹¹. Ayrıca Kanunda organ, doku ve kan gibi biyolojik maddeler üzerine ticari bir anlaşma yapılması, para ya da ödül konması ile ilan veya reklam verilmesi fiillerini işleyenlerin üç yıla kadar hapis ve/veya para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır⁴¹².

Almanya’da konuya dair ahlaki ve politik tartışmalar sebebiyle diğer ülkelere kıyasla oldukça geç sayılabilecek bir tarih olan 01.12.1997 tarihinde yürürlüğe giren Organ ve Dokuların Bağışlanması, Alınması ve Nakledilmesi Hakkında Kanun⁴¹³ (*Transplantationsgesetz*), yalnızca insanlar arası nakli düzenlemekte, ölüm halinin tespiti olarak beyin ölümü kriterini kabul etmekte ve organ ve doku alınmasının koşulları ile organ dağıtım usulleri ve organ ticareti suçunu düzenlemektedir⁴¹⁴. Anılan Kanun canlı vericiden kendini yenileyemeyen organ veya doku alımında alıcı ile aralarında belirli bir yakınlık ya da özel bağ bulunması, canlı vericinin 18 yaşını tamamlamış ve rıza ehliyetine sahip olması, karşılıksız ve hür iradesiyle bağışta bulunması ile uygun bir ölü donör bulunamaması şartlarını aramaktadır⁴¹⁵.

2004 yılına kadar yalnızca kantonların düzenlemelerinde yer verilen, federal düzeyde ise organ ve doku nakli hususunda herhangi bir düzenleme bulunmayan İsviçre’de 08.10.2004 tarihinde kabul edilen Organ, Doku ve Hücrelerin Nakli Hakkında Kanun⁴¹⁶ 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴¹⁷. İnsanlar arası yapılan nakillerin yanı sıra hayvanlardan

⁴⁰⁸ Kanunun İngilizce tam metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents> (s.e.t.: 05.08.2023).

⁴⁰⁹ Johnson/Wilson, s. 41.

⁴¹⁰ Gürbüz, s. 40.

⁴¹¹ Johnson/Wilson, s. 41.

⁴¹² Mermut, Serdar (2010) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçu’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, s. 1461; Karakaya, s. 110.

⁴¹³ Kanunun Almanca orijinal adı “Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz-TPG)” şeklindedir. Kanunun Almanca tam metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf> (s.e.t.: 03.08.2023).

⁴¹⁴ Bkz. Gürbüz, s. 37-38; Karakaya, s. 103-107.

⁴¹⁵ Vural, s. 6; Almanya’da organ nakli hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Schroth, Ulrich (2008) ‘Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları’, (Çeviren: Hakan Hakeri), Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s. 313-327.

⁴¹⁶ Kanunun Almanca orijinal adı “Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen” şeklindedir. Kanunun Almanca tam metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/722/de> (s.e.t.: 03.08.2023).

⁴¹⁷ Gürbüz, s. 36-37.

yapılan nakilleri de kapsamına dâhil eden bu Kanunda çıkar karşılığında organ, doku ve hücrelerin alınması ve satılması yasaklanmıştır⁴¹⁸.

Diğer ülkelere bakıldığında ise organ nakli ile ilgili kanunların, Avusturya ve Lüksemburg'da 1982, Belçika'da 1986, Yunanistan'da 1989, Rusya Federasyonu'nda 1992 ve İtalya'da 1993 yılında yürürlüğe girdiği görülmektedir⁴¹⁹.

4.3. Türk Hukukundaki Temel Düzenlemeler

Organ ve doku nakline ilişkin temel düzenleme olan ODNK'nın yürürlüğe giriş tarihinin 03.06.1979 olduğu dikkate alındığında, organ ve doku nakillerinin pek çok Avrupa ülkesine nazaran erken sayılabilecek bir tarihte ülkemizde yasal düzenlemeye bağlandığı görülmektedir. Belirtelim ki, organ ve doku nakli ile ilgili tek düzenleme ODNK'dan ibaret değildir. Bunun yanı sıra TMK'da, ülkemizin tarafı olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde, ONHY'de ve adsız düzenleyici işlemlerde de konuya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ayrıca TCK'nın 91 ilâ 93 üncü maddeleri arasında da organ ve doku nakline ilişkin bir takım fiiller suç olarak düzenlenip yaptırımlara bağlanmıştır.

4.3.1.2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

Organ ve doku nakli hususunda dünya genelinde yaşanan başarılı gelişme ve neticeleri takiben 1968 yılında Türk Tabipler Birliği tarafından ölümün tarifi ve saptanmasına ilişkin kıstaslar ile organ ve doku naklinin alıcı, verici ve hekim yönünden gerekli koşulların belirlenmesi için bu konularda yasal düzenleme yapılması gerekliliğine işaret edilmiştir⁴²⁰. Daha önce vurgulandığı üzere Yargıtay da 1975 yılında verdiği bir kararda ölenin yakınlarının rızası bulunmaksızın nakil amacıyla ölenin organ veya doku alınmasının ölenin yakınlarının kişilik hakkını zedeleyeceği gerekçesiyle haksız fiil hukukunun genel kaidesi uyarınca hekimin tazminat sorumluluğunu gerektireceğini fakat o dönemde yürürlükte bulunan yasalarda bu hususun suç olarak düzenlenmediğini, kanunkoyucunun yapması gerekenin bir

⁴¹⁸ Gürbüz, s. 36-37.

⁴¹⁹ Gökçen (2000), s. 63; Ateş Sarıdağ, s. 9; Karakaya, s. 114.

⁴²⁰ Gürbüz, s. 24; Ziroğlu, s. 37.

an evvel organ ve doku nakli hususunun koşulları, ilkeleri ve uygulanacak yaptırımları gibi hususları yasal düzenlemeye kavuşturarak bu alanda boşluklara ve duraksamalara yer verilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁴²¹.

Bu gelişmeler neticesinde anılan ihtiyaçların karşılanması için ODNK ihdas edilmiş ve 03.06.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴²². Belirtmek gerekir ki, on yedi madde ve iki ek maddeden teşekkül eden ODNK, kişilik haklarını güvence altına alan ilkeler ile organ ve doku nakline ilişkin öğretide egemen olan görüşler esas alınarak oluşturulmuştur⁴²³.

Kanunun “Amaç” kenar başlıklı 1 inci maddesinde tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklinin bu Kanuna tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Hükmün lafzından hareketle tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar dışında organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklinin hukuka aykırı olacağı anlaşılmaktadır⁴²⁴. Ayrıca maddede verici bakımından yaşayan ve ölü kişi ayrımı yapılmadığı için yaşayan bir insandan da bilimsel amaçlarla organ ve doku alımı gerçekleştirilebileceği anlamı çıkmaktadır. Bilimsel amaçlı tıbbi uygulamalar, tıp biliminin gelişmesi gayesi güdülerek henüz kesinleşmemiş yeni yöntem ve tekniklerin uygulandığı uygulamalardır⁴²⁵. Bu durum, tıp ilminin bilimsel gayelerle insanı araç olarak kullanarak bilimsel tutkuya kurban etmesi anlamına geleceğinden, insanın en üstün değer kabul edildiği günümüzün çağdaş anlayışıyla bağdaşmaması nedeniyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁴²⁶. *Vatanoğlu*, böyle bir

⁴²¹ Yarg. 4. CD, E: 1975/2433, K: 1975/3150, T: 03.06.1975.

⁴²² **Kılıçoğlu**, s. 248; Kanun teklifinin gerekçesinde özetle “*Transplantasyonun tıbbi (medical) gelişim gereksinimi, akademik ve klinik çalışmalarına büyük ölçüde hız vermişse de bu gelişimi engelleyen en büyük faktörlerin başında, ortaya çıkan hukuksal sorunların giderilmemiş olması gelmektedir. Bu yönde gelişmiş ülkeler çıkardıkları yasalar ile hukuksal sorunlarını gidermişler ve çağın insan sağlık ve yaşamında büyük yeri olan organ naklinde önemli derecede ilmi ve teknik başarı düzeyine ulaşmışlardır... Öte yandan transplantasyonun İslam Dini kurallarına ters düştüğü akla gelebilirse de dinimiz kurallarının da organ nakline olanak verdiği anlaşılmaktadır. Nitekim, bir yaralıya ve hastaya tedavi maksadıyla başka birinin kanını vermesinde veya bir körü gördürmek için ölü bir insanın gözünden bir kısmını alıp ona takmakta dinen bir sakınca bulunup bulunmadığı hakkındaki Diyanet işleri istişare Kurulunun 20.01.1960 günlü kararında; 1. Ayeti Kur'an'ın delaletlerinden de anlaşılacağı üzere islâmiyette, 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, - İslâm fakihlerinden bazılarının ölmüş bir insanın kemiklerinden bir kısmının o kemiğe muhtaç diri bir insana eklenebileceği hakkındaki içtihatlarına binaen bir mahzur görülmediği açıklanmıştır*” şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir. Gerekçenin tam metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d05/c012/mm__05012077ss0328.pdf (s.e.t.: 28.11.2021).

⁴²³ **Gürbüz**, s. 26.

⁴²⁴ **Gürzumar**, s. 378; **Vatanoğlu**, s. 28.

⁴²⁵ **Bayraktar** (1972), s. 161; **Ekiz**, s. 65.

⁴²⁶ **Ayan**, s. 18; Bu konuda ODNK, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 29 sayılı kararından ayrılmaktadır. Zira anılan karar, organ ve doku alımını tedavi amacıyla sınırlandırmıştır. Bkz. **Torosl** (1978), s. 98-99.

uygulamanın yaşayan insanın kobay olarak kullanılması anlamına geleceğini, halbuki Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁴²⁷ m. 11/1 hükmü uyarınca tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyasal, fiziksel veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de uygulanamayacağını ifade etmektedir⁴²⁸. İlave olarak, yaşayan kimseden bilimsel amaçlarla organ ve doku alımının nakil işlemlerindeki tedavi amacını ortadan kaldırma tehlikesini barındırdığı da belirtilmektedir⁴²⁹. Aksi görüşteki *Parlak* ise, yaşayan insanlardan da bilimsel amaçlarla organ ve doku alınabileceğine ilişkin ODNK m. 1 hükmünün açık lafzının yanı sıra 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğinin⁴³⁰ (HHY) de belirli koşullar altında yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneyler yapılmasına olanak tanıyan hükümlerinden hareketle bilimsel amaçlı organ naklinin ODNK’da ve HHY’de belirlenen koşullara riayet edilmesi halinde hukuka uygun bir tıbbi müdahale türü olarak kabul edileceğini ifade etmektedir⁴³¹.

Konuya bir başka pencereden bakmak gerekirse, ileride de bahsedileceği üzere ülkemizin de tarafı olduğu uluslararası bir sözleşme olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 19 uncu maddesinin birinci fıkrasında yaşayan bir kişiden nakil maksadıyla organ ve doku alınmasının yalnızca alıcının tedaviden yararlanması için gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunda bir kuşku bulunmamaktadır. Görüleceği üzere yaşayan bir kimseden bilimsel amaçla organ ve doku alınabileceğine ilişkin ODNK m. 1 ile yaşayan bir kişiden nakil maksadıyla organ ve doku alınmasının yalnızca alıcının tedaviden yararlanması için gerçekleştirilebileceğine yönelik İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 19/1 çatışmaktadır. AY m. 90/5’te yer alan temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağına dair düzenleme uyarınca bu çatışmada İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 19/1 hükmünün esas alınması gerekmektedir.

⁴²⁷ 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı RG.

⁴²⁸ **Vatanoğlu**, s. 28.

⁴²⁹ **Bayraktar, Köksal** (1979) ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler’, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:1, S: 2, s. 15-16; **Gürbüz**, s. 27.

⁴³⁰ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG.

⁴³¹ **Parlak**, s. 201-202.

Kanaatimizce tereddütlere ve hükmün birden fazla farklı yorumuna mahal vermemek için yapılması gereken, ODNK m. 1 hükmünün yeniden kaleme alınarak bilimsel amaçlarla organ ve doku alma işleminin ölü vericiler ile sınırlandırılması yönünde revize edilmesidir⁴³².

Tedavi, bir hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması için alınan tedbir, uygulanan ilaçlar ve cerrahi müdahaleler bütünü şeklinde tanımlanmaktadır⁴³³. Bilindiği üzere ODNK m. 1 uyarınca alıcının tedavisi amacıyla yaşayan ya da ölü bir kimseden organ ve doku alınabilmektedir ki, nakil işlemlerinin esas gayesi doğuştan ya da sonradan organ veya dokusunun fonksiyonunu kaybetmesine bağlı hastalığı bulunanların sağlam organ ve doku aktarılması yoluyla tedavi edilmesidir. Kişinin beden sağlığını etkilememekle birlikte ruh sağlığını etkileyecek şekilde dış görünümünde bozukluğun olduğu durumlarda, bedeninde yapılan şekil değişikliği sonucu psikolojik gereksiniminin karşılandığı estetik müdahalelerde doğrudan beden sağlığını koruma amacı güdülmese de ruh sağlığı olumlu yönde etkilendiği için estetik maksatlı müdahalelerin tedavi amacına yönelik olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla estetik maksatlı organ ve doku nakillerinin hukuka uygun olduğu ve tedavi amacının kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴³⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, organ ve doku nakli özelinde bu pek mümkün gözükmemekte olup, estetik amaçlı naklin gündeme gelmesi oldukça zordur⁴³⁵. Bu noktada yüz nakillerinin niteliğine değinmek gerekmektedir. Yüzün, tanınabilirlik yani kimliğin belirlenmesinde önemli rol oynaması ve sözlü iletişim gibi pek çok fonksiyonunun bulunması dikkate alındığında yüz naklinin estetik amaçlı bir ameliyat olmadığı belirtilmektedir⁴³⁶.

ODNK m. 1’de teşhis amacıyla gerçekleştirilen organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin de bu Kanuna tabi olduğu belirtilmiştir. Teşhis, bir hastalığın tanınması olup, hastalığın ve nedenlerinin kesin olarak belirlenmesi demek değildir⁴³⁷. Seçilecek

⁴³² Öğretide *Toroslu*, ODNK m.1’de verici bakımından yaşayan ve ölü kişi ayrımı yapılmadığı için teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlarla hem yaşayan insandan hem de ölülerden alınan organ ve dokunun saklanmasına hukuken cevaz verildiğini, böylece yaşayan insanlardan alınan organ ve dokulardan oluşan bir organ bankasının kurulması yolunda adım atıldığını ancak uluslararası pratikte yaşayan bir kişiden belirli bir kimseyi tedavi gayesiyle organ ve doku alındığını, nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 29 sayılı kararında da yaşayan insandan alınan organ ve dokunun saklanması imkânına yer verilmediğini belirterek saklanan organ ve dokunun yalnızca ölülerden alınanlarla sınırlanmamasını eleştirmektedir. Bkz. *Toroslu* (1978), s. 98-99.

⁴³³ *Hakeri* (2016), s. 26; *Bayraktar* (1972), s. 149.

⁴³⁴ *Çilingiroğlu*, s. 21; *Ayan*, s. 34; *Cihan/Sert*, s. 11-12; *Özgül, Mehmet Emin* (2010) ‘Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu’ (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 131.

⁴³⁵ *Gürbüz*, s. 30.

⁴³⁶ *Ziroğlu*, s. 26; *Erpek*, s. 35.

⁴³⁷ *Hakeri* (2016), s. 296; Teşhis, bir kimsede psikolojik ya da bedensel bir anomalinin bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise nasıl bir anomalinin bulunduğu saptanmasıdır. Bkz. *Taşkın*, s. 85; Ayrıca bkz. *Özgül*, s. 5.

tedavinin ve tedavi yönteminin isabetliliği, doğru teşhise bağlıdır⁴³⁸. Diğer bir ifadeyle tanı veya teşhis, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla uygulanacak en uygun ve en doğru tedavinin belirlenmesi açısından çok önemlidir. Kişinin şikâyetine dair öyküsünün alınması, el ile deri üzerinden muayenesinin yapılması, laboratuvar tetkikleri için kişiden örnek alınması gibi uygulamalar teşhis amacıyla yapılan müdahalelerdir⁴³⁹. Bu bağlamda sözlükte “mikroskopta yapısını incelemek amacıyla canlıdan bir doku parçası alma”⁴⁴⁰ şeklinde tanımlanan biyopsinin teşhis kavramı içerisinde mütalaa edilmesi gerektiğinden, ODNK’ya tabi olması gerekmele birlikte uygulamada biyopsi işlemlerinin ODNK kapsamında değerlendirilmediği ifade edilmektedir⁴⁴¹. Teşhis maksadıyla kişiden mikroskopta yapısının incelenmesi için doku parçası alınması durumunda, kişinin kendi sağlığının düzeltilmesi gayesi güdüldüğünden biyopsi işlemlerinin ODNK’dan ziyade 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁴⁴² kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁴³.

ODNK m. 2/1’de organ ve doku deyiminden ne anlaşılması gerektiği, “insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları” ile sınırlandırılarak kaynağı insan olmayan organ ve dokuların alınması, saklanması, aşılması ve nakli ODNK’nın kapsamı dışında bırakılmıştır⁴⁴⁴. Böylece suni organ ve doku ile hayvanlara ait organ ve dokularla ilgili işlem ve müdahalelerde ODNK uygulanmayacaktır. ODNK, yaşayan ve ölü bir kimseden organ ve doku alınmasını düzenlediği için, henüz hayata gelmemiş embriyo ile kürtaj işlemi neticesinde ana rahminden tahliye edilen embriyo ve düşük sonucu kaybedilen ceninden organ ve doku nakli maksadıyla yararlanılması ODNK’nın kapsamına girmemekte olup, bu konuda yasal düzenleme gerekmektedir⁴⁴⁵. Bunun yanı sıra ODNK m. 2/2’de, kaynağı insan olsa bile “oto-grefler”, “saç ve deri alınması, aşılması ve nakli” ile “kan transfüzyonu” da kapsam dışında bırakılıp, bunların yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda mesela kan transfüzyonu, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanununa⁴⁴⁶ göre

⁴³⁸ Akgül, Aydın (2016) ‘İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, S: 1, s. 293; Bayraktar (1972), s. 231.

⁴³⁹ Özalp, Tuba/Özalp, Faruk (2016) Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 13.

⁴⁴⁰ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Biyopsi”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 30.11.2021).

⁴⁴¹ Vatanoglu, s. 27; Gürbüz, s. 31.

⁴⁴² 14.04.1928 tarih ve 863 sayılı RG.

⁴⁴³ Banak, s. 282.

⁴⁴⁴ Gülen Kurt (2020a), s. 4; Gürbüz, s. 32.

⁴⁴⁵ Parlak, s. 193; Alman Organ Nakli Kanunu m. 4a/1’de konuya dair düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, ölümün yetkili kişi tarafından saptanmasının ardından annenin rızası alınmak kaydıyla embriyo veya ceninden organ ve doku alınabilir. Bkz. Zengin, s. 169, dn. 48.

⁴⁴⁶ 02.05.2007 tarih ve 26510 sayılı RG.

gerçekleştirilecektir⁴⁴⁷. Kan transfüzyonunun ODNK'nın kapsamı dışında tutulmasının nedeni, zikredilen Kanunda belirtilen hukuki koşulların sosyal hayatta aciliyet kesbeden durumlarda sıklıkla yapılan bu nakillerde aranmasının gecikmelere sebebiyet verecek olmasıdır⁴⁴⁸. Kuşkusuz ki, kaynağı insan olan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının alınması, saklanması, aşılması ve naklinin ODNK'daki sıkı koşullara tabi olması uygulamada gecikmelere sebebiyet vereceğinden isabetli olmayacaktır. Bu nedenle birtakım organ ve dokulara ilişkin işlemlerin ODNK'nın kapsamı dışında bırakılması gerekli olmakla birlikte ODNK m. 2/2'de kapsam dışında bırakılan biyolojik maddeleri tahdidi olarak saymak yerine, anılan düzenlemenin yeniden kaleme alınarak, vücut tarafından yenilenebilen ve verici bakımından ciddi tehlikelere sebep olmayan organ ve dokulara ilişkin bütün işlemlerin ODNK'nın kapsamı dışında tutulması şeklinde revize edilmesi önerilmektedir⁴⁴⁹. Öğretide Dural/Öğüz, ODNK m. 2/2 hükmünde tahdidi olarak sayılan maddeler her ne kadar ODNK'nın kapsamı dışında bırakılsa da bunlar insan kökenli biyolojik madde olduğundan, TMK m. 23/3'te de herhangi bir istisnaya yer verilmediği için bunların alınması, aşılması ve naklinde hem verici hem de alıcının yazılı rızasının şart olduğunu, bu durumun ise çok zorluk doğurucu nitelikte olduğunu belirtmektedir⁴⁵⁰. Kök hücre⁴⁵¹ hususunda ise ODNK'da bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁵². Bu sebeple de kök hücrelerin organ veya doku olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve buna dair uygulamaların ODNK'nın kapsamına girip girmeyeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır. *Bir görüş*, kök hücrelerin ODNK kapsamında organ/doku olarak nitelendirilmesi gerektiğini, keza Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesinin organ ve doku nakli merkezlerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kemik iliği, kök hücre ve kordon kanı nakillerinde hısımlık bağı şartının aranmayacağına ilişkin düzenlemenin bunların ODNK kapsamında olduğunu desteklediğini belirtmektedir⁴⁵³. *Bizim de iştirak ettiğimiz diğer bir görüş* ise, embriyonik kök hücre çalışmalarında, henüz dokuya dönüşmemiş hücreler kullanıldığından, buna ilişkin deney ve denemelerin ODNK kapsamında olmadığını, bununla birlikte bir kök hücrenin erişkin kök hücrelerde olduğu gibi organ veya

⁴⁴⁷ Gürbüz, s. 32; Kılıçoğlu, s. 249.

⁴⁴⁸ Gülen Kurt (2020a), s. 4.

⁴⁴⁹ Akıncı, s. 12.

⁴⁵⁰ Dural/Öğüz, s. 108-109.

⁴⁵¹ Kök hücre, fonksiyonel olarak henüz farklılaşmamakla birlikte vücudun başka hücrelerine dönüşebilme potansiyeline sahip, çoğalabilme kabiliyeti bulunan, hasar görmüş hücreleri tamir edebilen hücrelerdir. Bkz. Başar, Didem, (2019) 'Hekimin Embriyonik Kök Hücre Naklinden Dolayı Kişisel Sorumluluğu', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 39, s. 190; Özbilen, s. 11.

⁴⁵² Özar, Süleyman/Halıcı, Türkan (2021) 'Organ veya Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza', Adalet Dergisi, C: 1, S: 66, s. 576; Uygun, s. 159.

⁴⁵³ Gürbüz, s. 32; Başar, s. 193.

dokudan elde edilmeleri halinde bunun bir doku parçası olarak değerlendirilerek ODNK kapsamında olacağını savunmaktadır⁴⁵⁴. İnsanın kendi kök hücresinin yine kendisine nakledildiği durumlarda ise ODNK m. 2/2 hükmü uyarınca bu Kanun uygulama alanı bulamayacaktır⁴⁵⁵. Esasında bu konudaki tartışma ve tereddütlerin sona erdirilmesi bakımından olması gereken, çağın geldiği seviyeye uygun değişikliklerin mevzuatımıza yansıtılarak ODNK’da bu hususun açıkça düzenlenmesidir⁴⁵⁶.

ODNK m. 3’te bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Bir bedel ya da başkaca bir çıkar karşılığında organ ve doku alınmasını veya satılmasını öngören sözleşmeler batıl olduğundan, hiçbir hukuksal sonuç doğurmayacaktır⁴⁵⁷. Öğretide ticari ilişkiye dönüşmemesi kaydıyla organ bağışını teşvik etmek için vericinin devlet ya da ilgili kurumlarca ödüllendirilmesinin ahlâka aykırılık oluşturmayacağı düşüncesi dile getirilmiştir⁴⁵⁸. *Kanaatimizce* ödüllendirilmiş bağışın sınırlarını belirleyebilmek oldukça zor olduğundan ve pek çok etik tartışmasını beraberinde getireceğinden, bu tür uygulamalar ODNK m. 3 kapsamında değerlendirilmelidir. Zira ODNK m. 3’te düzenlenen ticaret yasağı, bedel veya başkaca çıkar karşılığında organ ve doku alınması ve satılmasını mutlak olarak yasaklamakta; bu yüzden devlet ya da ilgili kurum tarafından bağış karşılığında vericiye verilecek ödülü de kapsamına almaktadır⁴⁵⁹. Ancak çıkar ya da bedel niteliğinde olmayan, vericinin nakil işlemi nedeniyle sağlık kurumuna ödemesi gereken ücret, işlem sonrası hastanede bulunduğu süre içerisinde ekonomik faaliyetini yürütememesinden dolayı uğradığı zarar ile nakil işlemi sonrasında yapılacak periyodik sağlık kontrollerinden kaynaklı sağlık kurumuna ödemesi gereken ücretin taraflar arasında sözleşmeyle belirlenmesi ticaret yasağı kapsamında olmadığı gibi ahlâka da aykırı değildir⁴⁶⁰.

Bireyin en temel hak ve özgürlüklerinden olan sağlık hakkının istismar edilmemesi gayesiyle mal ve hizmet pazarlamalarından farklı olarak ticaret yasağı ve buna bağlı reklam

⁴⁵⁴ Bkz. **Aygün Eşitli, Ezgi** (2012) *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 204-206.

⁴⁵⁵ **Başar**, s. 193; **Köksal**, s. 56; Benzer yönde bkz. **Ateş Sarıdağ**, s. 25.

⁴⁵⁶ **Uygun**, s. 159; **Özar/Halıcı**, s. 576.

⁴⁵⁷ **Gürzumar**, s. 380; **Sert/Cihan**, s. 28-29; **Karakaya**, s. 181, 297.

⁴⁵⁸ **Ünver, Yener** (2008) ‘Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu’, *Ceza Hukuku Dergisi*, C: 3, S: 7, s. 221; **Gökçen** (2000), s. 69.

⁴⁵⁹ **Zeytin, Zafer** (2007) ‘Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı’, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul, s. 263-264; **Taşkın**, s. 54-55.

⁴⁶⁰ **Akıncı**, s. 179, 181; **Köksal**, s. 58-59; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 536; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 123.

sınırlandırmaları kabul edilmiştir⁴⁶¹. Bedel ya da başkaca bir çıkar karşılığında organ ve doku alınması veya satılmasını önlemeye yönelik olarak ODNK m. 4'te organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklamın yasak olduğu fakat bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı hallerinin reklam yasağından müstesna olduğu düzenleme altına alınmıştır. Zira bir başkasının hayatını kurtarmak ve sağlığına kavuşmasını sağlamak gibi ulvi bir gayeye hizmet eden nakle konu insan organ ve dokularının bir eşya gibi reklamının yapılması, toplum vicdanında derin yaralar açacaktır. Ancak organ ve doku nakillerinin başarılı şekilde neticelenmelerine ve faydalarına dair bilimsel ve istatistiki çalışmalar ile haber niteliğindeki bilgi dağıtımları, reklam yasağı kapsamına girmemektedir⁴⁶².

ODNK'nın 5 ilâ 10 uncu maddelerinde düzenlenen ikinci bölümünde yaşayan kişilerden organ ve doku alınması; 11 ilâ 14 üncü maddelerinde düzenlenen üçüncü bölümde ise ölüden organ ve doku alınması ve nakli için bulunması gereken hukuki koşullar ve ilkeler hükme bağlanmıştır. Bu hukuki koşul ve ilkelere ileride ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

Diğer yandan hangi amaç altında olursa olsun, yaşayan bir kişiden kalp gibi yaşamın devamı için gereklilik arz eden organların alınamayacağına bir duraksama bulunmamaktadır⁴⁶³. Hatta vericinin bu konudaki rıza açıklaması da hukuken geçerli olmayacaktır. O halde yaşayan bir insandan böbrek gibi yaşamın devamı için mutlak gereklilik arz etmeyen organlar diğer hukuki koşulları da taşıması halinde alınabilecektir. Bu gerçeği göz önünde bulunduran kanunkoyucu ODNK m. 8 hükmünde vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasının yasak olduğunu düzenlemiştir. Hükmün mefhum-u muhalifinden yaşayan bir insanın yaşamını mutlak surette sona erdirmeyecek ve tehlikeye sokmayacak organ ve dokularının alınabileceği anlaşılmaktadır. Öğretide *Toroslu*, hukukun insanın yalnızca yaşamını değil, bedensel bütünlüğünü de toplumsal bir değer olarak koruması gerektiği düşüncesinden hareketle yaşayan insandan alınamayacak organ ve dokuları yalnızca hayati organ ve dokularla sınırlayarak vericinin kendisine, ailesine, devlete ve topluma karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak ya da zorlaştıracak organ ve dokuların alınmasına izin verilmesinin toplumsal faydayla bağdaşmadığını belirtmektedir⁴⁶⁴. Bu yüzden de yaşayan bir insandan yalnızca hayati önemi haiz organ ve dokuların değil, aynı zamanda kendisine,

⁴⁶¹ **Köksal**, s. 60.

⁴⁶² **Köksal**, s. 60; **Soyaslan**, s. 334.

⁴⁶³ **Kurt**, s. 240; **Ateş Sarıdağ**, s. 23, 58.

⁴⁶⁴ **Toroslu** (1978), s. 100.

ailesine, devlete ve topluma karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak ya da zorlaştıracak organ ve dokuların da alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak belirtelim ki, ODNK m. 8 hükmünün açık lafzı karşısında yaşayan vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokularının dışındaki her türlü organ ve dokuları kanundaki diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla alınabilmektedir.

Ölülerden hangi organ ve dokuların alınabileceği hususunda ise beynelmilel bir uygulama mevcut olmayıp, bazı ülkeler (örneğin geçmiş dönemde İtalya) ölülerden alınabilecek organ ve dokuları saymak yoluyla belirtirken bazı ülkeler ise bu konuda herhangi bir kısıtlama öngörmemiştir⁴⁶⁵. ODNK'da kanunkoyucu ölülerden alınabilecek organ ve dokular konusunda bir sınırlama öngörmemiştir. O halde ölülerden gerek kalp gibi hayati organlar alınabileceği gibi hayati önemi olmayan böbrek gibi çift organlar ve dokular da alınabilecektir. Bu hususta doyurucu bir gerekçe gösterilmeksizin tıbben ölmüş olduğu kabul edilen kimselerden alınabilecek organ ve dokuları sınırlamaya tabi tutmak yerine, ölüye gereken saygıyı göstermek kaydıyla gerekli görülen bütün organ ve dokuların alınabileceğinin kabulü hukuken yerinde olmuştur.

Ölüden organ ve doku alımı için ölüm halinin tespit edilmesi çok önemlidir. Zira henüz öldüğü kabul edilmeyen birinden yaşamsal önemi haiz organlar alınamayacaktır. Bu noktada ODNK, ölümün tanımına ve ölüm halinin hangi kritere göre tespit edileceğine yer vermemiş, yalnızca ölüm halinin tespitinin yöntemini ve kim tarafından tespit edileceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten de ODNK m. 11'e göre, 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 verilecektir. 13 üncü maddede de ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorunda oldukları, bu tutanak ve eklerinin ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanacağı düzenleme altına alınmıştır.

Ölülerden organ ve doku nakillerinin sayısının arttırılmasında, objektif tıbbi kriterleri gözeterek ölüm halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin teşhisine karar verecek hekim komitesi ile nakli gerçekleştirecek hekim ya da hekimlerin farklı hekimlerden oluşmasının oldukça önemli rol oynadığını daha önce ifade etmiştik. Bu husus, ölüm halinin tıbben gerçekleşmemesine karşın organ nakli bekleyen bir insanın yaşamını kurtarmak için hayati

⁴⁶⁵ **Toroslu** (1978), s. 99.

organ ve dokularının alınması ihtimaline yönelik kişilerde oluşacak güvensizlik ve olası şaibe iddialarını önlemeye hizmet etmektedir. Nitekim Harvard kriterlerinde de bu konudaki etik tartışmaların önüne geçmek için ölümün tanısını koyacak hekimler arasında organ nakli komitesinden hekimlerin olmaması gerektiği belirtilmiştir⁴⁶⁶. Kanunkoyucu bu durumu gözeterek oldukça isabetli bir şekilde ODNK m. 12 hükmünde alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer almalarının yasak olduğunu düzenlemiştir.

ODNK m. 15 hükmünde ise, Kanunda düzenlenen birtakım emredici veya yasaklayıcı normlara aykırı davranışlar sebebiyle çeşitli cezai ve idari yaptırımlar düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında bir atıf kuralı öngörülerek, 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 TCK'nın “Organ veya doku ticareti” kenar başlıklı 91 inci maddesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

4.3.2.4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

Organ ve doku nakilleri, niteliği gereği kişilik hakkını doğrudan ilgilendiren bir tıbbi müdahale çeşidi olduğu için, TMK ile ilişki içerisindedir. Bu kapsamda, yaşayan kişiden organ ve doku alınmasının koşullarından birisi olarak ODNK m. 5 ve m. 6'da yer alan “mümeyyizlik” hususu ile organ ve doku alacak hekimlerin ODNK m. 7/d hükmünde yer verilen “*Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek*” yükümlülüğü bakımından evlilik ve eş kavramları TMK hükümlerine göre belirlenecektir. Yine ODNK m. 14 hükmünde ölüden organ ve doku alınmasının koşulları arasında düzenlenen “resmi veya yazılı bir vasiyet” ile muvafakate yetkili kişiler olarak sayılan “ölenin eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşi”nin belirlenmesinde de TMK hükümlerine başvurulacaktır⁴⁶⁷.

TMK m. 23/3 hükmünde yer verilen insan kökenli biyolojik madde kavramıyla organ ve doku arasındaki münasebet de kayda değerdir. Fakat bu konudaki açıklama ve tartışmalara

⁴⁶⁶ Çil/Görkey, s. 71.

⁴⁶⁷ Akıncı, s. 28; Gürbüz, s. 173.

çalışmamızın “İnsan Kökenli Biyolojik Madde” başlığı altında daha önce ayrıntılı olarak yer verdiğimiz için tekrara düşmemek adına burada daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir.

4.3.3.5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Geçerli rıza olmaksızın ya da mevzuatta belirtilen hukuki koşullara uyulmadan organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli ile menfaat karşılığı organ veya dokunun satılması, satın alınması ve satışa aracılık fiilleri insan onurunu, yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlal ettiği için bunlara ceza hukukunun yaptırım araçları ile karşı konulması gerekmiştir. Bu kapsamda, TCK’nın “Organ veya doku ticareti” kenar başlıklı 91 inci maddesinde; yaşayan bir kişiden organ veya doku almak (m. 91/1), ölüden organ veya doku almak (m. 91/2), organ veya doku satmak, satın almak ve satışa aracılık yapmak (m. 91/3), organ veya doku saklamak, nakletmek veya aşılacak (m. 91/5) ve organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak (m. 91/6) suçları düzenlenmiştir. Esasında her ne kadar TCK m. 91’in kenar başlığı “Organ veya doku ticareti” olsa da anılan maddede yalnızca organ ve doku ticareti suçu düzenlenmemiş; anlaşıldığı üzere organ ve dokuya ilişkin başkaca fiiller de suç olarak düzenlenmiştir⁴⁶⁸.

TCK m. 91/1’de düzenlenen yaşayan bir kişiden organ veya doku almak suçu ile TCK m. 91/3’de düzenlenen organ veya doku satmak, satın almak ve satışa aracılık etmek suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi TCK m. 91/4 uyarınca nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yaşayan bir kişiden organ veya doku almak suçunun işlenmesi neticesinde mağdurun ölmesi halinde, TCK m. 91/8 gereğince kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

TCK m. 91’de belirtilen suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Tüzel kişi hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, TCK m. 60 gereğince iznin iptali ve müsadereidir. Bunların haricinde bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün değildir. Belirtelim ki, TCK m. 60 hükmünün açık lafzı karşısında hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilecek tüzel

⁴⁶⁸ **Üzülmez, İlhan** (2013) Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 126; **Soyaslan**, s. 350; **Aydın** (2008a), s. 128.

kişi, özel hukuk tüzel kişisi olup, kamu tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamayacaktır.

TCK m. 92’de kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir sebep olarak özel zorunluluk hali; TCK m. 93’te de cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükme bağlanmıştır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, gerek TCK m. 92’de düzenlenen özel zorunluluk hali ve gerekse TCK m. 93’te düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri yalnızca organ veya dokularını satan kişi hakkında uygulanabilmektedir.

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

Bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 04.04.1997 tarihinde İspanya’nın Oviedo kentinde imzaya açılmış ve 01.12.1999 tarihinde yeterli sayıda üyenin taraf olmasıyla yürürlüğe girmiştir⁴⁶⁹.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre yaşayan bir kimseden nakil maksadıyla organ veya doku alınması yalnızca alıcının tedavisine istinaden gerçekleştirilebilmekte olup, ayrıca ölen bir kimseden uygun organ ve doku bulunamamış olması ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi seçeneğinin bulunmaması koşullarının bir arada gerçekleşmiş olmasına bağlıdır⁴⁷⁰. Bu cümleden hareketle, bilimsel gayelerle ya da teşhis amacıyla yaşayan bir kimseden organ veya doku alınması Sözleşme kapsamına girmediği gibi, ölüden uygun organ ve doku bulunması ya da alıcının hastalığının organ veya doku nakli dışında başka bir tedavi seçeneği ile tedavi edilme olanağının bulunması durumunda da yaşayan bir kişiden organ ve doku alınması mümkün olmayacaktır. Sözleşmede kadavradan organ ve doku alınması ve nakli hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁷¹. Bu eksiklik, 24.01.2002 tarihli “İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Ek Protokolü” ile giderilmiştir⁴⁷². Ancak Türkiye, bu ek protokolü imzalamamıştır⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Vural, s. 22; Karakaya, s. 94; Ekiz, s. 47.

⁴⁷⁰ Zengin, s. 169; Aksaray, s. 157.

⁴⁷¹ Ziroğlu, s. 52; Ekiz, s. 50; Karakaya, s. 97.

⁴⁷² Katoğlu, Tuğrul (2006) ‘Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 55, S: 1, s. 166; Ekiz, s. 50.

⁴⁷³ Gürbüz, s. 44; Karakaya, s. 98.

Sözleşmenin 11 inci maddesinde hastanın bilgilendirilmesi ve aydınlatılması hususuna, 5 inci ve 9 uncu maddelerinde de tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin rızasına ilişkin koşullara yer verilmiştir⁴⁷⁴. Bu bağlamda yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ ve doku alınabilmesi için Sözleşmenin 5 inci maddesi uyarınca vericinin rızası bulunmalıdır. Rıza açıklaması; sarıh ve özel olarak, yazılı şekilde ya da resmi bir mercii önünde gerçekleştirilmiş olmalıdır⁴⁷⁵. Sözleşmenin 20 nci maddesinin birinci paragrafına göre kural olarak rıza açıklama yeteneği olmayan kişilerden organ ve doku alınamamaktadır. Ancak aynı maddenin ikinci paragrafında istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında rıza açıklama yeteneği olan uygun bir vericinin bulunmaması, alıcı kişinin vericinin erkek veya kız kardeşi olması, bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin olması, 6 ncı maddenin ikinci ve üçüncü paragrafında öngörülen yetkinin kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde belirli ve yazılı olarak verilmiş olması ile muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması koşullarının gerçekleşmesi kaydıyla rıza açıklama yeteneği olmayan kişiden nakil amacıyla kendisini yenileyebilen organ ve doku alınabileceği düzenlenmiştir⁴⁷⁶. Böylece Sözleşmenin 20 nci maddesinin ikinci paragrafındaki koşulların varlığı durumunda on sekiz yaşını tamamlamamış kardeşten nakil amacıyla kendisini yenileyebilen bir doku olan kemik iliği alınabilecektir.

Sözleşmenin 21 inci maddesinde insan vücudu ve onun parçalarının, bu nitelikleri dolayısıyla ticari kazanca konu edilemeyecekleri hükme bağlanmıştır. Böylece Sözleşme, organ ve doku ticaretini yasaklamıştır.

⁴⁷⁴ Gürbüz, s. 43.

⁴⁷⁵ Zengin, s. 169; Gülen Kurt (2020a), s. 37.

⁴⁷⁶ Sözleşme m. 20: “1. 5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz.

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.”

Sözleşme m. 6/2: “Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri, yaşı ve uygunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.”

Sözleşme m. 6/3: “Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır.”

Ülkemiz⁴⁷⁷ açısından, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasını 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Uygun Bulma Kanunu⁴⁷⁸” ile uygun bulmuş; bunun üzerine Bakanlar Kurulunun 16.03.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı kararıyla Sözleşme onaylanarak Cumhurbaşkanı imzasıyla 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de Sözleşmenin Türkçe ve İngilizce metinleri yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Uluslararası bir sözleşme olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AY m. 90/5 gereğince iç hukukumuz açısından kanun hükmünde olup, sözleşme hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Ayrıca TBMM Dışişleri Komisyonunun 18.07.2003 tarihli, 1/469 esas ve 119 karar sayılı raporu ile insan hakları açısından daha ileri hükümler ihtiva ettiği anlaşılan⁴⁷⁹ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile aynı konuları düzenleyen ODNK dâhil her türlü kanunun çatışması halinde İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi esas alınacaktır. Zira AY m. 90/5.son cümle uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda temel haklara ilişkin milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Öğretide Ünver, ülkemizin tarafı olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin kanun niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte bunun Sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanması için yeterli olmadığı, bu sebeple Sözleşme ile düzenlenen alanlarda koruma sağlamak için iç hukukta doğrudan uygulanmasını sağlamak üzere yasal düzenlemeler yapılması gerektiği görüşündedir⁴⁸⁰.

Türkiye, rıza açıklama yeteneği bulunmayan kimselerden organ ve doku alınmasına izin veren Sözleşmenin 20 nci maddesinin ikinci paragrafına ODNK m. 5’te yer alan on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasağına uyumlu olmamasını gerekçe göstererek Sözleşmenin 36 ncı maddesinde düzenlenen çekince

⁴⁷⁷ Burada ifade etmek gerekir ki, bir Avrupa Konseyi konvansiyonu olan Organ Ticareti ile Mücadele Konvansiyonu (Council of Europe Convention Against Trafficking in Human Organs), İspanya’da imzaya açıldığı gün olan 25.03.2015 tarihinde ülkemiz tarafından imzalanmıştır. Organ ticaretiyle mücadele maksadıyla oluşturulan Konvansiyon, yasa dışı organ alımının suç olarak düzenlenmesini, bu bağlamda vericilerin hür ve bilgilendirilmiş özel izni olmadan organ alımına izin verilmemesini, organ alınmasının karşılığında parasal kazanç sağlamasına müsaade edilmemesini ve yaptırım öngörülmesini devletlere tavsiye etmektedir. Zikredilen Konvansiyonun imzalanması, ülkemizin organ ticaretiyle etkin mücadele kararlılığını ortaya koyması bakımından önem arz etmekle birlikte, tavsiyelerinin malumun ilanı niteliğinde olması ve tavsiye edilen hususlara dair iç hukukumuzda yeterli düzenlemeler bulunması sebebiyle anılan Konvansiyon, çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.coe.int/tr/web/impact-convention-human-rights/council-of-europeconvention-against-trafficking-in-human-organs#/ \(s.e.t.: 15.08.2024\).](https://www.coe.int/tr/web/impact-convention-human-rights/council-of-europeconvention-against-trafficking-in-human-organs#/ (s.e.t.: 15.08.2024).)

⁴⁷⁸ 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı RG.

⁴⁷⁹ Bkz Vural, s. 23.

⁴⁸⁰ Ünver, Yener (2005) ‘Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri’, Kamu Hukuku Arkivi, C: 8, S: 2, s. 182.

koyma hakkından⁴⁸¹ yararlanmak suretiyle 17.11.1997 tarihinde çekince koymuştur⁴⁸². Bu sebeple Türk hukukunda rıza açıklama yeteneği bulunmayan kişiler olan on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması mümkün değildir⁴⁸³. Buna karşın öğretilerde *Vural*, her ne kadar Türkiye adına Avrupa Konseyi nezdindeki Daimi Temsilcisi tarafından Sözleşme, 20 nci maddesinin ikinci paragrafına ilişkin çekince konarak 17.11.1997 tarihinde imzalanmış ise de Sözleşmenin insan hakları bakımından daha ileri hükümler ihtiva ettiği düşünüldüğünden çekincesiz olarak onaylanmasına ilişkin TBMM Dışişleri Komisyonunun 18.07.2003 tarihli, 1/469 esas ve 119 karar sayılı raporunun TBMM Genel Kurulu tarafından aynen kabul edilerek 5013 sayılı Kanunla Sözleşmenin onaylanması uygun bulunduğu ve Cumhurbaşkanının da Sözleşmeyi bu haliyle imzalayıp yayımladığından hareketle Sözleşmenin hiçbir çekince konulmadan Türk hukuku bakımından yürürlükte olduğu görüşündedir⁴⁸⁴. *Vural*'a göre, çekincelerin geri alınmasıyla ilgili Türk hukukunda açık bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte hukukun genel ilkesine göre bir hukuki işlem, işlemi yapan makam veya aynı konuda yetki kullanabilecek üst makam tarafından geri alınabilir. Sözleşmenin imzası sırasında Avrupa Konseyi Daimi Temsilcisi tarafından 20 nci maddenin ikinci paragrafına konulan çekincenin, üst makam olan TBMM'nin Sözleşmenin çekincesiz olarak onaylanmasını uygun bulması ve Cumhurbaşkanının da bu şekilde onaylayıp yayımlamasıyla geri alınmış olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla Sözleşmenin 20 nci maddesinin ikinci paragrafı iç hukukumuzda yürürlükte olduğu için anılan hükümdeki kümülatif koşulların gerçekleşmesiyle 1219 sayılı Kanunun 70 inci maddesi uyarınca veli veya vasisinin yazılı izni ile rıza açıklama ehliyeti olmayan altı yaşındaki bir çocuktan kardeşine nakledilmek üzere kemik iliği alınması hukuka uygun olacaktır⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Sözleşme m. 36: "Herhangi bir Devlet ve Avrupa Topluluğu, bu Sözleşmeyi imza aşamasında veya onay, kabul veya uygun bulma belgesini tevdi ederken, o sırada ülkesinde yürürlükte bulunan herhangi bir kanunun bu Sözleşmenin herhangi bir hükmü ile uyumlu olmaması nedeniyle, herhangi bir hüküm için çekince koyabilir. Bu maddeye dayanarak genel nitelikteki çekincelere izin verilemez."

⁴⁸² **Kanıcı**, s. 30; **Gürbüz**, s. 43; **Ziroğlu**, s. 51-52; **Zengin**, s. 170; Türkiye Cumhuriyeti adına Avrupa Konseyi nezdindeki Daimi Temsilci tarafından Avrupa Konseyi'ne sunulan çekince metni şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 36'ncı maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20'nci maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5 inci maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar."

⁴⁸³ **Zengin**, s. 170; **Özar/Halıcı**, s. 583.

⁴⁸⁴ **Vural**, s. 23-27.

⁴⁸⁵ **Vural**, s. 23, 26, 27.

Ancak belirtelim ki, bir an için bu görüşün doğru olduğu, diğer bir ifadeyle Sözleşmenin çekince konulmaksızın ülkemiz bakımından yürürlükte olduğu kabul edilse dahi Sözleşmenin 27 nci maddesinde yer alan “*Bu Sözleşmedeki hükümlerden hiçbirisi, tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşmede şart koşulanlardan daha kapsamlı koruma önlemleri almalarını kısıtlayacak veya engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır.*” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında Sözleşmenin 20 nci maddesinin ikinci paragrafına nazaran ODNK m. 5 hükmünün daha fazla koruma sağladığında şüphe yoktur⁴⁸⁶. Bu nedenle kanaatimizce ODNK m. 5 hükmü halen yürürlükte olup, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması mutlak olarak yasaktır.

4.3.5. Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği

Sekiz bölüm ve otuz sekiz maddeden müteşekkil olan ONHY, 1 inci maddesinde de belirtildiği üzere organ nakli hizmetlerinin düzenlenmesi, organ nakli merkezlerinin ve organ kaynağı merkezlerinin tesis, hizmet ve personel standartlarının belirlenmesi, bunların açılması, eğitim vermeleri, denetlenmeleri, kapanmaları ve organ nakli ve bağışı ile ilgili diğer bütün faaliyetlerin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esasları belirlemek amacıyla ihdas edilmiştir. ONHY’nin kapsamı 2 nci maddede “üniversiteler, kamu kurum ve kuruluşları ile özel sağlık kurum ve kuruluşları” şeklinde belirtilmiştir.

ONHY’nin 5 ilâ 7 nci maddelerinde düzenlenen ikinci bölümünde bilimsel danışma komisyonları ile koordinatörler komisyonunun yapısı, çalışma usulü ve görevleri ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bilimsel danışma komisyonları ile koordinatörler komisyonu kalp, kalp-akciğer, akciğer, karaciğer, böbrek ve pankreas nakli alanlarında oluşturulmakla beraber ihtiyaç duyulması halinde komisyonlar oluşturulabilecektir.

ONHY’nin 8 ilâ 11 inci maddelerinde düzenlenen üçüncü bölümünde beyin ölümü, organ dağıtım hizmetleri ve esasları, Ulusal Koordinasyon Sistemi, Ulusal Koordinasyon Merkezi ve Bölge Koordinasyon Merkezi ile ulusal organ nakli ve bağışı koordinasyon sistemi uygulama rehberi hükme bağlanmıştır.

⁴⁸⁶ **Badur, Emel** (2017) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 193; **Zeytin**, s. 257; **Gürbüz**, s. 104.

ONHY'nin 12 ilâ 16 ncı maddelerinde düzenlenen dördüncü bölümünde yaşayan bir kimseden organ bağışı ve naklinin koşulları, Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu ve bu Komisyonun verdiği kararlara karşı itiraz makamı olan Ulusal Organ Nakli Etik Kurulunun hangi üyelerden oluşacağı, Etik Komisyonun kararlarına itiraz ile itirazın çözümü hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

ONHY'nin 17 ilâ 27 nci maddelerinde düzenlenen beşinci bölümünde organ nakli merkezlerinin türleri, kuruluşu, planlaması, personel standartları, ruhsat ve faaliyet izin işlemleri, merkezlerin taşınmasına ilişkin temel esaslar, merkezlerde her organ türü için oluşturulacak organ nakli merkezi konseyinin görevleri, sorumlulukları ve çalışma usulleri detaylı olarak hükme bağlanmıştır.

ONHY'nin 28 ilâ 34 üncü maddelerinde düzenlenen altıncı ve yedinci bölümünde ise organ kaynağı merkezi ve nakil hizmetlerinde görev almak isteyen sorumlu hekimlerin eğitimi, organ nakli merkezlerinin denetimi, izlenmesi, değerlendirilmesi ve yükümlülükleri ile Yönetmelikte belirtilen kurallara aykırılığın yaptırımları hükme bağlanmıştır.

4.3.6. Konuya Dair Adsız Düzenleyici İşlemler

Organ ve doku nakli sürecine ilişkin Sağlık Bakanlığı tarafından birçok alt düzenleyici işlem tesis edilmiştir. Bu husustaki başlıca düzenleyici işlemleri şu şekilde sayabiliriz: Organ Nakli Merkezleri Yönergesi, Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi, Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi ile Ulusal Organ Nakli Bilgi Sistemi Genelgesidir. Ancak çalışma konumuzun sınırını aşması nedeniyle anılan düzenleyici işlemlerin içeriklerine değinilmeyip, yalnızca isimlerinin zikredilmesiyle yetinilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE TÜRÜ OLARAK GEÇERLİ BİR ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI

1. GENEL OLARAK

Daha önce de belirtildiği üzere ODNK’da organ ve doku alınması, yaşayan kişilerden ve ölülerden olmak üzere ikiye ayrılarak koşulları da ayrı belirlenmiştir. Kuşkusuz ki gerek yaşayan kişilerden gerekse ölülerden organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin hukuka uygun şekilde gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için başta ODNK ve ONHY olmak üzere konuya ilişkin pozitif hukuk metinlerinde belirtilen koşul, esas ve usullere riayet edilmesi gerekir. Bu suretle gerçekleştirilen organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli “hakkın kullanılması” şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır⁴⁸⁷. Aksi takdirde gerçekleştirilen fiiller hukuka aykırı hale gelecektir. Burada yeri gelmişken belirtelim ki, ODNK’nın uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan ONHY’de yaşayan kişiden organ nakli için ölü bir kimseden organ bulunamaması ve karşılaştırılabilir başka bir tedavi seçeneğinin olmaması veya akraba olsalar dahi Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında ikamet eden kişilerin taraf olduğu nakillerin Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonunca değerlendirilmesi gibi ODNK’da bulunmayan bazı sınırlamalara ve düzenlemelere yer verilmiştir. *Kanaatimizce* temel hak niteliğini haiz olduğunda bir tereddüt bulunmayan organ nakline ilişkin bu sınırlandırmaların AY m. 13 gereğince kanunla yapılması gerekirken, yönetmelikle yapılması hatalı olmuştur. Zira temel hakları sınırlandıran bu düzenlemelerin yönetmelik hükmüyle değil, kanunla yapılması gerekmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde bir tıbbi müdahale türü olan organ ve doku naklinin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan koşullar, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) da göz önünde bulundurulmak suretiyle ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

⁴⁸⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 532; Gökçen (2000), s. 64; Bayraktar (1972), s. 181.

2. YAŞAYAN KİŞİLERDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI

Bir tıbbi müdahale çeşidi olması nedeniyle tıbbi müdahalenin genel kurallarına tabi bulunan yaşayan kişilerden organ ve doku nakli işleminde hastanın yanı sıra bir de sağlıklı kişi bulunduğundan, bu durum yaşayan kişilerden organ ve doku nakline yönelik özel düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Burada vericinin bir faydası bulunmadığı için rızasıyla bile olsa kendi sağlam organ ve dokusunu bir başka kimseye vermesi, vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinden TMK m. 23 gereği kişilik haklarına aykırıdır. Zira yaşayan kişilerden organ ve doku nakli işleminde verici açısından endikasyon olarak ifade edilen tıbbi zorunluluk bulunmadığından rıza, işlemi tek başına hukuka uygun hale getirmez. Dolayısıyla, tıbbi müdahalenin genel kurallarına göre yaşayan kişilerden organ ve doku alınması, fiili hukuka uygun hale getirmekte yetersiz kaldığından, konuya dair özel düzenlemeler ihdas edilmek suretiyle fiilin hukuka uygunluğu sağlanmalıdır⁴⁸⁸. İşte bu durumu gözetken kanunkoyucu, yaşayan kişilerden organ ve doku naklinin hukuka uygun şekilde gerçekleştiğinin kabulü için ODNK’da birtakım kümülatif koşullar öngörmüştür. Sonuç olarak bu koşulların varlığı durumunda yaşayan kişiden gerçekleştirilen organ ve doku nakli hukuka uygun sayılacak; bu koşullardan birinin bulunmaması durumunda ise gerçekleştirilen nakil hukuka aykırı hale gelecektir.

2.1. Üstün Amaç

Yaşayan kişiden organ ve doku naklinde biri alıcı diğeri verici olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Burada alıcı hasta olup, nakil işlemi sayesinde yaşama tutunmayı, sağlığına kavuşmayı istemektedir. Bu sebeple organ ve doku nakli bekleyen alıcı bakımından esasen tıbbi müdahalenin genel koşullarının bulunması, kendisi bakımından yeterlidir. Verici ise sağlıklı bir kişidir. Bu yüzden yukarıda da ifade edildiği üzere yaşayan kişilerden organ ve doku naklinde verici bakımından endikasyon bulunmamakta, bunun sonucunda da organ alınması esasen vericinin vücut bütünlüğünü ihlal eden bir müdahale olduğu için bu müdahale kural olarak hukuka aykırı olmaktadır⁴⁸⁹. Zira verici hasta değildir ve bu durum TMK m. 23 gereği kendisinin rızasıyla da gerçekleştirilse, yapılan müdahaleleri hukuka uygun hale getirmemektedir⁴⁹⁰. Bu nedenle de ODNK ve ONHY daha çok vericinin durumuna ağırlık

⁴⁸⁸ Hakeri (2016), s. 92; Çilingiroğlu, s. 42.

⁴⁸⁹ Abik, s. 119; Erpek, s. 79.

⁴⁹⁰ Akıncı, s. 164; Köksal, s. 61.

vermiştir⁴⁹¹. Nitekim ONHY m. 12/1’de yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ alınmasının, ölmüş bir kimseden uygun organ bulunamadığı durumda gerçekleştirilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla ölmüş bir kimseden uygun organ bulunması halinde yaşayan bir kimseden organ alınamayacaktır. Yaşayan kimse yerine ölüden organ alımını teşvik edici nitelikteki bu hüküm, yalnızca organ alımıyla sınırlı olarak uygulanmaktadır. Doku alınması hususunda ise böyle bir yasal sınırlama mevcut olmadığından, ölüden temin edilme imkânının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, gereksinim duyulan dokunun yaşayan bir kimseden alınması mümkündür.

Vericinin hiçbir yararının bulunmayıp aksine fiziksel yönden zarar görmesine neden olan yaşayan bir kimseden organ ve doku naklinde gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için üstün amacın bulunması gerekmektedir⁴⁹². Zira bu nakillerde vericinin kişilik hakkı ile alıcının sağlığına kavuşma ve yaşama tutunma çıkarları çatışmaktadır⁴⁹³. Çatışan bu iki çıkarın dengelenmesinde “*hayat kurtarma*” şeklindeki üstün amaç, naklin verici yönünden de hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. Bu bağlamda yaşayan kişilerden organ ve doku naklinde üstün amaç; bir başkasının yaşamını kurtarma ve sağlığına kavuşturma şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁹⁴.

Üstün amaç, vericiden biyolojik madde alınmasını haklı kılacak amaç olup, biyolojik madde alındığında vericinin uğrayacağı zarar ile alıcının elde edeceği faydanın karşılaştırılması neticesinde alıcının yararının daha fazla olmasını gerektirir. Başka bir anlatımla, biyolojik madde alındığı zaman alıcının elde edeceği yarar vericinin uğrayacağı zararı ikinci plana itiyor ve vericinin bu zarara katlanmasını haklı gösteriyor ise üstün amacın varlığı kabul edilir⁴⁹⁵. Kısaca ifade etmek gerekirse, alıcının en yüksek yararı ile vericinin en düşük zararı amaçlanmalıdır. Alıcının yararı ile vericinin zararı birbirine denk ise veya vericinin zararı alıcının yararından daha fazla korunmaya layık ise üstün amaçtan söz edilemeyeceği için vericinin rızası bulunsa da organ ve dokusu alınamaz⁴⁹⁶. Bu kapsamda nakil işlemi sonucunda alıcının sağlığına kavuşup kavuşmayacağının, tedavi edilip edilemeyeceğinin belirsiz olması durumunda vericinin zararı alıcının olası yararından fazla olacağından, organ ve doku alımı vericinin kişilik haklarını ihlal ettiğinden hukuka aykırı

⁴⁹¹ Dural/Öğüz, s. 107.

⁴⁹² Gürzumar, s. 371; Gürbüz, s. 79.

⁴⁹³ Dural/Öğüz, s. 107.

⁴⁹⁴ Özgül, s. 105; Abik, s. 120; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 535; Kılıçoğlu, s. 249.

⁴⁹⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 535; Akıncı, s. 162.

⁴⁹⁶ Gökçen (2000), s. 67-68.

olacaktır⁴⁹⁷. Örneğin, alıcının mevcut bir hastalığının iyileştirilmesi için uygulanmakta olan tıbben genel olarak kabul görmüş bir tedavi yöntemi bulunmamaktadır. Bu nedenle, yeni bir tedavi yönteminin hastada işe yarayıp yaramayacağının belirlenmesi maksadıyla yaşayan bir kişiden organ veya doku naklinin gerçekleştirilmesi düşünülmektedir. Ancak burada vericinin bu nakil sebebiyle göreceği zararının, alıcının yararından daha az olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Zira bu örnekte verici tarafın sağlığının bir süreliğine de olsa bozulması muhakkak, buna karşın alıcının sağlığının iyileşmesi ise müphemdir⁴⁹⁸. Muhakkak bir zarar, müphem bir yarara tercih edilemeyeceğinden üstün amacın gerçekleşmediği kabul edilmelidir.

Öğretide alıcı bakımından endikasyonun, yani tıbbi zorunluluğun bulunması durumunda alıcının organ ve doku naklindeki menfaatinin, vericinin uğrayacağı zarardan daha fazla olacağı kabul edilmektedir. Alıcının sağlığına kavuşması için organ veya doku naklinin alternatifsiz tek ve son çare olması, sağlık durumunun nakli zaruri ve kaçınılmaz kılması üstün amacın varlığı bakımından çok önemlidir⁴⁹⁹. Bununla birlikte naklin gerçekleştirilebilmesi için alıcının hastalığının son evresinde olması da gerekmemektedir. Bu nedenle alıcının, sağlığına kavuşması için naklin alternatifsiz tek ve son çare olması kaydıyla hastalığının başında olsa bile nakil gerçekleştirilebilir⁵⁰⁰. Nitekim ONHY m. 12/1’de yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ alınmasının, karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yöntemi seçeneğinin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Yaşayan bir kişiden bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması halinde üstün amacın bulunup bulunmadığının da ortaya konulması gerekmektedir. Alıcının tedavisi dışındaki amaçlarla yaşayan bir kişiden organ veya doku naklinde ya da tıbbın gelişimine katkı sunmak için bilimsel amaçlarla yaşayan kişiden organ ve doku alınmasında üstün amacın gerçekleşmediği kabul edilmektedir⁵⁰¹. Zira uygar toplumlarda en üstün değer olarak kabul

⁴⁹⁷ **Köksal**, s. 69; **Zevkliler, Aydın** (2000) ‘2238 sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukukî Sorunlar’, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, s. 22.

⁴⁹⁸ **Gürbüz**, s. 80

⁴⁹⁹ **Özgül**, s. 105; **Toroslu** (1978), s. 109; **Bayraktar** (1972), s. 194; **Köksal**, s. 69-70.

⁵⁰⁰ **Akıncı**, s. 187.

⁵⁰¹ **Akıncı**, s. 164; **Aydın** (2008a), s. 65, **Mermut**, s. 1459; **Bayraktar** (1979), s. 15; **Toroslu** (1978), s. 97; Buna karşın öğretide **Parlak** ve **Abik**, bilimsel amaç güdülerek yaşayan vericiden yapılan organ ve doku nakillerinin üstün amaç içerisinde mütalaa edilememekle birlikte tıbbın ilerlemesi amacının üstün amaç içerisinde kabul edilerek tıbbın ilerlemesi amacıyla yapılan organ ya da doku alımı veya nakillerinin üstün amaç koşulunu taşıdıklarının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Zira **Parlak** ve **Abik**’e göre, ODNK hükümleri dikkate alındığında yaşayan kişilerden organ ve doku alınması veya naklinin “üstün amaca”, yani başkasının veya kendisinin tedavi edilmesi, iyileştirilmesi ya da tıp biliminin ilerlemesi uğruna gerçekleştirilmesi halinde üstün amaç koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bkz. **Parlak**, s. 202; **Abik**, s. 120-121.

edilen insanın hizmetinde olması gereken tıp biliminin, insanı bir araç konumuna indirgeyerek bilimsel tutkuya kurban etmesi kabul edilemez⁵⁰². Yaşayan kimseden organ ve doku alımının hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için, vericinin vücudunda gerçekleştirilen müdahaleler, alıcının iyileştirilmesi şeklinde üstün bir amaca hizmet etmelidir⁵⁰³. ONHY m. 12/1’de de yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ alınmasının, sadece alıcının tedaviden yararlanması için gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, vericinin sağlığına herhangi bir zarar vermeyen kan, sperm ve yumurta hücresi gibi insan kökenli biyolojik maddelerin bilimsel amaçlarla alınması kabul edilebilir⁵⁰⁴.

ODNK, üstün amaç koşulunu “*insancıl amaç*” şeklinde ifade etmiştir. Gerçekten de ODNK m. 7/e hükmünde “*Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*” organ ve doku alacak hekimlerin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Anılan hüküm gereğince hekim, alıcının hayatını kurtarma veya iyileştirilmesi şeklindeki ODNK’nın ifadesiyle insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istendiğini tespit ettiği organ ve dokunun alınmasını reddetmek zorundadır. Aksi takdirde vericinin rızası bulunsa bile insancıl amaç yani üstün amaç taşımayan organ veya doku alımı hukuka aykırı olacaktır. Zira böyle bir müdahale kişilik hakkını ihlal edecektir⁵⁰⁵.

ODNK m. 3’te düzenlenen bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılması yasağı ile üstün amaç koşulu arasında yakın irtibat bulunmaktadır. Zira verici karşılığında hiçbir bedel ya da başkaca bir çıkar gözetmeksizin yalnızca hasta olan alıcının hayata tutunması ve sağlığına kavuşması şeklindeki üstün amaca hizmet etmek için tıbbi müdahale yoluyla beden bütünlüğünün bozulmasına rıza gösterdiği takdirde gerçekleştirilen işlem hukuka uygun olacaktır. Aksi takdirde, vericinin bedel ya da başkaca bir çıkar karşılığında organ veya dokusunun alınmasına gösterdiği rıza, üstün amaca hizmet etmediği için geçersiz olacağından, yapılan işlem hukuka aykırı hale gelecektir⁵⁰⁶. Nitekim ODNK m. 7/e hükmünde de “*bedel veya başkaca çıkar karşılığı verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*” organ ve doku alacak hekimlerin yükümlülükleri arasında düzenlenmiştir.

⁵⁰² **Toroslu** (1978), s. 98.

⁵⁰³ **Çilingiroğlu**, s. 22; **Abik**, s. 120; **Parlak**, s. 202.

⁵⁰⁴ Aynı yönde bkz. **Akıncı**, s. 168.

⁵⁰⁵ **Gürbüz**, s. 81.

⁵⁰⁶ **Abik**, s. 120-121; **Parlak**, s. 202; **Gürbüz**, s. 80.

2.2. Uygun Vericinin Seçilmesi

Yaşayan kişilerden organ ve doku nakli ile ölülerden organ ve doku naklini birbirinden ayıran temel bir farklılık da yaşayan kişilerden organ ve doku naklinde verici doğrudan belirli bir alıcıya organ ve dokularını bağışlarken, ölülerden organ ve doku naklinde alıcı önceden belirlenmiş bir kimse değildir⁵⁰⁷. Yani yaşayan verici, belirli bir kimseye yönelik olarak organ ve dokularını bağışlamaktadır. Bu sebeple de ölülerden organ ve doku naklinde mevzuatta belirlenmiş dağıtım kuralları geçerliken, yaşayan kişilerden organ naklinde dağıtım kuralları uygulanmaz. Başka bir anlatımla yaşayan vericilerden alınan organ ve dokular, ONHY'deki dağıtım kurallarına tabi değildir⁵⁰⁸. Ancak yaşayan vericilerden alınan organ ve dokular her ne kadar dağıtım kurallarına tabi değil ise de ONHY m. 9/3 ve m. 12/3 uyarınca alıcının Sağlık Bakanlığınca oluşturulan yazılım sisteminde ve ilgili organ nakli merkezinin organ bekleme listesinde kayıtlı olması gerekmektedir. Nakil, ivedi durumlar dışında alıcı en az 3 gün bekleme listesinde bekledikten sonra yapılır.

Organ ve doku nakillerinde karşılaşılan en mühim tıbbi sorun, uyum sorunudur. Bundan dolayı alıcıya nakledilmek üzere yaşayan vericiden organ veya doku alınabilmesi için, nakledilecek bu organ veya doku nakle ve alıcının bünyesine uyumlu olmalıdır⁵⁰⁹. Bu uyumun bulunup bulunmadığı organ veya doku alınması, aşılması ve nakli işlemlerine başlamadan evvel bu hususta gerekli tıbbi tetkik, tahlil ve testlerin yapılması ve olumlu sonuç elde edilip edilmediğiyle ortaya çıkar⁵¹⁰. Ayrıca nakledilmek üzere vericiden alınacak organ veya dokunun sağlam, yani fonksiyonunu yerine getirebilecek durumda olduğunun da saptanması gerekir⁵¹¹. Bu nedenle ODNK m. 9 hükmünde tahlil ve inceleme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre, yaşayan bir vericiden organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur. Anılan hükümde olurluluk raporunun hangi hekim tarafından düzenleneceği belirtilmemekle beraber bu raporun organ ve dokuyu alacak hekim tarafından düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁵¹². Bu husus hekimin sorumluluğuna gidebilmek bakımından önem arz etmektedir.

⁵⁰⁷ **Hakeri** (2016), s. 108; **Abik**, s. 101.

⁵⁰⁸ **Hakeri** (2016), s. 108; **Abik**, s. 101.

⁵⁰⁹ **Gözübüyük**, s. 79; **Akıncı**, s. 162.

⁵¹⁰ **Toroslu** (1978), s. 109.

⁵¹¹ **Toroslu** (1978), s. 109; **Bayraktar** (1972), s. 189.

⁵¹² **Taşkın**, s. 114-115.

ODNK m. 9 hükmünün lafzı dikkate alındığında tahlil ve inceleme yapma zorunluluğu hem verici hem de alıcının hayatı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak maksadıyla ihdas edilmiştir. Bunun sonucunda naklin, istenilen amaç olan vericinin en az zararıyla alıcının tedavi edilmesi, hayatının kurtarılması ve sağlığına kavuşturulması şeklindeki üstün amacı gerçekten temin edebilmesi ve alıcı ile vericinin ileride uğrayabilecekleri zarar tehlikelerini önlemek için yalnızca vericiden organ ve doku alırken değil, bu organ ve dokuyu alıcıya nakletmeden veya aşılardan önce de gerekli tıbbi tahlil ve incelemeler yapılmalıdır⁵¹³. Diğer yandan, uygun vericiden bahsedebilmek için vericinin yaşı ve sağlık durumunun da organ ve doku alımına elverişli olması gerekmektedir⁵¹⁴.

Organ veya doku naklinin ODNK m. 9’da belirtilen gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunluluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilmiş olması halinde, gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler kişinin beden bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir müdahale olarak kabul edilecektir⁵¹⁵.

2.3. Bağışlanan Organ veya Dokunun Vericinin Hayatını Sona Erdirecek ya da Tehlikeye Sokacak Nitelikte Olmaması

Yaşayan bir kişiden organ ve doku nakli, verici yönünden esasen tıp etiğinin dört temel ilkesinden birisi olan zarar vermeme ilkesi ile çatışma halindedir. Zira nakil işlemi yalnızca alıcı için yarar sağlamakta buna karşın işlemin diğer tarafı olan verici hiçbir yarar sağlamadığı gibi endikasyon da gerçekleşmediği için vücut bütünlüğü ihlal edilerek zarara uğramaktadır. Diğer bir ifadeyle vericinin vücut dokunulmazlığı ile alıcının yaşama ve sağlık hakkı çatışmaktadır. Bununla birlikte günümüz tıp dünyasında zarar vermeme ilkesi mutlak ve sınırsız bir ilke olmadığından, nakil işlemi bakımından alıcının yaşamını kurtarmak ve sağlığına kavuşturmak için vericiye bir miktar zarar verilebileceği kabul edilmektedir⁵¹⁶. Ancak bu tıbbi müdahale verici için aşırı bir zarar oluşturmamalı ve büyük bir tehlikeye yol açmamalıdır⁵¹⁷. Zira üstün amaç koşulu, vericinin kendi hayatını tehlikeye atması anlamına

⁵¹³ **Gökçen, Ahmet/Balci, Murat** (2013) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, s. 123; **Dural/Öğüz**, s. 110; **Akıncı**, s. 193; **Er**, s. 103; **Çilingiroğlu**, s. 76.

⁵¹⁴ **Abik**, s. 118.

⁵¹⁵ **Parlak**, s. 198-199; **Abik**, s. 129.

⁵¹⁶ **Polat**, s. 12-13; **Ziroğlu**, s. 81.

⁵¹⁷ **Gökçen** (2000), s. 68; **Ziroğlu**, s. 82.

gelmemektedir⁵¹⁸. Bir başka kişinin yaşamını kurtarmak için dahi olsa kimsenin kendi hayatını feda etmesine veya tehlikeye düşürmesine hukuken olanak tanınmaz⁵¹⁹.

Bu durumu dikkate alan kanunkoyucu, ODNK m. 8’de vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasının yasak olduğunu hükme bağlamıştır. ODNK m. 8 esasında hiç kimsenin rızasıyla da olsa özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğine ilişkin TMK m. 23’e paralel bir düzenlemedir⁵²⁰.

Görüldüğü üzere, ODNK m. 8, yalnızca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek organ ve dokuların değil, bu nitelikte olmamakla birlikte yaşamını tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınmasını da yasaklamaktadır⁵²¹. Hükümün mefhum-u muhalifinden vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirmeyecek ve tehlikeye sokmayacak organ ve dokuların alınabileceği anlaşılmaktadır. Yaşamsal organlar sadece ölümlerden alınabilir. Hangi organ ve dokunun vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak nitelikte olduğu teknik ve özel bilgi gerektirdiğinden, tıp biliminin esaslarına göre hekim tarafından belirlenecektir⁵²². Bu kapsamda ODNK m. 8 hükmü, ODNK m. 9 ile yakın irtibat halinde olup, iki düzenleme birbirini tamamlamaktadır. Zira organ veya dokunun vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak nitelikte olup olmadığı, ODNK m. 9’a göre yapılacak tıbbi inceleme ve tahlil sonucunun saptandığı olurluluk raporuna göre belirlenecektir⁵²³. Genel olarak insan bedeninin kısa sürede yenileyebileceği organ ve dokuların alınmasında bir engel bulunmadığı, zira bunlar yenilendiği için vericinin yaşamını tehlikeye sokmayacağı kabul edilmektedir. Fakat kalp gibi yaşamsal bir organın yaşayan vericiden alınması mümkün değildir. Böyle bir organın alınması vericinin ölümüne sebep olacaktır⁵²⁴.

Öğretide kişinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya yaşamını tehlikeye sokacak nitelikte olmasa da sırf ahlâki düşüncelerle nakline izin verilmeyen organ, doku ve bunlara ait parçaların olduğu ifade edilmektedir. Bunlara örnek olarak yumurtalık ve sperm nakli, elektif kürtaj sonucu elde edilmiş dokuların aktarılması ve anensefalik bebeklerin

⁵¹⁸ **Yücel, Mehtap** (2008) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmua, Ankara, s. 688.

⁵¹⁹ **Kılıçoğlu**, s. 254-255; **Ziroğlu**, s. 81.

⁵²⁰ **Kılıçoğlu**, s. 254.

⁵²¹ **Kılıçoğlu**, s. 255.

⁵²² **Kılıçoğlu**, s. 255; **Parlak**, s. 199.

⁵²³ **Kılıçoğlu**, s. 255; **Abik**, s. 129.

⁵²⁴ **Parlak**, s. 200; **Gürbüz**, s. 83.

organlarının nakil maksadıyla kullanılması verilebilir⁵²⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki, niteliği gereği yüz, kol ve bacak gibi kompozit dokular da yalnızca ölüden nakledilebilmektedir. Zira bu tür organ ve dokuların yaşayan kimseden alınmasına en başta kişi dokunulmazlığının düzenlendiği AY m. 17 ile kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi onları hukuka veya ahlâka aykırı sınırlayamayacağına dair TMK m. 23 hükmü engeldir⁵²⁶. Bu hususta yaşayan vericinin rızasının bulunması da gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez.

Vücutta böbrek gibi çift olarak bulunan organlardan birinin alınıp alınamayacağı ile ilgili tartışmaya da değinmekte fayda bulunmaktadır⁵²⁷. *Bir görüşe göre*, vücutta çift olarak bulunan organlardan birisinin alınması, vericide devamlı bir eksiklik meydana getirecekse, verilecek rıza batıl olacak; buna karşın vericide sürekli bir eksilmeye neden olmayacaksa rıza geçerli olacaktır⁵²⁸. Burada vücutta çift olarak bulunan organların alınıp alınamayacağının belirlenmesinde ölçüt olarak, vericide devamlı bir eksilmeye neden olup olmayacağı esas alınmaktadır. Gelişen tıp biliminde tek böbrekle kişinin yaşam standardında çok büyük bir değişiklik olmadan hayatını sürdürmesinin mümkün olduğu saptandığından, çift olan organların alınmasında kıstas olarak vericide devamlı bir eksilmeye neden olup olmayacağının esas alınması doğru değildir. Bu nedenle *kanaatimizce* naklin kapsamını fazlasıyla sınırlandıran bu görüş kabul edilemez. *Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise*, vericinin yaşamı ve sağlığı açısından önemli ve büyük derecede bir zarar doğurmaması, nakil sonrasında kalan tek organın işlevini gerektiği gibi gerçekleştirebilecek olması kaydıyla çift olarak bulunan organlardan biri nakil amacıyla alınabilir⁵²⁹. Kısaca burada kıstas; çift olan organlardan birinin alınması durumunda vericinin yaşamının mutlak surette sona erip ermeyeceği veya tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğidir. Organlar yapısı gereği kendini yenilemediği için çift olan organlardan birinin alınması sonrasında vücutta tek kalan organın fonksiyonunu gereği gibi yerine getirememesi veya başkaca bir sebeple vericinin yaşamı mutlak surette sone erecek ya da tehlikeye girecekse çift olan organların alımı yapılamaz. Aksi takdirde hukuka aykırı olur. O halde yapılması gereken; çift olarak bulunan organlardan birinin nakil maksadıyla alınması durumunda, tek kalan organla vericinin hayatını tehlikeye

⁵²⁵ Yücel, s. 688-689; Ateş Sarıdağ, s. 35.

⁵²⁶ Gürbüz, s. 83.

⁵²⁷ Akıncı, vücutta çift olan insan kökenli biyolojik maddelerin alınıp alınamayacağını üstün amaç koşulu içerisinde irdelemektedir. Bkz. Akıncı, s. 165.

⁵²⁸ Ayiter, Nuşin (1968) ‘Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 1-2, s. 142.

⁵²⁹ Toroslu (1978), s. 99; Dural/Öğüz, s. 107; Bayraktar (1972), s. 191; Parlak, s. 200.

sokmadan sürdürüp sürdüremeyeceğinin tıbbi müdahaleden önce hekim tarafından bilimsel verilerle tahlil ve tetkik edilmesidir. Tıbbi açıdan tahlil ve tetkik ile sonucunun olurluluk raporuna bağlanması hekimin yükümlülüğüdür. Tahlil ve tetkikler sonucunda vücudunda çift olan organlardan yalnızca birisinin işlevini yerine getirip diğerinin ise fonksiyonunu gerçekleştiremediği tespit edilen vericilerden bu çift organlardan birisi alınamayacaktır.

Vücutta tek olarak bulunmakla birlikte kısmen yani sadece bir bölümü alındığı zaman da geriye kalan bölümüyle vücuttaki işlevlerini yerine getirebilen karaciğer gibi organların nakil amacıyla yaşayan bir kişiden alınabilmesi de mümkündür⁵³⁰.

Öğretide *Dural/Öğüz*, kişinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye düşürecek organ ve dokularının yanı sıra onun toplum ve ailesine karşı olan görevlerini yerine getirmesini engelleyecek organların verilmesinin de ODNK m. 8 kapsamında yasak olduğu görüşündedir⁵³¹. *Kanaatimizce* bu görüş kabul edilemez. Zira ODNK m. 8’de alınması yasak olan organ ve dokular; açıkça kişinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olanlarla sınırlandırılmış, bu nitelikte olmayan organ ve dokuların ise alınabilmesi ise mümkün kılınmıştır. Bu itibarla ODNK m. 8 hükmünün açık lafzı karşısında yorum yoluyla toplum ve ailesine karşı olan görevlerini yerine getirmesini engelleyecek organların alınmasının da yasak kapsamında olduğu sonucuna varılamaz. Diğer bir deyişle kanunun yasaklamadığı bir husus kanun hükmüne yanlış anlam verilerek yorum yoluyla yasaklanamaz. Esasen kanun hükmünün lafzının açık olduğu, anlamının belirsizlik içermediği hallerde normun anlamını belirlemeye yönelik zihinsel faaliyet olan yoruma da başvurulamaz. Şu halde vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak nitelikte olmadıkça onun sırf toplum ve ailesine karşı olan görevlerini yerine getirmesini engelleyecek organlarının alınması yasak kapsamında değildir⁵³².

⁵³⁰ **Gözübüyük**, s. 80; **Aydın** (2008a), s. 48.

⁵³¹ **Dural/Öğüz**, s. 107.

⁵³² *Toroslu*, kanunkoyucunun ODNK m. 8 hükmünde yaşayan kimseden alınamayacak organ ve dokuları sadece yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak nitelikte olanlarla sınırlayıp, onun kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak ya da zorlaştıracak organ ve dokularının alınmasına izin vermesinin toplumsal yararlarla bağdaştırılamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Toroslu** (1978), s. 100.

2.4. Rızanın Bulunması

AY m. 17 hükmünde herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu anayasal güvenceye bağlanmış; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. O halde ilgili anayasa hükmüne göre tıbbi zorunluluklar veya kanunda yazılı hallerde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabilecektir. Ayrıca kişinin vücudu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu ve bu sebeple de vücut dokunulmazlığına rıza ile dokunulabileceği kabul edilmektedir⁵³³. Bu bağlamda rıza, bir kimsenin hukuksal menfaat veya değerlerine başka bir kişi tarafından müdahalede bulunulmasına izin vermesidir⁵³⁴. Rızanın hukuki esası, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve kendi geleceğini belirleme hakkına dayandırılmaktadır⁵³⁵. Rıza, aslında hukuka aykırı olan işlem veya fiili baştan itibaren hukuka uygun hale getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, hukuka aykırılığı önlemektedir. Bunun sonucunda rızanın bulunmaması durumunda, hukuka uygunluktan bahsedilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkı sınırsız olmadığından, rıza her durumda hukuka aykırılığı engellemez⁵³⁶. Zira gerek özel hukukta⁵³⁷ gerekse ceza hukukunda⁵³⁸ hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rıza, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği hallerde geçerlidir. Gerçekten de üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek hak ve menfaatlere yönelik müdahalelere rıza, hukuka aykırılığı engellemektedir. Buna karşılık kişinin üzerinde tam ve serbestçe tasarruf edemeyeceği hak ve menfaatlerine yönelik müdahalelere rıza göstermesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu durum TCK m. 26/2’de “*Kişinin üzerinde mutlak surette serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde ifade edilmiştir. Söz gelimi bir kişi bir başkası tarafından öldürülmesine rıza gösteremez; çünkü yaşama hakkı kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak değildir. Aynı şekilde kişi, vücut bütünlüğüne ağır zarar verecek nitelikteki fiillere de rıza gösteremez⁵³⁹. Diğer yandan kişinin tasarruf yetkisi bulunsu dahi rızanın konusu hukuka, ahlâka ve genel

⁵³³ Özar/Halıcı, s. 571; Demirsoy Aşıkoğlu, Eda (2018) ‘Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 35, s. 320.

⁵³⁴ Akipek/Akıntürk, s. 422.

⁵³⁵ Koca/Üzülmez (2023a), s. 294-295; Aygörmez, Gülsün Ayhan (2009) ‘Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 2, s. 137.

⁵³⁶ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem (2008) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 322.

⁵³⁷ Bkz. TMK m. 24/2

⁵³⁸ Bkz. TCK m. 26/2

⁵³⁹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 296.

edep kurallarına aykırı olmamalıdır⁵⁴⁰. Aksi takdirde rıza geçersiz olacağından, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

Tıbbi müdahaleler⁵⁴¹, vücut bütünlüğüne yönelik fiil olduğundan, hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için AY m. 17 uyarınca tıbbi zorunluluğun veya kanunda yazılı hallerin ya da ilgilinin rızasının bulunması gerekmektedir. Tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için ilgilinin rızasının bulunması gerekmemektedir⁵⁴². Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi yoluyla hukuka uygunluğun sağlanmasının temelinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı prensibi bulunmaktadır⁵⁴³.

Bir tıbbi müdahale türü olduğunda duraksama bulunmayan organ ve doku naklinin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi, ODNK’da yaşayan verici bakımından mutlak surette rızaya bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, nakil maksadıyla yaşayan bir kimseden organ ve doku alınabilmesi için hukuken geçerli rızasının varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla rızanın bulunmadığı durumlarda tıbbi zorunluluk gerekçesine dayanılarak hiç kimseden nakil amacıyla organ ve doku alınamaz. Zira organ ve doku nakli işlemi verici hasta olmayıp sağlıklı bir kişidir; hatta sırf başka bir insanın yaşama tutunup sağlığına kavuşması için vücut bütünlüğü ihlal edilerek kısa süreli de olsa sağlığı bozulacak kişidir. Bu nedenle organ ve doku naklinde verici yönünden tıbbi zorunluluk gerçekleşmediğinden, kendisinden hukuka uygun şekilde organ ve doku alınabilmesinin tek yolu rızasının varlığıdır.

ODNK’da yalnızca verici bakımından rızaya dair hükümler düzenlenmiş olup, alıcı bakımından ise herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple alıcının rızası bakımından genel kurallar uygulanacaktır. ODNK’da sadece vericinin rızasına ilişkin düzenlemeler bulunup alıcının rızasıyla ilgili düzenlemeye yer verilmemesinin nedeni, daha önce de açıklandığı üzere nakil işleminin niteliği gereği alıcı açısından klasik bir tıbbi müdahale, verici bakımından ise sadece kendisine zarar veren ve tıbbi zorunluluk bulunmaksızın vücut bütünlüğünü ihlal eden bir işlem olmasıdır. Bu yüzden de nakil işlemlerinde alıcı açısından genel kurallardan ayrılmayı gerektiren özel bir durum yoktur.

⁵⁴⁰ Akipek/Akıntürk, s. 422; Öztan, s. 284; Centel/Zafer/Çakmut, s. 322.

⁵⁴¹ Tıbbi müdahale; insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile irtibatlı olarak yapılan her türlü müdahaledir. Tıbbi müdahale tedavi, teşhis, tahlil ve ilaç yazılmasını içine aldığı gibi psikiyatrik müdahale, estetik cerrahi ve adli muayeneyi de kapsamına almaktadır. Bkz. Hakeri (2016), s. 27; Tıbbi müdahalelerin mutlaka hekim tarafından yapılması gerekmemekle birlikte tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Ayan, s. 5.

⁵⁴² Demirsoy Aşıkoğlu, s. 320, 324; Gülen Kurt (2020a), s. 31.

⁵⁴³ Aygörmez, s. 138; Gülen Kurt (2020a), s. 31.

Bununla birlikte 1219 sayılı Kanun m. 70 gereğince büyük cerrahi operasyonlarda yazılı rıza aranacağından, organ ve doku nakli işleminin gerçekleştirilebilmesi için alıcının da yazılı rızası bulunmalıdır⁵⁴⁴. Ancak vericiden farklı olarak alıcı, bilincini yitirme gibi bir nedenle rıza beyanında bulunacak durumda değilse ve yaşamının devamı için kendisine acil müdahalede bulunulması gerekiyorsa, rıza açıklamasında bulunmasa dahi yararına hareket edilerek müdahalede bulunulabilir⁵⁴⁵. Böyle bir durumda izin verilen risk öğretisi çerçevesinde tıp mesleğinin gerektirdiği tedbirler alınmak suretiyle hasta yararına hareket edilerek alıcıya yapılan organ veya doku nakli, rıza yokluğu sebebiyle hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁴⁶. Verici bakımından ise hiçbir gerekçe ve koşulla organ veya dokusu geçerli rızası olmaksızın alınamaz. Aksi takdirde işlem, hukuka aykırı olacaktır.

Organ ve doku naklinde rıza koşulunu incelerken, durumları birbirinden farklı olan verici ve alıcının rızası hususunun ayrı ayrı ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

2.4.1. Vericinin Rızası

Yukarıda, yaşayan bir kimseden hukuka uygun şekilde organ veya doku alınabilmesi için mutlak surette vericinin rızasının bulunması gerektiğini belirtmiştik. Ancak her rıza açıklaması hukuka aykırılığı engellememektedir. ODNK’da, yaşayan vericinin rızasının hukuken geçerli olabilmesi ve organ veya doku naklinde hukuka aykırılığı önleyebilmesi için taşınması gereken nitelikler belirtilmiştir. Bahsedilen yasal niteliklere sahip olmayan rıza hukuken geçerli olmayacağı, diğer bir deyişle anlam ifade etmeyeceği için organ ve doku alımı da hukuka aykırı olacaktır. O halde yaşayan bir kimseden hukuka uygun şekilde organ ve doku alınabilmesi, vericinin hukuken geçerli rızasının bulunmasına bağlıdır. Bu itibarla organ ve doku naklinde vericinin hukuken geçerli rızasının varlığı için taşınması gereken nitelikler üzerinde durulması gerekmektedir.

⁵⁴⁴ Gözübüyük, s. 88; Karakaya, s. 42.

⁵⁴⁵ Toroslu (1978), s. 101; Yenerer Çakmut, s. 161.

⁵⁴⁶ Yenerer Çakmut, s. 32; Demirsoy Aşıkoğlu, s. 324.

2.4.1.1.Rızanın Konusu

Bilindiği üzere rıza, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin olmalıdır. Aksi takdirde hukuki sonuç doğuran geçerli bir rızadan söz edilemez. Yaşama hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olmadığından, hiç kimse yaşamının sonlandırılmasına rıza gösteremez. Bu konuda yaptığı rıza açıklaması, fiili hukuka aykırı hatta suç olmaktan çıkarmayacaktır.

Nakil amacıyla yaşayan vericiden organ veya doku alınmasında rızanın konusu, ODNK m. 8 hükmünde “Alınamayacak organ ve dokular” başlığı altında belirtilmiştir. Gerçekten de anılan hükme göre, yaşayan vericinin kendisinden organ veya doku alınmasına yönelik rızasının geçerli olabilmesi için alınacak organ veya dokunun yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak nitelikte olmaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla bir kişinin “yaşamını kurtarmak” şeklindeki üstün gaye için dahi olsa hiç kimse yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokusunun alınmasına rıza gösteremez. Aksi takdirde rıza açıklaması hukuken geçersiz olacağından, hukuka aykırılığı önlemeyecektir.

2.4.1.2.Rızaya Ehil Olması

Bir rıza beyanının hukuki sonuç doğurabilmesi için rıza beyanında bulunanın rıza göstermeye ehil olması gerekmektedir. Yaşayan bir kimseden organ veya doku naklinde rıza ehliyetini düzenleyen ODNK m. 5 hükmünde on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Keza HHY m. 29/1 hükmünde de aynı düzenlemeye yer verilmiştir. O halde yaşayan kişiden organ ve doku naklinde hukuken geçerli rızadan bahsedebilmek için rıza gösteren vericinin hem on sekiz yaşını tamamlamış hem de ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Rıza ehliyetine sahip olmak bakımından on sekiz yaşında olmak yeterli olmayıp, bu yaşın doldurularak on dokuz yaşından gün alınmış olması gerekmektedir⁵⁴⁷.

Görüldüğü üzere organ ve doku naklinde vericinin rızasının geçerli olabilmesi sıkı koşullara tabi tutulmuştur. ODNK m. 5 ve HHY m. 29/1 hükümlerinde rıza ehliyetine sahip olabilmenin koşulu olarak erginliğe değil, on sekiz yaşını tamamlamış olmaya yer verilmiştir.

⁵⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 250; Ekiz, s. 111.

ODNK rıza ehliyeti için açıkça yaş şartı aradığı için, hukukumuzda var olan kişinin on sekiz yaşını tamamlamadan ergin kılınmasına olanak tanındığı evlenme yoluyla erginlik (TMK m. 11/2) ve kazaî rüşt, yani mahkeme kararıyla erginlik (TMK m. 12) hallerinde, vericinin nakil amacıyla kendisinden organ ve doku alınmasına yönelik açıkladığı rızası geçersiz olacaktır⁵⁴⁸. Zira bu halde verici her ne kadar ergin olsa da on sekiz yaşını tamamlamadığından, rızaya ehil olmayacaktır⁵⁴⁹. On sekiz yaşını tamamlamamış olan kişinin mümeyyiz, yani ayırt etme gücüne sahip olması da sonucu değiştirmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, ODNK m. 5 hükmünde on sekiz yaşını doldurmamış kişilerden organ ve doku alınması istisnasız şekilde yasaklandığı için bu kişiler mümeyyiz, yani müdahalenin riskleri ile sonuçlarını anlayabilecek durumda olsalar dahi kendilerinden organ ve doku alınmasına yönelik açıkladıkları rıza geçersiz olacağından yapılan müdahale de hukuka aykırı olacaktır⁵⁵⁰.

Esasen kanunkoyucunun diğer tıbbi müdahale türlerinden farklı olarak yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ veya doku alınmasında rıza ehliyeti bakımından vericinin on sekiz yaşını tamamlamış olmasını aramasının nedeni; bu müdahalelerde kendisi bakımından tıbbi zorunluluk bulunmayan, bir yarar sağlamaktan ziyade sırf başka bir kişinin hayatını kurtarmak ve onu iyileştirmek için kısa süreliğine de olsa sağlığının bozulmasıyla zarara uğrayacak olan vericiyi aile baskılarına karşı korumak ve nakil işleminin yaratacağı riskler ile tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlarını göz önünde bulundurarak özgür iradesiyle karar vermesini sağlamaktır. Bilhassa kardeşler arasındaki uyumun yüksek oluşu nedeniyle ebeveynler tarafından kardeşine ihtiyacı olan organ ve dokusunu vermesi için vericiye manevi ve ahlâki baskı yapılarak bu konuda hür olması gereken kararının etkilenmesi hiç de uzak bir ihtimal değildir⁵⁵¹. Fakat evlenme yoluyla ergin kılınan henüz on sekiz yaşını doldurmamış bir annenin hayata tutunmak için nakle ihtiyaç duyan çocuğuna organ veya dokusunu verememesi, rıza hususundaki bu sıkı yaş şartının her olayda isabetli olmadığını göstermektedir. Ayrıca on sekiz yaşının tamamlanmasıyla birlikte manevi baskının ortadan kalkacağı düşüncesinin mantıklı olmadığı da ifade edilmektedir⁵⁵². Bundan dolayı, geçerli rıza bakımından yaş şartı hususunda mutlak bir yasak getirmek yerine suistimalleri önlemeye hizmet edecek denetimli bir sistem öngörülmesi ve belirlenecek istisnai durumlarda on sekiz yaşını doldurmamış vericilerin nakil amacıyla kendilerinden organ ve doku alınabilmesine

⁵⁴⁸ Dural/Öğüz, s. 108; Akıncı, s. 178.

⁵⁴⁹ Gürbüz, s. 99; Kılıçoğlu, s. 250; Abik, s. 102.

⁵⁵⁰ Gürbüz, s. 102.

⁵⁵¹ Schroth, s. 326.

⁵⁵² Özbilen, s. 272; Gülen Kurt (2020a), s. 35.

yönelik rızalarına geçerlilik tanınması yerinde olacaktır⁵⁵³. Bu hususta *Metin*, “kendini yenileyebilen” dokularla sınırlı olarak on sekiz yaşını doldurmamış kişilerden ve mümeyyiz olmayanlardan rızayla doku alınabilmesine hukuken imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵⁴.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, Alman Organ Nakli Kanunu m. 8a hükmünde belirli koşullar dâhilinde küçükten kemik iliği alınabilmesine imkân tanındığı görülmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, rızaya ehil bir verici bulunamamış, alıcı küçüğün kardeşi veya birinci derece yakını olup yaşamsal bir hastalığının tedavisini sağlayacaksa küçüğün yasal temsilcisinin aydınlatılmış rızasının bulunması, küçüğün de yaşı ve zihni durumu müsaade ettiği ölçüde kendisinin aydınlatılması ve nakil hususundaki iradesinin de göz önünde bulundurulması koşuluyla küçükten kemik iliği alınabilmektedir⁵⁵⁵. İsviçre Organ Nakli Kanunu m. 13’e göre de, ergin ve mümeyyiz olan bir vericinin bulunamamış, alıcının verici kişinin ebeveyni, kardeşi veya çocuğu olması, naklin alıcının yaşamını kurtaracak olup vericinin ise yaşamını tehlikeye sokmaması, vericinin yasal temsilcisinin ve karar verebilecek durumdaysa vericinin de aydınlatılmış rızasının yazılı olarak alınmış olması ile bağımsız bir otoritenin nihaî olarak nakle onay vermesi koşullarının gerçekleşmesiyle ergin ve mümeyyiz olmayan kişiden organ ve doku alınabilmektedir⁵⁵⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere ülkemizin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde rıza açıklama yeteneği olmayan kişilerden organ ve doku alınamayacağı düzenlenmekle birlikte ODNK’dan farklı olarak rıza açıklama yeteneğine sahip olma bakımından herhangi bir yaş koşulu öngörülmemiştir. Ayrıca Sözleşmenin 20 nci maddesinin ikinci fıkrasında rıza açıklama yeteneği olmayanlardan da nakil amacıyla organ ve doku alınabilmesine ilişkin istisnai bir hüküm düzenlenmiştir. Buna göre; rıza açıklama yeteneği olan uygun bir vericinin bulunmaması, alıcı kişinin vericinin erkek veya kız kardeşi olması, bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin olması, 6 ncı maddenin ikinci ve üçüncü paragrafında öngörülen yetkinin kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde belirli ve yazılı olarak verilmiş olması ile muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması koşullarının gerçekleşmesi kaydıyla rıza açıklama yeteneği olmayan kişiden nakil amacıyla kendisini yenileyebilen organ ve doku alınabilecektir. Bununla birlikte

⁵⁵³ **Özbilen**, s. 272-276; **Gürbüz**, s. 99.

⁵⁵⁴ Bkz. **Metin**, s. 516.

⁵⁵⁵ **Gürbüz**, s. 110; **Abik**, s. 139.

⁵⁵⁶ **Gürbüz**, s. 110.

Ülkemiz ODNK m. 5 ile uyumlu olmaması nedeniyle Sözleşmenin 20 nci maddesinin ikinci paragrafına çekince koyduğu için, anılan düzenleme ülkemiz bakımından uygulanamayacaktır. Diğer yandan çekince konulan bu istisnai hüküm bir yana bırakılırsa ODNK m. 5 hükmü ile Sözleşme m. 20 karşılaştırıldığında, ODNK m. 5 hükmünün daha kapsamlı koruma sağladığında bir duraksama bulunmamaktadır. Sözleşme m. 27'ye göre de Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, tarafların biyoloji ve tıbbın uygulanmasında Sözleşmede şart koşulanlardan daha kapsamlı koruma önlemleri almalarını kısıtlayacak ya da engelleyecek şekilde yorumlanamayacağından, her ne kadar Sözleşmede rıza açıklama yeteneğine sahip olma bakımından yaşı şartı öngörülmemiş ise de on sekiz yaşıını doldurmamış kişilerden rızası bulunsa dahi organ ve doku alımını yasaklayan ODNK m. 5 hükmü daha fazla koruma sağladığından iç hukuktaki rıza açıklama yeteneğine sahip olma bakımından yaşı sınırını geçerliliğini srdrmektedir⁵⁵⁷. Diğer bir ifadeyle her ne kadar tarafı olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir sözleşme olduğu için ODNK da dâhil olmak üzere diğer kanunlarla çatışması halinde AY m. 90/5 uyarınca Sözleşme hükümlerinin esas alınması gerekli ise de, Sözleşme m. 27 hükmünün açık lafzı gereği burada Sözleşme hükümlerinin mutlak üstünlüğü bulunmadığından daha fazla koruma sağlayan ODNK m. 5 hükmüne üstünlük tanınarak uygulanmasına devam edilecektir.

Burada Klinik Araştırmalar Hakkında Ynetmelięin⁵⁵⁸ 6 ncı maddesinde belirtilen koşullara uyulmak suretiyle bir çocuktan kök hücre tedavisi gören kardeşine nakledilmek üzere kemik iliği alınması uygulamasına da değinmek gerekmektedir. Bu uygulamada verici, on sekiz yaşıını tamamlamamış bir kişidir. Bilimsel gayelerle kişilerden genetik materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve kemik iliği nakli araştırmaları gibi ilaç dışı klinik araştırmalar ilgili Yönetmelik kapsamına dahil edildiği için, ODNK m. 5 hükmündeki açık yasağa aykırı şekilde on sekiz yaşıını tamamlamamış kişilerden Yönetmelik hükmüyle biyolojik maddeler alınmakta idi⁵⁵⁹. Böylece ODNK m. 5 hükmündeki yasa, Yönetmelik hükmüyle dolanılmakta idi. Başıta vücut bütünlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bu düzenlemelerin, kanun hükmüyle yapılması gerektiğinden bu uygulamalar açıkça hukuka aykırı idi. Anılan Yönetmelik, Beşeri Tıbbi rnlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Ynetmelięin⁵⁶⁰ yürürlüğe girmesiyle ilga edilmiştir. Belirtelim ki yürürlüğe giren Yönetmelik, bahsettiğimiz

⁵⁵⁷ Zeytin, s. 255; Ateş Sarıdağ, s. 49.

⁵⁵⁸ 13.04.2013 tarih ve 28617 sayılı RG.

⁵⁵⁹ zbilen, s. 275; Gülen Kurt (2020a), s. 35-36.

⁵⁶⁰ 27.05.2023 tarih ve 32203 sayılı RG.

hukuka aykırı uygulamanın kaynağını oluşturan ilaç dışı klinik araştırmaları kapsam dışında bırakmıştır.

Öte yandan her ne kadar organlar veya insan vücudunda tam bir organ olarak kullanılabilecek organ bölümlerini kapsam dışında bıraksa da İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m. 4/1-ı hükmünde gönüllü verici; “İnsana uygulanmak amacıyla doku ve hücrelerini bağışlamak için Bakanlık tarafından onaylanan bilgilendirilmiş onam formunu imzalamış; 18 yaş üstü vericiyi, kordon kanı için anneyi, yasal temsilcilerinin onayı alınmış 18 yaşından küçük vericiyi veya kısıtlı kişi” şeklinde tarif edilerek yasal temsilcisinin onayı bulunmak şartıyla on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin başka bir insana uygulanmak maksadıyla dokularını ve hücrelerini bağışlamasına anılan Yönetmelik hükmüyle imkân tanınmıştır. Ancak ODNK m. 1 ve m. 2 uyarınca tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla insan organizmasını oluşturan her türlü doku ile bunların parçalarının alınması, saklanması, aşılması ve naklinin ODNK’ya tabi olduğu dikkate alındığında bu Yönetmelik hükmünün de açıkça ODNK m. 5’e aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır⁵⁶¹. Öğretide Ünver ve Hakeri, bu hukuka aykırı uygulamalara sebebiyet vermemek adına İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 20 nci maddesinin ikinci paragrafındaki istisnai düzenlemenin karşılaşılan sorunlara önemli ölçüde çözüm sunduğunu belirterek tıp alanındaki ilerlemeler de gözetilmek suretiyle anılan düzenlemeye konulan çekincenin kaldırılması ve ODNK’nın anılan Sözleşmeye uygun hale getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁶².

ODNK’nın rıza ehliyeti bakımından aradığı diğer koşul, mümeyyizlik koşuludur. Gerçekten bir kimse on sekiz yaşını tamamlamış olsa da mümeyyiz olmaması durumunda yine organ ve dokusu alınamayacaktır. Zira bu kişilerin irade açıklamaları herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Mümeyyizlik; kişinin bedeninden organ ve doku alınmasına yönelik tıbbi müdahalenin ne olduğunu, tehlike ve zararlarını, müdahale sonrası yaşayabileceği sorunlar ile böyle bir müdahaleye rızasını açıklamasının anlam ve önemini kavrayıp idrak edecek zihni ve ruhi olgunluğa sahip olmasıdır⁵⁶³. Bu itibarla organ veya doku alınması esnasında akıl zayıflığı, akıl hastalığı ya da sarhoşluk gibi sebeplerle temyiz kudretini kaybetmiş kişilerden organ ve doku alınamayacaktır⁵⁶⁴. Mümeyyiz olmayan kişiler,

⁵⁶¹ Aynı yönde bkz. **Gözübüyük**, s. 81, dn. 116.

⁵⁶² **Ünver** (2005a), s. 188; **Hakeri** (2016), s. 108.

⁵⁶³ **Çilingiroğlu**, s. 55; **Erpek**, s. 81.

⁵⁶⁴ **Kılıçoğlu**, s. 250; **Gürbüz**, s. 100.

kendilerinden organ veya doku alınmasına yönelik tıbbi müdahalenin riskleri ve neticelerini algılayabilecek ve idrak edebilecek yeteneğe sahip olmadıklarından, kendilerinden organ veya doku alınmasına ilişkin rıza açıklamasında bulunamazlar; bulunsalar da bu rıza hukuken geçerli olmayacaktır⁵⁶⁵. Mümeyyizlikten yoksunluk durumunun kalıcı olması da aranmamaktadır. Başka bir anlatımla rıza ehliyeti bakımından önemli olan mümeyyizlikten sürekli şekilde yoksunluk olmayıp, vericinin nakil amacıyla organ ve dokusunun alınmasına rıza gösterdiği esnada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır⁵⁶⁶. Dolayısıyla herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, yani sürekli şekilde ayırt etme gücünden yoksunluğu bulunmamakla birlikte nakil amacıyla organ veya dokusunun alınmasına rıza gösterdiği anda alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında bulunması nedeniyle ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin rızası da geçersiz olacaktır. Hatta kişinin alkol veya uyuşturucu maddenin etkisinden kurtularak ayırt etme gücünü tekrar kazanması da alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altındayken gösterdiği rızaya geçerlilik kazandırmayacak; ancak ayırt etme gücünün bulunduğu esnada nakil amacıyla kendisinden organ veya doku alınmasına ilişkin yeniden göstereceği rıza geçerli olacaktır⁵⁶⁷. ODNK m. 7/c hükmünde yer alan “*Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek*” organ ve doku alacak hekimlerin yükümlülüğü arasında sayılmıştır. Anılan hükümdeki “akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmama” temyiz kudretinden, yani ayırt etme gücünden yoksunluğu ifade etmektedir⁵⁶⁸. Böylece ODNK m. 7/c hükmüyle vericinin rıza ehliyetine sahip olması bakımından aranan mümeyyizlik koşulunun saptanması, organ ve dokuyu alacak hekime yüklenmiştir⁵⁶⁹. Bunun sonucunda hekim, her somut olayda nakil amacıyla kendisinden organ ve doku alınmasına rıza gösteren vericinin mümeyyiz olup olmadığını değerlendirecek; rıza gösterdiği anda geçici veya sürekli olarak mümeyyizlikten yoksun olduğunu tespit ederse organ ve doku alımını reddedecektir.

Mümeyyiz olmayan kişiler adına yasal temsilcilerinin ODNK kapsamında nakil maksadıyla organ ve doku alınmasına rıza gösteremeyeceğini belirtmek gerekir⁵⁷⁰. Nitekim Yargıtay da on sekiz yaşını tamamlamakla birlikte akıl zayıflığı bulunması nedeniyle mümeyyiz olmayan bir kişiden kardeşine nakledilmek üzere böbreğinin alınmasına yasal

⁵⁶⁵ Gürbüz, s. 105-106; Erpek, s. 82.

⁵⁶⁶ Zeytin, s. 256; Gürbüz, s. 107.

⁵⁶⁷ Gürbüz, s. 107; Abik, s. 103.

⁵⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 250; Ekiz, s. 111, 113.

⁵⁶⁹ Gürbüz, s. 108.

⁵⁷⁰ Gözübüyük, s. 81; Ayan, s. 19.

temsilcisi olan vasi tarafından rıza gösterilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁷¹. ODNK m. 5 hükmünün açık lafzı karşısında aynı durum mümeyyiz olmakla beraber on sekiz yaşını doldurmamış kişiler için de geçerlidir. Diğer bir anlatımla on sekiz yaşını tamamlamamış kişiler nakil maksadıyla organ ve dokularının alınmasına rıza gösteremeyeceği gibi onlar adına yasal temsilcileri de bu hususta rıza açıklamasında bulunamazlar. Bununla birlikte bir kişinin sağlığına kavuşmasını sağlamak üzere nakil amacı dışında mümeyyiz olmayan bir kişiden organ veya doku alınmış ise, örneğin böbrek kanseri olan on yaşındaki bir çocuğun kendi tedavisi için incelenmek üzere bir böbreğinin çıkarılması durumunda yapılan işlem ODNK'ya tabi bir işlem olmadığından, rıza hususunda tıbbi müdahalelerin tabi olduğu genel kurallar⁵⁷² uygulanmak suretiyle organ veya doku alınabileceğini kabul etmek gerekir⁵⁷³.

Ergin ve mümeyyiz olup kısıtlı olmayan ve fakat kendilerine yasal danışman atanan, öğretide *sınırlı ehliyetli* olarak adlandırılan kişiler⁵⁷⁴, on sekiz yaşını tamamlamış olmaları koşuluyla yasal danışmanlarının onayı veya görüşünü almaksızın tek başlarına nakil amacıyla organ ve dokularının alınmasına rıza göstermeye ehildirler⁵⁷⁵. Zira kendilerine yasal danışman atanan bu kişiler, TMK m. 429/1 hükmünde tahdidi olarak belirtilen işlemler dışında yasal danışmanlarının görüşünü ve onayını almaksızın her türlü işlemi tek başlarına yapabilmektedirler.

ODNK m. 7/d hükmünde “*Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek*” organ ve doku alacak hekimlerin yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. Anılan hükmün ihdas edilme amacının aile fertlerinin organ veya dokusunu vermesinin diğer aile fertlerini yakinen etkileyebileceği⁵⁷⁶, ayrıca vericinin kendisinden organ veya doku alınmasına rıza göstermesinin nedenini en iyi bilecek durumda olan kişinin birlikte yaşadığı eşi olduğu düşüncesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁵⁷⁷. Öğretide anılan hükmün vericinin evli olması halinde vericinin rızasının yanı sıra eşinin de rıza ya da muvafakatinin bulunmasını mı aradığı yoksa eşin sadece vericinin organ veya doku vermeye ilişkin rızasından haberdar olmasını mı ifade ettiği tartışılmıştır. *Bizim de iştirak ettiğimiz hâkim görüşe göre*, anılan hüküm, vericinin evli olması halinde kendisinden organ ve doku

⁵⁷¹ Yarg. 18. HD, E: 2013/16178, K: 2014/3998, T: 06.03.2014 (UYAP Veri Tabanı).

⁵⁷² 1219 sayılı Kanun m. 70.

⁵⁷³ Gürbüz, s. 106-107; Özbilen, s. 278-280.

⁵⁷⁴ Öztan, s. 272; Akipek/Akıntürk, s. 352.

⁵⁷⁵ Gürbüz, s. 101.

⁵⁷⁶ Köksal, s. 96; Akıncı, s. 182-183.

⁵⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 254.

alınmasını eşinin rıza ya da muvafakatine bağlı tutmamakta olup, yalnızca organ ve doku alacak hekime eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırma zorunluluğu yüklemektedir. Bunun sonucunda eşin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi varsa kendisinin rızası bulunmasa dahi nakil amacıyla organ ve doku alımı geçerli ve hukuka uygun olacaktır⁵⁷⁸. Diğer bir anlatımla, ODNK m. 7/d, durumdan haberdar olan eşe, organ ve doku alınmasına engel olma yetkisi vermemektedir⁵⁷⁹. Buna karşın hekim, yaptığı araştırmada vericinin organ ve doku vermeye ilişkin kararından eşin haberinin bulunmadığını saptarsa, bu durumu ODNK m. 7/d uyarınca tutanak altına alarak organ ve doku alımını gerçekleştirmemelidir⁵⁸⁰. Kısacası, eşin, vericinin organ ve doku verme kararından haberdar olmaması, organ ve doku alımını engellemektedir. Belirtmek gerekir ki, ODNK m. 7/d hükmünde vericinin organ ve doku verme kararından haberi olmasının arandığı kişi “birlikte yaşadığı eş” şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple TMK’nın aradığı koşullarla evli olmakla beraber, söz gelimi terk fiili, mahkemece ayrılık kararı verilmiş olma veya aralarında devam eden boşanma davası nedeniyle verici ile aynı çatı altında birlikte yaşamayan eşin organ ve doku verme kararından haberdar edilip edilmediğinin araştırılması gerekmediği gibi bu karardan haberinin olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır⁵⁸¹.

On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan fakat TMK m. 405-408 uyarınca haklarında kısıtlama kararı verilmiş kişilerin nakil amacıyla kendilerinden organ ve doku alınmasında rıza açıklamasına ehil olup olmadıkları bakımından ise, ODNK’da rıza ehliyetine sahip olabilmek açısından vericinin on sekiz yaşını tamamlamış ve mümeyyiz olması dışında herhangi bir şart aranmamıştır. Dolayısıyla bu kapsamdaki kişilerin organ ve doku vericisi olmalarına engel bir durum bulunmamaktadır⁵⁸². Bununla birlikte öğretide her ne kadar ODNK’da yasal temsilcinin izni şart koşulmamış ve organ veya doku verilmesine ilişkin rıza açıklaması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan⁵⁸³ olup, temsil kabul etmeyen bir işlem olsa da tıbbi müdahalenin genel hükümlerini düzenleyen 1219 sayılı Kanun m. 70’te yer alan kısıtlılar üzerinde yapılacak her nevi ameliyat için vasi ya da velilerinin muvafakatinin alınmasına

⁵⁷⁸ Akıncı, s. 182; Aksaray, s. 159; Kılıçoğlu, s. 254; Gürzumar, s. 382; Taşkın, s. 110; ; Mermut, s. 1464.

⁵⁷⁹ Kılıçoğlu, s. 254; Erpek, s. 87.

⁵⁸⁰ Akıncı, s. 182; Kılıçoğlu, s. 254; Mermut, s. 1465.

⁵⁸¹ Kılıçoğlu, s. 254; Ekiz, s. 119.

⁵⁸² Dural/Öğüz, s. 107-108; Kılıçoğlu, s. 251; Abik, s. 112; Gülen Kurt (2020a), s. 36; Aksi görüşte olan Bayraktar, her ne kadar ODNK’da açıkça belirtilmese de kısıtlı bulunan kişilerden organ ve doku alınamayacağını savunmaktadır. Bkz. Bayraktar (1979), s. 16.

⁵⁸³ Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar; kullanılması tamamen şahsi takdirlere, kıymet hükümlerine ve duygusal fikirlere dayanan, bu nedenle de hak sahibince bizzat kullanılması gerekli olan haklardır. Sınırlı sayıda olmayan bu haklar, daha çok kişiler hukuku, aile hukuku ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunma gibi miras hukuku alanında karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Akipek/Akıntürk, s. 332

ilişkin düzenlemenin nakil amacıyla kısıtlıdan organ ve doku alınmasında da uygulanması, böylece bu kişilerden organ ve doku alınmasında vericinin rızasının yanında yasal temsilcisinin de muvafakatinin aranması gerektiği belirtilmektedir⁵⁸⁴. *Dural/Öğüz* ise, farklı bir gerekçeyle, yani on sekiz yaşını tamamlamış ve mümeyyiz olan fakat kısıtlı kişilerin kendisinden organ ve doku alınmasına rıza gibi önemli bir karar vermesinde TMK m. 16/1’de yer alan bu nitelikteki kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın tek başına kullanabileceğine dair ana kuraldan ayrılarak, yasal temsilcinin de onayını aramanın menfaat durumuna daha uygun düşeceğini bildirerek aynı sonuca varmaktadır⁵⁸⁵.

2.4.1.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmiş Olması

Genel olarak tıbbi müdahalelere rızanın geçerli olabilmesi için, rıza açıklamasından evvel kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesini sağlayacak şekilde hekim tarafından aydınlatılması gerekmektedir⁵⁸⁶. Bu yönüyle aydınlatma, rızanın geçerlilik koşuludur. Aydınlatma, esas itibarıyla hastanın hastalığı, uygulanması planlanan teşhis ve tedavi usulleri, alternatif tedavi seçenekleri, ortaya çıkabilecek olası neticeler, yapılacak müdahale ve işlemlerin hasta üzerinde meydana getirebileceği etkiler ile müdahalenin yapılmaması veya ertelenmesi durumunda karşılaşılabilecek sonuçlar hakkında yeterince bilgilendirilmesidir⁵⁸⁷. Bu sayede hasta, kendisi üzerinde uygulanacak olan tıbbi müdahale hakkında özgürce karar verebilecek bir konuma getirilmektedir⁵⁸⁸. Aydınlatmanın gerçekleştirilmemesi halinde, kişinin tıbbi müdahale hakkında özgürce karar verebilecek duruma getirildiğinden söz edilemeyeceği için açıkladığı rızası geçersiz olacağından, gerçekleştirilecek tıbbi müdahale de hukuka aykırı hale gelecektir⁵⁸⁹. Nitekim Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir⁵⁹⁰. Öte yandan İHAM da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne taraf devletlerin, hastaların planlanan tedavinin muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirilmelerini temin etmeye yönelik

⁵⁸⁴ **Kılıçoğlu**, s. 251-252; **Abik**, s. 112.

⁵⁸⁵ Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 108.

⁵⁸⁶ **Gülen Kurt, Munise** (2020) ‘Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 146, s. 193; **Ünver, Yener** (2006) ‘Türk Tıp Hukukunda Rıza’, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 3, S: 2, s. 239.

⁵⁸⁷ **Gülen Kurt** (2020a), s. 98; **Gülen Kurt** (2020b), s. 203.

⁵⁸⁸ **Gürbüz**, s. 112; **Demirsoy Aşıkoğlu**, s. 321.

⁵⁸⁹ **Köksal**, s. 76; **Demirsoy Aşıkoğlu**, s. 323.

⁵⁹⁰ Yarg. 13 HD, E: 2015/11729, K: 2016/9861, T: 07.04.2016; Yarg. 13 HD, E: 2013/23012, K: 2014/22561, T: 02.07.2014; Yarg. 13 HD, E: 2008/4219, K: 2008/10660, T: 16.09.2008 (UYAP Veri Tabanı).

düzenleyici tedbirleri alma yükümlülüğünün bulunduğunu vurgulamaktadır. Mahkemeye göre düzenleyici tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletin, hastaya bilgilendirmenin yapılmaması ve tıbbi müdahale kapsamında öngörülebilir bir riskin gerçekleşmesi halinde, sorumluluğu bulunacaktır⁵⁹¹. Dolayısıyla aydınlatma bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü, tıp biliminin temel ilkelerinden olan özerklik ilkesine⁵⁹² dayanan kişinin kendi kaderini belirleme hakkı, tedaviyi ret ve durdurma hakkını temin etmektedir⁵⁹³. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün fonksiyonu; kişinin ruhsal ve bedensel bütünlüğüne tesir edecek bir müdahaleye yönelik karar vermesine etki edebilecek hususları bilmesi ve buna göre özgürce karar alması olarak belirtilebilir⁵⁹⁴.

Aydınlatma yükümlülüğü hususunda mevzuatımızda birçok düzenleme yer almaktadır. Ayrıca bu düzenlemelerin yanı sıra önemine binaen ODNK m. 7’de organ ve doku alacak hekimlerin vericiyi aydınlatmalarına yönelik birtakım özel düzenlemeler de ihdas edilmiştir. Bu başlık altında anılan mevzuat hükümleri kapsamında aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili öncelikle tüm tıbbi müdahalelerde geçerli olan genel açıklamalara, ardından da organ ve doku nakillerinde verici ve alıcının aydınlatılmaları ile ilgili özellik arz eden hususlara yer verilecektir.

Ülkemizin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5 inci maddesinde sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabileceği ifade edildikten sonra bu kişiye müdahalenin amacı ve niteliği ile neticeleri ve riskleri hakkında önceden uygun bilgilerin verilmesi gerektiği belirtilerek aydınlatma yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Nitekim İHAM da kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması, tedaviye katılmaları, rızalarının temini ve maruz kalabilecekleri tehlikeleri sağlıklı şekilde değerlendirmeye tabi tutabilmelerini sağlayan verilere erişebilmelerinin, özel hayata saygı hakkının gereği olduğunu belirtmektedir⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Bkz. **İHAM, Şerif Gecekuşu-Türkiye Davası**, Başvuru No: 28870/05, T: 25.05.2010 (HUDOC Veri Tabanı).

⁵⁹² “İyileştiren daima haklıdır” şeklindeki prensibin artık mutlak anlamda geçerli olmadığı tıp etiğinde özerklik ilkesi, bir kimsenin kendi vücudu üzerinde tek egemen olduğunu, kendisinin istemediği müdahalenin yapılmaması gerektiğini, hastalığı ve bunun tedavisi hakkında gerekli bilgilere sahip olduktan sonra düşünme kabiliyetini kullanmak suretiyle özgür iradesiyle kendi geleceği hakkında karar vererek tedaviyi reddedebileceği gibi başlamış olan tedaviyi de her zaman durdurabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Gülen Kurt** (2020a), s. 200-201; **Turla/Köprülü/Şirin Karaaslan/Yüksel**, s. 157-158.

⁵⁹³ **Gülen Kurt** (2020b), s. 199; **Gülen Kurt** (2020a), s. 32.

⁵⁹⁴ **Gürbüz**, s. 112-113.

⁵⁹⁵ Bkz. **İHAM, İcel Karakoca ve Hüseyin Karakoca-Türkiye Davası**, Başvuru No: 46156/11, T: 21.5.2013; **İHAM, Trocellier-Fransa Davası**, Başvuru No: 75725/01, T: 5.10.2006 (HUDOC Veri Tabanı).

HHY m. 15 hükmünde hastaya verilecek bilgiler belirtilmiştir. Buna göre hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri ile gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir⁵⁹⁶. HHY m. 31 hükmünde de tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirme ve aydınlatma yapılmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır. Esasında her tıbbi müdahalenin taşıdığı risk düzeyi, süreci ve uygulanması farklılık arz ettiği için aydınlatmanın kapsamı konusunda da genel geçerli bir kural koymak mümkün değildir⁵⁹⁷. Bu sebeple her somut tıbbi müdahalenin özelliği ile hastanın anlama yeteneği, sosyal ve psikolojik durumu gibi şahsi nitelikleri göz önünde bulundurularak aydınlatmanın kapsamı belirlenmelidir⁵⁹⁸. Ayrıca müdahalenin gerekliliği, aciliyeti ve riskin ağırlığına göre de aydınlatmanın kapsamı genişleyebilmektedir⁵⁹⁹. Bu bağlamda tıbbi müdahalenin aciliyeti ve gerekliliği azaldıkça, riskin ise ağırlığı arttıkça aydınlatma yükümlülüğünün de kapsamı genişleyecektir⁶⁰⁰. Örneğin, aciliyeti bulunmayan estetik amaçlı müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı geniş iken, ivediliği bulunan tıbbi müdahalelerde daha dardır. Nakil türlerinden örnek verecek olursak risk ağırlığının fazla olduğu kompozit doku nakillerinde aydınlatmanın kapsamı diğer nakillere göre daha geniş olacaktır⁶⁰¹.

ODNK m. 7/a ve 7/b hükümlerinde genel aydınlatma yükümlülüğüne ilave olarak organ ve doku nakillerinde yaşayan vericinin aydınlatılmasının kapsamına ilişkin özel düzenlemeler öngörülmüştür⁶⁰². Kanunkoyucunun vericinin aydınlatılmasının kapsamına ilişkin özel düzenlemeler ihdas etmesinin nedeni; yaşayan kişiden organ ve doku nakillerinde vericinin hasta, yani kendisi bakımından tıbbi zorunluluk gerçekleşmiş bir kişi olmayıp, nakil işleminden hiçbir yararı bulunmamasına karşılık sırf başka bir kişinin

⁵⁹⁶ Ayrıca Türk Tabipler Birliği'nce hazırlanan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26 ncı maddesinde de aydınlatmanın kapsamına ilişkin ayrıntılı düzenleme yer almaktadır. Buna göre hekim, sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi halinde hastalığın yaratacağı sonuçlar ile verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında hastayı aydınlatır. Belirtmek gerekir ki bu düzenleme, yasal bağlayıcılığı bulunan bir düzenleme değildir.

⁵⁹⁷ Gürbüz, s. 121.

⁵⁹⁸ Bayraktar (1972), s. 128; Köksal, s. 81; Ayan, s. 75.

⁵⁹⁹ Gülen Kurt (2020b), s. 205.

⁶⁰⁰ Er, s. 89; Çilingiroğlu, s. 66; Köksal, s. 82.

⁶⁰¹ Gülen Kurt (2020a), s. 102.

⁶⁰² Özar/Halıcı, s. 585; Abik, s. 107.

sağlığına kavuşması için bir süreliğine de olsa sağlığının bozulması ve vücut bütünlüğünün ihlali konusunda belli ölçüde fedakârlık yapan kişi olmasıdır. Anılan düzenlemelerle verici bakımından aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı hem somutlaştırılmış hem de oldukça geniş tutulmuştur⁶⁰³. ODNK m. 7/a uyarınca vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi verilmesi zorunludur. Görüldüğü üzere, verici yalnızca tıbbi müdahale esnasında değil, müdahaleden sonra da organ ve doku almanın sağlığında meydana getirebileceği tehlikeler konusunda aydınlatılmalıdır⁶⁰⁴. Söz gelimi, vericinin bir böbreği nakil amacıyla alınacak ise, tek böbrekle yaşamanın sakıncaları, ileride diğer böbreğinin fonksiyonunu kaybetmesi halinde ortaya çıkabilecek tehlikeler ile bunun neticeleri ve yaşam kalitesini ne derece etkileyeceği hakkında vericiye bilgi verilmelidir. Bunun yanında organ ve doku alımına ilişkin tıbbi müdahale sonrasında vericinin sağlığını koruması için gereken yaşam tarzı ile kullanması gerekli olan ilaçlar ve bunların olası yan etkileri hususunda da bilgilendirilmelidir⁶⁰⁵. Ayrıca verici kendisinden organ ve doku alınmasının tıbbi sonuçlarının yanı sıra psikolojik, ailevi ve sosyal neticeleri hakkında da aydınlatılmalıdır. ODNK m. 7/a hükmünde vericinin uygun bir biçimde ve ayrıntıda bilgilendirilmesi gereğinden bahsedildiği için, yapılacak tıbbi müdahalenin riskinin fazla olduğu durumda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daha da genişleyecektir⁶⁰⁶. Diğer yandan ODNK m. 7/b hükmünde, organ ve doku vermenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında da vericinin aydınlatılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Böylece nakil amacıyla organ ve doku alınmasının, alıcıyı sağlığına kavuşturmaya yönelik vericinin fedakârlığını içeren bir tıbbi müdahale olduğu göz önünde bulundurulacak olursa nakil sonrası alıcıda gerçekleşecek olası iyileşmelerin ve alıcıya sağlanacak faydaların vericiye açıklanması, vericinin kararı üzerinde olumlu etki yaparak nakle teşvik edici nitelikte olacaktır⁶⁰⁷. Ayrıca öğretide vericinin aydınlatılması kapsamında organ ve doku verme kararını etkileyebilecek olan alıcının yaşam tarzı, hastalığının nedeni, iyileşme umudu gibi bilgilerin talep halinde, alıcının da izninin bulunması koşuluyla vericiye verilebileceği haklı olarak savunulmaktadır⁶⁰⁸.

⁶⁰³ Gürbüz, s. 122; Gülen Kurt (2020a), s. 102.

⁶⁰⁴ Gülen Kurt (2020a), s. 102; Akıncı, s. 218.

⁶⁰⁵ Gülen Kurt (2020a), s. 101; Gülen Kurt (2020b), s. 204.

⁶⁰⁶ Bayraktar (1972), s. 190.

⁶⁰⁷ Köksal, s. 88.

⁶⁰⁸ Bkz. Banak, s. 285.

ODNK’da yalnızca vericiye ilişkin aydınlatmanın kapsamı düzenlenmiş olup, alıcı bakımından bu hususa yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Her ne kadar ODNK’da alıcının aydınlatılmasına dair özel bir düzenleme yer almamaktaysa da alıcının da aydınlatılması gerektiğinde bir duraksama bulunmamaktadır. Zira organ ve doku nakillerinde hem alıcının hem de vericinin beden bütünlükleri ihlal edilmektedir⁶⁰⁹. Öğretide organ ve doku nakline yönelik müdahalede tıbbi zorunluluk gerçekleşen ve tek fayda sağlayan tarafın alıcı olduğu gerçeğinden hareketle alıcıya yapılacak aydınlatmanın kapsamının, vericiye yapılacak aydınlatma kadar geniş olmasının gerekmediği, tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin genel kuralların uygulanmasının yeterli olduğu, bu kapsamda örneğin alıcının psişik durumunun bozulmaması için gerçeklerin tüm ayrıntısıyla kendisine söylenmeyebileceği görüşü savunulmuştur⁶¹⁰. Bu görüşe **katılmamaktayız**. Organ ve doku naklinin basit bir tıbbi müdahale olmayıp, yaşamsal riskler barındıran ciddi bir müdahale olması nedeniyle alıcının da geniş ve ayrıntılı şekilde aydınlatılması gerektiğini düşünmekteyiz⁶¹¹. Alıcının tedavi edilmesinin amaçlandığı organ ve doku nakillerinde alıcıyı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, organ ve doku naklinin sağlığına kavuşabilmek için gerekli olduğunun tespiti ve anlatılmasıyla başlar⁶¹². Akabinde alıcı, tıptaki ilerlemeye paralel olarak kendisine uygulanacak organ ve doku nakline yönelik müdahaleye bağlı tıp bilimi ve tecrübelerine göre bilinen ve bilinmesi mümkün olan tüm olası riskler konusunda aydınlatılmalıdır⁶¹³. Alıcının kendisine nakledilecek grefin durumu, naklin başarı şansı, naklin gerçekleşmemesi durumunda karşılaşılabilecek riskler, naklin başarılı şekilde gerçekleşmesi halinde ise bunun yararları, müdahalenin öncesinde kullanılacak ilaçlar ile bunların yan etkileri ve nakil ile geçmesi olası hastalıklar gibi pek çok durum hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir⁶¹⁴. Ayrıca, organ ve doku nakillerinin başarıya ulaşmasında nakil sonrasındaki süreç kritik önemi haiz olduğundan, bu süreçte yapılması ve yapılmaması gerekenler, nakil sonrası kullanılacak ilaçlar ve bunların yan etkileri konusunda da alıcı ayrıntılı olarak aydınlatılmalıdır.

Mevzuatımızda çeşitli saiklerle kabul edilmiş aydınlatma yükümlülüğünün kısmen veya tamamen ortadan kalktığı haller bulunmaktadır. Belirtelim ki, aydınlatma yükümlülüğünün kısmen veya tamamen ortadan kalktığı hallerde gerçekleştirilen tıbbi

⁶⁰⁹ Köksal, s. 86; Ekiz, s. 117.

⁶¹⁰ Bkz. Bayraktar (1972), s. 193.

⁶¹¹ Aynı yönde bkz. Akıncı, s. 217-218; Gürbüz, s. 123; Gözübüyük, s. 84; Gökçen (2000), s. 71.

⁶¹² Gülen Kurt (2020a), s. 101.

⁶¹³ Gülen Kurt (2020a), s. 101; Gülen Kurt (2020b), s. 205.

⁶¹⁴ Gürbüz, s. 123; Akıncı, s. 218.

müdahaleler, geçerli bir rızanın bulunmaması nedenine dayanılarak hukuka aykırı olarak kabul edilemezler.

Aydınlatma yükümlülüğünün kısmen veya tamamen ortadan kalktığı ilk hal, aydınlatmadan vazgeçme olarak adlandırılmaktadır. Gerçekten de HHY m. 20 uyarınca tıbbi müdahale gerçekleştirilecek kişi yazılı kararı bulunmak koşuluyla kendisinin bilgilendirilmemesini, yani aydınlatılmamasını talep edebileceği gibi bu talebini istediği zaman değiştirerek kendisine bilgi verilmesini de isteyebilir. Diğer tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatmadan vazgeçme mümkün iken organ ve doku alımının niteliği ile ODNK hükümleri karşısında vericinin aydınlatmadan vazgeçmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir⁶¹⁵.

İkinci hal, hastanın kendisine tatbik edilmesi düşünülen tıbbi müdahale konusunda herhangi bir nedenle zaten bilgisinin bulunmasıdır⁶¹⁶. Örneğin, hastanın kendisinin de aynı alanda çalışan uzman hekim olması durumunda aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

Üçüncü hal, aydınlatmanın hasta üzerinde olumsuz etkide bulunmasıdır⁶¹⁷. HHY m. 19 hükmünde hastanın manevi yapısı üzerinde olumsuz etki yaparak hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığının seyri ile neticesinin vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması caiz olduğu; böyle bir hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesinin hekimin takdirine bağlı olduğuna yer verilmiştir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/2 hükmünde de hastanın maneviyatı üzerinde fena etki yaparak hastalığının artması olasılığı bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiği, bununla birlikte hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygun olduğu düzenlenmiştir. Esasında anılan düzenlemeler tedaviye zarar verme ihtimali olan bilgilendirmenin yapılmamasının uygun olduğunu ve hastayı ölüme götüren, tedavisi olmayan hastalıkların açıklanmasının gerekli olmadığını belirtmektedir⁶¹⁸. Bununla birlikte öğretide haklı olarak anılan hükümlerin organ ve doku naklinde uygulanamayacağı, zira organ ve doku nakli gibi önemli bir tıbbi müdahaleye maruz kalacak gerek verici gerekse alıcının hangi koşul altında olursa

⁶¹⁵ Köksal, s. 87.

⁶¹⁶ Gülen Kurt (2020b), s. 205; Çilingiroğlu, s. 68.

⁶¹⁷ Battal, Ayşenur (2012) 'Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti', (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 25; Demirsoy Aşıkoğlu, s. 322.

⁶¹⁸ Hakeri (2016), s. 218; Bayraktar (1972), s. 126.

olsun gerçeği tüm açıklığı ve ayrıntısıyla bilerek rıza hususunda karar vermesi gerektiği, aksi takdirde gerçekleştirilen rıza açıklamalarının geçersiz ve müdahalenin de hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir⁶¹⁹.

Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı son hal ise, bilinci kapalı olup, acil müdahalede bulunulmasında hastanın üstün yararının varlığıdır⁶²⁰. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 8 uyarınca, acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgilinin sağlığı için gerekli olan tıbbi müdahale derhal yapılabilir. HHY m. 24/7 hükmüne göre de *“Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”* Görüldüğü üzere hastaya tıbbi müdahalede bulunulmadığı zaman hayatını veya bir organını kaybetmesi ya da organın işlevini ifa edemez hale gelmesi gibi çok ağır sonuçlarla karşılaşılması söz konusu olacaksa aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilecektir⁶²¹.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan hekimdir⁶²². HHY m. 18/2 uyarınca hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mesleği mensubunca müdahale konusunda bizzat bilgilendirilmelidir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mesleği mensubunun farklı olmasını gerektiren hallerde, bu duruma dair hastaya açıklama yapılarak bilgilendirme başka bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilir. Tıbbi müdahale birden çok aşamadan oluşuyorsa ve bu aşamalar farklı hekimler tarafından gerçekleştirilecekse, her hekim müdahalenin kendisi tarafından gerçekleştirilecek kısmı ile alakalı olarak kendi uzmanlık alanında hastayı aydınlatmakla yükümlüdür⁶²³. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için herhangi bir talep gerekmemekte olup, hekim re’sen bu yükümlülüğü

⁶¹⁹ Gökçen (2000), s. 71; Akıncı, s. 219.

⁶²⁰ Gülen Kurt (2020b), s. 205; Demirsoy Aşıkoğlu, s. 322.

⁶²¹ Demirsoy Aşıkoğlu, s. 322.

⁶²² Hakeri (2016), s. 208; Gürbüz, s. 117; Battal, s. 125.

⁶²³ Gürbüz, s. 117; Karakaya, s. 191.

yerine getirmelidir⁶²⁴. Organ ve doku nakillerinde ise aydınlatma yükümlüsü ODNK m. 7’de belirtildiği üzere organ ve dokuyu alacak hekimdir. ODNK m. 6 hükmü karşısında organ ve dokuyu alacak, yani aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek hekimle verici tarafından imzalanan rızaya ilişkin tutanağı onaylayan hekimin aynı olması gerekmektedir. Kısacası vericiyi aydınlatan, aydınlatmadan sonra rızasına ilişkin tutanağı onaylayıp organ ve doku alımına ilişkin müdahaleyi gerçekleştiren hekim, kural olarak aynı hekim olmalıdır⁶²⁵. Naklin birden çok hekim tarafından gerçekleştirildiği hallerde bir hekim tarafından yapılacak aydınlatma diğer hekimlerce yapılması gereken aydınlatmayı da konu itibarıyla kapsadığı için bu hekimlerden birisi tarafından yapılan aydınlatma, yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli kabul edilmektedir⁶²⁶. Belirtmek gerekir ki, hekimin ilgiliyi aydınlatabilmesi için öncelikle kendisinin vaka ve tıbbi müdahale hususunda yeterince aydınlanmış olması gerekmektedir⁶²⁷. Bu kapsamda ODNK m. 9 gereğince müdahaleden evvel verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için mevcut olabilecek riskleri azaltmak maksadıyla yapılan tıbbi inceleme ve tahliller ile bunların sonucunun saptandığı olurluluk raporu, vaka ve tıbbi müdahale hususunda hekime yeterince aydınlanma ve bilgi sahibi olma imkânı sunmaktadır⁶²⁸.

Aydınlatılması gereken kişi, kural olarak tıbbi müdahalede bulunulacak kişidir. Zira tıbbi müdahaleye rıza, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁶²⁹. Bununla birlikte tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin rıza ehliyetinin bulunmaması halinde, örneğin ayırt etme gücü yoksa ya da bilinci kapalı ise rıza göstermeye yetkili olan yasal temsilcisi veya yakını aydınlatılmalıdır⁶³⁰. Yaşayan bir kimseden organ ve doku naklinde her iki tarafın da beden bütünlüğü ihlal edildiğinden hem alıcının hem de vericinin aydınlatılması gerekmektedir⁶³¹. ODNK m. 5 uyarınca bir kimsenin kendisinden nakil amacıyla organ veya doku alınabilmesine rıza gösterebilmesi için hem on sekiz yaşını tamamlamış hem de ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğinden, kişinin bu iki koşuldan birini taşınamaması halinde organ ve dokusunun alınması mutlak anlamda yasak olduğu için yasal temsilcisinin veya yakınının aydınlatılması yoluna da gidilemez⁶³². Zira bir kimse on sekiz yaşını tamamlamamış veya

⁶²⁴ **Hakeri** (2016), s. 208; **Gülen Kurt** (2020b), s. 205.

⁶²⁵ **Gürbüz**, s. 118.

⁶²⁶ **Çilingiroğlu**, s. 70; **Gürbüz**, s. 118.

⁶²⁷ **Özar/Halıcı**, s. 585.

⁶²⁸ **Gökçen** (2000), s. 69; **Özar/Halıcı**, s. 585.

⁶²⁹ **Demirsoy Aşıkoğlu**, s. 323; **Ekiz**, s. 124; **Gülen Kurt** (2020a), s. 36.

⁶³⁰ **Hakeri** (2016), s. 209; **Demirsoy Aşıkoğlu**, s. 322.

⁶³¹ **Parlak**, s. 204; **Ekiz**, s. 117.

⁶³² **Gürbüz**, s. 118.

ayırt etme gücünden yoksun ise organ veya dokularının nakil amacıyla alınmasına geçerli şekilde rıza gösteremeyeceği gibi yasal temsilcisi veya yakını da bu hususta rızaya ehil değildir. O halde organ ve doku naklinde on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan verici rızaya ehil olduğu için kendisinin bizzat aydınlatılması gerekirken, bu iki koşuldan birine sahip olmaması, yani rızaya ehil olmaması halinde yasal temsilcisinin rızasıyla da kendisinden organ ve doku alınamayacağından, bu halde ne kendisinin ne de yasal temsilcisinin aydınlatılması mümkündür. Fakat on sekiz yaşını tamamlamamış hatta mümeyyiz olmayan bir kimseye de organ ve doku nakledilebileceği için, alıcının ergin veya mümeyyiz olmaması ya da kısıtlı olması halinde rıza beyanında bulunmaya ehil olan yasal temsilcisinin aydınlatılması gerekmektedir⁶³³. Zira böyle bir durumda yasal temsilcisinin rızasıyla alıcıya organ ve doku nakli gerçekleştirilebilmektedir. Rıza açıklamasına ehil olan yasal temsilcinin aydınlatılmaması halinde rızası geçersiz olacağından, alıcıya yapılan nakil de hukuka aykırı hale gelecektir. Öte yandan rızaya ehil olmayan alıcı ayırt etme gücüne sahipse, yasal temsilcisinin yanı sıra kendisinin de aydınlatılması gerekmektedir⁶³⁴.

ODNK'nın hekime yüklediği yükümlülüklerden biri de vericinin evli olması durumunda, organ ve doku verme kararından birlikte yaşadığı eşinin haberinin olup olmadığını araştırarak saptamaktır. Burada, hekime vericinin rızasının yanında birlikte yaşadığı eşinin de rızasını alma yükümlülüğü yüklenmemekte, yalnızca eşin organ ve doku verme kararından haberinin olup olmadığını araştırma zorunluluğu yüklenmektedir. ODNK organ ve doku alınmasını vericinin birlikte yaşadığı eşinin rızasına tabi tutmadığı için hekimin vericinin birlikte yaşadığı eşini aydınlatma yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁶³⁵.

Aydınlatma yükümlülüğünün şekline dair mevzuatta genel geçerli bir düzenleme bulunmadığından, ilgili yazılı veya sözlü şekilde aydınlatılabilir⁶³⁶. Hekime ispat kolaylığı sağlaması bakımından aydınlatmanın yazılı yapılması faydalı olsa da yazılı aydınlatmalarda matbu formların kullanılması durumunda, bu formlar tek başına aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirildiğini ispatlamaya yetmeyecektir⁶³⁷. Matbu formlar kullanılmak suretiyle yapılan yazılı aydınlatmanın ilgilisi tarafından anlaşılmama riski bulunmaktadır ki, aydınlatmadan beklenen maksadın hâsıl olabilmesi için kişisel olması ve ilgilisi tarafından

⁶³³ **Özsunay, Ergün** (1983) 'Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları', Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, s. 51; **Gürbüz**, s. 118.

⁶³⁴ **Hakeri** (2016), s. 208.

⁶³⁵ **Gülen Kurt** (2020a), s. 103; **Gürbüz**, s. 119.

⁶³⁶ **Demirsoy Aşıkoğlu**, s. 322; **Battal**, s. 24..

⁶³⁷ **Gülen Kurt** (2020b), s. 209.

tıbbi müdahalenin olası tehlikeleri ile olumlu ve olumsuz tüm yönlerinin anlaşılıp idrak edilebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla aydınlatma, ilgilinin bilgilendirme formunu imzalamasını temin etmekten çok daha öte bir anlam taşımaktadır⁶³⁸. Bu sebeple aydınlatmanın mahiyetine en uygun düşen yöntemin sözlü aydınlatma olduğu ifade edilmektedir⁶³⁹. Bu sayede hekim, diyalog yoluyla hastanın tıbbi müdahale hususundaki kişisel beklentilerini ve korkularını somut şekilde belirleyerek, ilgilinin rıza hususunda doğru karara varabilmesi için bu beklenti ve korkularına göre kendisi için daha çok önem arz eden ve kararına etki edebilecek, özellikle korkularını gidermesine yardımcı olacak konuları detaylandırıp anlatma imkânı bulacak; buna karşın ilgili de bu süreçte hekim hakkında bizzat kanaat sahibi olacak ve ona güven duymasını sağlayacaktır⁶⁴⁰. Sözlü aydınlatmada ispat sorunu yaşanmaması bakımından sözlü aydınlatma esnasında ikinci bir hekim ya da hemşirenin de tanık olarak hazır bulundurulması ve bu kişilerin hazır bulundurulduğunun hasta kâğıdında belirtilmesinin faydalı olacağı savunulmuştur⁶⁴¹. Belirtelim ki, sözlü aydınlatma, yazılı aydınlatma yapılmasına engel değildir. Diğer bir ifadeyle yazılı ve sözlü aydınlatmanın bir arada yapılması da mümkün olup, hatta *kanaatimce* bu şekilde yapılacak aydınlatma daha faydalı olacaktır. Yaşayan kimseden organ ve doku naklinde ODNK'da vericinin rızasının şekline dair düzenleme bulunmakla birlikte aydınlatmanın şekline ilişkin hükme yer verilmemiştir. İfade etmek gerekir ki, ODNK m. 6'da yer alan rızanın şekline ilişkin düzenlemenin, aydınlatma yükümlülüğünde de uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşmak mümkün değildir⁶⁴². Dolayısıyla organ ve doku nakillerinde de aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından bir şekil şartı öngörülmediğini söyleyebiliriz.

Aydınlatmanın gayesi, kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceği hususunda karar verebilmesi için özgür iradesinin oluşmasını sağlamak olduğundan, aydınlatma ilgili tarafından anlaşılır olmalıdır. Zira bilginin sunulması ve anlaşılmasını içeren iki taraflı bir mekanizma olan aydınlatmada esas önem arz eden husus bilgi aktarımı değil, ilgilinin kendisine aktarılan bilgileri anlamasıdır⁶⁴³. Nitekim kanunkoyucu bu durumu dikkate alarak HHY m. 18/1'de bilginin, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve kuşkuyla yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verileceğini düzenleme altına almıştır. Hekim, hastanın anlama sürecini kolaylaştırmalı,

⁶³⁸ **Hakeri** (2016), s. 213.

⁶³⁹ **Özsunay**, s. 54; **Gürbüz**, s. 116.

⁶⁴⁰ **Hakeri** (2016), s. 213.

⁶⁴¹ **Gürbüz**, s. 116.

⁶⁴² Aynı yönde bkz. **Hakeri** (2016), s. 212-213; **Gürbüz**, s. 116.

⁶⁴³ **Gülen Kurt** (2020b), s. 209; **Gülen Kurt** (2020a), s. 104.

herhangi bir engeli bulunan hasta ile durumuna uygun şekilde iletişim kurmalı ve hasta yabancı ise aktardığı bilgileri anlamasını sağlamak için tercüman bulundurmalıdır⁶⁴⁴. Hekim organ ve doku nakliyle ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, tıbbi terim ve deyimler kullanmaktan kaçınmalı, verici ve alıcının anlayabileceği dili tercih etmelidir⁶⁴⁵. Zira tıbbi eğitim almamış kişilerin organ veya doku alınması ve nakli öncesi, sırası ve sonrasında; teşhis, müdahale ve tedaviyle ilgili olası tehlikeler ile alternatif tedavi yöntemleri gibi teknik hususlarda tıbbi terimler kullanılarak aydınlatılmaları ve bilgi sahibi olmaları çok güçtür⁶⁴⁶.

Aydınlatmanın yapılacağı yerin, kişinin mahremiyet ve özerklik hakkını ihlal etmeyecek biçimde belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁴⁷. Nitekim HHY m. 18/6'da bilgilendirmenin uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirileceği zaman hususunda kesin bir kural koymak mümkün değildir. Keza HHY m. 18/5 hükmünde de aydınlatmanın, acil durumlar dışında hastaya makul süre tanınarak yapılacağı belirtilmiştir. ODNK'da ise aydınlatmanın zamanına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Aydınlatmanın mahiyeti ve amacı göz önünde bulundurulduğunda doğal olarak tıbbi müdahaleden önce yapılması gerekmektedir⁶⁴⁸. Ayrıca aydınlatmanın yerine getirileceği zaman; tıbbi müdahalenin türü, ivediliği, gerekliliği ve riskinin ağırlığı da dikkate alınarak ilgilinin anlaması, düşünmesi ve seçenekleri değerlendirmesi için aydınlatmayla rıza arasında uygun bir süre olacak şekilde her somut olaydaki koşullara göre belirlenmelidir⁶⁴⁹. Aydınlatma ne çok erken ne de çok geç yapılmalı, acil durumlar haricinde ilgilide serbest iradesinin oluşumunu olumsuz etkileyecek şekilde bir an evvel karar vermesi baskısı yaratmamalıdır⁶⁵⁰. Organ ve doku nakilleri özelinde ileride değinileceği üzere HHY m. 24/7'de belirtilen istisnaî durumların vuku bulması halinde alıcının rızasına gerek bulunmaksızın naklin gerçekleştirilebilmesi mümkün olsa da verici bakımından kendisinden organ ve doku alınabilmesi için mutlaka geçerli rızası bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, vericinin rızası bulunmaksızın hiçbir koşulda organ ve dokusu alınamaz; aksi takdirde organ ve doku alımı hukuka aykırı olur. Dolayısıyla, vericiye tıbbi müdahalenin yararları ve muhtemel tehlikelerini tüm yönleriyle ölçebileceği, istişare etmek için

⁶⁴⁴ **Gülen Kurt** (2020b), s. 209; **Gülen Kurt** (2020a), s. 104.

⁶⁴⁵ **Özar/Halıcı**, s. 586; **Ekiz**, s. 116; **Battal**, s. 33.

⁶⁴⁶ **Köksal**, s. 89-90; **Ekiz**, s. 116.

⁶⁴⁷ **Gülen Kurt** (2020b), s. 209; **Gülen Kurt** (2020a), s. 103.

⁶⁴⁸ **Gülen Kurt** (2020b), s. 209; **Battal**, s. 34.

⁶⁴⁹ **Demirsoy Aşıkoğlu**, s. 322; **Gürbüz**, s. 117; **Gülen Kurt** (2020b), s. 209.

⁶⁵⁰ **Hakeri** (2016), s. 210; **Battal**, s. 34.

yakınlarıyla görüşme fırsatı bulabileceği, müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda özgürce iradesini oluşturarak kendisi hakkında en doğru kararı alabileceği bir zaman tanınmalıdır⁶⁵¹.

Özetlemek gerekirse, organ ve doku nakli işlemlerinde hem alıcının hem de vericinin tıbbi müdahalenin faydaları, olası sonuç ve riskleri, naklin gerekliliği, müdahale sonrasında ortaya çıkabilecek olumsuzluklar ve sağlıklarını korumak için gerekli yaşam tarzı, kullanacakları ilaçlar ile bunların yan etkileri gibi konularda kültür seviyelerine uygun şekilde anlaşılır dilde aydınlatılması gerekmektedir⁶⁵². Aydınlatma yükümlülüğü hiç veya kişinin müdahale konusunda özgür iradesiyle karar almasını sağlayacak şekilde, yani gerektiği gibi yerine getirilmeksizin rızası alınmışsa, bu rıza hukuken geçersiz olacağından, gerçekleştirilen organ ve doku alımı da ileride görüleceği üzere TCK m. 91/1 kapsamında suç teşkil edecektir⁶⁵³. ODNK m. 7’de aydınlatmanın kapsamına dair ilave hükümler yer almakla birlikte, aydınlatmanın zamanı ve şekli gibi aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yukarıda izah edilen genel esaslar mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde organ ve doku nakillerinde de uygulama alanı bulacaktır⁶⁵⁴.

2.4.1.4.Rızaya İlişkin Özgür İrade Beyanının Bulunması

ODNK m. 6’da rızanın geçerli olabilmesi için “*bilinçli ve tesirden uzak*” olması gerektiği belirtilmiştir. Vericinin yazılı rızasını onaylayacak olan hekim, rızanın bilinçli ve tesirden uzak olup olmadığını göz önünde bulundurmalı; bilinçsiz ve tesir altında verildiğini saptadığı rıza açıklamasını onaylamayarak organ ve doku alımını gerçekleştirmemelidir⁶⁵⁵. Buradaki bilinçlilikten kasıt; kişinin organ veya doku vericisi olmanın anlamını ve neticelerini algılayıp idrak edebilmesidir⁶⁵⁶. Bilinçlilik, kişinin neye rıza gösterdiğini tam olarak bilmesini ve anlamasını gerektirdiğinden, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmiş olmasıyla sıkı ilişki içerisinde⁶⁵⁷. Dolayısıyla vericinin yeterince aydınlatılmaması halinde rızasının özgür iradesine dayandığından ve bilinçli olduğundan söz edilemeyecektir.

⁶⁵¹ Özar/Halıcı, s. 586-587; Gökçen (2000), s. 71; Gürbüz, s. 117.

⁶⁵² Köksal, s. 90; Toroslu (1978), s. 101-102.

⁶⁵³ Özar/Halıcı, s. 585.

⁶⁵⁴ Köksal, s. 90.

⁶⁵⁵ Gürbüz, s. 131; Ekiz, s. 126.

⁶⁵⁶ Cihan, Ali Hulki (2015) ‘Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar’, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 90; Gülen Kurt (2020a), s. 37.

⁶⁵⁷ Gülen Kurt (2020a), s. 37; Gürbüz, s. 129.

Vericinin geçerli rızasından bahsedebilmek için, rızasının özgür iradesine dayanması gerekmektedir⁶⁵⁸. Başka bir anlatımla, vericinin rızası irade sakatlığı halleri olan yanıltma, aldatma ve korkutma ile sakatlanmamış olmalıdır⁶⁵⁹. Aksi takdirde geçerli rızanın varlığından bahsedilemez. Aldatma ve yanıltma daha çok hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumlarında ortaya çıkmaktadır⁶⁶⁰. Örneğin, organ ve dokuyu alacak hekim acil organ nakli bekleyen kendi yakınına organ temin edebilmek amacıyla aslında öyle olmamasına rağmen cerrahi operasyonun çok kolay geçeceğini, hiçbir tehlikesinin olmadığını, operasyon sonrası ayağa kalkma süresinin çok kısa olacağını, hatta daha da sağlıklı olacağını, gerek ameliyat esnasında gerekse sonrasında hiçbir olumsuzluk ve riskle karşılaşmayacağını söyleyerek vericiyi ikna etmek suretiyle organının alınmasına rıza göstermesini sağlamış ise, vericinin rızası özgür iradesinden ziyade hekimin aldatmasına dayandığından geçersiz olacaktır⁶⁶¹. Zira verici, hekim tarafından doğru ve eksiksiz olarak aydınlatılsaydı, organ alımına rıza göstermeyecekti.

Yaşayan kişiden organ ve doku naklinin akrabalar arasında gerçekleştirilmesi durumunda, vericinin organ ve dokusunun alınmasına aile baskısı altında rıza gösterip göstermediğine özellikle dikkat edilmelidir⁶⁶².

İfade edelim ki, organ ve doku naklinde ticaret yasağı ile vericinin rızasının özgür iradesine dayanması arasında da illiyet bulunmaktadır. Zira vericinin kendisinden organ veya doku alımı için gösterdiği rızanın geçerli olabilmesi için karşılığında ticari bir amaç gütmemesi, bir insanın hayatını kurtarma ve sağlığına kavuşturma şeklinde tamamen diğerkâmlığa dayanan insancıl bir amaç gütmesi gerekmektedir⁶⁶³. Aksi takdirde, yani verici, bedel veya başkaca çıkar karşılığında ya da alıcının hayatını kurtarma veya iyileştirilmesi şeklindeki insancıl amaca uymayan bir düşünce ile organ veya dokusunun alınmasına rıza göstermiş ise bu rıza geçersiz olacaktır. Nitekim ODNK m. 7/e hükmünde “*Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*” organ ve doku alacak hekimin yükümlülüğü olarak belirtilmiştir.

⁶⁵⁸ Bayraktar (1972), s. 191; Erpek, s. 60.

⁶⁵⁹ Özbilen, s. 287; Erpek, s. 60; Er, s. 83.

⁶⁶⁰ Çilingiroğlu, s. 75; Gürbüz, s. 129.

⁶⁶¹ Gürbüz, s. 129-130.

⁶⁶² Gözübüyük, s. 83.

⁶⁶³ Çilingiroğlu, s. 77; Toroslu (1978), s. 101.

2.4.1.5.Rızanın Şekil Şartına Uygun Olması

HHY m. 28/1 uyarınca, mevzuatın öngördüğü istisnalar haricinde, tıbbi müdahaleler için gerekli olan rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Böylece aksi öngörülmedikçe rıza beyanı için şekil serbestisi geçerli olacaktır. 1219 sayılı Kanun m. 70 hükmünde yer alan büyük cerrahi ameliyatlar için gereken rızanın yazılı şekle tabi olacağına dair düzenlemenin mefhum-u muhalifinden büyük sayılmayan cerrahi ameliyatlar için gerekli olan rızanın yazılı şekilde olmasının gerekmediği anlaşılmaktadır.

Diğer tıbbi müdahalelerin aksine yaşayan kişilerden yapılacak nakillerde, vericinin bir yararı bulunmayıp sadece alıcının yararı gözetildiğinden, vericiden organ ve doku alınmasına yönelik rızanın hukuken geçerliliği birtakım şekil koşullarını taşımasına bağlanmıştır⁶⁶⁴. Yaşayan vericiden organ ve doku naklinde şekil şartı, bedeninde gerçekleştirilecek olup büyük riskleri haiz tıbbi müdahaleyle vücudundan bir parçası eksilecek olan vericiye, bu müdahaleye ilişkin iradesini yeniden gözden geçirip değerlendirmesi ve sağlıklı karar verebilmesine olanak tanıyan önemli bir vasıta⁶⁶⁵.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 19/2 hükmünde yaşayan vericiden organ ve doku alınabilmesi için rızanın hangi şekilde verilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Buna göre rıza, açıkça ve özel olarak, yazılı şekilde ya da resmi bir makam önünde verilmiş olmalıdır. Bu şekle uygun verilmeyen rıza, hukuken geçersiz kabul edileceğinden, organ ve doku alımı da hukuka aykırı hale gelecektir. Açıklıktan kasıt; hangi organ veya dokunun alınmasına izin verildiğinin belirlenmesi olduğundan, vericinin özel bir şekilde belirleme yapmaksızın kendisinden organ veya doku alınabileceğine yönelik vermiş olduğu genel rızası hukuken geçerli kabul edilmeyecektir⁶⁶⁶. Ayrıca Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda resmi makamdan kastın da, mahkeme ve noter olduğu belirtilmiştir⁶⁶⁷.

ODNK hükümlerine bakıldığında ise, yaşayan vericiden organ veya doku alınabilmesine yönelik rıza, 6 ncı maddede özel bir şekle bağlı tutulmuştur. Buna göre, rıza ehliyetini haiz bir kişiden organ veya doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından

⁶⁶⁴ **Gülen Kurt** (2020a), s. 37; **Toroslu** (1978), s. 101.

⁶⁶⁵ **Gürbüz**, s. 124-125.

⁶⁶⁶ **Badur**, s. 202; **Gülen Kurt** (2020a), s. 37.

⁶⁶⁷ **Gülen Kurt** (2020a), s. 37.

onaylanması zorunludur. Anılan hükümde vericinin rızasının geçerli olabilmesi için iki farklı şekilde açıklanmasına imkân tanınmıştır. Bu imkânlardan ilki; vericinin en az iki tanık huzurunda önceden verilmiş yazılı ve imzalı tutanağının hekim tarafından onaylanmasıdır. ODNK m. 6'da yazının vericinin eli ürünü olması koşulu aranmadığı için, burada belirtilen yazılılık sadece vericinin el yazısını ifade etmeyip, bilgisayar ya da daktilo gibi bir alet vasıtasıyla önceden hazırlanmış yazıyı da kapsamaktadır⁶⁶⁸. Yazılı tutanağın verici tarafından imzalanması gerekmektedir. Ayrıca yazılı ve imzalı tutanak en az iki tanık huzurunda verilmelidir. ODNK'da rızanın geçerliliği için tanıkların yazıyı imzalaması şartı aranmamakla birlikte imzalarının bulunmasının ispat kolaylığı sağlayacağı ifade edilmektedir⁶⁶⁹. Son olarak, tutanak hekim tarafından onaylanmalıdır. İkinci imkân ise; vericinin en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmasıdır. Burada ilk imkândan farklı olarak rızaya ilişkin verici tarafından önceden hazırlanmış bir yazı olmadığından, en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edilen hususlar verici dışındaki bir kişi tarafından yazıya geçirilmekte ve fakat verici tarafından imzalanmaktadır⁶⁷⁰. Esasen verici rızasını sözlü olarak açıklamış olsa da tutanağa geçirilip imzalandığı için, rıza yine yazılı kabul edilmelidir⁶⁷¹. Tutanağın en az iki tanık huzurunda tanzim edilmesi şarttır⁶⁷². ODNK m. 6'da tanıkların ehliyetine dair bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte öğretide vericinin rıza ehliyetine ilişkin ODNK m. 5 hükmünün kıyasen uygulanarak tanıkların da mümeyyiz ve on sekiz yaşını doldurmuş olması gerektiği görüşü dile getirilmiştir⁶⁷³. *Kanaatimizce* bu görüş **isabetli değildir**. Zira kanunun aramadığı bir şartı, aralarında bir iltisak bulunmamasına rağmen vericinin rıza ehliyetine dair hükmü kıyasen uygulamak suretiyle tanıklarda da aramak kanunun ruhuna aykırıdır. Zira isteseydi kanunkoyucu bu hususu düzenleyebilirdi. Bu nedenle bir kimsenin tanık olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Ayrıca ilk imkânda olduğu gibi, burada da rızanın hukuken geçerli olabilmesi için hekim tarafından onaylanması zorunludur. Hekimin onayından kasıt; vericinin imzasının altına hekimin el yazısıyla onay şerhi vermesi ve imzalamasıdır⁶⁷⁴. Kısaca, hekimin onayı da yazılı şekle tabidir. ODNK'da onay yapacak hekimin kim olduğu belirtilmemiştir. Böylesine önemli bir konuda kanunla belirleme yapılmaması değişik uygulamalara kapı aralayacağı ileri

⁶⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 252; Abik, s. 114; Özar/Halıcı, s. 588.

⁶⁶⁹ Kılıçoğlu, s. 252; Abik, s. 115.

⁶⁷⁰ Kılıçoğlu, s. 253; Gürbüz, s. 125.

⁶⁷¹ Gökçen (2000), s. 68; Özar/Halıcı, s. 588.

⁶⁷² Bayraktar (1979), s. 17.

⁶⁷³ Taşkın, s. 106.

⁶⁷⁴ Parlak, s. 208; Abik, s. 115.

sürülerek eleştirilmektedir⁶⁷⁵. *Öğretide bizim de katıldığımız görüş*; onay anında vericinin bilinçli ve tesirden uzak olup olmadığını tespit edebilmesi için hekimin belirli bir bilgi düzeyine sahip olması gerektiğinden, tutanağı onaylayacak hekimin organ ve dokuyu alacak hekim olması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁷⁶.

Rıza ehliyetine sahip olmakla birlikte okuma yazma bilmeyen veya imza atamayacak durumda olan vericilerin ikinci imkândan yararlanabileceklerini ve imza kavramının geniş yorumlanarak tutanağa parmak basmalarının imza yerine geçeceğini kabul etmek gerekmektedir⁶⁷⁷. Aksi takdirde, on sekiz yaşını tamamlamış ve mümeyyiz olan ancak okuma yazması olmayan bir kişinin böbreğinden birini kardeşine bağışlamak istemesi halinde imza atamadığı için sırf bu sebeple organ alınmasına göstereceği rızayı kabul etmemek ODNK'nın amacına aykırı olacaktır⁶⁷⁸.

İfade etmek gerekir ki, ODNK m. 6'da belirtilen şekle uygun verilmeyen rıza, hukuken geçersiz kabul edileceğinden, organ ve doku alımı da hukuka aykırı hale gelecektir⁶⁷⁹.

ODNK m. 2/2 hükmüyle saç ve deri alınması, aşılansması ve nakli ile kan transfüzyonu Kanunun kapsamı dışında bırakıldığından, bunlara ilişkin rızanın ODNK m. 6'da belirtilen şekilde verilmiş olması gerekmez⁶⁸⁰.

ODNK'dan sonraki tarihte yürürlüğe giren TMK m. 23/3'te yer alan insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılansması ve naklinin yazılı rıza ile mümkün olduğuna dair düzenlemenin ODNK'nın rızanın şekline ilişkin düzenlemeyi yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı öğretide tartışılmaktadır. *Bir görüşe göre*, vericinin rızasının şekline ilişkin ODNK m. 6 hükmü, daha yeni tarihli olan TMK m. 23/3 hükmüyle değiştirilmiş olup, iki tanık huzurunda sözlü olarak beyan edilen rızanın hekim tarafından onaylanması, rızanın şekil

⁶⁷⁵ Bayraktar (1979), s. 17.

⁶⁷⁶ Taşkın, s. 102; Parlak, s. 208; Abik, s. 115; Gürbüz ise, tutanağı onaylayacak hekimin, vericiye aydınlatmada bulunan hekim olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Gürbüz, s. 126; Belirtmek gerekir ki, vericiye aydınlatmada bulunacak hekim, organ ve dokuyu alacak hekim olduğundan esasen tutanağı onaylayacak hekim bakımından aynı sonuca varılmaktadır; Mermut, tutanağın hekim huzurunda imzalanmasının gerekip gerekmediğinin ODNK m. 6 metninden tam olarak anlaşılamamakla birlikte vericinin rızasının sıkı şekil koşullarına bağlanmış olması karşısında, rıza beyanının hekim huzurunda tutanağa geçirilmesi gerektiğini, aksini kabulün vericiyi koruma gayesi taşıyan ODNK m. 6 hükmüne aykırı bir tutum olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Mermut, s. 1466.

⁶⁷⁷ Mermut, s. 1466; Akıncı, s. 181-182.

⁶⁷⁸ Akıncı, s. 181-182.

⁶⁷⁹ Erpek, s. 83; Buna karşılık aksi görüşte olan Gözübüyük, vericinin rızasına ilişkin şekil şartlarını geçerlilik şartı kabul etmediğinden, şekle aykırılık durumunda organ ve doku alımı fiilinin hukuka aykırı hale gelmeyeceğini savunmaktadır. Bkz. Gözübüyük, s. 88.

⁶⁸⁰ Abik, s. 114.

yönünden geçerliliği için yeterli olmamaktadır; zira rıza artık sadece yazılı olarak açıklanabilir⁶⁸¹. Buna karşılık *bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre ise*, ODNK m. 6 hükmünde TMK m. 23/3'ten farklı olarak belirli koşullar altında vericinin sözlü olarak rızasını açıklamasına imkân tanındığından, iki hüküm arasında çelişki bulunmamakta, aksine iki hüküm uygulama alanları itibarıyla birbirini tamamlamaktadır⁶⁸². Bu sebeple TMK m. 23/3 hükmünün ODNK m. 6'yı yürürlükten kaldırdığı kabul edilemez.

ODNK ile İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin rızanın şekline ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde rızanın geçerli olabilmesi için tanık şartı aranmazken ODNK'da en az iki tanık koşuluna yer verilmiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde resmi makamlar olan mahkeme veya noter önünde rızanın açıklanması seçeneği mevcut iken, ODNK'da böyle bir olanak bulunmamaktadır. Netice olarak, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine kıyasla ODNK'nın rızanın şekli hususunda daha ağır şartlar aradığı söylenebilir⁶⁸³. *Kanaatimizce* her ne kadar taraf olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası olsa da ODNK'nın vericinin rızasına ilişkin hükümleri daha fazla koruma önlemi getirdiğinden, Sözleşmenin 27 nci maddesi uyarınca rızanın şekli hususunda ODNK hükümleri uygulanacaktır.

2.4.1.6. Rızanın Zamanında Açıklanmış Olması

Tıbbi müdahalelerde rıza açıklaması, kural olarak müdahale yapılmadan evvel ya da en geç müdahalenin yapıldığı sırada gerçekleştirilmelidir⁶⁸⁴. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden sonra yapılan rıza açıklaması özel hukuk bakımından tazminat sorumluluğunu kaldırsa da ceza sorumluluğu açısından müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir⁶⁸⁵.

Yaşayan kişiden nakil amacıyla organ ve doku alınmasında ise verici rızasını mutlaka tıbbi müdahaleden önce açıklamalıdır⁶⁸⁶. Nitekim ODNK m. 6'da rıza ehliyetine sahip bir kimseden organ ve doku alınabilmesi için vericinin “*önceden verilmiş*” rızasının bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak yaşayan

⁶⁸¹ Dural/Öğüz, s. 108; Gülen Kurt (2020a), s. 37; Banak, s. 284; Er, s. 102.

⁶⁸² Parlak, s. 208; Kılıçoğlu, s. 253; Çilingiroğlu, s. 74; Abik, s. 116; Akıncı, s. 181.

⁶⁸³ Gürbüz, s. 127.

⁶⁸⁴ Çilingiroğlu, s. 53; Hakeri (2016), s. 227.

⁶⁸⁵ Hakeri (2016), s. 227; Aygörmez, s. 161.

⁶⁸⁶ Gözübüyük, s. 88; Mermut, s. 1466; Gürbüz, s. 128.

kişiden organ ve doku alınmasında verici, tıbbi müdahale sırasında rıza gösteremeyecektir⁶⁸⁷. Dolayısıyla organ ve doku alınmasına ilişkin tıbbi müdahale sırasında ya da müdahalenin sonrasında verilen rıza geçersiz olacaktır⁶⁸⁸.

Gerek ODNK’da gerekse diğer düzenlemelerde rızanın tıbbi müdahaleden ne kadar süre önce beyan edilmesi gerektiğine dair tam bir netlik bulunmamaktadır⁶⁸⁹. Organ ve doku nakli bakımından düşünüldüğünde, vericinin düşüncesini almak isteyeceği yakınları ile istişare edebileceği ve bir başka kişinin sağlığına kavuşması için fedakârlık yaparak vücudundan bir parçanın alınmasına razı olma konusunda her türlü baskıdan uzak olarak özgürce karar verebileceği makul bir süre olmalıdır⁶⁹⁰.

Yaşayan vericinin nakil amacıyla kendisinden organ ve doku alınmasına yönelik rızasının özgür iradesine dayanması gereğinin bir sonucu olarak; organ ve dokusunun alınmasına rıza gösteren verici, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bu rızasını organ ve doku alımına yönelik tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada geri alabilir⁶⁹¹. Kendisinden organ ve doku alınmasına rıza gösteren kişi, bu rızasını geri almasından itibaren gerçekleştirilen fiiller ve tıbbi müdahale hukuken geçerli rızaya dayanmadığı için, hukuka aykırı olacaktır⁶⁹². Diğer bir ifadeyle, geri alınan rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez⁶⁹³. Hatta TMK m. 23/3 uyarınca kendisinden organ ve doku alınmasına yönelik rızasını geri alan kişiden, vazgeçme nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep edilemeyeceği gibi organ ve dokusunu vermeye de zorlanamaz⁶⁹⁴. Kişinin bedeni üzerinde ilke olarak tasarruf edilemeyeceğinin sonucu olarak düzenlenen⁶⁹⁵ bu hüküm; vericiyi sonradan organ veya dokusunu vermekten vazgeçmesine karşın sırf vazgeçmesi nedeniyle tazminat ödememek için organ ve dokusunu vermek zorunda bırakmamak, yani vericinin özgür iradesini korumak ve baskı altında organ vermesini önlemek maksadıyla ihdas edilmiştir⁶⁹⁶. Organ ve dokunun vericinin vücudundan ayrılması anı, rızanın geri alınmasının

⁶⁸⁷ Buna karşılık aksi görüşte olan *Soyaslan*, yaşayan vericinin rızasını organ ve dokusunun alınmasından önce verebileceği gibi alınması sırasında da verebileceğini savunmaktadır. Bkz. *Soyaslan*, s. 335. Ancak, ODNK m. 6’nın açık lafzı karşısında *kanımızca* bu görüşü doğru kabul etmek mümkün görünmemektedir.

⁶⁸⁸ *Mermut*, s. 1466; *Toroslu* (1978), s. 101.

⁶⁸⁹ *Atak, İsmail* (2020) ‘Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları’, *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, S: 4, s. 24.

⁶⁹⁰ *Gürbüz*, s. 129.

⁶⁹¹ *Parlak*, s. 206-207; *Ayan*, s. 12.

⁶⁹² *Abik*, s. 116; *Dural/Öğüz*, s. 110.

⁶⁹³ *Aygörmez*, s. 161; *Battal*, s. 63.

⁶⁹⁴ *Kılıçoğlu*, s. 256; *Erpek*, s. 66.

⁶⁹⁵ *Dural/Öğüz*, s. 110.

⁶⁹⁶ *Parlak*, s. 207; *Abik*, s. 117.

zaman bakımından sınırını oluşturmaktadır⁶⁹⁷. Organ ve dokunun vericinin vücudundan ayrılmasından sonra rızanın geri alınması, tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

Diğer yandan, vericinin rızasının hukuken geçerli olabilmesi için ODNK m. 6'da öngörülen şekle uygun olması gerekir ise de, verilmiş bulunan rızanın geri alınması hiçbir şekle tabi değildir⁶⁹⁸.

2.4.2. Alıcının Rızası

Organ ve doku nakillerinin bir tarafında verici varken diğer tarafında yaşama tutunmak ve iyileşmek için nakil bekleyen alıcı vardır. Nakil ve aşılama işlemlerinde vericinin vücudundan tıbbi müdahale yoluyla alınan organ veya doku, yine tıbbi müdahale yoluyla alıcının vücuduna aktarılmaktadır. Dolayısıyla hem vericinin hem de alıcının vücut bütünlüğü ihlal edilmektedir. Bu nedenle tıp hukukundaki özerklik prensibinin sonucu olarak naklin gerçekleşebilmesi için vericinin geçerli rızasının bulunması yeterli olmamakta, aynı zamanda alıcının da hukuken geçerli rızasının bulunması gerekmektedir.

Organ veya doku nakillerinde verici açısından tedavi ve iyileştirme amacı bulunmamaktadır. Zira verici, hasta bir insan değildir. Verici, hiçbir menfaat ve ticari kaygı gütmeksizin sırf başka bir kişinin hayatını kurtarmak veya sağlığına kavuşturmak için vücudundan bir parça vermek suretiyle sağlığından ve yaşam kalitesinden fedakârlık yapan kişidir. Alıcı ise, doğuştan veya sonradan meydana gelen herhangi bir sebebe bağlı olarak vücudundaki organ veya dokusu işlevini yerine getiremeyen, bu nedenle de hayat standartları düşmüş bir kişidir. Yani alıcı, hasta bir kişidir. Dolayısıyla sağlıklı bir yaşam sürdürebilmek için işlevini kaybetmiş organ veya dokusunun yerine sağlam olanının aktarılması gereken alıcı bakımından endikasyon olarak ifade edilen tıbbi zorunluluk ve iyileştirme amacı bulunduğundan, nakil işleminde tıbbi müdahalelere rıza konusunda genel kuralların uygulanması yeterli olmaktadır⁶⁹⁹.

Alıcının rızası yönünden, ODNK'da bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle TMK m. 23/3 ve 1219 sayılı Kanun m. 70 uyarınca alıcının organ ve doku nakline yönelik rızasının

⁶⁹⁷ Gürbüz, s. 136.

⁶⁹⁸ Çilingiroğlu, s. 74; Gürbüz, s. 136.

⁶⁹⁹ Akıncı, s. 190; Abik, s. 127.

yazılı olması yeterlidir⁷⁰⁰. ODNK kapsamında vericinin rızası bakımından ağır şekil şartları öngörülürken, alıcının rızası bakımından bu denli ağır şekil şartları öngörülmemesinin nedeni; nakil işleminin alıcının sağlığına kavuşturulması için gerçekleştirilmesi sebebiyle vericiden ziyade alıcının yararına ve lehine bir işlem olmasıdır⁷⁰¹. Zira nakil işleminde tıbbi zorunluluk, yani endikasyon ve tedavi amacı verici bakımından değil, alıcı yönünden bulunmakta ve bu sebeple de nakil işlemi alıcı için olağan bir tıbbi müdahale haline gelmektedir. Alıcı tarafından kendisine organ veya doku nakledilmesi hususunda verilen rıza, herhangi bir etki ve baskı altında bulunmaksızın verilmeli; iradeyi sakatlayacak bir sebep mevcut olmamalıdır⁷⁰². Aksi takdirde rıza açıklaması geçersiz hale gelecektir.

Hayat kurtarıcı özelliği olmayan, bununla birlikte alıcının ömür boyu pek çok ciddi yan etkileri mevcut olup bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlar kullanmasına neden olan kompozit doku nakilleri açısından alıcının rızası, Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m. 28/2 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kompozit doku nakillerinde alıcı aday ya da yasal temsilcisi, nakil işlemi yapılmadan önce diğer alternatif tedavi usullerinin uygulanmış olmasına rağmen veya organ ve doku kaybının düzeltilmesine yönelik ameliyatlara rağmen sonucun tatmin edici olmadığını yazılı olarak beyan etmiş olmalıdır.

Alıcının rızasını geri alması tedaviyi ret ve durdurma manasına gelmektedir⁷⁰³. HHY m. 25/1 uyarınca da alıcının tedaviyi ret ya da durdurması halinde, tedavinin uygulanmamasından doğacak neticelerin anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Alıcının rızasını geri almasının zaman yönünden sınırı konusunda ise, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 5/3 hükmünde rızanın her zaman serbestçe geri alınacağı düzenlenmiş ise de rızanın nakil gerçekleşinceye kadar geri alınabileceğini kabul etmek gerekmektedir⁷⁰⁴. Kısaca alıcı bakımından rızanın geri alınmasının zaman yönünden sınırını, nakil işleminin gerçekleştiği an oluşturmaktadır. Rızanın geri alınması herhangi bir şekle tabi olmadığından, alıcı, yazılı veya sözlü olarak nakle ilişkin rızasını geri alabilir.

⁷⁰⁰ **Toroslu** (1978), s. 102; **Dural/Öğüz**, TMK m. 23/3 hükmünün yalnızca organ ve dokusunu verecek kişinin değil, aynı zamanda kendisine organ ve doku nakledilecek ya da aşılacak kişinin, yani alıcının da rızasını yazılı şekle bağladığını, bununla birlikte bu hüküm ihdas edilmeseydi dahi organ ve doku nakli büyük cerrahi ameliyat olarak kabul edildiği için, 1219 sayılı Kanun m. 70 uyarınca organ ve doku alıcısının yine yazılı rızasının aranacağını, bu nedenle de TMK m. 23/3 hükmünün büyük bir değişiklik getirmediğini belirtmektedir. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 108-109.

⁷⁰¹ **Gürbüz**, s. 127; **Akinci**, s. 190.

⁷⁰² **Bayraktar** (1972), s. 193-194; **Soyaslan**, s. 336.

⁷⁰³ **Gürbüz**, s. 135; **Battal**, s. 63.

⁷⁰⁴ **Dural/Öğüz**, s. 109; Hastanın hayatı ve yaşamsal organlarından birini tehdit eden acil durumlar haricinde rızanın her zaman geri alınabileceğine ilişkin görüş için bkz. **Yenerer Çakmut**, s. 210.

Rıza ehliyeti bakımından ise medeni hukuk açısından tam ehliyetli olan, yani kısıtlı olmayan, ayırt etme gücüne sahip ve ergin kişilerin tek başlarına organ ve doku nakline rıza gösterebileceklerinde hiçbir duraksama bulunmamaktadır⁷⁰⁵. Bu kapsamda vericiden farklı olarak alıcının on sekiz yaşını doldurmamakla beraber evlenme yoluyla veya mahkeme kararıyla ergin olması halinde de tam ehliyetli olması koşuluyla tek başına nakle rıza gösterebileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Alıcının ayırt etme gücüne sahip bulunmaması durumunda ise, yasal temsilcisinin rızası ile kendisine organ ya da doku aktarılabilmesi mümkün olacaktır⁷⁰⁶.

TMK m. 16 uyarınca “*sınırlı ehliyetsizler*” şeklinde ifade edilen ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kural olarak yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç bulunmaksızın tek başına kullanırlar. Bu kapsamda tıbbi müdahaleye rıza da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁷⁰⁷. Bununla birlikte 1219 sayılı Kanun m. 70 ile HHY m. 24/1 hükümlerinde hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde, tıbbi müdahalelerde yasal temsilcisi olan velisinden veya vasisinden izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece TMK m. 16’ya bir istisna getirilmiş olup, sınırlı ehliyetsiz alıcıya organ veya doku naklinin gerçekleştirilebilmesi için yasal temsilcinin rızasının bulunması gerekecektir. Öğretide alıcının sınırlı ehliyetsiz olması durumunda nakil işleminin gerçekleştirilebilmesi için yasal temsilcisinin rızasının tek başına yeterli olup olmayacağı hususu tartışma konusudur. *Soyaslan*, organ ve doku nakillerinin alıcının iyileştirilmesi ve sağlığına kavuşturulması amacıyla gerçekleştirildiği ve alıcının vücudundan herhangi bir parça eksilmediği düşüncesinden hareketle naklin gerçekleştirilebilmesi için yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğunu, mümeyyiz küçük veya kısıtlının rızasının alınmasına ihtiyaç bulunmadığını savunmaktadır⁷⁰⁸. *Köksal ve Hakeri* ise, sınırlı ehliyetsiz olan küçük ve kısıtlının somut olaydaki psikolojik gelişimi itibarıyla idrak etme ve karar verme kabiliyetine sahip olması durumunda, kendisine organ ve doku aktarılabilmesi için yasal temsilcisinin rızasının yanı sıra kendi rızasının da alınması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰⁹. *Kanaatimizce* de kısıtlı ve küçüğün somut vakada anlama ve karar verme yeteneğine sahip olması durumunda kendisine organ veya doku nakledilmesi hususunda yasal temsilcisinin rızasının yanında kendi rızası da aranmalıdır. Nitekim taraf olduğumuz ve bu nedenle iç hukukumuz bakımından bağlayıcı olan

⁷⁰⁵ Köksal, s. 99; Atak, s. 21.

⁷⁰⁶ Gözübüyük, s. 83; Akıncı, s. 191.

⁷⁰⁷ Gülen Kurt (2020a), s. 46; Demirsoy Aşıkoğlu, s. 323.

⁷⁰⁸ Soyaslan, s. 336.

⁷⁰⁹ Bkz. Köksal, s. 99; Hakeri (2016), s. 232-233.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 6 hükmünde, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan küçük üzerinde tıbbi müdahalenin ancak yasal temsilcisi veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi ya da kurumun izniyle gerçekleştirilebileceği ifade edilmekle beraber küçüğün görüşünün de, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı şekilde gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir. HHY m. 24/2 hükmünde de, yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

Küçüklerde ana ve babanın yasal temsilcilik yetkisi olan velayet hakkını birlikte kullandığı hallerde, küçüğe organ veya doku aktarılmasına ana ve baba müştereken rıza göstermelidir⁷¹⁰. Velayet hakkını birlikte kullanan ana ve baba arasında küçüğe organ veya doku nakline yönelik tıbbi müdahale konusunda uyuşmazlık ya da fikir ayrılığı çıkması halinde, hâkim kararı alınması gerekmektedir⁷¹¹. Hâkim, çocuğun üstün yararını gözeterek karar verecektir.

Ayırt etme gücüne sahip, somut olayda anlama ve kavrama yeteneği bulunan küçüğün kendisine organ ve doku nakledilmesine rıza göstermediği ve fakat yasal temsilcisinin rıza gösterdiği durumda, hasta özerkliğine saygı duyularak küçüğün iradesine öncelik ve üstünlük tanımak gerekmektedir⁷¹².

Yasal temsilciler, küçük veya kısıtlının sağlığının korunması bakımından gereken tedbirleri almakla ve bunlara izin vermekle mükellefler⁷¹³. Yasal temsilci tarafından organ ve doku nakline rıza gösterilmemesi veya rıza gösterilmekten kaçınılması halinde gereken rızanın alınması için mahkemeye başvurulacaktır. Zira organ ve doku nakli gibi yaşam hakkı açısından böylesine önemli bir konuda yasal temsilci tarafından rıza gösterilmemesi, başlı başına küçük ve kısıtlının menfaatini tehlikeye düşürmektedir⁷¹⁴. Nitekim HHY m. 24/4'te de bu yönde bir hüküm ihdas edilerek, yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmanın tıbben gerekli olması kaydıyla, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesinin; TMK m. 346 ve m. 487 uyarınca mahkeme kararına

⁷¹⁰ Aygörmez, s. 156.

⁷¹¹ Hakeri (2016), s. 237.

⁷¹² Gülen Kurt (2020a), s. 48; Hakeri (2016), s. 236.

⁷¹³ Aygörmez, s. 157; Özar/Halıcı, s. 583.

⁷¹⁴ Özar/Halıcı, s. 583.

bağlı olduğu düzenlenmiştir. O halde organ veya doku nakline yasal temsilci tarafından rıza verilmemesi durumunda; velayet altındaki küçük için aile mahkemesine, vesayet altındaki kişi için ise vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine başvurulacaktır⁷¹⁵. Yasal temsilin kötüye kullanıldığına karar vermesi durumunda, mahkemenin kararı yasal temsilcinin rızası yerine geçecektir⁷¹⁶.

Her ne kadar tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için geçerli bir rızanın bulunması şart olsa da hastaya uygulanacak tıbbi müdahalede rızanın aranmadığı bazı haller bulunmaktadır⁷¹⁷. Bu hallere HHY m. 24/7’de yer verilmiştir. Anılan hükümde tıbbi müdahalede bulunabilmek için rızanın gerekmediği haller; hastanın yaşamsal tehlikesinin bulunup, bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına ya da işlevini ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun mevcudiyeti olarak belirtilmiştir. Hastaya tıbbi müdahalede bulunmak için rızanın aranmadığı bu durumlarda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya yasal temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ayrıca HHY m. 24/4 uyarınca, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda olmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yaşamsal tehlikenin bulunduğu acil hallerde, rıza bulunmaksızın hekimin tıbbi müdahale gerçekleştirmesi, “*gerçek vekâletsiz iş görme*” olduğundan haksız fiil sorumluluğu doğurmadığı gibi ceza hukuku bakımından suçun oluşumunu önleyen “*varsayılan rıza*” nedeniyle ceza sorumluluğuna da sebebiyet vermeyeceği ifade edilmektedir⁷¹⁸. Ceza hukukunda varsayılan rızanın; kişinin beklenmedik bir tehlikeyle karşı karşıya kalmış olması, bu tehlikenin derhal müdahaleyi gerektirmesi, bu yolla başka menfaatlerin tehlikeye düşmesinin engellenecek olması ve rızası alınamayan kişinin yapılan müdahaleye rıza göstereceği beklentisinin yüksek olması koşullarının varlığı halinde rıza olmaksızın yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getireceği belirtilmektedir⁷¹⁹. Esasen varsayılan rıza, özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan uydurma bir kavram olup, TCK’da yeri olmayan bu kavramın yerine görevin ifası ya da hakkın kullanılması kapsamında da aynı neticeye ulaşmak

⁷¹⁵ Vural, s. 43.

⁷¹⁶ Gülen Kurt (2020a), s. 48; Akipek/Akıntürk, s. 335.

⁷¹⁷ Hakeri (2016), s. 245; Atak, s. 22.

⁷¹⁸ Bkz. Özar/Halıcı, s. 579-580.

⁷¹⁹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (2019) Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt II, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, s. 309; Centel/Zafer/Çakmut, s. 320.

mümkündür⁷²⁰. Zira hekim bu ihtimalde HHY m. 24/7’de yer alan mesleki hakkını kullanarak rıza bulunmaksızın hukuka uygun şekilde tıbbi müdahale gerçekleştirmektedir.

Organ ve doku nakli alıcı bakımından olağan bir tıbbi müdahale niteliğinde olduğu için, HHY m. 24/7’de belirtilen rızanın aranmadığı haller alıcı yönünden de uygulama alanı bulacaktır. Trafik kazası neticesinde acil olarak hastaneye getirilen ve geçirdiği kaza nedeniyle organlarından birini kaybeden bir kişinin iyileşmesi veya hayatta kalabilmesi için ihtiyaç duyduğu bünyesiyle uyumlu organın o an bulunması ancak bilinci kapalı olduğundan rızası alınmadan naklin gerçekleştirilmesi hali buna örnek verilebilir⁷²¹. Alıcının rızası sorulamamış olsa bile yaşamsal tehlikeden doğan zorunluluk hali altında gerçekleştirilen nakil işlemi hukuka uygun kabul edilecektir⁷²². Verici bakımından ise bu zaruret hali gerçekleşmeyeceği için mutlak anlamda hukuken geçerli rızası aranacaktır⁷²³.

2.5. Akrabalık Koşulu

Çıkar karşılığı organ ve doku alımına rıza gösterilmesinin önlenmesi düşüncesiyle bazı hukuk düzenlerinde yaşayan kişilerden nakil amacıyla organ ve doku alınabilmesi, vericiyle alıcının akraba olması koşuluna bağlanmıştır⁷²⁴. Alman Organ Nakli Kanununda yenilenebilen organ veya dokuların bağışlanabilmesi için alıcı ve verici arasında herhangi bir akrabalık ya da yakınlığın bulunması gerekmemektedir⁷²⁵. Bununla birlikte yaşayan vericiden alınacak kendini yenileyemeyen organlar bakımından özel bir yakınlık ilişkisi aranmaktadır⁷²⁶. Gerçekten de anılan Kanunun 8 inci maddesine göre canlı vericiden alınacak olan kendini yenileyemeyecek organ veya doku, ancak vericinin birinci ve ikinci derece akrabalarına, eşine, kayıtlı partnerine, yani hayat ortağına ve vericiyle yakın ve özel bir kişisel ilişki içinde bulunan kişiye nakledilebilir⁷²⁷. Düzenlemenin amacı her ne kadar organ ticaretini önlemek olsa da organ nakli hususunda önemli bir engel oluşturması nedeniyle Almanya’da oldukça eleştirilmektedir⁷²⁸. Bu nedenle mutlak bir yasaklama koymak yerine, ihdas edilecek

⁷²⁰ Koca/Üzülmez (2023a), s. 299.

⁷²¹ Akıncı, s. 192; Köksal, s. 100.

⁷²² Soyaslan, s. 338; Yenerer Çakmut, s. 161.

⁷²³ Toroslu (1978), s. 101; Yenerer Çakmut, s. 161.

⁷²⁴ Gözübüyük, s. 91; Köksal, s. 31.

⁷²⁵ Zengin, s. 181.

⁷²⁶ Schroth, s. 326.

⁷²⁷ Zengin, s. 181; Hakeri (2016), s. 110; Ekiz, s. 142.

⁷²⁸ Hakeri (2016), s. 110; Gözübüyük, s. 91.

bir komisyon tarafından nakil dosyasının incelenmek suretiyle nakle izin verilip verilmeyeceğine karar verilmesinin daha isabetli ve yararlı olacağı savunulmaktadır⁷²⁹.

Ülkemizde ise, yaşayan kimseden organ alınması akrabalar arası ve akraba dışı olarak adlandırabileceğimiz şekilde ikiye ayrılmış; iki tür arasında nakil için Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonunun onayının varlığı yönünden farklılık oluşturulmuştur. Bu çerçevede 7151 sayılı Kanun m. 16 hükmüyle 15.11.2018 tarihinde eklenen ODNK Ek m. 2’de sayılan kişilerden yapılacak organ nakillerinde Etik Komisyonun onayının varlığı gerekmezken, bu sayılanlar dışında kalan yaşayan kişilerden yapılacak organ nakillerinin hukuken geçerli olması ise Etik Komisyonun onayının varlığına bağlanmıştır. Belirtelim ki maddenin açık lafzı gereği akrabalar arası ile akraba dışı canlılardan yapılacak nakiller arasında öngörülen bu farklılık yalnızca organ nakillerinde uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık yaşayan kişilerden yapılacak doku nakillerinde ise hiçbir farklılık yoktur ve dolayısıyla Etik Komisyonun onayı da gerekmemektedir. Akraba dışı yaşayan kişiden yapılacak organ nakillerinin Etik Komisyon tarafından verilecek onay kararına bağlanmasının sebebi, akraba dışı vericilerden yapılan nakillerin organ ticaretini oluşturma şüphesinin fazla olmasıdır⁷³⁰. Kanunkoyucu, genellikle akraba dışı organ nakillerinde görülen organ ticaretini önlemek maksadıyla akraba dışı yaşayan kişiden yapılacak organ nakillerinin hukuken geçerliliğini Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik bakımından organ bağışının uygunluğunu onaylamasına bağlamıştır.

İfade edelim ki, ODNK Ek m. 2 yürürlüğe girmeden önce, yasal hiçbir engel olmamasına rağmen Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi m. 9/1-f hükmüyle yaşayan kişilerden organ ve doku naklinin, alıcının dördüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlarından yapılabileceği düzenlenerek akrabalık şartı aranmıştı. Kanunda olmayan böyle bir şartın alt düzenleyici işlem olan bir yönerge ile ihdas edilmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilmekteydi⁷³¹. Daha sonraki dönemde mülga Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği m. 16 hükmünde yapılan değişiklikle yaşayan kişiden organ naklinin, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlarından yapılabileceği; bunlar dışındaki kişiden yapılacak organ naklinin ise Etik Komisyonun onayı ile gerçekleştirileceği düzenlenmiş idi. Her ne kadar normlar hiyerarşisinde yönergeden daha üstte bulunsa da kişilerin hayatını ve sağlığını doğrudan

⁷²⁹ Gürbüz, s. 89.

⁷³⁰ Gülen Kurt (2020a), s. 60; Erpek, s. 105.

⁷³¹ Bkz. Hakeri (2016), s. 110.

ilgilendiren böyle bir düzenlemenin yönetmelikle düzenlenmesi eleştirilmekte ve bunun kanunla yapılması gerektiği belirtilmekteydi⁷³². Hatta ODNK'da yer almaması nedeniyle akraba dışı yaşayan kişiden yapılan nakillerde Etik Komisyonun onayının bulunması şeklindeki ek koşulun kanuni bir koşul olmadığı düşüncesinden hareketle ODNK'da belirtilen tüm koşulları taşımakla beraber Etik Komisyonu onayı olmaksızın yapılan organ alımı veya naklinin TCK m. 91'de düzenlenen suçlara vücut vermeyeceği gibi ODNK m. 15'te öngörülen suçlara da vücut vermeyeceği belirtilmekteydi. Zira aksinin kabulünün, yani Etik Komisyonunun onayı bulunmamakla birlikte ODNK'da belirtilen tüm koşulları taşıyan akraba dışı canlıdan organ alımı ve naklinin ODNK m. 15 veya TCK m. 91'deki suçları oluşturacağının kabulünün kanunla düzenlenmeyen bir fiilin suç olarak kabulü anlamına geleceği, bunun ise AY m. 38/1-2'de anayasal bir ilke olarak düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacağı ifade edilmekteydi⁷³³. Bu eleştirileri dikkate alan kanunkoyucu, daha önce Yönetmelik hükmüyle düzenlediği akraba dışı yaşayan kimseden yapılacak organ naklinin Etik Komisyonun onay kararına bağlanması ek koşulunu 2018 yılında ODNK'ya ekleyerek kanuni bir koşul haline getirmiştir.

ODNK Ek m. 2/1 uyarınca, yaşayan vericinin, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlı olması durumunda organ naklinin gerçekleştirilebilmesi için herhangi bir Etik Komisyona başvurulmasına ya da Etik Komisyon tarafından değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Buradaki hısımlık ve evlilik, TMK hükümlerine göre belirlenecektir⁷³⁴. Belirtelim ki, organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmaz.

Yaşayan vericinin, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından olmaması durumunda organ nakli, Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonunun verici ile alıcı arasında, ODNK ve ONHY ile diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik bakımından organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleşir. Bununla birlikte 09.12.2022 tarihinde yürürlüğe giren ONHY m. 13/10'da alıcı ve verici arasında ODNK Ek m. 2/1'de sayılan türden akrabalık bağı olsa bile naklin gerçekleşmesinin Etik Komisyonunun onayına bağlandığı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası

⁷³² Bkz. **Hakeri** (2016), s. 111; **Gözübüyük**, s. 91.

⁷³³ Bkz. **Algan**, s. 38-39.

⁷³⁴ **Abik**, s. 125; **Ekiz**, s. 144.

Koruma Kanunu kapsamında ülkemizde ikamet eden kişilerin alıcı ya da verici olduğu canlıdan organ nakilleri, başvuruçular akraba olsalar dahi her halde Etik Komisyonu tarafından değerlendirilecektir. Buna ilave olarak ONHY m. 13/11 hükmünde de Sağlık Bakanlığının, sağlık turizmi kapsamında Türkiye’de organ nakli hizmetinden yararlanmak isteyen ve organ ticareti ya da kaçakçılığı şüphesi bulunan riskli bölgelerden gelen kişilere, akraba olsalar dahi Etik Komisyonuna başvuru şartı koyabileceği veya bu kişilerin organ nakli hizmetlerinden yararlanmalarına dair sınırlandırmalar getirebileceği hükme bağlanmıştır. Risk içeren bölgeler Ulusal Organ Nakli Etik Kurulunun önerisi ile Sağlık Bakanlığınca belirlenir. İfade edelim ki, son zamanlarda gerçekleşen organ ticareti vakalarının pek çoğunda başrol olmaları dikkate alındığında ONHY m. 13/10-11 hükümlerinde belirtilen kişilerin alıcı ya da verici olduğu nakillerin, akraba olsalar dahi Etik Komisyonunun onayına bağlanması ve bu kişilerin organ nakli hizmetlerinden yararlanmalarına dair bazı sınırlandırmalar getirilmesi organ ticaretinin önlenmesi bakımından yerinde olmakla birlikte temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bu düzenlemelerin yönetmelik hükmüyle değil, kanunla yapılması gerekmektedir. Bu sebeple kanunda yer almayan bir sınırlandırmanın yönetmelik hükmüyle ihdas edilmesi açıkça hukuka aykırı olmuştur.

“Akraba dışı nakil” şeklinde adlandırılan organ nakillerinde Etik Komisyonunun kimlerden teşekkül edeceği, karar sürecinin nasıl işleyeceği ve nerelerde kurulacağı ile bu Komisyona sunulacak belgelerin neler olacağı gibi hususlarla ilgili ODNK Ek m. 2 ile ONHY’de ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre akraba dışı organ nakilleri için organ nakli hizmeti sunan hastanelerin bulunduğu her ilde Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu kurulur. Komisyonun sekretaryası il sağlık müdürlüğünce yürütülür. Naklin etik açıdan değerlendirilmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ildeki Etik Komisyonunca yapılır. Değerlendirme başvurusunu, naklin yapılacağı merkez yapar ve başvurudan önce alıcı ve verici adayını nakil merkezince yazılım sistemine kaydeder. Alıcı ile vericinin T.C. kimlik numaraları, vericinin mümeyyiz olduğuna dair rapor, vericiden alınmış, en az iki tanıklı hekim onaylı muvafakat belgesi, verici ve alıcının hekim onaylı bilgilendirme formu, verici ve alıcının nâkile uygunluğunu bildiren sağlık raporu, alıcı ile vericinin yakınlığının nereden kaynaklandığını gösteren dilekçe ve mevcut ise ilgili belgeleri, alıcının ve vericinin gelir düzeyini gösteren beyanı, vericinin borcunun olup olmadığına dair beyanı, alıcının ve vericinin adres beyanı, evli ise vericinin organ ve doku verme kararından birlikte yaşadığı eşinin haberi olduğuna ilişkin yazılı beyanı ile Komisyonun gerekli görmesi halinde ilgili diğer belgeler başvuru sırasında Etik Komisyonuna verilir. Komisyon; başvurunun yapıldığı

tarihten itibaren en geç on beş gün⁷³⁵ içinde, acil nakil gereken hasta için başvuru olması halinde ise derhal toplanır. Gerekli gördüğü takdirde verici ve/veya alıcıyı ve üçüncü kişileri dinler; kendisine sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğunu araştırarak, alıcı ve verici arasında etik ve yasal olmayan bir durumun bulunmadığı kanaati oluştuğunda naklin etik bakımından uygunluğuna karar verir. Aksi kanaatte olduğunda ise menfi karar verir. Kararlar oy çokluğu ile alınır. Bir komisyonun uygun görmediği başvuru için diğer bir komisyon karar alamaz. Mücbir sebepler haricinde, etik bakımdan uygun bulunan nakillerde, komisyon kararı üç ay geçerlidir. Başvuru veya uygunluk kararından sonra alıcı ile verici başka bir merkezde nakil olmak isterse, yeniden komisyon başvurusu gerekmektedir. ONHY m. 15 uyarınca, Etik Komisyonunun kararlarına karşı yapılacak itiraz için öncelikle alıcı veya verici ya da bunların kanuni temsilcileri kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde kararın yeniden değerlendirilmesini komisyondan talep etmek zorundadır. Bu başvuru yapılmadan itiraz yoluna gidilemez. Başvuru uygun görülürse, komisyon kararını değiştirebilir.

Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının kararlarına karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere ODNK Ek m. 2/3 hükmüyle Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu ihdas edilmiştir. Etik Komisyonunun kararın yeniden değerlendirilmesi başvurusu üzerine verdiği kararlara karşı tebliğden itibaren on beş gün içinde Etik Kuruluna itiraz edilir. Etik Kurulu, itiraz üzerine komisyon kararlarını inceleyerek “onaylama”, “iptal etme” veya “komisyonun yerine geçip yeniden karar alma” şeklinde kararlar verebilir. ODNK Ek m. 2/3 hükmünde Etik Kurulunun toplantıya katılanların üçte ikisinin oyuyla karar alacağı düzenlenmiş iken, bu kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla ihdas edilen ONHY m. 14/2 hükmünde Etik Kurulunun toplantıya katılanların oy çokluğu ile karar alacağı hükme bağlanmıştır. AY m. 124’te yönetmeliklerin, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılabileceği ve kanunlara aykırı olamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Anayasanın emredici bu hükmü karşısında, aynı konuda kanundan farklı düzenleme içeren ve kanuna açıkça aykırı olan ONHY’nin Etik Kurulunun katılanların oy çokluğu ile karar alacağına ilişkin hükmünün uygulanma kabiliyeti yoktur. O halde Etik Kurulu toplantıya katılanların üçte ikisinin oyuyla karar alabilecek olup, bu çoğunluk sağlanamadığında itiraz reddedilmiş sayılacaktır. ODNK Ek m. 2/3 ve ONHY m. 14/2 hükmüne göre, Etik Kurulunun nakil başvurularına ilişkin verdiği kararları kesindir. Ancak ifade etmek gerekir ki, hukuksal

⁷³⁵ Komisyonunda yer alacak olan bilhassa büyükşehirlerde görev yapanların, 15 günlük süre içerisinde toplanmasının oldukça zor olacağı, bu durumun nakil sürecinde ciddi sıkıntı doğuracağı ifade edilmektedir. Bkz. **Gürbüz**, s. 87.

niteliği bakımından idare organı içerisinde yer alan ve bu nedenle idari kurul niteliğinde olan Etik Kurulunun vermiş olduğu kararlar idari işlem, hatta belli bir durum ve kişiye özgü olduğundan bireysel işlem mahiyetindedir. Bu nedenle her ne kadar ODNK Ek m. 2/3 ve ONHY m. 14/2 hükmünde Etik Kurulunun kararlarının kesin olduğu düzenlenmiş ise de AY m. 125 uyarınca bu kararlara karşı idari yargı yolu kapatılamaz⁷³⁶. Nitekim İstanbul Bölge İdare Mahkemesi de ODNK Ek m. 2 hükmünün yürürlüğe girmesinden önceki tarihlerde uygulanan Etik Komisyonunun kararlarına karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmeyp kararlarının kesin nitelikte olduğunun düzenlendiği mülga Yönetmelik uyarınca akraba dışı yaşayan kişiden organ nakli yapılması istemiyle yapılan başvurunun Etik Komisyonu tarafından reddine dair verilen karara karşı açılan davayı görerek kararın hukuka uygun olup olmadığını denetlemiştir⁷³⁷. Şüphesiz ki, mahkemenin bu yorumu, Ekil Kurulunun kesin nitelikteki kararları hakkında da geçerli olacaktır.

Öte yandan, ODNK Ek m. 2/4 hükmünde Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu ve Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının toplantılarının gizli oturum şeklinde yapılacağı, toplantıda alınan kararlara dair bilgi ve belgelerin gizli olup; üçüncü kişi ve kuruluşlarla paylaşılamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Burada değinilmesi gereken önemli bir husus da akraba dışı organ naklinin özel bir türü olan çapraz nakillerdir⁷³⁸. Çapraz nakiller, organ nakli bekleyen iki hastanın akrabaları arasında, birbirlerinin alıcılarına karşılıklı organ vermeleri ile yapılan nakillerdir⁷³⁹. ONHY m. 4/1-i hükmünde çapraz nakil; “*Uygunsuз canlı vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında vericilerin değiştirilmesi suretiyle yapılan nakil türü*” şeklinde tarif edilmiştir. Bu tarife göre bir örnek üzerinden izah etmek gerekirse; A, sağlığına kavuşmak için böbrek nakli beklemekte ve fakat kendisine böbreğini vermek isteyen A’nın oğlu B’nin böbreğinin A’ya uyumsuz olduğu tespit edilmektedir. Aynı şekilde böbrek nakli bekleyen C’ye böbreğini vermek isteyen C’nin eşi D’nin böbreği de C’ye uyumlu değildir. B’nin böbreğinin C ile, D’nin böbreğinin de A ile uyumlu olması halinde bu kişiler arasında

⁷³⁶ Aynı yönde bkz. **Gülen Kurt** (2020a), s. 62; **Gürbüz**, s. 87-88; Buna karşılık öğretide **Karakaya**, ODNK Ek m. 2/3 hükmünde Etik Kurulunun itiraz üzerine verdiği kararlara karşı herhangi bir başvuru yolunun düzenlenmediğini belirterek bu durumun Anayasanın idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılamayacağı yönündeki hükmüne aykırılık teşkil etmekle birlikte Kurulun kararlarının kesin nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Bkz **Karakaya**, s. 123.

⁷³⁷ Kararın tam metni için bkz. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 7. İdari Dava Dairesi, E: 2019/436, K: 2019/645, T: 03.04.2019 (UYAP Veri Tabanı).

⁷³⁸ **Gülen Kurt** (2020a), s. 63; **Abik**, s. 126.

⁷³⁹ **Ziroğlu**, s. 30; **Erpek**, s. 38.

gerçekleştirilen nakle çapraz nakil denmektedir. Bu nakiller, Etik Komisyonuna başvuru şartı aranmaksızın karşılıklı rıza ile gerçekleştirilebilmekte idi⁷⁴⁰. Alman Organ Nakli Kanununa baktığımızda da kendini yenileyemeyen organ ve dokuların naklinde öngörülen sınırlamanın çapraz nakillerde geçerli olmadığı anlaşılmaktadır⁷⁴¹. 2022 yılında yürürlüğe giren ONHY, çapraz nakle ilişkin ayrıntılı ve önemli hükümler getirmiştir. Anılan Yönetmelik m. 9'a göre, çapraz nakil, Sağlık Bakanlığı tarafından kurulan yazılım sisteminde hastalar ve verici adaylarının Bakanlığın belirleyeceği algoritmalar aracılığıyla eşleştirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Bu nakil türü vericinin eşi ve dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından alınacak organ bağış yoluyla yapılır. Bakanlığın kurduğu sistem haricinde çapraz nakil eşleştirmeleri yasaktır. Çapraz nakle ilişkin diğer esaslar Ulusal Organ Nakli ve Bağış Koordinasyon Sistemi Uygulama Rehberinde Bakanlık tarafından belirlenecektir. Ancak yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar anılan uygulama rehberi henüz ihdas edilmemiştir.

3. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI

Tıp biliminde yaşanan gelişmeler neticesinde birçok kişi organ veya doku nakli yoluyla tedavi edilmekte ve sağlığına kavuşmaktadır. Kendini yenileme özelliği bulunan biyolojik maddelerin temininde bir sorunla karşılaşılmasa da kendini yenileyemeyen organların temininde zorluk yaşanmaktadır. Zira vericinin yaşayan bir kişi olduğu durumlarda bu organların alınması, sağlığını olumsuz etkilemektedir⁷⁴². Kaldı ki, ODNK m. 8 kapsamında kalp gibi vericinin yaşamını mutlak surette sonlandıracak ya da tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasağı ile ODNK m. 5'te düzenlenen on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasağı gözetildiğinde yaşayan kişilerden organ ve doku temininin ne kadar kısıtlı olduğu daha iyi anlaşılmaktadır. İfade etmek gerekir ki, organ ve doku nakli alanında görülen tıbbi gelişmeler ne kadar ileri seviyede olursa olsun, nakledilebilecek organ ve dokunun ihtiyacı karşılayamaması durumunda yapılabilecek pek bir şey bulunmamaktadır.

⁷⁴⁰ Kızılarşlan, s. 1014; Ziroğlu, s. 30; Abik, s. 126.

⁷⁴¹ Gürbüz, s. 89.

⁷⁴² Parlak, s. 209; Kanıcı, s. 24.

Hâlbuki ölüden organ ve doku alımı için ölenin yaşının bir önemi yoktur⁷⁴³. Ayrıca daha önce de açıkladığımız üzere bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli yalnızca ölülerden yapılabilmektedir⁷⁴⁴. Diğer yandan, ölen kişilerden hangi organ ve dokuların temin edilebileceğine dair ortak bir uluslararası uygulama bulunmamakta ise de⁷⁴⁵ ülkemizde bu konuda herhangi bir sınırlandırmanın bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bu bakımdan hukuki koşullarının mevcut olması kaydıyla ölülerden her türlü organ ve doku alınabilmektedir⁷⁴⁶. Bilhassa vücutta tek olup, hayatın devamı için zaruri olan kalp gibi organların yalnızca ölülerden alınabileceği nazara alındığında ölüden organ ve doku naklinin önemi daha fazla anlaşılmaktadır⁷⁴⁷. Dolayısıyla her geçen gün artan organ ve doku ihtiyacının karşılanması için ölülerden organ ve doku alınması yolu daha çok tercih edilmelidir⁷⁴⁸. Belirtelim ki ölülerden yapılan organ ve doku nakli sayısının yüksekliği, ülkelerin gelişmişlik düzeyinin önemli bir göstergesi olarak görülmektedir⁷⁴⁹. Ancak maalesef ülkemizde yaşayan kişilerden yapılan organ ve doku nakillerine nazaran ölülerden yapılan organ ve doku nakli sayısı daha düşüktür⁷⁵⁰. Bunun bir sebebi dini, sosyal ve kültürel nedenlere ve ileride ayrıntılarına değineceğimiz yasal olarak benimsenen rıza modeline dayalı olarak insanların organ bağışı konusundaki gönülsüzlüğü iken diğer sebebi ise hekimler tarafından beyin ölümü vakalarının zamanında yakalanamaması bir diğer ifadeyle tespit edilememesidir⁷⁵¹. Nitekim Sağlık Bakanlığının 12.09.2008 tarihli, 2008/60

⁷⁴³ **Hakeri** (2013), s. 189; **Köksal**, s. 101.

⁷⁴⁴ **Taşkın**, s. 84; **Gözübüyük**, s. 90; **Ayan**, s. 21.

⁷⁴⁵ Örneğin Singapur İnsan Organları Nakli Kanunu ve Japon Organ Nakli Kanununda ölülerden nakil amacıyla alınabilecek organ ve dokular saymak yoluyla belirlenerek bu konuda sınırlama öngörülmüştür. Bkz. **Zengin**, s. 177, dn. 86.

⁷⁴⁶ **Hakeri** (2013), s. 189; **Ayan**, s. 21; **Dural/Öğüz**, s. 111.

⁷⁴⁷ **Kanıcı**, s. 6; **Ateş Sarıdağ**, s. 58.

⁷⁴⁸ **Parlak**, s. 209.

⁷⁴⁹ **Kanıcı**, s. 6; **Zeytin**, s. 252.

⁷⁵⁰ **Hakeri** (2013), s. 189; **Ateş Sarıdağ**, s. 48; Gelişmiş ülkelerde yapılan organ ve doku nakillerinin yüzde 75-90'ını ölülerden yapılan nakiller oluşturmakta iken, ülkemiz açısından bu oran yüzde 25 civarındadır. Bkz. **Zeytin**, s. 252; 2004 yılı istatistiksel verilerine göre milyon başına kadavra verici sayısı İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da ise 13.8 iken ülkemizde 2.0'dır. Bkz. **Parlak**, s. 189; 2022 yılı verilerine göre ise kadavradan organ bağışı milyonda kişi başına İspanya'da 47.02, Belçika'da 29.23, İtalya'da 25.02, Almanya'da 10.32, Fransa'da 25.82 iken ülkemizde 3.38'dir (<https://www.transplant-observatory.org/summary/> s.e.t.: 17.03.2024). Dünyada organ ve doku nakli, donör ve nakil bekleyen hasta sayılarına ilişkin yıllara ve ülkelere göre ayrıntılı istatistiki veriler için bkz. <https://www.transplant-observatory.org/summary/> (s.e.t.: 17.03.2024). Dünyada 2022 yılı organ ve nakli verilerine ilişkin ayrıntılı analiz raporu için bkz. https://www.transplant-observatory.org/wp-content/uploads/2016/02/2022-data-global-report_VF_2.pdf (s.e.t.: 17.03.2024). Ülkemizin güncel verilerine bakıldığında, 31.12.2022 tarihi itibarıyla nakil bekleyen toplam hasta sayısı 22.660 iken, toplam ölü donör sayısı 289'dur. Ayrıca 31.12.2022 tarihi itibarıyla toplam bağış kartı sayısı 613830, toplam nakil sayısı 8909'dur. Bkz. <https://www.tonv.org.tr/tr/organ-bagisi/istatistikler/#> (s.e.t.: 17.03.2024). Ülkemizdeki duruma ilişkin güncel ve daha ayrıntılı istatistiksel veriler için bkz. <https://organkds.saglik.gov.tr/DSS/PUBLIC/PublicDefault2.aspx> (s.e.t.: 17.03.2024).

⁷⁵¹ **Paç, Mustafa** (2013) 'Ülkemizde Organ ve Doku Nakli, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2013, s. 210; **Gözübüyük**, s. 95.

sayılı ve “Beyin Ölümü Bildirimlerinin ve Kadavra Organ Bağışının Artırılması” konulu Genelgesinde de dünya standartlarına göre her ventilatörlü yoğun bakım yatağı başına yılda en az bir beyin ölümü vakası bildirilmesi gerekirken iki bin beş yüzün üzerinde ventilatörlü yoğun bakım yatağı mevcut olan ülkemizde bu sayının neredeyse beşte biri kadar beyin ölümü bildirimi yapıldığı, bu durumun beyin ölümlerinin bildirimleri konusunda bir takım aksaklıkların ve eksikliklerin bulunduğunu gösterdiği vurgulanmıştır⁷⁵². Bu aksaklık ve eksikliklerin ise yoğun bakım ünitelerinde çalışan hekimlerin ölümün tespiti kriteri olarak beyin ölümü anlayışına inanmaması, hukuki sorumluluk altına girme korkusu veya bir an evvel mesaiyi tamamlama isteği gibi nedenlere dayandığı ileri sürülmektedir⁷⁵³.

Ölümlerden yapılan organ ve doku naklinin başarısı, nakledilecek organ veya dokunun fonksiyonunu yitirmemiş olmasına ve naklin kısa sürede gerçekleştirilmesine bağlıdır. Zira nakledilecek organ veya dokunun işlevini kaybetmemesi için vericinin ölümünden hemen sonra alınarak alıcıya nakli gerekmektedir⁷⁵⁴. Her ne kadar organ ve dokunun özel tekniklerle soğutulmak suretiyle özelliğinin korunması mümkün ise de, uzun süre bu şekilde muhafaza edilmeleri mümkün olmayıp bunun kısa süreli bir çözüm olduğu gözetilerek naklin bir an evvel gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁷⁵⁵.

Ölüden organ veya doku naklinin ilk koşulu, vericinin ölmüş olmasıdır. Bununla beraber naklin başarılı şekilde neticelenebilmesi için nakledilecek organ veya dokunun canlılığını muhafaza etmesi gerekmektedir⁷⁵⁶. Bu kapsamda ölüden organ ve doku nakli bakımından ölümün tarifi ve ölüm anının tespiti önemli bir sorundur⁷⁵⁷.

Ölüden organ veya doku naklinin diğer koşulu ise, ölenin organ ve dokularının alınmasına sağlığında kendisinin rıza göstermesi veya bu yönde bir rıza açıklaması yoksa sağlığında organ veya dokularının alınmasına karşı olduğunu belirtmemesi kaydıyla yakınlarının rıza göstermesidir. Ancak ölenin sağlığında ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasını yasaklamamış yani aksine bir vasiyeti olmamak şartıyla kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular ölenin kendisi ve yakınlarının rızası aranmaksızın alınabilir. Keza kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır

⁷⁵² Genelgenin tam metnine ulaşmak için bkz: <https://www.saglik.gov.tr/TR,10980/beyin-olumu-bildirimlerinin-ve-kadavra-organ-bagisinin-artirilmasi-genelgesi-200860.html> (s.e.t.: 01.01.2022).

⁷⁵³ **Gülen Kurt** (2020a), s. 16; **Hakeri** (2016), s. 99.

⁷⁵⁴ **Soyaslan**, s. 341; **Ateş Sarıdağ**, s. 60.

⁷⁵⁵ **Kancı**, s. 6.

⁷⁵⁶ Bkz. **Gülen Kurt** (2020a), s. 16; **Ekiz**, s. 85; **Ateş Sarıdağ**, s. 60.

⁷⁵⁷ **Akıncı**, s. 101; **Kancı**, s. 6.

harabiyet nedeniyle hayatını kaybetmiş olan bir kişinin yanında yakınları yoksa ODNK m. 14/4'te belirtilen koşulların gerçekleşmesi kaydıyla vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir.

3.1. Vericinin Ölmüş Olması

Ölüden organ ve doku naklinin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için her şeyden önce vericinin ölmüş olması gerekmektedir.

TMK m. 28 hükmünde kişiliği sona erdiren hukuksal bir olay olarak düzenlenen ölüme pek çok hukuksal sonuç bağlanmakla birlikte kavramın tanımına ve ölümün ne zaman meydana geldiğine yer verilmemiş; ölümün tanımı ve saptanması hususu tıp bilimine bırakılmıştır⁷⁵⁸. Biyotıp Sözleşmesinin 2002 tarihli İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokolünde de ölümün tarifi ve nasıl tespit edileceği hususuna yer verilmemekle birlikte, 16 ncı maddesinde ölüden organ alınmasının bu kişinin kanuna göre ölü olduğunun belgelenmesi durumunda mümkün olacağı belirtilmiş ve her ülkenin kendi ölüm kriterini kabul etmesine olanak tanınmıştır⁷⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, ölüm kavramının tarifi ve ölüm anının tespiti tıp biliminin verilerine göre belirlenecek olsa da⁷⁶⁰ ceza hukuku, aile hukuku, miras hukuku gibi hukukun birçok alanı ile birlikte organ ve doku nakli hususunda da kendisine önemli sonuçlar bağlanan ölümün tanımı ve tespitine hukukun tamamen yabancı kalması düşünülemez. O halde yapılması gereken; kanunkoyucu tarafından tıp biliminin gösterge, öneri ve verileri kullanılarak ölümün tespiti yöntemlerine birtakım direktif ve sınırlamalar getirilmek suretiyle bu yöntemlere normatif yön vermek ve böylesine mühim bir alanı muğlâklıklara yer vermeyecek şekilde kesin çizgilerle belirleyerek ölüme ilişkin hukuk kuralları koymaktır⁷⁶¹. Konumuz açısından bir örnek vererek açıklamak gerekirse, bir başkasının sağlığına kavuşmasını sağlamak için, ölüm hali kesin olmayan bir kimsenin

⁷⁵⁸ Öztan, s. 225; Ayrıca bkz. Dural/Öğüz, s. 21.

⁷⁵⁹ Hakeri (2013), s. 190; Köksal, s. 105.

⁷⁶⁰ Hukukçu, ölümün ne olduğu ile ilgilenmeyip, tıp biliminin yapılan saptamanın sonuçları ile meşgul ve alakadar olmalıdır. Bkz. Ayiter, s. 144.

⁷⁶¹ Toroslu (1978), s. 106-107; Aydın (2011), s. 138.

yaşamı feda edilemez⁷⁶². Böyle bir halde hekimin cezai ve hukuki sorumluluğu olacaktır⁷⁶³. Bu sebeple ölüm hali tereddütlere mahal bırakmayacak kesinlikte belirlenmelidir.

İfade etmek gerekir ki, ölümün tarifi ve ölüm anının tespiti kriterlerinin etik bakımdan incelenmesini daha önce gerçekleştirdiğimiz için, burada konu mer'i mevzuatta yer alan hükümlerle sınırlı olarak ele alınacaktır.

3.1.1. Ölüm Kavramı

Hukuki olarak ölüm, “insan yaşamının ve buna bağlı olarak kişiliğin sona ermesi” şeklinde tarif edilmektedir⁷⁶⁴.

Esasında ölüden organ ve doku nakli bakımından asıl önemli olan ölümün tanımından ziyade ölümün ne zaman gerçekleştiği, yani ölüm anının tespitidir⁷⁶⁵. Nitekim ünlü Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny de ölüm kavramını ayrıntılı olarak tanımlamanın gerekli olmadığını belirtmiştir⁷⁶⁶.

3.1.2. Ölüm Anının Tespiti

Organ nakli yönünden esas önemli olan ölümün tespitidir. Zira daha önce de vurgulandığı üzere yaşamsal önemi haiz organlar yalnızca ölü olarak kabul edilen kimselerden alınabilmektedir. Örnek vermek gerekirse hayata tutunabilmek için kalp nakli bekleyen bir hasta için tek yol ölmüş bir kimsenin kalbinin alınarak kendisine aktarılmasıdır.

Ölüm anının tespiti hususunda klasik (biyolojik) ölüm ve beyin ölümü olmak üzere iki farklı anlayış bulunmaktadır.

⁷⁶² Gürbüz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 258.

⁷⁶³ Kılıçoğlu, s. 258; Yenerer Çakmut, s. 163.

⁷⁶⁴ Akıncı, s. 103; Akipek/Akıntürk, s. 258.

⁷⁶⁵ Yenerer Çakmut, s. 165; Akıncı, s. 103.

⁷⁶⁶ Schroth, s. 313.

3.1.2.1.Klasik (Biyolojik) Ölüm Anlayışı

Klasik ölüm anlayışına göre, bir kimsenin ölü olarak kabul edilebilmesi için kişiye canlılık özelliği sağlayan büyük hayat fonksiyonları olan dolaşım, solunum ve sinir sisteminin durması ile kalp atışlarının sona ermesi gerekmektedir⁷⁶⁷. Biyolojik ölüm olarak da adlandırılan anlayışa göre, kişinin kalbi durmadığı müddetçe beyin fonksiyonları ne derece ağır hasar görmüş olursa olsun, ölü sayılamaz⁷⁶⁸. Bu anlayışta son kalp atışı ve son nefes ile ölüm gerçekleşmektedir⁷⁶⁹.

Klasik ölüm ile karıştırılan *linik ölüm* halinde, klasik ölümden farklı olarak kalp atışı ve solunum bulunmakla birlikte merkezi sinir sistemi çalışmamaktadır⁷⁷⁰.

Ölüm olayı, esasında ani olarak gelişip biten bir olay olmayıp, kısa da olsa devamlılık arz eden bir süreçtir⁷⁷¹. Ölüm bir süreç olduğu içindir ki, vücudun parçaları oksijensiz kalmaya tahammüllerine göre birbirinden bağımsız olarak ölürlür⁷⁷². Zira her organ ve dokunun oksijen eksikliğini tolere durumunun farklı olduğu, yani her vücut parçasının belirli bir süre oksijensiz kalmaya tahammülü olduğu, bu sürenin geçmesiyle geri dönüşsüz şekilde fonksiyonlarını yitirdiği saptanmıştır⁷⁷³. Bunun sonucunda oksijen eksikliği toleresi yüksek olan organın ölümü de o denli geç olacaktır⁷⁷⁴. Bu çerçevede oksijen eksikliğini en az tolere eden organ olan beyinde, 3-8 dakikalık oksijensiz kalmada beyin kabuğu bölgesi olan kortekste işlev kaybı oluşurken, 5-10 dakikalık oksijensizlikte ise beyin sapında tamamen ve geri dönüşsüz fonksiyon kaybı gerçekleşir⁷⁷⁵.

Dolaşımı ve solunumu durmuş kişilerin vücut fonksiyonlarının tıpta geliştirilen reanimasyon yöntem ve cihazları vasıtasıyla sürdürülebilmesinin sağlanması, klasik ölüm anlayışının ölüm halini saptamada yetersiz kaldığını ve tıp alanında yeni bir ölüm kriteri koyma gereğini ortaya koymuş; bu durum beyin ölümü anlayışını gündeme getirmiştir⁷⁷⁶. Diğer bir anlatımla, ölüm halinin tespitinde uzun zamandır kullanılan geleneksel yöntemler

⁷⁶⁷ Bayraktar (1972), s. 183; Hakeri (2016), s. 95; Soyaslan, s. 340.

⁷⁶⁸ Er, s. 104; Köksal, s. 103.

⁷⁶⁹ Bayraktar (1972), s. 183; Dural/Öğüz, s. 21; Kanıcı, s. 6; Yenerer Çakmut, s. 164.

⁷⁷⁰ Dural/Öğüz, s. 22; Gülen Kurt (2020a), s. 19.

⁷⁷¹ Kanıcı, s. 6; Schroth, s. 314.

⁷⁷² Gözübüyük, s. 99; Gülen Kurt (2020a), s. 19.

⁷⁷³ Gözübüyük, s. 98; Schroth, s. 314-315.

⁷⁷⁴ Schroth, s. 315.

⁷⁷⁵ Gözübüyük, s. 98.

⁷⁷⁶ Bayraktar (1972), s. 183-184; Köksal, s. 103-104.

olan nefes alıp vermenin ve kalbin durması kriterleri tıptaki son ilerlemeler karşısında ölümü tespit etmede yetersiz kalmıştır. Gerçekten de bir kimsenin kalbi ve solunumu tamamen dursa bile beyin bir süre daha canlılığını ve işlevini devam ettirdiği için kalp masajı veya suni solunum ya da yeniden canlandırma aletleri gibi müdahalelerle bu sistemlerin yeniden canlandırılabilmesi mümkün olabilmektedir⁷⁷⁷.

Diğer yandan klasik ölüm anlayışının kabulü, nakil bekleyen hastalar için önemli ve vazgeçilmez bir tedavi yöntemi olan ölüden organ ve doku naklinin başarılı şekilde sonuçlanabilmesini de olanaksız hale getirmektedir⁷⁷⁸.

3.1.2.2.Beyin Ölümü Anlayışı

Beyin ölümü, insan beyninin vücudu yönetme imkân ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak biçimde kaybetmesi hali olarak tanımlanmaktadır⁷⁷⁹. Beyin ölümünde, bir kişiye insan olma özelliğini veren en önemli organ olan beynin, vücudu idare etme olanak ve kabiliyetini tamamıyla ve geri dönüşsüz kaybetmesi söz konusudur⁷⁸⁰. Bu anlayışta beyin fonksiyonları tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde son bulan kişinin yapay cihazlarla solunumunu ve kan dolaşımını yerine getirebilmesi yaşadığını göstermemektedir⁷⁸¹. Diğer bir ifadeyle, kalp atışı devam ediyor olsa bile, kişinin beyin fonksiyonlarının geri dönüşsüz şekilde ve tamamen son bulması halinde öldüğü kabul edilir⁷⁸². Hatta kalbi atmakla birlikte beyin ölümü gerçekleşmiş olan bu kişilere “*kalbi atan kadavra*” denilmektedir⁷⁸³. Esasen beyin ölümü, klasik ölümün habercisi olup beyin ölümünün vuku bulmasından bir süre sonra organların da öleceği kesindir ve hayata geri dönmek mümkün değildir⁷⁸⁴. İşte insanın kişiliğini oluşturan, vücuttaki organların çalışmasını ve birbirleriyle koordinesini sağlayan, kısaca vücudu yöneten organ olan beynin fonksiyonlarını geri dönülmez şekilde tamamen

⁷⁷⁷ Aydın (2011), s. 139; Dural/Öğüz, s. 22; Gözübüyük, s. 97.

⁷⁷⁸ Erem, Faruk (1979) ‘Organ Nakli Hakkında Kanun’, Yargıtay Dergisi, S: 4, C: 5, s. 712; Koçak Süren, s. 178.

⁷⁷⁹ Akıncı, s. 102-103; Battal, s. 112.

⁷⁸⁰ Er, s. 104; Battal, s. 112.

⁷⁸¹ Soyaslan, s. 340; Taşkın, s. 121.

⁷⁸² Gürbüz, s. 145; Bayraktar (1972), s. 185.

⁷⁸³ Polat, s. 19; Battal, s. 113.

⁷⁸⁴ Schroth, s. 315; Gözübüyük, s. 99.

yitirmesiyle bu organizasyonu sağlayamaması söz konusu olacağından, bu durum ölümün saptanmasında beyin ölümü kriterini benimsemeyi gerektirmiştir⁷⁸⁵.

Beyin ölümü, dünyanın birçok yerinde ölünün organlarının alınabileceği zaman olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁶. Başka bir anlatımla ölüm halinin tespiti kriteri olarak beyin ölümü anlayışının benimsenmesi, kan dolaşımı ve kalp atımı devam etmekle birlikte beyin fonksiyonları geri dönüşsüz sona eren kişilerin kalp ve akciğer gibi yaşamsal önemi haiz organlarının canlılıklarını ve işlevlerini kaybetmeden nakil amacıyla alınabilmesine imkân sağlamaktadır⁷⁸⁷. Zira naklin başarılı şekilde sonuçlanabilmesi için kendisinden organ alınan kişinin ölü olmasıyla birlikte nakledilecek organın canlılığını sürdürmesi gerekmektedir⁷⁸⁸. Bu kriter sayesinde vericinin kalbi çalışıp nefes alıp vermeye devam ederken, yani kalp canlılığını ve işlevliğini korurken kalbi alınarak nakil bekleyen bir hastaya aktarılmaktadır⁷⁸⁹.

İfade etmek gerekir ki, beyin ölümünün gerçekleştiğine karar verebilmek için ölüme engel olmayı sağlayacak tüm çaba ve yolların denenmesi ve fakat buna rağmen kişinin yaşama hiçbir zaman dönmeyeceğinin tıbben objektif ve nesnel ölçütlerle tereddütsüz şekilde tespit edilmesi gerekmektedir⁷⁹⁰.

Beyin ölümünün tespiti hususunda dünyada yaygın olarak üç aşamalı bir sistem uygulanmaktadır⁷⁹¹. İlk aşamada hastada meydana gelen beyin hasarı ile benzer belirtiler gösterebilecek locked in sendromu veya apalilik hastalığı gibi durumların mevcut olup olmadığının tespiti yapılırken, ikinci aşamada bunlara ilave olarak derin komanın ve beyin sapı reflekslerinin tam kaybının gerçekleşip gerçekleşmediği ile spontane solunumun durup

⁷⁸⁵ **Gözübüyük**, s. 99; **Bayraktar** (1972), s. 184; Bununla birlikte beyin ölümü kriterinin ölümün tespitine ilişkin yeterli bir ölçüt olamayacağı, esasında beyin fonksiyonları tamamen ve geri dönüşsüz olarak kayba uğrayan kişilerin ölü olarak kabul edilemeyip canlı olduğu, bu kriterin ölümün tespitini öne çekerek sırf kişiden yaşamsal önemi haiz organların işlevliğini yitirmeden alınarak şifa bekleyen hastalara başarılı şekilde nakledilmesini sağlamak amacıyla geliştirildiği, zira beyin ölümü kriterinin önde gelen savunucularından bazılarının bile beyin ölümü gerçekleşen kişileri organlarını bağışlayabilecek veya kendisinden organ nakli yapılabilecek kadar ölü kabul ettikleri görüşü de dile getirilmektedir. Bkz. **Sade, Robert M.** (2011) 'Brain Death, Cardiac Death and the Dead Donor Rule', Journal of the South Carolina Medical Association, Vol: 107, Iss: 4, s. 148; **Youngner, Stuart J.** (2016) 'How to Communicate Clearly About Brain Death and First-Person Consent to Donate', Vol: 18, Iss: 2, s. 110.

⁷⁸⁶ **Schroth**, s. 317.

⁷⁸⁷ **Toroslu** (1978), s. 105; **Soyaslan**, s. 341; Nitekim **Gökçen**, kalp nakli bakımından ölüm anının öne alınmasında tıbbi zaruret bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. **Gökçen** (2000), s. 73.

⁷⁸⁸ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 129; **Gürzumar**, s. 374.

⁷⁸⁹ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 129; **Aydın** (2011), s. 137.

⁷⁹⁰ **Dural/Öğüz**, s. 22-23.

⁷⁹¹ **Koçak Süren**, s. 179; **Erpek**, s. 24; **Battal**, s. 114.

durmadığı tespit edilir. Belirtelim ki bu aşamanın tamamlanması ve beyin ölümünden bahsedilebilmesi için derin komanın ve beyin sapı reflekslerinin tam kaybının gerçekleşmesi ve bir müdahale olmaksızın spontane solunumun durması gerekir⁷⁹². Bunlar beyin ölümü tanısının konulabilmesi için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Beyin ölümünün varlığı için gerekli olan üçüncü ve son aşamada ise bütün bu belirtilerin belirli bir süre sürüp sürmediği belirlenir⁷⁹³. Bu süre ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle birlikte, yukarıda bahsedilen belirtiler belirlenen süre boyunca devam ediyorsa beyin ölümünün gerçekleştiğine karar verilir.

3.1.2.3.Türk Hukukunda Kabul Edilen Anlayış

ODNK'nın yürürlüğe girmesinden önceki süreçte Türk Tabipler Birliğinin 18.04.1968 tarihli komite kararında *“beynin fonksiyon yapmaması, solunum ve dolaşımın ancak suni araçlarla devam ettirilebilmesi ve bu araçlar kullanılmadığı takdirde bu fonksiyonların tamamının durması olarak belirlenen fizyolojik ölümün vuku bulması halinde bu kişinin ölmüş olduğu ve bu kişiden organ nakli yapılabileceği”* kabul edilmiştir⁷⁹⁴. Her ne kadar kararda fizyolojik ölüm ibaresi kullanılmış ise de tarifi içeriği dikkate alındığında beyin ölümü anlayışının kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷⁹⁵. Anılan karardan bir yıl sonra, Yüksek Sağlık Şurasının 24.11.1969 tarihli ve 6293 sayılı kararında yer alan *“ölüm... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamiyle durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur”* ifadesiyle ölüm halinin tespiti olarak açıkça beyin ölümü kriteri benimsenmiştir⁷⁹⁶.

Alman Operatörler Birliği de 1968 yılında ölümün tespiti kriteri olarak beyin ölümü anlayışını benimseyerek bir kişinin ölmüş sayılabilmesi için beyin yeniden düzelmeyecek

⁷⁹² Aydın (2011), s. 140; Erpek, s. 25.

⁷⁹³ Bkz. Koçak Süren, s. 179-180; Erpek, s. 25.

⁷⁹⁴ Gözübüyük, s. 98; Kanıcı, s. 7; Gürzumar, s. 375; Akıncı, s. 110; Anılan kararda ölümün gerçekleştiğinin kabulü için şu koşulların bir arada bulunması aranmıştır: 1- İki taraflı devam eden midriasis, 2- Bütün reflekslerin tam kaybı, 3- Solunum ve dolaşımın spontan çalışmasının durması ve ancak reanimasyon tedbirleri ile sağlanması; reanimasyon tedbirleri yeterli süre uygulandığı halde normal solunum ve dolaşımın sağlanamayacağına dair karar verilmesi, 4- Beynin fonksiyon yapamadığının EEG metoduyla tespit edilmesi, EEG'nin aktif bir belirti göstermemesi ve yeniden canlandırma metodlarıyla da hiçbir aktif belirti göstermemekte devam etmesi, 5- Ölümün tespiti için bu kriterlerin tek tek değil bütününün göz önüne alınması. Bkz. Dural/Öğüz, s. 23.

⁷⁹⁵ Akıncı, s. 110; Köksal, s. 105, dn. 369.

⁷⁹⁶ Yüksek Sağlık Şurasının yayımlanmamış bu kararının tamamı için bkz. Bayraktar (1972), s. 186.

şekilde harap olması gerektiğini, bilincin yok olması veya felce neden olacak şekilde beyin hücrelerinin bir kısmının harap olmasının ise ölümün gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olmayacağını kabul etmiştir. Keza İsviçre Tıp Bilimleri Akademisi de 1969 yılında aynı neticeye varmıştır⁷⁹⁷.

ODNK’da kendisine oldukça önemli hukuki sonuçlar bağlanan ölümün tanımına yer verilmemiş ve ölümün tespiti kriterlerinden hangisinin tercih edildiğine ilişkin açık bir belirleme yapılmamıştır⁷⁹⁸. ODNK’nın “Ölüm halinin saptanması” kenar başlıklı 11 inci maddesinde klasik ölüm veya beyin ölümü yerine “*tıbbi ölüm*” ifadesine yer verilmiştir. Öğretide *bir görüş*, ODNK’da ölümün tanımının yapılmasının bilimsel gelişmelerin önünü kapatacağı, bu nedenle ölümün tanımına ve ölüm anlayışı tercihine yer verilmemesinin isabetli bir tercih olup, bu sayede Kanunun herhangi bir değişiklik yapılmaksızın zamanın tıbbi ilerlemesine ayak uyduracağını ifade etmiştir⁷⁹⁹. Buna karşılık *bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüş ise*, tıbbi ölüm kavramının yeterli olmadığını, ODNK’da hangi ölüm anlayışının benimsendiğine açıkça yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁰⁰. Mukayeseli hukuka bakıldığında, örneğin Alman Organ Nakli Kanunu m. 19 hükmü dikkate alınarak beyin ölümü anlayışının benimsendiği kabul edilmektedir⁸⁰¹.

Her ne kadar ODNK hükümlerinden tıbbi ölüm ifadesiyle hangi ölüm anlayışının kastedildiği belirlenemese de ONHY m. 8 ve ek-1 hükümleriyle tıbbi ölüm ifadesiyle kastedilenin beyin ölümü anlayışı olduğu anlaşılmaktadır⁸⁰². Ek-1’de beyin ölümü “*linik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır.*” şeklinde tanımlanmış; beyin ölümü tanısı konulabilmesi için bulunması gereken kriterler düzenleme altına alınmıştır. O halde hukukumuzda kabul edilen ölüm anlayışının beyin ölümü anlayışı olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte öğretide ölümün tanımı ve benimsenen ölüm anlayışının yönetmelik hükmüyle düzenlenmesi haklı olarak eleştirilmektedir⁸⁰³. Zira yaşam ve ölüm gibi bireyi doğrudan ilgilendiren alanların, yönetmeliklere bırakılamayacak kadar önem arz etmesi sebebiyle kanunla düzenlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır⁸⁰⁴. Bu

⁷⁹⁷ Dural/Öğüz, s. 23.

⁷⁹⁸ Gözübüyük, s. 100; Erem, s. 712.

⁷⁹⁹ Gürzumar, s. 383-384; Erem, s. 712.

⁸⁰⁰ Ünver (2005a), s. 191; Akıncı, 111; Bayraktar (1979), s. 18-19.

⁸⁰¹ Deutsch, Ernst (2009) ‘05.11.1997 Tarihli Alman Organ Nakli Kanunu’, (Çeviren: Fatih Dönmez), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 138; Zengin, s. 175.

⁸⁰² Toroslu (1978), s. 108; Gözübüyük, s. 101; Hakeri (2016), s. 95.

⁸⁰³ Aksi yöndeki görüş için bkz. Köksal, s. 107.

⁸⁰⁴ Hakeri (2013), s. 191; Hakeri (2016), s. 96.

yüzden benimsenen ölüm anlayışına ilişkin tanım ve kriterlere yönetmelikten ziyade ODNK'da yer verilmesi daha isabetli olurdu⁸⁰⁵. Ancak belirtelim ki ölümün tanımı ve tespiti kriterinin kanunla düzenlenmeyip yönetmelikle düzenlenmesi, yönetmelik hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmemektedir⁸⁰⁶. Kaldı ki halen yürürlükte olan ONHY hükümlerinin, kanuna aykırılık içermediği sürece uygulanması gereklidir.

ONHY m. 8/1 hükmünde beyin ölümüne ek-1'de yer alan kriterler ile Ulusal Organ Nakli ve Bağışı Koordinasyon Sistemi Uygulama Rehberindeki kriterlere uygun olarak karar verileceği düzenleme altına alınmıştır. ONHY ek-1'de beyin ölümü tanısının konulmasında aşamalı bir yol belirlenmiştir. Buna göre beyin ölümü tanısı için öncelikle ön koşulların bulunması gerekmektedir. Bulunması gereken bu ön koşullar ek-1/1'de⁸⁰⁷ bentler halinde sayılmıştır. Bu ön koşullardan birinin gerçekleşmemesi halinde beyin ölümü tanısına yönelik işlemlere başlanamaz. Ön koşullarının tamamının bulunması halinde ise ikinci aşama olan ONHY ek-1/2 ve devamı fıkralarında⁸⁰⁸ belirtilen temel bulgu ve hususların varlığına geçilir. Bu temel bulgu ve hususların da bulunması durumunda beyin ölümü tanısı tamamlanmış

⁸⁰⁵ Aynı yönde bkz. **Gürbüz**, s. 147.

⁸⁰⁶ **Hakeri** (2013), s. 191; **Hakeri** (2016), s. 96.

⁸⁰⁷ "a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması, b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması, c) Santral vücut ısı $\geq 36^{\circ}\text{C}$ olması, ç) Hipotansif şok tablosu olmaması, d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması, e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması"

⁸⁰⁸ "(2) Birinci fıkra da yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır. a) Derin komanın olması (Tam yanıtsızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınamaması), b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması. Beyin sapı refleksi için aşağıdaki kontroller yapılır: 1) Pupiller parlak ışığa yanıtsız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm), 2) Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu, 3) Kornea refleksi yokluğu, 4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu. c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz: a) Derin tendon reflekslerinin alınması, b) Yüzeysel reflekslerin alınması, c) Babinski işaretinin bulunması, ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması, d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması, e) Diabetes insipidus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda; a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir. b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir. c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz."

ölür⁸⁰⁹. Ekleyelim ki anılan hükümlerde belirtilen ölüm halinin tespiti için yapılacak testlerde kişinin yakınlarının rıza ya da muvafakatının alınmasına gerek yoktur⁸¹⁰.

Ölüm halinin saptanması konusunun düzenlendiği ODNK m. 11'in ilk halinde tıbbi ölüm haline, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oy birliğiyle karar verileceği hükmolunmuş idi. Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde tıbbi ölüm anının tespiti bakımından dört hekimin uzlaşısını aramanın organ nakillerinin şartlarını gereksiz olarak ağırlaştırdığı belirtilerek tıbbi ölüme karar verecek hekim kurulunun iki kişiden oluşmasının güvence sağlamada yeterli olacağı belirtilmekteydi⁸¹¹. Ayrıca hükümde tıbbi ölüm halinin saptanmasında uygulanması gereken bir ölçüt olarak yer verilen *“bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri”* nin yazılış biçimi itibarıyla bu konuda doğru bir ölçüt olamayacağı, zira ifadenin lafzından tıp alanındaki güncel ilerleme ve gelişmelerin ülkeye henüz girmemesi durumunda ülkedeki bilimin ulaştığı güncelliğini yitirmiş, eski tıbbi yöntem ve kuralları uygulanarak tıbbi ölüm halinin saptanmasına hukuken cevaz verildiği gibi amaca matuf olmayan sakıncalı bir anlam çıktığı belirtilmekteydi. Bundan dolayı da anılan ifadenin daha objektif bir ölçüt olması nedeniyle *“tıp meslek ve sanatının gerektirdiği kural ve yöntemlerin uygulanması suretiyle”* şeklinde değiştirilmesi önerilmekteydi⁸¹².

Bu eleştiri ve önerileri dikkate alan kanunkoyucu, 02.01.2014 tarihli ve 6541 sayılı Kanunun 41 inci maddesiyle ODNK m. 11 hükmünü değiştirerek, ODNK'nın 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 verileceğini hükme bağlamıştır. Böylece yeni düzenlemeyle tıbbi ölüm haline karar verecek hekimler kurulunda yer alacak hekim sayısı tıpkı Almanya uygulamasında⁸¹³ olduğu gibi ikiye düşürülmüş; tıbbi ölümün gerçekleştiğine *“bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemler”* yerine *“kanıta dayalı tıp kurallarına”* uygun olarak karar verileceği düzenleme altına alınmıştır⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ Vural, s. 50-51.

⁸¹⁰ Gülen Kurt (2020a), s. 22; Erpek, s. 26.

⁸¹¹ Bkz. Paç, s. 211; Taşkın, s. 123; Zengin, s. 176.

⁸¹² Bayraktar (1979), s. 19.

⁸¹³ Alman Organ Nakli Kanunu m. 5/1 hükmünde tüm beyin ölümünün gerçekleştiğine bu alanda uzman iki hekim tarafından birbirinden bağımsız olarak karar verileceği düzenleme altına alınmıştır. Bkz. Schroth, s. 317.

⁸¹⁴ Köksal, s. 108-109; Vural, s. 16-17.

Esasında kanunkoyucu ODNK m. 11 hükmüyle, tıp biliminin benimsediği ölüm kriterini hukukun da benimsediğini ifade etmektedir⁸¹⁵.

Diğer yandan, kanunkoyucu ODNK m. 11'in gerek değişiklikten önceki gerekse değişiklikten sonraki halinde tıbbi ölümün gerçekleştiğine oybirliği ile karar verileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla hekimler kurulunda yer alan hekimlerden birinin beyin ölümünün gerçekleştiği tespitine katılmaması halinde, beyin ölümü tanısına karar verilemeyeceği gibi onay vermeyen hekimin yerine başka bir hekim de çağrılmaz⁸¹⁶. Bu hekim kanaatini değiştirmedigi sürece, beyin ölümünün gerçekleştiği kabul edilemeyecektir⁸¹⁷.

ODNK m. 12 hükmünde alıcının tedavisini yürüten hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ODNK m. 11'de belirtilen ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almalarının yasak olduğu düzenlenerek tıbbi ölüm halinin tespitinde tarafsızlığın sağlanması amaçlanmıştır. Bu sayede; organ ve doku naklinde alıcının ve vericinin çatışan menfaatlerinin dengelenmesi, bu konudaki olası spekülasyonların önlenmesi ve sırf bir başkasının yaşamını kurtarmak uğruna ölüm halinin saptanmasında keyfi kararlar verilmesi önlenmek istenmiştir⁸¹⁸.

ODNK m. 13'te ise, ölüm halini tespit eden hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl tespit edildiğini gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak tanzim edip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorunda oldukları, bu tutanak ve eklerinin ilgili sağlık kurumunda on yıl süreyle saklanacağı hükme bağlanmıştır. Ölümün gerçekleştiği anın tespiti başta organ veya doku nakli ve miras hukuku olmak üzere birçok bakımdan önem arz etmektedir⁸¹⁹. Söz gelimi on sekiz yaşını doldurmamış birinin nakil amacıyla kalbi alınacaksa bu kişinin ölmüş olması gerekmektedir. Aksi halde gerçekleştirilen işlem hukuka aykırı olacağı gibi bu suretle kişinin ölümüne neden olunacağından somut olayın özelliklerine göre kasten veya taksirle öldürme suçundan cezai sorumluluk gündeme gelecektir. Ölüm saati olarak hangi anın esas alınması gerektiği hususuna gelince hekimler kurulunun beyin ölümünün gerçekleştiğine ilişkin tanzim ettikleri raporu imzaladıkları anın ölüm anı olarak kabul edilmesi gerekir. Hekimler kurulunu oluşturan hekimlerin, raporu

⁸¹⁵ **Hakeri** (2013), s. 190; **Hakeri** (2016), s. 95.

⁸¹⁶ **Gürbüz**, s. 148; **Erpek**, s. 26; **Hakeri** (2016), s. 97.

⁸¹⁷ **Hakeri** (2013), s. 192; **Erpek**, s. 26; **Hakeri** (2016), s. 97.

⁸¹⁸ **Kılıçoğlu**, s. 259; **Gürbüz**, s. 148.

⁸¹⁹ **Hakeri** (2013), s. 192; **Erpek**, s. 26; **Hakeri** (2016), s. 97-98.

farklı zamanlarda imzalamaları durumunda ise ölüm anı, ikinci imzanın atıldığı an olarak kabul edilmeli ve ölüm saati olarak yazılmalıdır⁸²⁰.

ONHY m. 8 uyarınca beyin ölümü teşhisi konulan vakalar, vakanın bulunduğu hastanede yer alan organ ve doku nakli koordinatörü tarafından, koordinatörün bulunmaması durumunda ise başhekimlikçe Bölge Koordinasyon Merkezine bildirilir. Beyin ölümü teşhisi konulan vakalarda, organ bağışına ilişkin rızanın bulunup bulunmadığı belirlenene kadar vücuttaki organlar, nakil için kullanılabilmesi maksadıyla protokol adı verilen organ koruma işlemine alınır. Organ bağışına ilişkin rızanın bulunmaması durumunda, uygulanan organ koruma protokolüne son verilir.

İfade edelim ki, beyin ölümünün gerçekleştiğine karar verilmesi halinde ölenin yakınlarının herhangi bir talebi ya da rızası aranmaksızın yaşam desteğinin kesilmesi gerekir. Bu konuda yakınların yaşam desteğinin kesilmesine rıza göstermemesi hiçbir sonuç doğurmaz. Zira beyin ölümü gerçekleşen kişinin tıbben öldüğü kabul edildiğinden ve yaşama geri dönme ihtimali bulunmadığından, ölü bir kimseye yaşam desteğine devam etmenin hiçbir faydası bulunmamaktadır. Hatta yaşam desteğine ihtiyacı olan başka bir hastanın bulunması durumunda, yaşam desteğini beyin ölümü gerçekleşen kişiden kesmeyip ona bağlı tutmaya devam eden hekimin görevi ihmal; hastanın ölmesi ya da zarar görmesi halinde ihmal suretiyle yaralama veya öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁸²¹.

Bu başlık altında değinilmesi gereken son husus, otopsi yapılması gerekli olan durumlarda beyin ölümü gerçekleşen bir kişinin nakil amacıyla organ ve dokularının alınmasının mı yoksa otopsi işleminin mi öncelikle gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Nakil amacıyla organ ve dokuları alınacak beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerde öncelikle otopsi yapılmasının, bu süre zarfında oluşan zaman kaybı nedeniyle zamanla yarışılan nakil operasyonunun başarısını olumsuz yönde etkileyeceği bir gerçektir. Esasen ODNK m. 14/4'te kaza veya doğal afetler sonucu ölen kişilerle sınırlı olmak üzere konu çözüme kavuşturulmuştur. Gerçekten de anılan hüküm uyarınca, bir kişinin yaşamının kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle sona erdiği hallerde otopsi, organ ve doku alımı tamamlandıktan sonra yapılır.

⁸²⁰ **Hakeri** (2016), s. 98; **Köksal**, s. 110-111.

⁸²¹ **Hakeri** (2013), s. 197; **Hakeri** (2016), s. 103-104.

Asıl mesele kişinin kaza veya doğal afet haricindeki bir nedenle hayatını kaybettiği hallerde organ alımına mı yoksa otopsiye mi öncelik verileceğidir. *Hakeri*, bu durumda ODNK m. 14/4 hükmünün kıyasen uygulanarak sorunun çözülebileceğini savunmaktadır⁸²². *Kanaatimizce* istisnai hükümlerin kıyasen uygulanamayacağı hususu dikkate alındığında, bir istisnai hüküm olduğunda kuşku bulunmayan ODNK m. 14/4'ün uygulama alanı kıyas yoluyla genişletilemez. Zira kanunkoyucu, ODNK m. 14/4'ün uygulama alanını kaza veya doğal afetler sonucu hayatını kaybeden kişilerle sınırlandırmış olup, isteseydi hükmün uygulama alanını daha geniş düzenleyebilirdi. Bu nedenle mesele, ODNK m. 14/4 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla çözülemez. Öğretide konuya ilişkin görüşleri aktaracak olursak *bir görüş*, suç delili elde edilebilmesi için gerçekleştirilen otopsi işlemine öncelik verilmesini, bu işlem tamamlandıktan sonra organ ve doku alımına geçilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸²³. *Diğer görüş*, otopsinin mutlaka delil elde edilmesiyle sonuçlanacağını kesin olmaması ve nakillerdeki hayat kurtarma üstün yararı gözetildiğinde nakille korunan yararın otopsi ile elde edilecek yarardan üstün olduğundan savcının iznini beklemeden öncelikle organ ve doku alımının gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸²⁴. *Soyaslan*, böyle bir durumda organ ve doku alımına öncelik verilmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte suç için delil olacak organları almamak gerektiğini ifade etmektedir⁸²⁵. *Yargıtay* ise, meselenin ceza sorumluluğu kısmı ile ilgili olarak, savcıdan izin almaksızın organ alımının otopsiye göre öncelikle uygulandığı bir olayda, böbrek hastası olan sanığın hastalığının yaşamsal nitelikte olup olmadığı, nakil haricinde alternatif bir tedavi yönteminin bulunup bulunmadığı ve organ naklinde zorunluluğun mevcut olup olmadığının araştırılıp sonucuna göre sanıklar hakkında TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk halinin uygulanma şartlarının mevcudiyetinin değerlendirilmesini gerektiğini belirtmiştir⁸²⁶. *Kanaatimizce* nakillerde yaşama hakkının korunması ile otopside elde edilebilecek yarar arasında yapılan değerlendirmede yaşama hakkının taşıdığı önem nedeniyle üstünlüğü göz ardı edilemeyeceğinden, tehlikenin ağırlığı ile kullanılan vasıta arasında bir orantı bulunduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla zorunluluk durumu kapsamında

⁸²² Bkz. *Hakeri* (2016), s. 105; *Hakeri* (2013), s. 199.

⁸²³ *Metin*, s. 523.

⁸²⁴ *Hakeri* (2013), s. 198; *Hakeri* (2016), s. 104-105; Şüpheli ölümlerle sınırlı olmak üzere, beyin ölümünü saptayacak hekimler kurulunda ve daha sonraki aşama olan organ ve doku alımını yapacak olan tıbbi ekip içerisinde adli tıp uzmanı bulundurulmasının konuya çözüm sağlayabileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. *Gözübüyük*, s. 103-104.

⁸²⁵ *Soyaslan*, s. 342.

⁸²⁶ Kararın tam metni için bkz. Yarg. 12. CD, E: 2016/4051, K: 2018/524, T: 17.01.2018 (UYAP Veri Tabanı); *Gülen Kurt* (2020a), s. 24.

otopsiden önce organ veya doku alımını gerçekleştiren hekimin kusurunun bulunmaması sebebiyle cezalandırılmayacağı söylenebilir⁸²⁷.

Aslında konuya ilişkin tartışmaların önlenmesi ve tereddütlerin giderilmesi için yapılması gereken; ODNK m. 14/4'te düzenlenen haller dışında da otopsi ile nakil arasındaki öncelik ilişkisinin nasıl olacağı hususunda kanuna açık bir hüküm eklenmesidir⁸²⁸.

3.2. Rızanın Bulunması

3.2.1. Genel Olarak

Ölüden organ veya doku alınabilmesi için ölümün gerçekleşmiş olduğunun saptanmasının ardından kural olarak rızanın varlığı aranır. Zira kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında herkesin, öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına rıza gösterip göstermeme hususunda hak sahibi olduğu belirtilmektedir⁸²⁹. Bir kimseye cesedi üzerinde tasarruf imkânı tanımamak, otonomi ve kendi geleceğini belirleme hakkını hiçe saymak anlamına gelmektedir⁸³⁰. Nitekim İHAM da ölüden organ ve doku alınabilmesi için rızanın varlığının aranmaması halinde özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edileceğini belirtmektedir⁸³¹.

⁸²⁷ Hakeri (2013), s. 199; Hakeri (2016), s. 105.

⁸²⁸ Gözübüyük, s. 104; Soyaslan, s. 342; Hakeri (2013), s. 200.

⁸²⁹ Zeytin, s. 258; Gökçen (2000), s. 75; Köksal, s. 111.

⁸³⁰ Kanıcı, s. 9; Ekiz, s. 31.

⁸³¹ Letonya'da trafik kazası sonucu hayatını kaybeden bir kişinin sağlığında kendisinin, öldükten sonra da ailesinin bağış hususunda irade beyanının bulunup bulunmadığı araştırılmadan böbrek ve dalağı alınmıştır. Bunun üzerine ölenin babası, oğlu olan ölenin bedeni üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. Başvuru kapsamında konuyu inceleyen İHAM, başvuruçunun oğlunun öldüğü esnada Letonya'da organ nakli konusunda mevcut olan normların keyfiliğe karşı koruma sağlayacak şekilde yeterli ve açık olmadığı gibi başvuruçunun organ bağışı konusunda karar verme hakkı bulunmasına rağmen, bu hakkının kullanımına dair bilgilendirme yapılmadığı ve rızasına başvurulmadığı gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. **İHAM, Petrova-Letonya Davası**, Başvuru No: 4605/05, T: 24.06.2014 (HUDOC Veri Tabanı); Letonya'da gerçekleşen olayda ölen bir kimseye otopsi işlemi uygulandıktan sonra sağlığında kendisinin, ölümünden sonra da eşinin bağış hususunda rızasına başvurulmaksızın, vücudundan bir kısım dokuları alınmıştır. Ölenin eşi, ülkede kadavralardan hukuka aykırı şekilde organ veya dokuların alındığına ilişkin geniş çaplı soruşturmalar açılmasıyla olaydan yaklaşık olarak iki yıl sonra durumdan haberdar olmuştur. Konu ile ilgili olarak ulusal yargı makamları tarafından yürütülen soruşturmalar neticesinde suç unsurunun oluşmadığı kanaatine varılması üzerine başvuru, eşinin bedeninden doku alınması hususunda rızasının alınmaması gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur. Başvuru kapsamında konuyu inceleyen İHAM, tıpkı Petrova-Letonya kararında olduğu gibi, öncelikle, doku alınması hususunda rıza şartının işleyişi yönünden Letonya hukukunun belirlilikten yoksun olduğunu ve keyfiliğe karşı koruma sağlamadığını vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre insan vücudu, ölüm sonrasında dahi saygıyla muameleyi hak ettiğinden, ölenin ve eşinin rızasına başvurulmaksızın ve bilgi

Ölüden organ ve doku naklinde, şifa bekleyen ve sağlığına kavuşabilmek için tek çaresi nakil olan alıcının yaşama hakkı ile vericinin ölüm sonrası kişiliği ve cesedi üzerindeki irade hürriyeti çatışmaktadır. Menfaatlerin dengelenmesi ise, rıza vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir⁸³². Gerçekten de rızanın varlığı, bir yandan nakil bekleyen hasta olan alıcıya yaşama hakkı tanırken diğer yandan da ölenin ve yakınlarının ceset üzerindeki haklarının ihlal edilmesini engeller⁸³³.

Dünya genelinde nakil bekleyen hasta sayısının her geçen gün artmasına karşılık temin edilen organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılamaktan uzak olması, ihtiyacı karşılayacak kaynak bulma arayışları kapsamında ölüden organ ve doku alınmasında rızaya yönelik farklı modellerin benimsenmesine zemin hazırlamıştır. Gerçekleştirilen nakillerde başarı şansının organ veya dokunun canlılığını yitirmeden bir an evvel alıcıya aktarılmasına bağlı olması, rızaya ilişkin olarak benimsenen modelin önemini arttırmaktadır⁸³⁴.

Ölüden organ ve doku alınmasında rıza gösterilmesine ilişkin üç model bulunmaktadır. Bunlar; irade, itiraz ve zaruret hali modelidir⁸³⁵. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle bahsi geçen modeller ele alınacak; sonrasında ise ülkemizde benimsenen model, mevzuat hükümleri doğrultusunda açıklanmaya çalışılacaktır.

3.2.2. Rızaya İlişkin Dünyada Uygulanan Modeller

3.2.2.1. İrade Modeli

İrade modeli, ölen bir kimseden organ veya doku alınmasını, kişinin sağlığında, ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına rıza göstermesine bağlamıştır⁸³⁶. Bu modelde ölenin kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik tanınmıştır. Böylece ölenin

verilmeden ölenin bedeninden doku alınması, özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı ile insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yaşayışının ihlali sonucunu doğurur. Bkz. **İHAM, Elberte-Letonya Davası**, Başvuru No: 61243/08, T: 13.01.2015 (HUDOC Veri Tabanı).

⁸³² Gözübüyük, s. 104; Dural/Öğüz, s. 106; Gürbüz, s. 155.

⁸³³ Gürbüz, s. 155; Zevkliler, s. 288.

⁸³⁴ Köksal, s. 112; Ateş Sarıdağ, s. 124.

⁸³⁵ Aydın (2011), s. 139; Akıncı s. 125; Gökcen/Balcı (2013), s. 132; Gürbüz, s. 156.

⁸³⁶ Ziroğlu, s. 47; Erpek, s. 72; Ateş Sarıdağ, s. 125.

iradesinin post mortem olarak doğrudan uygulanmasını sağlamak suretiyle birey otonomisi korunmaktadır.⁸³⁷

İrade modelinin katı olarak uygulanması durumunda ölüden organ veya doku alınabilmesi sadece ölenin sağlığında verdiği rızası ile mümkün olmaktadır⁸³⁸. Bunun sonucunda kişinin sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına yönelik rıza açıklamasında bulunmaması durumunda yakınlarına herhangi bir söz hakkı tanınmamaktadır. Bu nedenle dünya genelinde irade modelini benimseyen ülkeler, ölenin sağlığında organ bağışına dair rıza açıklamasının bulunmaması halinde, yakınlarının rızasının aranmasına ilişkin modelin esnek halini uygulamaktadırlar. Almanya, Romanya, ABD, İngiltere, Danimarka, Brezilya ve Hollanda, bu ülkelere örnek olarak verilebilir⁸³⁹. Modelin esnek halinde, öncelikle kişinin sağlığında, organ ve dokularının ölümünden sonra alınıp alınmamasına yönelik irade açıklamasının varlığı araştırılır. Kişinin organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına ilişkin irade açıklaması varsa ayrıca yakınlarının iradesinin bulunup bulunmadığı araştırılmaz. Böylece ölenin kendi geleceğini belirleme hakkına riayet edilerek rızası doğrultusunda organ veya dokuları alınır. Kişinin, sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına karşı olduğuna ilişkin menfi bir irade beyanı varsa, bu halde de ayrıca yakınlarının organ ve doku alımına rızasının bulunup bulunmadığına başvurulmaz. Nihayetinde böyle bir durumda, ölenin kendi geleceğini belirleme ve cesedi üzerindeki haklarına riayet edilerek arzusu doğrultusunda organ ve dokuları ölümünden sonra alınamaz. Bu konuda yakınlarının rızasının bulunup bulunmaması değer taşımamaktadır. Fakat kişinin sağlığında, organ ve dokularının ölümünden sonra alınıp alınmaması yönünde bir irade açıklaması bulunmuyorsa, yakınlarının organ ve doku alımına rızasının bulunup bulunmadığı araştırılır⁸⁴⁰. Zira bu modelin esnek halinde, kişinin sağlığında ölümünden sonra organ ve dokularının alımına rıza gösterip göstermediğine yönelik açık bir irade beyanı yoksa, yakınlarına bu konuda tasarruf imkânı verilmektedir⁸⁴¹. Dolayısıyla böyle bir durumda, ölenin yakınlarının bağışa rızası varsa, organ ve dokuları alınabilmektedir.

⁸³⁷ Köksal, s. 113; Gözübüyük, s. 105.

⁸³⁸ Atamer, Yeşim M. (2001) 'Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar', Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, C: 19, S: 1-2, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 144; Gözübüyük, s. 105; Gürbüz, s. 156.

⁸³⁹ Kurt, s. 242; Banak, s. 230-231; Gürbüz, s. 157.

⁸⁴⁰ Gökçen (2000), s. 60; Akıncı, s. 125; Battal, s. 105.

⁸⁴¹ Köksal, s. 113; Erpek, s. 72.

Yakın kavramı ve irade açıklamasının şekli, ülkelere göre farklılık gösterebilmektedir. Bu kapsamda kimi ülkelerde ölenin hayat arkadaşı rıza açıklamasına yetkili yakın olarak mütalaa edilmektedir. Kimi ülkelerde ise yakın kavramı dar kapsamlı belirlenerek yalnızca ölenin kan bağı bulunan kişilerin bağış konusunda irade açıklamasına yetkili olduğu kabul edilmektedir⁸⁴².

İrade modelinin tercih edilmesinin öne çıkan nedeninin, ölenin post mortem kişilik hakkı doğrultusunda iradesini teminat altına alması ve bağışa ilişkin rızanın bulunması sebebiyle olası hukuki uyumsuzlukları önlemesi olduğu ifade edilmektedir⁸⁴³. Kısacası bu model, nakil sürecinde çatışan menfaat dengesinde vericinin ve yakınlarının menfaatine üstünlük tanımaktadır. Başarılı olunabilmesi için zamanla yarışılan nakil sürecinde ölenin kimliğinin belirlenmesinin dahi uzun zaman alması, rızasına ihtiyaç duyulan hallerde yakınlarına ulaşılamaması ya da zamanında rızalarına başvurulamamasından dolayı organ ve dokuların alınamaması nedeniyle alıcının haklarını göz ardı etmesi ise bu modelin eleştirilen yönüdür⁸⁴⁴. Ölüden organ ve doku alınabilmesi için yakınların rızasına gereksinim duyulan hallerde, rıza gösterme temayülünde olsalar bile bu konuda açık bir irade beyanında bulunana kadar kararsızlıkla geçirdikleri sürede organ ve dokular alınamamaktadır. Bu durum, daha sonra rıza gösterecekler dahi gecikildiği için naklin başarısızlıkla sonuçlanma ihtimalini artırmaktadır⁸⁴⁵. Zira organ ve doku naklinde zaman kaybına tahammül olmayıp, naklin başarılı olabilmesi için ölümün vuku bulmasından sonra gecikmeksizin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu modele getirilen diğer bir eleştiri de modelin, ölenin yakınlarını psikolojik baskı altında bağış hususunda karar vermeye zorlamasıdır⁸⁴⁶. Nitekim Almanya’da “Gütgemann kararı” olarak bilinen davada, ölenin yakınlarının ölümünden duydukları büyük acı ve üzüntüleri esnasında bağış gibi böylesine önemli bir bağlayıcı kararı almak zorunda bırakılmalarının psikolojik baskı anlamına geleceği belirtilmiştir⁸⁴⁷. Gerçekten de, ölenin yakınları çoğu defa ölümünden duydukları elemenden dolayı psikolojik ve duygusal baskı altında bulundukları için sağlıklı karar verme sürecinde değillerdir. Bu

⁸⁴² Atamer, s. 145; Gürbüz, s. 157.

⁸⁴³ Akıncı, s. 125; Köksal, s. 113.

⁸⁴⁴ Gökçen/Balcı (2013), s. 132; Akıncı, s. 126.

⁸⁴⁵ Gökçen/Balcı (2013), s. 133; Gökçen (2000), s. 78; Soyaslan, s. 344.

⁸⁴⁶ Gürbüz, s. 157; Erpek, s. 72; Köksal, s. 114.

⁸⁴⁷ Bkz. Akıncı, s. 126; Gözübüyük, s. 106, dn. 247.

durum, bağışa rıza gösterme hususunda yakınların olumsuz irade açıklamasına sebep olmaktadır⁸⁴⁸.

3.2.2.2. İtiraz Modeli

İtiraz modeli, sağlığında bağış hususunda bir irade açıklamasında bulunmayan kişinin ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasını mümkün kılmaktadır⁸⁴⁹. Başka bir anlatımla, bu modelde ölenin sağlığında aksi yönde olumsuz bir irade açıklamasının söz konusu olmaması halinde, organ ve dokuları alınabilmektedir⁸⁵⁰. Bağışa ilişkin olumlu bir irade açıklaması bulunmaksızın organ ve doku alımına imkân veren bu model, alıcının menfaatini üstün tutarak onu korumakta; buna karşılık vericiye de itiraz etme hakkı tanıyarak kendisinden organ ve doku alınmasını engelleme olanağı sunmaktadır⁸⁵¹. Böylece irade modelinin aksine bu modelde, bağış iradesine yönelik belirsizlikler alıcı lehine yorumlanmakta ve sonuç doğurmaktadır⁸⁵².

Modelin katı olarak uygulanması halinde organ ve dokularının alınmasına yalnızca vericinin itiraz etme hakkı mevcut iken, daha esnek uygulanması halinde vericinin yanı sıra yakınlarına da itiraz etme hakkı tanınmaktadır⁸⁵³. Ölenin yakınlarına da itiraz etme hakkı tanınmasının sonucu olarak, kişinin sağlığında kendisinin ve ölümünden sonra da yakınlarının itiraz etmemesi halinde organ ve dokuları alınabilmektedir⁸⁵⁴. Dolayısıyla bağışa yönelik susmanın kabul sayıldığı bu modelde ölenin organ ve doku alınabilmesi için ölenin sağlığında aksi yönde bir iradesinin bulunmaması yetmemekte, aynı zamanda yakınlarının da itiraz etmemesi gerekmektedir⁸⁵⁵.

Öğretide ölüden organ ve doku alınmasının ölenin yakınlarının kişilik haklarını zedelemeyeceği düşüncesinden hareketle yakınlar itiraz hakkı tanınmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁵⁶. *Kanaatimizce* yakınların ölüye saygı duyulması hususunda korunmaya değer

⁸⁴⁸ Akıncı, s. 126; Köksal, s. 114.

⁸⁴⁹ Kanıcı, s. 10; Köksal, s. 115; Erpek, s. 72.

⁸⁵⁰ Gözübüyük, s. 106; Koçak Süren, s. 183.

⁸⁵¹ Gökçen/Balcı (2013), s. 133; Ziroğlu, s. 47; Akıncı, s. 127; Parlak, s. 214.

⁸⁵² Köksal, s. 115; Atamer, s. 145.

⁸⁵³ Gözübüyük, s. 106; Akıncı, s. 127.

⁸⁵⁴ Gökçen (2000), s. 79; Atamer, s. 145; Battal, s. 106.

⁸⁵⁵ Atamer, s. 145; Parlak, s. 214.

⁸⁵⁶ Bkz. Köksal, s. 115; Battal, s. 106.

yararları vardır ve bu yarar hasta olan alıcının sağlığına kavuşmasındaki yarardan düşük kabul edilemez. Diğer yandan, aksi yönde beyanlarının bulunmaması halinde öldükten sonra potansiyel verici olacaklarını, organ ve dokularının alınmasını önlemek için yaşarken buna itiraz etmeleri gerektiğini bilmeleri herkesten beklenemez. Bu sebeple yaşarken bağışta bulunup bulunmadığı hususunda bir irade açıklamasında bulunmayan ölenin organ ve doku alınabilmesinin, yakınlarının itirazının olmaması koşuluna bağlanmasının isabetli olduğunu belirtmek gerekir⁸⁵⁷.

İfade etmek gerekir ki, itiraz modeli, kişinin hayattayken kendisinin, öldükten sonra da yakınlarının organ ve doku alımına açıkça rıza göstermeleri, yani olumlu irade beyanında bulunmalarını engellemektedir⁸⁵⁸. Böyle bir ihtimalde de ölenin organ ve dokularının alınabileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak hatırdan çıkarılmaması gereken husus; gerek irade ve gerekse itiraz modelinde ölenin yakınlarının, ölenin bağış konusundaki müspet irade beyanına uymak zorunda olduğu gibi menfi irade beyanına da uymak zorunda olduğudur⁸⁵⁹. Bunun sonucunda, kişi hayattayken ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasını açıkça yasaklamış ise, yakınlarının rızası bulunsa dahi organ ve dokular alınamaz. Benzer şekilde, kişi sağlığında, öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına rıza göstermişse, yakınlarının rızası aranmaksızın, hatta rızası bulunmasa dahi organ ve dokuları alınabilir.

İtiraz modelini benimseyen ülke uygulamalarına bakıldığında genellikle modelin esnek halini uygulayarak ölenin yakınlarına organ ve doku alımına itiraz etme hakkı tanıdıkları görülmektedir⁸⁶⁰. Fransa, Macaristan, İspanya, Avusturya, Ukrayna, Finlandiya, Norveç, İsveç, İtalya, İsviçre'nin bazı kantonları, Polonya, Lüksemburg ve Rusya modeli benimseyen ülkeler arasında sayılabilir⁸⁶¹. Örneğin Belçika'da⁸⁶², kişi hayattayken ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına karşı olduğuna dair menfi bir irade beyanında bulunmamış ise, ölümüyle birlikte organ ve dokuları alınabilir. Her ne kadar bağış konusunda sağlığında herhangi bir irade açıklamasında bulunmayan ölenin yakınlarının bağışa itiraz etme hakkının olduğuna dair yasal bir düzenleme mevcut değil ise de uygulamada böyle bir durumda ölenin organ ve doku alınması için yakınlarının itirazının

⁸⁵⁷ Benzer yönde bkz. **Gökçen/Balcı** (2013), s. 133; **Akıncı**, s. 128.

⁸⁵⁸ **Akıncı**, s. 128; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 133.

⁸⁵⁹ **Kanıncı**, s. 10; **Banak**, s. 229-230.

⁸⁶⁰ **Gürbüz**, s. 158; **Akıncı**, s. 127.

⁸⁶¹ **Kurt**, s. 242; **Zeytin**, s. 259; **Ziroğlu**, s. 48.

⁸⁶² Bkz. **Banak**, s. 232; **Gürbüz**, s. 158-159; **Ateş Sarıdağ**, s. 137.

bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Pek tabii ki, ölenin bağış hususunda açık bir irade beyanı varsa, yakınlarının organ ve doku alımına rıza gösterme ya da engel olma hakkı bulunmamaktadır.

İtiraz modeline yöneltilen eleştirilere bakıldığında, modelin bağıştaki gönüllülük esasını zedelediği, verici ve yakınlarını bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeksizin organ ve doku alımına sebebiyet verdiği, bu kapsamda otonomi ilkesiyle bağdaşmadığı öne sürülmektedir⁸⁶³. Bu modelin savunucuları ise yapılan anket araştırması sonuçlarından hareketle insanların çoğunun bağışı olumlu bulmakla birlikte psikolojik etkenlerden dolayı bağışa yönelik olumlu irade beyanında bulunamadığını, itiraz modelinin esasen bu engeli aşmada önemli bir adım oluşturduğunu savunmaktadır⁸⁶⁴.

İtiraz modeli, nakil sürecinde çatışan menfaat dengesinde vericinin ve yakınlarının menfaatini yok saymayıp korumakta ve şifa bekleyen alıcının menfaatine öncelik tanımaktadır. Bu model sayesinde yakınlarına ulaşamadığı hallerde veya ulaşılsa dahi itiraz edilmediği sürece ölen birçok insanın organ veya dokuları işlevini yitirmeden alınarak yaşama tutunmak için nakil bekleyen hastalara vakit kaybetmeden aktarılmaktadır. Böylece hem zamanla yarışılan nakillerde başarı şansı yükselmekte hem de giderek artmakta olan organ ve doku ihtiyacına kaynak sağlanmaktadır.⁸⁶⁵

3.2.2.3.Zaruret Hali Modeli

Zaruret hali modeli, kişinin sağlığında kendisinin veya öldükten sonra yakınlarının rızası bulunmaksızın ve hatta bağış konusunda açıkladıkları olumsuz yöndeki iradelerine rağmen ölüden organ ve doku alınmasına imkân tanımaktadır⁸⁶⁶. Bu modelde, kişinin sağlığında organ ve dokularının öldükten sonra alınmasına yönelik açık bir itirazı bulunsa bile organ ve dokuları alınabilmektedir. Yakınlarının bu konudaki itirazları da organ ve doku alımını engelleyememektedir.

⁸⁶³ Bkz. **Köksal**, s. 116; **Ateş Sarıdağ**, s. 130.

⁸⁶⁴ Bkz. **Köksal**, s. 117; **Soyaslan**, insanların yaşarlarken ölümü düşünmediklerinden, öldükten sonraki muameleler konusunda genellikle plan yapmadıklarını ve bu nedenle de organlarının bağışlanmaması yönünde açık bir yasak koymadıklarını, tüm bu durumların itiraz edilmemesi kaydıyla organ alımını meşru kılan itiraz modelinin şifa bekleyen alıcının lehine olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Soyaslan**, s. 345.

⁸⁶⁵ **Soyaslan**, s. 345; **Gözübüyük**, s. 112.

⁸⁶⁶ **Atamer**, s. 143; **Akıncı**, s. 129; **Gözübüyük**, s. 105.

Zaruret hali modeline göre ölüden organ veya doku alınabilmesi için organ veya dokuya acil ihtiyacı olan bir hastanın bulunması gerekmektedir. Hastanın ölen kişiyle aynı şehirde veya ülkede bulunması dahi gerekmemekte olup, alınacak organ veya dokunun canlılığını kaybetmeden hastaya zamanında yetiştirilebilme imkânının olması yeterlidir⁸⁶⁷. Bununla birlikte ölüden alınan organ veya dokunun nakledileceği alıcının durumu acil olmayıp nakil yapılmadan uzunca süre yaşayabilecek halde ise, zaruret halinin gerçekleştiğinden söz edilemeyeceğinden bu modele dayanarak organ ve doku alınamaz⁸⁶⁸. Zaruret hali modelinin temeli, kişilerin öldükten sonra kişilik haklarının korunmasından feragat etme yükümlülüklerinin olduğu düşüncesine dayandırılmaktadır⁸⁶⁹. Böylece ölenin ve yakınlarının rızası bulunmaksızın hatta menfi irade beyanlarına aykırı olarak ölüden organ ve doku alınması, bu düşünceden hareketle gerçekleştirilmektedir.

Zaruret hali modeli, vericinin kendi kaderini belirleme hakkı ve cesedi üzerindeki hakları, vericinin yakınlarının ise ölene saygıya yönelik menfaati ile alıcının sağlığına kavuşmasına yönelik menfaatinin karşılaştırılmasında alıcının menfaatine mutlak üstünlük tanımaktadır⁸⁷⁰. Buna karşılık verici ve yakınlarının dini inancı, hayat felsefesi, dünya görüşü ve iradesini yok saymaktadır. Böylece vericinin bu temel hakları ve menfaatleri aleyhine sınırsız ve ölçsüz bir müdahaleye izin vermektedir⁸⁷¹. Dolayısıyla her ne kadar organ ve dokunun teminini kolaylaştırıyor ve şifa bekleyen alıcıların hayatlarını kurtarma amacını taşıyor olsa da vericinin iradesini yok sayan bu modelin kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁸⁷². Gerçekten de itiraz sistemini kabul eden ülke uygulamalarında dahi ölenin yakınlarına itiraz hakkı tanındığı dikkate alınacak olursa bu modelin ülkelerce kabulü beklenemez⁸⁷³. Mukayeseli hukuka bakıldığında organ ve doku alınmasında zaruret hali modelini münhasıran, yani başlı başına benimseyen bir ülke bulunmamakla birlikte çeşitli gereksinimler sonucu belirlenen birtakım istisnaî hallerde bu modelin uygulanmasına mevzuat metinlerinde yer veren ülkeler olduğunu söyleyebiliriz⁸⁷⁴.

⁸⁶⁷ Parlak, s. 215.

⁸⁶⁸ Parlak, s. 215; Köksal, s. 117-118.

⁸⁶⁹ Gökçen/Balcı (2013), s. 133; Ziroğlu, s. 48.

⁸⁷⁰ Akıncı, s. 129; Gökçen/Balcı (2013), s. 133; Battal, s. 107.

⁸⁷¹ Metin, s. 309; Gözübüyük, s. 105; Ziroğlu, s. 48.

⁸⁷² Gürbüz, s. 160; Atamer, s. 144; Erpek, s. 71-72.

⁸⁷³ Gürbüz, s. 160.

⁸⁷⁴ Gürbüz, s. 160; Çin'de yakın zamana kadar idam mahkûmlarının infazı ile kendileri ve ailelerinin olumsuz yönde iradesi olsa bile nakil amacıyla organ ve dokularının alındığı bilinmektedir. Bkz. Kurt, s. 252; Zaruret hali modeli 2007 yılına kadar Bulgaristan'da uygulanmıştır. Bkz. Ateş Sarıdağ, s. 130, dn. 45. .

3.2.2.4. Türk Hukukunda Kabul Edilen Model

ODNK m. 14 dikkate alındığında, ölüden organ ve doku alınmasında Türk hukukunda kural olarak irade modelinin benimsendiği, bununla birlikte istisnâî hallerde itiraz ve zaruret hali modeline de yer verildiği görülmektedir. Kanunkoyucu, özerklik (otonomi) ilkesi ışığında kişinin kendi geleceğini tayin ve cesedi üzerinde tasarruf hakkını gözeterek ODNK m. 14/1 hükmünde bir kimsenin sağlığında göstereceği rıza ile ölümünden sonrası için tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla vücudunun tamamını bırakabileceğini veya organ ve dokularının alınabileceğini düzenleme altına almıştır. Kişi sağlığında, öldükten sonrası için bütün organ ve dokularının alınmasına rıza gösterebileceği gibi kendisinden alınmasına rıza gösterdiği organ veya dokuları tek tek de belirleyebilir. Kişi, rıza açıklamasında ölümünden sonra kendisinden alınabilecek organ ve dokuları sınırlamak suretiyle belirlemiş ise yalnızca rızası kapsamındaki bu organ ve dokuları alınabilecektir. Aksi takdirde rızanın muhtevasına dâhil olmayan organ ve dokuların alınması hukuka aykırı olacaktır⁸⁷⁵. Nitekim Alman hukukunda da aynı şekilde vericinin herhangi bir nedenle rıza kapsamını sınırlandırabileceği, tamamı yerine belirli organ veya dokularını bağışlamış ise, yalnızca rızası kapsamında olan bu organ veya dokuların alınabileceği kabul edilmektedir⁸⁷⁶. Kişi, ölümünden sonra herhangi bir sınırlandırma yapmadan bütün organ ve dokularını bağışlamış ise bağış, yani rıza amacının dikkate alınması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, kişinin tüm organ ve dokularının alınmasına rıza gösterdiği hallerde, bunu tedavi amacıyla mı teşhis amacıyla mı yoksa bilimsel maksatla mı yaptığı belirlenmelidir. Bu bağlamda organ ve dokuların nakil bekleyen hastaların tedavisi amacıyla alınmasına rıza gösterildiği tespit edilmiş ise vücudunun herhangi bir parçası bilimsel amaçlar için alınmamalıdır⁸⁷⁷. Aksinin kabulü, kişinin iradesinin yok sayılması anlamına gelir. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, bir kimsenin sağlığında, nakil sırası bekleyen hastaların tedavisi amacıyla bir sınırlama yapmadan tüm organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına rıza gösterdiğini düşünelim. Günümüz tıp dünyasında halen beyin naklinin mümkün olmaması karşısında beyninin alınması tedavi amacını taşımadığından hukuka aykırı olacaktır⁸⁷⁸.

Bir kimsenin yaşarken, ölümünden sonra organ veya dokularının yalnızca kendisinin belirlediği alıcı ya da alıcılara aktarılmasına imkân sağlayan *şartlı bağış* yapılması da

⁸⁷⁵ Mermut, s. 1469; Zeytin, s. 261.

⁸⁷⁶ Schroth, s. 319.

⁸⁷⁷ Gürbüz, s. 164; Akıncı, s. 137.

⁸⁷⁸ Nar, Ahmet (2009) 'İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması', Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 55-56, s. 10; Akıncı, s. 137.

mümkündür. Burada verici, bağışladığı organ ve dokularının ölümünden sonra kimlere nakledileceğini alıcıların kimliklerini açıklayarak belirtmektedir⁸⁷⁹. Böyle bir durumda vericinin içerik olarak sınırlandırılmış rızasına aykırı davranılarak ölümünden sonra organ ve dokuları rıza açıklamasında kimliği belirtilen alıcı dışındaki kişilere nakledilemez. Mevzuatımızda “*tercihli bağış*” olarak ifade edilen bu bağış türüne ONHY m. 4/1-y ve m. 9/4-a hükümlerinde yer verilmiştir. Buna göre bir kimse, sağlığında öldükten sonra organının organ nakli bekleme listesinde kayıtlı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarına nakledilmesi koşuluyla bağış yapabilmektedir. Anlaşılacağı üzere bir kişinin tercihli bağış yapma imkânından yararlanabilmesi, diğer bir anlatımla öldükten sonra organ ve dokularını eşi ile dördüncü dereceye kadar olan kan ve kayın hısmına nakledilmek koşuluyla bağışlayabilmesi için bu kişilerin bekleme listesinde kayıtlı olması gerekmektedir. Bununla birlikte her ne kadar tercihli bağış olanağının tanınmış olmasının organ bağışına ilgiyi artıracakı belirtilse de kanunla getirilmemiş bir sınırlamanın yönetmelik hükmüyle getirilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁸⁸⁰.

Kanunkoyucu, bireyin vücudu üzerindeki tasarruf hakkına atfettiği değer bir gereği olarak ODNK m. 14/1’de organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına ilişkin rıza açıklamasını şekil şartına bağlamıştır⁸⁸¹. Bilindiği üzere şekil şartının fonksiyonu; bir yandan beyan sahibini düşünmeye sevk ederek geçici hırs ve duyguların tesiri altında aceleyle karar vermesini önlemek, diğer yandan da beyan sahibinin hâkiki niyetini belirlemek ve beyanının tahrifini engellemektir⁸⁸². İfade edelim ki anılan hükümde belirtilen şekil şartı ispat şekli olmayıp, geçerlilik şeklidir⁸⁸³. Bunun sonucu olarak, bir kimsenin organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına dair rıza açıklamasının hukuken geçerli olabilmesi için ODNK m. 14/1’de öngörülen şekillerden birine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁸⁴.

ODNK m. 14/1 hükmünde kişinin ölümünden sonrası için organ ve dokularını bağışladığına ilişkin irade beyanını resmi veya yazılı bir vasiyetle ya da bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda gerçekleştirmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Anılan

⁸⁷⁹ **Gürbüz**, s. 164.

⁸⁸⁰ Bkz. **Doğan, Murat** (2020) ‘Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ankara, s. 144; **Gürbüz**, s. 164.

⁸⁸¹ **Kancı**, s. 11; **Köksal**, s. 119.

⁸⁸² **Kancı**, s. 11; **Gülen Kurt** (2020a), s. 40.

⁸⁸³ **Gülen Kurt** (2020a), s. 40; **Battal**, s. 92, 105.

⁸⁸⁴ **Parlak**, s. 211; **Gürbüz**, s. 165; **Gülen Kurt** (2020a), s. 40.

hükümden de anlaşılacağı üzere rıza; “resmi vasiyet”, “yazılı vasiyet” ve “bağış konusundaki isteğin iki tanık huzurunda sözlü gerçekleştirilmesi” olmak üzere üç alternatif şekilde açıklanabilmektedir. Hükümde yer verilen resmi ve yazılı vasiyetten kasıt; TMK’da düzenlenen resmi vasiyetname ve el yazılı vasiyetnamedir.

Bir kimse yaşarken, öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına ilişkin rıza beyanını resmi vasiyetname ile verebilir. TMK m. 532 uyarınca resmi vasiyetname, iki tanığın katılımıyla resmi memur tarafından düzenlenmektedir. Resmi vasiyetnameyi düzenleyecek resmi memur; sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir⁸⁸⁵. O halde uygulamada kendilerine kanun tarafından resmi vasiyetname düzenleme yetkisi verilmemiş bazı kurumlarca düzenlenen organ bağışı belgeleri resmi vasiyetname niteliğinde kabul edilemez⁸⁸⁶. Belirtmek gerekir ki, resmi vasiyetnamenin içeriğinin resmi memur tarafından yazılması şart olmayıp, bizzat vasiyetçi tarafından hazırlanmış veya yazılmış belgenin resmi memur tarafından imzalanmak ve tasdik edilmek suretiyle vasiyet haline getirilmesi de mümkündür⁸⁸⁷. Ayrıca organ bağışına ilişkin rıza açıklamasının resmi vasiyetnameyle yapılması halinde, resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine dair TMK m. 532-537 hükümlerine riayet edilmesi gerekmektedir⁸⁸⁸. Aksi takdirde organ bağışına ilişkin rıza açıklaması hukuka aykırı olur. Bu kapsamda resmi vasiyetnameyle ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına dair rızasını açıklayan kişi, vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine yönelik tercihli bağışta bulunamaz⁸⁸⁹. Zira TMK m. 536/2 gereğince resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz.

Organ ve dokularını ölümünden sonra bağışlamak isteyen kişi, buna ilişkin rıza açıklamasını ikinci seçenek olarak el yazılı vasiyetname ile yapabilir. TMK m. 538

⁸⁸⁵ Resmi vasiyetnamenin faydaları; vasiyet sahibinin arzusunun sınırı, muhtevası ve kapsamına açıklık ve kesinlik kazandırmak, okuma yazması olmadıkları ya da okuma yazma iktidarından yoksun oldukları için el yazılı vasiyetname yapamayan kişilere resmi vasiyet yapma imkânı tanımasıdır. Bkz. **İmre, Zahit/Erman, Hasan** (2016) Miras Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Der Yayınları, s. 81; **Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey** (2019) Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 319.

⁸⁸⁶ **Parlak**, s. 212; **Banak**, s. 264.

⁸⁸⁷ **Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek** (2019) Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 121; **İmre/Erman**, s. 82.

⁸⁸⁸ Vasiyet edenin okuma yazma bilip bilmemesi ve okuma yazma iktidarından yoksun olup olmamasına göre TMK m. 532-537 hükümlerinde resmi vasiyetname düzenlenmesine ilişkin belirlenmiştir.

⁸⁸⁹ **Gürbüz**, s. 165; **Nar**, s. 11; **Erpek**, s. 75.

hükmünde el yazılı vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için taşınması gereken koşullar belirtilmiştir. Buna göre el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla el yazılı vasiyetin içeriği daktilo ile yazılamayacağı gibi bazı cümle ve sözcükleri matbaada basılmış matbu vasiyetnameler de kullanılamaz⁸⁹⁰. Ayrıca, el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği için el yazısı ile atılmış imza şart olup, tasdik olursa dahi mühür ya da herhangi bir alet vasıtasıyla atılan imza veya parmak basmak mümkün değildir⁸⁹¹. Bu yüzden de okuma yazma bilmeyenler veya imza atamayanlar el yazılı vasiyetname düzenleyemezler.

Bir kişinin, yaşarken organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına rıza göstermesinde ODNK m. 14/1 hükmünün öngördüğü üçüncü alternatif, bağış konusundaki isteğini iki tanık huzurunda gerçekleştirmesidir. Öğretide “*bağış konusundaki isteğin iki tanık huzurunda açıklanmış olması*” ibaresiyle sözlü vasiyetin kastedilip kastedilmediği hususu tartışılmıştır. *Bir görüş*, “bağış konusundaki isteğin iki tanık huzurunda açıklanmış olması” ibaresiyle anlaşılması gerekenin sözlü vasiyet olduğunu savunmaktadır⁸⁹². Zira TMK’da tahdidi olarak resmi, el yazılı ve sözlü vasiyet şeklinde üç tür vasiyet kabul edilmiştir. Kişinin ölümünden sonra organ ve dokularını bağışlama şekli olarak ODNK m. 14/1’de resmi ve el yazılı vasiyetnameden bahsedilmesi nedeniyle aynı düzenlemede yer alan “bu konudaki isteğin iki tanık huzurunda açıklanmış olması” ibaresiyle de anlaşılması gereken sözlü vasiyettir. İlave olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, sıkı koşullara bağlanan organ ve doku alınmasına ilişkin rızanın basit bir biçimde iki tanık huzurunda açıklanması ile geçerli olacağının kabulünün isabetli olmayacağı belirtilmektedir⁸⁹³. Bu görüşün kabulü halinde iki tanık huzurunda kişinin öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına dair açıkladığı rızasının geçerli olabilmesi, TMK’daki sözlü vasiyetin geçerlilik şekli ve şartlarını taşımasına bağlı olmaktadır⁸⁹⁴. *Diğer görüş ise*, ODNK m. 14/1’de yer alan “isteğin iki tanık huzurunda açıklanmış olması” ibaresinden sözlü vasiyetin kastedilmediğini savunmaktadır. Dolayısıyla kişinin öldükten sonra organ ve dokularının

⁸⁹⁰ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 106; Bunun nedeni, bir kişinin el yazılı vasiyetnameyle yaptığı tasarrufların ona ait olup olmadığının, bir kimseyi diğerinden ayıran özellik olan el yazısıyla belirlenebilmesidir. Bkz. **İmre/Erman**, s. 72.

⁸⁹¹ **İmre/Erman**, s. 78.

⁸⁹² **Kılıçoğlu**, s. 260; **Akıncı**, s. 142; **Parlak**, s. 212; **Bayraktar** (1979), s. 19.

⁸⁹³ **Mermut**, s. 1469; **Köksal**, s. 120, dn. 420.

⁸⁹⁴ **Gülen Kurt** (2020a), s. 40; **Kılıçoğlu**, s. 260; **Parlak**, s. 212.

alınmasına razı olduğunu iki tanık önünde açıklaması geçerli ve yeterli olup, sözlü vasiyetin koşullarının gerçekleşmesi gerekmemektedir⁸⁹⁵.

Kanaatimizce de ODNK m. 14/1'in açık lafzı karşısında kanun koyucunun sözlü vasiyetin şeklini aramaması nedeniyle kişinin öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına ilişkin rızasını iki tanık huzurunda açıklaması yeterlidir. Bu bağlamda TMK m. 539-541'de düzenlenen sözlü vasiyetin düzenlenmesine ilişkin kuralların burada uygulama kabiliyetini haiz olmadığı kabul edilmelidir. Zira kanun koyucu, ODNK m. 14/1'de organ ve doku bağışına ilişkin rıza açıklaması şekillerini sayarken yalnızca ölüme bağlı tasarruflara yer vermemiş; resmi ve el yazılı vasiyetnamenin yanı sıra bu konudaki isteğin iki tanık huzurunda açıklanmış olmasını da yeterli kabul etmiştir. Kişinin öldükten sonra organ ve dokularının alınmasına ilişkin rızasını resmi veya el yazılı vasiyetnameyle açıklaması halinde, bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için TMK'da yer alan resmi ve el yazılı vasiyetnameye ilişkin geçerlilik şartlarının bulunması gerekmektedir. Kişinin rızasını ODNK m. 14/1'deki diğer seçenek şekil olan iki tanık huzurunda açıklaması halinde ise sözlü vasiyetin geçerlilik şartlarını aramak yerinde olmayacaktır. Nitekim Alman hukukunda da bir kişinin yaşarken organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına ilişkin rızasını mutlaka ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu kurallara uygun gerçekleştirmesi gerekmemektedir. Kişinin herhangi bir şekil şartına tabi olmadan ve belirli bir form kullanılması gerekmesizin bağışa yönelik rızasını üçüncü kişilerin anlayabileceği biçimde açıklaması yeterli kabul edilmektedir⁸⁹⁶. Kaldı ki, ileride görüleceği üzere ölümünden sonra organ ve dokularının alınıp alınmamasına ilişkin sağlığında herhangi bir irade beyanında bulunmayan kişinin ölümüyle birlikte ODNK'da gösterilen yakınlarının herhangi bir şekle tabi olmayan rızasıyla ölenin organ ve dokuları alınabilmektedir. Dolayısıyla kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkına sahip olan ölenin, sağlığında iki tanık huzurunda ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına razı olduğuna dair irade beyanının evleviyetle geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁸⁹⁷.

Diğer yandan TMK m. 539'a göre, sözlü vasiyete yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık ve savaş gibi olağanüstü haller nedeniyle resmi ve el yazılı vasiyetnamenin yapılamıyor olması durumunda başvurulabilmektedir. Bu nedenle sözlü

⁸⁹⁵ Taşkın, s. 128; Gözübüyük, s. 107; Gürbüz, s. 167.

⁸⁹⁶ Bkz. Gözübüyük, s. 107, dn. 257; Schroth, s. 319.

⁸⁹⁷ Aynı yönde bkz. Gürbüz, s. 167.

vasiyet istisnai bir nitelik göstermektedir⁸⁹⁸. Sözlü vasiyette, vasiyette bulunan son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları ya da yazdırmaları görevini yükler. Bu tanıklar da TMK m. 540 hükmüne uygun şekilde vasiyet edenin son arzularını bizzat yazıp imzalar ya da mahkemeye başvurup bunları tutanağa geçirtirler. Anlaşılabacağı üzere geçerli bir sözlü vasiyetin taşınması gereken koşullardan biri de iki tanığın bulunmasıdır. ODNK m. 14/1 hükmünün, rızanın iki tanık huzurunda açıklanmasına imkân vermesi ve sözlü vasiyetin de bu şartı taşınması nedeniyle kişinin sözlü vasiyetle organ ve dokularının öldükten sonra alınmasına ilişkin rızasını açıklamasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir⁸⁹⁹. Ancak bir kimsenin, sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına ilişkin rızasını sözlü vasiyet şeklinde açıklaması şart değildir.

Kişinin, organ ve dokularının öldükten sonra alınmasına dair rıza açıklamasının ODNK m. 14/1’de geçerlilik şekline bağlanmış olduğu nazara alındığında uygulamada türetilen “*organ bağış kartları*”nın geçerli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Geçerli bir vasiyetname tanzim etmenin sıkı şekil koşullarına tabi kılınması nedeniyle insanların ölümlerinin ardından organ ve dokularının alınmasına rıza gösteren vasiyetnamenin bulunması sık rastlanan bir durum değildir. Kaldı ki bu yönde bir vasiyetname bulunsan bile organ ve dokuların canlılığını yitirmeden alınması gerekliliğinden dolayı zamanla yarışılması karşısında vasiyetnamenin varlığından genellikle yakınların rızasıyla nakil gerçekleştirildikten ya da nakil olanağı ortadan kalktıktan sonra haberdar olunmaktadır⁹⁰⁰. Bunun için organ ve doku bağış kartları verilmesi ve bu kartların vericiler tarafından taşınması uygulaması geliştirilmiştir⁹⁰¹. Bağış kartları için Sağlık Bakanlığı tarafından matbu olarak hazırlanmış organ ve doku bağış formu⁹⁰² kullanılmaktadır. Matbu olan ve boş bırakılan kısımların doldurularak imzalanması gereken bu formlarda vericiye ve tanıklara ilişkin ayrıntılı şahsi bilgilere ve hangi organ ve dokuların bağışlandığı bilgisine de yer verilmektedir. Formdaki gerekli bilgiler doldurulduktan sonra verici ve iki tanık

⁸⁹⁸ İmre/Erman, s. 70.

⁸⁹⁹ Gürbüz, s. 168; Organ ve doku naklindeki hasta bir kişiyi sağlığına kavuşturma şeklindeki üstün amaçtan hareketle vericinin sözlü vasiyetnameyle organ ve dokularının ölümünün ardından alınmasına rıza gösterebileceği yönündeki görüş için bkz. Dural/Öğüz, s. 111, dn. 335; Kanıcı, s. 11.

⁹⁰⁰ Kanıcı, s. 11; Gözübüyük, s. 107.

⁹⁰¹ Zeytin, s. 260; Parlak, pratikte neredeyse hiç kimsenin bağış kartını yanında taşımadığını belirtmektedir. Bkz. Parlak, s. 212.

⁹⁰² Organ ve doku bağış formuna ulaşmak için bkz: <https://shgmorgandb.saglik.gov.tr/TR-81370/formlar.html> (s.e.t.: 11.08.2023).

tarafından imzalanmaktadır. Formun doldurulup imzalanmasını müteakiben vericiye bağış kartı verilmektedir⁹⁰³.

Bir görüşe göre, bağış kartlarının geçerliliği bulunmamaktadır. Zira bağış kartları ve formları başından sonuna dek verici tarafından elle yazılmayıp, irade beyanını ihtiva eden kısımları matbu olarak yazılıdır. Bu nedenle el yazılı vasiyetname niteliğinde olmadığı gibi ODNK m. 14/1’de sayılan rıza şekillerinden herhangi birisine de uymamaktadır⁹⁰⁴. Dolayısıyla bağış kartlarına dayanarak bir kimseden organ ve doku alınması hukuka aykırı olur. Bu görüşe göre, bağış kartlarının değer taşıması ve geçerli olabilmesi için TMK m. 538 hükmüne uygun olarak tarih de taşıması kaydıyla başından sonuna dek vericinin el yazısı ile yazılıp imzalanması gerekmektedir⁹⁰⁵.

Diğer görüşe göre ise, ODNK m. 14/1’de yer alan kişinin öldükten sonra kendisinden organ ve doku alınmasına ilişkin rızasını iki tanık huzurunda açıklayabilmesi imkânı bağış kartlarının yasal dayanağını teşkil etmektedir. Dolayısıyla iki tanık huzurunda doldurulan matbu bağış formlarına dayanılarak oluşturulan bağış kartları geçerlidir. Zira bu bağış kartları, ODNK m. 14/1’deki şekil şartlarından olan rızanın iki tanık huzurunda açıklanması koşulunu taşımaktadır⁹⁰⁶.

Kanaatimizce matbu olarak hazırlanan bağış kartı ve formunun resmi ve el yazılı vasiyetnamenin geçerlilik şartlarını taşımadığı ortadadır. Ancak ODNK m. 14/1’de kişinin ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına ilişkin rızasını iki tanık huzurunda açıklama imkânının bulunması nedeniyle bağış kartının ODNK m. 14/1’de belirtilen rıza açıklama şekillerinden hiçbirine uymadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu kabul edilemez. Bu itibarla, vericinin iki tanık huzurunda organ ve dokularının alınmasına rıza gösterdiğinde bir tereddüt bulunmuyor ise, buna dayanılarak çıkarılan bağış kartlarının ODNK m. 14/1’e uygun ve geçerli olduğu kabul edilmelidir. Hatta böyle bir durumda bağış kartı, bağışa ilişkin rızanın iki tanık huzurunda açıklanmak suretiyle şekle uygun olduğunun ispat vasıtasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte uygulamada, bağış kartlarının dikkate alınmayarak beyin

⁹⁰³ **Gülen Kurt** (2020a), s. 41; **Nar**, s. 11.

⁹⁰⁴ **Aydın** (2008a), s. 35; **Parlak**, s. 212; **Akıncı**, s. 140; **Aksaray**, s. 162; **Gülen Kurt** (2020a), s. 41; **Köksal**, s. 121.

⁹⁰⁵ **Kancı**, s. 11; **Akıncı**, s. 131.

⁹⁰⁶ **Soyaslan**, s. 342; **Gözübüyük**, s. 108; **Nar**, s. 10.

ölümü gerçekleşen kişilerin yakınlarının rızasının alınması yoluna gidildiği bildirilmektedir⁹⁰⁷.

Benzer şekilde uygulamada *sürücü belgesinde* yer alan organ ve doku bağışına ilişkin kayıtların da geçerli olup olmadığının ortaya konması gerekmektedir. Sürücü belgesi alınırken tanzim edilen evraka ya da sürücü belgesine işlenen organ ve dokuların bağışlandığına dair kayıt resmi vasiyetname olarak nitelendirilemez⁹⁰⁸. Zira sürücü belgesi ve ona esas teşkil eden evrakı düzenleyen kişiler, TMK m. 532/2 uyarınca kanunla kendisine resmi vasiyetname tanzim etme yetkisi verilmiş görevlilerden değildir. Bu kayıtlar el yazılı vasiyetnamenin taşınması gereken geçerlilik koşullarına da sahip değildir⁹⁰⁹. Kısacası bağış kartlarının geçerli olabilmesi için söylenen hususlar burada da aynen geçerlidir. *Akıncı*, bunlara ilave olarak sürücü belgesi ve ona esas teşkil eden evrakı düzenleyen memura resmi vasiyetname düzenleme yetkisi verilmek suretiyle bu kayıtların resmi vasiyetname olarak geçerli kabul edilmesi ve bu yolla organ ve dokularını bağışlamak isteyen kişilerin iradelerinin korunmasını önermektedir⁹¹⁰. Böylece ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalan organ ve doku kaynağı artmış olacaktır. Fakat hâlihazırda ülkemizde çipli sürücü belgesi uygulamasına geçilmesi nedeniyle bu çipli sürücü belgeleri üzerinde organ ve doku bağışına dair bir bölüm ya da kısma yer verilmediği görülmektedir⁹¹¹.

Bir kimsenin yaşarken organ ve dokularının alınmasına ilişkin rızasını *miras sözleşmesi*yle açıklayıp açıklayamayacağına ODNK m. 14/1’de yer verilmediği görülmektedir. Her ne kadar anılan hükümde yer verilmemiş olsa da ölüme bağlı tasarrufların diğer şekli olan miras sözleşmesiyle kişinin organ ve dokularını bağışlayabileceğini kabul etmek gerekmektedir⁹¹². Zira TMK m. 545 uyarınca miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekmekte olup, ayrıca tarafların, arzularını resmi memura aynı zamanda bildirerek düzenlenen sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalaması gerekmektedir. Dolayısıyla miras sözleşmesinin hükümde öngörülen geçerlilik şekli, ODNK m. 14/1’de yer alan rıza açıklamasının şekil koşullarını kapsamaktadır. Ancak organ ve doku bağışının karşılığında maddi çıkar niteliğinde bir ivazı veya mirastan feragati konu alan miras sözleşmesi hukuka

⁹⁰⁷ Bkz. *Gözübüyük*, s. 108; *Ateş Sarıdağ*, s. 68; *Doğan* (2020), s. 141.

⁹⁰⁸ *Parlak*, s. 212; *Akıncı*, s. 141.

⁹⁰⁹ *Köksal*, s. 121, dn. 424; *Akıncı*, s. 141.

⁹¹⁰ Bkz. *Akıncı*, s. 141.

⁹¹¹ *Gürbüz*, s. 169, dn. 603.

⁹¹² *Dural/Öğüz*, s. 111, dn. 335; *Kancı*, s. 11; *Ayan*, s. 23; *Akıncı*, s. 139.

aykırı olur. Zira ODNK m. 3 uyarınca bir bedel ya da başkaca çıkar karşılığında organ veya doku alınması ve satılması yasaktır.

Burada belirtmek gerekir ki, kompozit doku bağışlarında Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m. 28/1 hükmünde rızaya ilişkin ilave bin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre bir kimsenin ölümünden sonra kompozit dokusunun alınabilmesi için, ODNK m. 14/1’de belirtilen şekilde açıklamış olduğu rızasının yanı sıra sağlığında imzalamış olduğu bağış formunda kompozit dokuların bağışlandığının ayrı bir maddede de belirtilmiş olması gerekmektedir.

Bir kişinin, organ ve dokularının ölümünün ardından alınmasına rıza gösterebilmesi için, rızaya ehil olması gerekmektedir. ODNK m. 14/1’de rıza açıklamasının geçerli olabilmesi için hangi şekillerde yapılabileceği belirtilmekle birlikte rıza ehliyetine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle organ ve doku bağışına yönelik rıza açıklamasının resmi veya el yazılı vasiyetname şeklinde yapılması halinde rıza ehliyeti bakımından vasiyet yapma ehliyetine ilişkin TMK m. 502 hükmünün uygulanması gerekmektedir⁹¹³. Buna göre vasiyet yapabilmek için temyiz kudretine sahip ve on beş yaşını tamamlamış olmak gerekli ve yeterlidir⁹¹⁴. O halde vericinin resmi veya el yazılı vasiyetnameyle ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına rıza gösterebilmesi için on beş yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde vericinin bağışa ilişkin rıza beyanı değer taşımaz. Vasiyette bulunma şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, on beş yaşını doldurmuş mümeyyiz bir kimse yasal temsilcisinin iznine ve onamına ihtiyaç duymaksızın organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına resmi veya el yazılı vasiyetnameyle tek başına rıza gösterebilir⁹¹⁵.

Her ne kadar ODNK m. 14/1’deki rıza açıklama seçeneklerinden olan bağış konusundaki isteğin iki tanık huzurunda açıklanması sözlü vasiyet niteliğinde olmasa da rıza ehliyeti bakımından vasiyet yapma ehliyetine ilişkin TMK m. 502 hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁹¹⁶. Bir kimsenin, öldükten sonra organ ve dokularının

⁹¹³ Köksal, s. 120; Gülen Kurt (2020a), s. 38; Dural/Öğüz, s. 111.

⁹¹⁴ Alman hukukunda da bir kimsenin ölüm sonrası organ ve dokularını bağışlayabilmesi için rıza ehliyeti bakımından vasiyet yapma ehliyetine ilişkin kuralların uygulandığı, bu kapsamda vericinin on altı yaşını doldurmuş ve anlama yeteneğine sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Bunun sonucunda verici on altı yaşını doldurmamış ise veya anlama yeteneğini haiz değilse bağışa ilişkin rıza açıklaması geçersiz olacaktır. Bkz. Schroth, s. 319.

⁹¹⁵ Gürbüz, s. 170-171; Nar, s. 12.

⁹¹⁶ Cihan, s. 91; Gülen Kurt (2020a), s. 38.

alınmasına ilişkin rızasını miras sözleşmesiyle açıklaması halinde ise rıza ehliyeti bakımından TMK m. 503 hükmü uygulanacaktır. Buna göre kişinin ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması ile kısıtlı olmaması koşullarının bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁹¹⁷.

Kanunkoyucu, bir kimsenin organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına ilişkin rıza açıklamasında bulunmaması halinde ODNK m. 14/1’de sayılan yakınlarının rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilmesine olanak tanımıştır. Esasen kanunkoyucu, bu şekilde ölüden organ ve doku naklini kolaylaştırmak istemiştir⁹¹⁸. Fakat tekrar vurgulamak gerekir ki, ölenin yakınlarının rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilmesi için hayattayken ölümünden sonrasına yönelik bağışa ilişkin olumlu bir rıza açıklamasının bulunmaması gerekmektedir. Zira ODNK’ya göre ölen kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruflara ilişkin iradesinin üstünlüğü ve önceliği bulunmaktadır⁹¹⁹. Bunun sonucunda kişinin sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına dair rıza açıklaması var ise, ölümünün ardından organ ve dokularının alınabilmesi için yakınlarının rızası aranmadığı gibi onların aksi yöndeki itirazları da sonuç doğurmaz⁹²⁰. Keza kişi sağlığında ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmasını yasaklamış ise, yakınlarının rızası bulunsu dahi ölümünün ardından organ ve dokuları alınamaz⁹²¹. O halde yakınların rızasının sonuç doğurabilmesi için kişinin sağlığında kendisinden organ ve doku alınmasını kısmen veya tamamen yasaklamamış olması gerekmektedir. Zira kişinin hayattayken kendi cesedinin mukadderatını belirleme yetkisi bulunmaktadır⁹²². Nitekim ODNK m. 14/3’te de ölünün, sağlığında ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmesi halinde organ ve dokusunun alınamayacağı hükme bağlanmıştır⁹²³. Özetlemek

⁹¹⁷ **Doğu, Hakkı Mert** (2022) ‘Cesedin Bilimsel Amaçlarda Kullanılması Amacıyla Vasiyeti: Anatomi Sözleşmesi’, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 2, s. 1484; **Gürbüz**, s. 171.

⁹¹⁸ **Cihan**, s. 92; **Gürbüz**, s. 172.

⁹¹⁹ **Gözübüyük**, s. 106; **Köksal**, s. 119.

⁹²⁰ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 134; **Akıncı**, s. 129; **Gökçen** (2000), s. 80.

⁹²¹ **Gökçen** (2000), s. 80; Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 29 nolu kararında da, ölenin açık bir yasaklamasının bulunması durumunda ya da dini veya felsefi inançları dikkate alındığında organ ve doku bağışına muhalif olduğu kanaatine varılırsa ölüden organ ve doku alınmaması tavsiye edilmiştir. Bkz. **Torosl** (1978), s. 103; Anılan tavsiye kararının İngilizce metni için bkz. <https://rm.coe.int/09000016804bd0a8> (s.e.t.: 08.08.2024).

⁹²² **Kılıçoğlu**, s. 261; **Banak**, s. 293; **Gürbüz**, s. 172.

⁹²³ ODNK m. 14/1 hükmünde kişinin hayattayken organ ve dokularının ölümünden sonra kendisinden alınmasına ilişkin rızasını hangi şekilde açıklayabileceği düzenlenmekle birlikte ODNK m. 14/3 hükmünde kişinin sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasını yasaklamaya dair iradesini hangi şekilde açıklayabileceğine dair bir belirleme yapılmamıştır. Belirtelim ki kanunda aksi açıkça öngörülmedikçe kural, şekil serbestisidir. Başka bir ifadeyle bir irade açıklaması veya hukuki işlem kanunda herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamış ise herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilecektir. Bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce kişi ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına karşı ise buna ilişkin yasaklama iradesini yazılı veya

gerekirse, yakınların ölenin iradesiyle uyuşmayan irade açıklamaları herhangi bir netice doğurmaz⁹²⁴. Yakınlara, ölenin hayattayken bağış hususunda olumlu veya olumsuz irade beyanının bulunmaması durumunda başvurulabilir⁹²⁵.

Kişi, organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına yönelik açıkladığı rızasını herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın daha sonra geri alabilir. Bağışa ilişkin rıza açıklamasının ODNK m. 14/1’de şekle bağlanmış olması, rızanın geri alınmasının da şekle tâbi olduğu anlamına gelmez⁹²⁶. Geri alma, rızayı geçersiz hale getirmektedir⁹²⁷. Böyle bir durumda, ODNK m. 14/1’de sayılan yakınlarının rızası ile ölenden organ ve doku alınıp alınamayacağı bir yorum meselesi olup, somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Buna göre somut olayda geri alma, kişinin hiçbir şekilde ölümünden sonra vücuduna dokunulmaması, organ ve dokularının alınmaması arzusu olarak yorumlanırsa ODNK m. 14/3 gereğince değerlendirme yaparak yakınlarının rızası olsa bile cesede dokunulamayacaktır⁹²⁸. Buna karşın geri alma, somut olayın özelliklerine göre bağış konusunda yasaklamaya yönelik bir irade beyanı anlamına gelmeyip, yalnızca bağışa yönelik olumlu iradesini geri alma anlamındaysa, yakınlarının rızasıyla ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınabilecektir.

Ölüden organ ve doku alınabilmesi için yakınların rızasına başvurulmasını gerektiren hallerde bu konuda her ne kadar ODNK’da açık bir düzenleme yer almasa da yakınlar ilk olarak ölenin iradesini ortaya çıkarmak için başvurulmalıdır. Zira kendi kaderini belirleme ve ölenin bedeni üzerinde tasarruf hakkı ile kanunun ölenin iradesine öncelik ve üstünlük

sözlü herhangi bir şekilde açıklayabilecektir. Nitekim Alman hukukunda da yasaklamaya ilişkin irade açıklamasının herhangi bir şekle tabi olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Schroth**, s. 320.

⁹²⁴ **Gürbüz**, s. 161; **Akıncı**, s. 129.

⁹²⁵ Nitekim Alman hukukunda da paralel şekilde, yakınların rızasıyla ölüden organ ve doku alımı, ölenin hayattayken bağış hususunda iradesinin belirlenememesi, diğer bir deyişle ölenin organ ve dokularının alınması hususunda olumlu ya da yasaklama şeklinde olumsuz iradesinin bulunmaması halinde gerçekleştirilebilmektedir. Aksi takdirde yakınların rızası geçerli değildir. Bkz. **Schroth**, s. 318-319; **Ateş Sarıdağ**, s. 125.

⁹²⁶ **Çilingiroğlu**, s. 74; **Gürbüz**, s. 197; Tarafı olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5 inci maddesinde yer alan tıbbi müdahaleye ilişkin rızanın her zaman serbestçe geri alınabileceğine dair hüküm ile TMK m. 23/3’te yer alan biyolojik madde verme borcu altına girenlerden edimini yerine getirmesinin istenemeyeceğine ilişkin hükümler, organ ve doku naklinde rızanın TMK’daki vasiyetten ve miras sözleşmesinden dönmeye dair hükümlerle bağlı kalınsızın şekle tabi olmadan geri alınabileceğini göstermektedir; Türkiye Büyük Millet Meclisinin 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulması üzerine Bakanlar Kurulunun 16.03.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı kararıyla onaylanıp, 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin İngilizce tam metni için <https://rm.coe.int/168007cf98> (s.e.t.: 03.08.2024); Türkçe metni için <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040420.htm#8> (s.e.t.: 03.08.2024).

⁹²⁷ **Schroth**, s. 319; **Gülen Kurt** (2020a), s. 41.

⁹²⁸ **Dural/Öğüz**, s. 111; **Köksal**, s. 120.

tanıyan anlayışı bunu gerektirir. Yakınların, ölenin sağlığındaki iradesini bilmemeleri durumunda, bağış konusunda bu kez kendi iradelerini açıklama olanağı sağlanmalıdır⁹²⁹.

ODNK m. 14/1 uyarınca ölenin bağışa yönelik bir iradesinin bulunmaması halinde ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle organ veya dokuları alınabilir. Ölüm anında ölenin yanında bulunma şartı, ölüden alınacak organ ve dokunun canlılığını yitirmeden cesetten çıkarılarak işlevlerini alıcının vücudunda yerine getirebilmesi için nakil öncesi olası gecikmelerin önlenmesi ve naklin başarılı sonuçlanabilmesi amacıyla öngörülmüştür⁹³⁰. Hükümde rıza göstermeye yetkili oldukları belirtilen kişiler arasında öncelik-sonralık bulunup bulunmadığı, yani bir sıralama mevcut olup olmadığı hususuna değinmek gerekmektedir. *Bir görüşe göre*, ölüden organ ve doku alınmasında ODNK m. 14/1’de yer alan yakınlar arasında bir sıralama veya öncelik durumu mevcut değildir⁹³¹. Buna karşın *bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre*, kanunkoyucu anılan hükümde “sırasıyla” ibaresine yer vererek açıkça bir öncelik sıralaması yapmıştır⁹³². Dolayısıyla ODNK m. 14/1 hükmü, ölüden organ ve doku alınmasına rıza göstermeye yetkili kişilerin belirlenmesinde terditli bir çözüm öngörmüştür. Bunun sonucunda ölüm anında ölenin yanında söz gelimi eşi bulunuyor ise, rıza hususunda öncelik eşe tanındığı için, fıkarda belirtilen diğer kişilerin rıza hususundaki iradesi sorulamaz. Eğer eş, ölüden organ ve doku alınmasına rıza göstermiş ise diğer yakınların karşı çıkması sonuç doğurmayacak; organ ve doku alımı gerçekleştirilecektir. Eşin organ ve doku alımına karşı çıkması halinde de diğer yakınların rıza göstermesi hukuken bir sonuç doğurmayacak; ölünün organ ve dokuları alınamayacaktır⁹³³.

ODNK m. 14/1 hükmünde rıza göstermeye yetkili kişiler arasında ilk sırada yer alan “eş”ten anlaşılması gereken; TMK anlamında ölenle aralarında resmi nikâh bulunup, evlilik birliği kurulan kişidir⁹³⁴. Bu sebeple ölenin dini nikâhlı eşi, resmi eş sayılmadığından, bu kişiler rıza açıklamasında ilk sırada yer almaz. Fakat ileride görüleceği üzere bu kişilerin

⁹²⁹ Aynı yönde bkz. **Erpek**, s. 76; **Gözübüyük**, s. 108.

⁹³⁰ **Kızılarslan**, s. 1015; **Gürzumar**, s. 385; **Gülen Kurt** (2020a), s. 41.

⁹³¹ **Vatanoğlu**, s. 39; **Bayraktar** (1979), s. 19.

⁹³² **Akıncı**, s. 157; **Gülen Kurt** (2020a), s. 41; **Parlak**, s. 213; **Gözübüyük**, s. 109; **Hakeri** (2013), s. 195; **Soyaslan**, s. 343.

⁹³³ **Parlak**, s. 213; **Gülen Kurt** (2020a), s. 41; **Hakeri** (2013), s. 195; **Mermut**, s. 1473.

⁹³⁴ **Gürbüz**, s. 173; **Cihan**, s. 91.

rıza açıklama sırasında son sırada yer alan “yakın” kavramı içerisinde mütalaa edilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Rıza göstermeye yetkili kişiler arasında ikinci sırada ölenin reşit çocuklarına yer verilmekle beraber ölenin birden çok reşit çocuğunun bulunması halinde rıza hususunda nasıl hareket edileceğine dair ODNK’da bir belirleme yapılmamıştır. *Bir görüş*, kanunkoyucunun yakınların rızasını alma sebebinin, ölüye müdahalenin bu kişilerin kişilik hakkını ihlal ettiği düşüncesine dayandığı görüşünden hareketle soruna çözüm getirmeye çalışmaktadır. Bu kapsamda, ölen kişinin ölüm anında birden çok reşit çocuğunun yanında olması durumunda, ölüden organ ve doku alınabilmesi için bütün çocukların oybirliği ile rıza göstermesi gerektiğini savunmaktadır⁹³⁵. Reşit çocuklardan bir tanesi bile organ ve doku alımına muhalefet ederse, ölüden organ ve doku alınamaz. Zira muhalefet eden kişinin ölüden organ ve doku alınmasıyla kişilik hakkı zedeleneyecektir. Aynı görüşte olan *Köksal*, bu gerekçelere ilave olarak kanun koyucunun ölenin ölüm anında yanında bulunan birden çok reşit çocuğundan bir tanesinin olumlu iradesini yeterli görmek isteseydi, ODNK m. 14/1 hükmünde yer verdiği “kardeşlerinden birisi” şeklindeki ifade gibi tekil ifade tercih edeceğini belirtmektedir. *Köksal*’a göre kanun koyucu, ölenin ölüm anında yanında bulunan birden çok reşit çocuğunun tamamının olumlu irade beyanıyla organ ve dokularının alınabileceğini ifade etmek için ODNK m. 14/1’de bilinçli tercihle “reşit çocuklar” ibaresini kullanmıştır⁹³⁶. *Diğer görüş ise*, ölen kişinin ölüm anında birden çok reşit çocuğunun yanında olması durumunda, ölüden organ ve doku alınabilmesi için çocuklardan birisinin rıza göstermesinin yeterli olacağını savunmaktadır⁹³⁷. Bunun sonucunda ölenin ölüm anında yanında üç tane reşit çocuğu varsa, iki çocuk muhalefet etse dahi bir tanesinin başı rıza göstermesi halinde ölüden organ ve doku almak mümkün hale gelecektir. *Kanaatimizce* de ölüden organ ve doku alınabilmesi için ölenin ölüm anında yanında bulunan birden çok reşit çocuğun oybirliği aranmamalı ve bir tanesinin rızası yeterli kabul edilmelidir. Diğer reşit çocukların muhalefeti herhangi bir sonuç doğurmamalıdır.

⁹³⁵ **Akıncı**, s. 141; **Gözübüyük**, s. 109-110; **Hakeri** (2013), s. 195; **Cihan**, s. 92; **Gürbüz**, s. 174.

⁹³⁶ **Köksal**, s. 123.

⁹³⁷ **Parlak**, s. 213; **Gülen Kurt** (2020a), s. 41; **Mermut**, s. 1473; **Gökçen** (2000), s. 77; Alman hukukunda ise aynı düzeyde birden fazla yakın olması halinde diğerlerinin açık muhalefeti olmaması kaydıyla bunlardan yalnızca bir tanesinin rıza beyanının ölüden organ ve doku alımı için yeterli olduğu ve fakat eşit düzeydeki yakınardan birinin veto hakkını kullanarak başı rıza muhalefet etmesi halinde ölüden organ ve doku alınamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Schroth**, s. 322.

ODNK m. 14/1 hükmünde belirtilen rıza göstermeye yetkili kişiler sıralamasında ölenin evlatlığına reşit çocuklarıyla aynı düzeyde yer verilmemesi *kanaatimizce* isabetli olmamıştır. Zira TMK m. 495 ve m. 500/1 hükümlerine göre ölenin birinci zümre yasal mirasçısı olan evlatlığın gerek hukuksal gerekse duygusal olarak ölene yakınlığının bulunduğu tartışmasızdır. Her ne kadar ODNK m. 14/1’de rıza göstermeye yetkili kişiler arasında sıralamada açıkça yer verilmese de “yakın” kavramı içerisinde mütalaa edilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Böylece hâlihazırda hükümdeki sıralamada belirtilenlerden hiçbirisi ölüm anında ölenin yanında bulunmuyorsa, ölüm anında ölenin yanında bulunan evlatlığın rıza göstermesi halinde ölüden organ ve doku alınabilecektir. Ancak evlatlığın anılan hükümde açıkça sayılan yakınlar kadar ölene duygusal ve hukuksal yakınlığının bulunduğu nazara alındığında, hükümde belirtilen sıralamada ölenin reşit çocuklarıyla aynı düzeyde söz hakkı verilmesi yerinde olacaktır⁹³⁸.

Ölüm anında ölenin yanında eşi ve reşit çocukları yoksa, ODNK m. 14/1’deki sıralama doğrultusunda ana veya babanın rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilir. Kanunda “veya” bağlacı kullanıldığı için ölenin yanında ana ve babanın birlikte bulunması durumunda, diğerinin muhalefetine rağmen birinin göstereceği rıza, ölüden organ ve doku alımını mümkün hale getirir⁹³⁹. Ölenin yanında ana ve babası da yoksa kardeşleri bulunuyorsa, kardeşlerinden birisinin rıza göstermesi durumunda ölüden organ ve doku alınabilir. Burada ölenin yanında olup organ ve doku alımına karşı çıkan diğer kardeşlerin beyanı hukuken bir sonuç doğurmaz. Ancak diğerlerinin muhalefetine rağmen yalnızca bir kardeşin olumlu beyanıyla ölüden organ ve doku alınabilmesine izin verilmesinin bağışa muhalif olan diğer kardeşlerin şahsiyet hakkını ihlal ettiği belirtilmektedir⁹⁴⁰.

Ölüm anında ölenin yanında eşi, reşit çocukları, ana veya babası ile kardeşlerinden hiçbirisi bulunmuyorsa, yanında bulunan herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkündür. Bununla birlikte ODNK m. 14/1’de rıza göstermeye yetkili kişiler sıralamasında yer verilen “*herhangi bir yakını*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz olup, bu husus öğretilerde tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, yakın kavramı ölenin dayısı, amcası, teyzesi, torunu ve yeğenleri gibi aile hukuku bağı ile bağlı olanlarla sınırlandırılmalıdır⁹⁴¹. Zira bu görüşe göre duygusal bağ unsuru ispat edilebilir olmadığı gibi

⁹³⁸ Aynı yönde bkz. **Cihan**, s. 93; **Gürbüz**, s. 175.

⁹³⁹ **Akıncı**, s. 158; **Gökçen** (2000), s. 77; **Erpek**, s. 77.

⁹⁴⁰ **Akıncı**, s. 159; **Gökçen** (2000), s. 77.

⁹⁴¹ **Gözübüyük**, s. 110; **Akıncı**, s. 157.

ölenle arasında duygusal bağ bulunan herhangi bir tanıdığına yakın kavramına dâhil edilerek rıza gösterme yetkisi tanınması, ölenin organ ve dokularından faydalanma olanağını kişilik hakkını zedeleyecek boyutta genişletir⁹⁴². *Başka bir görüşe göre*, yakından anlaşılması gereken; ölenin bir arkadaşı ya da herhangi bir biçimde ölenin yanında bulunan tanıdığıdır⁹⁴³. *Konuyla ilgili son görüş ise*, yakından kastın; ölenle arasında duygusal bağ olan nişanlı, birlikte yaşanan kişi ya da ölenin tedavisi için sürekli maddi ve manevi olarak yanında bulunan kişiler olduğunu belirtmektedir⁹⁴⁴. *Kanaatimizce* de son görüşe üstünlük tanımak gerekmektedir. Zira ODNK m. 14/1'in düzenlenme biçimi nazara alındığında yakın kavramının yalnızca ölenle kan veya sıhrî hısımlık bağı içinde olan kişilerle sınırlı olmadığı açıktır⁹⁴⁵. Kanunkoyucu anılan hükümde, ölenle hısımlık bağı olan bazı yakınlarını sırayla saydıktan sonra, sayılanların olmaması halinde yanında bulunan herhangi bir yakının muvafakatiyle ölüden organ ve doku alınabileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle yakın kavramından anlaşılması gerekenin, ölenle arasında aile hukuku ya da hısımlık bağı bulunan kişilerle sınırlı olduğu yönündeki görüş kabul edilemez. Bununla birlikte yakın kavramına ilişkin kapsamın çok geniş tutularak herhangi bir şekilde ölenin yanında bulunan ancak aralarında sıkı ilişki olmayan tanıdıklarına ölüden organ ve doku alınması hususunda rıza açıklama yetkisi tanımak da kanunun amacına uygun olmaz. Dolayısıyla biz, yakın kavramına ölenle hısımlık veya aile hukuku bağı bulunanların yanı sıra aralarında sıkı ilişki nedeniyle ölüm olayı nedeniyle derin elem ve ıstırap duyacak olan kişilerin dâhil olması gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda evlatlık, hala, dini nikâhlı eş, nişanlı, gelin ve damadı yakın kavramına örnek olarak verebiliriz.

ODNK m. 14/1'de belirtilen rıza vermeye yetkili kişilerden hiçbirinin ölüm anında ölenin yanında bulunmaması halinde rızasını saptamak için bu kişilerin araştırılmasının gerekip gerekmediği hususu da tartışmalıdır. Öğretide *bir görüşe göre* hükümde sayılan kişilerden hiçbiri ölüm anında ölenin yanında bulunmuyorsa hükümde yer alan sıraya göre rıza gösterme yetkisine sahip bu kişilerin araştırılması ve ulaşılmaması durumunda rızalarının sorulması gerekmektedir⁹⁴⁶. Alman hukukunda da benzer şekilde bir sıralama yapılmış ve vericinin ölmeden evvel bağış hususunda rıza açıklamasına müstakil yetkili bir kimseyi atamamış olması halinde son iki yıl içerisinde ölen kişi ile bağlantısı bulunmak kaydıyla

⁹⁴² Bayraktar (1979), s. 20; Mermut, s. 1474.

⁹⁴³ Soyaslan, s. 343; Aksaray, s. 163.

⁹⁴⁴ Vatanoglu, s. 39; Taşkın, s. 130; Kanıcı, s. 10; Gürbüz, s. 177; Ateş Sarıdağ, s. 68.

⁹⁴⁵ Parlak, s. 213; Köksal, s. 125; Gülen Kurt (2020a), s. 41.

⁹⁴⁶ Toroslu (1978), s. 104; Gözübüyük, s. 109.

sıralamada yer alan kişilerin bu sıralama çerçevesinde bağış hususunda karar verme yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. Ancak Alman Organ Nakli Kanununda rıza yetkisinin belirlenmesinde “ölenin ölüm anında yanında bulunma” şeklinde bir kıstas bulunmadığı için hekim yukarıda yer verilen kıstaslara göre karar verme yetkisine sahip olduğunu belirlediği yakınlarla ulaşmaya çalışmaktadır. Ulaşamaması durumunda ise sıralamada bir sonraki yakın, kendisine ulaşılması halinde karar verme yetkisine sahip olmaktadır⁹⁴⁷. Buna karşın *bizim de katıldığımız diğer görüşe göre*, ODNK m. 14/1’de açıkça “ölüm anında yanında bulunan” yakınlardan söz edildiğinden, ölüm anında yanında bulunmayanların rızasının sorulması için sıraya uygun olarak araştırılması veya ulaşmaya çalışılması gerekmemektedir⁹⁴⁸. Bunun neticesinde ölüm anında ölenin yanında kardeşlerinden birisi bulunuyor ise, onun rızasının sorulmasıyla yetinilmeli; sıralamada yer alan ve fakat ölenin yanında bulunmayan eşine, reşit çocuklarına, anne ve babasına ulaşmaya çalışılmamalıdır.

Bağış konusunda rıza gösterme yetkisine sahip olan yakınlarının ölüm anında ölenin yanında olmaması nedeniyle rızalarının sorulamadığı durumda ölüden organ ve doku alınıp alınamayacağı hususunda ODNK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide *bir görüş*, bu durumda hekimin zaruret hali içinde olacağı düşüncesinden yola çıkarak ölüden organ ve doku alınabileceğini öne sürmektedir⁹⁴⁹. *Bizim de katıldığımız baskın olan diğer görüş ise*, rızası sorulacak olan ODNK m. 14/1’de sayılan kişilerden hiçbirisinin ölüm anında ölenin yanında bulunmaması halinde rıza elde edilemediği için ölüden organ ve doku almanın mümkün olmadığını savunmaktadır⁹⁵⁰. Aksi halde geçerli rıza bulunmaksızın hukuka aykırı şekilde organ ve doku alma işlemi gerçekleşir. Gerçekten de ODNK’da ölüden organ ve doku alınmasında kabul edilen esas model irade modeli olup, ileride görüleceği üzere zaruret hali modeli ise ODNK m. 14/4 hükmünün uygulama alanıyla sınırlı istisnai bir model olarak öngörülmüştür. Buradan hareketle, ölüm anında yanında ODNK m. 14/1’de belirtilen yakınları bulunmayan ölüden rıza yokluğu sebebiyle organ ve doku alınamayacağı neticesine ulaşılmalıdır⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ Bkz. **Schroth**, s. 321-322; **Erpek**, s. 77; **Gürbüz**, s. 178-179.

⁹⁴⁸ **Parlak**, s. 213-214; **Battal**, s. 116; **Erpek**, s. 77.

⁹⁴⁹ **Soyaslan**, s. 343; **Zevkliler**, s. 288.

⁹⁵⁰ **Hakeri** (2013), s. 196; **Hakeri** (2016), s. 101; **Kılıçoğlu**, s. 261; **Bayraktar** (1979), s. 193; **Metin**, s. 523; **Toroslu** (1978), s. 104.

⁹⁵¹ **Köksal**, s. 125; **Gürbüz**, s. 185.

Yakınların rıza gösterme ehliyetine baktığımızda, ODNK’da sadece ölenin çocuğuna ilişkin rıza ehliyeti koşulunun arandığı görülmektedir. Gerçekten de bağış konusunda rıza gösterme yetkisi olan kişilerin sıralandığı ODNK m. 14/1’de ölenin çocuğunun “reşit” olması gerektiği belirtilmekle birlikte sırada yer alan diğer yakınlar için herhangi bir rıza ehliyeti şartı getirilmemiştir. Alman Organ Nakli Kanununda ise, çocuklar için aranan reşit olma koşulu kardeşler bakımından da aranmaktadır⁹⁵². Öğretide ölenin çocuğu dışındaki ODNK m. 14/1’de yer alan yakınlarının bağışa rıza gösterebilmesi için kanun koyucu tarafından başkaca bir şart getirilmemesi nedeniyle sadece mümeyyiz olmaları koşulunun aranacağı ileri sürülmüştür⁹⁵³. Bu görüşe göre, kanun koyucu isteseydi tıpkı ölenin çocuğu için aradığı reşit olma koşulunu çocuğu dışındaki yakınları için de arayabilirdi. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğini haiz olduğunda bir duraksama bulunmayan ölüden organ ve doku alınmasına rıza gösterilebilmesi için ölenin çocukları dışındaki yakınlarının ergin olmaları gerekmemektedir. *Kanaatimizce* bu görüş kabul edilemez. Zira yalnızca hükmün lafzını dikkate alarak ölüden organ ve doku alınmasına rıza gösterilebilmesi için ergin olunması koşulunu ölenin çocuğu bakımından arayıp, kardeşleri bakımından aramamanın haklı bir gerekçesi olamaz. Rızaya ehil olabilmek yönünden ölenin çocuğu ile ODNK m. 14/1’de sayılan diğer yakınları arasında oluşturulan böyle bir ayrımı mantıksal yorum metoduyla bağdaştırmak mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, ölenin çocukları için aranan ergin olma koşulunun, diğer yakınları ve kardeşleri için de kıyasen uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yakınların ölüden organ ve doku alınması konusunda göstereceği rızaya ilişkin olarak ODNK’da herhangi bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kanunda aksi öngörülmedikçe şekil serbestisinin geçerli olduğu nazara alındığında, yakınların ölüden organ ve doku alınmasına yönelik rızasını sözlü veya yazılı olarak açıklayabileceği anlaşılmaktadır⁹⁵⁴. Ancak ispat kolaylığı sağlaması bakımından yakınların rıza beyanlarının yazılı tutanağa dönüştürülmesinin faydalı olacağı haklı olarak belirtilmektedir⁹⁵⁵. Kompozit doku bağışlarında rızanın şekli, Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m. 28/1 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre bir kimsenin ölümünden sonra kompozit dokusunun alınabilmesi için, ölüm sonrasında bağışa yetkili olan yakınlarının imzaladığı

⁹⁵² Bkz. Alman Organ Nakli Kanunu m. 1a/5-b-d; **Gözübüyük**, s. 109, dn. 273; **Erpek**, s. 77; **Ateş Sarıdağ**, s. 125, dn. 21.

⁹⁵³ **Akıncı**, s. 160; **Köksal**, s. 125-126.

⁹⁵⁴ **Mermut**, s. 1474; **Akıncı**, s. 160.

⁹⁵⁵ **Gürbüz**, s. 180; **Gözübüyük**, s. 109; **Köksal**, s. 126.

bağış formunda kompozit dokuların bağışlandığının ayrı bir maddede belirtilmiş olması gerekmektedir. Öğretide rıza beyanının kişinin sağlığında verilmesi durumunda daha sıkı koşullar geçerli iken, öldükten sonra ölenin yakınlarının vereceği rıza beyanının daha esnek koşullara bağlı olduğu belirtilerek bu durum eleştirilmektedir⁹⁵⁶.

Türk hukukunda her ne kadar ölüden organ ve doku alınabilmesinde kural olarak rızanın varlığını arayan irade modeli kabul edilmiş ise de rıza gerekmeksizin ölüden organ ve doku almayı mümkün kılan istisnaî hallere de yer verilmiştir⁹⁵⁷. Rıza gerekmeksizin ölüden organ ve doku almayı mümkün kılan istisnaî hallerden birisi itiraz modelinin benimsendiği ODNK m. 14/2 hükmüdür. Buna göre aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, ölüden kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilmektedir. Anılan düzenlemenin 02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanunla değişmeden önceki hali, aksine bir vasiyet veya beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği şeklindeydi. Hükümde geçen “aksine vasiyet veya beyan yoksa” ibaresiyle, ölenin sağlığında itirazına yönelik vasiyet veya beyanının mı yoksa ölenin yanı sıra yakınlarının da doku alımına ilişkin itirazının mı kastedildiği hususu öğretide tartışma konusuydu. *Bir görüş*, bu ibareyi itiraz etme hakkının yalnızca ölen kişiye ait olduğu, ölenin sağlığında olumsuz bir irade beyanının bulunmaması halinde yakınlarının itirazı bulunsa dahi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği şeklinde yorumlamaktaydı⁹⁵⁸. *Diğer görüş ise*, “aksine bir vasiyet veya beyan yoksa” ibaresini ölenin hayattayken kendisinin, öldükten sonra da yakınlarının organ ve doku alımına ilişkin itirazının olmaması şeklinde yorumlamaktaydı. Bu görüşe göre, ölenin sağlığında itiraz hakkını kullanmaması halinde yakınlarının itiraz hakkının doğduğu, rıza yetkisini haiz yakınlarının itiraz beyanında bulunması durumunda ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınamayacağı kabul edilmekteydi⁹⁵⁹.

6514 sayılı Kanun m. 42 hükmüyle yapılan değişiklikle ODNK m. 14/2’de yer alan “veya beyan” ibaresi, “ibraz edilmedikçe” ibaresiyle değiştirilmiştir⁹⁶⁰. Bu yasal değişiklikle

⁹⁵⁶ **Mermut**, s. 1468; **Bayraktar** (1979), s. 20.

⁹⁵⁷ Buna karşılık İHAM, insan vücudunun, ölüm sonrasında dahi saygıyı hak ettiğini, bu sebeple ölenin ve yakınlarının rızasına başvurulmaksızın ve bilgi verilmeden ölenin bedeninden doku alınmasının, özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini vurgulamaktadır. Bkz. **İHAM, Elberte-Letonya Davası**, Başvuru No: 61243/08, T: 13.01.2015 (HUDOC Veri Tabanı).

⁹⁵⁸ **Toroslu** (1978), s. 104; **Soyaslan**, s. 345; **Parlak**, s. 215-216; **Bayraktar** (1979), s. 21.

⁹⁵⁹ **Kılıçoğlu**, s. 261; **Ayan**, s. 24; **Battal**, s. 117.

⁹⁶⁰ Anılan değişiklik sonrası son hali “*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*” şeklinde olan ODNK m. 14/2 hükmünde “*yoksa*” ibaresinin kaldırılması sehven unutulduğu için halihazırda dilbilgisi yanlışı ve anlatım bozukluğu oluşturmaktadır.

ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınmasında yalnızca ölene itiraz hakkı tanınmış; ölenin yakınlarının ise itiraz etmelerinin yolu kapatılmıştır⁹⁶¹. Dolayısıyla ölenin sağlığında yapmış olduğu itirazını içeren bir vasiyeti ibraz edilmedikçe, yakınlarının rıza ya da itirazlarının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilmektedir⁹⁶². Yakınları, ölüm anında ölenin yanında bulunsun bile itirazları hukuken bir sonuç doğurmamaktadır. ODNK m. 14/2’de açıkça vasiyetin ibraz edilmesi şartı arandığından, hekimin ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuları alabilmesi için ölenin olumsuz iradesini içeren bir vasiyetinin bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur⁹⁶³. Diğer yandan, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınması için tıbbi zorunluluk ya da ivediliğin gerçekleşmesi de gerekmemektedir. Öğretide tıbbi zorunluluk ya da ivedi bir hal gerçekleşmemiş iken rıza bulunmaksızın doku alınmasına olanak tanıyan ODNK m. 14/2 hükmünün, kanunun ruhuna ve benimsediği esas modele aykırı olduğu, ölenin ve yakınlarının kişilik hakkını zedelediği belirtilmektedir⁹⁶⁴.

ODNK m. 14/2 hükmünde ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların hangi dokular olduğu belirtilmemiş; bu dokulara korneanın örnek olarak verilmesiyle yetinilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu durum, uygulamada hangi dokunun alınması halinde ceset üzerinde değişiklik yapmayacağı konusunda çeşitli uyuşmazlık ve tereddütlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir⁹⁶⁵. Zira ceset üzerinde değişiklik yapan dokular kural olarak rızanın bulunması halinde alınabilirken, ölenin itirazının olmaması kaydıyla ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular rıza bulunmaksızın alınabilmektedir. Bu noktada konuya ilişkin önemli gördüğümüz bir Danıştay kararından bahsetmek yararlı olacaktır. Danıştay⁹⁶⁶, kalp yetmezliği nedeniyle yaşamını yitiren bir kimsenin defnedilmesi aşamasında ölenin ve yakınlarının rızası bulunmaksızın gözlerinin alındığının tespit edilmesi üzerine, korneanın alınmasında ODNK m. 14/2 uyarınca rıza aranmasa da gözün alınabilmesi için ODNK m. 14/1 gereğince ölenin veya yakınlarının rızasının bulunması gerektiğini, bu nedenle

⁹⁶¹ Gözübüyük, s. 110, dn. 290; Gürbüz, s. 181.

⁹⁶² Gülen Kurt (2020a), s. 42; Köksal, s. 127.

⁹⁶³ Yüzbaşıoğlu, s. 239-240; Köksal, s. 127, dn. 449.

⁹⁶⁴ Bkz. Vatanoglu, s. 40; Bayraktar (1979), s. 21; Mermut, s. 1474.

⁹⁶⁵ Mega, Ertunç/Yenerer Çakmut, Özlem (2021) ‘Organ ve Doku Nakli Kanunu Özelinde Kornea Kavramı Üzerinden “Ceset Üzerinde Değişiklik Yapmayan Doku” İbaresine Hukuksal ve Tıbbi Yaklaşım’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s. 333, 338; Toroslu (1978), s. 104.

⁹⁶⁶ Danıştay 1. Dairesi, E: 2006/1270, K: 2007/101, T: 07.02.2007 (UYAP Veri Tabanı).

ilgililerin cezai sorumluluğunun bulunduğuna hükmetmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere gözün saydam tabakası olan kornea bir doku, göz ise organdır⁹⁶⁷.

Rıza aranmaksızın ölüden organ ve doku alınabilmesine imkân sağlayan bir diğer istisnâî hal, zaruret hali modelinin benimsendiği ODNK m. 14/4 hükmüdür. Anılan hükme göre; bir kimsenin yaşamı kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle sona ermiş ve yanında ODNK m. 14/1’de sayılan yakınları yoksa yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere nakledilmek üzere sağlam doku ve organları vasiyet ve rıza aranmaksızın alınabilmektedir. Ancak bunun için tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığına hekimler kurulunun raporuyla belgelenmesi ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumun vuku bulması gerekmektedir. Görüldüğü üzere ODNK m. 14/4’e göre rıza olmaksızın organ ve doku alınabilmesi için hükümde sıkı şekilde belirlenen kümülatif koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullardan birisinin somut olayda gerçekleşmemesi halinde, ODNK m. 14/4’e göre rıza olmaksızın organ ve doku alınamamaktadır.

ODNK m. 14/4 kapsamında rıza aranmaksızın organ ve doku alınabilmesinin *ilk koşulu*, vericinin kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet sebebiyle hayatının sona ermiş olmasıdır. İş kazası, trafik kazası, yangın, deprem, su basması kaza ve doğal afete örnek olarak verilebilir⁹⁶⁸. Yaşamı bu durumun dışındaki bir nedenle sona ermiş vericiler hakkında ODNK m. 14/4 uygulanamamaktadır. Esasen kanunkoyucunun ölüm şekli olarak böyle bir koşul öngörmesinin sebebi, doğal afet ve kaza neticesinde fiziksel görünümü bozulmuş veya harap olmuş cesede yapılacak müdahalenin ölenin yakınlarına saygısızlık oluşturmayacağı varsayımı ile doğal afet ve kaza esnasında ölenlerin yanında çoğunlukla yakınlarının olmayacağı tasavvuruna dayanmaktadır⁹⁶⁹. Ancak belirtelim ki, kanunkoyucunun ölüm şekli ve sebebine göre ayırım yaparak ölenin yakınlarına saygısızlık oluşturmayacağı düşüncesiyle harap olmuş cesetten rıza olmaksızın organ ve doku alınmasına cevaz vermesi, yakınların haklarının göz ardı edildiği anlamına gelir. Zira ceset ne durumda olursa olsun ve hangi sebeple ölüm gerçekleşirse gerçekleşsin, ölenin yakınlarının ölenin hatırasına saygı duyulması başta olmak üzere kişilik hakkının korunması gerekmektedir⁹⁷⁰. Ayrıca ölüm çoğu kez beklenmedik biçimde vuku bulduğundan, sadece

⁹⁶⁷ Akıncı, s. 10; Köksal, s. 7; Hakeri (2013), s. 196.

⁹⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 261; Köksal, s. 128.

⁹⁶⁹ Gürzumar, s. 385; Banak, s. 300.

⁹⁷⁰ Gülen Kurt (2020a), s. 43; Gürzumar, s. 386; Zevkliler, s. 288; Gürbüz, s. 183.

kaza ve doğal afet değil, başka nedenlerle ölenlerin de ölüm anında yakınları bulunmayabilir⁹⁷¹. Bu itibarla, zorunlu ve ivedi durumlarda rızaya gereksinim bulunmaksızın ölüden organ ve doku alınması için bir hukuka uygunluk nedeni ihdas edilmek isteniyorsa, bu neden, kaza veya doğal afet dışında başka bir sebeple ölen ve cesedi harabiyete uğramamış olanları da kapsamalıdır⁹⁷². Diğer yandan, “vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona erme” ibaresinin muğlak olup, bu ibareden hangi ölüm anlayışının kastedildiğinin belirlenemediği, zira tıp biliminde ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona erme gibi bir ölüm anlayışının bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu sebeple ODNK m. 14/4’ün uygulanmasında belirsizliğin giderilmesi için anılan ibarenin yerine biyolojik ölüm veya merkezi sinir sisteminin tekrar çalışması mümkün olmayacak biçimde bozulması kriterinin getirilmesi önerilmektedir⁹⁷³. *Kanaatimizce* ölüden organ ve doku alma hususunda ONHY m. 8 ve ek-1 hükmünde beyin ölümü anlayışı tercih edildiği için bu durumdan ayrılmayı gerektiren bir neden yoktur. Dolayısıyla tıp literatüründe bir açıklaması olmayan vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamın sona ermesi kriterinin yerine beyin ölümü kriterinin getirilmesi daha isabetli ve faydalı olabilir.

İkinci koşul, ölenin yanında ODNK m. 14/1’de sayılan yakınlarının olmamasıdır. Eğer yakınları ölüm anında ölenin yanında bulunuyorsa, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular hariç olmak üzere organ ve doku alınması konusunda yakınların rızasına göre hareket etmek gerekmektedir⁹⁷⁴. Fıkra da geçen “yakınları yoksa” ibaresinden anlaşılması gereken; ölenin kimsesiz olması değil, ölüm anında ölenin yanında bir yakınının bulunmamasıdır⁹⁷⁵. Dolayısıyla hekimin ölen kişinin yakınlarının olup olmadığını, varsa nerede olduğunu araştırma yükümlülüğü yoktur. Önemli olan, ölüm anında yakınların ölenin yanında bulunması olduğundan, bu hususun hastane içerisinde yapılacak basit bir araştırmayla saptanması mümkündür⁹⁷⁶. Yapılan bu araştırma neticesinde yakınları ölenin yanında yoksa, hekim organ ve doku almaya yetkili hale gelmektedir⁹⁷⁷. Ancak uygulamada ölüden organ ve dokuyu aldıktan sonra hastaneye gelen yakınların muhtemel tepkisinden endişe ettikleri için, hekimlerin şartları oluşsa bile ODNK m. 14/4’e göre organ ve doku almakta çekingen davrandıkları görülmektedir. Bu da kanunun kendisine verdiği yetkiyi

⁹⁷¹ **Gülen Kurt** (2020a), s. 44.

⁹⁷² Bkz. **Gürzumar**, s. 385-386; **Gürbüz**, s. 183.

⁹⁷³ Bkz. **Bayraktar** (1979), s. 20; **Mermut**, s. 1475.

⁹⁷⁴ **Gökçen** (2000), s. 80; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 135; **Erpek**, s. 78; **Akıncı**, s. 130.

⁹⁷⁵ **Parlak**, s. 216; **Köksal**, s. 129; **Gürbüz**, s. 184; Bu koşul, organ ve dokuların işlevliğini yitirmeden ölenin vücudundan alınması maksadıyla ihdas edilmiştir. Bkz. **Gürzumar**, s. 385.

⁹⁷⁶ **Parlak**, s. 216; **Gülen Kurt** (2020a), s. 44; **Mermut**, s. 1475.

⁹⁷⁷ **Kılıçoğlu**, s. 262; **Erpek**, s. 78; **Mermut**, s. 1475.

kullanmaktan kaçınması sebebiyle hekimin sorumluluğunun yanı sıra kurtarılabilecek yaşamların heba olmasına da neden olmaktadır⁹⁷⁸. Sorunun çözümü için, karar verme yetkisinin hastane yönetimine bırakılması, yönetimin ölenin yakınlarının o anda hastanede bulunup bulunmadığını anons yapma gibi basit yöntemlerle araştırması önerilmektedir. Ölenin yakınları hastanede yoksa bu durumun yönetim ve polis tarafından düzenlenecek ortak tutanakla tespiti üzerine hekimin ölüden organ ve doku alma yetkisinin bulunduğu ilişkin mevzuata hüküm eklenmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁷⁹.

Üçüncü koşul, hayatı organ ve doku nakline bağlı olan bir alıcının bulunmasıdır. Başka bir ifadeyle, alıcının hayatta kalabilmesi için organ ve doku nakli alternatifsiz tek tedavi seçeneği olmalıdır. Organ veya doku nakli gerçekleştirilmediği müddetçe yaşamı tehlike altında olan bir alıcı yoksa, ODNK m. 14/4'e göre ölüden organ ve doku alınamaz.

Dördüncü koşul, organ veya doku naklinde ivedilik ve zorunluluk olmasıdır. Şüphesiz ki buradaki tıbbi zorunluluk alıcı yönündendir⁹⁸⁰. Alıcının yaşamını sürdürebilmesi için organ veya doku naklinin vakit kaybetmeden bir an önce yapılması gerekiyor, aksi takdirde hayatını kaybetme tehlikesi ortaya çıkacaksa zorunluluk koşulunun sağlandığı kabul edilmelidir⁹⁸¹. Fıkra da yer alan “zorunluluk” ifadesinin hukuki tavsifi konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. *Bir görüşe göre*, zorunluluktan anlaşılması gereken, bir mazeret nedeni olan zorunluluk halidir⁹⁸². *Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise*, buradaki zorunluluk, hukuka uygunluk nedeni veya mazeret nedeni olan zorunluluk hali olmayıp, kanun tarafından sınırları ayrı olarak çizilmiş özel bir koşuldur. Dolayısıyla fıkra da öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, rıza olmaksızın ölüden organ ve doku alan hekim, kanunun hükmünü (ODNK m. 14/4) yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden faydalanır⁹⁸³.

⁹⁷⁸ **Gözübüyük**, s. 111; **Parlak**, s. 216; 1997 yılında meydana gelen trajik olayda, tren istasyonunda kaza yapan kimliği belirsiz bir kişinin beyin ölümü gerçekleşmişti. Bu kişinin karaciğeri acil nakil bekleyen bir hastaya uymaktaydı. Beyin ölümü gerçekleşen kişinin karaciğerinin canlılığını kaybetmeden bir an evvel alınarak hastaya aktarılması gerekiyordu. Fakat hastane yönetimi, yanında bir yakınının bulunmadığı tespit edilmesine rağmen ODNK m. 14/4 hükmünü hatalı yorumlayarak ölen kişiden karaciğerin alınabilmesi için bu tespitin yeterli olmadığını kimsesiz olduğunu gösteren kimsesiz raporu alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu rapor alınıncaya kadar karaciğer nakli bekleyen hasta hayatını kaybetmiştir. Bkz. **Erpek**, s. 78; **Gürbüz**, s. 183, dn. 659.

⁹⁷⁹ **Gülen Kurt** (2020a), s. 43; **Parlak**, s. 217; **Erpek**, s. 78.

⁹⁸⁰ **Bayraktar** (1979), s. 21; **Vatanoğlu**, s. 40.

⁹⁸¹ **Akıncı**, s. 130; **Aydın** (2011), s. 140; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 134-135.

⁹⁸² **Akıncı**, s. 133; **Bayraktar** (1979), s. 21.

⁹⁸³ **Köksal**, s. 131; **Gülen Kurt** (2020a), s. 43; **Gözübüyük**, s. 111.

ODNK m. 14/4 hükmünün uygulanabilmesinin *son koşulu*, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığının hekimler kurulunun raporuyla belgelenmesidir. Burada belirtilen hekimler kurulu; ODNK m. 11 uyarınca tıbbi ölümün gerçekleştiğine, kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verecek olan biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekimdir. Bu koşul, çelişki barındırmakta olup, anlaşılması da oldukça güçtür. Zira ODNK m. 14/4 hükmünün açık lafzı karşısında bir kimseden organ ve doku alınabilmesi için kaza veya doğal afetler sonucu ölmüş olması gerekmektedir. Dolayısıyla ölüm hali zaten gerçekleştiğinden, tıbbi ölüm hali alınacak organlara bağlı olamaz. Ölüm hali gerçekleşmemiş ise, anılan hükme göre zaten vücuttan organ ve doku alınamaz⁹⁸⁴. *Kanaatimizce* buradaki “tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı” ibaresiyle anlatılmak istenen, ölüden alınacak olan organ ve dokunun sağlam olması ve ölümün başka organ veya dokudan kaynaklandığının belgelenmesidir⁹⁸⁵. Diğer bir anlatımla, burada, kaza veya doğal afet sonucu ağır harabiyete uğrayarak işlevini kaybetmiş organ ve dokunun alınması için cesedin bütünlüğüne zarar verilmesi ve ölenin yakınlarının kişilik hakkının zedelenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır⁹⁸⁶. Zira bu tür organ ve dokunun naklinden başarılı bir sonuç elde edilemez. Bu itibarla, geçirdiği kaza neticesinde kafa travması ya da kan kaybına bağlı olarak yaşamını yitiren kişiden böbrek alınması mümkün iken, ölüm sebebinin böbrek yetmezliği olduğu tespit edilen bir kimseden böbrek alınamaz⁹⁸⁷.

Yukarıda izah edilen kümülatif koşulların varlığı halinde ODNK m. 14/4 uygulama alanı bulacak; böylece vasiyet ve rıza aranmaksızın ölüden organ ve doku alınabilecektir. Bir kimsenin, sağlığında organ veya dokularının ölümünden sonra alınmasına karşı olduğuna dair irade beyanının bulunması halinde, ODNK m. 14/4 kapsamında vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve dokularının alınıp alınamayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. *Bir görüş*, ODNK m. 14/4’te yer alan “vasiyet ve rıza aranmaksızın” ibaresinin, ölenin sağlığında açıklamış olduğu ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına karşı olduğuna yönelik iradesinin bulunması durumunda dahi ölüden organ ve doku alınabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁸⁸. Bunun sonucunda ölen kişi hayatta iken ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasını açıkça yasaklamış

⁹⁸⁴ Gürbüz, s. 184; Gülen Kurt (2020a), s. 44.

⁹⁸⁵ Aynı yönde bkz. Cihan, s. 94-95; Köksal, s. 130; Gülen Kurt (2020a), s. 44.

⁹⁸⁶ Gülen Kurt (2020a), s. 44.

⁹⁸⁷ Kılıçoğlu, s. 262; Köksal, s. 130, dn. 459.

⁹⁸⁸ Zeytin, s. 262.

olsa bile ODNK m. 14/4'ün koşulları bulunuyor ise organ ve dokuları alınabilecektir. Belirtelim ki, ölenin bağış hususundaki olumsuz iradesini göz ardı eden bu görüşün kabulü halinde ölenin kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkı ihlal edilecektir⁹⁸⁹. *Diğer görüşe göre* ise, ölenin sağlığında açıkladığı organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına karşı olduğuna dair bir iradesi mevcut ise tüm koşulları oluşmuş olsa bile ODNK m. 14/4 hükmüne dayanılarak ölüden organ ve doku alınamaz⁹⁹⁰. *Kanaatimizce* son görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira Türk hukukunda ölüden organ ve doku alınmasında kabul edilen esas model rızanın varlığını arayan irade modeli olup, rızanın varlığını aramayan zaruret hali modeli ise istisnadır. İstisnai durumlar ise dar yorumlanır. Bir kimsenin organ ve dokularının alınmasında esas olan, kişinin bağış konusundaki iradesidir. Bu nedenle ODNK m. 14/4 hükmünde belirtilen “vasiyet ve rıza aranmaksızın” ibaresi, kişinin sağlığında kendisinin, öldükten sonra da yakınlarının bağış hususunda olumlu irade açıklamasının bulunması gerekmeksizin ölüden organ ve doku alınabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, yaşarken açıkladığı organ ve dokularının alınmasını yasaklamaya ilişkin iradesinin ise, her durum ve koşulda nazara alınması gerekmektedir. Bununla birlikte ODNK m. 14/4 hükmü ivedilik ve zorunluluk bulunan nakillerde uygulandığından, ölenin yasaklama iradesinin var olup olmadığının tespiti için yakınlarına ulaşmaya çalışmak gibi ivedilik durumuyla bağdaşmayacak ayrıntılı araştırmalara da başvurulmamalıdır. Dolayısıyla vakit kaybı oluşturmayacak basit bir araştırmayla ölenin bağışa ilişkin olumsuz iradesinin öğrenilebildiği durumlarda bu iradenin dikkate alınması gerekmektedir⁹⁹¹.

ODNK m. 14/4 hükmünün uygulanma koşullarının gerçekleştiği durumlarda adli otopsi, organ ve doku alma işlemleri tamamlandıktan sonra yapılır. Bu halde, hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir. Böylece adli otopsi işleminden önce gerçekleştirilecek organ ve doku alma işlemi, kişinin ölüm nedeni konusunda edinilecek nihai kanaatin oluşmasını ve ölü üzerindeki delillerin elde edilmesini engellemeyecektir⁹⁹². Nitekim Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.02.2015 tarihli ve 156 nolu “Ölü Muayene ve Otopsi İşlemleri” konulu genelgesinde de; “2238 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında meydana gelen adli vakalar sonucu gerçekleşen beyin ölümlerinde, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına durumun

⁹⁸⁹ Zengin, s. 179; Taşkın, s. 32.

⁹⁹⁰ Gürbüz, s. 186; Battal, s. 117; Mermut, s. 1476.

⁹⁹¹ Benzer yönde bkz. Gürbüz, s. 185.

⁹⁹² Kızıllarslan, s. 1016; Ateş Sarıdağ, s. 66-67.

haberdar edilmesini müteakiben organ ve doku nakli uygulamasının anılan Kanunun 11 inci maddesinde belirlenen şekilde belgelenmek kaydıyla yapılması, bu işlemin gerçekleştirilmesinde fotoğraf veya görüntü kaydının da alınmasının sağlanması, adli otopsinin bu işlemler tamamlandıktan sonraya bırakılması, hekimler kurulunun raporunun adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilerek fotoğraf veya görüntü kayıtlarını içeren veri taşıyıcısıyla birlikte soruşturma evrakına eklenmesi, özellikle kişi üzerindeki lezyonların ayrıntılı bir şekilde hekimler kurulu raporunda yer verilmesinin sağlanması” gerektiği belirtilmiştir⁹⁹³.

ODNK m. 14/5 hükmünde cesedin bilimsel araştırmalar için kullanılmasının koşulları düzenlenmiştir. Buna göre cesedi bilimsel araştırmalar için kullanılabilecek ilk grubu, vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenler oluşturmaktadır. Vasiyetin türüne dair bir sınırlama bulunmadığı için TMK’da düzenlenen vasiyet türlerinden herhangi birisiyle, kişinin sağlığında ölümünün ardından vücudunun bilimsel araştırma ve incelemelerde kullanılmasına rıza gösterebileceğini kabul etmek gerekmektedir⁹⁹⁴. Kişinin hayattayken bu yönde bir beyanının olmaması halinde, yakınlarının rızasıyla vücudunun bilimsel araştırmalar için kullanılıp kullanılmayacağı hususuna yönelik fıkra da bir belirleme yapılmamıştır. ODNK m. 14/1’te yer alan açık hüküm karşısında yakınlarının rızasının bulunması halinde ölenin organ ve dokularının bilimsel amaçlar için alınabileceğini söyleyebiliriz⁹⁹⁵. Cesedi bilimsel araştırmalar için kullanılabilecek ikinci grubu ise kimsenin sahip çıkmadığı cesetler oluşturmaktadır. ODNK m. 14/5’e göre kimsesiz bir cesedin bilimsel araştırmalarda kullanılabilmesi için; kişinin yataklı tedavi kurumlarında ölmesi veya bunların morglarına getirilmesi, ölü muayenesi veya otopsi işleminin tamamlanmış olması ve aksine bir vasiyetin bulunmaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buradaki vasiyetten kasıt; TMK’da düzenlenen vasiyet türleriyle sınırlı olmayıp, kişinin hayattayken açıklamış olduğu öldükten sonra vücudunun tümünün ya da organ ve dokularının alınmasını yasaklamasına dair iradesidir⁹⁹⁶. “Ölü muayenesi veya otopsi işleminin tamamlanmış olması” koşulu 02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel “adli kovuşturmayla ilgisi bulunmaması” şeklindeydi. Anılan değişiklikle adli kovuşturmayla bir ilgisi bulursa dahi ölü muayenesi

⁹⁹³ Genelgenin tam metnine ulaşmak için bkz: <https://cigm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1822020142553156nolu.pdf> (s.e.t.: 19.01.2022).

⁹⁹⁴ Aynı yönde bkz. **Doğu**, s. 1484; **Köksal**, s. 134.

⁹⁹⁵ Aynı yönde bkz. **Gözübüyük**, s. 112; **Doğu**, s. 1481; Aksi yönde bkz. **Ayan**, s. 24.

⁹⁹⁶ **Kılıçoğlu**, s. 263.

veya otopsi işlemi tamamlanan sahipsiz cesetlerin bilimsel amaçlarla kullanılabilmesine imkân tanınmıştır. Sahipli cesedin bilimsel amaçlarda kullanılabilmesi için bu yönde bir rızanın varlığını arayan; sahipsiz cesetlerin ise yasaklamaya yönelik aksi bir iradenin bulunmaması kaydıyla rıza aranmaksızın bilimsel araştırmalar için kullanılmasına cevaz veren ODNK m. 14/5 hükmü, sahipli ve sahipsiz ceset ayrımı yapılmasına neden olduğu için eleştirilmektedir. Belirtelim ki bu farklılık, cesetlerin bilimsel araştırmalar için kullanılmalarıyla sınırlıdır. Ayrıca, bu tür vakalarda nakledilecek organ ve doku ihtiyacı gözetildiğinde bilimsel araştırmadan evvel öncelikle nakil amacının gözetilmesi, bilimsel araştırmanın ikincil olarak değerlendirmeye alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁹⁷. Ancak hükmün mevcut haliyle her ne kadar nakil ihtiyacını göz ardı etmesi eleştiri konusu yapılabilir ise de bu tür vakalarda sadece bilimsel amaç için cesedin kullanımına izin verdiği dikkate alındığında nakil amacına öncelik verilemeyeceği anlaşılmaktadır. İlave etmek gerekir ki, hükümde cesetlerin 6 aya kadar muhafazası öngörüldüğünden, başarılı şekilde sonuçlanması için zamanla yarışılan organ ve doku naklinin bu süre geçtikten sonra gerçekleştirilmesi de mümkün görünmemektedir⁹⁹⁸.

Bu başlık altında değinilmesi gereken son husus, 6514 sayılı Kanunun 42 nci maddesiyle eklenen ODNK m. 14/6 hükmü uyarınca yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, tıp eğitimi için gerekli olan kadavra veya kadavra parçasının, yurt dışından temin edilebilmesidir. Ancak yurt dışından edilecek kadavra ya da kadavra parçasının soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselere ait olmaması koşulu aranmaktadır. İfade edelim ki, kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.

3.2.2.5.Değerlendirme

Yukarıda muhtevası ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere Türk hukukunda ölüden organ ve doku alınmasında kural olarak irade modelinin benimsendiği, ancak kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınmasında itiraz modelinin, kaza veya doğal

⁹⁹⁷ Aydın (2008a), s. 37.

⁹⁹⁸ Gözübüyük, s. 112.

afetler sonucu hayatını kaybeden kimselerden organ ve doku alınmasında ise zaruret hali modelinin geçerli olduğu görülmektedir.

Dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de nakil amacıyla temin edilen organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılamaktan uzak olması ve buna ek olarak yaşamsal önemi haiz organ ve dokuların alınması yasağı nedeniyle yaşayan kimselerden sınırlı organ ve dokunun temin edilebilmesi, ihtiyacı karşılayacak organ ve doku kaynağı oluşturma kapsamında çözüm olarak görülen ölüden organ ve doku alınmasında benimsenmesi gereken rıza modeli hususunu oldukça önemli hale getirmiştir.

Bu kapsamda çözüm olarak Türk hukukunda esas olarak benimsenmesi gereken modelin itiraz modeli olması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira bu düşünceye göre, irade modelinde rıza göstermeye yetkili kişilere herhangi bir nedenle ulaşılamaması durumunda organ ve doku alımı yapılamamakta ve bu süre zarfında organ ve dokular canlılığını yitirdiği için sonrasında rıza gösterilse dahi nakil operasyonu başarılı olamamaktadır. Sonuç olarak da birçok organ ve doku bu şekilde heba olmaktadır. Oysa alıcının yaşama hakkının korunabilmesi için aksine bir iradenin bulunmaması halinde organ ve dokuların canlılığını yitirmeden nakledilmesini sağlayan itiraz modelinin kabul edilmesi temin edilen organ ve doku sayısını artıracaktır. Diğer yandan bu modelde vericiye itiraz hakkı tanınarak kendisinden organ ve doku alınmasını engelleme yetkisi verilmek suretiyle bedeni üzerindeki tasarruf hakkı da korunmaktadır. Bununla birlikte itiraz modelinin gerektiği şekilde uygulanabilmesi için kişilerin itiraz haklarının bulunduğu ve bunu nasıl kullanabileceği hususunda ayrıntılı şekilde bilgilendirilmesi ve iyi işleyen bir sistem altyapısının kurulması gerekmektedir⁹⁹⁹.

Kanaatimizce tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yeterli sayıda organ ve doku temin edilemediği bir gerçek ise de ölülerden daha çok organ ve doku alınabilmesi uğruna ölenin ve yakınlarının korunmaya değer menfaatleri göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple ölüden organ ve doku naklinde sağlığına kavuşabilmek için nakil bekleyen alıcının yaşama hakkı ile vericinin ölüm sonrası post mortem kişiliği ve kendi geleceğini tayin hakkının karşılıklı çatışmasında, bu menfaatlerin dengelenmesini rıza vasıtasıyla sağlayan irade modelinin hukukumuzda esas model olarak kabul edilmesi isabetlidir. Organ ve doku ihtiyacına çözüm bulunması için yapılması gereken, benimsenen rıza modelinin

⁹⁹⁹ Bkz. **Gözübüyük**, s. 112-113; **Ayiter**, s. 147-153.

değiştirilmesinden ziyade naklin gerekliliği ve önemi konusunda toplumsal farkındalık oluşturulması ve bağışa ilişkin rıza açıklamasını kolaylaştıran bir usulün kabul edilmesidir. Seminer ve konferans gibi eğitim faaliyetleri, kamu spotları, yazılı ve görsel basında konuyu ele alan haber ve programlar ile organ nakli yoluyla hayata tutunmayı başarmış kişilerle gerçekleştirilen mülakatlar, organ ve doku bağışının önemi ve gerekliliği hususunda toplumsal farkındalığın oluşturulmasına fayda sağlayacaktır. Böylece insanların organ ve dokularının ölümünden sonra başka hayatların kurtarılabilmesi için alınmasına rıza gösterme konusundaki bakış açıları olumlu yönde değişecektir. Organ ve doku temininin artırılabilmesi için ölenin sağlığında açıklayacağı rızanın geçerlilik şekli koşullarının da esnetilmesi gerekmektedir. Gerçekten de ODNK m. 14/1 hükmünde kişinin sağlığında organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına yönelik rızasının geçerli olabilmesi sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Bu sıkı koşulların yeniden gözden geçirilerek güncel gelişmeler doğrultusunda rıza açıklamasını kolaylaştırıcı usuller belirlenmelidir. Örneğin kişilerin e-devlet üzerinden hukuken geçerli rıza açıklamasında bulunmasına olanak tanınmalıdır¹⁰⁰⁰. Ayrıca cenaze ve tedavi masraflarının devlet tarafından karşılanması gibi organ ve doku bağışını teşvik edici politikaların belirlenmesi de rıza sayısında artışı sağlayacaktır¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ Gürbüz, s. 190.

¹⁰⁰¹ Parlak, s. 218-219; Köksal, s. 57.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇLARI

1. GENEL OLARAK

TCK m. 91 hükmünde organ veya doku ticareti suçları düzenlenmiştir. Madde metninin içeriği incelendiğinde “*Organ veya doku ticareti*” kenar başlığı altında birinci fıkra da yaşayan bir kişiden organ veya doku almak; ikinci fıkra da ölüden organ veya doku almak; üçüncü fıkra da organ veya doku satmak, satın almak ve satıma aracılık yapmak; beşinci fıkra da organ veya doku saklamak, nakletmek veya aşılama; altıncı fıkra da ise organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak şeklinde suç tiplerine yer verilmiştir¹⁰⁰². Görüldüğü üzere, TCK m. 91’de yalnızca organ veya doku ticareti suçu düzenlenmeyip, bunun yanı sıra birbirinden bağımsız diğer suç tiplerine de yer verildiği için madde metni ile kenar başlığının uyduğu söylenemez¹⁰⁰³. *Algan*, yapılması gerekenin ya madde başlığının madde içeriği ile uyumlu hale getirilmesi ya da madde içerisinde yer alan organ ve doku ticareti dışındaki suçların bu madde kapsamından çıkarılarak müstakil olarak düzenlenmesi olduğu görüşündedir¹⁰⁰⁴. Madde başlığının madde içeriğinde yer alan suçların tamamını kapsayıcı ve temsil edici olarak revize edilmesi

¹⁰⁰² **Öztezel, Ashhan** (2014) ‘Organ ve Doku Nakil Suçları’, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, 16-17 Ekim 2014, Lefkoşa, s. 222; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2023) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 268; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2023) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 318; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 112; **Aydın** (2008a), s. 128; **Banak**, s. 319; **Bakıcı**, s. 941; Aksi düşüncede olan *Kızıllarslan* ise TCK m. 91’de hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın canlı bir kişiden organ veya doku alma, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alma ve organ veya dokuları satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme olmak üzere üç suç tipinin düzenlendiği, hukuka aykırı olarak ele geçirilmiş organ veya dokuları saklama, nakletme veya aşılama ile belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlamanın ise organ ticaretini önleme anlayışının devamı olduğu görüşündedir. Bkz. **Kızıllarslan**, s. 1020-1022; TCK m. 91/5 ve 91/6 hükmünde hukuka aykırı olarak ele geçirilmiş organ veya dokuları saklama, nakletme veya aşılama ile belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama eylemlerinin karşılığında ceza hukuku yaptırımı öngörüldüğünden ve diğer fıkralarda belirtilen suçlardan ayrı birer maddi unsura sahip olduklarından, kanaatimizce bu eylemlerin bağımsız birer suç olarak kabul edilmesi zorunludur. Dolayısıyla *Kızıllarslan*’ın TCK m. 91’de üç suç tipinin düzenlendiği görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir; **Bayraktar**, TCK m. 91’de beş ayrı ve birbirinden bağımsız suç tipinin düzenlendiğini kabul etmekle birlikte bu suçların geniş perspektifte organ veya doku ticaretinin değişik hareketleri olduğu görüşündedir. Bkz. **Bayraktar, Ömer** (2010) ‘Organ ve Doku Nakli’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, s. 1304-1305.

¹⁰⁰³ **Soyaslan**, s. 350; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 268; **Aydın** (2008a), s. 128.

¹⁰⁰⁴ **Algan**, s. 85.

seçeneğinin tercih edilmesi halinde *Kaçar*'ın da önerdiği gibi madde başlığı “*Organ veya dokuyu konu alan suçlar*” şeklinde değiştirilebilir¹⁰⁰⁵. Ancak bu öneri, soruna kısmi bir çözüm sunmaktadır. Zira aşağıda görüleceği üzere maddede düzenlenen suçların, tasnifsel olarak TCK sistematğinde bulunduğu bölümde de sorun vardır.

Ceza hukukunun gayesi hukuksal değerleri korumak olduğundan, bir hukuksal değerle ilişkili olmayan suç olamaz¹⁰⁰⁶. Diğer bir anlatımla bütün suç tipleri mutlaka bir veya birden fazla hukuksal değer korunmasına hizmet etmektedir. Suç oluşturan her fiil, aynı zamanda bir hukuksal değer ihlali niteliği taşımaktadır. Hukuksal değer, toplumsal düzenin devamı için geçerliliği ve korunması zaruri olan soyut, manevi değerlerdir¹⁰⁰⁷. Dolayısıyla bu değerler suç teşkil eden fiilin üzerinde gerçekleştirildiği veya suçun konusunu oluşturan insan ya da şey gibi algılanabilir, somut varlıklar değildir¹⁰⁰⁸. Bu nedenle de hukuksal değerler suç oluşturan fiille zarara veya tehlikeye uğratılamamakta olup, yalnızca ihlal edilmektedir. Zarar veya tehlikeye uğratılan suçun maddi konusudur. Hukuksal değerler, suçların tasnifinde başvurulacak bir kıstas olma özelliğine sahiptir. Başka bir ifadeyle, ceza kanunlarının sistematğinde kapsamında suçlar, korunan ortak hukuksal değerlere göre sınıflandırılmaktadır.

TCK m. 91’de yer alan suçlara, TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümü olan “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlığı altında yer verilmiştir. Buradan hareketle, öğretide TCK m. 91’de düzenlenen suçlarla korunan hukuksal değer yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁰⁹. Bunun yanı sıra irade hürriyeti ve insan onurunun da korunduğu belirtilmiştir¹⁰¹⁰. Gerçekten de birinci fıkra kapsamında hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın, söz gelimi zorla bir insanın bedeninden organ veya dokusunun alınmasının hem AY m. 17’de güvence altına alınan vücut dokunulmazlığını ve bütünlüğünü hem de irade özgürlüğünü zedeleyeceğinde kuşku yoktur. Bu fiil sonucu kişi ölmüşse, yaşam hakkı da ihlal edilmiş olacaktır. Ancak altıncı fıkrada düzenlenen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklam vermenin vücut dokunulmazlığını ve irade hürriyetini ihlal ettiği söylenemeyecektir. Yaşam hakkının ihlal edilmesi de geçerli rıza olmaksızın organ ve doku alınması sonucu

¹⁰⁰⁵ *Kaçar*, s. 58.

¹⁰⁰⁶ *Koca/Üzülmez* (2023a), s. 42; *Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri*, s. 376.

¹⁰⁰⁷ *Özgenç*, s. 178-179; *Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri*, s. 376.

¹⁰⁰⁸ *Koca/Üzülmez* (2023a), s. 32; *Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri*, s. 376.

¹⁰⁰⁹ *Mermut*, s. 1457; *Üzülmez*, s. 126; *Kancı*, s. 35.

¹⁰¹⁰ *Aydın* (2011), s. 146; *Kancı*, s. 35.

kişinin ölmesi halinde gündeme gelecektir. Benzer şekilde, bir insanın organlarının ticari bir meta haline getirilerek satılması halinde insan onurunun ihlal edileceği tereddütsüz olarak kabul edilecek iken, bir çıkar ya da menfaat temin etmeksizin ölen bir kişinin organ ve dokularının ODNK’da belirtilen koşullara aykırı olarak alınmasının insan onurunu ihlal ettiği söylenemeyecektir. Dolayısıyla ne vücut dokunulmazlığı, ne yaşam hakkı, ne irade hürriyeti ne de insan onuru TCK m. 91’de düzenlenen suçların tasniflenmesinde müşterek hukuksal değer olarak kabul edilemez. Esasen TCK m. 91’de düzenlenen her bir suç tipi ayrı birer hukuksal değeri korumaktadır¹⁰¹¹. Diğer bir deyişle, korunan hukuksal değer ya da değerlerin suç tipine göre değiştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu cümleden olmak üzere, birinci fıkra düzenleneni yaşayan bir kişiden geçerli rıza bulunmaksızın organ veya doku almak suçuyla kişinin vücut dokunulmazlığı ve irade özgürlüğü korunurken, ikinci fıkra düzenleneni ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku almak suçuyla ölenin hatırası ile yakınlarının kişilik hakkı ve haysiyetinin korunması ön plandadır. Üçüncü fıkra düzenleneni organ veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek suçunda ise temel olarak insan onurunun korunması söz konusudur¹⁰¹². Tasniflendirme bakımından TCK m. 91’de düzenlenen tüm suç tipleri için geçerli müşterek ve çatı bir hukuksal değer belirlemek gerekirse, bunun sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşamak hakkı olduğunu söyleyebiliriz¹⁰¹³. Zira sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının teminat altına alındığı AY m. 56’da Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırmak maksadıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleme vazifesi verilmiştir. Bu bağlamda, her şeyden evvel bireylerin organ ve dokularının bir sağlık kuruluşunda tıbbi teknoloji ve gerekliliklere uygun şekilde alınması veya alınan organ ya da dokunun kendisine aktarılması hususunda haklı menfaatleri bulunmaktadır. TCK m. 91’de düzenlenen suçların her biri, birbirinden farklı hukuksal değerleri korusalar da temelde bu suç tipleri, toplumdaki kişilerin yaşamlarını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesine hizmet etmektedir¹⁰¹⁴.

TCK m. 91’de yer alan suç tipleriyle korunan hukuksal değere ilişkin yukarıdaki açıklamalar ışığında, kanun sistematğinde tasniflendirme bakımından anılan suçlara “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde yer verilmesinin isabetli olmadığını ifade

¹⁰¹¹ **Taneri, Gökhan/Kamışlı, Gani** (2018) *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 224; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 114; **Algan**, s. 80.

¹⁰¹² **Gökçen/Balcı** (2013), s. 115; **Taneri/Kamışlı**, s. 224.

¹⁰¹³ **Algan**, s. 81-82; **Ekiz**, s. 271.

¹⁰¹⁴ **Algan**, s. 81.

edebiliriz. Zira esasında her biri farklı hukuksal değeri korumakla birlikte bu suçlarda tasniflendirme açısından esas alınması gereken müşterek hukuksal değer vücut dokunulmazlığı değil, sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. *Algan*, kanun sistematığının doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, tıpkı bazı ülkelerde olduğu gibi bu suçlara organ ve doku nakline ilişkin özel kanunlarda ayrıca yer verilmesini önermektedir¹⁰¹⁵. *Kanaatimizce* muhataplarınca daha kolay şekilde bilinirliğinin sağlanması bakımından istisnai haller dışında suçların asıl düzenlenme yeri temel ceza kanunları olduğundan, bu suçlara TCK içerisinde yer verilmesi gerekmektedir birlikte sistematik olarak “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde değil, ihdas edilecek sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ilişkin bir bölümde veya “Kamu Sağlığına Karşı Suçlar” bölümünde yer verilmesi daha isabetli olurdu.

Öte yandan ceza kanununun yer bakımından uygulanma alanına dair evrensellik prensibinin hükme bağlandığı TCK m. 13 hükmünde, TCK m. 91’de düzenlenen suçların hiç olmazsa örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesine yer verilmemesi suretiyle milletlerarası ceza hukukuna konu yapılmamasının, bu suçlarla uluslararası mücadeleyi zayıflattığı belirtilmiştir¹⁰¹⁶. *Kanaatimizce* organ ve dokuyu konu alan suçların işlenmesinin temel sebebi, sağlığına kavuşabilmek için organa ve dokuya muhtaç olan hastaların ihtiyacını karşılayacak sayıda organın ve dokunun bulunamamasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere nakil bekleyen hasta sayısının her geçen gün artmasına karşılık temin edilen organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılamaktan uzak olması, dünyadaki tüm ülkelerin ortak sorunudur. TCK m. 91’de tanımlanan suçların ihlal ettiği insan onuru gibi önemli hukuki değerler ile doğurduğu iktisadi ve toplumsal sonuçlar dikkate alındığında, her ülkenin ortak sorunu olan bu suçlarla küresel olarak etkin şekilde mücadele edilmesinin bir gereklilik olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 91’de tanımlanan suçlara ceza kanununun yer yönünden uygulanma alanına ilişkin evrensellik ilkesinin düzenlendiği TCK m. 13 hükmünde yer verilmesi, bu suçlarla uluslararası mücadele bakımından yararlı olacaktır.

TCK m. 91’de suç tiplerinin yanı sıra nitelikli hale ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına da yer verilmiştir. Ayrıca TCK m. 92’de kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebep olan zorunluluk hali; TCK m. 93’te de cezayı kaldıran veya

¹⁰¹⁵ *Algan*, s. 82.

¹⁰¹⁶ *Ünver* (2005a), s. 193.

azaltan sebep olan etkin pişmanlık hükme bağlanmıştır. Anılan hükümler yürürlüğe girdiğinden bugüne değin hiçbir değişikliğe uğramamıştır.

Esasen TCK m. 91-93 hükümleri, ODNK’da öngörülen prensip ve kaidelerin yaptırımlarını düzenlediği için organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline ilişkin temel esaslar konusunda uygulanacak yasa, ODNK’dır¹⁰¹⁷. Diğer bir ifadeyle TCK m. 91’de belirtilen suçların oluşması ODNK’da belirtilen kural ve usullere aykırı davranılmasına bağlıdır. Bunun sonucunda, organ ve doku alımı ve nakli sürecine dair hukuka uygunluk konusunda ODNK hükümleri belirleyici olacaktır. Söz gelimi TCK m. 91/1’de düzenlenen suçun gerçekleşmesi bakımından “hukuken geçerli rıza”nın veya TCK m. 91/2’de öngörülen suçun gerçekleşmesi bakımından da ölüden organ veya doku alımının “hukuka aykırı” olup olmadığı ODNK hükümlerine göre belirlenecektir. Bu nedenle ODNK ile TCK m. 91-93 hükümleri arasında tamamlayıcı bir bağlantı vardır¹⁰¹⁸. Daha önce de önemle vurguladığımız üzere ODNK’nın uygulanmasını sağlamak maksadıyla ihdas edilen ONHY’de, kanunda yer almayan bir takım sınırlandırıcı mahiyette düzenlemelere yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki kanunda yer almayıp, ONHY’de yer verilen organ alınmasına ve nakline ilişkin sınırlandırıcı nitelikteki koşullar, AY m. 38’de temel bir ilke olarak düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Temel hakları sınırlandıran düzenleme yapılacaksa, bunun yerinin kanun olduğunu ifade etmek gerekir.

Belirtelim ki, bir önceki bölümde organ veya doku alınmasının hukuki koşullarına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunduğumuz için, bu bölümde TCK m. 91’de düzenlenen suçların unsurları hakkında yapacağımız açıklamalarda tekrara düşmemek adına bu hususta önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetineceğiz.

2. ODNK m. 15 ve TCK m. 91 İLİŞKİSİ

765 sayılı mülga TCK’da müstakil olarak organ veya doku ticareti suçlarına yer verilmemiş idi. Dolayısıyla bahsedilen Kanunda organ ve dokuyu konu alan fiilleri doğrudan düzenleyerek karşılığında ceza hukuku yaptırımını öngören bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu

¹⁰¹⁷ Hakeri (2016), s. 472; Karakaya, s. 126.

¹⁰¹⁸ Algan, s. 41; Karakaya, s. 126.

dönemde organ ve doku nakline dair istismarları önlemek için ceza normu öngören tek düzenleme, Kanunun 201/b maddesiydi. Anılan maddenin birinci fıkrasında yer alan seçimlik hareketleri “vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla” işleyen fail, insan ticareti suçu kapsamında cezalandırılmaktaydı¹⁰¹⁹.

Organ ve dokuyu konu alan suçlar, hukukumuzda ilk kez müstakil olarak 1979 yılında yürürlüğe giren ODNK’nın 15 inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde, ODNK’ya 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 cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve adli para cezası öngörülmüştür.

Madde, ceza müeyyidesi konusunda hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanıyan, neredeyse bütün kanuna aykırılıkları kapsamına alan torba bir normdur¹⁰²⁰. Gerçekten de ölüm hali hekimler kurulunca saptanmadan organ alınması veya ölüm halini saptayan hekimler kurulunun oluşumunda uzmanların hepsinin bulunmaması suretiyle ODNK m. 11’e aykırı davranılması, organ ve dokuyu alacak hekimin vericiyi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinde ODNK m. 7’ye aykırı davranması, ODNK m. 9’a aykırı şekilde tahlil ve inceleme yapma zorunluluğuna uyulmaksızın organ ve doku nakli yapılması, ölenin hayattayken bağış konusunda bir irade belirtmediği hallerde ODNK m. 14/1’e aykırı şekilde ölenin yakınlarının rızası alınmadan ölüden organ ve doku alınması gibi ODNK’da öngörülen kurallara aykırı birçok fiil ODNK m. 15 kapsamında değerlendirilecektir. Ancak belirtelim ki, ODNK m. 4 hükmünde bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmış ise de ODNK m. 15’te suçun maddi unsuru olarak reklama yer verilmediği için alım ve satıma aracılık sayılmadığı müddetçe cezalandırılması cihetine gidilemeyecektir. Kısacası, deontoloji kurallarına aykırı sayılabilecek ve dolayısıyla disiplin suçunu oluşturabilecek birtakım fiilleri cezalandırma yoluna giden ODNK m. 15, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklamı müstakil bir suç olarak düzenlememiştir¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin (2004) Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayıncılık, s. 406; Karakaya, s. 114, 125; Aydın (2011), s. 144.

¹⁰²⁰ Soyaslan, s. 347; Bayraktar (1979), s. 22.

¹⁰²¹ Toroslu (1978), s. 112; Algan, s. 43.

Öğretide ODNK m. 15 hükmünde düzenlenen her bir fiilin ayrı birer suç teşkil etmeyip, bunların seçimlik hareket olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aksi takdirde failin alma, saklama, aşılama, nakletme, satın alma, satma, buna aracılık veya komisyonculuk yapma fiillerinin ayrı ayrı cezalandırılması halinde ceza adaletine aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır¹⁰²². Bu kabulden hareketle, bir kimse ODNK hükümlerine aykırı olarak bir vericiden aldığı organı bir alıcıya naklederse hem organ alma hem de nakletmeden ayrı ayrı cezalandırılmayıp, yalnızca bir kez cezalandırılacaktır. Ayrıca, ODNK m. 15 hükmünde, kanuna aykırılık teşkil eden fiillerin ağırlığına ve farklılığına bakılmaksızın aynı ceza müeyyidesine tabi tutulmuştur. Haksızlık muhtevası birbirinden çok farklı ihlalleri, ağırlık bakımından aynı kapsamda değerlendirerek aynı müeyyideyle cezalandırılmasını öngören bu hüküm, suça göre ceza ilkesine aykırı olması ve adil olmayan sonuçlar doğurması nedeniyle öğretilde eleştirilmiştir¹⁰²³. Zira modern ceza hukuku bakımından olması gereken, fiillerin ve suçların ağırlığına göre farklı cezaların belirlenmesidir.

ODNK m. 15'in gereksinimlere cevap vermemesi nedeniyle yetersiz olduğuna ilişkin eleştiriler kapsamında anılan hüküm açık bir şekilde ilga edilmeksizin 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK m. 91'de organ ve dokuyu konu alan suçlara yer verilmiştir¹⁰²⁴. Belirtelim ki, TCK m. 91, ODNK m. 15'te yer alan fiillerin tamamını değil, bir kısmını suç haline getirmiştir.

TCK m. 91'de suç teşkil eden fiillere farklı ağırlıkta yaptırımlar öngörülerek ODNK m. 15'e yöneltilen suça göre ceza ilkesine aykırılık eleştirisi bertaraf edilmiştir. Ayrıca hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alma fiili hariç olmak üzere TCK m. 91'de, ODNK m. 15'e nazaran daha ağır cezalar belirlenmiştir. İki madde arasında diğer bir önemli farklılık da, ODNK m. 15'te organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yapılması fiiline müstakil bir suç olarak yer verilmemiş iken, TCK m. 91/6'da çıkar amaçlı reklam ve ilan verilmesi suç olarak düzenlenmiştir¹⁰²⁵.

¹⁰²² **Gökçen** (2000), s. 80; **Bayraktar** (2010), s. 1303.

¹⁰²³ **Taşkın**, s. 155; **Bayraktar** (1979), s. 22; **Bayraktar** (2010), s. 1303; **Çakmut**, s. 168; **Soyaslan**, s. 347.

¹⁰²⁴ “TCK.nun TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde; ‘İzzet Özgenç; Bu konuda organ ve doku alınması ve saklanması ve nakline dair kanunda ceza hükümleri bulunmakta. Bu hükümler son derece yetersiz ve şu andaki şartlar itibarıyla ihtiyaca cevap vermeyen hükümlerdir. Bu eksikliği gidermek amacıyla Ceza Kanununa bu şekilde bir suç tanımının konulması uygun görülmüştür.’ şeklinde beyanda bulunmuştur.” Bkz. **Gökçen/Balcı** (2013), s. 144, dn. 101.

¹⁰²⁵ **Yücel**, s. 694; **Algan**, s. 43.

TCK m. 91-93'ün yürürlüğe girmesiyle ODNK m. 15 hükmü açık bir şekilde ilga edilmediği için, suçlara hangi hükümlerin uygulanacağı ve ODNK m. 15'in zımnen ilga edilip edilmediği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktaydı. *Bir görüşe göre* sonraki tarihli norm olan TCK m. 91-93'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte önceki tarihli özel norm olan ODNK m. 15 zımnen yürürlükten kalkmıştır¹⁰²⁶. Bu görüşün kabulü halinde organ ve doku ticareti suçları konusunda yalnızca TCK m. 91-93 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. *Başka bir görüşe göre*, ODNK m. 15 hükmü açık bir şekilde ilga edilmediğinden, hem ODNK m. 15 hem de TCK m. 91 hükümleri yürürlükte olup, fikrî içtima kuralları gereğince bir istisna (hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alınması) dışında daha ağır ceza içeren TCK hükümleri uygulanacaktır¹⁰²⁷. *Diğer görüşe göre ise*, TCK m. 91'de düzenlenen fiiller bakımından ODNK m. 15 zımnen yürürlükten kalkmakla birlikte TCK m. 91 kapsamında suç olarak düzenlenmeyip ve fakat ODNK m. 15 kapsamında suç teşkil eden fiiller yönünden ODNK m. 15 uygulanacaktır¹⁰²⁸. Kısacası, ODNK m. 15'in TCK m. 91 ile örtüşmeyen hükümlerinin yürürlükte olduğu kabul edilmelidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, yaşayan bir vericinin rızası olmaksızın organ veya doku almak TCK m. 91/1'de suç olarak düzenlendiği için, bu eylem TCK m. 91'e göre cezalandırılacaktır. Buna karşılık, ODNK m. 7/d'de düzenlenen "vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek" yükümlülüğüne uyulmaksızın hekim tarafından organ ve doku alınması TCK m. 91 kapsamında suç teşkil etmediğinden, ODNK m. 15 hükmü uygulanacaktır.

Diğer taraftan, ODNK m. 5 gereğince on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınamaz. Bu nitelikteki bir kimseden rızasıyla organ ve doku alınması durumunda hangi ceza normunun uygulanacağı konusunda da öğretide görüş ayrılığı mevcuttu. Gerçekten de *bir görüş*, failin bu durumda hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku almak suçunu işlediğini ve TCK m. 91/1 hükmüne göre cezalandırılması gerektiğini, zira on sekiz yaşını doldurmamış veya mümeyyiz olmayan kişilerin rızasının hukuken geçerli kabul edilemeyeceğini savunmaktaydı¹⁰²⁹. *Diğer görüş*

¹⁰²⁶ **Özen, Mustafa** (2019) Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 302; **Ömeroğlu, Ömer** (2010) 'Organ ve Doku Ticareti Suçu', Terazi Hukuk Dergisi, C: 5, S:42, s. 60; **Aydın** (2008a), s. 118; **Zengin**, s. 183; **Gözübüyük**, s. 115.

¹⁰²⁷ **Meran, Necati** (2008) Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 229; **Mermut**, s. 1487; **Bayraktar** (2010), s. 1326-1327; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3137; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 127.

¹⁰²⁸ **Hakeri** (2016), s. 472-473; **Kanıcı**, s. 31; **Banak**, s. 277; **Algan**, s. 36.

¹⁰²⁹ **Soyaslan**, s. 351-352.

ise, on sekiz yaşını doldurmamış veya mümeyyiz olmayan kişilerden rızasıyla organ ve doku alan failin TCK m. 91/1'e göre cezalandırılmasının haksız uygulamalara yol açacağını, zira böyle bir yorumun, rızası bulunan kişiler ile rızası bulunmayan kişilerden organ ve doku alınmasına aynı yaptırımın uygulanmasına neden olacağını belirtmekteydi. Bu nedenle de daha adil bir cezalandırma için bu durumda failin TCK m. 91/1'e göre değil, ODNK m. 15'e göre cezalandırılması gerektiğini savunmaktaydı¹⁰³⁰.

Esasında konu, yorum ve yürürlük prensiplerine bırakılamayacak kadar önemli olup, hukuki belirlilik bakımından da bir fiile hangi hükmün uygulanacağı ve yaptırımının ne olacağı tereddütlere mahal bırakılmadan kanunkoyucu tarafından açıkça belirlenmeliydi¹⁰³¹.

Nitekim 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle yapılan değişiklik sonucu ODNK m. 15/1 hükmünde 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 yayımlayan kişiler hakkında TCK m. 91 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle soruna kesin çözüm getirilmiştir. Bu değişiklikle uygulanacak ceza normu bakımından belirsizlikler giderilmiş; özel-genel norm ya da önceki-sonraki tarihli norm gibi yürürlük ilkeleri ve yorum kurallarına dayalı yukarıdaki tartışmaların bir önemi kalmamıştır¹⁰³². Artık organ ve dokuyu konu alan hangi fiillerin suç olduğu ve bunlara hangi yaptırımların uygulanacağı TCK m. 91'e göre belirlenecektir. Bununla birlikte organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin tabi olduğu hukuki koşul ve esaslar ODNK'da düzenlendiği için, TCK m. 91 kapsamında vericinin kendisinden organ ve doku alınmasında hukuken geçerli rızasının bulunup bulunmadığı, ölüden organ ve doku alınmasının hukuka aykırı olup olmadığı gibi hususlar ODNK hükümlerine göre belirlenecektir.

İfade edelim ki, ODNK hükümlerine aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşıl原因, 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 yayımlayan kişiler, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde ODNK m.

¹⁰³⁰ **Hakeri** (2016), s. 475; **Aydın** (2011), s. 146.

¹⁰³¹ **Ünver, Yener** (2005) 'Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun', Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, s. 103; **Aydın** (2008a), s. 118.

¹⁰³² **Özar/Halıcı**, s. 573; **Karakaya**, s. 293.

15/2 hükmüne göre cezalandırılacaktır. Mevcut halinde ODNK m. 15'in ceza normu olarak uygulandığı tek hüküm budur.

3. YAŞAYAN KİŞİDEN ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU (TCK m. 91/1)

3.1. Genel Açıklamalar

TCK m. 91/1 hükmünde, hukuken geçerli rıza bulunmaksızın yaşayan bir kimseden organ veya doku alınması fiili suç olarak düzenlenmiştir. Yaptırım olarak suçun maddi konusunun organ olması halinde beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası öngörülürken, doku olması halinde ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Fıkranın gerekçesinde *“Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ veya doku alınması, suç oluşturmaktadır. Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.”* ifadelerine yer verilmiştir.

Gerekçede işaret edilen rızanın hukuken geçerli olmasının koşullarının düzenlendiği ilgili mevzuattan anlaşılması gereken, ODNK'dır. Dolayısıyla TCK m. 91/1'deki suçun kanuni tanımında belirtilen hukuken geçerli rızanın bulunup bulunmadığı ODNK hükümleri nazara alınarak belirlenecektir.

TCK m. 91/1'de suçun konusunun organ ve doku olmasına göre farklı yaptırımlar belirlenerek fıkra, yaşayan kişilerden organ alma ve yaşayan kişilerden doku alma şeklinde iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir¹⁰³³.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, Alman hukukunda yaşayan kişiden organ ve doku alınması bakımından Türk hukukuna göre daha geniş bir suç tanımı yapıldığı görülmektedir. Gerçekten de Alman Organ Nakli Kanunu m. 19, TCK m. 91/1'den farklı olarak yalnızca hukuken geçerli rıza bulunmaksızın değil, mevzuatta öngörülen ilgili kurallara riayet edilmeksizin yaşayan kişiden organ ve doku alınması fiilini suç olarak düzenlemiştir¹⁰³⁴.

¹⁰³³ Gökçen/Balcı (2013), s. 115; Algan, s. 86; Karakaya, s. 131.

¹⁰³⁴ Deutsch, s. 145; Algan, s. 37.

Kanada Ceza Kanununda 2007 yılında yapılan değişiklikle, vericinin rızası bulunmadan organ veya vücut parçasını alan, alınmasına katılan ya da imkân sağlayan, bu organ ve vücut parçasının nakledilmesi halinde de nakledildiği alıcının ve rıza dışında organ ve organ parçasının alındığını bilen kişilerin hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır¹⁰³⁵.

3.2. Korunan Hukuki Değer

Kanun sistematğinde “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı bölümde düzenlenmesi nedeniyle TCK m. 91/1’de düzenlenen suçla korunan hukuki değerin vücut dokunulmazlığı olduğu söylenebilir¹⁰³⁶. Daha önce de izah ettiğimiz üzere insanın kendi bedenine yönelik tasarruf yetkisi sınırsız ve mutlak olmadığından, kendisinden organ ve doku alınmasına ilişkin rızasının geçerli olabilmesi için ODNK’da öngörülen sınırlamalara uyulması gerekmektedir. Bu yöndeki sınırlamaların nedeni, insanın yalnızca kendi hayatı ve bedensel bütünlüğü üzerindeki hakkının değil, aynı zamanda toplumsal bir değer olarak da hayatının ve vücut bütünlüğünün korunmasıdır¹⁰³⁷. Dolayısıyla suçun hukuki konusunun, kişinin vücut bütünlüğünün korunmasına yönelik bireysel ve toplumsal menfaat olduğu ifade edilmektedir¹⁰³⁸.

Belirtmek gerekir ki, bu suçla korunan hukuki değer yalnızca vücut bütünlüğü ile sınırlı olmayıp, bunun yanı sıra yaşama hakkı, irade özgürlüğü ve insan onuru da korunmaktadır¹⁰³⁹. Bu yüzden, suçla korunan hukuki değerler karma nitelik arz etmektedir. Gerçekten de bir kimseden hukuken geçerli rızası bulunmaksızın organ alınması sonucu kişi hayatını kaybedebilir. Diğer yandan, hukuken geçerli rızası bulunmaksızın bir kişiden organ ve doku alınması kişinin otonomisini, yani irade hürriyetini de ihlal eder¹⁰⁴⁰. Keza, herhangi bir sebeple geçerli bir rıza olmadan bir kimseden organ veya doku alınması insan onuruyla

¹⁰³⁵ Zengin, s. 186-187.

¹⁰³⁶ Özen, s. 304; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 269; Taneri/Kamışlı, s. 224; Öztezel, s. 222.

¹⁰³⁷ Toroslu (1978), s. 95; Gökçen/Balcı (2013), s. 115.

¹⁰³⁸ Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem (2022) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 106.

¹⁰³⁹ Aydın (2008a), s. 128-129; Aydın (2011), s. 146; Özar/Halıcı, s. 574; Arslan/Azizağaoğlu, s. 409; Karakaya, s. 132; Köksal’a göre, bu suçla kişilerin yaşama hakkı, irade hürriyeti ve onurunun da dolaylı yoldan himaye edildiği söylenebilirse de suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında esas itibarıyla vücut bütünlüğünün korunduğu kabul edilmelidir. Köksal, s. 148.

¹⁰⁴⁰ Zengin, s. 183; Aynı yönde bkz. Gözübüyük, s. 120.

da bağdaşmaz¹⁰⁴¹. Ancak korunan bu karma nitelikteki hukuki değerlerin en başına yaşama hakkını koymak gerekmektedir. Zira diğer değerler, yaşama hakkı varsa anlam kazanabilmektedir¹⁰⁴².

3.3. Suçun Unsurları

Bir suçun varlığından söz edilebilmesi için dış dünyaya yansıyan iradi insan davranışının kanuni tipe uygun ve hukuka aykırı olması gerekmektedir¹⁰⁴³. O halde suçun unsurlarını; tipiklik ve hukuka aykırılık şeklinde ikiye ayırabiliriz¹⁰⁴⁴. Bir insan davranışı, suçun kanuni tarifiyle örtüşüyorsa tipikliğin varlığından söz edilir¹⁰⁴⁵. Ancak tipikliğin gerçekleşmesi suçun meydana gelmesi bakımından yeterli değildir. Zira tipiklik gerçekleştiği halde hukuka aykırılık bulunmayabilir¹⁰⁴⁶. Hukuka aykırılığın bulunmadığı hallerde de doğal olarak suçtan söz edilemez. Bu nedenle tipik fiilin işlenmesine izin veren hukuk kuralının, diğer bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması gerekir¹⁰⁴⁷.

3.3.1. Tipiklik

Tipe uygunluk, suçun kanuni tanımında yer alan maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesini gerektirir. Bu nedenle tipiklik; maddi unsur ve manevi unsur olarak ikiye ayrılır¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴¹ Aygörmez, s. 137; Ekiz, s. 164.

¹⁰⁴² Özar/Halıcı, s. 574; Aydın (2011), s. 146.

¹⁰⁴³ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 257; Koca/Üzülmez (2023a), s. 86.

¹⁰⁴⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 282; Koca/Üzülmez (2023a), s. 89.

¹⁰⁴⁵ Demirbaş, Timur (2023) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 238; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 208-209; Koca/Üzülmez (2023a), s. 109.

¹⁰⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 276; Demirbaş, s. 289.

¹⁰⁴⁷ Özgenç, s. 313.

¹⁰⁴⁸ Koca/Üzülmez (2023a), s. 112-113; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 293.

3.3.1.1.Maddi Unsur

Suçun kanuni tanımında yer verilen dış dünyada görünüş biçimine dair unsurlar tipikliğin maddi unsurlarıdır¹⁰⁴⁹.

3.3.1.1.1. Fiil

Fiil, suçun kanuni tarifinde yer alan, dış dünyaya yansıyan iradi insan davranışdır¹⁰⁵⁰. Yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunun kanuni tarifinin yer aldığı TCK m. 91/1’de fiil “hukukten geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku almak” şeklinde belirtilmiştir¹⁰⁵¹. Şu halde organ ve dokunun alınması yeterli olmamakta, ayrıca bunun hukukten geçerli rızaya dayalı olmaması gerekmektedir.

Esasen daha önce ayrıntılı şekilde incelendiği üzere yaşayan bir kimseden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluğunu sağlayan tek koşul, geçerli bir rızanın bulunması değildir. Diğer bir anlatımla hukuka uygun şekilde bir kimseden organ veya doku alınabilmesi için rızanın yanı sıra üstün amaç ve uygun vericinin seçilmesi gibi ODNK’da belirtilen başka koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte TCK m. 91/1, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen organ ve doku alımlarından yalnızca “geçerli rızaya dayalı olma” koşulunu taşımayanları cezalandırmaktadır. Oysa ceza politikası bakımından “hukukten geçerli rızaya dayalı olmaksızın” ibaresi yerine ölüden organ veya doku alınması suçunun düzenlendiği TCK m. 91/2’de olduğu gibi “hukuka aykırı” ibaresine yer verilmesi daha isabetli olurdu¹⁰⁵². Böylece yalnızca geçerli rıza koşulunu taşımayanlar değil, ODNK’da yer alan hukuki koşulları taşımayan tüm organ veya doku alımları, tipe uygun kabul edilerek cezalandırılabilir hale gelir.

Almak, organ veya dokuyu insan vücudundan ayırmak, sökerek çıkartmak demektir¹⁰⁵³. Ancak bu tanım, bu suç tipini diğer suçlardan ayırmak için yeterli değildir. Bu

¹⁰⁴⁹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 112; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 293.

¹⁰⁵⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 296; Özgenç, s. 182; Centel/Zafer/Çakmut, s. 237.

¹⁰⁵¹ Gerçeker, Hasan (2018) Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt-1, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 1018; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3149; Ekiz, s. 169.

¹⁰⁵² Aynı yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 273.

¹⁰⁵³ Gökçen/Balcı (2013), s. 116; Gözübüyük, s. 123; Özen, s. 311; Ekiz, s. 169.

sebeple, almak fiilinden anlaşılması gerekenin, cerrahi yöntemlerle¹⁰⁵⁴ bir kimsenin vücudundan organ yahut dokusunun çıkartılmasıyla sınırlandırılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu kabulün sonucu olarak, organ veya dokunun cerrahi usuller dışındaki yöntemlerle vücuttan çıkartılması halinde bu suç değil, kasten yaralama veya neticesi sebebiyle kasten yaralama suçu gerçekleşecektir¹⁰⁵⁵. Aksi düşünce, cerrahi yöntemler kullanılmadan vücuttan organ ve doku ayrılmasına neden olan her hareketin, söz gelimi kavga sırasında hasmının gözünü çıkaran bir kimsenin yaralama yerine bu suçtan cezalandırılması sonucunu doğurur ki, bu sonuç kabul edilemez¹⁰⁵⁶. Özetle, cerrahi yöntem kullanılmadan gerçekleştirilen organ veya doku alma fiilleri başka suçlara vücut verirse de bu suç oluşturmaz.

Hukuken geçerli rızaya dayanmama, hem açıklanan rıza beyanının ODNK’da belirtilen geçerlilik şartlarını taşıyamamasını hem de geçersiz de olsa rızaya ilişkin bir irade beyanı bulunmaksızın zorla organ ve doku alınmasını kapsamaktadır¹⁰⁵⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere TCK m. 91/1, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen organ ve doku alımlarından yalnızca “geçerli rızaya dayalı olma” koşulunu taşımayanları cezalandırdığından, hukuken geçerli rızanın koşullarının nelerden ibaret olduğu suçun oluşumu için oldukça önemlidir. Zira hukuken geçerli rızanın varlığını etkilemeyen hukuka aykırılıklar TCK m. 91/1’deki suçu oluşturmayacaktır. Kendisinden organ veya doku alınacak kişinin rızasının geçerli olabilmesi için taşıması gereken koşullar ODNK hükümlerinde belirtilmiştir. Ancak ODNK’daki hükümlerden hangilerinin hukuken geçerli rızanın varlığı için gerekli olduğu hususunda öğretide değişik görüşler bulunmaktadır. Örneğin *Koca/Üzülmaz*¹⁰⁵⁸, ODNK m. 5, 6, 7, 8 ve 9’da belirtilen koşullar bulunmaksızın açıklanan rızanın hukuken geçerli olmayacağını ve TCK m. 91/1’deki suçu oluşturacağını ileri sürerken; *Gerçekler*¹⁰⁵⁹, hukuken geçerli rızanın koşullarını ODNK m. 5, 6, 7/a-b ve 8

¹⁰⁵⁴ Cerrahi, Latince el ile yapılan işi ifade eden “chirurgia” sözcüğünden türetilmiştir. Arapçada yara anlamındaki “cerh” kökenli terim olan cerrahi yöntem, bedensel fonksiyon veya görünüşü tetkik etmek, patolojik durumu ya da hasarı onarmak ve iyileştirmek gibi amaçlarla vücuttaki fizyolojik ve biyolojik fonksiyonları değiştirebilecek nitelikteki tekniklerle el ve aletlerle yapılan insizyon (kesi) işlemidir. Bkz. **Aygin, Dilek/Gül, Aysel** (2021) ‘Geçmişten Günümüze Cerrahi ve Cerrahi Hemşireliğinin Yeri’, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, S:15, s. 693; **Gencel Efe, Zehra** (2024) ‘Hz. Peygamber Dönemi Cerrahi ve Girişimsel Uygulamalar’, Akademik Siyer Dergisi, S: 9, s. 79-80.

¹⁰⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 107; **Algan**, s. 92; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 117; **Polat**, s. 27; **Köksal**, s. 155.

¹⁰⁵⁶ **Algan**, s. 92; **Karakaya**, s. 144.

¹⁰⁵⁷ **Gerçekler**, s. 1018; **Özar/Halıcı**, s. 580-581.

¹⁰⁵⁸ **Koca/Üzülmaz** (2023b), s. 319-320.

¹⁰⁵⁹ **Gerçekler**, s. 1018-1019.

hükümleriyle; *Özbek/Doğan/Bacaksız*¹⁰⁶⁰ ise ODNK m. 5, 6 ve 7 hükümleriyle sınırlamaktadır.

Bize göre organ veya doku alımına yönelik geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için; vericinin on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması (m. 5), en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmış olması (m. 6), rızanın vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ya da dokunun alınmasına ilişkin olmaması (m. 8) ve aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ODNK m. 7/1-a-b-c-e hükümlerine uyulması gerekmektedir. Ayrıca vericinin rızaya ilişkin iradesi cebir, hata, hile ya da tehditle sakatlanmamış olmalıdır¹⁰⁶¹. Nitekim ODNK m. 6’da rıza beyanının “açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak” verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu koşullardan herhangi birinin eksik olması halinde organ ve doku alımının hukuken geçerli rızaya dayandığından bahsedilemeyecektir. Bu itibarla on sekiz yaşını doldurmamış veya ayırt etme gücü olmayan kişilerin rıza ehliyeti bulunmadığından, hukuken geçerli rızadan söz edilemeyeceği için bu kimselerden organ veya doku alınması halinde TCK m. 91/1’de yer alan suç oluşacaktır¹⁰⁶². Benzer şekilde rızanın şekline ilişkin ODNK m. 6 hükmüne aykırı olarak, söz gelimi rızanın tek tanık huzurunda açıklanması ya da yazılılık koşuluna uyulmaması da rızayı geçersiz hale getirecektir¹⁰⁶³. Ancak *öğretide yer alan azınlık bir görüş*, rızanın hukuken geçerli olup olmadığının şekil şartından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini, diğer bir ifadeyle ODNK m. 6’da yer alan şekil şartına aykırılığın rızayı geçersiz hale getirmeyeceğini ve TCK m. 91/1’deki suça vücut vermeyeceğini ileri sürmektedir¹⁰⁶⁴. *Kanaatimizce* ODNK m. 6 hükmünün açık lafzı karşısında hukuken geçerli rızayı şekil şartından bağımsız düşünmek mümkün değildir. Zira kanunkoyucu, yaşayan bir kimseden organ veya doku alınması maksadıyla vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine, sadece belirlediği sıkı koşullar altında verilen geçerli rızaya dayanılması kaydıyla cevaz vermiştir. Rızanın geçerli olmasının koşullarından biri de ODNK m. 6’da yer alan şekil şartına uyulmasıdır. Bununla birlikte

¹⁰⁶⁰ *Özbek/Doğan/Bacaksız* (2023), s. 272-273.

¹⁰⁶¹ *Hafizoğulları/Özen*, s. 107; *Soyaslan*, s. 335; *Bayraktar* (2010), s. 1316; Bununla birlikte *Özar/Halıcı*, iradeyi sakatlayan bu hallerin vuku bulması durumunda organ alımına ilişkin rızanın geçerliliğini ve dolayısıyla TCK m. 91/1’de yer alan suçun değil; kasten öldürmeye teşebbüs gibi başka suç tiplerinin tartışılması gerektiği görüşündedir. Bkz. *Özar/Halıcı*, s. 581.

¹⁰⁶² *Ömeroğlu*, s. 153; *Soyaslan*, s. 351-352; *Hakeri* (2016), s. 475.

¹⁰⁶³ *Hafizoğulları/Özen*, s. 107; *Soyaslan*, s. 352; *Koca/Üzülmez* (2023b), s. 319-320; *Özbek/Doğan/Bacaksız* (2023), s. 272; *Meran*, s. 224.

¹⁰⁶⁴ Bkz. *Hakeri* (2016), s. 474; *Gözübüyük*, s. 124.

hukuken geçerli bir rızanın ön şartı olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmekte ise de organ ve dokuyu alacak hekimin ODNK m. 7/d ve m. 7/f’de belirtilen yükümlülöklere aykırı davranması rızayı geçersiz hale getirmez¹⁰⁶⁵. Dolayısıyla vericinin evli olması halinde, birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberdar olup olmadığının araştırılıp öğrenilmemesi TCK m. 91/1’de yer alan suçta vücut vermeyeceği¹⁰⁶⁶ gibi alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak prensibine aykırılık da rızayı geçersiz hale getirmeyecek ve bu suçu oluşturmayacaktır. Diğer taraftan tıbbi tahlil ve inceleme yapma zorunluluğuna ilişkin ODNK m. 9 ile organ ve doku alımının yetkili kılınan sağlık kurumlarınca yapılmasına dair ODNK m. 10 hükmüne aykırı davranılması, rızanın geçerliliğine tesir etmediği için TCK m. 91/1’deki suçta vücut vermeyecektir¹⁰⁶⁷.

Burada TCK m. 91/1’de yer verilen “rıza”nın bu suç tipi bakımından icra ettiğı fonksiyonu da belirlemekte yarar vardır. Rızanın suç teorisindeki fonksiyonu konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre rıza ya hukuka uygunluk nedenidir ya da tipikliği ortadan kaldıran bir unsurdur¹⁰⁶⁸. Bir suçun kanuni tanımında fiilin rıza bulunmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiğine yer verilmiş ise buradaki rızanın TCK m. 26/2 anlamında hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğin bir unsuru olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla kanuni tarifinde fiilin rıza olmaksızın işlenmesinin arandığı suçlarda rızanın varlığı tipikliği kaldıran bir etkiye sahiptir. Buna karşın kanuni tanımında fiilin rıza bulunmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiğine yer verilmeyen suç tiplerinde, fiilin suç teşkil edebilmesi için ilgilinin rızası hilafına işlenmesi gerektiğine yorum yoluyla ulaşılabiliriyorsa, bu halde rızanın TCK m. 26/2 anlamında hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁶⁹. Rızanın suç teorisindeki fonksiyonuna ilişkin yapılan bu ayırımın sonucu şudur: Kanuni tarifinde rızanın bulunmamasının açıkça arandığı suçlarda rıza kastın kapsamına dâhildir, yani bu tür suçlarda failin kastının, rızanın yokluğunu da kapsaması gerekmektedir. Bu konudaki yanlış, unsur yanlışlığı olarak kabul edilecek ve TCK m. 30/1 gereğince failin kastını ortadan kaldıracaktır. Zira failin kastından bahsedilebilmesi için tipikliğe dâhil olan rızanın yokluğunu da bilmesi aranır. Oysa kanuni tanımında unsur olarak rızanın bulunmamasına yer verilmeyen suç tiplerinde rıza hukuka uygunluk nedeni olduğundan kasta dâhil değildir ve bu konudaki

¹⁰⁶⁵ Köksal, s. 154-155.

¹⁰⁶⁶ Bayraktar (1979), s. 17; Özar/Halıcı, s. 584; Gözübüyük, s. 124.

¹⁰⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 272-273; Köksal, s. 154.

¹⁰⁶⁸ Gökçen/Balı (2013), s. 116; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 544; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 331.

¹⁰⁶⁹ Koca/Üzölmez (2023a), s. 293; Özgenç, s. 367 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 544.

bilgisizlik de failin kastını bertaraf etmez¹⁰⁷⁰. Bu suç bakımından ise ilgilinin hukuken geçerli rızasının yokluğu, suçun maddi unsurlarına dâhildir¹⁰⁷¹. Bu nedenle de hukuken geçerli rıza, tipikliği kaldıran bir etkiyi haizdir¹⁰⁷². Dolayısıyla failin kastından söz edilebilmesi için organ veya doku alınmasının hukuken geçerli rızaya dayanmadığını bilmesi gerekmektedir. Bu konudaki hata, TCK m. 30/1 uyarınca failin kastını ortadan kaldırır¹⁰⁷³.

Suçun tamamlanması bakımından, alınan organ veya dokunun bir başkasına nakledilip nakledilmediğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁷⁴. Zira organ veya dokunun vücuttan alınmasıyla, başka bir ifadeyle bedenden çıkartılmasıyla suç tamamlanır¹⁰⁷⁵. Suç, organ ve dokunun vücuttan çıkartılmasıyla tamamlandığı için, bu organ ve dokunun güvenli bir yere götürülmüş olup olmadığının veya failin egemenlik alanına girip girmediğinin de suçun tamamlanması bakımından bir önemi yoktur¹⁰⁷⁶.

Neticesiz bir suçun olamayacağı görüşünün hakim olduğu klasik suç teorisinde netice, hareket ile birlikte fiilin alt unsuru olarak görülmekte ve her suçta muhakkak bir neticenin bulunduğu anlayışı kabul edilmektedir¹⁰⁷⁷. Günümüzün modern ceza hukuku anlayışında ise neticesiz suçun olamayacağı görüşü terk edilerek netice, fiilin alt unsuru değil, suçun kanuni tanımında açıkça yer verilmesi halinde bağımsız bir unsur olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷⁸. Bu anlayışa göre, fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik şeklinde tarif edilen netice, suç tipinin kanuni tanımında açıkça yer verildiği takdirde dikkate alınır. Aksi takdirde dikkate alınmaz. Bu çerçevede netice unsuruna göre yapılan ayırmada, kanuni tanımında herhangi bir neticeye yer verilmeyip hareketin icrasıyla tamamlanan suçlara *sırf hareket suçları*; tamamlanabilmesi için hareketin icrasının yeterli olmayıp kanuni tanımında belirtilen neticenin gerçekleşmesinin arandığı suçlara ise *neticeli suçlar* denir¹⁰⁷⁹. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli suç mu olduğu yönünde öğretide tartışma bulunmaktadır. *Bir görüş*, bu suçun organ yahut dokunun

¹⁰⁷⁰ Koca/Üzülmez (2023a), s. 293; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 545.

¹⁰⁷¹ Üzülmez, s. 128; Gökçen/Balcı (2013), s. 116; Gözübüyük, s. 123.

¹⁰⁷² Koca/Üzülmez (2023b), s. 319; Ekiz, s. 176; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 544; Öztürk/Erdem, s. 295; Buna karşın Aydın ise, TCK m. 91/1'de yer alan rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşündedir. Bkz. Aydın (2008a), s. 136.

¹⁰⁷³ Özar/Halıcı, s. 578; Üzülmez, s. 128.

¹⁰⁷⁴ Şen, Ersan (2006) Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 319; Özar/Halıcı, s. 574.

¹⁰⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 270; Meran, s. 224; Öztezel, s. 224.

¹⁰⁷⁶ Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat (2015) Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 425; Özen, s. 311.

¹⁰⁷⁷ Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 253; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 225-226.

¹⁰⁷⁸ Koca/Üzülmez (2023a), s. 128-129; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 332.

¹⁰⁷⁹ Toroslu (2009), s. 123; Koca/Üzülmez (2023a), s. 129-130; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 333

vücuttan çıkarılarak bağımsız hale getirilmesiyle tamamlanacağından neticeli bir suç olduğunu savunmaktadır¹⁰⁸⁰. *Diğer görüş* ise, bu suçun sırf hareket suçu olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁸¹. *Kanaatimizce* de suçun tamamlanabilmesi için TCK m. 91/1’de almak şeklindeki hareketten başka, ayrıca dış dünyada bir değişiklik olarak tanımlanan neticenin meydana gelmesi aranmadığından, bu suçun sırf hareket suçu olduğu söylenebilir.

Bu suç, kanuni tarifinde gösterilen hareketin icrasının devam etmesini gerektiren bir suç olmadığından, mütemadi değil, ani bir suçtur¹⁰⁸². Dolayısıyla tamamlanma ve bitme anı şeklinde bir ayırım olmayıp, suç tamamlandığı anda bitmektedir. Bu husus; iştirak hükümlerinin tatbiki, ceza normlarının zaman bakımından uygulanması, zamanaşımı süresinin başlangıcının tespiti ile yer bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesi gibi pek çok açıdan özellik arz etmektedir¹⁰⁸³.

Suçlar, işlenen fiilin yöneldiği maddi konunun fiilden etkileniş derecesine göre zarar ve tehlike suçu şeklinde ikiye ayrılırlar. Zarar suçlarında, kanuni tanımda belirtilen tipik fiilin yöneldiği maddi konunun tehlikeye düşürülmesi yetmeyip, zarara uğraması gerekmektedir. Tehlike suçlarında ise, tipik fiilin işlenmesiyle maddi konunun zarara uğrama tehlikesi söz konusudur. Tehlike suçları da işlenen fiilin suçun konusu üzerinde gerçekten bir zarar tehlikesi yaratıp yaratmadıklarının hâkim tarafından araştırıldığı somut tehlike suçları ve fiilin işlenmesiyle suçun konusunun tehlikeye düşürüldüğünün varsayılarak ayrıca gerçekten bir zarar tehlikesi yaratıp yaratmadığının araştırılmasının gerekmediği soyut tehlike tehlike suçları şeklinde ikiye ayrılır¹⁰⁸⁴. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun tamamlanması için vücutundan organ veya doku alınan kişinin ölmesi ya da yaralanması gibi bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır¹⁰⁸⁵. Dolayısıyla tipik fiilin gerçekleştirilmesiyle maddi konu olan organ veya dokunun zarara uğraması gerekmediğinden bu suç zarar suçu değil, tehlike suçudur¹⁰⁸⁶. Ayrıca gerçekleştirilen tipik

¹⁰⁸⁰ Hafızoğulları/Özen, s. 107; Vural, s. 61.

¹⁰⁸¹ Koca/Üzülmez (2023b), s. 320; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 273; Köksal, s. 156; Üzülmez, s. 129; Gökçen/Balcı (2015), s. 425; Gözübüyük, s. 124; Algan, s. 97; Özen, s. 312; Ekiz, s. 174; Karakaya, s. 149.

¹⁰⁸² Hafızoğulları/Özen, s. 107; Polat, s. 27; Özen, s. 312.

¹⁰⁸³ Koca/Üzülmez (2023a), s. 127-128; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 330-331.

¹⁰⁸⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 377-379; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 227-228; Koca/Üzülmez (2023a), s. 120-121.

¹⁰⁸⁵ Koca/Üzülmez (2023b), s. 320; Gökçen/Balcı (2013), s. 116; Gözübüyük, s. 124.

¹⁰⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 273; Aksi görüşte olan Karakaya ve Kasapoğlu Halıcı, organ veya dokusu alınan mağdurun vücutunda meydana gelen eksilme ve yaralanma nedeniyle bu suçun zarar suçu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Karakaya, s. 150; Kasapoğlu Halıcı, s. 32.

fiilin somut olayda suçun maddi konusu açısından gerçekten bir zarar tehlikesine neden olup olmadığının araştırılması gerekmediğinden, bu suç soyut tehlike suçudur¹⁰⁸⁷.

Hareketin sayısına göre yapılan ayırım bakımından bu suç tek hareketli bir suçtur¹⁰⁸⁸. Zira suçun kanuni tanımında almak fiilinin gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilmiş olup, suçun oluşması için bu fiilin birden çok hareketle gerçekleştirilmesi aranmamıştır. Burada hareketin tekliğinden kasıt; doğal anlamda olmayıp, hukuki anlamda hareketin tekliğidir¹⁰⁸⁹. Gerçekten de doğal anlamda birden fazla olan hareket arasında birlik arz eden bir irade, aynı türdeki davranış şekli, hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir bağlantı ile bu hareketlerin harici bir gözlemci tarafından objektif olarak birbirine bağlı tek hareket gibi değerlendirilmesi hali varsa bunlar hukuki anlamda tek bir hareket olarak kabul edilir¹⁰⁹⁰. Bu saptama, özellikle içtima kurallarının uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Söz gelimi, bir kimsenin böbreğinin alınması sürecinde ameliyat masasına yatırılması, acı çekmemesi için anestezi vasıtasıyla uyutulması, ardından operasyon sırasında vücudun kan ve diğer tıbbi değerlerini muhafazası için birtakım tıbbi müdahaleler yapılması, alınacak böbreğin yerinin kesici aletle açılması ve böbreğin sökülerek vücuttan çıkarılması hukuken tek bir hareket olarak kabul edilir. Bunun sonucu olarak, yaşayan bir kimsenin bedeninden organ veya doku söküp alınana kadar gerçekleştirilen hareketler kasten yaralama gibi çeşitli suçlara vücut verse de fail bu suçlardan ayrıca cezalandırılmayacaktır. Organ veya doku alınana kadar gerçekleştirilen hareketler hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edildiğinden, fail yalnızca yaşayan kişiden organ veya doku almak suçundan cezalandırılacaktır¹⁰⁹¹.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun serbest hareketli mi yoksa bağlı hareketli mi olduğu hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. *Baskın olan görüş*, TCK m. 91/1’de almak fiilinin hangi tarz hareketlerle işleneceğine dair bir belirleme yapılmadığından, fiilin ne şekilde gerçekleştirildiğinin önemi bulunmadığı için bu suçun serbest hareketli suç olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁹². *Bizim de katıldığımız diğer görüş ise*, her ne kadar suçun TCK m. 91/1’deki kanuni tanımında almak fiilinin hangi tarz hareketlerle

¹⁰⁸⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 273; Ekiz, s. 169.

¹⁰⁸⁸ Kasapoğlu Halıcı, s. 27; Algan, s. 95; Karakaya, s. 145; Ekiz, s. 171.

¹⁰⁸⁹ “...Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturmaları suretiyle tek hareket olarak kabulüdür...” Yarg. CGK, E: 2014/8-605, K: 2018/243, T: 29.05.2018 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁰⁹⁰ Koca/Üzülmüş (2023a), s. 526; Öztürk/Erdem, s. 208; Centel/Zafer/Çakmut, s. 478-479.

¹⁰⁹¹ Algan, s. 95-96; Ekiz, s. 171.

¹⁰⁹² Özen, s. 311; Şen, s. 316; Gerçekler, s. 1019; Kasapoğlu Halıcı, s. 27; Aydın (2011), s. 148; Gökçen/Balcı (2015), s. 425; Gökçen/Balcı (2013), s. 117; Gözübüyük, s. 123; Bakıcı, s. 949; Mermut, s. 1467.

işleneceği belirlenmemiş ise de bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu yönündedir¹⁰⁹³. Zira bu görüş, almak fiilinin organ veya dokunun tıbbi ve cerrahi yöntemler kullanılarak vücuttan sökülüp çıkartılması anlamına geldiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla tıbben cerrahi yöntem olarak nitelendirilmeyen bir hareketle vücuttan organ çıkartılırsa bu suç oluşmayacaktır.

Failin aktif bir davranışını gerektiren icrai hareketle bu suçun işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmamakla birlikte failin gerçekleştirmesi gereken belli bir davranışı gerçekleştirmemesini gerektiren ihmali hareketle bu suçun işlenip işlenemeyeceği tartışılmıştır. Bir başhekimin, bir hekim tarafından bir kimseden rızası olmaksızın organ ve doku alındığını bilmesine rağmen buna müdahale etmeyerek göz yumması örneğinde olduğu gibi bu suçun ihmali hareketle işlenebileceği görüşü öne sürülmüştür¹⁰⁹⁴. Bilindiği üzere, icrai suç adı verilen kanuni tarifinde belli bir davranışın icrasının yasaklanması nedeniyle gerçekleşmesi failin aktif davranışına bağlı suçların ihmali davranışla işlenebilmesi için suçun neticeli bir suç olup bu neticenin meydana gelmesi, ihmali hareket ve netice arasında illiyet bağının bulunması ile neticeyi önleme yükümlülüğünün (garantörlüğün) bulunması gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birisi bulunmuyorsa, örneğin icrai suç neticeli bir suç değilse ihmali hareketle işlenemez. Neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığı içinse; bu yükümlülüğün kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli davranıştan doğması ve icrai davranışın ihmali davranışa eşdeğer olması gerekir. İcrai davranışın hangi şartlar altında ihmali davranışa eşdeğer sayılabileceğine dair TCK'nın özel hükümler kitabındaki bazı suçlarda, örneğin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83) ve işkence (TCK m. 94/5) suçlarında özel düzenleme mevcut olmakla beraber TCK'nın tüm suçlara uygulanabilecek genel hükümler kısmında bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle TCK'da özel olarak icrai davranışa eşdeğer sayılacağına yer verilen suçlar dışında ihmali davranışın cezalandırılmayacağı kabul edilmelidir¹⁰⁹⁵. Aksinin kabulü, diğer bir ifadeyle ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayılacağına dair hakkında özel düzenleme bulunmayan suç tiplerinin ihmali hareketlerle işlenebileceğinin kabulü kıyas yasağı ile suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyecektir. TCK m. 91/1'de suçun işlenebilmesi failin organ veya dokuyu alma şeklinde aktif bir davranışını gerektirdiğinden, bu suçun icrai suç olduğunda kuşku yoktur. Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu icrai suçun

¹⁰⁹³ Hafizoğulları/Özen, s. 107; Aydın (2011), s. 149; Köksal, s. 155; Polat, s. 27; Algan, s. 94-95; Karakaya, s. 144.

¹⁰⁹⁴ Aydın (2008a), s. 132; Bayraktar (2010), s. 1311; Kasapoğlu Halıcı, s. 27.

¹⁰⁹⁵ Demirbaş, s. 286; Öztürk/Erdem, s. 462; Koca/Üzülmez (2023a), s. 399; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 323.

neticeli bir suç olmaması ve kanuni tanımında ihmali davranışın hangi şartlar altında icrai davranışa eşdeğer sayılacağına dair bir hüküm de bulunmaması nedeniyle bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği kanısındayız¹⁰⁹⁶.

3.3.1.1.2. Fail

Bilindiği üzere fail, suçun kanuni tarifindeki fiil üzerinde hâkimiyet kurup, fiili işleyen, diğer bir deyişle suçun unsurlarını gerçekleştiren gerçek kişidir¹⁰⁹⁷. O halde TCK m. 91/1’de yer alan suçun faili de hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan bir kimseden organ veya doku alan gerçek kişidir.

Kimi suçlar fail bakımından bir özellik arz etmeyip herkes tarafından işlenebilirken, kimi suçlar ise ancak belirli nitelik ve özelliklere sahip kimseler tarafından işlenebilir. Belirli özellik ve niteliğe sahip olanların fail olabileceği bu suçlara *özgü (mahsus) suç* adı verilmektedir¹⁰⁹⁸. Özgü suçlar da kendi arasında yalnızca özel faillik niteliğine sahip kişilerce işlenebilen *gerçek özgü suçlar* ve temel şekli herkes tarafından işlenebilmekle birlikte ağırlatıcı veya hafifletici nitelikli şekli özel faillik niteliğini taşıyan kimseler tarafından işlenebilen *görünüşte özgü suçlar* şeklinde ikiye ayrılmaktadır¹⁰⁹⁹. Gerçek özgü suç – görünüşte özgü suç ayrımının suça iştirak kurallarının uygulanması bakımından önemli bir sonucu bulunmaktadır. Gerçekten de özel faillik niteliğini haiz olmayan kişilerin gerçek özgü suçların işlenişine iştirak etmesi halinde fail olarak sorumlu tutulamayıp, TCK m. 40/2 uyarınca yalnızca azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelebilir. Buna karşılık görünüşte özgü suçu özel faillik niteliği taşıyan bir kimse ile bu niteliği taşımayan bir kimsenin birlikte işlemesi halinde özel faillik niteliği taşıyan kimse suçun nitelikli şeklinden, özel faillik niteliğini taşımayan kimse ise TCK m. 40/2 uyarınca suçun nitelikli şekline azmettiren veya yardım eden olarak değil, “*failliğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi*” uyarınca suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olacaktır¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁶ Aynı yönde bkz. **Algan**, 94; **Özen**, s. 311; **Aydın** (2011), s. 149; **Karakaya**, s. 147; **Ekiz**, s. 173.

¹⁰⁹⁷ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 499; **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 114; **Demirbaş**, s. 546.

¹⁰⁹⁸ **Demirbaş**, s. 547; **Öztürk/Erdem**, s. 199; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 520; **Özgenç**, s. 215; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 359.

¹⁰⁹⁹ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 115; **Öztürk/Erdem**, s. 199; **Özgenç**, s. 215; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 360.

¹¹⁰⁰ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 493-494; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 361.

Öğretide yaşayan bir kimseden organ veya doku alınması suçunun failinin belirli nitelik ve özelliğe sahip olmasının gerekip gerekmediği ve dolayısıyla bu suçun özgü suç olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. *Bir görüşe göre*, suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/1’de fail “kimse” şeklinde ifade edilerek failde bulunması gereken vasıf ve niteliğe ilişkin bir belirleme yapılmaması nedeniyle herkes bu suçun faili olabilir. Dolayısıyla bu suç özgü bir suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilen genel bir suçtur. Her ne kadar ihtisas gerektirmesi sebebiyle hekim olmayanların bu suçu işlemeleri olanaksız gibi görünse de suçun kanuni tanımına göre hekim dışındaki kişilerin bu suçun faili olmalarına engel bir durum yoktur. Bu nedenle organ işiyle uğraşan kamu görevlileri, özel muayenehanelerde veya kliniklerde faaliyet gösteren hekimler, hemşireler, yardımcı tıp mensupları veya herhangi bir kimse de fail olabilecektir¹¹⁰¹. Bu görüşün savunucularından olan Ünver¹¹⁰² ve Ömeroğlu¹¹⁰³, failin hekim veya kamu görevlisi ya da sağlık görevlisi olmasının cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi yönünde ceza normunun revize edilmesini önermekte ve böylece suçun görünüşte özgü suç haline getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. *Diğer görüşe göre*, her ne kadar TCK m. 91/1’de failin niteliğine dair bir belirleme yapılmamış ise de organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin bu işler için gerekli uzman personelce, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin ODNK m. 10 hükmü karşısında işin mahiyeti icabı yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun faili yalnızca mesleği hekim olan kişiler olabilir. Dolayısıyla bu suç gerçek özgü suçtur. Bununla birlikte, hekim tarafından işlenen yaşayan kişiden organ veya doku alma suçuna hekim olmayan kişinin iştirak etmesi halinde TCK m. 40/2 uyarınca bu suça azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktır¹¹⁰⁴. *Başka bir görüşe göre ise*, bu suç fail bakımından özgü suç niteliği taşımamakla birlikte suçun fiil unsuru olan “almak” tıbbi manada vücuttan ayırmaya işaret ettiğinden, fiilin bu özelliği fail ayrımı yapılmasını mecbur kılmaktadır. Bu nedenle de tıbbi

¹¹⁰¹ Bkz. Aydın, Murat (2008) ‘Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s. 369-370; Aydın (2008a), s. 129; Aydın (2011), s. 147; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3128; Ünver (2005a), s. 190; Meran, s. 222-223; Gökçen/Balcı (2013), s. 117; Gökçen/Balcı (2015), s. 415; Bayraktar (2010), s. 1307-1308; Ömeroğlu, s. 61; Kasapoğlu Halıcı, s. 28; Gözübüyük, s. 121; Ekiz, s. 166; Kanıcı, s. 36; Gerçekler, s. 1017; Taneri/Kamışlı, s. 224; Özen, s. 308; Karakaya, s. 136; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 270; Dolayısıyla bu suçun hekim olmayan birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Bkz. Öztezel, s. 224.

¹¹⁰² Ünver (2005a), s. 191.

¹¹⁰³ Ömeroğlu, s. 69.

¹¹⁰⁴ Bkz. Donay, Süheyl (2007) Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 151; Hafizoğulları/Özen, s. 106; Koca/Üzülmüş (2023b), s. 319; Polat, s. 28; Banak, s. 325; Köksal, s. 151-152; Özar/Halıcı, s. 575; Vural, s. 60.

manada alma fiili kapsamında kalan davranışları gerçekleştirip, tıbbi bilgisini ve yeterliliğini kullanan herkes bu suçun faili olabilir¹¹⁰⁵.

Kanaatimizce ODNK m. 7, 10 ve 12 hükümleri nazara alındığında organ veya doku alınmasının, bu konuda ihtisaslaşmış uzman hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir tıbbi müdahale türü olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla anılan düzenlemeler, organ ve doku alınması işleminde hekimlerin yetkili kılındığını göstermektedir. Ancak bir işlemi yapmakla hukuken yetkili kılınmak başka, o işlemin yetkili kılınan kişi veya kurumlar haricindekiler tarafından gerçekleştirilmesinin fiilen mümkün olup olmaması başka bir konudur. Gerçekten de organ nakli konusunda Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş bir organ nakli merkezinde uzman hekimlerin yanında uzun yıllar çalışması sebebiyle konuya dair pratik ve teorik bilgisi bulunan emekli bir sağlık personelinin, bir kimsenin vücudundan böbreğini cerrahi yöntemlerle alabilmesi mümkündür. Benzer şekilde bir veteriner ya da konuya ilişkin gerekli bilgi birikimine erişmiş bir tıp fakültesi öğrencisinin veya hekimlik mesleğini icraya yetkili olmayıp fiilen tıbbi ve cerrahi bilgiye sahip olan bir kimsenin organ ve doku alınması işlemini gerçekleştirebilmesi ihtimal dâhilindedir. Öte yandan, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun kanuni tanımı olan TCK m. 91/1’de failde bulunması gereken nitelik ve vasma yönelik herhangi bir belirleme yapılmamış; “kimse” ifadesi kullanılmıştır. Suçun kanuni tanımında failde belirli bir nitelik ve sıfat aranmamasına rağmen yalnızca belirli kişilerin yani hekimlik mesleğini yürütenlerin bu suçun faili olabileceğini savunmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. TCK m. 91/1’de düzenlenen yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bakımından önemli olan, yaşayan bir kişinin vücudundan hukuken geçerli rızası bulunmaksızın organ veya dokusunun sökülüp çıkartılmasıdır. Bu işlemi gerçekleştiren, başka bir deyişle organ veya dokuyu alan kişinin hekim olup olmadığının, ilgili suçun oluşması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca TCK m. 91/1’de tanımlanan suçun failinin yalnızca hekimler olabileceği düşüncesinin kabulü, bu suça ilişkin tipik fiili tek başına ve müstakilen işleyen hekim dışındaki kişilerin somut olayın özelliklerine göre bu suç yerine kasten yaralama veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumluluğunu sonuçlayacaktır. Bu durum ise, ceza adaleti ve TCK m. 3’te düzenlenen eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. İzah edilen tüm bu gerekçelerle yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun özgü bir suç değil, herkes tarafından işlenebilen genel bir suç olduğunu

¹¹⁰⁵ Bkz. **Algan**, s. 88-89.

düşünmekteyiz. Dolayısıyla TCK m. 91/1’de tanımlanan suçun faili hekimlik mesleğini yürüten bir kişi olabileceği gibi tıbbi ve cerrahi bilgisini kullanarak yaşayan kişiden organ veya dokuyu alan herhangi bir kimse de olabilir. Diğer yandan, bu suçun işlenmesi sonucunda meydana gelen ölüm neticesinden ceza sorumluluğunun düzenlendiği TCK m. 91/8 bakımından da vardığımız sonuç değişmeyecektir. Gerçekten de TCK m. 91/8 uyarınca hukuken geçerli rıza olmaksızın organ veya dokunun alınması sonucu mağdur ölürse, fail ister bu alanda uzmanlaşmış hekim olsun ister hekim dışında birisi olsun kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır¹¹⁰⁶. Başka bir anlatımla, TCK m. 91/8’de düzenlenen hüküm bakımından failin hekim olması gerekmeyp, herkes fail olabilmektedir.

3.3.1.1.3. Mağdur

Her suçun mutlaka bir mağduru olup, mağduru olmayan bir suç olamaz. Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişileri ifade eder. Başka bir anlatımla suçun pasif süjesi olan mağdur, ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen hukuki menfaatin sahibi olarak da tarif edilebilir¹¹⁰⁷. Bir suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir¹¹⁰⁸. Gerçek kişiler dışındaki tüzel kişiler, kişiliği bulunmayan aile veya kişi topluluğu, kurum veya organlar suçtan zarar gören olabilirse de ceza hukuku anlamında mağdur olamazlar. Bu noktada mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramını da birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Suçtan zarar gören kişi, işlenen suçla hakları ihlal edilen kişidir. Mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören kişi iken, suçtan zarar gören her zaman suç tarafından ihlal edilen hukuksal değerın sahibi, yani mağdur değildir¹¹⁰⁹.

Bu suçta mağdur, hukuken geçerli rızası bulunmaksızın vücudundan organ veya dokusu alınan kişi ya da kişilerdir¹¹¹⁰. TCK m. 91/1’de insan üzerinde deney suçunda olduğu gibi mağdur bakımından yetişkin ve çocuk ayrımı yapılmadığından, bu suçun mağduru

¹¹⁰⁶ Özar/Halıcı, s. 575.

¹¹⁰⁷ Toroslu (2009), s. 95; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 211.

¹¹⁰⁸ Şahin, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 152; Özgenç, s. 227; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 211; Tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Demirbaş, s. 606.

¹¹⁰⁹ Koca/Üzülmöz (2023a), s. 116-117; Öztürk/Erdem, s. 200; Özgenç, s. 226; Şahin, s. 124.

¹¹¹⁰ Koca/Üzülmöz (2023b), s. 319; Özar/Halıcı, s. 576; Üzülmöz, s. 128; Köksal, s. 149; Özen, s. 309; Ömeroğlu, s. 61; Gerçekler, s. 1017; Aydın (2011), s. 147; Bayraktar (2010), s. 1309; Gözübüyük, s. 123; Kasapoğlu Halıcı, s. 30; Algan, s. 90.

yetişkin olabileceği gibi çocuk da olabilir¹¹¹¹. Yani bu suç, mağdur yönünden bir özellik arz etmemektedir.

Organ veya dokunun geçerli bir rıza olmaksızın alınmasının TCK m. 91/1 kapsamında suç teşkil edebilmesi için yaşayan bir insandan alınması gerekmektedir¹¹¹². Hayvandan organ ya da doku alınması halinde bu suç oluşmayıp, unsurlarına göre mala zarar verme suçu veya 5199 sayılı Kanunda düzenlenen suçlar kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Fiilin TCK m. 91/1 kapsamında değerlendirilebilmesi için suçun icra hareketlerinin başladığı anda kendisinden organ veya doku alınan kişi canlı, yani hayatta olmalıdır. Suçun icra hareketlerinin başladığı anda vücudundan organ yahut doku alınan kişi hayatta değil ise bu suç oluşmayıp, TCK m. 91/2’de yer alan ölüden organ veya doku alma suçu bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır¹¹¹³. Kısacası mağdur, icra hareketlerinin başladığı anda beyin ölümü gerçekleşmemiş hasta veya sağlam herhangi bir insandır. Bu cümleden olmak üzere, bitkisel hayatta veya komada olan kişilerin beyin ölümü gerçekleşmediğinden, bu kişilerden organ veya doku alınması durumunda da TCK m. 91/1 uygulama alanı bulacaktır¹¹¹⁴. Belirtelim ki, fail, mağdurun yaşıyıp yaşamadığı konusunda yanılığa düşmüş ise, unsur hatasına ilişkin TCK m. 30/1 hükmü uygulanır¹¹¹⁵.

3.3.1.1.4. Maddi Konu

Suçun maddi konusundan, suçun üzerinde işlendiği insan ya da obje anlaşılmalıdır¹¹¹⁶. Başka bir anlatımla, tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şey suçun maddi konusudur¹¹¹⁷. Dolayısıyla suçun maddi konusunun canlı bir varlık olması gerekmez. Bazı suçlarda suçun maddi konusu ile mağduru birleşmektedir. Gerçekten de söz gelimi kişiyi hürriyetten yoksun kılma gibi suçlarda suçun ihlal ettiği hukuksal yararın sahibi ile suçun üzerinde icra edildiği kişi aynı olmaktadır¹¹¹⁸. Fakat bunun gibi istisnai durumların dışında suçun mağduru ile maddi konusu birbirinden farklı olmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunun

¹¹¹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 270; Polat, s. 29.

¹¹¹² Gökçen/Balcı (2013), s. 117; Karakaya, s. 142.

¹¹¹³ Özar/Halıcı, s. 576; Ekiz, s. 168; Arslan/Azizağaoğlu, s. 353.

¹¹¹⁴ Aydın (2008a), s. 130; Aydın (2008b), s. 371; Aydın (2011), s. 148; Kanıcı, s. 37.

¹¹¹⁵ Gökçen/Balcı (2013), s. 117; Algan, s. 99; Karakaya, s. 158.

¹¹¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 222; Demirbaş, s. 605; Özgenç, s. 222.

¹¹¹⁷ Koca/Üzülmez (2023a), s. 118; Toroslu (2009), s. 93.

¹¹¹⁸ Demirbaş, s. 606; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 377.

mağduru çalınan taşınır malın zilyedi olan gerçek kişi iken, maddi konusu çalınan taşınır maldır. Bu nedenle bu iki kavram birbirine karıştırılmamalıdır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun maddi konusunun vücuttan alınan organ veya doku olduğunu ifade edebiliriz¹¹¹⁹. Belirtelim ki, suçun maddi konusunu oluşturan organ veya dokunun yaşayan bir insana ait olması gerekmektedir. Dolayısıyla hayvanlardan ya da ölü bir kimseden alınan organ ve dokular bu suça vücut vermez¹¹²⁰. Ayrıca yapay organ ve dokular da bu suçun maddi konusunu oluşturamaz. Öğretide bir görüş¹¹²¹, bu suçta maddi konunun vücutundan organ veya doku alınan insan olduğunun da düşünülebileceğini ileri sürmüş ise de *kanaatimizce* bu suçta maddi konu ve mağdur birleşmemektedir. Zira bu suçun maddi konusu, alma fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği organ veya doku iken; suçla ihlal edilen hukuksal değerler olan vücut dokunulmazlığı, insan onuru, yaşama hakkı ve irade hürriyetinin sahibi olan mağdur, vücutundan organ veya dokusu alınan yaşayan insandır.

Niteliği organ veya doku olmayan insan kökenli biyolojik maddelerin alınması halinde bu suç oluşmaz¹¹²². Zira bu suçun oluşabilmesi için üzerinde icra edildiği şeyin organ veya doku vasfında olması gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle son dönemlerde tedavi yöntemi olarak sık uygulanan el, ayak ve yüz gibi deri, kas, yağ, sinir, lenf düğümü, kemik ve kıkırdaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren özel nitelikli dokular olan kompozit dokular da bu suçun konusunu oluşturabilirler¹¹²³. Kuşkusuz ki, insan vücudundaki bir parçanın organ veya doku olup olmadığının tespiti uzmanlık gerektirdiğinden, neyin organ veya doku olduğu bilirkişi marifetiyle çözülmesi gereken tıbbi bir meseledir¹¹²⁴. Nitekim Yargıtay da insan vücudundaki bir parçanın organ sayılıp sayılmadığının, salt bilirkişi tarafından halledilecek bilimsel bir uzmanlık sorunu olduğunu içtihat etmiştir¹¹²⁵.

¹¹¹⁹ Meran, s. 223; Gerçekler, s. 1017; Algan, s. 90; Arslan/Azizağaoğlu, s. 409; Koca/Üzülmez (2023b), s. 318; Özen, s. 305; Köksal, s. 149; Üzülmez, s. 127; Ömeroğlu, s. 61; Gökçen/Balcı (2015), s. 426; Polat, s. 29; Hafizoğulları/Özen, s. 106; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 269; Suçun maddi konusunun insan vücudu olduğu yönündeki görüş için bkz. Taneri/Kamışlı, s. 223; Aydın (2008b), s. 368.

¹¹²⁰ Vücutundan organ veya doku alınan kimsenin ölmüş bir insan olması halinde TCK m. 91/2 hükmü, hayvan olması halinde ise unsurlarına göre mala zarar verme suçu veya 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununa aykırılık gündeme gelecektir.

¹¹²¹ Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 106; Vural, s. 60; Özen, s. 305.

¹¹²² Köksal, s. 149-150; Gökçen/Balcı (2013), s. 117.

¹¹²³ Gözübüyük, s. 122.

¹¹²⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 106; Özar/Halıcı, s. 576; Kasapoğlu Halıcı, s. 31.

¹¹²⁵ Bkz. Yarg. 4. CD, E: 1992/2772, K: 1992/2857, T: 20.04.1992 (Kazancı Veri Tabanı, www.kazanci.com).

ODNK m. 2 hükmünde organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı ifade edildikten sonra oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonunun bu kanun hükümlerine değil, yürürlükte bulunan sağlık mevzuatı ve tıbbi deontoloji kurallarına tabi olacağı belirtilmiştir. ODNK'ya tabi olmayan bu organ ve dokuların TCK m. 91/1'deki suçun maddi konusunu oluşturup oluşturmayacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide *bir görüşe göre*, ODNK m. 2/2 hükmüyle bu kanunun kapsamı dışında bırakılan kan ve deri gibi dokuların alınması TCK m. 91/1'deki suçu oluşturmayacaktır. Yani bu organ ve dokular yaşayan kimseden organ ve doku alma suçunun maddi konusunu oluşturmayacaktır¹¹²⁶. *Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre ise*, TCK m. 91/1 hükmünde herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve sınırlama getirilmeksizin yaşayan kimselerden alınan tıbben organ ve doku sayılan her şey ceza yaptırımına bağlandığından, bu suçun maddi konusunu ODNK kapsamında yer alan insana ait organ ve dokularla sınırlamak mümkün değildir¹¹²⁷. Dolayısıyla tıbbi olarak organ ve doku niteliğinde olan her şey bu suçun maddi konusunu oluşturabilir. Bununla birlikte, ODNK kapsamı dışında bırakılan organ ve dokularla ilgili özel ceza normu bulunmaktaysa, ceza miktarına bakılmaksızın genel norm olan TCK m. 91/1 yerine özel normun uygulanması gerekir¹¹²⁸. Örneğin, ODNK m. 2/2 hükmüyle ODNK kapsamı dışında bırakılan kan ve kan ürünlerinin düzenlendiği 5624 sayılı Kanun kapsamındaki hizmetlerde kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde faaliyet gösterenler anılan Kanun m. 6/8 uyarınca cezalandırılacaktır.

3.3.1.1.5. Nitelikli Hal

TCK m. 91/4 hükmünde, yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu ile organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçlarının bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 91/1 ve m. 91/3'teki suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin cezayı ağırlaştırıcı hal olarak kabul edilmesinin nedeni, yapısal niteliği bakımından örgütlü suçluluğun toplum açısından yarattığı tehlikenin büyüklüğüdür. Son yıllarda örgütlü suç ve

¹¹²⁶ Bkz. **Algan**, s. 91; **Aydın** (2011), s. 136; **Karakaya**, s. 141-142.

¹¹²⁷ Bkz. **Gözübüyük**, s. 122; **Köksal**, s. 150.

¹¹²⁸ **Köksal**, s. 150.

suçlulukta yaşanan artış ile elde edilen rant nazara alındığında yasa dışı organ ve doku ticaretinin örgütler için cezbedici bir uğraşı haline gelerek örgütlerin başlıca faaliyetleri arasında yerini aldığı görülmektedir. İşte bu suçların organize bir şekilde sınır aşan boyutlarda örgütlü gruplar tarafından işlenmesi suçla mücadele bakımından bu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinin cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak ihdas edilmesini gerekli kılmıştır¹¹²⁹. Nitekim suçun örgütlü olarak işlenmesi, suç işlemeyi kolaylaştırmakta ve fakat suçla mücadeleyi de o denli zorlaştırmaktadır¹¹³⁰. Ancak belirtelim ki, anılan nitelikli halin uygulanmasının TCK m. 91’de düzenlenen tüm suçlar yönünden geçerli olmayıp, yalnızca TCK m. 91/1 ve m. 91/3’te tanımlanan suçlarla sınırlı olarak kabul edilmesi, *kanaatimizce* ceza politikası bakımından isabetli bir tercih değildir¹¹³¹. Zira TCK m. 91’de tanımlanan tüm suçlar esasen birbirleriyle sıkı bağlantı içerisinde olan ve bazıları ortak bazıları da birbirlerine yakın hukuksal değerleri koruyan suçlardır. Dolayısıyla suçla etkin mücadele bakımından TCK m. 91/4’te düzenlenen “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” nitelikli halinin TCK m. 91’de tanımlanan bütün suçları kapsayacak şekilde uygulama alanı genişletilmek suretiyle revize edilmesi faydalı olacaktır¹¹³².

Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için bir örgütün varlığı ve TCK m. 91/1’de tanımlanan suçun bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gerekmektedir. Örgütün var olup olmadığı TCK m. 220’nin unsurlarına göre saptanacaktır¹¹³³. Anılan hükümde bir tanıma yer verilmemekle birlikte örgütün en az üç kişiden oluşup, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulması ve yapısı, üye sayısı ile araç ve gereç yönünden amaç suçları işlemeye elverişli olması gerektiği düzenlenmiştir. Buradan hareketle Yargıtay suç örgütünü; “*çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grup*” olarak tanımlamıştır¹¹³⁴. Organize bir yapısının bulunması ve

¹¹²⁹ Kasapoğlu Halıcı, s. 33.

¹¹³⁰ Arslan/Azizağaoğlu, s.783; Öztezel, s. 226.

¹¹³¹ Mermut, her ne kadar TCK m. 91/4 hükmünün lafzından nitelikli halin uygulanmasının bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçlarla sınırlanıp, ikinci fıkranın kapsam dışında bırakıldığı izlenimi oluşmakta ise de TCK m. 91/4’ün fıkra gerekçesinde “bir ilâ üçüncü fıkralarda tanımlanan suçlar” ibaresi kullanılarak birinci ve üçüncü fıkralarla birlikte ikinci fıkrada tanımlanan ölüden organ ve doku alma suçunun da söz konusu nitelikli halin kapsamına dâhil olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Mermut, s. 1481. *Kanaatimizce* bu yorumun kabulü, AY m. 38 ve TCK m. 2’de düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile suç ve caza içeren hükümlerde kıyas yasağını ihlal eder. Zira madde gerekçelerinin bağlayıcılığı bulunmayıp, TCK m. 91/4’ün lafzında nitelikli halin uygulanması açıkça birinci ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçlarla sınırlandırılmış; TCK m. 91’de tanımlanan diğer suçlar kapsam dışında bırakılmıştır. TCK m. 61/10’a göre de kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar artırılmaz, eksiltilemez ve değiştirilemez.

¹¹³² Aynı yönde bkz. Özen, s. 341.

¹¹³³ Köksal, s. 162; Ömeroğlu, s. 66; Kasapoğlu Halıcı, s. 33; Polat, s. 30; Bayraktar (2010), s. 1308.

¹¹³⁴ Bkz. Yarg. 8. CD, E: 2005/341, K: 2005/2011, T: 05.04.2005 (UYAP Veri Tabanı).

belirsiz nitelikteki suç programı, suç örgütünü suça iştirakten ayırmaktadır¹¹³⁵. Yargıtay'a göre, TCK m. 220'de düzenlenen suç örgütünün varlığından bahsedilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişiden oluşması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı fiili bir birleşmenin olması ve niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gerekmektedir. Ayrıca örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç yönünden de amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi hedeflenen suçların konu ve mağdur yönünden somutlaştırılmış olması ise zorunlu değildir¹¹³⁶. TCK m. 220 kapsamındaki bir suç örgütünün varlığı için bu örgütün cebir, şiddet, tehdit ve baskı yöntemleri kullanmasına veya silahlı olmasına gerek bulunmadığı gibi bu örgütün amaçladığı suçların TCK m. 91'de tanımlanan suçlarla sınırlı olması da gerekmemektedir. Diğer bir ifadeyle, bir suç örgütü TCK m. 91'de tanımlanan suçları işlemek amacıyla kurulmayıp, başka amaç suçlar için kurulmuş ve faaliyeti çerçevesinde bu amaç suçların yanı sıra yaşayan kişiden organ veya doku almak suçu da işlenmiş ise söz konusu nitelikli hal bu durumda da uygulanacaktır¹¹³⁷.

İlave edelim ki, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) kapsamındaki bazı koruma tedbirlerinin uygulanması ve görevli mahkemenin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir¹¹³⁸.

Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağına ilişkin TCK m. 220/4 kapsamında TCK m. 91/1'de tanımlanan suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde fail, hem örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediği yaşayan kişiden organ veya doku almak suçundan hem de suç işlemek için örgüt kurmak veya örgütü yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan ayrı ayrı

¹¹³⁵ Gökçen/Balcı (2013), s. 118; Taneri/Kamışlı, s. 231.

¹¹³⁶ Bkz. Yarg. 10. CD, E: 2010/841, K: 2010/28759, T: 22.10.2010; Yarg. 10. CD, E: 2010/41378, K: 2011/1746, T: 03.02.2011; Yarg. 10. CD, E: 2006/9449, K: 2006/11838, T: 19.10.2006; Yarg. CGK, E: 2012/6-1490, K: 2013/59, T: 19.02.2013 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹³⁷ Şen, s. 322; Kaçar, s. 69.

¹¹³⁸ Özen, s. 341.

cezalandırılacaktır¹¹³⁹. Fıkra gerekçesinde de bu hususa yer verilmiştir¹¹⁴⁰. Belirtmek gerekir ki örgüt kurucusu ve üyesinden farklı olarak örgüt yöneticisi, TCK m. 220/5 uyarınca yalnızca kendi işlediği veya iştirak ettiği değil, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan ayrıca fail olarak cezalandırılacaktır. Bu sebeple örgüt yöneticisi, yöneticiliğini yaptığı örgütün faaliyeti çerçevesinde bir başkasının işlediği yaşayan kişiden organ veya doku almak suçundan da fail olarak sorumlu olacaktır. Nitekim Yargıtay da örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacaklarına ilişkin TCK m. 220/5 uyarınca örgüt yöneticisinin hem TCK m. 91/4'ten hem de TCK m. 220'den cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁴¹.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen failin, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunu bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi durumunda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğinin incelenmesi gerekmektedir. TCK m. 220/6 hükmüne göre “Örgüte üye olmayıp örgüt adına suç işleyen kimse, iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.” Anılan hüküm kapsamında örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin sorumluluğu, adına suç işlediği örgütün silahlı olup olmamasına göre belirlenecektir¹¹⁴². Bu çerçevede, örgüte üye olmayıp örgüt adına ve örgütün faaliyeti kapsamında yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunu işleyen failin, adına suç işlediği örgüt silahlı örgüt ise TCK m. 220/4 uyarınca hem TCK m. 91/4 hem de TCK m. 220/6'dan sorumlu olacaktır. Buna karşılık

¹¹³⁹ Koca/Üzülmaz (2023b), s. 320; Üzülmaz, s. 129; Meran, s. 226-227; Polat, s. 30; Algan, s. 143; Kasapoğlu Halıcı, s. 33; Ömeroğlu, s. 67; Aksi görüşte olan Aydın ve Köksal ise, yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun, yaşayan kişiden organ veya doku almak suçunun ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğundan, bu durumun TCK m. 42 uyarınca bileşik suç olarak kabul edilerek ne bis in idem ilkesi gereğince failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmayıp, yalnızca TCK m. 91/4'te öngörülen ağırlaştırılmış müeyyideden sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Aydın (2008a), s. 146; Köksal, s. 163-164. Kanaatimizce yaşayan kişiden organ veya doku almak suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bileşik suçtan söz edilemez. Zira bileşik suçtan bahsedilebilmesi için TCK m. 42 uyarınca biri suçun, diğer suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, bir suçun tipikliğine ait unsurlarını ihtiva eden bir fiil, diğer suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması halinde bileşik suçtan söz edilir. Oysa TCK m. 91/4'te, TCK m. 220'de tanımlanan suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları değil, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle yaşayan kişiden organ veya doku almak suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde gerçek içtima hükümleri gereğince failin hem TCK m. 91/4'ten hem de TCK m. 220'den ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.

¹¹⁴⁰ TCK m. 220/4 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “Dördüncü fıkra göre, bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, daha ağır cezalara hükmedilecektir. Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.”

¹¹⁴¹ Bkz. Yarg. 12. CD, E: 2015/1531, K: 2015/2378, T: 10.02.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹⁴² Tozman, Önder (2014) Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 299; Şen, Ersan/Eryıldız, H. Sefa (2018) Suç Örgütü, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 182.

örgüte üye olmamakla birlikte yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunu silahlı bir örgüt adına ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyen fail, yalnızca TCK m. 91/4'ten cezalandırılacaktır. İlave edelim ki, TCK m. 220/6'da düzenlenen örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunun söz konusu olabilmesi için, adına suç işlenen örgütün silahlı olmasının yanı sıra suçun, örgütün istemi veya bilgisi dahilinde işlenmiş olması ve failin bu suçu örgüt adına işlediğini bilmesi gerekmektedir¹¹⁴³.

Burada yeri gelmişken değinmek gerekir ki yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesi yerinde bir düzenleme olmakla birlikte bu nitelikli hal dışında başkaca ağırlaştırıcı nedene yer verilmemesi isabetli değildir. *Kanaatimizce* yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu bakımından “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” şeklindeki nitelikli halin yanı sıra “suçun işlenmesinde cebir ya da tehdit kullanılması” veya “suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi” gibi hususların da nitelikli hal olarak kabul edilmesi bu suçla mücadeleye katkı sağlayacaktır¹¹⁴⁴.

3.3.1.2.Manevi Unsur

Fiilin sübjektif olarak failine isnat edilebilmesini sağlayan manevi unsur, fail ile işlediği fiil arasındaki manevi bağ ifade etmektedir. Bu manevi bağ yoksa tipikliğin gerçekleştiğinden ve dolayısıyla suçtan söz edilemez¹¹⁴⁵. TCK'da haksızlığın gerçekleştiriliş şekli itibarıyla manevi unsur, kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Buna göre haksızlığın asıl gerçekleştiriliş şekli kast olup, TCK m. 22/1 uyarınca taksirle işlenen fiiller sadece kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilir.

¹¹⁴³ **Tozman**, s. 301, 303; **Şen/Eryıldız**, s. 184; “...Dairemizce de benimsenen yerleşik yargısal uygulamalara göre, örgüt üyesi olmayan bir kişinin örgüt adına suç işlediğinin kabulü için, bu suçun işlenmesinin örgüt tarafından istenmesi ya da örgütün bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Doğal olarak böyle bir suçu işleyen de bu bilinçle işlemesi aranır...” Yarg. 16. CD, E: 2016/7162, K: 2017/4786; “...Anayasa Mahkemesinin 31.03.1992 tarih ve E.1991/18, K. 1992/20 sayılı kararında da (RG 27 Ocak 1993/21478 Mükerrer, S.31); Örgüt adına suç işlemekten söz edilebilmesi için suçun örgütün bilgisi ve istemi dahilinde işlemesi gerektiği açıklanmıştır...” Yarg. CGK, E: 2007/9-282, K: 2008/44, T: 04.03.2008 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹⁴⁴ Benzer yönde bkz. **Özen**, s. 341.

¹¹⁴⁵ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 147; **Özgenç**, s. 234.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun manevi unsuru kast olup, taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir¹¹⁴⁶. Bu suçun oluşması için failin ayrıca özel bir saik veya maksatla hareket etmiş olması gerekmez¹¹⁴⁷.

Söz konusu suçun olası kastla işlenip işlenmeyeceği hususunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. *Bir görüşe göre*, bu suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir ve bu yüzden suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir¹¹⁴⁸. Bu görüşün savunucularından olan *Karakaya*, görüşüne gerekçe olarak nakil sürecinde gri bir alan oluşturulmasının kabul edilemeyeceğini, organ veya dokuyu alacak failin hukuken geçerli rızanın varlığını saptamadıkça operasyona girişmemesi gerektiğini, bu saptamayı yapmadan operasyona girişmiş ise doğrudan kastla hareket ettiğinin kabulü gerektiğini belirtmektedir¹¹⁴⁹. *Diğer görüşe göre ise*, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür¹¹⁵⁰. *Kanaatimizce* de TCK m. 91/1 tanımlanan suç, olası kastla işlenebilir. Zira bir suçun kast türlerinden yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğinin kabulü için o suçun kanuni tanımında “bilerek” veya “bildiği halde” ya da “bilmesine rağmen” gibi ifadeler yer verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kasten işlenebilen her suç gerek doğrudan gerekse olası kastla işlenebilir¹¹⁵¹. Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun kanuni tanımında bu suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemesi nedeniyle olası kastla da işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Bu bağlamda fail yaşayan bir kişinin hukuken geçerli bir rızasının bulunup bulunmadığı konusunda kesin bir bilgiye sahip olmamakla beraber rızasının bulunmadığını öngörmesine rağmen “olursa olsun” düşüncesiyle hareket ederek organ ve dokularını alması halinde olası kasttan söz edilecektir. Ancak belirtelim ki, teorik olarak mümkünse de pratikte böyle bir olayın vuku bulması pek olası görünmemektedir.

Bilindiği üzere TCK m. 21/1 hükmünde kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Kastın varlığı için suçun

¹¹⁴⁶ *Hafizoğulları/Özen*, s. 107; *Aydın* (2008b), s. 376; *Aydın* (2011), s. 148; *Gözübüyük*, s. 132; *Taneri/Kamışlı*, s. 231; *Gerçekler*, s. 1023; *Gökçen/Balci*, s. 119; *Ömeroğlu*, s. 66; *Bayraktar* (2010), s. 1325; *Köksal*, s. 159; *Algan*, s. 97; *Mermut*, s. 1480; *Vural*, s. 61; *Polat*, s. 31; *Kasapoğlu Halıcı*, s. 35.

¹¹⁴⁷ *Koca/Üzülmez* (2023b), s. 320; *Özbek/Doğan/Bacaksız* (2023), s. 274; *Özen*, s. 320; *Kasapoğlu Halıcı*, s. 36; *Köksal*, s. 160; *Karakaya*, s. 158.

¹¹⁴⁸ Bkz. *Aydın* (2011), s. 148; *Kanıcı*, s. 36; *Karakaya*, s. 159.

¹¹⁴⁹ *Karakaya*, s. 159.

¹¹⁵⁰ *Özen*, s. 320; *Algan*, s. 98; *Gözübüyük*, s. 132; *Ekiz*, s. 178.

¹¹⁵¹ *Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri* (2018), s. 273; *Centel/Zafer/Çakmut*, s. 389; *Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri*, s. 397.

kanuni tanımında öngörülen tüm maddi unsurların fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kastın varlığından söz edilemez¹¹⁵². Yaşayan bir kişiden organ veya doku alma suçu bakımından kastın varlığından bahsedebilmemiz için failin, hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın yaşayan bir kimsenin vücudundan organ veya doku aldığını bilmesi gerekmektedir¹¹⁵³. Bu suça ilişkin failin kastının hangi unsurları kapsamı gerektiğini ayrıntılı şekilde ifade edecek olursak öncelikle fail, vücudundan organ veya doku aldığı kişinin canlı, yani sağ olduğunu ve Türk hukukunda kabul edilen anlayış olan beyin ölümüyle yaşamının sona ermediğini bilmelidir. Fail bu suçun maddi konusunu da bilmelidir. Başka bir anlatımla, yaşayan kişinin vücudundan cerrahi yöntemlerle aldığı şeyin vücudundan bir bölüm ya da parça olduğunu bilmelidir. Bununla birlikte failin bir başkasının vücudundan aldığı şeyin tıbbi anlamda organ veya doku olarak nitelendirildiğini bilmesi gerekmemektedir¹¹⁵⁴. Failin cerrahi yöntemle aldığı şeyin bir başkasının vücuduna ait parça olduğunu bilmesi kastın varlığı için yeterlidir. Zira bu suçun maddi konusu olan organ ve doku, tipikliğin normatif unsurudur. Özel bir hukuki değerlendirmeyi gerektiren ve yalnızca maddi olarak tanımlanabilir olmayan normatif unsurların hukuki anlamının bilinmesi ise kast bakımından gerekli olmayıp, bu unsurlarda failin ceza normunun korumasına hangi hususları almak istediği yönünde bir tasavvura sahip olması yeterlidir¹¹⁵⁵. TCK m. 91/1’de tanımlanan suçun neticeli bir suç değil, sırf hareket suçu olduğunu kabul ettiğimiz için kastın varlığı bakımından fail tarafından neticenin ve illiyet bağının bilinmesi gerekmemektedir. Zira bu suç neticesi olmayan bir suç olduğundan illiyet bağı meselesi de gündeme gelmeyecektir¹¹⁵⁶. Ayrıca daha önce izah edildiği üzere suçun kanuni tanımında yer alan “hukuken geçerli rızaya dayalı olmama”, bu suçun maddi unsurlarına dâhil olduğundan¹¹⁵⁷, failin kastından söz edilebilmesi için organ veya doku alımının hukuken geçerli rızaya dayanmadığını da bilmesi gerekmektedir.

¹¹⁵² Koca/Üzülmez (2023a), s. 160; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 392.

¹¹⁵³ Hafızoğulları/Özen, s. 107; Köksal, s. 160; Vural, s. 61; Kasapoğlu Halıcı, s. 35; Gözübüyük, s. 132.

¹¹⁵⁴ Erman, Ragıp Barış (2006) ‘Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’, (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 39-40, 44; Algan, s. 99; Karakaya, s. 158.

¹¹⁵⁵ Koca/Üzülmez (2023a), s. 110, 163; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 292.

¹¹⁵⁶ Algan, s. 100; Ekiz, s. 175; Karakaya, s. 169.

¹¹⁵⁷ Koca/Üzülmez (2023b), s. 320; Ekiz, s. 179; Gökçen/Balcı (2013), s. 116.

3.3.2. Hukuka Aykırılık

Fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma halini ifade eden hukuka aykırılık, işlenen fiilin hukuk düzeni tarafından meşru sayılmamasıdır. Suçun bir unsuru olan hukuka aykırılık, tipe uygunluktan sonra fiilin değerlendirilmesinde ikinci aşamayı oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle bir suçun varlığından söz edebilmek için, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin kanuni tarife uygun olduğunun tespitinin ardından bu fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediğinin, yani hukuka aykırı olduğunun da tespit edilmesi gerekmektedir. Esasında suçun kanuni tanımına uygun olan fiilin karine olarak hukuka da aykırı olduğu kabul edilir. Ancak hukuk düzeni bir suçun kanuni tanımına uygun tipik fiilin işlenmesine cevaz vermiş olabilir. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin veren nedene hukuka uygunluk nedeni denmektedir. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde gerçekleştirilen fiil ilgili suç tipine ilişkin kanuni tanıma uygun olmasına rağmen hukuka aykırı olmaktan çıkar. Fiil hukuka aykırı olmadığı, yani hukuk düzenince gerçekleştirilmesine cevaz verildiği için de bir haksızlığın veya suçun mevcudiyetinden söz edilemez. Başka bir ifadeyle hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin suç teşkil etmesini önler¹¹⁵⁸. TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerini kanunun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası şeklinde sıralayabiliriz¹¹⁵⁹.

Yaşayan kişiden organ veya doku almanın suç teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Bu suç bakımından gündeme gelebilecek hukuka uygunluk nedenlerini incelediğimizde, yaşayan kişiden organ veya doku alma fiilinin, haksız bir saldırıyı defetme zorunluluğu ile işlenebilmesi olanaklı olmadığından, meşru savunma hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir¹¹⁶⁰. Yani bu suç bakımından meşru savunma gündeme gelmez.

Öğretide Özen, CMK m. 75 ve m. 76 hükümlerini örnek göstererek bu suç bakımından kanunun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelebileceğini savunmaktadır¹¹⁶¹. Buna karşılık bazı müellifler ise, organ ve doku naklinin ODNK'da öngörülen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilmesi hekimler için mevzuattan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi şeklinde yorumlanabilir ise de naklin ODNK'da

¹¹⁵⁸ Bkz. Özgenç, s. 311; Koca/Üzülmez (2023a), s. 266; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 476-477.

¹¹⁵⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinin sınıflandırılması konusunda bkz. Özgenç, s. 313-315.

¹¹⁶⁰ Aydın (2008b), s. 381; Özen, s. 321; Gözübüyük, s. 135.

¹¹⁶¹ Özen, s. 321; Aksi görüş Gözübüyük, s. 135.

belirtilen kurallara uygun olarak yerine getirilmesi halinde zaten fiil tipe uygun olmaktan çıkacağı için bu halde hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılmasına gerek bulunmadığından, bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasına ihtiyaç olmadığını belirtmektedir¹¹⁶². Ancak belirtelim ki, bu çıkarım yapılırken bir kimseden organ veya doku alma fiili bakımından hekimin kanundan doğan yetki ve yükümlülüğü, ODNK hükümlerinden ibaret kabul edilmiştir. Hekimin, rızanın bulunması da dâhil olmak üzere ODNK'nın belirlediği kurallara uygun olarak bir kişiden organ veya doku alması halinde elbette fiil TCK m. 91/1'de yer alan tipe uygun olmayacağından, bu fiilin hukuka aykırılığının değerlendirilmesine de gerek duyulmayacaktır. Fakat hekime bir başkasından organ ve doku alma konusunda yetki veren veya yükümlülük yükleyen tek kanun ODNK değildir. Gerçekten de hukuk düzeninde hekimin bir kanun hükmünün kendisine verdiği yetki veya yükümlülüğe dayanarak ODNK'nın aradığı koşullar gerçekleşmeden bir kişiden biyolojik madde almakla yetkili kılındığı haller mevcuttur. Bu hallerde ise hekimin fiilinin TCK m. 91/1'de yer alan tipe uygun olduğu durumlar mevcut olmaktadır. Örneğin bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla hâkimin CMK m. 75/1 uyarınca verdiği karar doğrultusunda rızası olmaksızın bir şüphelinin vücudundan tıbben doku niteliğinde biyolojik örnek alan hekimin fiilinin TCK m. 91/1'de yer alan tipe uygun olmadığı söylenemez. Zira burada hekim, rızasının bulunmadığını bildiği halde yaşayan bir kişiden doku almaktadır. Dolayısıyla hekimin alma fiili tipe uygundur. Fakat hekimin fiili kanuni tipe uygun olmakla birlikte bir kanun hükmü olan CMK m. 75'e dayandığından hukuka aykırılıktan söz edilemez. *Kanaatimizce* pratikte organ alma bakımından gündeme gelmesi pek mümkün gözükmesine de doku niteliğindeki vücut parçalarının CMK m. 75 veya m. 76 hükümlerine dayanılarak yaşayan bir kimseden rızası bulunmaksızın alınması halinde, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanılacaktır.

ODNK'da düzenlenen yaşayan kişiden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullara uyması kaydıyla organ veya dokuyu alan hekim için mesleki bir hak ihdas edildiği, dolayısıyla böyle bir halde hekimin hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, ilgili koşullara uyulması halinde hekimin meslek hakkının icrası olarak kabul edilen yaşayan kişiden organ ve doku alma fiilinin hakkın kullanılması sebebiyle hukuka aykırılığının ortadan kalkacağı

¹¹⁶² **Algan**, s. 102; **Ekiz**, s. 181-182.

savunulmuştur¹¹⁶³. Ancak hekimin TCK m. 91/1’de tanımlanan suç bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için mağdurun hukuken geçerli rızasının bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Zira ancak hakkını mevzuata uygun kullanıp ilgilinin geçerli rızasını alan hekimin organ veya dokuyu alma fiilinin hakkın kullanılması dolayısıyla suç oluşturmayaacağı belirtilmiştir¹¹⁶⁴. *Kanaatimizce* ODNK’da yer alan yaşayan kişiden organ veya doku alınmasının koşullarına uyulduğu ve ilgilinin hukuken geçerli rızası bulunduğu takdirde zaten fiilin tipikliği ortadan kalkacağı için, tipe uygun olmayan bu fiil hakkında hukuka aykırılık incelemesi de yapılmayacaktır. Dolayısıyla tipik olmayan bu fiile ilişkin hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin uygulanması da mümkün değildir¹¹⁶⁵. Zira suç teorisinde, işlenen bir fiilin hukuka uygunluk nedeninden yararlanıp yararlanmadığına ilişkin değerlendirme tipe uygun bir fiilin gerçekleştiğinin tespitinden sonraki aşamada yapılır. Fiil tipe uygun değilse zaten suç teşkil etmeyeceği için hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmaması sonuç doğurmamaktadır.

İlgilinin rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin bu suçta uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesine gelince, *öğretide bir görüş*, TCK m. 91/1’de tanımlanan suç tipinin kanuni tarifinde yer verilen “rıza”nın hukuki niteliği itibarıyla TCK m. 26/2’de belirtilen hukuka uygunluk sebebi olduğu düşüncesinden hareketle mağdurun geçerli rızasının bulunması halinde işlenen fiilin hukuka uygun olacağını belirtmektedir¹¹⁶⁶. Buna karşılık *diğer görüş ise*, bu suç tipinin kanuni tarifinde yer alan “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” şeklindeki ifadenin suçun maddi unsuruna dâhil olduğu, dolayısıyla rızanın varlığının fiili hukuka uygun hale getirmekten ziyade tipikliği kaldıran bir etki yarattığı için hukuki niteliği itibarıyla hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliği kaldıran bir neden olduğunu savunmaktadır¹¹⁶⁷. Daha önce belirttiğimiz üzere biz de bu suçun kanuni tanımında öngörülen rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir neden olduğunu kabul ettiğimizden buradaki rızanın tipik fiili hukuka aykırı olmaktan çıkaran hukuka uygunluk nedeni olan rızadan fonksiyon olarak farklı olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu suç

¹¹⁶³ Demirbaş, s. 350; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 532; Bayraktar (2010), s. 1306; Çakmut, s. 157; Gökçen/Balı (2013), s. 121; Gökçen/Balı (2015), s. 430; Gökçen (2000), s. 64.

¹¹⁶⁴ Bayraktar (1972), s. 107-108; Köksal, s. 158.

¹¹⁶⁵ Aynı yönde bkz. Algan, s. 103; Ekiz, s. 181.

¹¹⁶⁶ Soyaslan, s. 335; Hafizoğulları/Özen, s. 107; Aydın (2008b), s. 378; Vural, s. 61; Bu görüşün savunucularından olan Bayraktar, görüşüne gerekçe olarak TCK m. 91/1’de yer alan “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” şeklindeki ifadeyle bu suç bakımından hukuka aykırılık unsurunun özel olarak ortaya konulduğu, rızanın varlığı halinin hukuka uygunluk sebebi meydana getirerek fiili hukuka aykırı olmaktan çıkaracağını belirtmiştir. Bkz. Bayraktar (2010), s. 1316.

¹¹⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 274; Koca/Üzülmez (2023b), s. 319; Üzülmez, s. 128; Gözübüyük, s. 135; Özen, s. 324.

bakımından TCK m. 26/2’de düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmek gerekir.

3.3.3. Organ veya Doku Almanın Ölümle Sonuçlanmış Olması

Suçlar, kural olarak kasten, kanunda açıkça yer verilen hallerde de taksirle işlenir. Bununla birlikte, bir kimsenin işlemiş olduğu suç oluşturan fiilinin, kastedilenden nicelik olarak daha ağır ya da nitelik olarak başka bir neticeye sebebiyet vermesi mümkündür. Failin kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi halinde, bu neticelerden sorumlu tutulabilmesine ilişkin koşullar, “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” başlıklı TCK m. 23’te hükme bağlanmıştır. Anılan hükümde, suç teşkil eden fiilin, kastedilenden daha ağır ya da başka bir neticeye neden olması durumunda failin bunlardan sorumlu tutulabilmesi için bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Böylece bir kimsenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu olabilmesi için işlediği fiil ile gerçekleşen ağır ya da başka netice arasında nedensellik bağı ve objektif isnadiyetin yanı sıra bu neticeler yönünden en azından taksirinin varlığı aranarak objektif sorumluluk esası dışlanmıştır¹¹⁶⁸.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar iki aşamalı bir yapıya sahip olup, ilk aşamada failin işlediği temel suç tipi, ikinci aşamada ise en azından taksirle neden olunan başka veya daha ağır netice yer alır¹¹⁶⁹. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için temel bir suç tipinin varlığı zorunludur. Failin ağır veya başka netice bakımından yalnızca taksirle hareket etmesini gerektiren *gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç* şeklinde adlandırılan durumlarda, ağır ya da başka netice yönünden kasten hareket edilmiş ise artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, kasten gerçekleştirilen neticeye ilişkin ilgili suçtan sorumluluk söz konusudur. Örneğin, fail işlediği kasten yaralama fiili sonucunda meydana gelen ölüm neticesi bakımından taksirle hareket etmiş ise TCK m. 87/4, kasten hareket etmiş ise TCK m. 81’den sorumlu olacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu oluşturan bazı neticeler, kanunda bağımsız ve ayrı bir suç olarak olarak tanımlanmamıştır. *Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç* şeklinde adlandırılan bu durumlarda fail, ağır veya başka netice bakımından kasten veya taksirle hareket edebilmektedir. TCK m. 23

¹¹⁶⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 468; Koca/Üzülmez (2023a), s. 244.

¹¹⁶⁹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 245; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 508.

hükmünde, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi halinde, kişinin bu neticelerden sorumluluğu için en azından taksiri arandığından, ağır ya da başka netice bakımından kasten hareket edilmesi de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı bakımından aynı etkiyi doğuracaktır. Bu tür suçlarda, kastedilenden ağır veya başka netice ister taksirle ister kasten gerçekleştirilsin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin ilgili ceza normu sayesinde cezalandırılabilir. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen bir kimse, bu suçun TCK m. 109/4’te belirtilen “mağdurun ekonomik bakımdan önemli kayba uğraması” şeklindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini kasten veya taksirle gerçekleştirmesi durumunda TCK m. 109/4’ten sorumlu olacaktır. Zira bu fıkra düzenlenen netice, kanunda bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır veya başka netice bakımından kasten ya da taksirle hareket edilmesi, TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹¹⁷⁰.

TCK m. 91/8’de hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın bir kişiden organ veya doku alınması suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi durumunda, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir¹¹⁷¹. Fıkra gerekçesinde esasında bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halinin söz konusu olduğu, ancak bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceğinin düşünüldüğü belirtilmiştir. Esasen böyle bir düzenleme bulunmasaydı da hukuken geçerli rızası olmaksızın bir kimseden organ veya doku alma fiili kasten yaralama teşkil ettiğinden, bu fiil neticesinde mağdurun ölümü halinde, ölüm neticesi bakımından taksiri bulunan fail gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olan TCK m. 87/4 uyarınca cezalandırılacaktı. Ölüm neticesi bakımından kastının bulunması halinde ise kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktı. Ancak bu düzenleme ile fail, meydana gelen ölüm neticesi bakımından en azından olası kastla hareket ettiği varsayıldığı için TCK m. 87/4’ten değil, doğrudan kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır¹¹⁷².

Her ne kadar TCK m. 91/8 hükmünün gerekçesinde, anılan düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu belirtilmiş ise de öncelikle fıkranın hukuki niteliğinin ortaya

¹¹⁷⁰ Bir kimsenin temel suç tipi bakımından kasten, ağır veya başka netice bakımından taksirle hareket etmesi durumunda *kast-taksir kombinasyonundan*; temel suç tipiyle birlikte ağır ya da başka netice bakımından da kasten hareket etmesi halinde *kast-kast kombinasyonundan* söz edilir. **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 473-475; **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 247-248.

¹¹⁷¹ TCK m. 91/8 hükmünün bir bileşik suç oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. **Algan**, s. 137.

¹¹⁷² **Hakeri** (2016), s. 477; **Ekiz**, s. 186-187.

konulması gerekmektedir. Öğretide *bir görüş*, TCK m. 91/8’de yer alan düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğini haiz olmadığını savunmaktadır¹¹⁷³. Zira bu görüşe göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için bir kimsenin temel suç tipini kasten, ağır veya başka netice yönünden ise taksirle hareket etmesi (*kast-taksir kombinasyonu*) gerekmektedir. Anılan düzenlemede ise, failin her durumda organ veya doku alma fiili sonucunda gerçekleşen ölüm neticesi bakımından en azından olası kastının bulunduğu varsayılmak suretiyle hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. *Diğer görüş* ise, TCK m. 91/8 hükmünün failin temel suç tipi olan yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunu işlemesi sonucunda meydana gelen ağır ya da farklı netice olan ölüm neticesinden sorumluluğunu düzenlemesi nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğini haiz olduğunu savunmaktadır¹¹⁷⁴. Zira bu görüşe göre, TCK m. 23’te neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı için bir kimsenin ağır veya başka netice yönünden en azından taksirle hareket etmesi yeterli olduğundan, ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket etmesi durumunda da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilecektir. *Kanaatimizce* neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilebilmesi için temel suç tipinin icrasıyla ortaya çıkan ağır veya başka netice yönünden bir kimsenin taksirle hareket etmesi gerekmeyp, olası kastla hareket etmesi de mümkündür. Nitekim neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç müessesesinin düzenlendiği TCK m. 23’te bir kimsenin ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu netice yönünden “en azından taksirle hareket etmesi” koşulu, olası kastla hareket edildiğinde de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilebileceğini göstermektedir. Her ne kadar TCK’daki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemelerinde yaygın olarak *kast-taksir kombinasyonu* yer alsa da *kast-kast kombinasyonu* şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar da bulunmaktadır. TCK m. 23 hükmü dikkate alındığında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı için temel bir suç tipinin işlenmesi ve bunun sonucunda ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi şeklinde iki kademeli bir yapının bulunması gerekmektedir. TCK m. 91/8 hükmü incelendiğinde, anılan hükümde temel suç tipi olan “yaşayan kişiden organ veya doku alınması” suçunun işlenmesi sonucunda meydana gelen ağır ya da farklı netice olan “ölüm” neticesinden ceza sorumluluğu düzenlenmektedir. Diğer bir anlatımla, TCK m. 91/8 hükmünde iki kademeli bir yapı bulunmaktadır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin yukarıda yer verdiğimiz bilgiler ışığında TCK m. 91/8’de ağır veya başka netice olarak belirtilen “ölüm” neticesi, kanunda bağımsız ve ayrı bir suç olarak tanımlandığı için anılan düzenleme

¹¹⁷³ **Algan**, s. 145-146; **Aydın** (2008a), s. 141-142.

¹¹⁷⁴ **Karakaya**, s. 162, 165; **Bayraktar** (2010), s. 1325-1326.

görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç şeklinde nitelendirilemez. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun diğer türü olan gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan bahsedilebilmesi içinse, ağır veya başka netice bakımından yalnızca taksirle hareket edilmesi gerekir. Ağır ya da başka netice yönünden kasten hareket edilmiş ise artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan değil, kasten gerçekleştirilen neticeye ilişkin ilgili suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu itibarla, TCK m. 91/8 hükmünde hukuken geçerli rıza bulunmaksızın organ veya doku alma fiili sonucu mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna dair hükümlerin uygulanacağı belirtildiğinden, burada *gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç*tan da bahsedilemez. Organ veya doku alma fiili sonucunda mağdurun ölümü halinde, ölüm neticesi bakımından failin en azından olası kastının bulunduğu varsayılmak suretiyle kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlere yapılan atıf, TCK m. 91/8 hükmünün neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç şeklinde nitelendirilmesini engellemektedir. TCK m. 91/8’de kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlere atıf yapılması yerine, tıpkı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçunun düzenlendiği TCK m. 95/4 hükmünde¹¹⁷⁵ olduğu gibi bağımsız bir ceza hukuku yaptırımı öngörülse idi gerçek bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilebilirdi. Böyle bir durumda fail, ölüm neticesi yönünden taksirle hareket etmişse neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan, kasten hareket etmişse TCK m. 81-82’de düzenlenen kasten öldürme suçundan sorumlu olurdu.

Öğretide yer alan bazı müelliflerce¹¹⁷⁶ organ ve doku ticareti suçlarıyla mücadele bakımından caydırıcılığı artırdığı için TCK m. 91/8’in yerinde bir düzenleme olduğu ifade edilmiş ise de hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere meydana gelen ölüm neticesi bakımından failin taksirle hareket edebileceği göz ardı edilerek en azından olası kastla hareket ettiği varsayılmak suretiyle adeta kast karinesi oluşturulması haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁷⁷. Zira ölüm neticesi bakımından fail somut olayda basit ya da bilinçli taksirle de hareket etmiş olabilir. Hukuken geçerli rızası bulunmayan bir kimsenin böbreğini alan bir hekimin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde narkozun dozunu ayarlayamaması nedeniyle ölüme sebebiyet vermesi hali, bu duruma örnek verilebilir. Bu sebeple organ veya doku alma fiili sonucunda ölüm neticesinin meydana geldiği her durumda failin kasten öldürmeden sorumlu tutulması adaletsizliğe yol açacaktır¹¹⁷⁸. Bundan

¹¹⁷⁵ TCK m. 95/4: “İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

¹¹⁷⁶ Aydın (2008b), s. 385; Ekiz, s. 188.

¹¹⁷⁷ Taneri/Kamışlı, s. 231; Özen, s. 303.

¹¹⁷⁸ Algan, s. 146; Karakaya, s. 164; Bu sebeple TCK m. 91/8 hükmünün kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 273-274.

dolayı yaşayan bir kişiden geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alan failin, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından olası kastının bulunması durumunda TCK m. 91/8 uyarınca kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir¹¹⁷⁹. Başka bir anlatımla TCK m. 91/8 hükmünün uygulama alanının failin ölüm neticesi yönünden olası kastla hareket ettiği olaylarla sınırlı olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸⁰. Bunun sonucunda meydana gelen ölüm neticesi bakımından taksirle hareket eden fail hakkında TCK m. 91/8 hükmü uygulanmaz¹¹⁸¹. Koşullarının bulunması halinde, böyle bir durumda TCK m. 87/4 hükmünden sorumluluk söz konusu olacaktır. Belirtelim ki biz de aynı görüşü paylaşmaktayız. Zira failin ölüm neticesini taksirli hareketi ile gerçekleştirmesine karşın, kasten öldürme suçundan sorumlu olacağı şeklinde yapılacak değerlendirme, faili gerçekleştirmeyi kast etmediği bir neticeden sorumlu tutmak anlamına gelecektir.

Hukuken geçerli rızaya dayalı bulunmaksızın organ veya doku alınması neticesinde mağdurun ölmesi halinde, TCK m. 91/8 uyarınca fail hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından, fıkranın açık lafzı karşısında fail ayrıca yaşayan kişiden organ veya doku alma suçundan cezalandırılmayacaktır¹¹⁸². Zira bu durumda fail, kanunkoyucunun iradesi doğrultusunda yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun haksızlık bilincini de kapsadığı kabul edilen kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Öğretide TCK m. 91/8 hükmünde “birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi” ibaresine yer verildiği için, kişiden organ veya doku alma suçunun teşebbüs aşamasında kalması sonucunda, diğer bir deyişle kesi işlemine başlanılmış olup da organ veya dokunun elde olmayan nedenlerle henüz vücuttan çıkartılamadan mağdurun ölmesi halinde TCK m. 91/8 hükmünün uygulanamayacağı savunulmuştur. Bu görüşe göre, fail böyle bir durumda ölüm neticesi bakımından taksirle hareket etmiş olması şartıyla genel hükümler gereğince TCK m. 87/4’ten sorumlu tutulacaktır¹¹⁸³. Belirtmek gerekir ki, bu görüşe *katılmamaktayız*. Zira Türk hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu tür suçlarda teşebbüs iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Neticesi

¹¹⁷⁹ Bayraktar (2010), s. 1325; Mermut, s. 1481; Köksal, s. 167; Kanıcı, s. 36; Meran, s. 228-229.

¹¹⁸⁰ Öğretide Ünver, TCK m. 91/8 hükmünün uygulanmasının organ veya doku alma sonucunda yalnızca olası kastla meydana gelen ölüm neticeleriyle sınırlı olduğunun kabulü durumunda, anılan hükmün gereksiz bir düzenlemeden ibaret olacağını, zira ölüm neticesi yönünden olası kastla hareket eden failin zaten olası kastla öldürme suçundan sorumlu olacağını belirtmektedir. Bkz. Ünver (2005a), s. 191.

¹¹⁸¹ Köksal, ölüm neticesi bakımından basit veya bilinçli taksirle hareket eden failin hem TCK m. 85 hem de TCK m. 91/1’den cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Köksal, s. 167.

¹¹⁸² Aydın (2008a), s. 151; Algan, s. 137; Gözübüyük, s. 149.

¹¹⁸³ Hakeri (2016), s. 477-478; Aydın (2008a), s. 141; Mermut, s. 1486; Ayrıca bkz. Ünver (2008a), s. 191.

sebebiyle ağırlaştırılmış teşebbüs olarak adlandırılan ilk durumda, teşebbüs aşamasında kalmış temel suç tipinin ağır veya başka neticeye yol açması söz konusudur. Böyle bir durumda fail, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu olacaktır. Nitekim Yargıtay da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalsa bile ağır veya başka netice gerçekleştiği için failin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu olması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁸⁴. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça teşebbüs olarak adlandırılan ikinci durumda ise, teşebbüs aşamasında kalan temel suç tipi değil, bu suç nedeniyle meydana gelen ağır veya başka neticedir. Failin böyle bir durumda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça teşebbüsten cezalandırılabilmesi için temel suç tipiyle birlikte ağır veya başka netice yönünden de doğrudan kastla hareket etmesi halinde mümkündür ki, bu durum yalnızca görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda söz konusudur¹¹⁸⁵. TCK m. 91/8 hükmü her ne kadar neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak nitelendirilemese de anılan hükümde temel bir suç tipinin işlenmesi ve bunun sonucunda ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi şeklinde iki kademeli bir yapı bulunmaktadır. Bu sebeple TCK m. 91/8’de yer alan temel suç tipi olan yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu teşebbüs aşamasında kalmakla birlikte ağır veya başka netice olan “ölüm” neticesine sebebiyet vermiş ise neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış teşebbüs olarak adlandırılan sorumluluk durumundan ayrılmayı gerektirecek bir neden yoktur. Dolayısıyla yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun teşebbüs aşamasında kalması sonucunda ağır veya başka netice olan ölüm neticesi gerçekleşmiş ise fail TCK m. 91/8’den sorumlu olmalıdır.

Hukuken geçerli rızaya dayalı olarak bir kişiden organ veya doku alınması sonucu ölüm neticesi gerçekleşmiş ise, bu ölüm neticesinin nedensellik bağı ile bağlı olduğu kasten işlenmiş temel suç tipinin bulunmaması nedeniyle TCK m. 91/8 uygulanmayacaktır. Zira TCK m. 91/8, hukuken geçerli rıza bulunmaksızın yaşayan bir kişiden organ veya doku alınması suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi durumunda uygulanmaktadır. Dolayısıyla hukuken geçerli rızaya dayalı olarak bir kişiden organ veya doku alınması sonucu ölüm neticesinin gerçekleşmiş olması durumunda failin ölüm neticesi bakımından

¹¹⁸⁴ “...Nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs nedeniyle, TCK’nın 103/6.maddesinde belirtilen hal gerçekleştiği takdirde, önce temel cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılması, daha sonra 103/6.maddesinin uygulanması gerekir...” Yarg. 5. CD, E: 2008/7211, K: 2008/7933, T: 23.09.2008 (UYAP Veri Tabanı); Ayrıca bkz. Yarg. 5. CD, E: 2008/13177, K: 2008/9607, T: 11.11.2008 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹⁸⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 711-712; Koca/Üzülmez (2023a), s. 438.

taksiri bulunuyorsa, TCK m. 85 uyarınca taksirle öldürme suçundan sorumlu olacaktır¹¹⁸⁶. Olası kastının bulunması durumunda ise olası kastla öldürmeden cezalandırılacaktır.

3.4. Kusurluluk

Gerçekleştirmiş olduğu suç oluşturan haksızlıktan dolayı fail hakkında yapılan kişisel kınama yargısını ifade eden kusur, suç teorisinde tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun oluştuğunun tespitinden sonra incelenmektedir. Bu yönüyle kusur suçun bir unsuru olmayıp, failin cezalandırılabilirliğinin bir koşuludur. Gerçekten de işlemiş olduğu bir suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için kusurunun bulunması şarttır. Failin kusuru bulunmuyorsa fiili suç teşkil etmesine rağmen cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu durum “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesiyle ifade edilmektedir. Belirtelim ki, failin kusuru bulunmasa da işlediği fiil suç vasfını devam ettirecektir. Kusurun bir fonksiyonu da cezanın kusurun derecesini aşamamasıdır. Başka bir anlatımla, verilecek ceza kusurun ağırlığıyla orantılı olarak belirlenmelidir (TCK m. 61/1-f). Cezanın aksine suç karşılığı uygulanan diğer ceza hukuku müeyyidesi olan güvenlik tedbirlerinin tatbiki ise kusura bağlı değildir. Zira uygulanma nedeni failin toplum bakımından arz ettiği tehlikelilik hali olan güvenlik tedbirleri suç teşkil eden bir fiilin bulunması kaydıyla failin kusuru bulunmasa dahi tatbik edilebilmektedir. Kusur muahezesinin konusunu, failin hukuka uygun davranma olanağı olduğu halde hukuka aykırı davranışı tercih etmesi nedeniyle kınanabilmesi oluşturur¹¹⁸⁷.

Bazı nedenlerin varlığı halinde failin başka türlü davranma imkânı, yani kusuru tamamen ortadan kalkmakta ya da azalmaktadır. Kusurun tamamen ortadan kalktığı hallerde fail kınanamadığı için gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle cezalandırılmazken; kusurun azaldığı hallerde buna paralel olarak failin ceza sorumluluğu da azalmaktadır. Kusurluluğu etkileyen (azaltan veya ortadan kaldıran) nedenlere, TCK m. 24-34 arasında dağıtık biçimde yer verilmiştir¹¹⁸⁸. Ancak çalışma konumuzun kapsamını aşacağı için biz bu başlık altında

¹¹⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 273; Özen, s. 338; Köksal, s. 168; Karakaya, s. 164-165.

¹¹⁸⁷ Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 564-565; Koca/Üzülmez (2023a), s. 312-314; Özgenç, s. 457.

¹¹⁸⁸ Bu nedenler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 567 vd.; Koca/Üzülmez (2023a), s. 319 vd.; Özgenç, s. 467 vd.

bu nedenlerin tamamını değil, yalnızca yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bakımından özellik arz eden nedenleri ele alacağız.

Kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan TCK m. 24/2’de düzenlenen hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu açısından uygulama alanı bulup bulamayacağının irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre hiyerarşik amirinin verdiği emir üzerine yaşayan bir kişiden hukuken geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alan hekimin kusurunun bulunmadığının kabulü için; öncelikle hekimin kendisine verilen bu yöndeki emri şekil bakımından denetlemesi sonucu emri verenin buna yetkili olduğunu ve kendisinin emri yerine getirmekle yükümlü olduğunu tespit etmelidir. Emri veren yetkili değilse veya emri alan bu emri yerine getirmek zorunda değilse, bağlayıcılıktan bahsedilemeyeceği için hekim bu emri yerine getirmemelidir¹¹⁸⁹. Aksi takdirde sorumlu olur. Hekim, kendisine verilen bağlayıcı emrin içeriğini denetlemesi sonucu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olduğunu belirlerse, bunu amirine bildirmelidir. Amir hukuka aykırı olan bu emrinde yazılı olarak ısrar ederse, hekim bu emri yerine getirerek organ veya dokuyu alması halinde AY m. 137/1 uyarınca hekim sorumlu olmayacaktır. Fakat hukuka aykırı ve bağlayıcı olan bu emri veren amir sorumlu olacaktır¹¹⁹⁰. Hekim, emrin içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığını denetlemeden yaşayan kişiden rızası bulunmaksızın organ veya doku almış ise bundan sorumlu olacaktır¹¹⁹¹. Diğer taraftan emrin konusu suç teşkil ediyor ise hekim tarafından bu emir hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir. Aksi halde hekim, emri verenle birlikte sorumlu olacaktır (AY m. 137/2; TCK m. 24/3). Bu kapsamda bir hekime yaşayan bir kimseden rızasının hilafına organ ve dokusunun alınması hususunda amiri (başhekim) tarafından verilecek emrin konusunun suç teşkil edeceği açıktır. Başhekim tarafından verilen emrin konusu suç teşkil ettiğinden, bu emrin yerine getirilmesi halinde hekim, başhekimle birlikte sorumlu olacaktır¹¹⁹². Organ nakli merkezinde çalışan uzman bir sağlık görevlisine cerrahi operasyona katılarak hekimle birlikte geçerli rızası bulunmayan bir kişiden böbrek alınması yönünde amiri tarafından verilen emirde de durum aynı olacaktır. Konusu suç teşkil eden böyle bir emri yerine getiren sağlık görevlisinin kusuru ortadan kalkmayacak ve fiilinden sorumlu olacaktır. Yukarıda hukuka aykırılık başlığı altında yaptığımız açıklamalarda CMK m. 75/1 hükmünde yer alan koşullara uygun olarak verilen karar doğrultusunda rızası olmaksızın bir şüphelinin

¹¹⁸⁹ Demirbaş, s. 306; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 570; Centel/Zafer/Çakmut, s. 296-297.

¹¹⁹⁰ Koca/Üzülmöz (2023a), s. 344; Öztürk/Erdem, s. 266-267.

¹¹⁹¹ Öztürk/Erdem, s. 267; Koca/Üzülmöz (2023a), s. 345.

¹¹⁹² Karakaya, s. 173; Ekiz, s. 190.

vücudundan tıbben doku niteliğinde biyolojik örnek alan hekimin kanunun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını belirtmiştik. CMK m. 75/1 uyarınca bir suça ilişkin delil elde etmek için şüphelinin vücudundan biyolojik örnek alınmasına sulh ceza hâkimi tarafından karar verilmektedir. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa, Cumhuriyet savcısı tarafından da şüpheliden biyolojik örnek alınmasına karar verilebilmektedir. Verilen karar üzerine şüpheliden biyolojik örnek alınması işlemi, CMK m. 75/3 gereği yalnızca tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabilmektedir. Bir suça ilişkin delil elde etmek maksadıyla Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin vücudundan biyolojik örnek alınmasına karar verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğunun ve nedeninin gerekçesiyle belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde verilen karar, CMK m. 75/1 hükmüne aykırı olacaktır. Nitekim Yargıtay da gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlarda gecikmesinde sakınca bulunan halin ve aciliyeti haklı kılan durumun gerekçesiyle belirtilmemesi halinde, bu kararların usul ve yasaya aykırı olduğunu ifade etmektedir¹¹⁹³. Bu çerçevede gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğu belirtilmeksizin Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin vücudundan biyolojik örnek alınmasına ilişkin verilen karar, suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırıdır. CMK m. 161/1-5 hükümleri nazara alındığında Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu şüpheliden biyolojik örnek alınmasına ilişkin kararın, CMK m. 75/3 gereğince örnek alma işlemi gerçekleştirecek olan tabip ve sağlık mesleği mensubu için bağlayıcı olduğu açıktır. Dolayısıyla konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olan Cumhuriyet savcısının bu kararını yerine getirerek rızası olmaksızın bir şüphelinin vücudundan tıbben doku niteliğinde biyolojik örnek alan hekim TCK m. 24/2’den yararlanacak ve kusurlu addedilemeyecektir.

Bu suç bakımından meşru savunma gündeme gelmeyeceğinden, TCK m. 27/2’de düzenlenen meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması da uygulanabilir nitelikte değildir¹¹⁹⁴. Ayrıca bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği

¹¹⁹³ “...Dosya kapsamına göre; Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, yine dosya içerisinde bulunan 22/09/2016 tarihli olay ve arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu...” Yarg. 7. CD, E: 2021/24049, K: 2022/2301, T: 27.01.2022 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹⁹⁴ Gözübüyük, s. 138.

için, TCK m. 27/1’de öngörülen kusurluluğu azaltan neden olan sınırın aşılması¹¹⁹⁵ da gündeme gelmeyecektir¹¹⁹⁶.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bakımından uygulanma kabiliyetini haiz bir diğer kusurluluğu ortadan kaldıran neden; TCK m. 28’de düzenlenen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdittir¹¹⁹⁷. Gerçekten de hekim karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu yaşayan bir kişiden hukuken geçerli rızası bulunmaksızın organ veya doku alırsa kusursuz sayılacak ve cezalandırılmayacaktır¹¹⁹⁸. Zira bu halde hekimin irade yeteneği etkilenmiş olduğu için, başka türlü davranma olanağından bahsedilemez. Ancak ifade edelim ki, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin başka türlü davranma imkânını bertaraf edecek derecede irade yeteneğinin etkilendiğinden söz edilebilmesi için daha önemli nitelikteki hukuki bir değeri korumak adına bundan daha önemsiz veya en azından eşit derecedeki hukuki değeri feda etmelidir¹¹⁹⁹. Örneğin, söyleneni yapmaması halinde oğlunun ve eşinin ya da kendisinin öldürüleceği yönünde yapılan tehdit sonucu hukuken geçerli bir rızası olmamasına rağmen bir kimsenin böbreğinin alınması fiilini işleyen hekimin kusurunun bulunduğundan söz edilemez¹²⁰⁰. Fakat cebir ve şiddet ya da korkutma ve tehditle hekime suç işleyen kişi, bu suç nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır¹²⁰¹. Buna karşılık, rızası hilafına bir kişiden böbreğini alması istenen hekimin, böbrek alma işlemini yapmaması durumunda mesleki kariyerinin lekeleneyeceği veya kendisine daha fazla nöbet yazmak ve yıllık izin vermemek gibi psikolojik baskı uygulanacağı şeklinde tehdit edildiği olayda TCK m. 28 hükmü uygulanamayacaktır. Zira bu durumda daha önemsiz nitelikteki değer olan mesleki hayatını korumak adına bundan daha önemli nitelikteki bir başkasının vücut dokunulmazlığı değerini feda ettiği için, hekimin başka türlü davranma imkânını bertaraf edecek derecede irade yeteneğinin etkilendiğinden söz edilemez.

¹¹⁹⁵ “...Hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, fail hakkında 5271 sayılı CMK’nin 223.maddesinin 2.fıkrasının (d) bendi uyarınca beraat kararı verilecektir. Buna karşın, “sınırın aşılması” bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp TCK’nin 27.maddesinin birinci fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, ikinci fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir...” Yarg. CGK, E: 2017/3-305, K: 2018/669, T: 20.12.2018 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹⁹⁶ Gözübüyük, s. 140; Karakaya, s. 205-206.

¹¹⁹⁷ Nitekim Yargıtay da “cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” başlığı altında düzenlenen TCK m. 28 hükmünün kusurluluğu ortadan kaldıran hal niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 16. CD, E: 2015/1336, K: 2015/3686, T: 21.10.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹¹⁹⁸ Gözübüyük, s. 138; Algan, s. 120; Ekiz, s. 190.

¹¹⁹⁹ Özgenç, s. 491; Demirbaş, s. 485; Koca/Üzülmez (2023a), s. 360.

¹²⁰⁰ Algan, s. 120; Karakaya, s. 208-209.

¹²⁰¹ Özgenç, s. 489; Demirbaş, s. 484; Koca/Üzülmez (2023a), s. 357; Öztürk/Erdem, s. 323.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunda TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk halinin¹²⁰² uygulama alanı bulup bulamayacağı da tartışılmalıdır. Bilindiği üzere zorunluluk halinin varlığı için gerekli şartlar; “tehlikeye ilişkin şartlar” ve “korunmaya ilişkin şartlar” şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. Ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması, tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesi ve tehlikenin kendisine veya üçüncü bir kişiye ait hakka yönelmesi tehlikeye ilişkin şartları oluştururken; tehlikeden başka türlü korunma imkânı olmaması ve korunma hareketi ile tehlike arasında orantı bulunması ise korunmaya ilişkin şartları oluşturmaktadır¹²⁰³. Belirtelim ki, zorunluluk halinin varlığı için hem tehlikeye hem de korunmaya ilişkin şartların somut olayda birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Öğretide *bir görüş*, hukuki koşulları olduğu takdirde zorunluluk halinin yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda uygulanabileceğini savunmaktadır¹²⁰⁴. Bu görüşe göre, nakil operasyonunun gerçekleşmemesi halinde hayatını kaybedecek olan ve nakilden başka tedavi seçeneği olmayan yakınına kurtarmak için rızası bulunmamasına rağmen başkasından böbrek alınması durumunda zorunluluk halinin tüm şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla böyle bir durumda, kişiden rızası olmaksızın organ veya doku alan hekim, zorunluluk hali sebebiyle kusurlu sayılamayacak ve bu suçtan cezalandırılmayacaktır. *Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise*, bir kişinin hayatta kalabilmesinin tek tedavi yolu nakil operasyonu olsa bile sırf bu kişinin yaşamının kurtarılması için rızası bulunmayan bir başkasının vücut bütünlüğüne müdahale edildiğinde, tehlikenin ağırlığı ile organ veya dokusunu almak için vücut dokunulmazlığı ihlal edilen kişiye verilen zarar arasında orantının varlığından bahsedilemeyeceği için zorunluluk hali bu suçta uygulanabilir değildir. Zira elde edilecek yararların ağırlığı karşılaştırıldığında hangi koşul altında bir kimseden rızası hilafına organ veya doku alınırsa alınsın, kişi

¹²⁰² “...Zorunluluk hali 765 sayılı TCK’unda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte iken, 5237 sayılı TCK’unda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında, zorunluluk halinde suç işleyen kişi hakkında “beraat” değil, TCK’nun 25/2.maddesi uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK’nun 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır...” Yarg. CGK, E: 2012/8-1551, K: 2013/64, T: 19.02.2013 (UYAP Veri Tabanı); Benzer yönde bkz. Yarg. 8. CD, E: 2019/6403, K: 2022/3403, T: 24.02.2022 ‘UYAP Veri Tabanı’.

¹²⁰³ **Koca/Üzülmüş** (2023a), s. 350-354; **Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri** (2018), s. 389-394; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 575-582.

¹²⁰⁴ **Koca, Mahmut** (2003) ‘İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 52, S: 2, s. 160; **Ekiz**, s. 192; **Özen**, rıza açıklama durumunun olmadığı durumlarda, organ veya dokunun alınmaması halinde alıcının ölme ihtimali varsa haklar arasında orantı kurularak organ veya doku alınması halinde zorunluluk halinden söz edileceğini ve bu durum altında haksızlığı gerçekleştiren hekimin kusurundan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **Özen**, s. 328; Yaşayan bir kişiden hukuken geçerli rızasının varlığı üzerine organ veya doku alan hekimin, organ veya doku alma konusunda görevli ve yetkili bir hekim olmaması durumunda kanuni koşullarının oluşması kaydıyla TCK m. 25/2’de öngörülen zorunluluk halinin uygulanabileceği görüşü için bkz. **Özar/Halıcı**, s. 575.

otonomisinin korunması gereken daha yüksek bir değer olduğu kabul edilmelidir¹²⁰⁵. Dolayısıyla hekimin hukuken geçerli rızası olmaksızın yaşayan bir kimseden organ veya doku almasında zorunluluk halinin varlığı sebebiyle kusurunun bulunmadığından söz edilemeyecektir.

3.5. Hata

Hata, failin tasavvuru ile fiili olarak gerçekleşen durum arasındaki uyumsuzluğu ifade etmekte olup, bu uyumsuzluk ya gerçeğin bilinmemesinden ya da yanlış bilinmesinden kaynaklanmaktadır¹²⁰⁶. Dış dünyaya veya normatif dünyaya ait bir hususun gerçekte olduğu gibi değil, yanlış veya eksik şekilde tasavvuruna sebep olan hata, iradenin oluşum sürecine etki ederek baştan itibaren bozuk olarak doğmasına yol açar¹²⁰⁷. Dış dünyaya ait bir olgunun gerçekte olduğundan yanlış algılanması unsur hatası olarak adlandırılırken, normatif dünyaya ilişkin yanlış bilgi veya bilgisizlik ise yasak (haksızlık) hatası olarak tanımlanmaktadır¹²⁰⁸. Hata, failin ya kastına ya da kusurluluğuna etki eder. Bu durumu gözetken kanunkoyucu, hata türlerine TCK m. 30'da dört fıkra halinde yer vermiştir. Buna göre TCK m. 30/1'de düzenlenen suçun maddi unsurlarında hata ve TCK m. 30/2'de düzenlenen suçun nitelikli unsurlarında hata failin kastını ortadan kaldırırken; TCK m. 30/3'te düzenlenen kusurluluğu kaldırıcı veya azaltıcı sebeplerin maddi koşullarında hata ve TCK m. 30/4'te düzenlenen yasak (haksızlık) hatası failin kusuruna etki etmektedir¹²⁰⁹. Kusurluluğa etki eden hata halleri olan kusurluluğu kaldırıcı veya azaltıcı sebeplerin maddi koşullarında hata ile yasak hatasından failin yararlanabilmesi için, hatanın kaçınılmaz nitelikte olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz nitelikte olup olmadığı ise failin yaşı, bilgisi, eğitim ve kültür durumu dikkate alınmak suretiyle somut olaydaki koşullara göre

¹²⁰⁵ **Köksal**, s. 158-159; Bu görüşün savunucularından olan *Aydın* ve *Gözübüyük*, bu gerekçelere ilave olarak zorunluluk halinin uygulanmasının bu suça teşvike yol açacağı ve suçla mücadele açısından olumsuz etki yaratacağını ifade etmektedir. Bkz. **Aydın** (2008a), s. 139; **Aydın** (2008b), s. 382; **Gözübüyük**, s. 139. .

¹²⁰⁶ **Değirmenci, Olgun** (2014) 'Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 110, s. 130-131; **Sarıgül, Ali Tanju** (2019) 'Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi', *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 14, S: 2, s. 665.

¹²⁰⁷ **Yavuz, Hakan A.** (2021) 'Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)' *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S: 46, s. 203; **Toroslu** (2009), s. 216-217; **Hafizoğulları**, s. 297.

¹²⁰⁸ **Öztürk/Erdem**, s. 475-476; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 634.

¹²⁰⁹ **Özgenç**, s. 534; **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 255; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 634; **Yavuz**, s. 206.

yapılacak değerlendirme ile belirlenecektir¹²¹⁰. Burada yeri gelmişken belirtelim ki, bir kanaatin oluşmasına engel olan fikirlerin ve tasavvurların çatışması halinde ortaya çıkan şüphe ile hata kavramını birbirine karıştırmamak gerekir¹²¹¹. Bu çatışma ortadan kaldırılmış olmadıkça hataya düşüldüğü kabul edilemez¹²¹².

Hata konusunu yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bakımından hususi olarak ele alacak olursak suçun kanuni tarifinde yer verilen “hukuken geçerli rıza” konusunda hataya düşen failin bu hatasının hangi kapsamda değerlendirileceğinin üzerinde durmak gerekir. Bu suçun kanuni tanımında geçen rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan müellifler failin organ veya dokusunu aldığı kişinin geçerli rızasının olduğunu tasavvur ederek fiili gerçekleştirmesi halinde bu hatanın hukuka uygunluk nedenlerinde hata olarak kabul edilerek TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedirler¹²¹³. Bu görüşün kabulü halinde geçerli bir rıza bulunmamasına rağmen rızanın bulunduğunu düşünerek organ veya doku alma fiilini gerçekleştiren fail, yanılığının kaçınılmaz olması kaydıyla hatasından yararlanacaktır. Hatasından yararlanmasından kasıt; failin hukuka uygunluk nedeninden faydalanmasıdır. Failin hataya düşmesinde kusuru var ise, ilgilinin rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır. Biz bu suçun kanuni tanımında yer alan “hukuken geçerli rızaya dayalı olmama” ifadesinin suçun maddi unsuruna dâhil olduğunu kabul ettiğimizden, failin bu konudaki yanılığının unsur hatası olarak TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹²¹⁴. Bunun sonucunda fail, ilgilinin hukuken geçerli rızasının bulunmadığını bilmeden veya geçerli bir rızasının olduğunu düşünerek organ veya doku alma fiilini gerçekleştirirse, failin bu konudaki hatası kastını ortadan kaldıracaktır. Failin

¹²¹⁰ “...Kaçınılmazlık, failin hataya düşmesindeki kişisel kusurun değerlendirilmesi ile ilgilidir. Failin yaşı, mesleği, bilgisi, görgüsü, somut olaydaki durumu dikkate alınarak hatanın kaçınılmaz olup olmadığı bu değerlendirmede göz önünde bulundurulacaktır...” Yarg. 3. CD, E: 2021/3824, K: 2022/3476, T: 14.02.2022 (UYAP Veri Tabanı).

¹²¹¹ **Değirmenci** (2014), s. 133; **Sarıgül**, s. 667.

¹²¹² **Hafızoğulları**, s. 296.

¹²¹³ Bkz. **Aydın** (2008a), s. 134-135; **Aydın** (2008b), s. 377; **Polat**, s. 31; **Kancı**, s. 36; Buna karşılık biz, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata halinde TCK m. 30/3 hükmünün değil, TCK m. 30/1 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Diğer bir ifadeyle fail somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılığa düşmüş ise TCK m. 30/1 gereğince kastı ortadan kalkacaktır. Ayrıca failin hatasından yararlanması için hataya düşmesinin kaçınılmaz olması da aranmayacaktır. Aynı yönde bkz. **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 303.

¹²¹⁴ Aynı yönde bkz. **Özar/Halıcı**, s. 578; **Köksal**, s. 160; **Mermut**, s. 1481; **Algan**, s. 101; **Gözübüyük**, s. 132.

hataya dikkatsizliği veya özensizliği sonucu düştüğü kabul edilse dahi suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için sorumluluğu ortadan kalkacaktır¹²¹⁵.

Hukuken geçerli rızası bulunan vücutundan organ ve doku alınacak kişide düşülen hata da TCK m. 30/1 uyarınca failin kastını ortadan kaldıracaktır¹²¹⁶. Zira failin zihninden geçirdiği tasavvuru gerçeğe uygun olsaydı geçerli rızası bulunan bir kişiden organ veya doku alacağı için fiil suç teşkil etmeyecekti. Buna karşılık fail geçerli rızasının bulunmadığını bildiği bir kişinin kimliğinde hataya düşerek başka bir kişiden organ veya doku almış ise bu durumda hatasından yararlanamayacak ve kastı ortadan kalkmayacaktır. Zira failin tasavvur ettiği şekilde gerçekleşseydi dahi fiili TCK m. 91/1 kapsamında suç teşkil edecekti. Dolayısıyla bu ihtimalde mağdurun kimliğinde düşülen hatanın bir önemi yoktur.

Kişinin alınmasına hukuken geçerli rıza gösterdiği organ veya dokusunun yerine vücutundan başka bir organ veya dokusunu alan failin suçun maddi konusunda yanılığa düştüğü kabul edilir ve bu hatası TCK m. 30/1 gereğince kastını ortadan kaldırır¹²¹⁷.

Fail, vücutundan organ veya doku aldığı kişinin sağ olduğunu bilmiyorsa, diğer bir ifadeyle bu kişinin ölü olduğunu zannediyorsa da TCK m. 30/1 gereğince hatadan bahsedilir. Öğretide bir görüşe göre, böyle bir halde failin fiili, kastı doğrultusunda TCK m. 91/2’de tanımlanan ölüden organ veya doku alma suçuna vücut verecektir¹²¹⁸. Belirtelim ki, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bakımından kastın varlığından bahsedilebilmesi için, organ veya dokusu alınan kişinin sağ olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Rızası hilafına vücutundan organ veya dokusu alınan kişinin sağ olduğunun bilinmeyerek ölü sanılması, unsur hatasına yol açacağı için TCK m. 91/1 hükmünde tanımlanan suç bakımından TCK m. 30/1 uyarınca failin kastı ortadan kalkacaktır. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun taksirli şekli öngörülmediği için, fail hataya taksirli hareketi sebebiyle düşmüş olsa bile TCK m. 91/1 hükmündeki suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Böyle bir durumda her ne kadar fail, ölüden organ veya doku almaya yönelik kastla hareket ediyor olsa da somut olayda gerçekleşmeyen ölüden organ veya doku alınması fiilinden dolayı failin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira failin hataya düşmesi sonucu vücutundan organ veya doku

¹²¹⁵ **Mermut**, s. 1481; **Gözübüyük**, s. 132; **Algan**, s. 101; **Karakaya**, s. 168; Ancak *Hafizoğulları/Özen*, failin bu halde taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 107.

¹²¹⁶ **Aydın** (2008a), s. 135; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 36; **Gözübüyük**, s. 132; **Kanıcı**, s. 36; **Karakaya**, s. 167.

¹²¹⁷ **Aydın** (2008a), s. 135; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 36; **Gözübüyük**, s. 132; **Kanıcı**, s. 36; **Ekiz**, s. 176.

¹²¹⁸ **Hafizoğulları/Özen**, s. 109; **Köksal**, s. 161; **Algan**, s. 99.

aldığı kişinin ölü olduğunu sanması, gerçekleşmeyen suçun ve fiilin faile yüklenmesi sonucunu doğuramaz. Bu gerekçelerle, sağ olmasına rağmen ölü sandığı bir kişinin vücudundan rızası hilafına organ veya doku alması halinde, failin bu hatası taksirden kaynaklanıyorsa, yani gerekli dikkat ve özeni gösterseydi hataya düşmeyeceği yargısına varılabiliyorsa, koşulları varsa *kanaatimizce* taksirle yaralama suçundan sorumluluk gündeme gelecektir.

Fail, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun temel şekline ilişkin unsurlarda bir yanılığa düşmemekle birlikte nitelikli halinde hataya düşmüş olabilir. Buna göre, hukuken geçerli rızasının bulunmadığını bildiği bir kişiden organ veya doku alan ancak bu fiili bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirdiğini bilmeyen fail, TCK m. 30/2 uyarınca bu hatasından yararlanacaktır. Böyle bir durumda fail, suçun nitelikli hali olan TCK m. 91/4'ten değil, temel şekli olan TCK m. 91/1'den sorumlu olacaktır.

TCK m. 30/3'te kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi koşullarında hata düzenlenmiş olup, bu koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, hatasından yararlanacaktır. Hatasından yararlanmasından kasıt; maddi koşullarının varlığında kaçınılmaz hataya düşülen kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebebin somut olaya uygulanmasıdır. Belirtmek gerekir ki, hata kaçınılabılır nitelikte ise, diğer bir ifadeyle failin kişisel nitelikleri gereği kendisinden beklenen özen ve dikkati göstermesi durumunda hataya düşmeyeceği yargısına varılıyorsa, maddi koşullarında hataya düşülen kusurluluğu etkileyen sebepten yararlanılamaz¹²¹⁹. Bu kapsamda, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda uygulama kabiliyeti olan TCK m. 28'de düzenlenen kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin kusurlu sayılamayacağı için bu suçtan cezalandırılmayacağını ifade etmek gerekir. Örneğin, gerçekte kendisine yönelmiş bir tehdit olmadığı halde, böyle bir tehdidin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşerek hukuken geçerli rızası bulunmayan bir kişinin vücudundan organ veya doku alan fail, TCK m. 30/3 gereğince kusurlu sayılamayacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda TCK m. 91/1'de tanımlanan suçtan cezalandırılmayacaktır.

TCK m. 30/4 hükmünde kusurluluğa etki eden diğer hata türü olan yasak (haksızlık) hatası düzenlenmiştir. Yasak hatasında kişinin suçun maddi unsurlarına dair bilgisi ve kastı

¹²¹⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 651-653; Koca/Üzülmez (2023a), s. 372-374.

tamdır. Buna karşılık kişi, işlediği fiilin hukuken yasak olmadığını sandığı için, hukuka aykırı olduğu bilincine sahip değildir¹²²⁰. Kişinin yasak hatası sebebiyle kusurunun ortadan kalkması için, yanılmasının kaçınılmaz nitelikte olması gerekmekte olup, kaçınılabilir nitelikteki yasak hatasında kusuru ortadan kalkmayacaktır. Bu kapsamda, bir kimsenin vücudundan organ veya doku alınabilmesi için rızasının gerekmediğini düşünen hekimin, geçerli rızası bulunmadığını bildiği yaşayan bir kişiden organ alması örneğinde yasak hatası bulunmaktadır. Ancak hekimin bilgi seviyesi ve eğitim düzeyi nazara alındığında gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılamaz olduğunu söylemek mümkün olmadığı için kusuru ortadan kalkmayacaktır. Dolayısıyla bu suç bakımından düşülen yasak hatasının kaçınılamaz nitelikte olduğunu söylemenin pek mümkün gözükmediği *kanaatindeyiz*¹²²¹.

3.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

3.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu teşebbüse elverişlidir¹²²². Gerçekten de fail, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya organ veya dokuyu alma fiilini icraya başlamış ve fakat elinde olmayan bir sebeple organ veya dokuyu alma fiilini tamamlayamamış, yani söküp çıkartamamış ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Buna örnek olarak bir hekimin rızası hilafına bir kimsenin böbreğini almak için böbreğinin bulunduğu yeri kesmesi ancak aniden yapılan kolluk baskını nedeniyle böbreği alamadan yakalanması durumu verilebilir.

Bu suçta teşebbüsün varlığından söz edebilmemiz için failin bu suçu işlemeye ilişkin kastı bulunmalıdır. Buradaki kast, bu suçu teşebbüs aşamasında bırakmaya yönelik değil, tamamlamaya yönelik kast olmalıdır¹²²³. Failin kastının bu suçu işlemeye yönelik olması, bu suça teşebbüsü diğer suçlardan ayırmaya yarayacaktır. Bilhassa teşebbüs aşamasında kalmış

¹²²⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 654-656; Koca/Üzülmez (2023a), s. 369-371.

¹²²¹ Aynı yönde bkz. Aydın (2008a), s. 136; Aydın (2008b), s. 377-378; Kasapoğlu Halıcı, s. 36-37; Gözübüyük, s. 141; Karakaya, s. 169.

¹²²² Gökçen/Balcı (2013), s. 126; Gökçen/Balcı (2015), s. 437; Aydın (2008a), s. 142; Aydın (2008b), s. 385; Taneri/Kamışlı, s. 233; Polat, s. 36; Gözübüyük, s. 141; Ömeroğlu, s. 67; Bayraktar (2010), s. 1326; Özen, s. 333; Ekiz, s. 194; Hareketin kısımlara bölünebilmesi halinde bu suçun teşebbüse elverişli olacağı yönündeki görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 274; Algan, s. 125; Köksal, s. 168.

¹²²³ Demirbaş, s. 504; Toroslu (2009), s. 262; Centel/Zafer/Çakmut, s. 448.

organ veya doku almanın tamamlanmış kasten yaralama fiilini de oluşturduğu hallerde, bu husus failin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından daha da önemli hale gelmektedir. Bir örnekle izah etmek gerekirse, fail organ veya dokusunu alacağı kişinin vücudunu ameliyat bıçağıyla kesmiş ancak elinde olmayan nedenlerle organ veya dokuyu söküp çıkartamamış ise bu fiil kasten yaralamaya da vücut vermektedir. Ancak burada failin kastı mağdura acı vermek ya da yaralamak olmayıp, mağdurun organ veya dokusunu almaya yönelik olduğundan burada tamamlanmış kasten yaralama suçundan değil, yaşayan kişiden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten sorumluluk söz konusu olacaktır. Buna karşılık, failin kastı vücudunu kestiği mağdurdan organ veya doku almak değil, mağdura sırf acı vermek ya da sağlığını bozmak ise bu fiil tamamlanmış kasten yaralama suçunu oluşturacaktır¹²²⁴.

Fail icra hareketlerine başlamadığı sürece teşebbüsten bahsedilemez. Diğer bir ifadeyle teşebbüs için, failin suça ilişkin icra hareketlerine başlaması aranmaktadır. Bu nedenle failin gerçekleştirdiği davranış icra hareketi değil, hazırlık hareketi niteliğindeyse teşebbüsten söz edilemez¹²²⁵. Zira hazırlık hareketleri suçun koruduğu hukuki değer bakımından ciddi tehlike oluşturmamaktadır¹²²⁶. Teşebbüsün başlangıcı açısından gerçekleştirilen hareketin icra hareketi mi yoksa hazırlık hareketi mi olduğunun saptanması gerekmektedir. TCK m. 35/1’de doğrudan doğruya icraya başlanan hareketlerin teşebbüsü oluşturacağı belirtilmekle birlikte icra hareketine dair bir tanıma yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde ise *“işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı”* belirtilmiştir. Buradan hareketle öğretide bir hareketin icra hareketi olup olmadığının belirlenmesinde bu hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde bulunup bulunmadığı ve suçun konusu yönünden tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır¹²²⁷. O halde bu kriter ışığında yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından hekimin organ veya dokusunu alacağı kişiye tıbbi tahlil ve incelemeler yapması veya ameliyathaneyi hazırlamasının bu suçun icra hareketi değil, hazırlık hareketi niteliğinde olduğunu ifade edebiliriz¹²²⁸. Zira bu hareketlerin suçun konusuyla ve alma fiiliyle yakın irtibat halinde olduğu söylenemez. Buna karşılık hekimin bir kişinin organını almak için

¹²²⁴ **Algan**, s. 125; **Ekiz**, s. 194; **Bayraktar** (2010), s. 1304.

¹²²⁵ Bkz. Yarg. CGK, E: 2017/8-349, K: 2020/69, T: 11.02.2020; Yarg. CGK, E: 2011/6-340, K: 2012/209, T: 22.05.2012; Yarg. 8. CD, E: 2020/16198, K: 2022/3233, T: 23.02.2022; Yarg. 6. CD, E:2021/4807, K: 2021/20725, T: 30.12.2021 (UYAP Veri Tabanı).

¹²²⁶ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 422; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 450.

¹²²⁷ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 426; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 690.

¹²²⁸ **Algan**, s. 126; **Karakaya**, s. 214.

narkoz verme işlemine başlaması veya narkoz vererek onu bayılması ya da bir adım daha öteye giderek alacağı organın yerini cerrahi bıçakla kesme işlemine başlamasının bu suçun konusu ile yakın bağlantı içerisinde olması sebebiyle icra hareketi niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz¹²²⁹.

Diğer taraftan gerçekleştirilen icra hareketlerinin elverişli de olması gerekmektedir. Aksi halde teşebbüsten bahsedilemez. Gerçekleştirilen hareketin, kastedilen suçun kanuni tarifindeki unsurlarını meydana getirebilmeye uygun olması şeklinde tanımlanan elverişlilik, kullanılan araç ve suçun konusu da dâhil olmak üzere fail tarafından girişilen faaliyetin tümü ve diğer mevcut şartlar dikkate alınarak belirlenmelidir¹²³⁰. Buna göre, icra hareketi somut olayın özelliklerine göre kastedilen suçun unsurlarını gerçekleştirmeye uygun değilse, elverişli olmadığından teşebbüsten de söz edilemez. Dolayısıyla bu suç bakımından teşebbüsün varlığı için gerçekleştirilen icra hareketi, yaşayan bir kişinin vücudundan organ veya dokusunu söküp almaya uygun olmalıdır. Söz gelimi, hekimin bir kişiden böbreğini almak için kesici özelliği olmayan yumuşak bir plastik malzemeyle vücudunu kesmeye çalışması halinde kullanılan araç bu suçun unsuru olan organ veya doku alma fiilini gerçekleştirmeye elverişli olmadığından, teşebbüsten söz edilemeyecektir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu, sırf hareket suçu¹²³¹ olup, organ veya dokunun vücuttan çıkarılmasıyla tamamlanacağından, bu aşamadan sonra teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan sorumluluk doğar. Bu suçun tamamlanması bakımından, vücuttan sökülen bu organ veya dokunun failin egemenlik alanına girip girmediğinin, güvenli bir yere götürülmüş olup olmadığının ve bir başkasına nakledilip nakledilmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçta teşebbüs, failin organ veya dokuyu vücuttan çıkarıp bağımsız hale getirmesi safhasına kadar söz konusu olur.

TCK m. 35/2 uyarınca teşebbüs halinde failin sorumluluğu meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecektir. Anılan maddenin gerekçesinde de işaret edildiği

¹²²⁹ Aydın (2008a), s. 142; Aydın (2008b), s. 385-386; Taneri/Kamışlı, s. 233; Kasapoğlu Halıcı, s. 50-51; Bayraktar (2010), s. 1326; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3135; Köksal, s. 169; Algan, mağdurun ameliyathaneye alınması, soyularak ameliyata hazırlanması, kendisine narkoz maskesi geçirilmesi hareketlerinin de bu suçun icra hareketi niteliğinde olduğu ve bu hallerde failin teşebbüsten sorumluluğunun bulunacağı görüşündedir. Bkz. Algan, s. 127-128.

¹²³⁰ Koca/Üzülmez (2023a), s. 429; Artuk/Gökcan/Alşahin ve diğerleri, s. 695; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 452; Centel/Zafer/Çakmut, s. 456.

¹²³¹ Sırf hareket suçları, icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüse elverişlidir. Artuk/Gökcan/Alşahin ve diğerleri, s. 696; İcra hareketleri kısımlara bölünebilir olan sırf hareket suçlarının teşebbüse elverişli olduğuna ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 17. CD, E: 2017/2916, K: 2017/9480, T: 17.07.2017; Yarg. 19. CD, E: 2015/32304; K: 2016/20099, T: 22.06.2016 (UYAP Veri Tabanı).

üzere, teşebbüs nedeniyle ceza miktarı belirlenirken, gerçekleştirilen icra hareketinin ulaştığı aşamadan ziyade, bu hareket nedeniyle ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır¹²³². Bu sebeple failin organ veya dokusunu alacağı kişiyi bayılttıktan sonra henüz cerrahi kesim işlemine başlamadan yakalanmasına nazaran kesme işlemini gerçekleştirip organı henüz vücuttan çıkarmadan yakalanmasında meydana gelen zarar daha ağır nitelikte olduğundan ceza sorumluluğu da daha fazla olacaktır¹²³³.

Bu suçta fail kendi iradesiyle gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçer veya icra hareketlerine başlamakla beraber kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını engellerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fakat tamam olan kısım başka bir suçta vücut veriyorsa sadece o suçtan sorumlu olur (TCK m. 36). Burada dikkat edilmesi gereken husus vazgeçmenin failin tamamen özgür iradesine dayanmasıdır. Aksi halde vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edilemez. Örneğin, fail bir kimsenin böbreğini almak için onu bir yere kilitler fakat tamamen kendi hür iradesiyle gönüllü olarak böbreği almaktan vazgeçerse, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulur¹²³⁴. Benzer biçimde fail bir kimsenin böbreğini almak için narkoz verip bayılttıktan ya da vücudunda bir kesi meydana getirdikten sonra kendi özgür iradesiyle böbreği vücuttan çıkarma fiilinden vazgeçerse yaşayan kişiden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten değil, kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır¹²³⁵.

3.6.2. İştirak

Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden çok kişinin değişik şekillerdeki katılımıyla işlenmesine ya da bir kimsenin, çok failli bir suçun icrasına fail olarak nitelendirmeyi gerektirmeyecek davranışlarla katılmasına *suça iştirak* adı verilmektedir¹²³⁶. TCK m. 37 ilâ m. 41’de düzenlenen suça iştirakin, faillik ve şeriklik olmak üzere iki şekli bulunmaktadır. Bu hükümlerde faillik kendi içerisinde müstakil, müsterek ve

¹²³² Madde Gerekçesi: “...suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Çünkü bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir...”

¹²³³ Aydın (2008b), s. 386; Karakaya, s. 217.

¹²³⁴ Aydın (2008b), s. 386; Öztezel, s. 229

¹²³⁵ Köksal, s. 169; Aydın (2008a), s. 143; Aydın (2008b), s. 386; Gözübüyük, s. 143; Gökçen/Balcı (2013), s. 126.

¹²³⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 497; Koca/Üzülmez (2023a), s. 448.

dolaylı faillik olarak üçe; şeriklik de azmettirme ve yardım etme şeklinde ikiye ayrılarak sorumlulukları belirlenmiştir. Belirtelim ki, failliği şeriklikten ayıran husus; failin suç tipindeki fiil üzerinde hâkimiyet kurmasıdır¹²³⁷. Buna karşılık şerik, suçun işlenişine katılmakla birlikte bu katkısı fiil üzerinde hâkimiyet kurmaya yetmemektedir.

TCK m. 91/1'de yer alan kanuni tanımında suçun gerçekleşmesi için failin sayısına önem atfedilmemiş olduğundan tek faili bir suç olan yaşayan kişilerden organ veya doku alma suçuna her türlü iştirak mümkündür¹²³⁸. Dolayısıyla bu suç, birden fazla kişinin değişik şekillerdeki katılımıyla işlenebilmektedir. Bu suçun kanuni tanımında yer alan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alma fiilini tek başına ve bizzat işleyen hekim, suçun müstakil faili olacaktır. Bununla birlikte organ veya doku alma çoğunlukla bir ekip çalışmasını gerektirdiği için, bu suçun işlenmesine birden fazla failin katılması olasıdır¹²³⁹. Buna göre birden fazla kimsenin, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak icra hareketlerini gerçekleştirip bir kişiden organ veya doku alma fiili üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde TCK m. 37/1 uyarınca her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır¹²⁴⁰. Müşterek failliğin varlığı için gerekli olan birlikte suç işleme kararı, bilinçli ve iradi olarak birlikte kasten hareket etmeyi gerektirmekle beraber ortakların birbirini tanınması veya suç işleme planının mutlaka müştereken hazırlanıp kararlaştırılmasını gerektirmez. Diğer ortakların bilgisine ulaşması ve zımni de olsa birlikte hareket etme onayını alması şartıyla birlikte suç işleme kararı suçun icrası sırasında da ortaya çıkabilir¹²⁴¹. Fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmadan bahsedilebilmesi içinse; katkılarının hem zaman olması ve katkıda bulunanların mutlaka suç mahallinde bulunması gerekmeyip, önemli olan aralarındaki işbölümüne dayalı olarak gerçekleştirilen katkının suçun başarıyla tamamlanması bakımından zorunluluk arz etmesidir¹²⁴². Böylece somut olayda gerçekleştireceği gözcülük faaliyeti suçun icrası bakımından zorunluluk arz eden kişi de müşterek fail sayılacaktır. Bu itibarla, birlikte girdikleri ameliyatla hukuken geçerli rızası olmaksızın bir kişinin vücudundan böbreğini alan iki hekim müşterek fail olarak kabul edilirken, böbreği alma fiilini bizzat icra etmemekle birlikte kendisinden böbrek alınacak kişiye narkoz veren kişi de müşterek fail sayılacaktır¹²⁴³. Benzer şekilde, organ nakli

¹²³⁷ Koca/Üzülmez (2023a), s. 452; Demirbaş, s. 546.

¹²³⁸ Kasapoğlu Halıcı, s. 52; Mermut, s. 1486; Ömeroğlu, s. 67; Bayraktar (2010), s. 1326; Gözübüyük, s. 143; Aydın (2008b), s. 387; Polat, s. 37; Ekiz, s. 198.

¹²³⁹ Hafızoğulları/Özen, s. 106; Köksal, s. 170-171.

¹²⁴⁰ Gökçen/Balcı (2013), s. 126; Karakaya, s. 218-219.

¹²⁴¹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 455; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 523-524.

¹²⁴² Koca/Üzülmez (2023a), s. 459; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 731-732.

¹²⁴³ Aydın (2008b), s. 387; Köksal, s. 171; Gözübüyük, s. 144; Algan, s. 131.

alanında uzmanlaşmış bir hekimin sesli ve görüntülü bilişim sistemi yöntemiyle uzaktan bağlantı kurarak daha önce organ nakli operasyonu yapmamış hekime ameliyat esnasında verdiği tıbbi ve cerrahi bilgilerle, rızası hilafına bir kimsenin vücudundan böbrek alınmasını sağlaması halinde de müşterek faillikten sorumluluk söz konusu olacaktır.

TCK m. 37/2’de suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır. Fıkra gerekçesinde failliğin bu türü “*dolaylı fail*” şeklinde adlandırılmıştır. Dolaylı faillikte arka plandaki kişi, araç konumundaki kişinin hataya düşmesinden veya TCK m. 28 kapsamındaki cebir veya tehditle irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından ya da kusur yeteneğinin yokluğundan istifade ederek onun iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet yoluyla davranışlarını yönlendirmekte ve ona suç işletmektedir¹²⁴⁴. Bu kapsamda, yaşayan kişinin hukuken geçerli bir rızası olmamasına rağmen sahte belgeler vasıtasıyla rızasının bulunduğunu ortaya koyup bu sayede yanılttığı hekime organ veya doku alma fiilini işleten kimse, bu suçun dolaylı faili olarak kabul edilecektir¹²⁴⁵. Benzer şekilde, söyleneni yapmaması halinde öldürüleceğini söyleyerek başına dayadığı silahla tehdit ettiği hekime, rızası bulunmayan bir kişinin vücudundan böbreğini alma fiilini işleten kimse, TCK m. 91/1’de tanımlanan suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçuna azmettirme ve yardım etme şeklindeki şeriklik türleriyle de iştirak etmek mümkündür. Müşterek faillikten farklı olarak şerikliğin varlığı için suça katkının fail tarafından bilinmesi gerekmemektedir. Azmettirmede suç işleme yönünde hiçbir düşüncesi olmayan birine suç işleme kararını verme söz konusudur¹²⁴⁶. Azmettirmenin varlığından bahsedilebilmesi için, suç işleyen kişi, azmettirenin yönlendirmesi olmasaydı, bu suçu işlemeyecekti şeklinde bir yargıya varılabilmesi gerekmektedir¹²⁴⁷. Faillikten farklı olarak azmettiren, gerçekleştirilen fiil üzerinde hâkimiyet kurmamakta, fiil üzerinde doğrudan hâkimiyet kuran birine suç işleme kararı aldırılmaktadır¹²⁴⁸. Bu bağlamda hukuken geçerli rızası bulunmayan bir kimseden organ veya doku alma yönünde bir fikri olmayan hekime bu yönde karar verdiren kişi azmettiren konumunda olacaktır¹²⁴⁹.

¹²⁴⁴ Koca/Üzülmez (2023a), s. 464; Özgenç, s. 626-627.

¹²⁴⁵ Aydın (2008a), s. 144; Aydın (2008b), s. 388.

¹²⁴⁶ Demirbaş, s. 564; Toroslu (2009), s. 303.

¹²⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 512; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 538.

¹²⁴⁸ Öztürk/Erdem, s. 435; Koca/Üzülmez (2023a), s. 494.

¹²⁴⁹ Gökçen/Balcı (2013), s. 126; Gökçen/Balcı (2015), s. 438; Gözübüyük, s. 144.

Katkı yoğunluğu azmettirme ve faillik niteliğinde olmayıp, suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran ya da güvence altına alan, suç teşkil eden asıl fiilin işlenmesine yönelik her türlü nedensel maddi ve manevi katkı şerikliğinin diğer türü olan yardım etme kapsamında mütalaa edilir¹²⁵⁰. Yardım etmenin mutlaka suçun icrası sırasında gerçekleştirilmesi gerekmemekte, fail tarafından suçun icrasına başlanmadan evvel gerçekleştirilen maddi ve manevi katkılar da failin işlediği suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması kaydıyla yardım etme olarak kabul edilecektir¹²⁵¹. Yardım etme türleri TCK m. 39/2’de “suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek”, “suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak” ve “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” şeklinde belirtilmiştir. Bu kapsamda geçerli bir rızası bulunmayan bir kimseden organ veya doku almak için ameliyattan evvel gerekli olan ameliyat ekipmanını temin eden veya ameliyat için mekân sağlayan ya da organı aldıktan sonra kaçmasına yardım edeceğini söyleyen kişi yardım eden konumunda olacaktır¹²⁵². Bununla birlikte bu katkılar somut olayda suçun icrası bakımından zorunluluk arz ediyorsa, yardım etmeden değil, müşterek faillikten söz edilir. Yardım etme, somut olayın özelliklerine göre suça ilişkin katkı olmasaydı bile, yine de suçun işlenebileceği yargısına varıldığı durumlarda söz konusudur¹²⁵³.

İfade edelim ki, gerek azmettirme gerekse yardım etmenin varlığı için azmettirme ve yardım etme kastı bulunmalıdır. Diğer bir deyişle şerik, bir kimseyi suça azmettirdiğini veya suçun işlenmesinde faile yardım ettiğini bilmeli ve istemelidir. Bu konuda olası kastla hareket etmesi de yeterlidir¹²⁵⁴. Şerik, suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmeyip, başkası (fail) tarafından gerçekleştirilen fiile katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla şerikin sorumluluğu da fail tarafından gerçekleştirilen asıl fiile bağlı olmaktadır¹²⁵⁵. Bağlılık kuralı olarak ifade edilen şeriklerin fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık sebebiyle hangi koşullarda sorumlu olacağının esasları TCK m. 40’da düzenlenmiştir. TCK m. 40/1’e göre azmettiren veya yardım edenin sorumluluğu için

¹²⁵⁰ Öztürk/Erdem, s. 443; Koca/Üzülmez (2023a), s. 507.

¹²⁵¹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 508; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 752.

¹²⁵² Gökçen/Balcı (2013), s. 126; Gökçen/Balcı (2015), s. 438; Köksal, s. 171; Algan, s. 132; Aydın (2008b), s. 389; Gözübüyük, s. 144

¹²⁵³ Aydın (2008a), s. 145; Aydın (2011), s. 155; Karakaya, s. 221.

¹²⁵⁴ Demirbaş, s. 564, 565, 567; Koca/Üzülmez (2023a), s. 497, 511; Öztürk/Erdem, s. 438, 446.

¹²⁵⁵ Demirbaş, s. 558-559; Özgenç, s. 644; Koca/Üzülmez (2023a), s. 485.

katkıda bulunulan fiilin fail tarafından kasten ve hukuka aykırı şekilde işlenmesi gerekir. Bunun sonucunda azmettirme veya yardım etme niteliğinde katkı sağlansa bile failin gerçekleştirdiği organ veya doku alma fiili kasıtlı değilse ya da kasıtlı olmakla birlikte somut olayda hukuka uygunluk nedenleri mevcutsa, bağlılık kuralı gerçekleşmediğinden, yardım etme veya azmettirme nedeniyle sorumluluk söz konusu olmaz. Şerikin sorumluluğu için failin fiilinin kasten ve hukuka aykırı olması gerekmeyle birlikte kusurlu olması şart değildir¹²⁵⁶. Dolayısıyla kasten ve hukuka aykırı olarak kişiden geçerli rızası olmaksızın organ veya doku alan failin kusur yeteneğine sahip olmaması ya da kusurluluğu kaldıran bir nedene bağlı olarak kusursuz olması şeriklerin sorumluluğuna ve cezalandırılmasına engel değildir. Ayrıca şeriklerin sorumluluğu için TCK m. 40/3 uyarınca fail tarafından gerçekleştirilen kasten ve hukuka aykırı fiil, en azından suça teşebbüs niteliğinde olmalıdır. Bu nedenle failin kasten ve hukuka aykırı olarak işlediği fiil bir suç veya suça teşebbüs oluşturmuyorsa bağlılık kuralı gereği şeriklerin azmettirme veya yardım etmeden sorumluluğu cihetine gidilemez. Böylece fail icra hareketlerine başlamadığı sürece buna yardım etmenin veya azmettirmenin cezalandırılması da mümkün değildir¹²⁵⁷. Failin kasten ve hukuka aykırı işlediği fiilin en azından suça teşebbüs oluşturması kaydıyla TCK m. 40/1 uyarınca her suç ortağı, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebepler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılacaktır. Böylece yaşayan kişiden organ veya doku alma suçuna azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edilmesi halinde, bu şeriklerden birisi veya fail hakkında uygulanan kusurluluğu kaldıran nedenle ya da şahsi cezasızlık sebebi yahut cezayı kaldıran şahsi sebep nedeniyle ceza verilmemesi, diğerlerinin sorumluluğuna engel değildir. Zira kusurluluğu etkileyen veya cezayı kaldıran şahsi sebepler ya da şahsi cezasızlık nedenleri bağlılık kuralının kapsamına dâhil olmayıp, hangi suç ortağı bakımından geçerli ise yalnızca onun yönünden sonuç doğurur¹²⁵⁸.

Bu suçun TCK m. 91/4'te düzenlenen nitelikli hali olan örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, bu nitelikli halin suç ortaklarına geçişi hususunu da ele almak faydalı olacaktır. TCK'da cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesini gerektiren nitelikli hallerin suç ortaklarına hangi koşullarda geçeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹²⁵⁹. Şeriklerin sorumluluğu ilke olarak failin işlediği suça bağlı olsa da biz burada meselenin azmettiren veya yardım edenin iradesi ve iştirak kastına göre çözümlenmesi gerektiğini

¹²⁵⁶ Demirbaş, s. 560; Özgenç, s. 644-645.

¹²⁵⁷ Öztürk/Erdem, s. 433; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 762.

¹²⁵⁸ Koca/Üzülmez (2023a), s. 486-487; Özgenç, s. 645; Öztürk/Erdem, s. 432-433.

¹²⁵⁹ Öztürk/Erdem, s. 449; Centel/Zafer/Çakmut, s. 525.

düşünmekteyiz¹²⁶⁰. Bunun sonucu olarak, suça iştirak eden şerik, fiile ilişkin nitelikli halin varlığından haberdar ise fail tarafından gerçekleştirilen suçun nitelikli halinden sorumlu olacak; buna karşılık haberdar değil ise suçun nitelikli halinden değil, temel şeklinden cezalandırılacaktır¹²⁶¹. Dolayısıyla yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğini bilen şerikler TCK m. 91/4'ten sorumlu olacakken, bunu bilmeyen şerikler ise iştirak kast ve iradeleri doğrultusunda suçun temel şekli olan TCK m. 91/1'den sorumlu olacaktır.

TCK m. 41/1 uyarınca iştirak halinde işlenen suçlarda, iştirakin hangi türü olursa olsun, yalnızca gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Hukuki niteliği itibarıyla cezayı kaldıran şahsi bir neden olan gönüllü vazgeçme, işlenen fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırmadığından gönüllü vazgeçen dışındaki suç ortakları işlenen suçtan sorumlu olacaklardır¹²⁶². Belirtelim ki, gönüllü vazgeçmenin hüküm ifade edebilmesi için, suçun işlenişine olan katkının geri çekilmiş olması tek başına yeterli değildir. Suçun icrasına ilişkin katkının tamamen hür iradeyle geri çekilmesinin yanı sıra diğer suç ortaklarınca suçun icra hareketlerini devamı veya icra hareketleri tamamlanmış ise neticenin gerçekleştirilmesi engellenmelidir¹²⁶³. Ancak gönüllü vazgeçen suç ortağının bu yöndeki gayretine rağmen suç işlenmiş veya gayreti dışında başka bir sebebe dayalı olarak işlenememiş ise, TCK m. 41/2 uyarınca yine gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanan suç ortakları işlenen suça iştiraktan sorumlu tutulmayıp, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdikleri fiillerin bağımsız bir suç oluşturması halinde yalnızca bu suçtan sorumludur. Buna karşılık gönüllü vazgeçen dışındaki suç ortakları, suç teşebbüs aşamasında kalmış ise işlenen suça teşebbüse iştiraktan; suç tamamlanmış ise tamamlanmış suça iştiraktan sorumlu olacaktır¹²⁶⁴. Söz gelimi hukuken geçerli rızası bulunmaksızın kendisinden böbrek alınacak kişinin suç ortağı olan anesteziist tarafından uyutulmasından sonra anesteziistin yaptığından pişman olarak diğer suç ortağı hekimi böbrek alımından vazgeçirmek için bütün gayreti göstermesine karşılık hekim tarafından böbreğin bulunduğu yerin kesilmesi ancak anesteziistin ihbarıyla aniden yapılan kolluk baskını sonucu böbreğin

¹²⁶⁰ Koca/Üzülmöz (2023a), s. 488; Buna karşılık Öztürk/Erdem ise, iştirak kastının nitelikli hali kapsayıp kapsamadığına ve nitelikli halden haberdar olup olmadığına bakılmaksızın fail tarafından gerçekleştirilen fiile özgü suçun nitelikli hallerinin tüm suç ortaklarına uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. Öztürk/Erdem, s. 450.

¹²⁶¹ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 766; Koca/Üzülmöz (2023a), s. 489.

¹²⁶² Koca/Üzülmöz (2023a), s. 515; Centel/Zafer/Çakmut, s. 469.

¹²⁶³ Hafizoğulları, s. 345; Toroslu (2009), s. 298.

¹²⁶⁴ Özgenç, s. 665-666; Demirbaş, s. 574.

suçundan sorumlu olacaktır. Hekim ise tamamlanmış yaşayan kişiden sorumlu tutulacaktır. Anestezistin rızası hilafına böbreği alınacak kişiyi, oğluktan pişmanlık duyarak hekimin böbrek alımını gerçekleştirmemesi, östermeyip yalnızca ameliyathaneden ayrılması ve akabinde hekimin intimalinde ise suç ortağı olan anestezistin gönüllü vazgeçme hükümlerinin bilmesi mümkün değildir¹²⁶⁵.

3.6.3. İçtima

Ceza hukukunda esas itibarıyla “kaç adet fiil varsa o kadar suç, kaç adet suç varsa o kadar da ceza vardır” kuralı geçerli olup, bu kuralın gereği olarak işlenen her bir suç için ayrı cezaya hükmedilecek ve verilen bu cezalar bağımsızlığını koruyacaktır¹²⁶⁶. Ancak ortada birden fazla suç bulunmasına karşın faile tek ceza verilmesini öngören istisnai haller vardır ki buna *suçların içtimalı* denmektedir¹²⁶⁷. TCK m. 42-44 hükümlerinde suçların içtimalı şekilleri bileşik suç, zincirleme suç ve fikrî içtima olarak belirtilmiştir. İfade etmek gerekir ki esasen bileşik suç, suçların içtimalı şekillerinden değildir. Zira bileşik suç halinde birden çok suç değil, tek suç vardır. Oysa suçların içtimaidan bahsedilebilmesi için ortada birden fazla suçun bulunması gerekmekte olup, bu kapsamda zincirleme suç ve fikrî içtima

¹²⁶⁵ **Köksal**, s. 172.

¹²⁶⁶ Özgenç, s. 669; Koca/Üzülmez (2023a), s. 517.

¹²⁶⁷ Öztürk/Erdem, s. 392; Koca/Üzülmez (2023a), s. 518.

hallerinde birden çok suç bulunmaktadır¹²⁶⁸. Suçların içtimaı şekilleri olan zincirleme suç ile fikrî içtima arasındaki fark, fiilin tekliği-çokluğudur¹²⁶⁹. Gerçekten de zincirleme suç halinde ortada hem birden fazla fiil hem de birden fazla suç varken, fikrî içtimada tek fiille birden fazla suç işlenmektedir¹²⁷⁰. Tek fiille işlenen birden fazla suç aynı suç ise buna aynı neviden fikrî içtima; farklı suçlar ise buna farklı neviden fikrî içtima adı verilmektedir. Fiilin tekliğinden kasıt, hukuki anlamda hareket tekliğidir¹²⁷¹. Nitekim Yargıtay da fikri içtima müessesesi yönünden fiilin tekliğinden anlaşılması gerekenin, hukuki anlamda fiil ya da hareket tekliği olduğunu belirtmektedir¹²⁷². Doğal anlamda birden fazla hareketin bazı hukuki sebeplerden dolayı tek hareket olarak değerlendirilmesini sonuçlayan hukuki anlamda hareket tekliğinin kabul edildiği ilk hal, tipik hareket tekliğidir. Buna göre, birden fazla hareketin bir suç tipinin kanuni tarifinde müşterek bir hukuki değerlendirmeye tabi tutularak birbirine bağlanmak suretiyle tek fiil olarak kabul edildiği durumlarda tipik hareket tekliğinden söz edilir. Çok hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar¹²⁷³, kesintisiz ve bileşik suçlar bu duruma örnek verilebilir¹²⁷⁴. Hukuki anlamda hareket tekliğinin varlığının kabul edildiği ikinci hal ise, doğal hareket (fiil) tekliğidir. Buna göre, doğal anlamda birden fazla olan hareket arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir bağlantı bulunuyorsa, bu hareketler birlik arz eden bir iradeye dayanıp aynı türdeki davranış şeklini oluşturuyor ve bu hareketler harici bir gözlemci tarafından objektif olarak birbirine bağlı tek hareket olarak

¹²⁶⁸ Koca/Üzülmüş (2023a), s. 519; Göktürk, Neslihan (2014) ‘Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı’, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 2, S: 1-2, s. 42, 44.

¹²⁶⁹ Fiilin tek olup olmadığının belirlenmesinde netice sayısının değil, hareketin esas alınması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Bkz. Göktürk (2014), s. 40; Centel/Zafer/Çakmut, s. 480; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 804; Öztürk/Erdem, s. 392, 401; Demirbaş, s. 598; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 570-571.

¹²⁷⁰ Göktürk (2014), s. 43-44; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 570; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 802-803.

¹²⁷¹ Demirbaş, s. 596; Göktürk (2014), s. 41.

¹²⁷² “...Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsada dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar, suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. Örneğin; failin mağduru birden fazla yumruk vurmada suretiyle yaralaması durumunda, failin birden fazla hareketi olmasına rağmen kastı bir kişiyi yaralamaya yönelik olduğundan ortada tek fiil ve neticesi ile birlikte tek suç vardır...” Yarg. CGK, E: 2016/13-292, K: 2017/164, T: 21.03.2017 (UYAP Veri Tabanı).

¹²⁷³ “...seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, suçun konusunun ihale olması nedeniyle seçimlik hareketlerin birden fazla olması halinde de tek suçun oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu cihetle seçimlik hareketler bölünerek bu hareketlere ilişkin ayrı ayrı hükümler kurulamayacağı, tek ihaleye ilişkin birden fazla hareketin hukuksal anlamda tek fiil olduğu gözetilmeden...” Yarg. 5. CD, E: 2016/2972, K: 2016/4537, T: 03.05.2016 (UYAP Veri Tabanı).

¹²⁷⁴ “...Piyasaya sahte para sürme suçunun süreklilik arz eden bir suç olup teselsülü bünyesinde barındırdığı, değişik kişilere sahte para verilerek piyasaya sürülmesi suçun temadi unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanıkların suçu zincirleme olarak işlediklerinden bahisle TCK’nun 43.maddesi uyarınca artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini...” Yarg. 8. CD, E: 2016/1334, K: 2016/8728, T: 30.06.2016 (UYAP Veri Tabanı).

nitelendirilecek biçimde birbiriyle sıkı bir yakınlık gösteriyorsa, bunlar hukuki anlamda tek bir hareket olarak kabul edilir¹²⁷⁵. Fikri içtimain uygulanması bakımından hukuki anlamda hareket tekliğinin kabulü için icra hareketlerinde tam ayniyetin mi yoksa kısmi ayniyetin mi esas alınması gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır. *Bir görüşe göre*, fikri içtimain uygulanabilmesi için icra hareketlerinin tam ayniyet göstermesi, diğer bir deyişle icra hareketlerinin gerçekleştirilen tüm suç tipleri bakımından tamamen örtüşmesi gerekmektedir. Örneğin, arabanın içinde yer alan bir kimseyi öldürmek amacıyla ateş edilmesi sonucunda silahtan çıkan merminin, arabanın camını kırıp şoför mahallindeki kişiyi öldürmesi durumunda, kasten öldürme ve mala zarar verme suçları yönünden icra hareketlerinde tam ayniyet vardır¹²⁷⁶. İşlenen suçlardan birine ait icra hareketinin, diğer suçun icra hareketiyle tam örtüşmemekle birlikte kesişmesi durumunu ifade eden kısmi ayniyet halinde ise, tek fiilden bahsedilemez. Böyle bir durumda iki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunmaktadır¹²⁷⁷. *Diğer görüşe göre ise*, fikri içtimain uygulanabilmesi için gerçekleştirilen suç tipleri yönünden icra hareketlerinin tamamen örtüşmesi gerekli olmayıp, kesişmesi yeterlidir. Örneğin, genç bir kızı kendine çekip zorla öpen failin, bu esnada kızın kolundaki saati zorla alması durumunda, gerçekleşen cinsel saldırı ve yağma suçu bakımından somut olaydaki icra hareketleri, cebir kullanma unsuru yönünden kesiştiği için

¹²⁷⁵ **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 807, 809; **Koca/Üzülmöz** (2023a), s. 523-526; “...*Sanığın, Silivri Belediyesi sınırları içerisinde, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 3 pafta 268 parsel sayılı taşınmaz üzerinde ruhsatsız olarak iki ayrı bina yaptığı tek yapı tatil tutanağı ile tespit edilen olayda; atılı imar kirliliğine neden olma suçunun oluşması bakımından sanığın tek bina yapması yeterli ise de; tek parsel üzerinde inşa edilen binaların aynı suç işleme kararı altında ve aynı türdeki davranış şekli ile gerçekleştirilmesi, 30.04.2009 tarihli tek yapı tatil tutanağı ile belirlenen binaların farklı zamanlarda gerçekleştirildiğine ilişkin dosya içerisinde herhangi bir tespitin yer almaması ve zaman mekân yönünden aralarında sıkı bir ilişki olan bu eylemlerin birbirine bağlı tek hareket olarak görüleceğinde kuşku bulunmaması karşısında, eylemlerinin tek imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturacağı ancak üretilen inşaat miktarının çok fazla oluşunun temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önüne alınması gerektiği kabul edilmelidir...*” Yarg. CGK, E. 2014/4-268, K: 2017/561, T: 19.12.2017; “...*Sanığın, şikayetçiye yönelik silahla tehdit eyleminin akabinde, olay yerinden ayrıldıktan 20-25 dakika sonra bu sefer şikayetçinin cep telefonunu arayarak kendisine ölümle tehditte bulunması karşısında, eylemlerin aynı gün içerisinde, kısa aralıklarla, tek suç işleme iradesi ile ve aynı olayın devamı şeklinde gerçekleşmesi nedeniyle, zincirleme suç hükümlerinin olayda uygulama yeri olmadığı gözetilmeden, sanığın cezasından, TCK’nın 43/1. maddesine göre artırım yapılması...*” Yarg. 4. CD, E: 2014/39977, K: 2019/2810, T: 25.02.2019 (UYAP Veri Tabanı).

¹²⁷⁶ “...*Sanığın tarlasındaki anızı yakması sonucu ateşin Telekom’a ait telefon direklerine sıçrayarak alt kısımlarının kısmen yanması şeklinde gerçekleşen olayda, eylem tek olup 765 sayılı TCK’nun 79. maddesi uyarınca en ağır cezayı içeren ve kasıtlı işlenen anız yakmak eyleminden ceza verilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrıca, taksirle işlenen halkı tehlikeye maruz bırakmak suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi...*” Yarg. 2. CD, E: 2006/9912, K: 2006/8880, T: 01.05.2006; “...*Yerden aldığı parke taşı katılanın arabasının arka camına doğru atan sanığın eylemi sonucunda, camın kırılmasına ve içeri düşen taşın arabanın ön koltuğunda oturan mağdurun kafasına isabet ederek yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın katılanın arabasına taş atması eyleminin tek fiil olduğu ve bu suretle, tek olan eylem sonucunda hem katılına karşı mala zarar verme suçunun, hem de mağdura karşı yaralama suçunun meydana geldiği sabit olup bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir...*” Yarg. CGK, E: 2013/9-431, K: 2014/377, T: 16.09.2014 (UYAP Veri Tabanı).

¹²⁷⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 810; **Göktürk** (2014), s. 46-47.

kısmi ayniyet taşımaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda hukuksal anlamda tek fiil ile birden fazla farklı suçun işlendiği kabul edilmelidir¹²⁷⁸. Belirtelim ki biz de fikri içtimam uygulanması bakımından hukuki anlamda tek fiilden bahsedebilmek için, birlik arz eden icra hareketlerinin, gerçekleştirilen tüm suç tipleri bakımından tamamen örtüşmesi gerekmeyip kesişmesinin yeterli olduğunu düşünmekteyiz.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu TCK m. 43/3'te zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar arasında sayılmadığından, koşulları bulunduğu bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum yoktur¹²⁷⁹. Şu halde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı mağdurdan değişik zamanlarda organ alınması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve ortada birden çok suç olmasına rağmen TCK m. 43/1 uyarınca faile tek ceza verilecek; ancak bu ceza artırılacaktır¹²⁸⁰. Örneğin, failin tedavisi için nakil operasyonu gereken yakınına aşılınması amacıyla rızası hilafına bir kimseden doku aldıktan sonra gerçekleştirilen nakil işleminin başarılı sonuç vermemesi üzerine dört ay sonra aynı kimseden tekrar doku alması halinde, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında doku alma suçunu birden fazla kez işlediğinden zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Zincirin halkalarını oluşturan suçlardan bazılarının teşebbüs aşamasında kalması, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp, bu halde tamamlanmış suçtan cezalandırma yapılarak bu ceza TCK m. 43/1 uyarınca artırılır. Oysa zincirin halkalarını oluşturan suçların tamamı teşebbüs aşamasında kalmış ise, bu halde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamakla birlikte cezanın belirlenmesinde teşebbüse ilişkin hüküm olan TCK m. 35/2 de uygulanır¹²⁸¹. TCK m. 43/1'in açık lafzı karşısında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından bir suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri aynı suç sayılmaktadır. Dolayısıyla değişik zamanlarda işlenen suçlardan bir kısmının yaşayan kişiden organ alma suçunu bir kısmının ise bu suçun TCK m. 91/4'te düzenlenen nitelikli şekli olan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen organ alma suçunu oluşturmaları halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu halde TCK m. 43/1 uyarınca artırımı esas alınacak ceza, TCK m. 91/4'e göre belirlenecektir. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olsa bile aynı

¹²⁷⁸ Koca/Üzülmez (2023a), s. 549-550; Akbulut, Berrin (2022) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 922.

¹²⁷⁹ Aydın (2008b), s. 390; Kasapoğlu Halıcı, s. 52; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 274; Ömeroğlu, s. 67; Köksal, s. 173; Özen, s. 335; Karakaya, s. 225.

¹²⁸⁰ Gökçen/Balcı (2013), s. 126; Köksal, s. 73; Algan, s. 135; Aydın (2008a), s. 146; Aydın (2008b), s. 389-390; Kasapoğlu Halıcı, s. 52; Gözübüyük, s. 148; Mermut, s. 1486.

¹²⁸¹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 542.

kişiden değil, farklı kişilerden değişik zamanlarda organ veya doku alınması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır¹²⁸².

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiden önce organ sonra doku veya tam tersine önce doku sonra organ alınması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılmalıdır. Öğretide *Köksal*, bu halde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹²⁸³. *Kanaatimizce* bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira zincirleme suçtan bahsedilebilmesi için değişik zamanlarda işlenen fiillerin aynı suçu oluşturması gerekmektedir. Hâlbuki daha evvel de ifade ettiğimiz üzere TCK m. 91/1 hükmünde organ alma ve doku alma bakımından farklı cezalar belirlenerek bunlar bir suçun seçimlik hareketleri değil, iki ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple aynı hukuksal değeri korusalar da yaşayan kişiden organ alma suçu ile doku alma suçu maddi konuları farklı iki ayrı suç olduğundan, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olsa bile aynı kişiden değişik zamanlarda önce organ sonra doku veya önce doku sonra organ alınması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Bu halde gerçek içtima kuralı gereğince her bir suçtan ayrı cezalandırma yapılacaktır. Ancak bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiden değişik zamanlarda alınan biyolojik maddelerin organ niteliğinde olması kaydıyla her seferinde farklı organların alınması zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

Yaşayan bir kişiden aynı cerrahi operasyon, yani ameliyat kapsamında geçerli rızası bulunmaksızın hem organ hem de doku alınması halinde failin sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. *Konuya ilişkin bir görüşe göre*, bu durumda kişiden organ alma ve doku alma şeklinde iki ayrı suç gerçekleşmekle birlikte dokuların bir araya gelerek organları meydana getirdiği gözetildiğinde bu suçlar aynı hukuksal değeri koruduğundan, tüketen-tüketilen norm ilişkisi uygulama alanı bulacak ve fail sadece tüketen norm olan yaşayan kişiden organ alma suçundan cezalandırılacaktır¹²⁸⁴. *Diğer görüşe göre*, aynı ameliyat kapsamında bir kişinin vücudundan önce doku sonra organ alınması durumunda fail daha ağır bir suçu işlemek için daha hafif bir suçu işlediğinden geçitli suç söz konusu olacak ve bu nedenle fail yalnızca organ alma suçundan cezalandırılacaktır. Önce organ sonra doku alınması durumunda ise organ alma fiilinin işlenmesiyle ortaya çıkan hukuka aykırı durum daha sonra gerçekleşen doku alma fiilini de

¹²⁸² Hafızoğulları/Özen, s. 107; Köksal, 174.

¹²⁸³ Bkz. Köksal, s. 173.

¹²⁸⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 274-275; Karakaya, s. 227-228.

kapsayacağından cezalandırılmayan sonraki hareketler söz konusu olacak ve fail sadece ilk fiili teşkil eden organ alma suçundan cezalandırılacaktır¹²⁸⁵. Bu görüşün savunucuları failin bir kişiden aynı ameliyat sırasında iki organ alması halinde yalnızca organ alma suçundan cezalandırılacakken, hem organ hem de doku alması halinde iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmasının adaletsiz sonuç doğuracağını, dolayısıyla adaletsizliği önlemek için bu ihtimalde de yalnızca organ alma suçundan sorumlu tutulması gerektiğini, bununla birlikte en uygun çözümün failin hem organ hem de doku alması halinin TCK'da açıkça düzenlemeye kavuşturulması olduğunu belirtmektedirler¹²⁸⁶.

Kanaatimizce bir kişiden aynı ameliyat esnasında hem organ hem de doku alınması durumunda bu alımların sıralaması nasıl olursa olsun failin sorumluluğunun belirlenmesi meselesi görünüşte içtima ilkeleri olan tüketen-tüketilen norm, geçitli suç ve cezalandırılmayan sonraki hareket kurallarına göre çözülemez. Zira geçitli suçlar, failin bir suçu işlemek için aynı ya da benzer hukuksal değeri koruyan daha hafif bir suçu işlemek zorunluluğunun bulunduğu hallerde söz konusu olur¹²⁸⁷. Oysa failin bir kimsenin vücudundan organını alabilmesi için önce dokusunu alma zorunluluğu bulunmadığından, burada geçitli suçun varlığından bahsedilemez. Cezalandırılmayan sonraki fiiller ise, görünüşte içtima ilkelerinden olan tüketen-tüketilen norm ilişkisinin görünüm şekillerindendir. Tüketen-tüketilen norm ilişkisinin varlığı için, bir normun koruduğu hukuki değerlerin, diğer normun koruduğu hukuki değerlerin tamamını kapsamaması nedeniyle normlardan birinin, diğerini içine alıp tüketmesi gerekmektedir. Bu kapsamda cezalandırılmayan sonraki fiiller, birden fazla fiilin varlığı halinde önceki fiilin haksızlık içeriğinin sonraki fiilin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına alması hallerinin mevcudiyeti durumunda söz konusu olur¹²⁸⁸. Hâlbuki aynı ameliyat kapsamında bir kişinin vücudundan hem organ hem de doku alınması halinde her ne kadar doğal anlamda birden fazla hareket bulunmaktaysa da aynı türden davranış şeklini oluşturan bu hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat bulunup, birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler harici gözlemci tarafından objektif olarak tek hareket

¹²⁸⁵ Aydın (2008a), s. 149-150; Aydın (2008b), s. 394-395; Mermut, s. 1487-1488; Kasapoğlu Halıcı, s. 53-54.

¹²⁸⁶ Aydın (2008b), s. 394-395; Kasapoğlu Halıcı, s. 53.

¹²⁸⁷ İçel, Kayıhan (2008), 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 14, s. 46; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 274; Geçitli suçlar hakkında ayrıntılı bilgi ve TCK'da yer alan geçitli suç örnekleri için bkz. Dönmezer/Erman, s. 649-651.

¹²⁸⁸ İçel, s. 42-43; Öztürk/Erdem, s. 407; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 578-579.

şeklinde görülme koşulunu taşıdığı için, hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir¹²⁸⁹. Dolayısıyla bu halde birden fazla fiil bulunmadığından, cezalandırılmayan sonraki fiil kapsamında bir değerlendirme yapılması mümkün gözükmemektedir. *Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre*, bir ameliyat esnasında aynı kişinin vücudundan hem organ hem de doku alınması halinde tek fiille yaşayan kişiden organ almak suçu ve doku almak suçu olmak üzere iki ayrı suç işlendiğinden, TCK m. 44 uyarınca fail bunlardan sadece en ağır cezayı gerektiren organ alma suçundan cezalandırılmalıdır¹²⁹⁰. Zira bu halde farklı neviden fikrî içtima söz konusudur. Aynı ameliyat kapsamında bir kişinin vücudundan birden fazla organ alınması durumunda ise hukuki anlamda tek fiille tek bir organ alma suçu işlenmiş olacaktır. Birden fazla organ alınması temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacaktır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkündür. Söz gelimi, failin bir ameliyathaneye aynı anda iki kişiyi alarak, bu ameliyat kapsamında birinden sağ böbreğini diğerinden sol böbreğini alması durumunda, mağdurlar farklı olduğu için birden fazla yaşayan kişiden organ almak suçu tek fiille işlenmiş olacaktır. Zira burada her ne kadar doğal anlamda birden fazla hareket bulunmaktaysa da aynı türden davranış şeklini oluşturan bu hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat bulunup, birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler, harici gözlemci tarafından objektif olarak tek hareket şeklinde görülme koşulunu taşıdığından doğal hareket tekliği kriterine göre hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla böyle bir durumda, birden fazla kişiye karşı işlenen organ almak suçu tek fiille gerçekleştirildiği için faile tek ceza verilecek; ancak bu ceza aynı neviden fikri içtima kapsamında TCK m. 43/2 uyarınca artırılacaktır¹²⁹¹. Failin ameliyathaneye aldığı iki kişinin birinden organ, diğerinden doku alması durumunda ise hukuki anlamda tek fiille yaşayan kişiden organ almak suçu ve doku almak suçu olmak üzere iki farklı suç işlendiğinden, ceza sorumluluğu farklı neviden fikri içtimaya ilişkin TCK m. 44 hükmüne göre belirlenmelidir.

TCK m. 91 hükmünün değişik fıkralarında düzenlenen suç tiplerinden bir kaçının aynı olayda bir arada bulunması halinde, örneğin failin yaşayan bir kişiden organ aldıktan sonra bu organı bir başkasına satması durumunda failin sorumluluğunun nasıl belirleneceğine değinmekte yarar vardır. Öğretide *bir görüşe göre*, böyle bir durumda cezalandırılmayan

¹²⁸⁹ **Algan**, s. 136; **Ekiz**, 202.

¹²⁹⁰ **Algan**, s. 135-136; **Gözübüyük**, s. 147; **Banak**, s. 349-350.

¹²⁹¹ Aksi kanaatte olan **Karakaya**, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesinin tipik fiilin doğası gereği imkansız olduğundan bahisle, bu suçta aynı neviden fikri içtimaya ilişkin TCK m. 43/2 hükmünün uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Karakaya**, s. 225.

sonraki fiil prensibinden hareket edilecektir. Bunun sonucunda fail hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişinin vücudundan böbreğini söküp çıkardıktan sonra bir başkasına satarsa yalnızca TCK m. 91/1 uyarınca organ alma suçundan cezalandırılacak; TCK m. 91/3'te tanımlanan suç bakımından ayrıca bir cezalandırma yapılmayacaktır¹²⁹². İfade edelim ki, cezalandırılmayan sonraki fiilin varlığı için sonraki fiilin, önceki fiilin ihlal ettiği hukuksal değerlere ilave olarak başka bir hukuksal değeri ihlal etmemesi gerekmektedir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere önceki fiilin haksızlık içeriğinin, sonraki fiilin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına aldığı durumlarda cezalandırılmayan sonraki hareketlerden bahsedilir¹²⁹³. Failin yaşayan bir kişiden organ aldıktan sonra bunu bir başkasına satması durumunda, önceki fiil olan almak fiilinin ihlal ettiği hukuki değerler olan yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı, irade hürriyeti ve insan onurundan başka sonraki fiil olan satmak fiili ile insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına dair kamusal yarar da ihlal edilmektedir. Ayrıca TCK m. 91/1 ile m. 91/3 hükümleri dikkate alındığında yaşayan kişiden organ alma suçunun haksızlık muhtevasının organ satma fiilinin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına aldığından da bahsedilemez. Dolayısıyla yaşayan bir kişiden organ aldıktan sonra bu organı bir başkasına satması durumunda, cezalandırılmayan sonraki fiil prensibinden hareket edilmesi gerektiğine ilişkin yukarıdaki görüşe katılmak mümkün değildir¹²⁹⁴. Böyle bir durumda cezalandırılmayan önceki fiil prensibinden de hareket edilemez. Zira cezalandırılmayan önceki fiilden bahsedilebilmesi için önceki ve sonraki hareketlerin aynı konuya ilişkin olması ile sonraki hareketin, önceki hareketin ihlal ettiği hukuksal değerlerin tamamını kapsamına alması ve haksızlığı ağırlaştırmış olması gerekmektedir¹²⁹⁵. Yaşayan kişiden organ alma suçunun mağduru, rızası hilafına organ veya dokusu alınan kişi; organ satma suçunun mağduru ise toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Ayrıca her iki suçla korunan hukuki değerler gözetildiğinde organ satma fiili ile rızası hilafına bir kişiden organ alma fiillerinden birinin haksızlık muhtevasının diğerinin haksızlık muhtevasını tamamen karşıladığından da söz edilemez.

Diğer görüşe göre, TCK m. 91 hükmünde düzenlenen suç tiplerinden bir kaçının birbirinin ardı sıra işlenmesi halinde gerçek içtima uyarınca fail işlediği her bir suçtan ayrı

¹²⁹² Aydın (2008b), s. 392; Aydın (2008a), s. 147.

¹²⁹³ Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 579; İçel, s. 43.

¹²⁹⁴ Benzer yönde bkz. Karakaya, s. 230; Gözübüyük, s. 146.

¹²⁹⁵ Cezalandırılmayan önceki fiiller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıtaş, Erkan (2022) 'Cezalandırılmayan Önceki Hareketler', İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 80, S: 2, s. 615-654.

ayrı cezalandırılacaktır¹²⁹⁶. Zira bu halde, tek fiil bulunmadığından farklı neviden fikrî içtima kuralı uygulanamayacağı gibi TCK m. 91’de tanımlanan suçlar bağımsız ve ayrı birer suç olduğundan aynı neviden fikrî içtima ve zincirleme suç hükümleri de uygulanamayacaktır. Söz gelimi fail, rızası hilafına bir kimseden aldığı böbreği bir başkasına satmış, nihayetinde de bunu bir kişiye aşlamış ise organ alma (TCK m. 91/1), organ satma (TCK m. 91/3) ve hukuka aykırı yollardan elde edilen organı aşılama (TCK m. 91/5) suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Kanaatimizce TCK m. 91 hükmünde düzenlenen suç tiplerinden bir kaçının birbirinin ardı sıra işlenmesi halinde peşinen gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağını kabulü yerine, işlenen suçların niteliği ve koruduğu hukuki değerler kapsamında hukuki anlamda fiil tekliği kriteri ile görünüşte içtima koşullarının bulunup bulunmadığı da dikkate alınarak belirleme yapılması daha isabetli olacaktır. Bu kapsamda, failin yaşayan bir kişiden organ aldıktan sonra bu organı bir başkasına satması durumunda, cezalandırılmayan önceki ve sonraki fiil prensibinden hareket edilemeyeceğini yukarıda ayrıntılı şekilde belirtmiş idik. Diğer yandan, “yaşayan kişiden organ alınması” ile “organ satmak” suçlarının icra hareketlerinde ayniyet bulunmadığı için hukuki anlamda tek fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden fikri içtima kabul edilemez. Mağdurlarının aynı olmaması ve farklı suç tiplerini oluşturmaları sebebiyle zincirleme suçtan da bahsedilemez. Bu sebeple failin yaşayan bir kişiden rızası hilafına organ aldıktan sonra bu organı bir başkasına satması durumunda gerçek içtima kuralları gereğince hem TCK m. 91/1 hem de TCK m. 91/3’te tanımlanan suçtan sorumluluğu olacaktır¹²⁹⁷. Buna karşılık, böbrek rahatsızlığı olan yakını için böbrek arayan bir kişinin, dalağındaki bir sorun nedeniyle ameliyat olacak bir kimseden ameliyat esnasında rızası hilafına bir böbreğinin alınması hususunda daha önce suç işleme düşüncesi olmayan hekimle belli bir miktar para karşılığında anlaşması sonucunda hekim tarafından böbreğin alınması halinde, böbrek arayışında olan kişi, tek bir fiile hem yaşayan kişiden organ alınması suçuna azmettirme hem de organ satın almak suçunu işlemiş olacaktır. Ancak böyle bir durumda, failiğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi gereğince kişi, yalnızca TCK m. 91/3’te düzenlenen organ satın almak suçundan sorumlu olacaktır. Keza failin yaşayan bir kimseden rızası hilafına böbreğini alıp, aynı ameliyathanede yan masada bulunan böbrek hastasına aşılması durumunda hem zaman olarak gerçekleştirilen icra hareketleri, TCK m. 91/1’de düzenlenen “almak” ve TCK m. 91/5’te düzenlenen

¹²⁹⁶ **Algan**, s. 139-140; **Taneri/Kamışlı**, s. 234; **Özen**, s. 335.

¹²⁹⁷ Aynı yönde bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 110; **Gözübüyük**, s. 146, **Ekiz**, s. 206.

“aşılacak” fiilleri yönünden kısmi ayniyet göstermektedir. Ayrıca burada doğal anlamda birden fazla hareket bulunmaktaysa da bu hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat bulunup, birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler harici gözlemci tarafından objektif olarak tek hareket şeklinde görülme koşulunu taşıdığından doğal hareket tekliği kriterine göre hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir. Yaşayan kişiden organ almak ve hukuka aykırı yollardan elde edilen organı aşılacak suçlarının koruduğu özgün hukuki değerlerin yanı sıra her iki suçta da bireylerin vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği dikkate alındığında, bu iki suç arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisinin varlığından bahsedilemez. *Kanaatimizce* böyle bir durumda fail, hukuki anlamda tek fiille birden fazla ve farklı suç işlediğinden farklı neviden fikri içtima kapsamında TCK m. 44 uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK m. 91/1’den sorumlu olacaktır. Buna karşılık, failin gerçekleştirdiği yaşayan kişiden organ almak fiili ile bu organı aşılacak fiili arasında zaman yönünden sıkı bir bağlantı yoksa, yani bu fiiller hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilemeyecek şekilde farklı zamanlarda gerçekleştirilmiş ise, hukuki anlamda iki ayrı fiil bulunduğundan hem TCK m. 91/1 hem de TCK m. 91/5’ten sorumluluk söz konusu olacaktır.

Aralarında bulunan yakın irtibattan dolayı uygulamada sıkça karşılaşılmaması sebebiyle yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun yaralama, insan ticareti ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarıyla içtima ilişkisinin var olup olmadığının belirlenmesi de önem arz etmektedir. Organ veya doku alma fiili kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğinden, bu fiil aynı zamanda yaralama fiili de teşkil etmektedir. Öğretide *bir görüş*, bir kişiden organ veya doku alınması sonucunda aynı zamanda kişi yaralanacağı için, bu halde tek fiille kasten yaralama ve organ veya doku alma şeklinde iki ayrı suç işlendiğinden, TCK m. 44’te yer alan farklı neviden fikri içtima hükmü uyarınca failin en ağır cezayı gerektiren suçla cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir¹²⁹⁸. Buna karşılık *bizim de katıldığımız diğer görüş ise*, yaralama suçu ile organ veya doku alma suçu arasında geçitli suç ilişkisinin bulunduğunu savunmaktadır. Zira failin bir kimseden organ veya doku alabilmesi için mutlaka onun vücut bütünlüğünü ihlal etmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, failin yaşayan bir kişiden organ veya doku alma suçunu işleyebilmesi için yaralama suçunu

¹²⁹⁸ Aydın (2008b), s. 390; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3136; Mermut, s. 1486; Gökçen/Balcı (2013), s. 127; Kasapoğlu Halıcı, s. 54; Taneri/Kamışlı, s. 235; Ekiz, s. 204.

işlemesi zorunludur. Dolayısıyla bu durumda fail, geçit suç olan yaralama suçundan ayrıca cezalandırılmayıp, yalnızca organ veya doku alma suçuyla cezalandırılmalıdır¹²⁹⁹.

TCK m. 80/1’de zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, esarete tâbi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak maksatlarından biriyle tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından ya da çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişilerin ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılması insan ticareti suçu olarak tanımlanmıştır. Anılan hüküm dikkate alındığında bu suçun oluşabilmesi için failin maddede belirtilen hareketleri zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, esarete tâbi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla gerçekleştirmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İnsan ticareti suçunun tamamlanabilmesi için failin TCK m. 80/1’de öngörülen maksatlardan biriyle hareket etmesi yeterli olup, maksadına ulaşması gerekmemektedir. Fail maksadına ulaşmış ve bu maksat ayrı bir suç teşkil ediyorsa, insan ticaretinin yanı sıra bu suçtan da ayrıca cezalandırılacaktır¹³⁰⁰. Zira böyle bir durumda, insan ticareti suçu, araç suç olarak kullanılmak suretiyle amaç suç işlenmektedir. Araç suç-amaç suç ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, amaçlanan suç da işlenmiş ise gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır¹³⁰¹. TCK m. 80/1’de belirtilen maksatlardan biri de “vücut organlarının verilmesini sağlamak”tır. Dolayısıyla fail vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla TCK m. 80/1’de belirtilen hareketlerden birini gerçekleştirdikten, örneğin cebirle bir kimseyi ülkeye soktuktan sonra bu kişiden hukuken geçerli rızası bulunmaksızın organ alırsa hem insan ticareti suçundan hem de yaşayan kişiden organ alma suçundan cezalandırılacaktır¹³⁰². On sekiz yaşını doldurmamış bir kişiden organ almadan

¹²⁹⁹ **Özen**, s. 336; **Gözübüyük**, s. 147; Yaralama suçu ve yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu arasında görünüşte içtimanın görünüm şekillerinden özel-genel norm ilişkisinin bulunduğu ve bu sebeple özel normun önceliği gereğince failin TCK m. 91/1’den sorumluluğunun bulunduğu görüşü için bkz. **Karakaya**, s. 228; **Algan**, yaralama suçu ile yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu arasında geçitli suç ilişkisinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte organ veya doku alma fiilinin sonucunda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama hallerinden birinin meydana gelmesi durumunda organ veya doku alma suçunun işlenmesi bakımından bu nitelikteki bir yaralamanın gerçekleştirilmesi zorunlu olmadığı için bu yaralamanın geçit suç olarak değerlendirilemeyeceğini ve böyle bir durumda TCK m. 44’de düzenlenen farklı neviden fikrî içtima kuralı uyarınca failin en ağır cezayı gerektiren suçla cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Algan**, s. 137. Belirtelim ki, **Algan**’ın görüşüne tüm gerekçeleriyle birlikte katılıyoruz.

¹³⁰⁰ **Tezcan, Durmuş/Ertem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat** (2018) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 124; **Değirmenci, Olgun** (2006), ‘Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 67, s. 89-91.

¹³⁰¹ **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 786; **Koca/Üzülmmez** (2003a), s. 518.

¹³⁰² **Taneri/Kamışlı**, s. 234; **Gözübüyük**, s. 149; **Koca**, 163-164; **Hakeri** (2016), s. 474; **Aydın** (2008a), s. 147; **Aydın** (2008b), s. 391; **Aydın** (2011), s. 156; **Özen**, s. 311; **Köksal**, s. 174-175; **Mermut**, s. 1487; **Bakıcı**, s. 950; **Algan**, s. 139; **Karakaya**, s. 231; **Ekiz**, s. 205; TCK m. 80/1’de “vücut organlarının verilmesini

önce TCK m. 80/3’te öngörülen fiili işlemesi halinde de fail hem TCK m. 80/3 hem de TCK m. 91/1’de tanımlanan suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹³⁰³.

Bir kişinin organ veya dokularını almadan önce ameliyata kadar ya da organ veya dokusu alındıktan sonra örneğin bir yere kapatılıp kilitlenerek hareket özgürlüğünün kısıtlanması halinde fail hem yaşayan kişiden organ veya doku almak hem de kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹³⁰⁴. Zira burada birbirinden bağımsız iki ayrı fiil ve iki ayrı suç vardır. Bununla birlikte bir kimse organ veya dokusu alınmadan önce ya da alındıktan sonra hürriyetinden yoksun kılınmamış ise sırf ameliyat süresince hareket özgürlüğünden mahrum kaldığı için ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu söylenemez¹³⁰⁵. Zira organ veya doku alınırken ameliyat süresince kişinin özgürlüğünün kısıtlanması organ veya doku alma fiilinin tabii ve zorunlu sonucudur. Nitekim kişinin hareket özgürlüğü kısıtlanmaksızın vücudundan organ veya doku alınması mümkün değildir. Aksinin kabulü yalnızca kişiden organ veya doku alma suçunda değil; insan üzerinde deney, işkence ve yaralama gibi birçok suçta ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğunun kabulü anlamına gelecektir.

3.7. Yaptırım

TCK m. 91/1’de hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan bir kişiden organ alan kimse için beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası öngörülmüş iken, doku alan kimse için iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Böylece organ alınması ile doku alınması arasında ceza miktarı bakımından bir farklılık oluşturulmuştur. İfade edelim ki, ceza miktarı bakımından oluşturulan bu farklılığın isabetliliğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Buna göre *Yaşar/Gökcan/Artuç*¹³⁰⁶ ve *Mermut*¹³⁰⁷, dokunun kendisini yenileme özelliğinin bulunmasına karşın organ yönünden böyle bir durumun

sağlamak” ibaresine yer verilerek doku terimi kapsam dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla vücuttaki dokuların verilmesini sağlamak amacıyla hareket edilmesi insan ticareti suçuna vücut vermeyecektir. Bkz. **Kasapoğlu Halıcı**, s. 55.

¹³⁰³ **Hakeri** (2016), s. 475; **Köksal**, s. 175.

¹³⁰⁴ **Algan**, s. 138; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 54.

¹³⁰⁵ **Algan**, s. 138; **Ekiz**, s. 204; *Kanaatimizce* böyle bir durumda, görünüşte içtimain görünüm şekillerinden *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* söz konusudur. Zira işlenen fiil sonucunda, ihlal edilen yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçuna ilişkin ceza normu, ameliyat süresince hareket özgürlüğünün kısıtlanmasına dair kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna ilişkin ceza normunu içerisine alarak tüketmektedir.

¹³⁰⁶ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3131.

¹³⁰⁷ **Mermut**, s. 1467.

olmamasından hareketle ceza miktarı bakımından yapılan ayrımın isabetli olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık *Aydın*¹³⁰⁸, organ ve dokunun hayati ehemmiyeti yönünden bir ayrım yapılamayacağı için ceza miktarına ilişkin bu farklılığın hatalı olduğu görüşündedir. *Özbek/Doğan/Bacaksız*¹³⁰⁹ ise, organ ve doku alma fiilleri arasında oluşturulan bu denli cezai farklılığın dokunun vücut için daha önemsiz olduğu ve doku alınmasının içeriği yönünden daha az haksızlık oluşturduğu gibi yanlış izlenime sebebiyet verdiğini ifade etmiştir. *Kanaatimizce* organ ve doku alma fiilleri arasında ceza miktarı yönünden bir farklılık oluşturmak yerine hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın organ veya doku alınması sonucunda mağdurun vücudunda meydana gelen fonksiyon kaybının esas alınarak ceza belirlemesi yapılmasını temel alan bir yaklaşımın benimsenmesi daha yerinde olurdu¹³¹⁰. Zira bazı durumlarda doku alınması, organ alınmasına nazaran daha fazla fonksiyon kaybına yol açarak mağdur bakımından daha ağır sonuçlar yaratabilmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, organ niteliğindeki karaciğerinin bir kısmı alınan kişinin bir komplikasyonla karşılaşılması halinde yaşam kalitesi ciddi şekilde etkilenmeden hayatını kendi başına sürdürebilecek iken, buna karşılık doku niteliğindeki korneası alınan kişi görme yetisini kaybedecektir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK m. 91/4 uyarınca sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır. Belirtelim ki kanunkoyucunun, bu suçun temel şeklinde suçun maddi konusunun organ veya doku olmasına göre farklı ceza miktarları öngörmüşken, suçun nitelikli şekli olan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu ayrımı gerekçesiz şekilde ortadan kaldırarak hem organ hem de doku için aynı ceza miktarı öngörmesi eleştirilmektedir¹³¹¹.

TCK m. 91/8'de kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtildiği için, bu atfın kasten öldürme suçunun temel şekline dair TCK m. 81 hükmünün yanı sıra, nitelikli hallerine ilişkin TCK m. 82 hükmünü de kapsadığı kabul edilmelidir. Bunun sonucunda fail TCK m. 81'de düzenlenen kasten öldürme suçunun temel şeklinden

¹³⁰⁸ *Aydın* (2008a), s. 151; *Aydın* (2008b), s. 397.

¹³⁰⁹ *Özbek/Doğan/Bacaksız* (2023), s. 275.

¹³¹⁰ Benzer yönde bkz. *Gözübüyük*, s. 152.

¹³¹¹ *Hafizoğulları/Özen*, s. 108; *Köksal*, s. 178.

müebbet, TCK m. 82’de düzenlenen nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

Bu suç bakımından koşullarının varlığı halinde gerek eşya gerekse kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Fiilin suç teşkil etmesi kaydıyla çeşitli nedenlerle failin cezalandırılmadığı hallerde dahi müsadereye hükmedilebilecektir. Zira müsadere ceza değil, güvenlik tedbiri niteliğindedir.

Hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden alınan organ veya doku bir başkasına nakledilmişse, nakledilen bu organ veya doku alıcının vücudunun bir parçası haline geldiğinden, tıbbi müdahalede bulunularak bu organ veya dokunun alıcının vücudundan geri alınması mümkün değildir¹³¹². Zira kanun, bir suçun işlenmesi dolayısıyla yeni bir hukuksuzluğa yol açarak bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlaline cevaz veremez¹³¹³. Ancak bu durumda geçerli rızası bulunmaksızın organ veya dokusu alınan kişinin medeni hukuktan doğan hakları mahfuzdur¹³¹⁴. Söz gelimi kişi organı alındığı için çalışmıyor ve manen üzüntü duyuyorsa maddi ve manevi zararlarının tazminini talep edebilecektir¹³¹⁵.

TCK m. 20 uyarınca ceza sorumluluğu şahsi olup, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Cezadan kasıt, TCK m. 45 hükmünde belirtildiği üzere hapis ve adli para cezasıdır. Bununla birlikte tüzel kişiler hakkında suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Bu kapsamda TCK m. 91/7’de, maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir¹³¹⁶. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri TCK m. 60’da hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin

¹³¹² **Aydın** (2008b), s. 398; Buna ek olarak *Köksal*, organ veya dokunun henüz bir başkasına nakledilmemesi halinde müsadere sinin mümkün olacağını savunmaktadır. Bkz. **Köksal**, s. 179; Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira suçun mağduruna ait olan veya iade edilebilecek eşyalar müsadere nin konusunu oluşturmamaktadır. Ayrıca insan vücudunun parçaları eşya olarak da kabul edilmemektedir. Bu sebeple organ veya doku bir başkasına nakledilmemişse de müsadere edilemez. *Kanaatimizce* bu halde suçun konusu olan organ veya doku işlevini yitirmeden suçun mağduruna tekrar nakledilmelidir.

¹³¹³ **Şen**, s. 318; **Gözübüyük**, s. 153.

¹³¹⁴ **Aydın** (2008a), s. 152; **Aydın** (2008b), s. 398; **Gözübüyük**, s. 153; **Şen**, s. 318.

¹³¹⁵ **Aydın** (2008b), s. 399.

¹³¹⁶ **Ünver**, bu düzenlemenin caydırıcılıktan uzak olduğu, zira TCK m. 60/3 uyarınca güvenlik tedbirinin uygulanması işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabilecekse hâkimin bu tedbirlere hükmetmeyeceğinden bu halde tüzel kişilerin yararına suç işlense bile yaptırımsız kalacağını belirtmektedir. Bkz. **Ünver** (2005a), s. 193.

organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde tüzel kişi hakkında iznin iptaline karar verilir. Ayrıca müsadereye ilişkin hükümler, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanabilmektedir. Dolayısıyla hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden organ veya doku alma suçunun tüzel kişiliği haiz özel bir hastane veya kliniğin faaliyeti kapsamında onun yararına olarak işlenmesi halinde, bu özel hastane veya kliniğin ruhsatının iptal edilmesi ve koşulları varsa eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin TCK m. 54-55 hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır¹³¹⁷. Ancak belirtelim ki, TCK m. 60/3 karşısında iznin iptali ve müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanmasının işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurabileceği durumlarda hâkim, bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir. Öte yandan, suçun işlenmesiyle elde edilen ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatin miktarı bazı durumlarda tespit edilememektedir. Bu hallerde miktarı tespit edilemeyen kazancın müsadereyi yoluna da gidilemediği için, yaptırımsız kalması nedeniyle bu kazanç tüzel kişinin yanına kâr kalmaktadır. Bu itibarla suçla etkin mücadele bakımından TCK m. 91’de tanımlanan suçlardan birisi yararına işlenen tüzel kişiler hakkında idari para cezası öngörülmesinin isabetli olacağı belirtilmektedir¹³¹⁸.

3.8. Muhakeme

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu, soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı olmayan, re’sen takibi gereken suçlardandır¹³¹⁹.

Yaşayan kişiden organ alma suçunda dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıl iken, suçun konusunun doku olması halinde ise dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e gereğince sekiz yıldır. Suçun konusunun organ veya doku olmasına ilişkin ayırım

¹³¹⁷ **Gökçen/Balcı** (2015), s. 439; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 127; **Köksal**, s. 179; **Algan**, s. 148.

¹³¹⁸ **Ünver** (2005a), s. 193; **Ömeroğlu**, s. 70; **Gözübüyük**, s. 152; Bilindiği üzere TCK m. 20/2’de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı hüküm altına alındığından, tüzel kişiler suçun faili olamamakta ve adli para cezasıyla cezalandırılmamaktadır. Tüzel kişiler hakkında adli para cezasına hükmedilemediği için ekonomik çıkar amacıyla işlenen birtakım suç tipleri Kabahatler Kanunu m. 43/A’da bentler halinde sayılarak, bu suçların bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. *Kanaatimizce* TCK m. 91’de tanımlanan suç tipleri de gelir getirmeye elverişli suçlar olduğundan, bu suçların Kabahatler Kanunu m. 43/A hükmüne eklenmesi isabetli olacaktır.

¹³¹⁹ **Köksal**, s. 178; **Gözübüyük**, s. 153; **Algan**, s. 148; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 56.

gözetilmeksizin TCK m. 91/1'de tanımlanan suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise dava zamanaşımı süresi, TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıldır. Hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinin uygulandığı durumlarda dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-a uyarınca otuz yıl, bu suçun temel şeklinin gerçekleştiği durumlarda ise TCK m. 66/1-b gereğince yirmi beş yıldır. Uzatılmış yani olağan üstü dava zamanaşımı süresi ise, TCK m. 67/4 uyarınca yukarıda yer verilen dava zamanaşımı süreleri en fazla yarısına kadar uzamaktadır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemeleri görevlidir. Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, temel cezanın üst sınırı on yıldan fazla hapis cezasını gerektirdiğinden 5235 sayılı Kanun m. 12 ve m. 14 uyarınca görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleri olacaktır. Keza hukuken geçerli rızası bulunmaksızın kişiden organ veya alma suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölümü halinde de kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından ağır ceza mahkemeleri görevli olacaktır.

Bu suçta davaya bakmak yetkisi, CMK m. 12 uyarınca suçun işlendiği, yani organ veya dokunun alındığı yer mahkemesine aittir. Suç teşebbüs aşamasında kalmışsa son icra hareketinin yapıldığı, zincirleme şekilde işlenmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Organ veya dokunun alındığı yerin belli olmaması halinde ise yetkili mahkeme CMK m. 13'e göre belirlenecektir.

4. ÖLÜDEN ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU (TCK m. 91/2)

4.1. Genel Açıklamalar

TCK m. 91/2'de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alma fiili suç olarak düzenlenmiş ve karşılığında bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere TCK m. 91/1'de tanımlanan suçun aksine bu suçta organ alınması ile doku alınması arasında ceza miktarı bakımından bir farklılık yaratılmamıştır. Bu suçla yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu arasındaki diğer bir farklılık da ölüden organ veya doku alma suçunda daha az ceza miktarı öngörülmüş olmasıdır. Bunun sebebinin, ölü

bir kimsenin vücudundan organ veya doku alınmasının onun sağlığına ve yaşamına zarar verme tehlikesinin bulunmaması olduğu söylenebilir¹³²⁰. Gerçekten de yaşayan bir kişiden organ veya doku alınması onun sağlığını ve yaşam hakkını zarara uğratabilecek ya da tehlikeye düşürebilecek iken, organ veya dokunun ölüden alınması durumunda bu yönde bir tehlike ve zarardan söz edilemez. Kuşkusuz ki bu nedenle yaşayan kişiye nazaran ölüden organ veya doku alınmasının haksızlık içeriği daha azdır¹³²¹.

TCK m. 91/2 hükmünün gerekçesinde¹³²² ölüden organ veya doku alma fiilini suç olmaktan çıkaran rızanın hukuki geçerlilik koşullarının ilgili mevzuatta düzenlendiği belirtilerek rızayla sınırlı olarak ODNK hükümlerine atıf yapılmış ise de bu suçu ölüden organ veya doku alınmasını hukuka uygun kılan tüm koşullarla birlikte değerlendirmek gerekmektedir¹³²³. Zira TCK m. 91/1 hükmünün aksine TCK m. 91/2 hükmü yalnızca rıza koşulunu taşımayanları değil, hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan koşulları taşınamaması sebebiyle hukuka aykırı olan ölüden organ veya doku alınması fiillerini cezalandırmaktadır.

4.2. Korunan Hukuki Değer

Ölüden organ veya doku alma suçuyla korunmak istenen hukuki değer karma nitelik taşımaktadır¹³²⁴. Buna göre bu suçla bir yandan ölenin yakınlarının ölenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmemesine ilişkin çıkarı¹³²⁵ korunurken diğer yandan da ölünün hatırasına saygı ve organ veya doku nakline ilişkin insan sağlığına yönelik kamusal düzen korunmaktadır¹³²⁶. Gerçekten de ölenin yakınları, ölen kişinin vücut bütünlüğü içinde defnedilmesinden manevi huzur duymaktadırlar¹³²⁷. Öte yandan her ne kadar ölümle kişilik sona erse de ölü beden hukukun koruması altında olmaya devam ettiğinden, ölünün

¹³²⁰ Gökçen/Balcı (2013), s. 128; Gökçen/Balcı (2015), s. 440; Karakaya, s. 237.

¹³²¹ Algan, s. 149; Ekiz, s. 209.

¹³²² Fıkra Gerekçesi: “İkinci fıkrada ise, ölüden organ veya doku alınması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.”

¹³²³ Algan, s. 150; Karakaya, s. 237.

¹³²⁴ Öztezel, s. 224; Gökçen/Balcı (2013), s. 115.

¹³²⁵ Hafızoğulları/Özen, s. 108; Polat, s. 43; Vural, s. 64; Köksal, s. 181; Özen, s. 304.

¹³²⁶ Arslan/Azizağaoğlu, s. 412; Gökçen/Balcı (2013), s. 115; Gözübüyük, s. 121; Kasapoğlu Halıcı, s. 59; Öztezel, s. 224.

¹³²⁷ Özen, s. 304.

hatırasına saygı duyulması gerekmektedir¹³²⁸. Bu suçla yaşamını yitirmiş de olsa ölenin bedeni üzerinde serbestçe tasarruf yapılamayacağı ve ölenin vücudu üzerinde de korunması gerekli hukuki menfaatin bulunduğu kabul edilmiştir¹³²⁹.

Bu suçla kişinin irade hürriyetinin korunduğunu da söyleyebiliriz¹³³⁰. Zira ODNK m. 14'te ölenin sağlığında ölümünün ardından kendisinden organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmesi halinde organ ve dokusunun alınamayacağı hükme bağlanmıştır.

4.3. Suçun Unsurları

4.3.1. Tipiklik

4.3.1.1. Maddi Unsur

4.3.1.1.1. Fiil

Ölüden organ veya doku alma suçunun kanuni tarifinin yer aldığı TCK m. 91/2'de fiil unsuru “hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku almak” şeklinde belirtilmiştir.

Almak, organ veya dokuyu vücuttan ayırmak, sökerek çıkartmak demektir¹³³¹. Fakat bu tanım, bu suç tipini diğer suç tiplerinden ayırmak için yeterli değildir. Bu nedenle tıpkı yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda olduğu gibi bu suç bakımından da almak kavramının, ölü bir insan vücudundan cerrahi yöntemlerle organ veya dokunun çıkartılmasını ifade ettiğini düşünmekteyiz¹³³². Dolayısıyla cerrahi yöntemler kullanılmadan gerçekleştirilen organ veya doku alma fiilleri bu suçu oluşturmayıp, TCK m. 130/2 kapsamında kişinin hatırasına hakaret suçuna vücut verecektir¹³³³.

Önemle vurgulayalım ki, bu suç bakımından alınan organ veya dokunun ölü bir insana ait olması gerekmektedir. Bunun sonucunda organ veya doku ölü bir insan vücudundan değil

¹³²⁸ Kasapoğlu Halıcı, s. 59; Karakaya, s. 238.

¹³²⁹ Şen, s. 317; Karakaya, s. 238.

¹³³⁰ Aydın (2008b), s. 368; Kasapoğlu Halıcı, s. 59; Ekiz, s. 210.

¹³³¹ Özen, s. 312; Ekiz, s. 212.

¹³³² Algan, s. 152; Köksal, s. 187; Karakaya, s. 243.

¹³³³ Banak, s. 331-332; Algan, s. 152; Ekiz, s. 213.

de ölü bir hayvandan alınmışsa bu suç oluşmayıp, hırsızlık veya somut olayın özelliklerine göre başka bir suç oluşabilir¹³³⁴.

TCK m. 91/2 hükmü, hukuka aykırı olan ölüden organ veya doku alımlarını cezalandırdığından, ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygun olduğunun kabulü için varlığı gereken koşullar bu suçun oluşumu bakımından oldukça önemlidir. Zira ölüden organ veya doku alımı hukuka uygun şekilde gerçekleşmişse bu suç oluşmayacaktır. Hukuka aykırılık, ODNK hükümleri çerçevesinde belirlenecektir¹³³⁵.

Öğretide suçun kanuni tanımında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesi, içeriğinin müphem olması nedeniyle eleştirilmektedir¹³³⁶. Diğer bir anlatımla, ODNK’da yer alan hangi koşullara ve hükümlere uyulmaması halinde TCK m. 91/2 anlamında ölüden organ veya doku alımının hukuka aykırı hale geleceği konusunda belirsizliğin bulunduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda ölüden alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasağına ilişkin ODNK m. 12 hükmüne aykırı davranılması halinde failin TCK m. 91/2’den cezalandırılıp cezalandırılmayacağı öğretide tartışılmıştır. *Bir görüş*, TCK m. 91/2’deki ceza normunun lafzına bakıldığında ODNK m. 12’de öngörülen yasağa aykırılık halinde de ölüden organ veya doku alımı hukuka aykırı hale geleceğinden, esasen bu halde fiilin tipik olacağını ve suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşeceğini, fakat hâkimin tipik olan bu fiili önemsiz hareket olarak nitelendirerek faili bu suçtan sorumlu tutmayabileceğini, zira tipik olan her fiilin cezalandırılmasının ceza hukukunun son araç olma özelliğine aykırı olacağını savunmaktadır¹³³⁷. *Diğer görüş*, suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık ile kastedilenin, tıpkı TCK m. 91/1 hükmünün lafzında yer aldığı gibi hukuken geçerli rıza olduğunu, dolayısıyla ölen veya yakınlarının rızası bulunmaksızın ya da kanunun açıkça yasakladığı durumlarda organ veya doku alınmasının bu suçu oluşturacağını, ODNK m. 12 hükmüne aykırılık halinin ise ölüden organ veya doku almayı hukuka aykırı hale getirmeyeceğini ve bu suçu oluşturmayacağını belirtmektedir¹³³⁸. Kısacası bu görüş, TCK m. 91/2’de öngörülen hukuka aykırılığı yalnızca ODNK m. 14 hükmüne aykırılıkla sınırlandırmaktadır. *Başka bir görüş ise*, ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluğunu sağlayan koşullara ilişkin TCK m. 91/2 ve

¹³³⁴ Gökçen/Balcı (2013), s. 135.

¹³³⁵ Aydın (2008b), s. 372; Aydın (2011), s. 148; Mermut, s. 1468.

¹³³⁶ Ünver (2005b), s. 103.

¹³³⁷ Aydın (2008b), s. 373; Mermut, s. 1468.

¹³³⁸ Gözübüyük, s. 126; Meran, s. 225.

ODNK'da bir ayırım yapılmadığından, ölüden organ veya doku alınması konusunda ODNK'da öngörülen kurallara uyulmaması halinde, almak fiilinin hukuka aykırı olarak gerçekleşeceğini ve suçun oluşacağını kabul etmektedir¹³³⁹. Dolayısıyla ODNK m. 12 hükmüne aykırı şekilde gerçekleştirilen ölüden organ veya doku alınması da hukuka aykırı olacak ve fail TCK m. 91/2'de öngörülen suçtan sorumlu olacaktır. *Kanaatimizce* son görüşe üstünlük tanımak gerekmektedir. Zira ölüden organ ve doku alınması ODNK m. 11-14 hükümlerinde düzenlenmiş olup, bu hükümlerde ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluk koşulları belirlenmiştir. Anılan hükümler incelendiğinde ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygun olduğunun kabulü için bulunması gerekli olan koşulun ölenin veya yakınlarının rızasının varlığı ile sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Kanunkoyucu, TCK m. 91/1'den farklı ve bilinçli bir tercihte bulunarak TCK m. 91/2'de yalnızca hukuken geçerli rıza koşulunu taşımayanları değil, ODNK'da öngörülen ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluk koşullarından herhangi birini taşımayan ve bu suretle hukuka aykırı olan tüm ölüden organ veya doku alınması fiillerini cezalandırmıştır. Bu nedenle ölüden organ veya doku alma suçu bakımından hukuka aykırılığın ODNK m. 14 hükmüne aykırılıkla sınırlı olduğu söylenemez. Dolayısıyla ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin hukuka uygunluk koşullarının düzenlendiği ODNK m. 11-14 hükümlerine aykırı olarak organ veya doku alınması halinde bu suç oluşacaktır¹³⁴⁰.

Ölüden organ veya doku alınması suçunun oluşabilmesi için organ veya dokusu alınan kişinin ölü olması gerekmektedir. Türk hukukunda beyin ölümü anlayışı benimsendiğinden, beyin ölümü gerçekleşen kişinin öldüğü kabul edilir¹³⁴¹. Beyni ağır hasarlı olsa da, beyin ölümü henüz gerçekleşmemiş bir kişiden kalp gibi yaşamsal önemi haiz bir organın alınması halinde fail, kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır¹³⁴². Bu nedenle ölüm anının belirlenmesi bu suç bakımından oldukça önemlidir. Belirtelim ki, ölümün gerçekleştiği anın saptanması, hukuki değil tıp biliminin verilerine göre belirlenmesi gereken tıbbi bir meseledir¹³⁴³. ODNK m. 11 uyarınca beyin ölümünün gerçekleştiğine biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan

¹³³⁹ Köksal, s. 185, dn. 618.

¹³⁴⁰ Köksal, s. 184; Algan, s. 150.

¹³⁴¹ Öğretide *Hafizoğulları/Özen, Şen ve Köksal*, beyin ölümü gerçekleşip henüz klasik ölümü gerçekleşmemiş bir ölüden organ veya doku alınması halinde bu suçun oluşacağını, buna karşılık klasik ölümün gerçekleşmesi sonucunda organ veya dokular canlılığını ve işlevlerini kaybedeceği için, bu nitelikteki organ veya dokuların alınmasının bu suça vücut vermeyeceğini savunmaktadır. Bkz. *Hafizoğulları/Özen*, s. 108; *Köksal*, s. 183-184; *Şen*, s. 317.

¹³⁴² Ömeroğlu, s. 65; Köksal, s. 184.

¹³⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 275; Toroslu (1978), s. 106.

iki hekim tarafından oybirliği ile karar verilecektir. Hekimlerden birinin beyin ölümünün gerçekleştiği tespitine katılmaması halinde, beyin ölümü tanısına karar verilemeyeceği gibi bu hekimin yerine başka bir hekim de çağrılmaz¹³⁴⁴. Bu hekim görüşünü değiştirmede müddetçe, beyin ölümünün gerçekleştiğine ve dolayısıyla kişinin ölü olduğuna karar verilemeyecektir¹³⁴⁵. Ölüm halini saptayan hekimler tarafından ODNK m. 13 uyarınca ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenlenmedikçe beyin ölümü kesinlik kazanmış sayılmaz¹³⁴⁶. Ölüm anı olarak, iki hekimin beyin ölümünün gerçekleştiğine ilişkin ODNK m. 13 uyarınca tanzim ettikleri raporu imzaladıkları an esas alınmalıdır. Hekimlerin bu tutanağı farklı zamanlarda imzalamaları halinde ise ölüm anı, ikinci imzanın atıldığı an olarak kabul edilmelidir¹³⁴⁷.

Ölüden organ veya doku alımının hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesinin diğer koşulu rızadır. Gerçekten de bir kimsenin ölümünden sonra vücudunun tamamının veya organ ve dokularının alınabilmesi için sağlığında ODNK m. 14/1’de belirtilen şekle uygun olarak rıza açıklamasında bulunması gerekmektedir. Kişi kendisinden alınabilecek organ veya dokuları rıza açıklamasında tek tek belirlemişse yalnızca rıza gösterdiği organ veya dokuları alınabilir. Rıza göstermediği organ veya dokuları ise alınamaz. Bir kimse hayattayken organ ve dokularının ölümünden sonra alınmasına ilişkin rıza açıklamasında bulunmamışsa, organ veya dokularının alınabilmesi için ODNK m. 14/1’de sayılan sıraya uygun olarak ölüm anında yanında bulunan yakınlarının rıza göstermesi gerekmektedir. Ancak ODNK m. 14/3 uyarınca ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse yakınlarının rızası bulunsa dahi organ ve doku alınamaz. Belirtelim ki ODNK m. 14/1 hükmüne aykırı şekilde ölenin veya yakınlarının hukuken geçerli rızası bulunmaksızın ölüden organ veya doku alınması hukuka aykırı olacağından, bu halde TCK m. 91/2’de öngörülen suç oluşacaktır¹³⁴⁸. Keza ölenin sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğuna dair iradesinin varlığına rağmen ölüden organ veya doku alınması halinde de bu suç oluşacaktır¹³⁴⁹. Bu durumda yakınlarının rızasının varlığı da organ alımını hukuka uygun hale getirmeyecektir.

¹³⁴⁴ Erpek, s. 26; Gürbüz, s. 148.

¹³⁴⁵ Hakeri (2013), s. 190; Erpek, s. 26.

¹³⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 277.

¹³⁴⁷ Hakeri (2016), s. 98; Köksal, s. 110-111.

¹³⁴⁸ Hafızoğulları/Özen, s. 108; Köksal, s. 186.

¹³⁴⁹ Şen, s. 318; Köksal, s. 185.

Zira yakınların, ölenin iradesiyle uyuşmayan irade açıklamaları hiçbir sonuç doğurmamaktadır¹³⁵⁰.

ODNK m. 14/2 ve m. 14/4'te ölenin ve yakınlarının rızası gerekmeksizin ölüden organ veya doku alınmasını mümkün kılan istisnai hallere yer verilmiştir. Bununla birlikte ölenin sağlığında açıkladığı organ veya dokularının ölümünden sonra alınmasına karşı olduğuna dair bir iradesinin bulunması halinde ODNK m. 14/2 ve m. 14/4'te belirtilen koşullar mevcut olsa bile ölüden organ veya doku alınamayacaktır. Aksi halde ölüden organ veya doku alma suçu oluşacaktır.

Bu suçun tamamlanması için, alınan organ veya dokunun bir başkasına nakledilmiş olması gerekmez¹³⁵¹. Zira suç, organ veya dokunun vücuttan alındığı, diğer bir deyişle bedenden sökülerek çıkartıldığı an tamamlanmış olur¹³⁵². Dolayısıyla vücuttan çıkartılan organ veya dokunun failin egemenlik alanına girip girmediği ile güvenli bir yere götürülmüş olup olmadığının da suçun tamamlanması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli suç mu olduğu meselesine gelince, *öğretide bir görüş*, organ veya dokunun vücuttan çıkartılmasını netice olarak kabul etmek suretiyle bu suçun neticeli bir suç olduğunu savunmaktadır¹³⁵³. Buna karşılık *bizim de iştirak ettiğimiz baskın olan diğer görüş ise*, bu suçun tamamlanabilmesi için suçun kanuni tanımında bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından, bu suçun sırf hareket suçu olduğunu kabul etmektedir¹³⁵⁴. Bu görüşe göre almak fiili, yani organ veya dokunun vücuttan çıkartılması dış dünyada bir değişiklik olarak kabul edilemeyeceğinden suçun netice unsurunu değil, hareket unsurunu oluşturmaktadır.

Bu suç, kanuni tanımında gösterilen “almak” şeklindeki hareketin icrasının devam etmesini gerektiren bir suç olmadığından, ani bir suçtur. Dolayısıyla bu suç tamamlandığı anda bitmektedir.

¹³⁵⁰ Gürbüz, s. 161; Akıncı, s. 129.

¹³⁵¹ Şen, s. 317; Köksal, s. 187.

¹³⁵² Koca/Üzülmöz (2023b), s. 321; Gökçen/Balcı (2013), s. 135; Üzülmöz, s. 130; Meran, s. 225.

¹³⁵³ Hafızoğulları/Özen, s. 107; Vural, s. 64.

¹³⁵⁴ Algan, s. 153; Köksal, s. 187; Özen, s. 318; Ekiz, s. 214; Karakaya, s. 244.

Öte yandan suçun tamamlanması için TCK m. 91/2’de bir zararın meydana gelmesi aranmadığından, bu suç tehlike suçudur¹³⁵⁵. Failin cezalandırılabilmesi için gerçekleştirilen fiilin suçun maddi konusu olan organ veya doku üzerinde gerçekten bir zarar tehlikesine sebebiyet vermesi aranmadığından, bu suç soyut tehlike suçudur¹³⁵⁶.

Hareketin sayısına göre yapılan ayırım bakımından bu suç, tek hareketli bir suçtur¹³⁵⁷. Zira suçun oluşması için TCK m. 91/2’de almak fiilinin birden çok hareketle gerçekleştirilmesi aranmamış; tek hareket yeterli kabul edilmiştir. Burada hareketin tekliğinden anlaşılması gereken; doğal anlamda değil, hukuki anlamda hareketin tekliğidir. Doğal anlamda birden fazla hareketin hukuki anlamda tek hareket olarak kabul edilebilmesi için bulunması gereken koşullara daha önce değinmiştik. Burada tekrar etmemek için önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

Ölüden organ veya doku alma suçunun serbest hareketli bir suç mu yoksa bağlı hareketli bir suç mu olduğu konusunda öğretilde görüş ayrılığı mevcuttur. *Bir görüşe göre*, TCK m. 91/2’de almak fiilinin hangi tarz hareketlerle işleneceğine dair bir belirleme yapılmadığından, bu suç serbest hareketli bir suçtur¹³⁵⁸. *Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre ise*, her ne kadar suçun kanuni tanımında almak fiilinin hangi tarz hareketlerle işleneceğine ilişkin açık bir belirleme yapılmamış ise de bu suçun oluşması için organ veya dokunun cerrahi yöntemlerle vücuttan sökülüp çıkartılması gerektiğinden, bu suç bağlı hareketli bir suçtur¹³⁵⁹. Zira cerrahi yöntemler dışında herhangi bir şekilde organ veya dokunun vücuttan alınması halinde bu suç oluşmayacaktır.

Kanunkoyucu, suçun kanuni tarifi olan TCK m. 91/2’de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınmamasını emrederek yasaklayıcı bir norm öngördüğünden, bu suç icrai bir suçtur¹³⁶⁰. Bu sebeple bu suçun organ veya dokuyu almak şeklinde aktif bir davranışla işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. İcrai bir suçun ihmali bir hareketle işlenebilmesi için gerekli şartlardan olan suçun neticeli bir suç olması ve suçun kanuni

¹³⁵⁵ **Ekiz**, s. 212; **Karakaya**, 245; Aksi görüşte olan **Kasapoğlu Halıcı**, bu suçun zarar suçu olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Kasapoğlu Halıcı**, s. 62.

¹³⁵⁶ **Özen**, s.318; **Ekiz**, s. 212; **Algan**, s. 165.

¹³⁵⁷ **Algan**, s. 153; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 60; **Ekiz**, s. 213.

¹³⁵⁸ **Kasapoğlu Halıcı**, s. 60; **Gökce/Balı** (2013), s. 135; **Aydın** (2011), s. 148; **Aydın** (2008b), s. 372; **Gözübüyük**, s. 124.

¹³⁵⁹ **Algan**, s. 153; **Köksal**, s. 187; **Karakaya**, s. 244.

¹³⁶⁰ **Algan**, s. 152; **Ekiz**, s. 213.

tanımında ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayıldığına ilişkin bir hüküm bulunması koşullarını taşıyamaması sebebiyle bu suç ihmali bir hareketle işlenemez¹³⁶¹.

4.3.1.1.2. Fail

Ölüden organ veya doku alınması suçunun failinin belli nitelik ve özelliğe sahip olmasının gerekip gerekmediği ve dolayısıyla bu suçun özgü suç olup olmadığı hususu öğretilerde tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/2’de fail “kimse” şeklinde ifade edilerek failde bulunması gereken vasıf ve niteliğe ilişkin bir belirleme yapılmaması nedeniyle herkes bu suçun faili olabilir. Dolayısıyla bu suç özgü bir suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilen genel bir suçtur. Her ne kadar ihtisas gerektirmesi sebebiyle hekim olmayanların bu suçu işlemeleri olanaksız gibi görünse de suçun kanuni tanımına göre hekim dışındaki kişilerin bu suçun faili olmalarına engel bir durum yoktur¹³⁶². *Diğer görüşe göre*, her ne kadar TCK m. 91/2’de failin niteliğine dair bir belirleme yapılmamış ise de suçun kanuni tanımında belirtilen almak fiili organ veya dokuyu tıbbi yöntemle vücuttan ayırmayı ifade ettiği için, bu suçun faili yalnızca organ veya dokuyu alan hekim olabilir¹³⁶³. Dolayısıyla bu suç gerçek özgü suçtur. Bunun sonucunda hekim olmayan kişinin bu suça iştirak etmesi halinde, TCK m. 40/2 uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktır. *Konuya ilişkin son görüşe göre ise*, bu suç özgü suç niteliği göstermemekle birlikte almak fiili organ veya dokuyu tıbbi yöntemle vücuttan ayırmaya işaret ettiğinden, suçun faili de ancak tıbbi bilgilerini ve yeterliliğini kullanarak organ veya dokuyu cerrahi usullerle alabilecek kimse olabilir. Dolayısıyla hekimlik mesleğini icra etmeseler bile tıbbi bilgi ve yeterliliği bulunup, cerrahi yöntemle organ veya dokuyu vücuttan çıkarabilecek herkes bu suçun faili olabilir¹³⁶⁴.

¹³⁶¹ Aynı yönde bkz. **Algan**, s. 152; **Aydın** (2011), s. 149; **Karakaya**, s. 245; **Ekiz**, s. 214; Aksi görüşte olan **Aydın**, bu suçun ihmali davranışla işlenebileceğini savunmakta ve örnek olarak bir hastanede görevli başhekimin öteki hekim tarafından hukuka aykırı şekilde ölüden organ veya doku alındığını bilmesine rağmen buna göz yummasını vermektedir. Bkz. **Aydın** (2008a), s. 132.

¹³⁶² **Ömeroğlu**, s. 61; **Kanıcı**, s. 36; **Üzülmez**, s. 130; **Meran**, s. 222-223; **Özen**, s. 308; **Aydın** (2008b), s. 370; **Aydın** (2011), s. 147; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3128; **Bayraktar** (2010), s. 1307-1308; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 60; **Gökcan/Balcı** (2013), s. 136; **Gökcan/Balcı** (2015), s. 450; **Taneri/Kamışlı**, s. 224; **Gözübüyük**, s. 121; **Gerçekler**, s. 1017; **Polat**, s. 44; **Karakaya**, s. 240.

¹³⁶³ **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 321; **Köksal**, s. 183; **Banak**, s. 333; **Vural**, s. 63; **Donay**, s. 151.

¹³⁶⁴ **Algan**, s. 150-151.

Kanaatimizce ODNK hükümleri nazara alındığında organ veya doku alınmasının, hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir tıbbi müdahale türü olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla anılan düzenlemeler, organ ve doku alınması işleminde hekimlerin yetkili kılındığını göstermektedir. Ancak bir işlemi yapmakla hukuken yetkili kılınmak başka, o işlemin yetkili kılınan kişi veya kurumların haricindekiler tarafından gerçekleştirilmesinin fiilen mümkün olup olmaması başka bir konudur. Gerçekten de organ nakli konusunda Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş bir organ nakli merkezinde uzman hekimlerin yanında uzun yıllar çalışması sebebiyle konuya dair pratik ve teorik bilgisi bulunan emekli bir sağlık personelinin, bir ölünün vücudundan organ alabilmesi mümkündür. Benzer şekilde bir veteriner ya da konuya ilişkin gerekli bilgi birikimine erişmiş bir tıp fakültesi öğrencisinin veya hekimlik mesleğini icraya yetkili olmayıp fiilen tıbbi ve cerrahi bilgiye sahip olan bir kimsenin organ ve doku alınması işlemini gerçekleştirebilmesi de ihtimal dâhilindedir. Öte yandan, ölüden organ veya doku alınması suçunun kanuni tanımı olan TCK m. 91/2’de failde bulunması gereken nitelik ve vasfa yönelik herhangi bir belirleme yapılmamış; “kimse” ifadesi kullanılmıştır. Suçun kanuni tanımında failde belirli bir nitelik ve sıfat aranmamasına rağmen yalnızca belirli kişilerin yani hekimlik mesleğini yürütenlerin bu suçun faili olabileceğini savunmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. TCK m. 91/2’de düzenlenen ölüden organ veya doku alınması suçu bakımından önemli olan, ölünün vücudundan organ veya dokusunun sökülüp çıkartılmasıdır. Bu işlemi gerçekleştiren, başka bir deyişle organ veya dokuyu alan kişinin hekim olup olmadığının, ilgili suçun oluşması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İzah edilen tüm bu gerekçelerle tıpkı yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda olduğu gibi bu suçun da özgü bir suç değil, herkes tarafından işlenebilen genel bir suç olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla TCK m. 91/2’de tanımlanan suçun faili, hekimlik mesleğini yürüten bir kişi olabileceği gibi tıbbi ve cerrahi bilgisini kullanarak ölüden organ veya dokuyu alan herhangi bir kimse de olabilir.

4.3.1.1.3. Mağdur

Bu suçun mağduru, vücudundan organ veya dokusu alınan ölünün yakınlarıdır¹³⁶⁵. Kimlerin yakın kavramının kapsamına dâhil olacağı konusunda ölünün rıza açıklama

¹³⁶⁵ Koca/Üzülmez (2023b), s. 321; Bayraktar (2010), s. 1309; Gökcen/Balcı (2013), s. 136; Aydın (2008b), s. 372; Kanıcı, s. 37; Algan, s. 150.

hakkına sahip olan yakınları esas alınmalıdır¹³⁶⁶. Ölenin rıza açıklamaya hakkı olan yakınları ODNK m. 14/1’de sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını olarak sayılmıştır. Buradaki herhangi bir yakınından kastedilen; ölenle hısımlık veya aile hukuku bağı bulunanların yanı sıra ölüm olayından derin elem ve ıstırap duyacak şekilde aralarında sıkı ilişki bulunan ölenin nişanlısı, birlikte yaşadığı kişi veya ölenin tedavisi için sürekli maddi ve manevi olarak destek olan kişilerdir¹³⁶⁷. Dolayısıyla rıza açıklamasına sahip yakının ölenin mirasçısı¹³⁶⁸ olması gerekmemekle birlikte herhangi bir şekilde ölüm anında ölenin yanında bulunan ve fakat ölenle aralarında sıkı ilişki olmayan kişilere rıza açıklama yetkisi tanımak da ODNK’nın amacına ve ruhuna aykırı olacaktır.

Burada, vücudundan hukuka aykırı olarak organ veya dokusu alınan ölenin bu suçun mağduru olup olamayacağına da değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere bir kimsenin işlenen suç dolayısıyla mağdur olabilmesi için suçun işlendiği sırada hayatta olması gerektiğinden¹³⁶⁹, vücudundan organ veya doku alınan ölünün bu suçun mağduru olduğu kabul edilemeyecektir¹³⁷⁰.

4.3.1.1.4. Maddi Konu

Ölüden organ veya doku alma suçunun maddi konusu, alınan organ veya dokudur¹³⁷¹. Bu suçun maddi konusunu oluşturan organ veya dokunun ölü bir insana ait olması gerekmektedir¹³⁷². Dolayısıyla ölü hayvanlardan alınan organ veya dokular, bu suça vücut vermeyecektir¹³⁷³. İnsana ait olsa bile organ veya doku niteliğinde olmayan biyolojik

¹³⁶⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 108; Koca/Üzülmez (2023b), s. 320; Üzülmez, s. 130; Gökçen/Balcı (2013), s. 136; Özen, s. 309; Köksal, s. 181; Polat, s. 44; Vural, s. 64.

¹³⁶⁷ Vatanoglu, s. 39; Kamcı, s. 10; Taşkın, s. 130; Gürbüz, s. 177.

¹³⁶⁸ Öğretide bir görüş ölüden organ veya doku alma suçunun mağdurunun ölenin mirasçıları olduğunu savunmaktadır. Bkz. Ömeroğlu, s. 61; Gözübüyük, s. 123; Ölenin mirasçılarının yanı sıra devletin de bu suçun mağduru olduğu yönündeki görüş için bkz. Arslan/Azizağaoğlu, s. 412; Her iki görüşe de katılmamaktayız. Zira ölenin rıza açıklamasına sahip yakınları ODNK m. 14/1’de ölenin mirasçılarıyla sınırlanmamıştır. Ayrıca bu suçla hukuki menfaati doğrudan ihlal edilen devlet değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi biz bu suçun mağdurunun ölüden organ veya doku alınmasına rıza gösterme yetkisine sahip olan ölenin yakınlarının olduğunu düşünmekteyiz.

¹³⁶⁹ Bkz. Özgenç, s. 227; Şahin/Göktürk, s. 152; Öztürk/Erdem, s. 200.

¹³⁷⁰ Aydın (2008b), s. 372; Algan, s. 151.

¹³⁷¹ Hafizoğulları/Özen, s. 108; Gökçen/Balcı (2013), s. 136; Özen, s. 306; Gözübüyük, s. 122; Algan, s. 151; Vural, s. 64; Polat, s. 44; Suçun maddi konusunun organ veya dokunun alındığı ceset olduğu yönündeki görüş için bkz. Taneri/Kamışlı, s. 223; Aydın (2008a), s. 131; Kasapoğlu Halıcı, s. 61.

¹³⁷² Koca/Üzülmez (2023b), s. 321; Üzülmez, s. 130; Algan, s. 151; Köksal, s. 182.

¹³⁷³ Algan, s. 152; Karakaya, s. 243.

maddelerin alınması halinde de bu suç oluşmayacaktır¹³⁷⁴. Ayrıca yapay organ ve dokular biyolojik madde olarak kabul edilmediğinden bu suçun maddi konusunu oluşturamaz. Belirtelim ki, özel nitelikli dokular olan kompozit dokular bu suçun maddi konusunu oluşturabilirler¹³⁷⁵. Vücudundan organ veya doku alınan insanın hayatta olması halinde ise bu suç değil, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu oluşacaktır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda olduğu gibi TCK m. 91/2 hükmünde herhangi bir ayırım yapılmaksızın ölü bir insanın bedeninden hukuka aykırı olarak alınan her türlü organ ve doku ceza yaptırımına bağlandığından, bu suçun maddi konusunu ODNK kapsamında yer alan organ veya dokularla sınırlandırmak mümkün değildir¹³⁷⁶. Dolayısıyla ODNK kapsamında yer alsın veya almasın ölü bir insandan hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması halinde bu suç oluşacaktır. Ancak, ODNK kapsamı dışında bırakılan insana ait organ veya dokularla ilgili özel bir ceza normu bulunmaktaysa, ceza miktarına bakılmaksızın TCK m. 91/2 yerine bu özel ceza normu uygulanmalıdır¹³⁷⁷.

4.3.1.2. Manevi Unsur

Ölüden organ veya doku alınması suçunun manevi unsuru kast olup, taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir¹³⁷⁸. Bu suçun oluşması bakımından failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesi de gerekmemektedir¹³⁷⁹.

Kastın varlığı için suçun kanuni tarifinde yer alan maddi unsurların fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Aksi halde kasttan söz edilemez. Dolayısıyla ölüden organ veya doku alma suçunda kastın varlığından bahsedilebilmesi için fail, ölü olduğunu bildiği bir insan bedeninden organ veya doku aldığını bilmelidir. Bu suça ilişkin olarak failin kastının hangi unsurları kapsaması gerektiğini daha ayrıntılı şekilde ifade edecek olursak, öncelikle

¹³⁷⁴ Gökçen/Balcı (2013), s. 136; Köksal, s. 182.

¹³⁷⁵ Gözübüyük, s. 122.

¹³⁷⁶ Gözübüyük, s. 122; Köksal, s. 182.

¹³⁷⁷ Köksal, s. 182.

¹³⁷⁸ Hafızoğulları/Özen, s. 109; Koca/Üzülmez (2023b), s. 322; Özen, s. 320; Taneri/Kamışlı, s. 231; Gerçekler, s. 1023; Aydın (2008b), s. 376; Ömeroğlu, s. 66; Bayraktar (2010), s. 1325; Mermut, s. 1480; Köksal, s. 189; Vural, s. 64; Kasapoğlu Halıcı, s. 62.

¹³⁷⁹ Koca/Üzülmez (2023b), s. 322; Arslan/Azizağaoğlu, s. 413; Özen, s. 320; Köksal, s. 189; Algan, s. 153; Kasapoğlu Halıcı, s. 62.

fail tarafından vücudundan organ veya doku alınacak kişinin ölü olduğunun, diğer bir ifadeyle beyin ölümünün gerçekleştiğinin bilinmesi gerekmektedir¹³⁸⁰. Ayrıca failin ölen bir kimsenin vücudundan cerrahi usullerle aldığı şeyin tıbben organ veya doku niteliğinde olduğunu bilmesi gerekmemekle birlikte kastının varlığı için ölen bir insanın vücuduna ait bir parçayı aldığını bilmelidir. Bu suçun sırf hareket suçu olduğunu kabul ettiğimiz için, suçta netice bulunmadığından kast bakımından illiyet bağı ve neticenin bilinmesi meselesi gündeme gelmeyecektir.

TCK m. 91/2’de yer verilen “hukuka aykırı olarak” ifadesinin bu suç tipi bakımından icra ettiği fonksiyonu belirlemekte yarar bulunmaktadır. Zira hukuka aykırılığın kastın kapsamına dâhil olup olmayacağı burada önem arz etmektedir. *Öğretide bir görüşe göre*, suçun kanuni tanımında hukuka aykırılık unsuruna ayrıca yer verilen suçlarda failin kastının hukuka aykırılığı da kapsaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla kastın varlığı için fail gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırılığını da bilmelidir. Zira bu halde hukuka aykırılık tipikliğe ait bir unsurdur. Aksi takdirde kasttan söz edilemez. Dolayısıyla bu nitelikteki suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir¹³⁸¹. Bu görüşten hareketle ölüden organ veya doku alma suçunun olası kastla işlenemeyip, yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği ve failin kastının hukuka aykırılığı da kapsaması gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁸². *Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüş göre ise*, kanuni tanımında hukuka aykırılık unsuruna özel olarak yer verilen suçlarda ikili bir ayırma gitmek gerekmektedir. Buna göre, hukuka aykırılık suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlardan birini niteliyorsa, tipikliğin bir unsuru olarak kastın kapsamına dâhil olduğu kabul edilmelidir. Bu tür suçların sadece doğrudan kastla işlenebileceğinde kuşku yoktur. Buna karşılık hukuka aykırılık, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlardan herhangi birini nitelemeyip, fiilin genel olarak hukuka aykırılık özelliğine göndermede bulunuyor ise kastın kapsamına dâhil değildir ve mesele haksızlık bilinci yani kusur bağlamında değerlendirilmelidir. Bu halde esasen suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılık kavramına yer verilmesi gereksiz bir tekrar olup, kanunkoyucu bu formülasyonda hâkimi somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı konusunda araştırmaya sevk etmeyi amaçlamaktadır¹³⁸³. Bu bilgiler

¹³⁸⁰ **Algan**, s. 155; **Karakaya**, s. 248.

¹³⁸¹ **Özgenç**, s. 312; **Demirbaş**, s. 294; **Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri** (2018), s. 278; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 291.

¹³⁸² Bkz. **Gökçen/Balcı** (2013), s. 137; **Aydın** (2011), s. 148; **Köksal**, s. 189-190, dn. 633; **Gözübüyük**, s. 132; **Kancı**, s. 36.

¹³⁸³ **Öztürk/Erdem**, s. 260-261; **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 269-270; **Göktürk, Neslihan** (2016) ‘Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 426-427.

ışığında ölüden organ veya doku alma suçunun kanuni tanımında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesinin herhangi bir maddi unsuru nitelemeyip, tüm fiilin değerlendirilmesiyle ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu suçta hukuka aykırılık, tipikliğin bir unsuru olmadığı için failin kastının kapsamına dâhil değildir¹³⁸⁴. Bu nedenle ölüden organ veya doku alma suçu olası kastla da işlenebilir¹³⁸⁵. Buradaki suç tipinde yer alan hukuka aykırılığın hâkime uyarı fonksiyonu bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, kanunkoyucu somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı konusunda hâkimi araştırmaya sevk etmektedir.

4.3.2. Hukuka Aykırılık

Ölüden organ veya doku alma fiilinin suç teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Nitekim bu husus suçun kanuni tanımında da açıkça belirtilmiştir. Buradaki hukuka aykırılıktan anlaşılması gereken, ölüden organ veya doku alınmasına yönelik mevzuatta öngörülen kural ve koşullara uyulmamasıdır¹³⁸⁶. O halde ODNK’da öngörülen koşullara uyulmaması halinde ölüden organ veya doku alımı hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık ODNK’da öngörülen ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluk koşullarının kümülatif olarak gerçekleşmesi durumunda ise fiil, hukuka uygun olacaktır¹³⁸⁷. Ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluk koşullarının içeriğini daha önce ayrıntılı şekilde açıkladığımız için tekrara düşmemek amacıyla bu konuda önceki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz.

Bu suçun kanuni tanımında yer verilen “hukuka aykırı olarak” ifadesiyle genel hukuka uygunluk nedenlerine atıfta bulunulmak suretiyle, somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı konusunda hâkimin araştırmaya sevk edilmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla bu suç bakımından gündeme gelebilecek hukuka uygunluk nedenlerini incelediğimizde, ölüden organ veya doku alma fiilinin, haksız bir saldırıyı defetme zorunluluğu ile işlenebilmesi olanaklı olmadığından, meşru savunma hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir¹³⁸⁸.

¹³⁸⁴ Koca/Üzülmmez (2023b), s. 322; Üzülmmez, s. 131; Algan, s. 158; Karakaya, s. 248.

¹³⁸⁵ Özen, s. 320; Algan, s. 153.

¹³⁸⁶ Bayraktar (2010), s. 1320.

¹³⁸⁷ Aydın (2008b), s. 379; Köksal, s. 187.

¹³⁸⁸ Özen, s. 321; Gözübüyük, s. 135; Aydın (2008b), s. 381.

ODNK’da öngörülen koşullara uyulması halinde hekime ölüden organ veya doku alma izni verildiğinden, bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas edildiği, böyle bir halde ODNK hükümlerine uygun olarak ölüden organ veya doku alan hekimin hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı savunulmuştur¹³⁸⁹. *Kanaatimizce* ODNK’da yer alan hukuka uygunluk koşullarına uyulması halinde zaten ölüden organ veya doku alınması fiili tipik olmayacağından, tipe uygun olmayan bu fiil hakkında hukuka aykırılık incelemesi de yapılmayacaktır. Dolayısıyla tipik olmayan bu fiile ilişkin hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin uygulanması da mümkün değildir¹³⁹⁰. Zira suç teorisinde, işlenen bir fiilin hukuka uygunluk nedeninden yararlanıp yararlanmadığına ilişkin değerlendirme tipe uygun bir fiilin gerçekleşmesinden sonraki aşamada yapılır.

Bu suç bakımından ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedenidir¹³⁹¹. Zira kural olarak bir kimsenin ölümünden sonra vücudunun tamamının veya organ ve dokularının alınabilmesi için sağlığında ODNK m. 14/1’de belirtilen şekle uygun olarak rıza açıklamasında bulunması gerekmektedir. Kişinin bu yönde geçerli bir rıza açıklaması yoksa, organ veya dokularının alınabilmesi için ODNK m. 14/1’de sayılan sıraya uygun olarak ölüm anında yanında bulunan yakınlarının rızası gereklidir. Burada rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedendir. Zira rızanın bulunmaması halinde ölüden organ veya doku alımı suç teşkil edecektir. Yakınların rızasının geçerli olabilmesi için ODNK m. 14/3 uyarınca ölenin, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmemiş olması gerekmektedir. Belirtelim ki, ODNK m. 14/2 ve m. 14/4’te ölenin ve yakınlarının rızasına gerek bulunmaksızın ölüden organ veya doku alınmasını mümkün kılan istisnai hallere yer verilmiştir. Anılan istisnai hallere ilişkin hükümlerde belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde rıza bulunmaksızın ölüden organ veya doku alan hekim, kanunun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak ve fiil hukuka aykırı olmayacaktır. Bununla birlikte ölenin sağlığında açıkladığı organ veya dokularının ölümünden sonra alınmasına karşı olduğuna dair bir iradesinin bulunması halinde ODNK m. 14/2 ve m. 14/4’te belirtilen koşullar mevcut olsa bile ölüden organ veya doku alınamayacaktır. Aksi halde ölüden organ veya doku alma suçu oluşacaktır. Bu suç bakımından kanun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk

¹³⁸⁹ Gökçen/Balcı (2013), s. 137; Gökçen (2000), s. 64; Demirbaş, s. 350; Artuk/Gökçen/Alşahin/ve diğerleri, s. 532; Çakmut, s. 157.

¹³⁹⁰ Aynı yönde bkz. Algan, s. 159; Karakaya, s. 255.

¹³⁹¹ Hafizoğulları/Özen, s. 108; Gözübüyük, s. 136; Algan, s. 159; Aydın (2008b), s. 379.

nedeninin uygulama alanı bulacağı bir diğer husus da bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla Cumhuriyet savcısının kararıyla hekim tarafından ölmüş bir kimseden doku niteliğinde biyolojik örnekler alınmasıdır¹³⁹².

4.4. Kusurluluk

Failin gerçekleştirdiği hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alma fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için kusurunun bulunması gerekmektedir. Ayrıca TCK m. 61/1-f uyarınca faile verilecek ceza da, kusurun ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Failin kusuru bulunmuyorsa, işlediği fiil suç teşkil etmekle birlikte cezalandırılması mümkün değildir. Ancak kusurunun bulunmaması, suç nedeniyle fail hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir. Failin kusuru tamamen ortadan kalkmamakla birlikte azaltan bir neden söz konusuysa, buna paralel olarak ceza sorumluluğu da azalacaktır.

Hukuki koşulları olduğu takdirde kusurluluğu ortadan kaldıran neden olan TCK m. 24/2'de düzenlenen hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bu suç açısından uygulama alanı bulabilecektir¹³⁹³. Buna göre hiyerarşik amirinin verdiği emir üzerine ölüden organ veya doku alan hekimin kusurunun bulunmadığının kabulü için; öncelikle kendisine verilen bu yöndeki emri şekil bakımından denetlemesi sonucu hekim, emri verenin buna yetkili olduğunu ve kendisinin emri yerine getirmekle yükümlü olduğunu tespit etmelidir. Emri veren yetkili değilse veya emri alan bu emri yerine getirmek zorunda değilse, bağlayıcılıktan bahsedilemeyeceği için hekim bu emri yerine getirmemelidir¹³⁹⁴. Aksi takdirde sorumlu olur. Hekim, kendisine verilen bağlayıcı emrin içeriğini denetlemesi sonucu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olduğunu belirlerse, bunu amirine bildirmelidir. Amir hukuka aykırı olan bu emrinde yazılı olarak ısrar ederse, hekim bu emri yerine getirerek ölüden organ veya dokuyu alması halinde AY m. 137/1 uyarınca hekim sorumlu olmayacaktır. Fakat hukuka aykırı ve bağlayıcı olan bu emri veren amir sorumlu olacaktır¹³⁹⁵. Hekim, emrin içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığını denetlemeden hukuki

¹³⁹² “...Muayene edilmesi yahut vücudundan örnek alınması gereken kişinin ölmüş olması durumunda 76.madde değil anılan kanunun 86.madde (ölünün kimliğini belirleme ve adli muayene) ya da 87.madde (otopsi) hükümlerinin uygulama alanı bulacağı, bununla birlikte Cumhuriyet savcısının 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160.maddesi gereğince genel delil toplama yetkisi kapsamında bu yetkiye sahip olması karşısında...” Yarg. 1. CD, E: 2018/5059, K: 2020/2850, T: 16.11.2020 (UYAP Veri Tabanı).

¹³⁹³ Özen, s. 330-331; Algan, s. 163; Ekiz, s. 218; Aksi görüş Gözübüyük, s. 138.

¹³⁹⁴ Demirbaş, s. 306; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 570; Centel/Zafer/Çakmut, s. 296-297.

¹³⁹⁵ Koca/Üzülmez (2023a), s. 344; Öztürk/Erdem, s. 266-267.

koşulları gerçekleşmeksizin ölüden organ veya doku almış ise bundan sorumlu olacaktır¹³⁹⁶. Diğer taraftan emrin konusu suç teşkil ediyor ise hekim tarafından bu emir hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir. Aksi halde hekim, emri verenle sorumlu olacaktır (AY m. 137/2; TCK m. 24/3). Bu kapsamda, ölümünden sonra organ ve dokularının alınmasına karşı olduğunu belirten ölmüş bir kimseden rızası bulunmamasına rağmen böbreğinin alınması hususunda başhekimin verdiği emri yerine getiren hekim, başhekimle birlikte ölüden organ alınması suçundan sorumlu olacaktır. Zira böyle bir emrin konusu suç ettiğinden, hiçbir şekilde yerine getirilmemesi gerekir. Buna karşılık, ölümün doğal nedenlerden meydana geldiği hususunda hiçbir kuşku bulunmayan bir olayda suç şüphesi olmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının kararı üzerine, kimliği belirli olan bir ölüden doku niteliğinde biyolojik örnek alan hekim, TCK m. 24/2'den yararlanacak ve kusurlu addedilemeyecektir.

Ölüden organ veya doku alınması suçu bakımından meşru savunma gündeme gelmeyeceğinden, TCK m. 27/2'de düzenlenen meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması da uygulanabilir nitelikte değildir¹³⁹⁷. Ayrıca bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için, TCK m. 27/1'de öngörülen kusurluluğu azaltan neden olan sınırın aşılması da gündeme gelmeyecektir¹³⁹⁸.

Bu suç bakımından uygulanma kabiliyetini haiz bir diğer kusurluluğu ortadan kaldıran neden TCK m. 28'de düzenlenen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdittir. Gerçekten de hekim karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alırsa kusursuz sayılacak ve cezalandırılmayacaktır¹³⁹⁹. Zira bu halde hekimin irade yeteneği etkilenmiş olduğu için, başka türlü davranma olanağından bahsedilemez. Ancak ifade edelim ki, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin başka türlü davranma imkânını bertaraf edecek derecede irade yeteneğinin etkilendiğinden söz edilebilmesi için daha önemli nitelikteki hukuki değerini korumak adına bundan daha önemsiz veya en azından eşit derecedeki hukuki değeri feda etmelidir¹⁴⁰⁰. Örneğin, başına silah dayanarak söyleneni yapmaması halinde kendisinin ve çocuğunun öleceği yönünde yapılan tehdit sonucu rıza bulunmaksızın ölüden göz alınması fiilini işleyen hekimin kusurunun bulunduğundan söz edilemez. Fakat cebir ve

¹³⁹⁶ Öztürk/Erdem, s. 267; Koca/Üzülmez (2023a), s. 345.

¹³⁹⁷ Gözübüyük, s. 138; Karakaya, s. 271.

¹³⁹⁸ Gözübüyük, s. 140; Karakaya, s. 271.

¹³⁹⁹ Gözübüyük, s. 138; Algan, s. 164; Ekiz, 218-219.

¹⁴⁰⁰ Özgenç, s. 491; Demirbaş, s. 485; Koca/Üzülmez (2023a), s. 360.

şiddet ya da korkutma ve tehditle hekime suç işleyen kişi, bu suç nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır¹⁴⁰¹.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun aksine ölüden organ veya doku alma suçunda TCK m. 25/2’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi kaydıyla zorunluluk halinin uygulama alanı bulabileceğini düşünmekteyiz¹⁴⁰². Bir örnekle açıklamak gerekirse, hayatta kalabilmesi için acil karaciğer nakli yapılması gereken ve nakil işleminden başka tedavi seçeneği bulunmayan eşinin yaşamını kurtarabilmek amacıyla beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimsenin rızası hilafına karaciğerini alan hekimin zorunluluk hali nedeniyle kusurundan söz edilemeyecektir. Zira hekim burada eşinin yaşama hakkına yönelen, kendisinin neden olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden onu korumak için hareket etmektedir. Ayrıca tehlikenin yöneldiği kişinin yaşama hakkını korumak için ölenin yakınlarının ceset üzerindeki haklarının feda edildiği nazara alındığında orantılılık bakımından da bir sorun bulunmadığı anlaşılmaktadır¹⁴⁰³. Buna karşılık, nakil operasyonu yapılmasa bile hayatını sürdürebilecek olup, nakle alternatif tedavi seçenekleri ile iyileşebilme olanağı olan bir kişiye nakledilmek üzere ölüden rızası hilafına böbrek alınması durumunda fail, zorunluluk halinden faydalanamayacaktır.

4.5. Hata

Suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlar üzerindeki hata, TCK m. 30/1 uyarınca failin kastını ortadan kaldırır. Bu kapsamda organ veya dokunun alındığı kişinin ölü bir insan olması bu suçun maddi unsurlarından olduğu için, failin organ veya doku aldığı kişinin ölü olduğunu bilmemesi halinde kastı ortadan kalkacaktır. Örneğin, fail organ veya doku aldığı bedenin ölü bir hayvana ya da yaşayan bir insana ait olduğunu sanıyorsa, TCK m. 30/1 gereğince unsur hatası söz konusu olacaktır. Öğretide bir görüş, failin, vücudundan organ veya doku aldığı kişinin ölü olduğunu bilmeyip sağ olduğunu sanması halinde, şartları varsa kastı doğrultusunda yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçundan sorumlu tutulabileceğini ileri sürmektedir¹⁴⁰⁴. *Kanaatimizce* böyle bir durumda her ne kadar fail,

¹⁴⁰¹ Özgenç, s. 489; Demirbaş, s. 484; Koca/Üzülmez (2023a), s. 357; Öztürk/Erdem, s. 323.

¹⁴⁰² Aynı yönde bkz. Özen, s. 329; Algan, s. 164-165; Ekiz, s. 219; Karakaya, s. 269; Karşı yönde bkz. Aydın (2008b), s. 382; Gözübüyük, s. 139.

¹⁴⁰³ Algan, s. 165; Karakaya, s. 269.

¹⁴⁰⁴ Bkz. Algan, s. 154.

yaşayan bir kişiden organ veya doku almaya yönelik kastla hareket ediyor ise de somut olayda gerçekleşmeyen yaşayan kişiden organ veya doku alınması fiilinden dolayı failin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira failin hataya düşmesi sonucu vücudundan organ veya doku aldığı ölü kişinin sağ olduğunu sanması, gerçekleşmeyen yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun faile yüklenmesi sonucunu doğuramaz. Bu gerekçelerle, ölü olmasına rağmen sağ sandığı bir kişinin vücudundan hukuka aykırı şekilde organ veya doku alan failin TCK m. 91/2’de tanımlanan ölüden organ veya doku alınması suçu bakımından kastı ortadan kalkacaktır. Failin hatası taksirden kaynaklansa bile bu suçun taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden ceza sorumluluğu olmayacaktır.

ODNK’da öngörülen hükümlere uygun şekilde vücudundan organ ve doku alınacak ölüde düşülen hata da TCK m. 30/1 uyarınca failin kastını ortadan kaldıracaktır¹⁴⁰⁵. Zira failin zihninden geçirdiği tasavvuru gerçeğe uygun olsaydı hukuka uygun olarak ölüden organ veya doku alacağı için fiili suç teşkil etmeyecekti. Buna karşılık fail hukuka aykırı olarak organ veya doku alacağı ölünün kimliğinde hataya düşerek başka bir ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku almış ise bu durumda hatasından yararlanamayacak ve kastı ortadan kalkmayacaktır. Zira failin tasavvur ettiği gerçekleşseydi dahi fiili TCK m. 91/2 kapsamında suç teşkil edecekti. Dolayısıyla bu ihtimalde ölünün kimliğinde düşülen hatanın bir önemi yoktur.

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından ODNK m. 14/1’de öngörülen rızanın niteliği itibarıyla hukuka uygunluk nedeni olduğunu daha önce ifade etmiştik. Fail ehliyet veya şekil gibi rızanın geçerlilik koşullarına ilişkin yanılgıya düşmek suretiyle geçerli bir rızanın bulunduğunu düşünerek ölüden organ veya doku almış ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata söz konusu olacak ve TCK m. 30/1 uyarınca kasten hareket etmiş olmayacaktır¹⁴⁰⁶. Suçun taksirli hali de öngörülmediğinden bu suç oluşmayacaktır.

¹⁴⁰⁵ Aydın (2008a), s. 135; Gözübüyük, s. 132; Kanıcı, s. 36.

¹⁴⁰⁶ Gözübüyük, s. 132-133; Benzer yönde bkz. Karakaya, s. 250; Aydın, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle failin ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin rızanın geçerli olduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünün kabul edilmesi halinde TCK m. 30/3 uyarınca bu hatasından yararlanacağı, buna karşılık hatanın kaçınılmaz nitelikte olmaması, başka bir deyişle kendi dikkatsizliği veya özensizliği sonucu hataya düşmesi halinde ise hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağını savunmaktadır. Bkz. Aydın (2008a), s. 134-135; Aydın (2008b), s. 377.

Rıza açıklamasında hangi organ veya dokuların alınmasına rıza gösterildiği saymak suretiyle belirlenebilir. Bu halde yalnızca alınmasına rıza gösterilen organ veya dokular ölüden alınabilecektir. Rıza açıklamasının kapsamına dâhil olmayan organ veya dokular ise ODNK m. 14/2 ve m. 14/4'te belirtilen istisnai durumlar haricinde alınamayacaktır. Ölenin yaşarken kendisinin veya öldükten sonra ODNK m. 14/1'de gösterilen ölüm anında yanında bulunan yakınlarının alınmasına rıza gösterdiği organ veya dokusunun yerine yanılğı sonucu rıza göstermediği başka bir organ veya dokusunu alan failin suçun maddi konusunda yanılğıya düştüğü kabul edilir ve bu hatası TCK m. 30/1 gereğince kastını ortadan kaldırır¹⁴⁰⁷.

Ölüden organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kimse, TCK m. 30/3 gereğince bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, esasen yan odasında bulunan meslektaşını hedef alan “söyleneni yapmayıp ölüden rızası hilafına böbreğini almaması ve herhangi birisini durumdan haberdar etmesi halinde çocuğunun öldürüleceği” şeklindeki tehdit notunu kendi odasının kapısına çok yakın yerde bulması üzerine kendisine yönelik böyle bir tehdidin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşerek ölüden rızası hilafına böbrek alan hekim, kusurlu sayılamayacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda ölüden organ veya doku alınması suçundan cezalandırılmayacaktır.

Bu suçun kanuni tanımında yer verilen “hukuka aykırı olarak” ifadesi herhangi bir maddi unsuru nitelemeyip, tüm fiilin değerlendirilmesiyle ilgili olduğundan, kastın kapsamına değildir. Kanunkoyucu bu ifadeyle somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olabileceği konusunda hâkimi uyarmaktadır. Bu nedenle de failin bu hususta düşeceği hata, haksızlık bilinci yani kusura ilişkin olduğundan, TCK m. 30/4 kapsamında değerlendirilmelidir.

¹⁴⁰⁷ Aydın (2008a), s. 135; Gözübüyük, s. 132; Kanıcı, s. 36.

4.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

4.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Ölüden organ veya doku alma suçu niteliği itibarıyla teşebbüse elverişlidir¹⁴⁰⁸. Zira bu suç sırf hareket suçu olsa da alma fiili kısımlara bölünebilmektedir. Bu itibarla fail, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya ölü bir kişiden organ veya doku alma fiiline başlamış fakat elinde olmayan bir nedenle fiili tamamlayamamış, diğer bir deyişle vücuttan söküp çıkartamamış ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Buna örnek olarak, hekimin ODNK m. 14/1 uyarınca sağlığında kendisinin ve ölümünden sonra da yakınlarının bağışa ilişkin geçerli bir rızası bulunmaksızın beyin ölümü gerçekleşmiş birinin böbreğini almak için kesi oluşturmaya ancak ansızın yapılan kolluk baskını nedeniyle böbreği vücuttan çıkartmadan yakalanması verilebilir.

Bu suçu teşebbüsün şartları bağlamında incelemek gerekirse, teşebbüsün varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle failin bu suçu işlemeye ilişkin kastı bulunmalıdır. Buradaki kast, ölüden organ veya doku alma suçunu teşebbüs aşamasında bırakmaya yönelik değil, tamamlamaya yönelik olmalıdır¹⁴⁰⁹. Failin kastının bu suçu işlemeye yönelik olması, bu suça teşebbüsü bilhassa TCK m. 130/2’de düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçundan ayırt etmeye yarayacaktır. Bir örnekle izah etmek gerekirse, beyin ölümü gerçekleşmiş bir cesedin gözlerini tahkir edici yani ölüye saygıyla bağdaşmayacak şekilde çıkartmaya çalışan ve fakat henüz gözleri bulunduğu yerden çıkartmadan yakalanan hekim ölüden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten değil, TCK m. 130/2’de tanımlanan suça teşebbüsten sorumlu olacaktır¹⁴¹⁰. Zira burada failin kastı ölüden organ veya doku almaktan ziyade ceset hakkında tahkir edici fiillerde bulunmaktır.

Ayrıca fail, icra hareketlerine başlamadığı sürece teşebbüsten söz edilemez. Dolayısıyla failin gerçekleştirdiği davranış icra hareketi değil, hazırlık hareketi niteliğindeyse suça teşebbüsten bahsedilemez. Bir hareketin icra hareketi olarak kabul edilebilmesi için suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olması ve suçun konusunu en azından tehlikeye düşürmesi gerektiğini daha önce belirtmiştik. Bu itibarla beyin ölümü

¹⁴⁰⁸ Taneri/Kamışlı, s. 233; Özen, s. 333; Ömeroğlu, s. 67; Bayraktar (2010), s. 1326; Gözübüyük, s. 141; Gökcen/Balcı (2015), s. 453; Aydın (2008a), s. 142; Kasapoğlu Halıcı, s. 74; Polat, s. 49; Kanıcı, s. 43; Köksal, s. 192; Algan, s. 165.

¹⁴⁰⁹ Demirbaş, s. 504; Centel/Zafer/Çakmut, s. 448.

¹⁴¹⁰ Algan, s. 166; Ekiz, s. 220.

teşhisi konulan bir cesedin organ veya dokularının alınması için mezarından çıkarılması ya da hekimin ameliyathaneyi hazırlaması ve operasyonda kullanacağı tıbbi malzemeleri ameliyathaneye getirmesinin, hazırlık hareketi niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz¹⁴¹¹. Zira bu hareketlerin suçun konusuyla ve alma fiiliyle yakın irtibat halinde olmadığı açıktır. Buna karşılık, organ veya dokunun alınmasına yönelik olarak ceset üzerinde bir müdahalede bulunulması, örneğin cesedin ameliyat masasında dezenfekte edilmesi ya da alınacak organ veya dokunun bulunduğu yerin kesilmeye başlanmasının bu suçun konusu ve alma fiiliyle yakın bağlantı içerisinde olması nedeniyle icra hareketleri kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan teşebbüsün varlığı için gerçekleştirilen icra hareketlerinin elverişli de olması gerekmektedir. Elverişlilikten anlaşılması gereken; failin gerçekleştirdiği hareketin, suçun kanuni tarifindeki unsurlarını meydana getirmeye uygun olmasıdır. Dolayısıyla bu suç bakımından, başlanan icra hareketinin ölüden organ veya doku almaya uygun olması gerekmektedir. Belirtelim ki elverişlilik, kullanılan araç ve suçun konusu da dâhil olmak üzere fail tarafından girilen faaliyetin tümü ve diğer mevcut şartlar dikkate alınarak somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu çerçevede ölüden böbrek almak için hekimin kesici özelliği olmayan yumuşak bir malzemeyle ölünün vücudunu kesmeye çalışması halinde, kullanılan araç TCK m. 91/2’de tanımlanan suçu gerçekleştirmeye elverişli olmadığından teşebbüsten söz edilemez.

Ölüden organ veya doku alınması suçu sırf hareket suçu olup, organ veya dokunun cesetten çıkarılmasıyla tamamlanacağından, bu aşamadan sonra teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan sorumluluk gündeme gelecektir. İfade edelim ki suçun tamamlanması bakımından sökülen bu organ veya dokunun failin egemenlik alanına girip girmediğinin ya da bir başkasına nakledilip nakledilmediğinin önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçta teşebbüs, failin organ veya dokuyu vücuttan çıkarıp bağımsız hale getirmesi aşamasına kadar söz konusu olur.

Fail ölüden organ veya doku alma konusunda icra hareketlerine başlamakla birlikte kendi iradesiyle tamamen gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçerse TCK m. 36

¹⁴¹¹ *Algan*, cesedin ameliyathaneye alınmasının hazırlık hareketi değil, icra hareketi niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Algan**, s. 166. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira cesedin ameliyathaneye alınmasının suçun konusunu müstakilen tehlikeye düşürdüğü ve organ veya doku alınması fiiliyle yakın ilişki içinde kabul edilemez.

uyarınca gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Dolayısıyla fail bu halde ölüden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak tamam olan kısım başka bir suça vücut veriyorsa bu suçtan cezalandırılır. Söz gelimi failin böbreği almak için ölünün bedeninde kesi meydana getirdikten sonra özgür iradesiyle böbreği almaktan vazgeçmesi halinde ölüden organ almaya teşebbüs suçundan cezalandırılmayacaktır. Öğretide genel kabul gören görüşe göre, bu ihtimalde tamam olan kısım TCK m. 130/2’de tanımlanan ölünün hatırasına hakaret suçuna vücut vereceğinden, fail bu suçtan cezalandırılacaktır¹⁴¹². *Kanaatimizce* ise bu durumda bir ayırım yapılarak tamam olan kısmın diğer bir deyişle organ veya dokuyu almak için cesede yapılan müdahalenin, tahkir edici olduğunun yani ölüye saygıyla bağdaşmadığının kabulü halinde, fail TCK m. 130/2’den cezalandırılmalı, aksi halde sorumluluğu cihetine gidilmemelidir.

4.6.2. İştirak

Ölüden organ veya doku alma suçunun işlenebilmesi için TCK m. 91/2’de failin sayısına önem atfedilmediğinden, tek failli bir suç olan bu suça iştirakin her türü mümkündür¹⁴¹³. Dolayısıyla bu suç, birden fazla kişinin değişik şekillerdeki katılımıyla işlenebilmektedir. Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alma fiilini tek başına ve bizzat işleyen kimse, suçun müstakil faili olacaktır. Bununla birlikte organ veya doku alma çoğunlukla bir ekip çalışmasını gerektirdiğinden, bu suçun işlenmesine genellikle birden fazla kişi katılmaktadır. Bu kapsamda birden fazla hekimin, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak icra hareketlerini gerçekleştirmek suretiyle ölüden organ veya doku alma fiili üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde, TCK m. 37/1 gereğince her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Müşterek failliğin koşullarından olan fiil üzerinde ortak hâkimiyetin varlığı için katkıların hem zaman olması ve katkıda bulunanların muhakkak suç mahallinde bulunması gerekmemektedir. Önemli olan birlikte suç işleme kararı doğrultusunda aralarındaki işbölümüne dayalı olarak gerçekleştirilen katkının, suçun

¹⁴¹² Benzer yönde bkz. **Gökçen/Balcı** (2013), s. 138; **Gözübüyük**, s. 143; **Algan**, s. 167; **Polat**, s. 49; Buna karşılık **Köksal**, failin tahkir kastıyla hareket etmemesi sebebiyle cesette oluşturulacak kesinin TCK m. 130/2’de tanımlanan suça vücut vermeyeceği görüşündedir. Bkz. **Köksal**, s. 193; Belirtelim ki bu görüşün gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira TCK m. 130/2’de tanımlanan suçun oluşması için failin tahkir kastıyla hareket etmesi gerekmemektedir. Hatta bu suç olası kastla dahi işlenebilir. Bu suç bakımından önemli olan, suçun kanuni tanımında da belirtildiği üzere fiilin tahkir edici olmasıdır.

¹⁴¹³ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 138; **Özen**, s. 334; **Algan**, s. 167; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 75; **Polat**, s. 49; **Ömeroğlu**, s. 67; **Bayraktar** (2010), s. 1326; **Mermut**, s. 1486; **Gözübüyük**, s. 143; **Aydın** (2008b), s. 387.

başarıyla tamamlanması için zorunluluk arz etmesidir¹⁴¹⁴. Böylece gerçekleştirdiği gözcülük faaliyeti, somut olayın özelliklerine göre suçun başarıyla tamamlanması bakımından zorunluluk arz eden kişi, müşterek fail sayılacaktır. Benzer şekilde, organ nakli alanında uzmanlaşmış bir hekimin sesli ve görüntülü bilişim tekniği ile uzaktan bağlantı kurarak daha önce organ nakli operasyonu yapmamış hekime ameliyat esnasında verdiği tıbbi ve cerrahi bilgilerle, hukuka aykırı olarak ölünün vücudundan böbrek alınmasını sağlaması halinde de müşterek faillikten sorumluluk söz konusu olacaktır.

Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınmasında bir başkasının araç olarak kullanılması halinde TCK m. 37/2 gereğince dolaylı faillik gündeme gelecektir¹⁴¹⁵. Burada arka plandaki kişi, araç konumundaki kişinin hataya düşmesinden veya TCK m. 28 anlamında bir cebir veya tehditle irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından ya da kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanarak onun iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet yoluyla davranışlarını yönlendirdiği ve ona suç işlettiği için fail olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁴¹⁶. Örneğin, gerçekte hiç tanımamasına rağmen sahte belgelerle kendisini, ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınması yönünde sağlığında verilmiş geçerli bir irade açıklaması bulunmayan ölünün eşi olarak tanıtıp, rıza göstermek suretiyle yanılttığı hekimleri araç olarak kullanarak ölüden kalp alınmasını sağlayan kişi, bu suçun dolaylı faili olacaktır. Benzer şekilde, söyleneni yapmaması halinde öldürüleceğini söyleyerek başına dayadığı silahla tehdit ettiği hekime, sağlığında kendisinin ve ölümünden sonra da yakınlarının başısa ilişkin geçerli bir rızası bulunmayan ölüden böbrek alma fiilini işleten kişi, TCK m. 28 uyarınca ölüden organ alınması suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Bu suça azmettirme ve yardım etme şeklindeki şeriklik türleriyle de iştirak etmek mümkündür¹⁴¹⁷. Gerçekten de hukuka aykırı olarak bir ölüden organ veya doku alma fikri olmayan bir hekime bu yönde karar verdiren kişi, azmettiren konumunda olacaktır. Katkı yoğunluğu azmettirme ve faillik niteliğinde olmayıp, suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran ya da güvenceye alan her türlü nedensel maddi veya manevi katkıda bulunan

¹⁴¹⁴ Müşterek failliğin varlığı için gerekli diğer koşul olan birlikte suç işleme kararı ise, bilinçli ve iradi olarak birlikte hareket etmeyi gerektirmekle beraber ortakların birbirini tanıması ya da suç işleme planının öncesinde müştereken kararlaştırılması gerekmemektedir. Hatta diğer ortakların bilgisine ulaşması ve zımnî de olsa birlikte hareket etme onayını alması koşuluyla birlikte suç işleme kararı suçun icrası sırasında da ortaya çıkabilir. Bkz. **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 455-456; **Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri** (2018), s. 523-524.

¹⁴¹⁵ **Karakaya**, s. 276; **Ekiz**, s. 222.

¹⁴¹⁶ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 464; **Özgenç**, s. 626-627.

¹⁴¹⁷ **Karakaya**, s. 276-277; **Ekiz**, s. 222-223.

kimseler, TCK m. 39 kapsamında bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Yardım etmenin muhakkak suçun icrası sırasında gerçekleşmesi gerekmektedir. Fail tarafından suçun icrasına başlanmadan evvel gerçekleştirilen maddi ve manevi katkılar da failin işlediği suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması kaydıyla yardım etme olarak kabul edilecektir¹⁴¹⁸. Örneğin, ODNK m. 14/1'e uygun bir rıza açıklaması bulunmaksızın ölüden organ veya doku almak için gerekli olan ameliyat malzemelerini temin eden ya da ölüden organı aldıktan sonra kaçmasına yardım edeceğini söyleyen kişi bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Benzer şekilde, hukuka aykırı olarak ölüden organ alınması için ameliyathanesini kullandıran kimse de yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Önemle belirtelim ki, tek başına değerlendirildiğinde esasında yardım etme niteliğinde olan bir katkı, somut olayda suçun icrası bakımından zorunluluk arz ediyorsa yardım etmeden değil, müşterek faillikten söz edilir. Söz gelimi gözcülük faaliyeti uygulamada genellikle yardım etme kapsamında mütalaa edilmektedir. Fakat organ veya dokunun alınacağı ameliyathanenin hemen önünde cesedi gömmek üzere teslim almak isteyen ölenin yakınlarının ve polislerin bulunması halinde, ölüden organ veya doku alınırken gözcülük yapıp ölenin yakınları ve polislerin ameliyathanenin kapısını açtıklarında haber verecek olan kişi, müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

Azmettirme veya yardım etmenin varlığı için şerikte azmettirme veya yardım etme kastı bulunmalıdır. Bu konuda olası kast da yeterlidir¹⁴¹⁹. Ayrıca bağlılık kuralı gereğince TCK m. 40/1 kapsamında suça iştirak için, katkıda bulunulan fiilin fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla failin kastı bulunmuyorsa ya da kastı bulunmakla beraber olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, azmettirme ve yardım etme nedeniyle sorumluluktan bahsedilemez. Bununla birlikte failin işlediği fiilin en azından ölüden organ veya doku alma suçuna teşebbüs aşamasına varmış olması koşuluyla şerikin sorumluluğu için failin kusurunun bulunması gerekmez. Zira suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılır (TCK m. 40/1).

TCK m. 41/1 uyarınca iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ayrıca gönüllü vazgeçmenin varlığı için suçun işlenişine dair katkının hür iradeyle geri çekilmesi tek başına yeterli olmamakta, bunun yanı

¹⁴¹⁸ Koca/Üzülmez (2023a), s. 508; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 752.

¹⁴¹⁹ Demirbaş, s. 564, 565, 567; Koca/Üzülmez (2023a), s. 497, 511; Öztürk/Erdem, s. 438.

sıra diğ er suç ortaklarının suç u iş lemesi de engellenmelidir¹⁴²⁰. Bununla birlikte gönüllü vazgeçenin gösterdiği bütün gayrete rağmen suç un iş lenmiş olması veya başka bir nedene dayalı olarak suç un iş lenmemiş olması halinde de TCK m. 41/2 uyarınca yine gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Bir örnekle izah etmek gerekirse beyin ölümü gerçekleşmiş birinin rıza bulunmaksızın kalbini almak için suç ortağı hekimlerden birinin kalbin bulunduğu yeri harici olarak kestikten sonra yaptığından pişmanlık duyarak diğ er suç ortağı hekimi sökme iş leminden vazgeçirmek için bütün gayreti göstermesine karşılık ikna edememesi durumunda yaptığı ihbarla kolluk tarafından ameliyathanenin basılması sonucu kalbin vücuttan çıkartılamaması halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanacak ve yalnızca cesette kesi oluşturduğu için fiil tahkir edici ise TCK m. 130/2'den sorumlu olacaktır. Diğ er suç ortağı ise, ölüden organ veya doku alınması suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Aynı örnekte kesi iş lemini gerçekleştiren hekimin yaptığından pişman olup tüm çabasına karşılık diğ er hekimi organ alımından vazgeçirememesi sonucu yaptığı ihbarla kolluk tarafından baskın yapılmış ancak kolluk gelmeden kalp cesetten sökülüp çıkartılmış ise suç tamamlanmasına rağmen gayretine karşılık yine de TCK m. 41/2 uyarınca gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır. Bu ihtimalde diğ er hekim tamamlanmış ölüden organ veya doku alma suçundan sorumlu olacaktır. Buna karşılık kesi iş lemini gerçekleştirdikten sonra yaptığından pişmanlık duyan suç ortağı hekim diğ er suç ortağının cesetten kalp alımını gerçekleştirmemesi için hiçbir gayret göstermeyip, hiçbir şey demeden ameliyathaneyi terk etmesi halinde kalp alımı gerçekleşmiş ise gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.

4.6.3. İçtima

Ölüden organ veya doku alma suç u, TCK m. 43/3'te zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suç lar arasında sayılmadığından, koşulları bulunduğu bu suç bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir¹⁴²¹. Örneğin, sağlığında açıklamış olduğu iradesiyle ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmasını yasaklayan bir kimsenin beyin ölümü gerçekleştikten sonra aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda önce kornea daha sonra ise karaciğerinin alınması halinde ortada birden çok suç olmasına rağmen zincirleme suç a ilişkin TCK m. 43/1 gereğince faile tek ceza

¹⁴²⁰ Hafızoğulları, s. 345; Toroslu (2009), s. 298.

¹⁴²¹ Özen, s. 335; Kasapoğlu Halıcı, s. 75; Polat, s. 50; Ömeroğlu, s. 67; Algan, s. 170.

verilecek ancak bu ceza artırılacaktır. Burada önemli olan, değişik zamanlarda alınan organ veya dokunun aynı ölüden alınmasıdır. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun aksine ölüden organ veya doku alınması suçunun kanuni tanımında suçun konusunun organ veya doku olması göre ayırım yapılmamış ve farklı cezalar belirlenmemiştir. Bu sebeple bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı ölüden değişik zamanlarda hukuka aykırı olarak önce doku sonra organ veya önce organ sonra doku alınması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Buna karşılık, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olsa bile farklı ölülerden organ ve doku alınması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır¹⁴²². Zira ölüden organ veya doku alınması suçunun mağduru ölenin yakınları olduğundan, her ölünün yakını farklı bir mağdur olacağı için birden fazla ölüden organ veya doku alınması durumunda değişik zamanlarda işlenen bu suçlar, aynı kişiye karşı işlenmiş olmayacaktır¹⁴²³.

Bir ölüden aynı cerrahi operasyon yani ameliyat esnasında birden fazla organ veya doku alınması halinde hukuki anlamda tek fiille tek bir ölüden organ veya doku alma suçu işlenmiş olacaktır¹⁴²⁴. Dolayısıyla böyle bir durumda fail, yalnızca bir suçtan cezalandırılacaktır. Belirtelim ki, aynı ameliyat kapsamında birden fazla organ veya doku alınması temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacaktır. TCK m. 91/2 hükmünde ölüden organ veya doku alınması suçunun konusunun organ veya doku olması göre ceza miktarı yönünden ayırım yapılmamasının sonucu olarak, aynı ölüden aynı anda hem organ hem de doku alınması durumunda hukuki anlamda tek fiille tek suç işlendiği kabul edilmelidir.

Öğretide organ ve doku alma işleminin mahiyeti gereği komplike bir işlem olması ve her ölünün bedeninin birbirinden bağımsız bir varlık oluşturması nedeniyle birden fazla ölüden tek fiille organ veya doku alınamayacağı belirtilerek, bu suçta aynı neviden fikri içtimaya ilişkin TCK m. 43/2 hükmünün uygulanamayacağı görüşü savunulmuştur¹⁴²⁵. İfade etmek gerekir ki, aynı neviden fikri içtima bakımından önemli olan, hukuki anlamda tek fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmiş olmasıdır. Birden fazla hareketin hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edildiği haller olan tipik hareket ve doğal hareket tekliğine ilişkin kriterleri daha önce ayrıntılı şekilde açıklamıştık. Bu kriterler kapsamında, her ölünün bedeninin birbirinden bağımsız varlık oluşturması ile fiilin konusunun farklı ve işlemin

¹⁴²² Gökçen/Balcı (2013), s. 138; Köksal, s. 195.

¹⁴²³ Algan, s. 170; Karakaya, s. 278.

¹⁴²⁴ Algan, s. 171; Ekiz, s. 223; Karakaya, s. 278-279.

¹⁴²⁵ Karakaya, s. 278; Ekiz, s. 223; Benzer yönde bkz. Köksal, s. 195.

komplike olmasının, birden fazla ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin hareketlerin hukuki anlamda tek fiil olarak değerlendirilmesine engel oluşturmadığını düşünüyoruz. *Kanaatimizce* ölüden organ veya doku alınması suçunun tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkündür. Söz gelimi, failin bir ameliyathaneye aynı anda iki ölüyü alarak, bu ameliyat kapsamında birinden kalp diğerinden böbrek ya da kornea alması durumunda, her ölünün yakını farklı bir mağdur olacağı için tek fiille ölüden organ veya doku alınması suçu birden fazla işlenmiş olacaktır. Zira yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda içtima bahsinde ifade ettiğimiz üzere burada her ne kadar doğal anlamda birden fazla hareket bulunmaktaysa da bu hareketler, doğal hareket tekliği kriterine göre bizce hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla böyle bir durumda, ölüden organ veya doku alınması suçu tek fiille birden fazla kişiye karşı işlendiği için faile tek ceza verilecek; ancak bu ceza aynı neviden fikri içtima kapsamında TCK m. 43/2 uyarınca artırılacaktır.

Failin, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku aldıktan sonra bu organ veya dokuyu bir başkasına satması halinde, gerçek içtima kuralları gereğince hem ölüden organ veya doku alınması hem de organ veya doku satmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir. Zira böyle bir durumda “ölüden organ veya doku alınması” ile “organ veya doku satmak” suçlarının icra hareketlerinde ayniyet bulunmadığı için hukuki anlamda tek fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden, fikri içtima kabul edilemez. Ölüden organ veya doku alınması suçu ile organ satmak suçunun ihlal ettiği hukuki değerler nazara alındığında, bir fiilin haksızlık muhtevasının, diğerinin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak derecede haksızlık muhtevasını kapsadığından bahsedilemeyeceği için, cezalandırılmayan sonraki-önceki fiil prensibinden de hareket edilemez. Burada iki ayrı fiille iki ayrı suç işlendiği için failin gerçek içtima kuralına göre her iki suçtan da sorumluluğu bulunmaktadır.

Böbrek arayışında olan bir kişinin, beyin ölümünün gerçekleştiğini öğrendiği bir kimseden hukuka aykırı olarak böbrek alınması hususunda daha önce suç işleme düşüncesi olmayan hekimle böbrek bedeli olarak belli bir miktar para karşılığında anlaşması sonucunda hekim tarafından böbreğin alınması halinde, böbrek arayışında olan kişi, tek fiille hem ölüden organ alınması suçuna azmettirme hem de organ satın almak suçunu işlemiş olacaktır. Ancak böyle bir durumda, failiğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi gereğince kişi, yalnızca TCK m. 91/3’te düzenlenen organ satın almak suçundan sorumlu olacaktır.

Failin ölüden hukuka aykırı olarak böbrek alıp, bu böbreği aynı ameliyathanede yan masada bulunan böbrek hastasına aşılması durumunda hem zaman olarak gerçekleştirilen

icra hareketleri, TCK m. 91/2’de düzenlenen “almak” ve TCK m. 91/5’te düzenlenen “aşılacak” fiilleri yönünden kısmi aynıyet göstermektedir. Ayrıca burada doğal anlamda birden fazla hareket bulunmaktaysa da doğal hareket tekliği kriterine göre hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir. Ölüden organ veya doku almak suçu ile hukuka aykırı yollardan elde edilen organ veya dokuyu aşılacak suçunun birbirinden farklı hukuki değerleri koruduğu dikkate alındığında, bu iki suç arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisinin varlığından bahsedilemez. *Kanaatimizce* böyle bir durumda fail, hukuki anlamda tek fiille birden fazla ve farklı suç işlediğinden, farklı neviden fikrî içtima kapsamında TCK m. 44 uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK m. 91/5’ten sorumlu olacaktır. Buna karşılık, failin gerçekleştirdiği ölüden organ veya doku almak fiili ile bu organ veya dokuyu aşılacak fiili arasında zaman yönünden sıkı bir bağlantı yoksa, yani bu fiiller hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilemeyecek şekilde farklı zamanlarda gerçekleştirilmiş ise, hukuki anlamda iki ayrı fiil bulunduğundan hem TCK m. 91/2 hem de TCK m. 91/5’ten sorumluluk söz konusu olacaktır.

Öğretide hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması durumunda bu suçla TCK m. 130/2’de tanımlanan kişinin hatırasına hakaret suçu arasında fikrî içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığı tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, ölüden organ veya doku alma suçuna vücut veren fiiller aynı zamanda TCK m. 130/2’de öngörülen kişinin hatırasına hakaret suçuna da vücut verdiği için, burada bir fiille birden fazla farklı suç oluştuğu için fikrî içtima hükmü uygulanarak fail yalnızca en ağır cezayı gerektiren TCK m. 130/2’den cezalandırılmalıdır¹⁴²⁶. *Diğer görüşe göre*, TCK m. 130/2’de tanımlanan suç tahkir kastını gerektirdiğinden, bu iki suç arasında fikrî içtima ilişkisi bulunmayıp, fail tahkir kastıyla hareket etmiş ise TCK m. 130/2’den; etmemiş ise TCK m. 91/2’den sorumlu olacaktır¹⁴²⁷. *Konuyla ilgili son görüşe göre ise*, bu iki suç arasında fikrî içtima değil, özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Her ne kadar fıkra metninde yer almamakta ise de TCK m. 91’in madde başlığından ölüden organ veya doku alma suçunun oluşabilmesi için organ veya dokunun nakil amacıyla alınması gerektiği anlaşıldığından, failin bu amaçla ölüden organ veya doku alması halinde özel norm olan TCK m. 91/2 uygulanacaktır¹⁴²⁸. *Kanaatimizce* TCK m. 130/2’de tanımlanan kişinin hatırasına hakaret suçunun oluşabilmesi için failin tahkir kastıyla hareket etmesi gerekmeyip, bu konuda olası kastının bulunması dahi

¹⁴²⁶ Aydın (2008a), s. 146; Aydın (2008b), s. 390; Kanıcı, s. 45; Kasapoğlu Halıcı, s. 76; Polat, s. 50.

¹⁴²⁷ Taneri/Kamışlı, s. 234; Köksal, s. 198.

¹⁴²⁸ Gözübüyük, s. 148-149.

yeterlidir¹⁴²⁹. Bu suç tipinin varlığı için önemli olan ceset ya da kemikler hakkında gerçekleştirilen fiillerin tahkir edici olmasıdır. Tahkir edici fiil, ölüye saygıyla bağdaşmayacak nitelikteki her türlü harekettir¹⁴³⁰. Dolayısıyla tahkir kastı esas alınarak iki suç arasında bir belirleme yapılamayacağını düşünüyoruz. Diğer taraftan, özel-genel norm ilişkisinden bahsedilebilmesi için her iki normun aynı hukuki değeri koruması gerekmekte, ayrıca bunun yanı sıra bir normun, diğer normun tüm unsurlarını kapsamakla birlikte ilave bir unsur da taşıması gerekmektedir¹⁴³¹. Oysa her iki suçla bazı ortak hukuki değerler korunsa da kişinin hatırasına hakaret suçundan farklı olarak ölüden organ veya doku alma suçunda irade hürriyeti de korunmaktadır. Ayrıca her iki suç tipi birbirinden farklı maddi unsurlara sahiptir. Başka bir ifadeyle burada bir suç, diğer suçun tüm unsurlarını kapsamasının yanı sıra ilave bir unsur taşımamaktadır. Bu sebeple kişinin hatırasına hakarete ilişkin TCK m. 130/2 ile ölüden organ veya doku alma suçuna ilişkin TCK m. 91/2 arasında özel-genel norm ilişkisinin bulunduğundan bahsedilemez¹⁴³². Tahkirin, ölüye saygıyla bağdaşmayacak nitelikteki davranışları ifade ettiği nazara alındığında ölüden her organ veya doku alma fiilinin tahkir edici olmayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla biz fiilin tahkir edici niteliğe sahip olup olmadığı esas alınmak suretiyle failin sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğini savunmaktayız. Bunun sonucunda hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alma fiili tahkir edici değilse TCK m. 130/2’de düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçu oluşmayacağı için fail yalnızca ölüden organ veya doku alma suçundan sorumlu olacaktır. Buna karşılık hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alma fiili tahkir edici ise, bir fiille hem ölüden organ veya doku alma suçu hem de kişinin hatırasına hakaret suçu oluşmaktadır. Böyle bir durumda fail, fıkri içtimaya ilişkin TCK m. 44 uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK m. 130/2 hükmünden cezalandırılacaktır.

Ölüden organ veya doku alınması suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu suçun TCK m. 220 anlamında suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda TCK m. 220/4’te yer alan gerçek içtima hükmü gereğince fail, hem ölüden organ veya doku alınması suçundan hem de suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Nitekim Yargıtay da TCK m.

¹⁴²⁹ Aynı yönde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 637; **Yenidünya, Ahmet Caner/Alşahin, Mehmet Emin** (2007) ‘Bireyin Şerefine Karşı Suçlar’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 68, s. 91.

¹⁴³⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 636; **Yenidünya/Alşahin**, s. 90.

¹⁴³¹ **Demirbaş**, s. 582; **Öztürk/Erdem**, s. 404; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 781.

¹⁴³² Aynı yönde bkz. **Özen**, s. 337.

220/4 uyarınca örgütün faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenmesi durumunda gerçek içtima gereğince failin hem örgüt kurma veya üye olma suçundan hem de örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediği suçtan sorumlu olacağını belirtmektedir¹⁴³³. Belirtmek gerekir ki örgüt kurucusu ve üyesinden farklı olarak örgüt yöneticisi, TCK m. 220/5 uyarınca yalnızca kendi işlediği veya iştirak ettiği değil, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan ayrıca fail olarak cezalandırılacaktır. Bu sebeple örgüt yöneticisi, yöneticiliğini yaptığı örgütün faaliyeti çerçevesinde bir başkasının işlediği ölüden organ veya doku almak suçundan da ayrıca fail olarak sorumlu olacaktır.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen failin, ölüden organ veya doku alınması suçunu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi durumunda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğinin de incelenmesi gerekmektedir. Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemenin düzenlendiği TCK m. 220/6 hükmünün yalnızca silahlı örgütler hakkında uygulanacağı dikkate alındığında örgüt adına suç işleyen kişinin sorumluluğunun, adına suç işlediği örgütün silahlı olup olmamasına göre belirleneceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, örgüte üye olmayıp örgüt adına ölüden organ veya doku alınması suçunu işleyen failin, adına suç işlediği örgüt silahlı örgüt ise hem TCK m. 91/2 hem de TCK m. 220/6'dan sorumluluğu olacaktır. Buna karşılık örgüte üye olmamakla birlikte ölüden organ veya doku alınması suçunu silahsız bir örgüt adına işleyen fail, yalnızca TCK m. 91/2'den cezalandırılacaktır.

4.7. Yaptırım

TCK m. 91/2'de hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse için bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddede hapis cezasının alt sınırı belirtilmediğinden, TCK m. 49/1 uyarınca bu suça ilişkin hapis cezasının alt sınırı bir ay olarak kabul edilmelidir.

¹⁴³³ “...Örgüt kurma ve yönetme ya da üye olmak fiillerinin cezalandırılabilmesi için örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenmesi şart değildir. Ancak bu kapsamda bir suç işlenirse TCK m. 220/4 doğrultusunda gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaklardır...” Yarg. 16. CD, E: 2016/7162, K: 2017/4786, T: 18.07.2017 (UYAP Veri Tabanı).

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun aksine bu suçta organ alınması ile doku alınması arasında ceza miktarı yönünden bir farklılığa gidilmemiştir¹⁴³⁴.

Bu suçun bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK m. 91/7 gereğince tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Belirtelim ki bazı hallerde, suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatin miktarı tespit edilememektedir. Bu hallerde miktarı tespit edilemeyen kazancın müsaderesi yoluna gidilemediği için bu kazanç, yararına suç işlenen tüzel kişinin yanına kâr kalmaktadır. TCK m. 20/2’de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı hüküm altına alındığından, tüzel kişiler suçun faili olamamakta ve adli para cezasıyla da cezalandırılmamaktadır. Tüzel kişiler hakkında adli para cezasına hükmedilemediği için ekonomik çıkar amacıyla işlenen birtakım suç tipleri Kabahatler Kanunu m. 43/A’da bentler halinde sayılarak, bu suçların bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. *Kanaatimizce* TCK m. 91’de tanımlanan suç tipleri de gelir getirmeye elverişli suçlar olduğundan, bu suçların Kabahatler Kanunu m. 43/A hükmüne eklenmesi isabetli olacaktır.

4.8. Muhakeme

Ölüden organ veya doku alınması suçu, soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye tâbi olmayan, re’sen takibi gereken suçlardandır¹⁴³⁵.

Bu suçta dava zamanaşımı süresi, TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Uzatılmış yani olağan üstü dava zamanaşımı süresi ise, TCK m. 67/7 uyarınca dava zamanaşımı süresi en fazla yarısına kadar uzayacağı için on iki yıldır.

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemesidir.

¹⁴³⁴ Mermut, s. 1476; Algan, s. 171; Köksal, s. 199.

¹⁴³⁵ Algan, s. 172; Köksal, s. 198; Kasapoğlu Halıcı, s. 76; Polat, s. 50; Karakaya, s. 281.

Bu suçta davaya bakmak yetkisi, CMK m. 12 uyarınca suçun işlendiği, yani organ veya dokunun alındığı yer mahkemesine aittir. Suç teşebbüs aşamasında kalmışsa son icra hareketinin yapıldığı, zincirleme şekilde işlenmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Organ veya dokunun alındığı yerin belli olmaması halinde ise yetkili mahkeme CMK m. 13'e göre belirlenecektir.

5. ORGAN VEYA DOKU SATMAK, SATIN ALMAK VEYA SATILMASINA ARACILIK ETMEK SUÇU (TCK m. 91/3)

5.1. Genel Açıklamalar

TCK m. 91/3'te organ veya doku satmak, satın almak ve satılmasına aracılık etmek fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm, insan organizmasını oluşturan organ ve dokuların ticari bir meta haline dönüşmesine karşı duyduğu endişe ve tepkiyi göstermesi yönünden oldukça önemlidir¹⁴³⁶. Esasen bu suç, ODNK m. 3'te öngörülen bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılması yasağının yaptırımıdır.

Belirtmek gerekir ki, TCK m. 91'in madde başlığını karşılayan suç tipi, bu suçtur¹⁴³⁷. Nitekim fıkra gerekçesinde de bu fıkra suç olarak tanımlanan fiilin, organ ve doku ticareti olduğu belirtilmiştir. Bu suçun temelinde organ ve doku bağıışı sayısındaki yetersizlik nedeniyle ihtiyaç duyduğu organ veya dokuyu yasal yollardan temin edemeyen şifa arayışındaki hasta ile ekonomik açıdan oldukça yoksul durumda olması sebebiyle organ veya dokusunu satmak durumunda kalan kişi arasındaki arz talep ilişkisi yatmaktadır¹⁴³⁸.

Bulgaristan, İrlanda, Litvanya ve Malta haricindeki Avrupa Konseyi'nin diğer tüm ülkelerinde organ ve doku ticareti açık bir şekilde yasaklanmıştır. Avusturya, İngiltere, Gürcistan ve Polonya gibi bazı ülkelerde ise organ ve dokuların yurt dışından maddi menfaat karşılığı ithaline izin verilmiştir¹⁴³⁹. Benzer şekilde İsrail'de ülke içerisinde organ ticareti yasaklanmış iken ülke dışından para ya da menfaat karşılığı temin edilen organ veya dokunun ülke içerisinde nakledilmesine cevaz verilmektedir¹⁴⁴⁰. İran'da da, vericinin bağıış karşılığında

¹⁴³⁶ Bayraktar (2010), s. 1303; Kaçar, s. 59.

¹⁴³⁷ Öztezel, s. 225; Karakaya, s. 283.

¹⁴³⁸ İltaş, s. 13, 16; Kaçar, s. 52.

¹⁴³⁹ Lilie, Hans (2008) 'Organ Ticareti Suçu', Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s. 361.

¹⁴⁴⁰ Kanıcı, s. 17.

devlet kontrolündeki “Diyaliz ve Transplant Hastaları Derneği”nden maddi bir bedel elde etmesine hukuken izin verilmektedir¹⁴⁴¹.

Mukayeseli hukukta organ ve doku ticareti suçuna dair düzenlemelere birkaç örnek vermek gerekirse ABD’de organların para karşılığı nakli yasaklanmış; bu yasağa aykırı davranmanın yaptırımını 50.000 ABD doları para cezası ve/veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası olarak öngörülmüştür¹⁴⁴². Belirtelim ki ABD’de organ ticareti yasak olmakla birlikte kan ve sperm gibi vücut tarafından üretilen dokuların para karşılığında satılması yasak değildir¹⁴⁴³. Singapur’da belli bir değer karşılığında organ satmak ya da satın almak konusunda anlaşmaya varılması 12 aya kadar hapis cezası ve/veya 10.000 Singapur doları para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu anlaşma sonucu organın alınması halinde ise fail 10 yıla kadar hapis cezası veya 100.000 Singapur doları para cezasıyla cezalandırılmaktadır¹⁴⁴⁴. İngiltere’de insan kökenli biyolojik maddeler üzerine ticari anlaşma yapılması veya para ya da ödül konması halinde faile 3 yıla kadar hapis cezası ve/veya para cezası verilmektedir¹⁴⁴⁵. Hindistan’da bir kimsenin para veya para vaadi karşılığında organ alması veya temin etmesi, para karşılığı organını verecek birini bulmaya çalışması, organ karşılığı para teklifinde bulunması, para karşılığı organ temini girişiminde bulunması veya bu fiillere iştirak etmesi karşılığında yaptırım olarak 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası ve para cezası öngörülmüştür¹⁴⁴⁶. Fransa’da Fransız Ceza Kanunu m. 511 uyarınca başkasının organ, doku veya hücrelerinden ödeme karşılığı yarar sağlanması ya da buna aracı olunması durumunda 5 yıla kadar hapis cezası ve 75.000 Avro para cezası öngörülürken; organları ithal veya ihraç eden kişinin ise 5 yıla kadar hapis cezası ve 30.000 Avro para cezasıyla cezalandırılacağı düzenleme altına alınmıştır¹⁴⁴⁷. Almanya’da ise Alman Organ Nakli Kanunu m. 17 uyarınca organ ve doku ticareti yasaklanmış; ancak organın alınmasında, konserve edilmesinde ve

¹⁴⁴¹ **Ertin**, s. 102; **Koçak Süren**, s. 190; **Erpek**, s. 93.

¹⁴⁴² **Mermut**, s. 1460; **Karakaya**, s. 109; Bkz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-6A/subchapter-II/part-H> (s.e.t.:09.11.2024).

¹⁴⁴³ **Özdağ**, s. 47; **Zengin**, s. 159, 162.

¹⁴⁴⁴ **Mermut**, s. 1461; Human Organ Transplant Act, Chapter 131a, Part IV, Prohibition If Trading In Organs And Blood Buying or Selling Of Organs Or Blood Prohibited And Void, 14- 1, 2, 2a, https://sso.agc.gov.sg/Act-Rev/HOTA1987/Published/20211231?DocDate=20120731&ViewType=Pdf&_=20240115150338 (s.e.t.:09.11.2024).

¹⁴⁴⁵ **Mermut**, s. 1461; **Zengin**, s. 182, dn. 107; Human Tissue Act 2004, Section 32, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/section/32> (s.e.t.:09.11.2024).

¹⁴⁴⁶ **Zengin**, s. 187; https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/15433/1/transplantation_of_human_organs_and_tissues_act%2C_1994.pdf (s.e.t.: 05.08.2024).

¹⁴⁴⁷ **Mermut**, s. 1462; **Karakaya**, s. 110-111; https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165390/#LEGISCTA000006165390 (s.e.t.: 06.09.2024).

ulaştırılmasında ortaya çıkacak harcamalar gibi tedavi için zaruri olan tedbirler bakımından gerekli masrafların ticaret yasağı kapsamında olmadığı hükme bağlanmıştır¹⁴⁴⁸. Ticaret yasağına aykırı davranılması halinde Alman Organ Nakli Kanunu m. 18 gereğince fail hakkında, 5 yıla kadar hapis cezasına veya para cezasına; bu suçu meslek haline getirmesi durumunda ise 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur¹⁴⁴⁹.

5.2. Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer, insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda vücudunun, organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına ilişkin kamusal yararın olduğu belirtilmektedir¹⁴⁵⁰. Buradan hareketle *Hafizoğulları/Özen*¹⁴⁵¹, her ne kadar bu suçta TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" kısmında yer verilmiş ise de bu suçun esasen "Topluma Karşı Suçlar" kısmında düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır.

Belirtelim ki organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçuyla korunan hukuki değer bahsedilen kamusal yararlar sınırlı değildir. Gerçekten de insan vücudunun parçalarının alım satımına konu ticari bir mal olarak görülmesi aynı zamanda insan onurunu da zedeler¹⁴⁵². Zira insanın hem etikte hem de hukukta en üstün değer olarak kabul edilmesinin sonucu olarak organ ve dokuları mülkiyetin, mübadelenin ve herhangi bir ticari ilişkinin konusu olamaz¹⁴⁵³. Organ ve doku ticaretinin yasaklanmasıyla insan vücudunun ticari meta seviyesine indirgenmesi ve vücudunun parçalarını satacak derecede ekonomik çaresizliğe düşen insanların sömürülmesi önlenmeye çalışılarak insan onuru ve bağış konusundaki irade özgürlüğü de korunmak istenmiştir¹⁴⁵⁴. Bu suçla korunan hukuki değerlerin insan onurunun yanı sıra yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı ve irade hürriyeti olduğu söylenebilir¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁴⁸ *Lilie*, s. 361; *Algan*, s. 36.

¹⁴⁴⁹ *Gözübüyük*, s. 117-118; *Deutsch*, s. 145; Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf> (s.e.t.: 06.08.2024).

¹⁴⁵⁰ *Hafizoğulları/Özen*, s. 109; *Vural*, s. 66; *Köksal*, s. 200; *Polat*, s. 52; *Özen*, s. 304.

¹⁴⁵¹ *Hafizoğulları/Özen*, s. 110.

¹⁴⁵² *Kasapoğlu Halıcı*, s. 77; *Ekiz*, s. 227.

¹⁴⁵³ *Hafizoğulları/Özen*, s. 105.

¹⁴⁵⁴ *Aydın* (2008a), s. 128-129; *Gözübüyük*, s. 121; *Kaçar*, s. 59; *Çiftçioğlu, Cengiz Topel* (2015) 'Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu', *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 14, S: 2, s. 128.

¹⁴⁵⁵ *Aydın* (2008a), s. 128; *Meran*, s. 222; *Bakıcı*, s. 948-949; *Kasapoğlu Halıcı*, s. 77; *Polat*, s. 52; *Karakaya*, s. 285.

5.3. Suçun Unsurları

5.3.1. Tipiklik

5.3.1.1. Maddi Unsur

5.3.1.1.1. Fiil

Bu suçun fiil unsuru TCK m. 91/3'te "organ veya doku satma, satın alma veya satılmasına aracılık etme" şeklinde belirtilmiştir.

Fıkra gerekçesinde¹⁴⁵⁶ de belirtildiği üzere suçun oluşması bakımından satılan, satın alınan veya satılmasına aracılık edilen organ veya dokunun hukuka uygun ya da aykırı şekilde elde edilmiş olup olmadığının bir önemi bulunmadığı gibi ölüden veya yaşayan bir insandan alınmış olup olmadığının da önemi bulunmamaktadır¹⁴⁵⁷. Önemli olan, organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle sokulmasıdır. Bunun sonucunda organ veya doku ölüden ya da yaşayan kişiden hukuka uygun şekilde alınmış olsa dahi para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle sokulduğunda bu suç oluşacaktır¹⁴⁵⁸.

TCK m. 91/3'te "satmak", "satın almak" ve "satılmasına aracılık etmek" şeklinde üç hareket öngörülmeyle birlikte bu suçun işlenebilmesi için bu hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi gerekmemekte olup, yalnızca birinin bile gerçekleştirilmesi yeterlidir. Bu sebeple de bu suç seçimlik hareketli bir suçtur¹⁴⁵⁹.

Hareketin şekline göre yapılan ayırım bakımından TCK m. 91/3 hükmünde suçun seçimlik hareketleri olan satmak, satın almak ve satılmasına aracılık etmek fiillerinin hangi tarz hareketlerle ve ne şekilde icra edileceğine dair bir belirleme yapılmadığı için, organ

¹⁴⁵⁶ Fıkra Gerekçesi: "Üçüncü fıkarda, organ ve doku ticareti, suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi açısından kişiden veya ölüden organ veya dokunun, hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur. Burada önemli olan, organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tutulmasıdır. Bu bakımdan söz konusu suç, çok failli bir suç niteliği taşımaktadır."

¹⁴⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 110; Üzülmmez, s. 132; Koca/Üzülmmez (2023b), s. 323; Aydın (2008a), s. 133; Mermut, s. 1476; Gözübüyük, s. 127.

¹⁴⁵⁸ Koca/Üzülmmez (2023b), s. 323; Ekiz, s. 230.

¹⁴⁵⁹ Koca/Üzülmmez (2023b), s. 323; Üzülmmez, s. 132; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 278; Gökçen/Balcı (2013), s. 140; Özen, s. 313; Aydın (2008), s. 133; Aydın (2011), s. 149; Kasapoğlu Halıcı, s. 79; Karakaya, s. 293.

veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek suçu serbest hareketli bir suçtur¹⁴⁶⁰.

Suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli suç mu olduğu meselesine gelince, *öğretide bir görüş*, organ veya dokunun alıcıya teslimini netice olarak kabul etmek suretiyle organ veya doku satma ve satın alma suçunun neticeli suç, buna karşılık satıma aracılık suçunun tamamlanma anının alıcı ve satıcının karşı karşıya getirildiği an olduğu kabulünden hareketle sırf hareket suçu olduğunu savunmaktadır¹⁴⁶¹. *Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüş ise*, seçimlik hareketleri izah ederken aşağıda ayrıntılı şekilde değineceğimiz üzere bu suçun tamamlanması için kanuni tanımında bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından, bu suçun sırf hareket suçu olduğunu kabul etmektedir¹⁴⁶². Bu görüşe göre satmak, satın almak ve satışa aracılık etmek fiilleri, suçun netice unsurunu değil, hareket unsurunu oluşturmaktadır.

Bu suç, kanuni tanımında gösterilen “satmak”, “satın almak” ve “satışa aracılık etmek” şeklindeki seçimlik hareketlerin icrasının devam etmesini gerektiren bir suç olmadığından, ani bir suçtur¹⁴⁶³. Dolayısıyla bu suç tamamlandığı anda bitmektedir.

Diğer yandan suçun oluşması için TCK m. 91/3’te bir zararın meydana gelmesi aranmadığından, bu suç tehlike suçudur¹⁴⁶⁴. Failin cezalandırılabilmesi için gerçekleştirilen satma, satın alma veya satışa aracılık etme fiilinin gerçekten bir zarar tehlikesine neden olup olmadığının bir önemi bulunmadığından, bu suç soyut tehlike suçudur¹⁴⁶⁵.

Kanunkoyucu, suçun kanuni tarifi olan TCK m. 91/3’te organ veya dokunun satılmasını, satın alınmasını ve satılmasına aracılık edilmesini yasakladığından, diğer bir anlatımla yasaklayıcı bir norm öngördüğünden, bu suç icrai bir suçtur¹⁴⁶⁶. Bu sebeple bu suçun aktif bir davranışla işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu suçun ihmali bir hareketle işlenip işlenemeyeceği meselesine gelince, icrai bir suçun ihmali bir hareketle işlenebilmesi için gerekli şartlardan olan ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer

¹⁴⁶⁰ Karakaya, s. 294; Ekiz, s. 231; Algan, s. 179; Bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 110; Köksal, s. 206; Vural, s. 66.

¹⁴⁶¹ Hafizoğulları/Özen, s. 110-111; Köksal, s. 206-207.

¹⁴⁶² Özen, s. 314; Algan, s. 179; Kaçar, s. 62; Ekiz, s. 231; Karakaya, s. 303.

¹⁴⁶³ Hafizoğulları/Özen, s. 110; Köksal, s. 206; Vural, s. 66.

¹⁴⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 278; Ekiz, s. 230.

¹⁴⁶⁵ Kaçar, s. 62; Özen, s. 319; Ekiz, s. 230; Karakaya, s. 303.

¹⁴⁶⁶ Algan, s. 179; Kaçar, s. 62; Karakaya, s. 294.

sayıldığına dair suçun kanuni tanımında bir hüküm bulunmadığından, bu suçun ihmali bir hareketle işlenemeyeceği kanaatindeyiz.

Suçun seçimlik hareketleri olan “satmak”, “satın almak” ve “satışa aracılık etmek” fiillerinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenebilmesi için bu fiillerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Satmak

Satmak, sözlükte “*bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek*” şeklinde tarif edilmiştir¹⁴⁶⁷. Anılan tanımdan da anlaşılacağı üzere malın bir değer karşılığında alıcıya verilmesi yeterli olup, bu değer para olması gerekmemektedir. Buradan hareketle TCK m. 91/3’te tanımlanan suç tipi bakımından “satmak” fiilinin, organ veya dokunun bir bedel ya da ivaz karşılığında tedavüle sokulmasını ifade ettiği kabul edilmelidir¹⁴⁶⁸. Nitekim fıkra gerekçesinde de organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tutulması halinde suçun oluşacağı belirtilmiştir. İfade edelim ki, herhangi bir bedel ya da maddi menfaat olmaksızın organ veya doku temin edilmişse, bu suç oluşmayacaktır¹⁴⁶⁹.

Bilindiği üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 207 vd. hükümlerinde satış sözleşmesi ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, TBK m. 207/1’de de satış sözleşmesi, “*saticının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere satış sözleşmesinden bahsedebilmek için satım konusu malın alıcıya teslimi veya mülkiyetin devri ile alıcının satış bedelini ödemesi gerekmemekte, tarafların mülkiyetin devri ve bedel ödeme konusunda borç üstlenmesi yeterli kabul edilmektedir. TBK’da yer alan satış sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin organ veya doku satışı bakımından da

¹⁴⁶⁷ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Satmak”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 10.03.2022).

¹⁴⁶⁸ Benzer yönde bkz. Gökçen/Balcı (2015), s. 456; Gökçen/Balcı (2013), s. 140; Aydın (2008a), s. 133; Kaçar, s. 63; Algan, s. 180; Köksal, s. 206; Aksi görüşte olan Gözübüyük ise, her ne kadar fıkra gerekçesinde organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tutulmasından bahsedilse de satmak fiilinin sadece para karşılığında gerçekleştirilebileceğini, para dışında bir menfaatin cezalandırılabilmesi için TCK m. 91/3’te bu yönde değişiklik yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Gözübüyük, s. 126-127.

¹⁴⁶⁹ Nitekim Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Bkz. “Sanık T. B. ‘in sanık M. K. ‘a ait çiftlikte uzun zamandır hayvancılık ve çiftçilik yaptığı, sanık M. ‘in böbrek hastası olması sebebiyle babası gibi sevdiğini söylediği sanık M. ‘e böbreğini vermek amacıyla M. ‘in oğlu sanık T. ‘in kimliğine kendi fotoğrafını yapışturarak birlikte Antalya Medikalpark Hastanesine müracaat ederek, M. ‘in oğlu olduğunu beyanla M. ‘e böbrek naklinin yapılmasını sağlamları şeklinde gerçekleşen eylemde, dosya içindeki hiçbir maddi karşılık beklenmeden, hukuka uygun rızaya dayanılarak organ verildiğine ilişkin evraklar ve sanıkların bunu doğrulayan aşama savunmalarının aksine, mahkumiyetlerine yeterli başkaca delil bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatleri yerine, yazılı şekilde dosya kapsamına uygun düşmeyen, varsayıma dayalı gerekçeyle mahkumiyetlerine hükmedilmesi...” Yarg. 12. CD, E; 2013/13718, K: 2014/6023, T: 11.03.2014 (UYAP Veri Tabanı).

uygulama alanı bulup bulamayacağı konusuna gelince TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olduğundan, organ ve doku satışını konu alan sözleşmelerin batıl olacağına tereddüt bulunmamaktadır¹⁴⁷⁰. Ancak organ veya doku satışına ilişkin sözleşmeler hükümsüz olsa da satmak fiili suç teşkil ettiğinden, satımın ne zaman gerçekleşmiş olacağı suçun tamamlanma anının tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Satmak eyleminin gerçekleşebilmesi için tarafların, yani alıcı ve satıcının organ veya doku karşılığında maddi menfaat sağlama hususunda karşılıklı ve sözlü olarak anlaşmalarının yeterli kabul edilmesi mi gerektiği yoksa organ veya dokunun alıcıya teslim edilmesi mi gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. *Bir görüşe göre*¹⁴⁷¹, bu suç bakımından maddi menfaat sağlama hususunda karşılıklı ve sözlü anlaşma yeterli olmayıp, organ veya dokunun fiili hâkimiyetinin alıcıya geçtiği anda satmak fiili gerçekleşir. Dolayısıyla suçun tamamlanma anı da organ veya dokunun alıcıya teslimi anıdır. Organ veya doku alıcıya teslim edilmemişse suç tamamlanmış olmayacaktır. *Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise*¹⁴⁷², organ veya doku karşılığında para ya da sair bir maddi menfaat sağlama konusunda tarafların sözlü anlaşmaları satmak fiilinin gerçekleşmesi ve suçun tamamlanması için yeterlidir. Bu nedenle de suçun tamamlanması bakımından organ veya dokunun teslimi ya da fiili hâkimiyetinin alıcıya geçmesi gerekmemektedir. Nitekim Yargıtay da suçun tamamlanmış sayılabilmesi için organ veya dokunun alınmasını ya da teslim edilmesini aramamakta, karşılığında maddi menfaat sağlama konusunda sözlü anlaşmayı yeterli görmektedir¹⁴⁷³. Esasında suçta ve cezada

¹⁴⁷⁰ Gökçen/Balcı (2013), s. 140; Karakaya, s. 292.

¹⁴⁷¹ Hafizoğulları/Özen, s. 110; Köksal, s. 206; Algan, s. 181; Gökçen/Balcı (2013), s. 140; Aydın (2008a), s. 133.

¹⁴⁷² Bakıcı, s. 949; Özen, s. 314; Bayraktar (2010), s. 1314; Gözübüyük, s. 127; Şen, s. 320; Ömeroğlu, s. 65; Vatanoglu, s. 49; Meran, s. 226; Mermut, s. 1477; Kanıcı, s. 39.

¹⁴⁷³ "...S. S.'ün böbrek hastası olup kendisine uygun böbrek ararken internet aracılığıyla tanıştığı sanık A. N. ile görüştükleri, 25.000 TL bedelle böbrek nakli hususunda anlaştıkları, S.'in sanık A.'a 3.000 TL'yi önden verdiği, birlikte böbrek nakli için Antalya Medical Park Hastanesi'ne başvuruda bulundukları, tahliller yapılırken adı geçenlerin akraba olmadıklarının anlaşılması üzerine hastane yetkililerin durumu emniyet görevlilerine ihbarı üzerine yakalandıkları, bu nedenle organ naklinin gerçekleşemediği anlaşılmakla; Organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, somut olayda yasa maddesinde öngörülen suçun tamamlandığı anlaşılmakla sanığa tayin edilen cezadan TCK'nın 35/2. maddesi gereğince indirime tabi tutulmasıyla eksik cezaya hükmedilmesi..." Yarg. 12. CD, E: 2014/3632, K: 2014/26400, T: 23.12.2014 (UYAP Veri Tabanı); "Organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun

kanunilik ilkesi bakımından suçun tamamlanma anına ilişkin bu belirsizliğin ve tartışmanın sonlandırılabilmesi için açık bir düzenleme getirilmek suretiyle organ veya dokunun alıcıya tesliminin nitelikli hal olarak öngörülmesi ya da tıpkı Singapur hukukunda¹⁴⁷⁴ olduğu gibi konuya dair ikili bir ayırım yapılarak her iki duruma ilişkin farklı cezalar kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan bu suçun tamamlanması bakımından organ veya doku karşılığında öngörülen para ya da sair maddi menfaatin elde edilmiş olup olmadığının yani ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının da bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁷⁵. Belirtelim ki, organ ve doku satışını konu alan anlaşmaların TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olması karşısında para ya da sair maddi menfaat temin edilmemiş ise dava yoluyla talep edilemeyeceği gibi, temin edilmiş olması halinde de geri istenemez. Zira TBK m. 81’de hukuka veya ahlâka aykırı sonucun gerçekleşmesi gayesiyle verilen şeyin geri istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak organ veya dokunun karşılığı olarak elde edilen para ya da sair maddi menfaat her ne kadar geri istenemese de TCK m. 55 kapsamında kazanç müsaderesinin konusunu oluşturacaktır.

alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, somut olayda yasa maddesinde öngörülen suçun tamamlandığı anlaşılmakla...” Yarg. 12. CD, E: 2015/15330, K: 2018/2266, T: 28.02.2018 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁴⁷⁴ Singapur’da belli bir değer karşılığında organ satmak ya da satın almak konusunda anlaşmaya varılması 12 aya kadar hapis cezası ve/veya 10.000 Singapur doları para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu anlaşma sonucu organın alınması halinde ise fail 10 yıla kadar hapis cezası veya 100.000 Singapur doları para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

¹⁴⁷⁵ **Mermut**, s. 1477; **Meran**, s. 226; “R. A. isimli kişinin oğlu olan M. H. A. 'nin böbrek rahatsızlığı bulunduğu, böbrek nakli için Antalya Medical Park Hastanesi'ne başvuruda bulunduğu, bu arada O. C.'in ekonomik sıkıntı nedeniyle böbreğinin birini satmak istediğini Ö. K.'a bildirdiği, Ö. K.'un da daha önceden organ ticaretine aracılık yaptığını bildiği, sanık A. Ö. ile O. C.'i tanıştırdığı, şahısların bir araya gelip anlaştıkları, sanık A. Ö.'in O. C.'i Antalya'ya getirip hasta M. H.'nin tedavisi ile ilgilenen sanık Hamza ile tanıştırdığı, böbrek satımı ile ilgili para konusunda anlaştıkları, O. C.'in sanık A. tarafından sağlanan R. A. adına düzenlenmiş sahte nüfus cüzdanını aldığı, hasta M. H.'nin babası gibi O.'in hastaneye müracaatta bulunduğu, M. H.'nin babası R.'miş gibi organ bağışında bulunmak istediğine dair belgelerin düzenlendiği, incelemelerin başladığı, ancak biyolojik olarak R. A. kimliği ile organ bağışında bulunmak isteyen O. C.'in hasta M. H.'nin babası olmadığının tespit edildiği, bu nedenle organ naklinin gerçekleşemediği anlaşılmakla; Organ ve doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, somut olayda yasa maddesinde öngörülen suçun tamamlandığı anlaşılmakla...” Yarg. 12. CD, E: 2013/26896, K: 2014/18492, T: 23.09.2014 (UYAP Veri Tabanı); “Organ ve doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, somut olayda yasa maddesinde öngörülen suçun tamamlandığı anlaşılmakla...” Yarg. 12. CD, E: 2013/17615, K: 2014/14203, T: 10.06.2014 (UYAP Veri Tabanı); Aynı yönde bkz. Yarg. 12. CD, E: 2022/8807, K: 2023/6026, T: 27.12.2023 (UYAP Veri Tabanı).

Öğretide satmak fiilinden, kişinin kendi organ veya dokusunu satmasının anlaşılması gerektiği, başkasının organ veya dokusunun satılmasının ise, satıma aracılık etme fiilini oluşturacağı ileri sürülmüştür¹⁴⁷⁶. Yasal bir dayanağı olmadığını düşündüğümüz bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira suçun kanuni tanımında bu şekilde bir sınırlama bulunmadığı gibi satmak fiili bir kimsenin yalnızca kendisine ait olanı satmasıyla da sınırlı değildir. Bu sebeple organ veya doku satmak, hem bir kişinin kendi organ veya dokusunu satması hem de başka bir kişinin vücudundan alınan organ veya dokuyu satması şeklinde olabilir¹⁴⁷⁷.

Belirtelim ki organ veya doku vücuttan alınmadan evvel satıma konu olabileceği gibi hukuka aykırı ya da hukuka uygun olarak vücuttan alındıktan sonra da satıma konu olabilmektedir. Ancak organ veya doku ticareti suçunun oluşması için taraflar arasında organ veya doku karşılığında para veya maddi menfaat sağlama hususundaki anlaşmanın, organ veya dokunun naklinden önce ya da en geç nakil esnasında yapılmış olması şarttır¹⁴⁷⁸. Nakil öncesi veya en geç nakil esnasında taraflar arasında maddi menfaate ilişkin bir anlaşma bulunmamasına rağmen nakil işleminden sonra alıcının, vericiye ya da nakil hususunda emeği geçen üçüncü kişilere veya aracıya maddi menfaat sağlaması bu suça vücut vermeyecektir¹⁴⁷⁹. Ayrıca nakilden önce veya nakil sırasında taraflar arasında organ veya doku karşılığında bir maddi menfaat teminine ilişkin bir anlaşma olmamasına rağmen naklin gerçekleştirilmesinden sonra verici ya da aracının alıcıdan tehdit, şantaj ya da yağma suçunu teşkil edecek fiillerle organ veya doku karşılığında maddi menfaat temin etmesi TCK m.

¹⁴⁷⁶ Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 278; **Arslan/Azizağağoglu**, s. 412.

¹⁴⁷⁷ **Hafizoğulları/Özen**, s. 110; **Özen**, s. 314; **Gözübüyük**, s. 127; **Kaçar**, s. 64; **İltaş**, s. 19-20; **Metin**, s. 462.

¹⁴⁷⁸ “*Davaya konu böbrek nakli işleminin TCK’nın 91/1. maddesinde aranan hukuken geçerli rızaya dayalı olmadığı, tarafların daha önceden aralarında anlaştıkları bir miktar para karşılığında gerçekleştiği, dolayısıyla sanıklara atılı organ ticareti suçunun oluştuğu, hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı gerekçeyle beraatlerine hükmedilmesi...*” Yarg. 12. CD, E: 2014/7311, K: 2015/4445, T: 10.03.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁴⁷⁹ **Gözübüyük**, s. 127-128; **Kaçar**, s. 65; **Şen**, s. 319; **Köksal**, s. 208; **Mermut**, s. 1477; **Karakaya**, s. 298; “*...Organ ve doku satın alınması, bunun için aracılık edilmesi suçunun oluşabilmesi için bu olaya konu taraflar arasında gerçek anlamda bir alım-satım ilişkisinin varlığı şarttır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, olayda bu anlaşmanın varlığı kanıtlanamadığından ve sanık G. ile tanık S. arasındaki böbrek nakli olayının sanık G. ’ın rızası dâhilinde maddi olarak alım-satım ilişkisine konu olmaksızın aralarındaki önceki nişanlılık nedeniyle insani nedenlerle gerçekleştiği, nakil olayı sonrasında bu işlemin getirdiği rahatlık ve sanığın maddi durumunun kötü olduğunu belirtmesi üzerine sanık A. tarafından sanık G. ’a bir miktar para verildiği sonuç ve kanısı ile sanıkların beraatlerine...*” Antalya 8. Asliye Ceza Mahkemesi, E: 2009/561, K: 2010/769, T: 11.10.2010; Anılan ilk derece mahkemesinin kararı Yarg. 12. CD, E: 2012/32443, K: 2014/337, T: 10.01.2014 kararıyla onanmıştır. Aktaran: **Köksal**, s. 208-209, dn. 689.

91/3'te tanımlanan suçu oluşturmayacak ve ilgili suçlar kapsamında cezalandırma cihetine gidilecektir¹⁴⁸⁰.

Burada değinilmesi gereken bir husus da ODNK m. 3 hükmünde bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması yasaklansa da ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz verilmesi gerektiğidir¹⁴⁸¹. Gerçekten de kendisinden organ veya doku alınacak verici nakil operasyonu geçirmektedir ve bu nedenle hem hastane masrafları ortaya çıkmakta hem de operasyon sonrası istirahat etmesi nedeniyle çalışmadığı için elde edeceği kazançtan yoksun kalması söz konusu olmaktadır. Hiçbir maddi çıkarı ve zorunluluğu olmamasına rağmen sırf başka bir insanın sağlığına kavuşmasını sağlamak ve yaşamını kurtarmak adına fedakârlık yapıp organ veya dokusunu bağışlayan vericiyi hastane masraflarını ödemek zorunda bırakmak ve geçirdiği nakil operasyonu sebebiyle yapmış olduğu harcamalar ile çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi etmemek adalet hissi ile bağdaşmaz¹⁴⁸². Nitekim Avrupa Konseyi'nin 1978 yılında yaptığı bir toplantıda da ticaret maksadı güdülmemek kaydıyla organ veya dokusunun alınması sebebiyle vericinin uğrayacağı maddi zararın karşılanması uygun olduğu kararlaştırılmıştır¹⁴⁸³. Önemle vurgulamak gerekir ki, zikredilen karar organ ve doku ticaretinin kabul edildiği anlamına gelmemekte, yalnızca vericilerin nakil sebebiyle mağduriyetini engellemeye hizmet etmektedir¹⁴⁸⁴. Esasen ONHY m. 33/8-9'da organ nakli merkezlerinin, alıcı ve vericiden ek ücret talep edemeyeceği, naklini gerçekleştirdiği hastaları bir yıldan az olmamak üzere takip edeceği, takip sürecinde Sosyal Güvenlik Kurumunun ödemesi haricinde takip hastalarından ilave ücret alınamayacağı, yaşayan vericinin nakil ve bağışa ilişkin takip tedavileri ile uğrayacağı komplikasyonlarda da hayatı boyunca bu kişilerden ilave ücret istenemeyeceği düzenlenerek soruna kısmî bir çözüm getirilmiştir. Ancak belirtelim ki, vericinin nakil sebebiyle karşılaşacağı harcamalar bu kalemlerden ibaret değildir. Bu nedenle Avrupa Konseyi'nin yukarıdaki kararı dikkate alındığında vericinin nakil sebebiyle yapmış olduğu tedavi ve hastane harcamaları, hastaneye ulaşım ve konaklama masrafları ile operasyon sonrası zorunlu sağlık istirahati sebebiyle çalışmadığı günlere ilişkin maddi kaybı alıcı tarafından karşılanacağını sözleşme ile kararlaştırılması ne hukuka ne de ahlâka aykırı olacaktır¹⁴⁸⁵. Burada önemli olan sözleşme ile alıcı tarafından karşılanması kararlaştırılan

¹⁴⁸⁰ Şen, s. 320; Gözübüyük, s. 128; Köksal, s. 208-209.

¹⁴⁸¹ Gökçen/Balcı (2013), s. 123; Akıncı, s. 179 vd.; Ertin, s. 102.

¹⁴⁸² Gökçen/Balcı (2013), s. 123; Algan, s. 183.

¹⁴⁸³ Özdağ, s. 47; Koçak Süren, s. 190.

¹⁴⁸⁴ Koçak Süren, s. 190.

¹⁴⁸⁵ Gökçen/Balcı (2013), s. 123; Soyaslan, s. 336; Kaçar, s. 65-66; Algan, s. 183.

masrafların organ veya dokunun satış bedeli olarak sayılamayacak, vericiye ekonomik kâr ve kazanç sağlama amacı gütmeyen masraflar olmasıdır. Pek tabii ki bu nitelikteki masraf ve harcamaların karşılanması organ veya doku ticareti suçu kapsamında da telakki edilemeyecektir¹⁴⁸⁶. Buna karşılık hastane yönetimi veya nakil merkezleri tarafından nakil operasyonuna ilişkin ameliyat ücreti dışında alınan ek ücretlerin bu suça vücut vereceği belirtilmektedir¹⁴⁸⁷.

Satın Almak

Satın almak, sözlükte “*bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek, mübayaa etmek*” şeklinde tarif edilmiştir¹⁴⁸⁸. TCK m. 91/3’te tanımlanan suç bakımından ise satın almak, para ya da sair maddi menfaat karşılığında organ veya doku kabul etmektir. Dolayısıyla herhangi bir para veya sair maddi menfaat olmaksızın organ veya doku kabul edilmiş ise, bu suç oluşmayacaktır¹⁴⁸⁹. Bu suç tipi bakımından bir önceki başlık altında savunduğumuz görüş doğrultusunda organ veya doku karşılığında para ya da sair bir maddi menfaat sağlama konusunda tarafların sözlü anlaşmaları satın almak fiilinin gerçekleşmesi ve bu suçun tamamlanması için yeterlidir¹⁴⁹⁰. Bu nedenle de suçun tamamlanması bakımından organ veya dokunun teslimi ya da fiili hâkimiyetinin alıcıya geçmesi gerekmemektedir.

Nakilden önce veya en geç nakil esnasında organ veya dokunun karşılığında para veya sair maddi menfaat sağlamaya ilişkin taraflar arasında bir anlaşma yoksa diğer bir deyişle organ veya doku bağışlanmışsa bu suç oluşmaz¹⁴⁹¹.

Öte yandan organ veya dokunun satış bedeli olarak değil, vericinin nakil işlemi dolayısıyla ortaya çıkan tedavi ve hastane harcamaları, hastaneye ulaşım ve konaklama

¹⁴⁸⁶ Ömeroğlu, s. 70; Algan, s. 182-183.

¹⁴⁸⁷ Özbilen, s. 214-215; Kaçar, s. 65; “Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmesi olan organ nakli merkezleri Sosyal Güvenlik Kurumunca ilgili mevzuatına göre belirlenen geri ödeme ücretleri haricinde ücret talep edemez ve hastalardan ilave ücret alamaz. Sosyal Güvenlik Kurumunun mevzuatına göre belirlenen geri ödeme ücretleri haricinde ilave ücret aldığı tespit edilen merkezin faaliyet izni ilk tespitite üç ay, ikinci tespitite altı ay durdurulur, üçüncü tespitite ise faaliyet izni iptal edilir (ONHY m. 33/8).

¹⁴⁸⁸ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Satın almak”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 12.03.2022).

¹⁴⁸⁹ Karakaya, s. 300; Gökçen/Balcı (2015), s. 457.

¹⁴⁹⁰ Özen, s. 314; Gözübüyük, s. 127; Ömeroğlu, s. 65; Mermut, s. 1477; Kaçar, s. 66; Kanıcı, s. 39; Organ veya doku karşılığında maddi menfaat sağlama konusunda taraflar arasındaki anlaşmanın suçun tamamlanması için yeterli olmayıp, organ veya dokunun bedel veya maddi menfaat karşılığında teslim alındığı anda suçun tamamlanacağı yönündeki görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 110; Gökçen/Balcı (2013), s. 141; Köksal, s. 207; Algan, s. 185; İltaş, s. 20.

¹⁴⁹¹ Gökçen/Balcı (2013), s. 141; Mermut, s. 1477.

masrafları ile operasyon sonrası zorunlu sağlık istirahatı sebebiyle çalışmadığı günlere ilişkin maddi kaybının tazmini organ veya doku satın almak manasına gelmeyeceğinden, bu suç oluşturmaz¹⁴⁹².

Satışa Aracılık Etmek

Aracılık etmek, sözlükte “bir işin çözümünde araya girerek yardım etmek, tavassut etmek” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁹³. İnceleme konumuz olan suç tipi bakımından satışa aracılık etme, satan ile alıcı karşı karşıya getirmek, buluşturmak, tanıştırmak demektir¹⁴⁹⁴. Bu çerçevede alıcı ve satıcı bir araya getirmek suretiyle tanıştıran ve buluşturan, alım satım ilişkisinin kurulması için gerekli koşul ve ortamı hazırlayan, organ veya dokunun bedeli hakkındaki pazarlığa katılan, bu pazarlığı yürüterek sonuçlandırmak için çaba harcayan ve bu fiillerinin karşılığında komisyon alan kişi TCK m. 91/3 kapsamında organ veya doku satışına aracılık eden olarak cezalandırılmaktadır¹⁴⁹⁵. Satışa aracılık etme fiilinin varlığından bahsedilebilmesi için, aracılık faaliyetlerinin para veya sair bir maddi bir menfaat karşılığında gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁴⁹⁶. Aracılık faaliyetleri para veya sair bir maddi menfaat karşılığı olmaksızın gerçekleştirilmiş ise organ veya doku satmak ya da satın almak suçuna iştirak söz konusu olacaktır.

Esasen şeriklik türlerinden olan “yardım etme” kapsamında değerlendirilmesi gereken satışa aracılık etme fiili, izlenen suç siyaseti gereğince kanunkoyucu tarafından suçun seçimlik hareketlerinden birisi olarak öngörüldüğü için satışa aracılık eden kişi, satma veya satın alma suçuna yardım eden olarak değil, organ veya doku satışına aracılık etme suçunun faili olarak cezalandırılacaktır¹⁴⁹⁷.

Organ veya doku satma ve satın alma suçlarından farklı olarak satışa aracılık etme suçunun tamamlanması için organ veya doku karşılığında para ya da sair bir maddi menfaat sağlama konusunda tarafların anlaşmaları gerekmemektedir¹⁴⁹⁸. Dolayısıyla bu suç, anlaşma

¹⁴⁹² **Algan**, s. 186; **Kaçar**, s. 66.

¹⁴⁹³ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, “Aracılık etmek”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 12.03.2022).

¹⁴⁹⁴ **Hafızoğulları/Özen**, s. 111; **Köksal**, s. 207; **Karakaya**, s. 301.

¹⁴⁹⁵ **Algan**, s. 186; **Kaçar**, s. 66.

¹⁴⁹⁶ Aynı yönde bkz. **Kaçar**, s. 67; Karşı görüş bkz. **Ekiz**, s. 235.

¹⁴⁹⁷ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 141; **Karakaya**, s. 301.

¹⁴⁹⁸ **Meran**, s. 226; **Gözübüyük**, s. 127; **Mermut**, s. 1477; **Ömeroğlu**, s. 65; **Kanııcı**, s. 39.

girişimi başarısızlıkla sonuçlansa bile alıcıyla satıcının bir araya getirilmesiyle tamamlanmaktadır¹⁴⁹⁹.

Öğretide organ veya dokuyu alacak hekimin ODNK m. 7/e hükmünde yer alan “*Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*” şeklindeki yükümlülüğüne aykırı hareket ederek organ veya doku naklinin para ya da başkaca maddi menfaat karşılığında yapıldığını bilmesine rağmen nakli gerçekleştirmesi halinde diğer unsurların da bulunması kaydıyla hem TCK m. 91/3’te düzenlenen satışa aracılık etme suçunu hem de TCK m. 91/5’te tanımlanan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu nakletme suçunu işlediğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁰⁰. İfade edelim ki, *kanaatimizce* satışa aracılık etme fiilinin, para veya sair bir maddi bir menfaat karşılığında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hekim, organ veya dokunun bedel karşılığı elde edildiğini bilmesine rağmen ODNK m. 7/e hükmündeki yükümlülüğüne aykırı davranarak nakli gerçekleştirmiş ancak bu nakil operasyonunu olağan bir nakil operasyonu sonucunda elde edeceği yasal ücretten daha fazlasını elde etmek için gerçekleştirmemiş ise sadece TCK m. 91/5 hükmünden cezalandırılacaktır¹⁵⁰¹. Zira bu durumda satışa aracılık etme fiilinden bahsedilemeyecektir. Failin satışa konu edildiğini bildiği bir organı veya dokuyu yaşayan kişi ya da ölüden alması halinde ise, hukuken geçerli rızadan bahsedilemeyeceği için TCK m. 91/1 veya TCK m. 91/2’de düzenlenen suçtan sorumlu olacaktır.

5.3.1.1.2. Fail

Organ veya doku satmak, satın almak ve satılmasına aracılık etmek fiillerini gerçekleştiren herkes bu suçun faili olabilmektedir¹⁵⁰². Dolayısıyla bu suç özgü bir suç değildir¹⁵⁰³. Zira bu suçun faili olabilmek için suçun seçimlik hareketlerini gerçekleştirmekten başka bir niteliğe veya özelliğe sahip olmak gerekmez.

¹⁴⁹⁹ **Hafizoğulları/Özen**, s. 111; **Köksal**, s. 207; **Vural**, s. 67; Organ veya doku satışına aracılık etme suçunun organ veya dokunun satın alana teslimiyle tamamlanacağı yönündeki görüş hakkında bkz. **Algan**, s. 198.

¹⁵⁰⁰ Bkz. **Mermut**, s. 1478; **Ekiz**, s. 235.

¹⁵⁰¹ **Kaçar**, s. 67.

¹⁵⁰² **Meran**, s. 223; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 141; **Köksal**, s. 204; **Özen**, s. 308; **Algan**, s. 175; **Kaçar**, s. 60; **Aydın** (2008a), s. 129; **Vural**, s. 66.

¹⁵⁰³ **Özen**, s. 308; **Algan**, s. 175; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 79.

Suçun işlenebilmesi için birden fazla kişinin fail olarak katılımının zorunlu olduğu ve faillerden her birinin hareketinin kurucu unsur olarak öngörüldüğü suça *çok failli suç* adı verilmektedir. Bu suçların tek faille işlenebilmesi mümkün değildir¹⁵⁰⁴. TCK m. 91/3'te tanımlanan suçun işlenebilmesi için mecburi olarak organ veya doku satan ile bunu satın alana ihtiyaç bulunmaktadır¹⁵⁰⁵. Zira bir yerde organ veya doku satan varsa bunun karşılığında satın alan da vardır¹⁵⁰⁶. Bu itibarla TCK m. 91/3'te tanımlanan suçun işlenebilmesi için seçimlik hareketleri gerçekleştiren en az iki fail bulunması gerektiğinden bu suç, çok failli bir suçtur¹⁵⁰⁷. Nitekim fıkra gerekçesinde de bu suçun çok failli suç olduğu belirtilmiştir. Zorunlu iştirak türlerinden olan çok failli suçlar, yakınsama ve karşılaşma suçları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Zorunlu olarak suçun işlenişine katılıp aynı gayenin gerçekleşmesini hedefleyen birden fazla failin aynı yönde hareket etmeleri *yakınsama suçları* şeklinde adlandırılırken, aynı gayenin gerçekleşmesini hedefleyen bu faillerin farklı yönden hareket ettikleri suçlar *karşılaşma suçları* şeklinde isimlendirilmektedir¹⁵⁰⁸. Organ veya doku satma, satın alma veya satışa aracılık etme suçunda failler farklı yönlerden hareket ederek aynı gayeyi gerçekleştirmeyi hedeflediklerinden, karşılaşma şeklinde çok failli suçtur¹⁵⁰⁹. Zira suçun işlenişine katılan faillerden biri organ veya dokuyu tedavüle sokmak suretiyle satarken, diğer fail ise satmak fiiline karşılık vererek organ veya dokuyu satın almaktadır¹⁵¹⁰.

Bu suçta her fail kendi fiilinden sorumludur. Diğer bir ifadeyle organ veya dokuyu satan kişi satma fiilinden, satın alan kişi satın alma fiilinden, satışa aracılık eden kişi de aracılık etme fiilinden sorumlu olacaktır¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁴ Bkz. Dönmezer/Erman, s. 737-738; Demirbaş, s. 537; Özgenç, s. 594; Öztürk/Erdem, s. 409; Koca/Üzülmez (2023a), s. 447; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 718; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 513.

¹⁵⁰⁵ Gözübüyük, s. 122; Kaçar, s. 60; Algan, s. 175.

¹⁵⁰⁶ Hafızoğulları/Özen, s. 109; Köksal, s. 204; Ekiz, s. 228.

¹⁵⁰⁷ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Hafızoğulları/Özen, s. 109; Üzülmez, s. 132; Özen, s. 308; Gözübüyük, s. 122; Algan, s. 175; Şen, s. 319; Köksal, s. 204; Meran, s. 225; Bayraktar (2010), s. 1308; Aydın(2008a), s. 130; Aydın (2011), s. 147; İltaş, s. 18; Vural, s. 66.

¹⁵⁰⁸ Bkz. Özgenç, s. 595-596; Koca/Üzülmez (2023a), s. 447-448; Demirbaş, s. 539; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 514.

¹⁵⁰⁹ Gökçen/Balcı (2013), s. 143; Özen, s. 308; Kaçar, s. 60; Algan, s. 176; Gözübüyük, s. 122; Mermut, s. 1477; Köksal, buna ilave olarak bu suçta hareketlerin cezalandırılmasında açıklanan iradelerin karşılaşması ve bir anlaşmanın bulunması gerektiği için bu suçun, karşılaşma suçlarının içerisinde yapılan ayırımı *sözleşme suçu* olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Köksal, s. 204.

¹⁵¹⁰ Algan, s. 176; Ekiz, s. 228-229.

¹⁵¹¹ Hafızoğulları/Özen, s. 109; Köksal, s. 204-205; Kaçar, s. 60.

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi de kendi organ veya dokusunu maddi bir menfaat karşılığında satan kişinin, bu suçun mağduru değil faili olduğudur¹⁵¹². TCK m. 91/3'te yer alan “organ veya doku satan” ibaresi kendi organ veya dokusunu satan kişileri de kapsamaktadır. Organ veya dokusunu satan kişinin buna mecbur kalmış olması, faillik sıfatında bir değişikliğe yol açmayacak ve fakat bu durum ileride görüleceği üzere kusurluluk bağlamında ele alınarak özellikle TCK m. 92'de düzenlenen zorunluluk hali bakımından bir incelemeye tabi tutulacaktır¹⁵¹³. Bunun sonucunda kendi organ veya dokusunu satan failin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlar gözetilerek ceza sorumluluğu azalacak ya da ortadan kalkacaktır.

5.3.1.1.3. Mağdur

Öğretide bu suçun mağdurunun belirlenmesine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. *Bir görüşe göre*, bu suçun mağduru kamu düzeni ve disiplini bozulan devlettir¹⁵¹⁴. *Diğer görüşe göre*, TCK m. 91/3'te kendi organ veya dokusunu satan kişi de fail olarak öngörülmek suretiyle aynı kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı ilkesi ihlal edilmiştir. Zira kişinin kendi organ ve dokusunu satmasının vücut dokunulmazlığına karşı bir suç olarak kabul edilmesi durumunda, mağduru da kendisi olacaktır. Bu sebeple de, kişinin kendi organ ve dokusunu satmasına ilişkin suç tipinin, topluma karşı suçlar arasında, “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” içinde düzenlenmesi daha isabetli olurdu¹⁵¹⁵. *Konuya ilişkin başka bir görüşe göre ise*, bu suç her ne kadar “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında düzenlenmişse de bu suçun belirli bir mağduru bulunmamaktadır. Bu nedenle de mağduru gayri muayyen olan bu suçun mağdurunun toplum olduğu kabul edilmelidir¹⁵¹⁶.

Devletin işlenen her suçta ihlal edilen hukuki değerlerin korunmasına ilişkin menfaatinin zedelenmesi ve kamu düzeninin bozulması nedeniyle her suçun genel pasif süjesi sayılması mümkünse de bu suçla korunan hukuki değerler yalnızca devlete ait menfaatlerden ibaret değildir. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz gibi gerçek kişiler

¹⁵¹² Üzülmöz, s. 132; Kaçar, s. 60.

¹⁵¹³ Koca/Üzülmöz (2023b), s. 323; Kaçar, s. 60.

¹⁵¹⁴ Arslan/Azizağaoğlu, s. 414; Bayraktar (2010), s. 1309.

¹⁵¹⁵ Katoğlu, Tuğrul (2012), ‘Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 61, S: 2, s. 663-664.

¹⁵¹⁶ İlave edelim ki, bu görüşe göre bu suç “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında değil, “Topluma Karşı Suçlar” kısmında düzenlenmelidir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 110; Özen, s. 310; Gözübüyük, s. 123; Kasapoğlu Halıcı, s. 81; Köksal, s. 202; Vural, s. 66.

dışındaki devlet, kişi toplulukları ve tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar. Bu sebeple de bu suçun mağdurunun devlet olduğu görüşüne katılmamaktayız. *Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre*, bu suçla korunan hukuki değer olan bir insanın organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına ilişkin menfaatin toplumu oluşturan tüm bireylere ait olduğu ve TCK m. 91’de düzenlenen suçların müşterek olarak sağlık hakkı ile sağlıklı çevrede yaşama hakkını koruduğu dikkate alındığında bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu kabul edilmelidir¹⁵¹⁷. Bununla birlikte kişi bir başkasının organ veya dokusunu satmış ise, organ veya dokusu satılan kişi de hukuki menfaatin sahibi olarak toplumla birlikte bu suçun mağduru olacaktır. Keza ölünün organ veya dokularını satışa konu eden ölünün yakınları değilse, bunlar da toplumla birlikte bu suçun mağduru olarak kabul edilmelidir¹⁵¹⁸.

5.3.1.1.4. Maddi Konu

Organ veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek suçunun maddi konusu organ veya dokudur¹⁵¹⁹. Belirtelim ki, kompozit dokular da özel nitelikli doku olduğu için, bu suçun maddi konusunu oluşturabilirler¹⁵²⁰. Suçun konusu olan organ veya doku, ölü bir insana ait olabileceği gibi yaşayan bir insana da ait olabilir¹⁵²¹. Dolayısıyla hayvana veya bitkiye ait organ ve dokular ile suni (yapay) organ ve dokuların ticareti bu suça vücut vermez.

İfade edelim ki, satışa konu edilen organ veya dokunun bizzat satana ait olması gerekmemektedir¹⁵²². Suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/3 hükmünde ODNK’ya tabi olup olmamasına göre organ veya dokular arasında bir ayrım yapılmadığından, bu suçun maddi konusunu ODNK kapsamında yer alan organ veya dokularla sınırlandırmak mümkün değildir. Dolayısıyla ODNK hükümlerine tabi olsun veya olmasın ölü ya da yaşayan bir insana ait organ veya dokuların satılması, satın alınması ya da satışa aracılık edilmesi halinde bu suç oluşacaktır. Bununla birlikte, ODNK kapsamı dışında bırakılan insana ait organ veya dokularla ilgili özel bir ceza normu bulunmaktaysa, ceza miktarına bakılmaksızın TCK m.

¹⁵¹⁷ **Algan**, s. 177-178; **Karakaya**, s. 289; **Ekiz**, s. 229.

¹⁵¹⁸ **Kaçar**, s. 61.

¹⁵¹⁹ **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 323; **Gökçen/Balcı** (2013), s. 141; **Hafizoğulları/Özen**, s. 110; **Özen**, s. 306; **Vural**, s. 66

¹⁵²⁰ **Gözübüyük**, s. 122.

¹⁵²¹ **Ekiz**, s. 230; **Kaçar**, s. 61.

¹⁵²² **Algan**, s. 178; **Karakaya**, s. 288; **Ekiz**, s. 230.

91/3 yerine bu özel ceza normu uygulanacaktır¹⁵²³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, niteliği itibarıyla organ veya doku olmayan biyolojik maddeler TCK m. 91/3'te tanımlanan suçun maddi konusunu oluşturmazlar¹⁵²⁴. Ticarete konu edilen biyolojik madde, embriyo veya üreme hücresi niteliğindeyse diğer koşulları da varsa ODNK m. 15/2'de tanımlanan suç oluşturacaktır¹⁵²⁵.

5.3.1.1.5. Nitelikli Hal

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda olduğu gibi bu suçun da bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, TCK m. 91/4'te isabetli bir tercihle cezayı artırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Zira suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, suç işlemeyi kolaylaştırarak suçtan elde edilen rantı artırmakta, buna karşılık suçla mücadeleyi ise zorlaştırmaktadır¹⁵²⁶. Bu suçta satılan, satın alınan veya satışına aracılık edilen organ veya dokunun yaşayan ya da ölü bir insana ait olması hususunda bir ayrıma gidilmediği için, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde ölü bir kimseye ait organ veya dokuların satılması, satın alınması ya da satışa aracılık edilmesi halinde de TCK m. 91/4 hükmü uygulanacaktır¹⁵²⁷. Buna karşılık ölüden organ veya doku alınması suçu bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlense dahi TCK m. 91/4 uygulanmayacaktır.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için bir örgütün bulunması ve organ veya doku satma, satın alma ya da satışa aracılık etme suçunun bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gerekmektedir. Aynı nitelikli hal, yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından da kabul edildiği için, tekrara düşmemek amacıyla örgütün niteliğine ve bu nitelikli halin uygulanmasına ilişkin ilgili kısımda yaptığımız ayrıntılı açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, örgütün varlığı TCK m. 220

¹⁵²³ Bkz. **Köksal**, s. 203.

¹⁵²⁴ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 141; **Karakaya**, s. 291; "...Organ veya doku ticareti bu suçta aracılık yapmak eylemi yönünden, öncelikle dava konusunun doku veya organ olup olmadığının saptanması gereklidir. İddianamenin konusu kadın yumurtasının 'organ-doku sayıldığı' adli tıp kurumu raporunda açıkça belirtilmediği gibi bu durum herkes tarafından da kolaylıkla bilinebilecek bir husustur. Tıbben organ veya doku sayılmayan 'yumurta' hakkında söz konusu TCK maddesinin uygulanması mümkün değildir..." Antalya 8. Asliye Ceza Mahkemesi, E: 2008/436, K: 2011/210, T: 18.04.2011; Anılan ilk derece mahkemesinin kararı Yarg. 12. CD, E: 2013/7704, K: 2013/17915, T: 01.07.2013 kararıyla onanmıştır. Aktaran: **Köksal**, s. 203, dn. 666.

¹⁵²⁵ **Kaçar**, s. 61.

¹⁵²⁶ **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 783; **Karakaya**, s. 305.

¹⁵²⁷ **Meran**, s. 226; **Köksal**, s. 215.

hükmüne göre saptanacaktır. Anılan hükümde, bir suç örgütünden bahsedilebilmesi için en az üç kişiden oluşup, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek maksadıyla kurulması, yapısı ve üye sayısı ile araç-gereçleri bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay TCK m. 220 anlamında bir suç örgütünün varlığını kabul için; üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, amaç suçlar işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık arz etmesi ve örgütün sahip olduğu üye sayısı, yapısı ile araç-gereçleri dikkate alınarak amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir¹⁵²⁸. Buna karşılık, örgütün varlığı için silahlı olmasına veya cebir, tehdit ve baskı yöntemlerini kullanmasına gerek yoktur. Ayrıca organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçunun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin TCK m. 91/4'te belirtilen nitelikli halin uygulanabilmesi için, bu örgütün organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçunu işlemek amacıyla kurulması gerekmemektedir. Bir suç örgütü, başka amaç suçları işlemek maksadıyla kurulmuş olsa bile bu amaç suçların yanı sıra varlığını devam ettirebilmek için rant elde etmek gibi gayelerle, faaliyeti çerçevesinde organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçu işlenmiş ise, TCK m. 91/4'te düzenlenen nitelikli hal bu durumda da uygulanacaktır¹⁵²⁹.

Önemine binaen burada şu hususu hatırlatmakta fayda vardır ki, organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK m. 220/4'te yer alan gerçek içtima hükmü uyarınca fail hem TCK m. 91/4'ten hem de suç işlemek için örgüt kurmak veya örgütü yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacaktır¹⁵³⁰. Suç örgütünün kurucusu ve üyesinden farklı olarak örgüt yöneticisi, TCK m. 220/5 gereğince yalnızca kendi işlediği veya iştirak ettiği değil, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılacaktır. Bu nedenle örgüt yöneticisi, işlenen suçlara katılmasa ve hatta bu suçların işlendiğinden haberi olmasa bile bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen organ

¹⁵²⁸ Bkz. Yarg. 10. CD, E: 2010/841, K: 2010/28759, T: 22.10.2010; Yarg. CGK, E: 2012/6-1490, K: 2013/59, T: 19.02.2013 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵²⁹ Şen, s. 322; Kaçar, s. 69.

¹⁵³⁰ Bkz. Yarg. 12. CD, E: 2021/2355, K: 2021/6901, T: 13.10.2021 (UYAP Veri Tabanı); "...Örgüt kurma ve yönetme ya da üye olmak fiillerinin cezalandırılabilmesi için örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenmesi şart değildir. Ancak bu kapsamda bir suç işlenirse TCK m. 220/4 doğrultusunda gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaklardır..." Yarg. 16. CD, E: 2016/7162, K: 2017/4786, T: 18.07.2017 (UYAP Veri Tabanı).

veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçlarından dolayı fail olarak sorumlu olacaktır¹⁵³¹.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçunu işleyen failin, adına suç işlediği örgüt silahlı örgüt ise TCK m. 220/4 uyarınca hem TCK m. 91/4 hem de TCK m. 220/6'dan sorumluluğu olacaktır. Buna karşılık örgüte üye olmamakla birlikte organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçunu silahsız bir örgüt adına işleyen fail, yalnızca TCK m. 91/4'ten cezalandırılacaktır. Zira örgüte üye olmayıp örgüt adına suç işlemenin düzenlendiği TCK m. 220/6 hükmü, yalnızca silahlı örgütler hakkında uygulanmaktadır.

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesi yerinde bir düzenleme olmakla birlikte bu nitelikli hal dışında başkaca ağırlaştırıcı nedene yer verilmemesi isabetli değildir. *Kanaatimizce* organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçu bakımından “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” şeklindeki nitelikli halin yanı sıra “suçun konusunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ait olması¹⁵³²” ile “suçun internet ortamı veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi¹⁵³³” hususlarının da nitelikli hal olarak kabul edilmesi, bu suçla mücadeleye katkı sağlayacaktır.

¹⁵³¹ Şen, s. 319; Köksal, s. 215-216; Nitekim Yargıtay da örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacaklarına dair TCK m. 220/5 uyarınca örgüt yöneticisinin hem TCK m. 91/4'ten hem de örgüt yöneticiliği suçundan cezalandırılması gerektiğini içtihat etmiştir. Bkz. Yarg. 12. CD, E: 2015/1531, K: 2015/2378, T: 10.02.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵³² AY m. 10/3 hükmünde çocuklar, özürlüler ve malullar hakkında alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı düzenlenmiştir. AY m. 41'de de her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkının olduğu düzenlenmiş; aynı maddede devlete her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirler almasına ilişkin pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Anayasanın ilgili hükümleri dikkate alındığında devletin çocukları her türlü istismardan koruma görevi olduğu, doğuştan ya da sonradan ortaya çıkan sebeplerle dezavantajlı durumda oldukları için hukuk tarafından daha fazla himaye edilme gereksinimi olan çocuklar, özürlüler ve malulları korumak için bir takım pozitif ayrımcılık düzenlemeler öngörülebileceği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda organ ticaretinin istismara sebebiyet verdiği izahtan varestedir. Dolayısıyla organ ticaretine karşı çocuklar, özürlüler ve malullara özgü cezayı artırıcı nitelikli hal öngörülmesi, dezavantajlı olan bu kimselerin hukuk tarafından korunmasına *kanaatimizce* katkı sağlayacaktır. Bu nedenle organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunda “suçun konusunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ait olması” halinin nitelikli unsur olarak öngörülmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

¹⁵³³ TCK m. 91/3'te düzenlenen organ ve doku ticaretinin suç olarak ihdas edilmesinin sebebi, insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda herhangi bir mübadelenin ve mülkiyetin konusu olamayan organ ve dokularının ticari bir meta gibi alınıp satılmasının kabul edilmemesidir. Belirtelim ki, teknoloji alanında yaşanan gelişmeler ve ilerlemeler neticesinde insanların elektronik yöntemlerle iletişim kurmaları oldukça

5.3.1.2. Manevi Unsur

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunun manevi unsuru kast olup, taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir¹⁵³⁴. Bu suçun oluşması bakımından failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesi gerekmemektedir¹⁵³⁵.

Kastın varlığı için suçun kanuni tarifinde yer alan maddi unsurların fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Aksi halde failin kastından söz edilemez. Dolayısıyla organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunda kastın varlığından bahsedilebilmesi için failin, ölü ya da yaşayan bir insana ait organ veya dokuyu sattığını, satın aldığını ya da bunların satılmasına aracılık ettiğini bilmesi gerekir¹⁵³⁶. Başka bir anlatımla fail, kendisine ya da başka birine ait organ veya dokuyu para veya sair bir maddi menfaat karşılığında sattığını, satın alan fail ise para veya sair bir maddi menfaat karşılığında organ veya dokuyu satın aldığını bilmelidir. Satışa aracılık eden fail de, bir araya getirdiği tarafların organ veya dokuyu ticari bir meta olarak maddi bir menfaat karşılığında alım satıma konu edeceğini bilmelidir¹⁵³⁷. Bunun sonucunda organ veya doku bağışısı için tarafları bir araya getiren kişinin, taraflar arasındaki alım satım ilişkisinden hiçbir bilgisi bulunmuyor ve kendisine bağışın gönüllülük esasıyla yapılacağı söylenmiş ise kastından bahsedilemeyecektir¹⁵³⁸. Öte yandan bu suçun gerçekleşebilmesi için organ veya dokunun para ya da sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle sokulması gerektiğinden, manevi bir menfaat sağlamak amacıyla hareket edildiğinde bu suç oluşmayacaktır¹⁵³⁹.

yaygın hale gelmiştir. Organ ve doku ticareti bağlamında konuyu ele alacak olursak, internet ağı veya elektronik haberleşme yöntemleriyle günümüzde organ satıcısı ile alıcısının birbirlerini bulmaları, itetişim kurlmaları, bir araya gelmeleri ve organ veya dokunun satışa arzı oldukça kolaylaşmıştır. Bu durum da *kanaatimizce* organ veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek suçlarının işlenmesini kolaylaştırmıştır. İşte bu nedenle suçla etkin mücadele bakımından organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunda “*suçun internet ortamı veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi*” halinin nitelikli unsur olarak ihdas edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁵³⁴ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 142; **Aydın** (2011), s. 148; **Özen**, s. 320; **Taneri/Kamışlı**, s. 231; **Gerçekler**, s. 1023; **Aydın** (2008a), s. 134; **Ömeroğlu**, s. 66; **Bayraktar** (2010), s. 1325; **Mermut**, s. 1480; **Köksal**, s. 210; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 82; **Polat**, s. 55.

¹⁵³⁵ **Köksal**, s. 211; **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 415; **Kaçar**, s. 68; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 82; **Karakaya**, s. 307.

¹⁵³⁶ **Hafizoğulları/Özen**, s. 111; **Köksal**, s. 211; **Kaçar**, s. 68; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 82.

¹⁵³⁷ **Algan**, s. 186; **Ekiz**, s. 235; **Karakaya**, s. 307.

¹⁵³⁸ **Algan**, s. 187; **Ekiz**, s. 236.

¹⁵³⁹ **Kasapoğlu Halıcı**, s. 83.

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunun sırf hareket suçu olduğunu kabul ettiğimiz için, suçta netice bulunmadığından kast varlığı bakımından illiyet bağı ve neticenin bilinmesi meselesi gündeme gelmeyecektir.

Öğretide her ne kadar bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği ileri sürülmüş ise de¹⁵⁴⁰ suçun olası kastla işlenmesine engel bir durum yoktur¹⁵⁴¹. Bir suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğinin kabulü için o suçun kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde” veya “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle yer verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kasten işlenebilen her suç gerek doğrudan gerekse olası kastla işlenebilir¹⁵⁴². Organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunun kanuni tanımında bu suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğine dair bir ifadeye yer verilmemesi sebebiyle olası kastla da işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin böbrek bağıışı için tarafları buluşturup bir araya getirecek kişi, bu buluşma sonrasında tarafların alım satım ilişkisine girerek vericinin ve kendisinin elde edeceği bir maddi menfaat karşılığında böbreğin bağışlanacağını öngörmesine rağmen “olursa olsun” düşüncesiyle hareket etmek suretiyle bunu kabullenerek tarafları bir araya getiriyorsa olası kastından söz edilecektir¹⁵⁴³.

5.3.2. Hukuka Aykırılık

ODNK m. 3’te hiçbir istisnaya yer vermeksizin bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması mutlak şekilde yasaklandığı için, ilgilinin rızası bu suçta hukuka uygunluk nedeni olamaz¹⁵⁴⁴. Zira rızanın işlenen fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı bulunmalıdır. Oysa organ veya dokusunun alım satımına konu edilmesi hususunda kişinin tasarruf hakkı yoktur.

Ölü ya da yaşayan bir insana ait organ veya dokuyu satmak, satın almak ya da satışa aracılık etmek fiillerini hukuka uygun hale getiren bir hal bulunmadığından, bu suç

¹⁵⁴⁰ Bkz. Meran, s. 228; Karakaya, s. 308.

¹⁵⁴¹ Özen, s. 320; Gözübüyük, s. 133; Algan, s. 187; Kaçar, s. 68.

¹⁵⁴² Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 397; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 273; Centel/Zafer/Çakmut, s. 389.

¹⁵⁴³ Algan, s. 187; Kaçar, s. 68.

¹⁵⁴⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 111; Özen, s. 326; Köksal, s. 210; Şen, s. 319; Algan, s. 188; Kaçar, s. 69; Gözübüyük, s. 135.

bakımından diğer hukuka uygunluk nedenleri de uygulama alanı bulamayacaktır¹⁵⁴⁵. Gerçekten de organ veya dokunun para ya da sair bir maddi menfaat mukabilinde satılması, satın alınması veya satışına aracılık edilmesini mümkün kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suç tipi bakımından kanunun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelmesi söz konusu değildir¹⁵⁴⁶. Organ veya dokunun para ya da sair bir maddi menfaat mukabilinde satılması, satın alınması veya satışına aracılık edilmesi fiillerinin, haksız bir saldırıya karşı ve bu saldırıyı defetmek mecburiyeti ile işlenmesi mümkün olmadığından, bu suç tipi bakımından meşru savunma da gündeme gelmeyecektir¹⁵⁴⁷. Hukuka uygun şekilde alınmış olsa bile hukuk düzeni hiç kimseye organ veya dokuyu para ya da sair bir maddi menfaat karşılığında satma, satın alma ve satılmasına aracılık etme hakkı tanımamaktadır. Bu sebeple organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçu bakımından hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeni de uygulanabilir nitelikte değildir¹⁵⁴⁸.

5.4. Kusurluluk

Bir kimsenin, işlemiş olduğu organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için kusurunun bulunması gerekmektedir. Kusuru bulunmayan veya başka türlü davranma imkânı olmaması sebebiyle kusurunun ortadan kalktığı hallerde, fiil suç teşkil etse bile failin cezalandırılması mümkün değildir. Bu kapsamda karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet ya da muhakkak ve ağır bir tehdit sonucu organ veya doku satan, satın alan ya da satılmasına aracılık eden kişinin kusurundan söz edilemeyecektir. Örneğin, böbreğini satmaması ya da verici ile bir araya getirilip pazarlık ortamı sağlamaması halinde oğlunun başına dayadığı silahı ateşleyerek öldüreceği yönündeki tehdit sonucu böbreğini satan veya böbrek satışına aracılık eden kimse, TCK m. 28 uyarınca kusuru bulunmadığından cezalandırılmayacaktır.

TCK m. 92 hükmünde organ veya dokularını satan kişi bakımından özel bir zorunluluk hali öngörülmüştür. Bu sebeple organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına

¹⁵⁴⁵ Gökçen/Balcı (2013), s. 142; Kaçar, s. 69; Algan, s. 187; Köksal, s. 210.

¹⁵⁴⁶ Özen, s. 323; Algan, s. 187; Ekiz, s. 236.

¹⁵⁴⁷ Özen, s. 321; Karakaya, s. 311; Ekiz, s. 236.

¹⁵⁴⁸ Algan, s. 187; Özen, s. 323; Karakaya, s. 311.

aracılık etmek suçu bakımından kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden olan zorunluluk halinin ayrıca ele alınması gerekmektedir.

5.4.1. Genel Zorunluluk Hali (TCK m. 25/2)

TCK m. 25/2 hükmünde koşullarının bulunması durumunda niteliğine uygun düşen tüm suçlarda uygulama alanı bulan genel zorunluluk haline yer verilirken, TCK m. 92 hükmünde yalnızca organ ve dokularını satan kişiler hakkında uygulama alanı bulan özel zorunluluk hali düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla, TCK m. 92 hükmünde organ veya dokularını satan kişi bakımından uygulanmak üzere ihdas olunan özel zorunluluk hali düzenlemesi dikkate alındığında TCK m. 25/2’de düzenlenen genel zorunluluk halinin bu suç bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağına ortaya konulması gerekmektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk halinin varlığı için gerekli şartlar; “tehlikeye ilişkin şartlar” ve “korunmaya ilişkin şartlar” şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. Ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması, tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesi ve tehlikenin kendisine ya da üçüncü kişiye yönelmesi tehlikeye ilişkin şartları oluştururken; tehlikeden başka türlü korunma imkânı olmaması ve korunma hareketi ile tehlike arasında orantı bulunması ise korunmaya ilişkin şartları oluşturmaktadır¹⁵⁴⁹. Belirtelim ki, zorunluluk halinin varlığı için hem tehlikeye hem de korunmaya ilişkin şartların somut olayda birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Yargıtay, 2023 yılına kadar verdiği kararlarda organ hastası olan kişinin hastalığının yaşamsal tehlike arz edecek derecede olup, nakil dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânının olmaması ve nakilde zaruret bulunması koşullarının birlikte gerçekleştiğinin tereddüde mahal vermeksizin tespit edilmesi durumunda organ veya doku satın alan hasta ya da hasta yakını fail hakkında TCK m. 25/2 hükmünün uygulanması gerektiğini içtihat etmekte idi¹⁵⁵⁰. Ancak 2023 yılında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının olağanüstü itiraz

¹⁵⁴⁹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 350-354; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 389-394; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 572-582.

¹⁵⁵⁰ “Zorunluluk halinin düzenlendiği TCK’nın 25/2. maddesinde, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez hükmünü içermekte olup, organ hastası olan sanığın hastalığının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemi dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânı ve organ

başvurusunda bulunması üzerine konuyu ele alan Yargıtay CGK tarafından, TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk halinin organ ve doku ticareti suçunda uygulama alanı bulamayacağına karar verilmesiyle birlikte bu hususta görüş değişikliğine gidilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, izlenen suç siyaseti gereğince TCK m. 92’de yalnızca kendi organ ve dokularını satan faille sınırlı bir uygulama alanı bulan özel zorunluluk haline yer verilmiştir. Bunun dışındaki hususlarda organ ve doku ticareti suçunda TCK m. 25/2’de yer alan genel zorunluluk halinden bahsedilmesi, suçla mücadeleyi zayıflatacağı gibi suçun işlenmesini teşvik niteliği de taşıyacaktı¹⁵⁵¹. *Kanaatimizce* Yargıtay’ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira her şeyden önce bir normun, sırf suçla mücadeleyi zayıflatacağı veya suça teşvike neden olacağı gerekçesiyle uygulanmasından kaçınılamayacağı gibi uygulama alanı da daraltılamaz. TCK’nın “Genel Hükümler” kitabında düzenlenen ve bu nedenle de TCK m. 5 uyarınca özel ceza kanunları ile ceza içeren

naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanık hakkında TCK’nın 25/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” Yarg. 12. CD, E: 2018/2623, K: 2019/8062, T: 03.07.2019 (UYAP Veri Tabanı); Benzer yönde bkz. Yarg. 12. CD, E: 2017/2959, K: 2019/3450, T: 13.03.2019; Yarg. 12. CD, E: 2016/10852, K: 2018/525, T: 17.01.2018; Yarg. 12. CD, E: 2015/2567, K: 2016/5200, T: 29.03.2016 (UYAP Veri Tabanı); “*Sanıklar B. Ö., B. A., H. K., E. B., F. K., G. D. Ş., H. H., H. E., L. K., M. İ., M. A. Ç., Z. Ç., M. M. Ç., M. B., O. Ö., S. D., Ü. D., V. D., V. E., Z. Ö., Z. K., A. H., A. A., A. K. B., A. K., B. K. haklarında ve M. G. hakkında H. İ. T.’dan kendisine yapılan organ nakli eylemi ile ilgili olarak TCK’nın 25/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekliliği gözetilmeden, yazılı şekilde “yargılama konusu suça ilişkin özel zorunluluk halini düzenleyen TCK’nın 92. maddesinde bu hususun düzenlenmemiş olması, günümüzün tıbbi şartları göz önünde bulundurulduğunda böbrek hastası olan sanıkların organ nakli yapılmasa da hayatlarını sürdürme imkânının bulunması ve özellikle bu durumdaki sanıklar hakkında TCK’nın 25. maddesindeki zorunluluk halinin uygulanması halinde eylemin hem organ veren hem de organ alan kişiler için meşrulaştırılması sonucunu doğuracak olmasından söz edilerek adı geçen sanıklar hakkında TCK’nın 25/2. maddesinde düzenlenen “zorunluluk hali” hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığına karar verilmesi...*” Yarg. 12. CD, E: 2015/1531, K: 2015/2378, T: 10.02.2015 (UYAP Veri Tabanı); Benzer yönde bkz. Yarg. 12. CD, E: 2018/4497, K: 2021/2258, T: 03.03.2021; Yarg. 12. CD, E: 2019/2111, K: 2021/2257, T: 03.03.2021 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵⁵¹ “*TCK’nın 92. maddesindeki zorunluluk halinin açık bir biçimde ve yalnızca organ veya dokularını satan kişi bakımından düzenlenmesi, bu durumun organ ve doku ticareti suçu için getirilmiş özel bir zorunluluk hali olması ve bunun dışındaki hareketler açısından bir zorunluluk halinden bahsetmenin suçun işlenmesini teşvik niteliği taşıyacak olmasının yanı sıra bu durumun organ ve doku ticareti suçuna karşı yürütülen mücadeleyle de bağdaşmaması hususları dikkate alındığında; TCK’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen genel zorunluluk halinin organ ve doku ticareti suçu açısından söz konusu olamayacağının kabul edilmesi gerekmektedir...*” Yarg. CGK, E: 2018/12-543, K: 2023/606, T: 14.11.2023 (UYAP Veri Tabanı); “*TCK’nın 25/2. maddesi bir zorunluluk durumunda, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip olduğu bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak amacıyla yaptığı davranışlar ile ilgili ceza sorumluluğunun bulunmadığını belirtmekte ise de, hukuken geçerli olmayan rızaya dayalı olarak organ veya doku satın alan hasta ve organ veya doku satın alınması eylemine bilerek katılan hasta yakınları yönünden anılan madde fıkrasının uygulanmasında özenli davranılmalıdır. Anılan suçta korunan değerlerin kişilerin yaşam hakkı ile beden bütünlüğü olduğu ve Organ ve Doku Nakli Kanunu’nun 3. maddesindeki yasaklama hükmü gözetilmelidir. Organ ve doku ticareti suçunda zorunluluk halinden bahsedilmesi, anılan suçla mücadelenin zayıflamasına yol açabileceği gibi organ hastası kişiler ve yakınları açısından, suçun işlenmesine teşvik edici etki yapabileceği dikkate alınmalı ayrıca tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.11.2023 tarih, 2018/543 esas, 2023/606 sayılı kararı da gözetilerek sanıkların atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hukuka uygun bulunmamış olup...*” Yarg. 12. CD, E: 2022/7415, K: 2023/6033, T: 27.12.2023 (UYAP Veri Tabanı).

kanunlardaki diğer suçlar hakkında da uygulanan kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan genel zorunluluk halinin hukuki koşullarının gerçekleşmesi halinde bu suç bakımından organ veya doku satın alan fail hakkında uygulanmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bunun sonucunda, söz gelimi böbrek yetmezliği nedeniyle yaşamsal tehlike içerisinde olan ve nakil yapılmazsa ölecek olan çocuğunun hayatını kurtarmak için böbrek satın alan fail, TCK m. 25/2’de belirtilen yasal koşullar olduğundan, genel zorunluluk halinden yararlanmalı ve kusuru bulunmaması nedeniyle kendisine ceza verilmemelidir¹⁵⁵².

Öğretide herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin organ veya doku satışına aracılık eden kişi bakımından TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk halinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür¹⁵⁵³. *Kanaatimizce* alıcı ve satıcıyı tanıştıran bir araya getirerek organ veya doku satışına aracılık eden kişi bakımından zorunluluk halinin pratikte uygulanma olanağı pek fazla olmamakla birlikte somut olayın özelliklerine göre belirleme yapmak gerekmektedir. Bu itibarla, TCK m. 25/2’de belirtilen hukuki koşulların somut olayda gerçekleşmesi durumunda, zorunluluk halinin organ veya doku satışına aracılık eden kişi hakkında uygulanmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır.

5.4.2. Özel Zorunluluk Hali (TCK m. 92)

TCK m. 92 hükmünde zorunluluk hali düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar dikkate alınarak hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilecektir. Burada hâkime cezada indirim yapmak veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda takdir yetkisi tanınmıştır¹⁵⁵⁴. Önemle belirtelim ki hâkimin buradaki takdir yetkisi, organ veya dokularını içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlardan dolayı sattığı sabit olan fail hakkında somut olayın özellikleri ve şartların ağırlığına göre hiç ceza verilmemesi mi yoksa cezasında indirim yapılması mı gerektiğinin değerlendirilmesiyle sınırlıdır. Dolayısıyla içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlardan dolayı organ ve dokularını sattığı sabit olan

¹⁵⁵² **Algan**, s. 188-189; **Ekiz**, s. 239; **Özen**, s. 329; Buna karşılık aksi görüşte olan *Aydın*, bu suç bakımından zorunluluk halinin TCK m. 92’de özel olarak düzenlendiği, dolayısıyla genel zorunluluk haline ilişkin TCK m. 25/2 hükmünün organ veya doku ticareti suçunda uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır. Bkz. **Aydın** (2008a), s. 139.

¹⁵⁵³ Bkz. **Karakaya**, s. 315-316; **Algan**, s. 189.

¹⁵⁵⁴ **Ömeroğlu**, s. 68; **Özen**, s. 329.

fail hakkında TCK m. 92 hükmünün uygulanıp uygulanmaması konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmamakta olup, failin anılan hükümden faydalandırılması zorunludur¹⁵⁵⁵. Diğer yandan, TCK m. 92’de düzenlenen zorunluluk hali yalnızca kendi organ veya dokusunu satan fail hakkında uygulanabilmektedir¹⁵⁵⁶. Zira TCK m. 92 hükmü, kendi organ veya dokusunu satan fail hakkında öngörülmüş ve TCK m. 25/2’de düzenlenen genel zorunluluk haline nazaran daha basit uygulanma koşulları belirlenmiş özel bir zorunluluk halidir¹⁵⁵⁷. Bu itibarla organ veya dokuyu satın alan, satışa aracılık eden ya da başka birisine ait organ veya dokuyu satan kişilerin anılan düzenlemeden yararlanması mümkün değildir.

TCK m. 92 hükmünün gerek hukuki niteliği gerekse yerindeliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu hükmün hukuki niteliğiyle ilgili tartışmalar incelendiğinde *bir görüşe göre* anılan hüküm, faile hiç ceza verilmediğinde bir hukuka uygunluk nedeni, cezasında indirim yapıldığında ise cezayı etkileyen hafifletici sebeptir¹⁵⁵⁸. *Diğer görüşe göre*, bu hükmün hukuki niteliği şahsi cezasızlık sebebidir¹⁵⁵⁹. *Konuya ilişkin başka bir görüşe göre ise*, hüküm her ne kadar zorunluluk hali başlığını taşısa da cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir neden niteliği taşımaktadır¹⁵⁶⁰. *Kanaatimizce* failin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar sebebiyle organ veya dokusunu sattığının sübut bulması sonucu TCK m. 92 doğrultusunda faile ceza vermekten vazgeçilmesi halinde hakkında verilecek karar beraat kararı olmayıp, CMK m. 223/3-b uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. Zira ekonomik ve sosyal koşullar failin organ veya dokularını satmasını hukuka uygun hale getirmemekte olup, bu durumda işlenen fiil suç oluşturmaya devam etmektedir. Bu sebeple TCK m. 92 hükmü, hukuka uygunluk nedeni niteliğinde değildir. Öte yandan anılan hükmün uygulanabilmesi için sosyal ve ekonomik koşullar, suç teşkil eden satma fiilinin işlenmesi sırasında bulunması gerektiğinden cezayı azaltan veya ortadan kaldıran şahsi neden niteliğinde olmadığı gibi sosyal ve ekonomik koşullara bağlı bir şahsi cezasızlık nedeni olamayacağını düşündüğümüz için şahsi cezasızlık nedeni niteliğinde de değildir. Yargıtay’ın da belirttiği gibi kanunkoyucu burada kendi organ ve dokularını satan fail bakımından TCK m. 25/2’de düzenlenen genel zorunluluk halinin ağır uygulama koşullarından ayrılarak özel bir zorunluluk hali ihdas etmiştir¹⁵⁶¹. Bu nedenle de

¹⁵⁵⁵ Kaçar, s. 70.

¹⁵⁵⁶ Gözübüyük, s. 140; Köksal, s. 213; Ömeroğlu, s. 68; Kaçar, s. 70; Algan, s. 189.

¹⁵⁵⁷ Gözübüyük, s. 139; Aydın (2008a), s. 138.

¹⁵⁵⁸ Bayraktar (2010), s. 1324.

¹⁵⁵⁹ Mermut, s. 1482.

¹⁵⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 278; Aydın (2008b), s. 381; Şen, s. 328.

¹⁵⁶¹ Yargıtay, kanunkoyucunun TCK m. 92’de özel bir zorunluluk hali düzenlediğini belirtmekle birlikte bu tespitiyle çelişerek her ne kadar madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de esasen maddenin

içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle failin kendi organ ve dokularını satmak mecburiyetinde kalması, kusurluluk bağlamında ele alınması gereken bir konudur¹⁵⁶². Zira bu durum, gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle failin kınanabilirliği ile ilgilidir. Dolayısıyla *bizim de katıldığımız görüşe göre*, özel bir zorunluluk hali olan TCK m. 92, hukuki niteliği itibarıyla kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedendir¹⁵⁶³.

TCK m. 92, öğretilerde çeşitli eleştirilere tabi tutulmuştur¹⁵⁶⁴. Bu eleştirilerden ilki, organ ve doku ticaretinin mutlak olarak yasaklanması karşısında sosyal ve ekonomik koşulların bir cezasızlık ya da cezada indirim nedeni sayılamayacağı, organ ve dokusunu satmak durumunda kalan kişilerin çoğu zaman sosyal ve ekonomik durumları sebebiyle başka türlü hareket etmeleri mümkün olmadığından bu fiili işledikleri göz önünde bulundurulduğunda, anılan düzenlemenin organ ve dokusunu satan kişilerin çoğu kez cezasız kalmasına sebebiyet vereceği noktasındadır¹⁵⁶⁵. Böylece düzenlemenin organ ve doku ticareti suçuyla mücadeleyi etkisizleştireceği, hatta sosyal ve ekonomik yönden geri kalmış yerlerde yoksul insanları herhangi bir yaptırım korkusu olmadan organ veya dokularını satmaya teşvik edeceği ve bu şekilde fakir kimseleri çıkar amaçlı organ mafyalarının sömürsü haline getireceği belirtilmektedir¹⁵⁶⁶. Diğer yandan, maddenin lafzında “sosyal ve ekonomik koşullar” ifadesine yer verilmiş olması karşısında organ veya dokusunu satan kişinin anılan hükümden yararlanabilmesi için her iki koşulun, yani hem sosyal hem de ekonomik

organ ve dokularını satanlar yönünden özel cezasızlık hali niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. “*Organ ticareti suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden TCK’nın 92. maddesinde organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebileceği düzenlenmiş, bu şekilde yasa koyucu tarafından TCK’nın 25/2. maddesindeki ağır şartlardan ayrılarak özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de kabul edilmektedir...*” Yarg. 12. CD, E: 2020/5195, K: 2023/5201, T: 29.11.2023 (UYAP Veri Tabanı); Aynı yönde Yarg. 12. CD, E: 2015/3906, K: 2015/8955, T: 26.05.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵⁶² **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 323.

¹⁵⁶³ **Gözübüyük**, s. 140; **Ekiz**, s. 241; Öğretilerde bir kısım yazar, bu hükmün hukuki niteliğinin kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden olduğunu kabul etmekle birlikte bunu, İtalyan hukukundan esinlenerek istenemezlik ilkesinin özel bir hali şeklinde adlandırmaktadır. Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 117; **Algan**, s. 190; **Köksal**, s. 212.

¹⁵⁶⁴ **Ünver**, maddeyi vahim bir hata şeklinde değerlendirerek düzenlemenin bir an evvel Kanundan çıkartılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Ünver** (2005b), s. 103.

¹⁵⁶⁵ **Aydın** (2011), s. 151; **Koçak Süren**, s. 191; **Ünver** (2005a), s. 191-192.

¹⁵⁶⁶ **Aydın** (2011), s. 151; **Aydın** (2008a), s. 139; **Şen**, s. 328; **Ünver** (2005b), s. 104; **Ünver** (2005a), s. 191, dn. 50; **Bayraktar** (2010), s. 1324; **Mermut**, s. 1483; **Köksal**, s. 214-215; Buna karşın öğretilerde **Ömeroğlu** ve **Kaçar**, TCK m. 92 hükmünün insani yönü ağır basan yerinde bir düzenleme olduğunu belirterek bu eleştirilere katılmamaktadır. Bkz. **Ömeroğlu**, s. 68; **Kaçar**, s. 70; **Kaçar**, görüşüne gerekçe olarak, sosyal ve ekonomik nedenlerden dolayı organını satan kişinin organını yitirmesi nedeniyle sağlık sorunlarıyla malul olacağından, bunun kendisi için zaten yeterince büyük ceza olacağını, bu durumun eleştirilerde göz ardı edildiğini, ayrıca Devletin esas görevinin organ ticaretinden çoğu zaman en büyük zararlar ayrılan ve içine düştüğü ekonomik ve sosyal sıkıntıların mağduru olan organ veya dokusunu satanı cezalandırmaktan ziyade bu ticaretten menfaat elde eden kişileri cezalandırmak olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Kaçar**, s. 70.

koşulların aynı anda gerçekleşmesinin aranıp aranmayacağını belirsizlik oluşturduğu ifade edilmiştir. Hükmün konuluş amacından hareketle sosyal ve ekonomik koşulların bir arada değil, seçenekli olarak aranmasının daha isabetli olacağı belirtilerek, maddedeki “ve” bağlacının “veya” bağlacı ile değiştirilmesi önerilmiştir¹⁵⁶⁷. Ayrıca, hükmün uygulanma koşulu olan sosyal ve ekonomik şartların tespitinin pratikte oldukça zor olmasından dolayı bunun belirlilik ilkesine aykırı olduğu, madde içerisinde gerek bu koşulların tespitine ilişkin gerekse tespiti halinde faile ceza verilmemesi veya cezasından indirim yapılmasına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemesinin keyfi uygulamalara yol açacağı belirtilmiştir¹⁵⁶⁸. Düzenlemeye yönelik son eleştiriyse, özel zorunluluk haline ilişkin TCK m. 92’nin yalnızca kendi organ veya dokusunu satan kişiler için öngörülmüş olup, organ veya doku nakli yapılmadığı takdirde ölüm ya da ağır tıbbi neticelerle karşı karşıya kalacak alıcı yani satın alanı kapsam dışında bırakmasıdır¹⁵⁶⁹. Bir örnek vermek gerekirse, böbrekleri işlevini kaybetmiş ve nakil yapılmazsa hayatını kaybedecek bir hasta, böbrek satın alması halinde TCK m. 92 hükmü kendisi bakımından uygulanmayacaktır. Bununla birlikte yasal koşullarının varlığı halinde organ veya dokuyu satın alan failin genel zorunluluk haline ilişkin TCK m. 25/2 hükmünden yararlanabileceği kabul edilmelidir¹⁵⁷⁰. Alman Organ Nakli Kanunu m. 18 hükmünde¹⁵⁷¹, somut olayın özelliğine göre tıpkı organ veya dokusunu satan kimse gibi satın alan kimse yönünden de ceza vermekten vazgeçme ya da cezada indirim yapma konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır.

Burada TCK m. 92 hükmünün uygulanma şartlarının da tespiti gerekmektedir. Kanunkoyucu maddenin uygulanmasını organ veya dokularını satanın sosyal ve ekonomik koşullar içinde bulunmasına bağlamış ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu koşullara ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır. Öğretide *Bayraktar*, madde başlığının zorunluluk hali olmasından hareketle organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların TCK m. 25/2 hükmünün ağırlığında olması gerektiği, dolayısıyla bu

¹⁵⁶⁷ **Hafizoğulları/Özen**, s. 117; **Köksal**, s. 214; **Kaçar**, s. 72.

¹⁵⁶⁸ **Ünver** (2005a), s. 192; **Aydın** (2011), s. 151; **Algan**, s. 192; **Köksal**, s. 215; **Gözübüyük**, s. 140.

¹⁵⁶⁹ **Ünver** (2005a), s. 192; **Ünver** (2005b), s. 104; **Bayraktar** (2010), s. 1325; **Gözübüyük**, s. 140; **Kaçar**, s. 72.

¹⁵⁷⁰ Bkz. **Şen**, s. 328; **Algan**, s. 188; **Kaçar**, s. 72-73; Aksi görüşte olan *Aydın*, bu suç bakımından zorunluluk halinin TCK m. 92’de özel olarak düzenlendiği, dolayısıyla genel zorunluluk haline ilişkin TCK m. 25/2 hükmünün organ veya doku ticareti suçunda uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır. Bkz. **Aydın** (2008a), s. 139.

¹⁵⁷¹ Alman Organ Nakli Kanunu m. 18: “*Mahkeme, organları veya dokuları yasaklanmış ticarete konu olan, organ veya doku başışçılarını ya da organ veya doku alıcılarını birinci fıkraya göre cezalandırmaktan kaçınılabilir veya cezayı hafifletebilir.*”

koşulların ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığını gerektirdiğini savunmaktadır¹⁵⁷². Yargıtay¹⁵⁷³ da verdiği kararlarda istikrarlı bir şekilde ODNK m. 3'te yer alan organ ve doku ticareti yasağı hükmü doğrultusunda, TCK m. 92'nin yorumunda organ ve doku ticareti suçuyla mücadeleyi etkisiz kılacak yorum ve uygulamadan kaçınılması gerektiğini belirterek TCK m. 92'nin uygulanması bakımından TCK m. 25/2'de yer alan genel zorunluluk haline ilişkin uygulama koşullarının gerçekleşmesini aramaktadır. Yargıtay'a göre TCK m. 92'nin organ veya dokusunu satan faile uygulanabilmesi için; failin ekonomik sıkıntıya kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek sebebiyet vermemesi, bu ekonomik sıkıntıların organ veya dokularını satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkânının bulunmaması, ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı olması koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁵⁷⁴. Kanaatimizce Yargıtay'ın, kanunkoyucunun TCK m. 25/2'deki ağır koşullardan ayrılarak TCK m. 92'de farklı ve özel bir zorunluluk halini düzenlediğini kabul ettikten sonra TCK m. 92'nin uygulanabilmesi için TCK m. 25/2'nin sıkı koşullarının gerçekleşmesini araması çelişki oluşturmaktadır. Organ veya doku satmak suçu bakımından kabul edilmiş özel bir zorunluluk hali olan TCK m. 92'nin uygulanması için gerekli tek koşul, failin kendi organ veya dokularını satma sebebinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar olmasıdır. Maddenin uygulanma şartı olarak aranan sosyal ve ekonomik koşullar içeriğinin muğlak olduğu ve bu durumun hükmün uygulanma alanını son derece genişletebileceği eleştirisine katılmakla birlikte uygulanma alanını daraltmak için TCK m. 25/2'de yer alan sıkı koşulların

¹⁵⁷² Bayraktar (2010), s. 1324.

¹⁵⁷³ “Organ ticareti yapma suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden TCK'nın 92. maddesinde organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebileceği düzenlenmiş, bu şekilde yasa koyucu TCK'nın 25/2. maddesindeki ağır şartlardan ayrılarak özel bir zorunluluk halini düzenlemiştir. Bununla birlikte madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de, esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de kabul edilmektedir. Bu hüküm uygulanırken çok özenli davranılmalı, maddenin yorumunda organ ve doku ticaretine ilişkin suçlarla mücadelede etkisiz kalınacak bir yorum ve uygulamadan kaçınılmalı, hukuk düzeninin kendi içinde çelişmeyeceği nazara alınarak Organ ve Doku Nakli Kanununun 3. maddesindeki yasaklama hükmü gözetilmelidir...” Yarg. 12. CD, E: 2021/2355, K: 2021/6901, T: 13.10.2021 (UYAP Veri Tabanı); Aynı yönde bkz. Yarg. 12. CD, E: 2014/2281, K: 2015/2805, T: 17.02.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵⁷⁴ “Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, bir araba alış-verişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkânının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığının gözetilmemesi...” Yarg. 12. CD, E: 2022/8807, K: 2023/6026, T: 27.12.2023 (UYAP Veri Tabanı); Benzer yönde bkz. Yarg. 12. CD, E: 2014/12641, K: 2015/18074, T: 23.11.2015 (UYAP Veri Tabanı).

aranması TCK m. 92'nin ihdas amacına aykırı olacaktır. Ayrıca TCK m. 92'nin uygulanması için TCK m. 25/2'deki koşulların aranması gerektiğinin kabulü halinde TCK m. 92 gereksiz bir düzenleme haline gelecektir. Zira genel zorunluluk haline ilişkin TCK m. 25/2 hükmü, tüm suçlar yönünden uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Bu durumda da TCK m. 92 hükmüne gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple TCK m. 92'de öngörülen zorunluluk halinin kapsamının geniş olduğu düşünülüyorsa, TCK m. 25/2'de yer alan koşulları aramak yerine bu hususta yasal bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir¹⁵⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki, TCK m. 92 hükmünde yer alan özel zorunluluk hali düzenlemesi ile ilgili yukarıda yer verilen eleştirilerin tümüne iştirak ediyoruz. Gerçekten de ODNK m. 3 hükmü ile bedel ya da başkaca çıkar karşılığında organ ve doku alınması ve satılması mutlak şekilde yasaklandıktan sonra TCK m. 92 hükmü ile bir kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullardan kaynaklı olarak organ veya dokularını satması durumunun cezasızlık ya da cezada indirim nedeni sayılması çelişki oluşturmaktadır. Öğretide her ne kadar insani yönü ağır basan bir düzenleme olduğu ileri sürülmüş ise de TCK m. 92 hükmü, organ ve doku ticareti suçuyla mücadeleyi de zayıflatmaktadır. Zira TCK m. 92 hükmünün uygulanması için varlığı gereken tek koşul; failin organ veya dokusunu satma sebebinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar olmasıdır. TCK m. 92 hükmü özel zorunluluk hali düzenlemesi olduğu için, sosyal ve ekonomik koşulların tespiti ve tatbiki bakımından TCK m. 25/2'de düzenlenen genel zorunluluk haline ilişkin sıkı ve ağır koşullar aranmayacaktır. Bu nedenle anılan düzenleme, uygulama alanının genişliği itibarıyla içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar sebebiyle organ ve dokusunu sattığı belirlenen kişiler hakkında uygulanabilir nitelikte olduğundan, işlenen fiil haksızlık oluşturmaya devam etse de cezasızlık algısına sebebiyet verecektir. Önerimiz, TCK m. 92 hükmünün kanundan çıkartılmasıdır. Zira TCK m. 25/2'de yer alan genel zorunluluk hali düzenlemesi, koşullarının gerçekleşmesi durumunda organ ve dokusunu satan kişi hakkında da uygulanabileceğinden, bu düzenlemenin yeterli olduğunu ve TCK m. 92 hükmünün gerekli olmadığını düşünmekteyiz.

¹⁵⁷⁵ Benzer yönde bkz. **Kaçar**, s. 71.

5.5. Hata

Suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlar üzerindeki hata, TCK m. 30/1 uyarınca failin kastını ortadan kaldırır. Organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçu bakımından fail, sattığı, satın aldığı ya da satışına aracılık ettiği şeyin organ veya doku olduğunu bilmiyor başka bir şey olduğunu zannediyorsa unsur yanılığı gündeme gelecektir. Keza fail, sattığı, satın aldığı ya da satışına aracılık ettiği şeyin organ veya doku olduğunu bilmekle birlikte bunun ölü veya yaşayan bir insana ait olduğunu bilmiyorsa, örneğin bu organ veya dokunun bir hayvana ait olduğunu zannediyorsa, bu halde de unsur yanılığı söz konusu olacaktır. Zira bu suçun maddi konusu ölü veya yaşayan bir insana ait organ veya doku olduğu için, her iki halde de TCK m. 30/1 uyarınca failin kastı ortadan kalkacaktır. Benzer şekilde fail, parayı organ veya dokunun karşılığı olarak ödediğini bilmiyorsa, söz gelimi ödediği parayı kendisine aşılacak organın bedeli değil ameliyat ve tahlil ücreti sanıyorsa, TCK m. 30/1 uyarınca hatasından yararlanacak ve kastından söz edilemeyecektir. Failin yanılığı dikkatsizlik ve özensizliğinden kaynaklansa bile bu suçun taksirli hali öngörülmediği için, taksirli sorumluluktan da söz edilemeyecektir.

Failin sattığı, satın aldığı ya da satışına aracılık ettiği organ veya dokunun hukuka uygun şekilde elde edildiği konusunda düştüğü hata ise kastını ortadan kaldırmayacaktır. Zira bu suç bakımından satılan, satın alınan ya da satışına aracılık edilen organ veya dokunun hukuka uygun şekilde alınmış olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu husus kastın kapsamına dâhil değildir. Keza fail, sattığı, satın aldığı ya da satışına aracılık ettiği organ veya doku ölü bir insana ait olmasına karşın yaşayan bir kişiye ait olduğunu sanıyorsa, bu halde de kastı ortadan kalkmayacaktır. Zira failin zihnindeki tasavvuru gerçekleşseydi bile fiili TCK m. 91/3 kapsamında suç teşkil edecekti. Nitekim bu suç bakımından satılan, satın alınan ya da satışına aracılık edilen organ veya dokunun yaşayan ya da ölü bir insana ait olmasının bir önemi yoktur.

Fail, organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunun temel şekline ilişkin unsurlarında bir yanılığa düşmemekle birlikte nitelikli halinde hataya düşmüş olabilir. Buna göre organ veya doku satan, satın alan ya da satışa aracılık eden ancak bu fiilleri bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirdiğini bilmeyen fail, TCK m. 30/2 uyarınca bu hatasından yararlanacaktır. Böyle bir durumda fail suçun nitelikli hali olan TCK m. 91/4'ten değil, temel şekli olan TCK m. 91/3'ten sorumlu olacaktır. Örneğin, organ ticaretinden büyük kazançlar elde eden bir suç örgütünün üyesi olan ve fakat bu durumu

gizlemek suretiyle böbrek rahatsızlığı olan bir yakını için böbrek aradığını söyleyerek kendisiyle iletişim kuran kişinin teklif ettiği yüksek meblağı kabul edip lüks bir hayat sürmek için böbreğini satan fail, böbreğini sattığı kişinin örgüt üyesi olduğunu ve örgütün faaliyeti çerçevesinde böbreğini satın aldığını bilmiyorsa, TCK m. 30/2 uyarınca hatasından faydalanacaktır. Dolayısıyla organ satmak suçunun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin TCK m. 91/4'ten değil, organ satmak suçunun temel şekline ilişkin TCK m. 91/3'ten sorumlu olacaktır.

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçu ile ilgili olarak, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kimse, TCK m. 30/3 gereğince bu hatasından yararlanacaktır. Söz gelimi, böbrek rahatsızlığı olan bir kişinin, rahatsızlığı yaşamsal tehlike arz edecek derecede olmamakla birlikte diyaliz tedavisine rağmen artan ağrı ve şiddetli sancıları sebebiyle öleceği düşüncesine kapılması hususunda kaçınılmaz hataya düşerek para karşılığı böbrek satın alması halinde, TCK m. 30/3 gereğince hatasından yararlanacak ve TCK m. 25/2 uyarınca kusurlu sayılamayacaktır. Ancak somut olayın özellikleri dikkate alınarak, failin kişisel nitelikleri gereği kendisinden beklenen özen ve dikkati göstermesi durumunda hataya düşmeyeceği yargısına varılıyorsa, hata kaçınılabilir nitelikte olduğu için TCK m. 30/3'ten yararlanamayacaktır.

Organ veya doku satan, satın alan ya da satışa aracılık eden fail, organ veya doku ticaretine ilişkin yasaklayıcı normun varlığını gözden kaçırarak işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde TCK m. 30/4 uyarınca kusurunun ortadan kalkması nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Bu konudaki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı failin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi ile içinde bulunduğu sosyal ve kültürel şartlara göre belirlenecektir¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷⁶ Aydın (2008b), s. 377; Kaçar, s. 73.

5.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

5.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçuna teşebbüsün mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷⁷. Bununla birlikte bu suça teşebbüsün başlangıcı açısından hangi andan itibaren icra hareketlerinin başladığı ve hangi ana kadar teşebbüs edilebileceği hususuna verilecek cevaplar bu suçun tamamlanma anına ilişkin kabul edilen görüşe göre değişiklik göstermektedir¹⁵⁷⁸.

Bu suçun organ veya dokunun teslimiyle tamamlanacağını kabul eden görüşe göre teslimden önceki evre suça teşebbüs olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla taraflar organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında satışı için anlaşma yapmış fakat fail organ veya doku teslim edilmeden yakalanmış ise suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁵⁷⁹. Bu kapsamda anlaşmanın yapılmakla birlikte para veya sair menfaat temin edilmeden failin yakalanması da suça teşebbüs olarak kabul edilmektedir¹⁵⁸⁰. Bu suçun tamamlanma anının organ veya dokunun teslimi olduğunu savunan müelliflerden bir kısmı¹⁵⁸¹ suçun icra hareketlerinin dolayısıyla teşebbüsün başlangıcı olarak satan, satın alan ve satışa aracılık eden kimse arasında bir ayırım yapmaksızın satış anlaşmasının yapılmasını esas alırken; diğer kısmı¹⁵⁸² ise suçun seçimlik hareketleri arasında ayırım yaparak satın alan kimse yönünden anlaşmanın yapılmasını, satan kimse bakımından satışa arz edilmesini esas almaktadır.

Bizim de katıldığımız bu suçun organ veya doku karşılığında para ya da sair bir maddi menfaat sağlama konusunda taraflar arasında anlaşmanın yapılmasıyla tamamlanacağını

¹⁵⁷⁷ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Üzülmez, s. 133; Gökçen/Balcı (2015), s. 458; Gökçen/Balcı (2013), s. 142; Gözübüyük, s. 141; Aydın (2008a), s. 143; Algan, s. 197; Bayraktar (2010), s. 1326; Kasapoğlu Halıcı, s. 84; Karşı görüş Ömeroğlu, s. 67; Şen, s. 320-321.

¹⁵⁷⁸ Kaçar, s. 73; Mermut, s. 1485.

¹⁵⁷⁹ Köksal, s. 217; Algan, s. 198.

¹⁵⁸⁰ Gökçen/Balcı (2013), s. 142.

¹⁵⁸¹ Taraflardan birinin organ veya dokuyu satmak üzere irade ortaya koyarak organ ihtiyacı olan birine icapta bulunması şeklinde tanımlanan “satışa arz” fiili bu suçun hazırlık hareketi sayılmalıdır. Zira satışa arz, suçun koruduğu hukuki değeri tehlikeye düşüren bir hareket değildir. Organ veya doku, para veya başkaca bir maddi menfaat hususunda tarafların anlaşmaya varması anından itibaren ticari bir meta haline geldiğinden, gerek satan gerek satın alan gerekse satışa aracılık eden yönünden icra hareketlerinin bu aşamadan sonra başladığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla anlaşmaya varılan ana kadar satan, satın alan ve satışa aracılık eden tarafından gerçekleştirilen tüm hareketler hazırlık hareketi niteliğindedir. Bkz. Algan, s. 200-201.

¹⁵⁸² Organ veya dokuyu satın alan yönünden teşebbüsün başlangıcı anı icabı kabul, yani satış anlaşmasını kabul ettiği andır. Buna karşılık organ veya dokuyu satan kişi yönünden teşebbüsün başlangıcı anı, anlaşmanın yapıldığı an değil satışa arz hareketinin gerçekleştirildiği andır. Bunun sonucunda organ veya dokuyu satışa sunmak için bulundurma hazırlık hareketi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 110; Köksal, s. 216-217.

kabul eden görüşe göre suça teşebbüs anlaşmanın sağlandığı ana kadar mümkündür¹⁵⁸³. Alım satım hususunda anlaşma sağlanmış ise teşebbüs aşamasında kalmış suçtan değil, tamamlanmış suçtan söz edilecektir¹⁵⁸⁴. Anlaşmanın hangi anda sağlandığı hususuna değinecek olursak, taraflardan birisi tarafından yapılan organ veya doku temini ile karşılığında öngörülen maddi menfaati içeren icabın diğer tarafça kabul edildiği an, anlaşmanın sağlandığı ve dolayısıyla suçun tamamlandığı an olarak kabul edilmelidir. İlave edelim ki, suçun tamamlanması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapıp yapılmadığının önemi bulunmadığı gibi organ veya dokunun alınması dahi gerekmemektedir. Bu kapsamda alıcı ve satıcının bir organ veya dokuyu satmak ya da satın almak için görüşmelerde bulunması veya pazarlık yapması ancak elde olmayan nedenlerle anlaşmanın gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüsün varlığı kabul edilecektir¹⁵⁸⁵. Benzer şekilde bir kimsenin organ veya dokuyu satmak için ortaya koyması şeklinde tanımlanan satışa arz halinde de organ veya doku satma suçunun icra hareketlerinin başladığı kabul edilecek ve elde olmayan nedenlerle anlaşmanın sağlanamaması halinde bu suça teşebbüsten sorumluluk söz konusu olacaktır. Kişinin organ veya dokuyu maddi bir menfaat mukabilinde bir başkasına temin edeceğini beyan etmesi satışa arza örnek olarak verilebilir¹⁵⁸⁶. Belirtelim ki organ veya dokunun satışına aracılık etme suçunun, alıcıyla satıcının bir araya getirilmesiyle tamamlanacağını kabul ettiğimizden, bu suça teşebbüs de alıcıyla satıcının bir araya getirilme anına kadar söz konusu olacaktır¹⁵⁸⁷. Örneğin alıcıyla satıcı bir çay bahçesinde bir araya gelmek üzereyken çay bahçesine yapılan polis baskısıyla bir araya

¹⁵⁸³ Kaçar, s. 74; Gözübüyük, s. 142, dn. 125; Buna karşılık Ömeroğlu, suçun tamamlanması için anlaşma yeterli olduğundan, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır. Bkz. Ömeroğlu, s. 67.

¹⁵⁸⁴ “Sanık A. K. ’ün böbrek hastası olması sebebiyle organ arayışında iken, sanık M. E. D. ile görüştikleri, 30.000- TL bedelle böbrek nakli hususunda anlaşmaları, sanık A. ’nin sanık M. E. ’e 7.750 TL’yi önden verdiği, sanığın M. E. ’in ayarladığı verici olan temyize gelmeyen sanık H. Ç. ’dan böbrek almak suretiyle organ naklini gerçekleştirmek için ön adım olan kan tahlillerinin yapıldığı ancak sonuçlar alınmadan kolluk tarafından yapılan istihbarat çalışmaları neticesinde yakalandıkları, bu nedenle organ naklinin gerçekleşmediği anlaşılmakla... Organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK’nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, somut olayda yasa maddesinde öngörülen suçun tamamlandığı anlaşılmakla sanığa tayin edilen cezadan TCK’nın 35/2. maddesi gereğince indirim yapılmak suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi Kanuna aykırı olup...” Yarg. 12. CD, E: 2018/959, K: 2021/797, T: 27.01.2021 (UYAP Veri Tabanı); Ayrıca bkz. Yarg. 12. CD, E: 2021/7857, K: 2023/5805, T: 20.12.2023 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵⁸⁵ Bayraktar (2010), s. 1326; Kaçar, s. 74; Gözübüyük, s. 142.

¹⁵⁸⁶ Gökçen/Balcı (2013), s. 140.

¹⁵⁸⁷ Satışa aracılık etme suçu alıcıyla satıcının karşı karşıya gelmesiyle tamamlanacağından, bu ana kadar yapılan hareketler parçalara bölünemeyeceği için aracılık etme suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 111; Köksal, s. 218.

gelememeleri halinde çay bahçesindeki randevuyu organize edip tarafları bir araya getirmeye çalışan kişi satışa aracılık etme suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

Organ veya doku satan, satın alan ya da satışa aracılık eden failin, kendi iradesiyle tamamen gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçmesi veya icra hareketlerine başlamakla birlikte kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesi halinde TCK m. 36 uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır¹⁵⁸⁸. Dolayısıyla bu halde fail suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım başka bir suça vücut veriyorsa bu suçtan cezalandırılır. Eklemek gerekir ki, gönüllü vazgeçme cezaya etki eden şahsi bir sebep olduğundan, gönüllü vazgeçme hükümlerinden sadece gönüllü vazgeçen fail yararlanabilir¹⁵⁸⁹. Bu halde diğer faillerin gönüllü vazgeçmeden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Örneğin, organ veya doku satışına aracılık yapan bir fail, satın alacak olan fail ile satacak olan faili bir araya getirmiş ve taraflar alım satım pazarlığı yaparken organ veya dokuyu satacak kişinin kendi iradesiyle bundan vazgeçmesi sebebiyle satış anlaşmasının sağlanamaması halinde organ veya dokusunu satacak fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak; dolayısıyla bu suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık alıcı ile satıcının bir araya getirilmesiyle aracılık etme fiili tamamlandığından aracılık yapan fail tamamlanmış satışa aracılık etme suçundan sorumlu olacaktır. Organ veya dokuyu satın alacak kişi ise satış konusunda görüşme ve pazarlık yaparak icra hareketlerine başladığı suçu satacak failin vazgeçmesi nedeniyle yani kendi elinde olmayan sebeple anlaşma tamamlanamadığı için organ veya doku satın almak suçuna teşebbüsten cezalandırılacaktır.

5.6.2. İştirak

Daha önce de belirttiğimiz üzere organ veya doku ticareti suçu, satan ve satın alan şeklinde en az iki failin varlığını zorunlu kıldığından, çok failli bir suçtur¹⁵⁹⁰. Tek fail tarafından işlenmesi mümkün olmayan çok failli suçlar da iştirak halinde işlenebilir. Ancak

¹⁵⁸⁸ **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 323; **Algan**, s. 201; **Kaçar**, s. 74; **Gözübüyük**, s. 142; **Köksal**, organ veya doku satma ve satın alma suçlarında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu, fakat organ veya dokunun satışına aracılık etme suçunun teşebbüse elverişli olmaması sebebiyle bu suçta gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündedir. Bkz. **Köksal**, s. 218.

¹⁵⁸⁹ **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 323; **Üzülmez**, s. 133; **Kaçar**, s. 74; **Algan**, s. 201; **Köksal**, s. 218.

¹⁵⁹⁰ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 140; **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 323; **Özen**, s. 308; **Aydın** (2008a), s. 129; **Aydın** (2011), s. 147.

bu tür suçlara iştirakin söz konusu olabilmesi için bu suçlar yönünden varlığı zorunlu olan faillerin dışında bir ya da daha fazla kişiye ihtiyaç bulunmaktadır¹⁵⁹¹. Bu esaslar çerçevesinde organ veya doku ticareti suçuna da iştirakin her türlüünün mümkün olduğunu ve TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerinin bu suç bakımından da uygulanacağını söyleyebiliriz¹⁵⁹². Önemle belirtelim ki, bu suça iştirak, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan satan ve satın alan dışında üçüncü bir kişinin suça katılması halinde söz konusu olacaktır¹⁵⁹³.

Organ veya dokuyu satan, satın alan veya satışa aracılık eden faillerin hareketlerine gerek fail gerekse şerik olarak katılmak olanaklıdır¹⁵⁹⁴. Gerçekten de organ veya dokuyu satan, satın alan ya da satışına aracılık edenle müşterek suç işleme kararı çerçevesinde birlikte hareket edip, satma, satın alma veya satışa aracılık etme fiili üzerinde ortak hâkimiyet kuranlardan her biri TCK m. 37/1 uyarınca müşterek fail olarak sorumlu olacaktır¹⁵⁹⁵. Bu anlamda satan, satın alan ya da aracılık eden fail tek kişi olabileceği gibi birden çok kişi de olabilir¹⁵⁹⁶. Diğer yandan, organ veya doku satılmasında, satın alınmasında ya da satışa aracılık edilmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması halinde TCK m. 37/2 gereğince dolaylı faillik gündeme gelecektir. Burada arka plandaki kişi, araç konumundaki kişinin hataya düşmesinden veya TCK m. 28 anlamında bir cebir veya tehditle irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından ya da kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanarak onun iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet yoluyla davranışlarını yönlendirdiği ve ona suç işlettiği için fail olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁵⁹⁷. Örneğin, böbreğini satmayı düşünmeyen birine böbreğini satmaması halinde oğlunun başına dayanan silahın ateşlenerek

¹⁵⁹¹ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 779; Gökçen/Balcı (2013), s. 143.

¹⁵⁹² Gökçen/Balcı (2013), s. 143; Özen, s. 334; Kaçar, s. 75; Gözübüyük, s. 143; Aydın (2011), s. 154; Kasapoğlu Halıcı, s. 85; Aydın (2008b), s. 387; Ömeroğlu, s. 67.

¹⁵⁹³ Kaçar, s. 75; Karakaya, s. 331.

¹⁵⁹⁴ Algan, s. 202; Ekiz, s. 249; Bu suça iştirakin ancak şeriklik yani azmettirme ve yardım etme biçiminde söz konusu olabileceği yönündeki görüş için bkz. Köksal, s. 219; Aydın (2011), s. 155.

¹⁵⁹⁵ “Sanık E.T. hakkında TCK’nın 39. maddesinin uygulanması gerektiğine yönelik temyiz itirazının, hukuken geçerli olmayan rızaya dayalı olarak, organ naklinin gerçekleşmesi veya nakil konusunda anlaşmaya varılması eylemi üzerinde birden fazla kişinin etkisinin olması, her bir kişi için TCK’nın 37. maddesinde belirtilen fail sıfatının sorumluluğunu getireceği, sanık E.’nin, anılan eylemin gerçekleşmesinin bir parçası olan nüfus cüzdanını kullandırması şeklindeki icrai hareketin, yardım etme başlığı altında düzenlenen TCK’nın 39. maddesi kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği... sanık İ.İ.’nin anılan eylemin gerçekleşmesinin bir parçası olan nüfus cüzdanının sahte olarak tanzim edilmesi şeklindeki icrai hareketin, yardım etme başlığı altında düzenlenen TCK’nın 39. maddesi kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği...” Yarg. 12. CD, E: 2021/7857, K: 2023/5805, T: 20.12.2023 (UYAP Veri Tabanı); Benzer yönde bkz. Yarg. 12. CD, E: 2020/5195, K: 2023/5201, T: 29.11.2023 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁵⁹⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 109.

¹⁵⁹⁷ Koca/Üzülmez (2023a), s. 464; Özgenç, s. 626-627.

öldüreceği yönündeki tehdit sonucu teklif edilen ücret karşılığı böbrek satma fiilini işleyen kişi, TCK m. 28 uyarınca organ satmak suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Öncesinde organ veya dokularını satmak yönünde hiçbir düşüncesi olmayan ve ekonomik zorluk içerisinde olan bir kimseye organını satma kararını verdiren kişi, TCK m. 38 uyarınca azmettiren olarak sorumlu olacaktır¹⁵⁹⁸. Katkı yoğunluğu azmettirme ve faillik niteliğinde olmayıp, suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran ya da güvenceye alan her türlü nedensel maddi veya manevi katkıda bulunan kimseler, TCK m. 39 kapsamında bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Bu kapsamda organ veya doku satacak bir kimseyi bu hususta cesaretlendiren bir kişinin hareketi, suç işleme kararını kuvvetlendirme şeklindeki manevi bir yardım niteliğinde olduğundan, TCK m. 39/2-a uyarınca organ veya doku satmak suçuna yardım eden olarak cezalandırılacaktır. Yardım etmenin muhakkak suçun icrası sırasında gerçekleşmesi gerekmemektedir. Fail tarafından suçun icrasına başlamadan evvel gerçekleştirilen maddi ve manevi katkılar da failin işlediği suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması kaydıyla yardım etme olarak kabul edilecektir.

Suçta katkısı gereği esasen yardım etme kalıbı içerisinde değerlendirilmesi gereken organ veya dokunun satışına aracılık etme fiilinin, kanunkoyucu tarafından izlenen suç siyaseti gereğince suçun seçimlik hareketlerinden birisi olarak öngörüldüğü için bu fiili işleyen fail olarak cezalandırılacağını daha önce belirtmiştik¹⁵⁹⁹. Dolayısıyla organ veya dokuyu satan ya da satın alan kimselere yapılan yardım, satışa aracılık etme niteliğindeyse bu kişi satma veya satın alma suçuna yardım eden olarak değil, failliğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi uyarınca fail olarak sorumlu olacaktır¹⁶⁰⁰. Örneğin, alıcı ile satıcı arasındaki görüşmelerde pazarlığa katılarak organ veya dokunun karşılığı olan bedeli belirleyen kişinin suça katkısı, satışa aracılık etme niteliğinde olduğundan, fail olarak cezalandırılacaktır.

Bu suçun TCK m. 91/4'te düzenlenen nitelikli hali olan örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, bu nitelikli halin suç ortaklarına geçişi hususu iştirak kastı ve iradesine göre çözümlenmelidir. Dolayısıyla organ veya doku satma, satın alma ya da satışına aracılık etme suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğini bilen şerikler TCK m.

¹⁵⁹⁸ **Algan**, s. 202; **Ekiz**, s. 249.

¹⁵⁹⁹ **Gökçen/Balcı** (2013), s. 144; **Karakaya**, s. 332.

¹⁶⁰⁰ **Kaçar**, s. 75; **Algan**, s. 202.

91/4'ten sorumlu olacakken, bunu bilmeyen şerikler ise iştirak kast ve iradeleri doğrultusunda suçun temel şekli olan TCK m. 91/3'ten sorumlu olacaktır.

Organ ve dokularını satan failin TCK m. 92'de düzenlenen özel zorunluluk halinden veya TCK m. 93'te düzenlenen etkin pişmanlıktan; satın alan failin de TCK m. 25/2'de düzenlenen genel zorunluluk halinden yararlanması diğer suç ortaklarının cezalandırılmasına engel değildir¹⁶⁰¹. Zira TCK m. 40/1 uyarınca suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılmaktadır.

Keza cezayı kaldıran bir diğer şahsi sebep olan gönüllü vazgeçme halinde de TCK m. 41/1 uyarınca sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ayrıca gönüllü vazgeçmenin varlığı için suçun işlenişine dair katkının hür iradeyle geri çekilmesi tek başına yeterli olmamakta, bunun yanı sıra diğer suç ortaklarının suçu işlemesi de engellenmelidir. Bununla birlikte gönüllü vazgeçenin gösterdiği bütün gayrete rağmen suçun işlenmiş olması veya başka bir nedene dayalı olarak suçun işlenmemiş olması halinde, TCK m. 41/2 uyarınca yine gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

5.6.3. İçtima

Organ veya doku satma, satın alma ve satışa aracılık etme suçu, TCK m. 43/3'te zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar arasında sayılmadığından, koşulları bulunduğu bu suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür¹⁶⁰². Bu kapsamda borçlarını ödemek için 300 bin TL'ye ihtiyacı olan bir kişinin bu parayı elde etmek amacıyla önce böbreğini 125 bin TL'ye, daha sonraki bir zamanda da karaciğerinin bir kısmını 175 bin TL'ye satması durumunda fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla kez organ satmak suçunu işlemiş olacaktır. Organ veya doku ticareti suçunun mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu dikkate alındığında mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağına ilişkin TCK m. 43/1 doğrultusunda zincirleme şekilde işlenmiş organ satmak suçu söz konusu olacaktır¹⁶⁰³. Bununla birlikte kişi

¹⁶⁰¹ Kaçar, s. 75; Algan, s. 202.

¹⁶⁰² Özen, s. 335; Algan, s. 203; Kaçar, s. 75; Ekiz, s. 250.

¹⁶⁰³ Hafizoğulları/Özen, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağına ilişkin TCK m. 43/1-son cümle karşısında mağduru belli bir kişi olmayan bir suç olan organ veya doku satma, satın alma ve satışa aracılık etme suçlarının bir kez işlene bile zincirleme suç hükümlerine tabi olma

bir başkasının organ veya dokusunu satmış ise, organ veya dokusu satılan kişi de toplumla birlikte bu suçun mağduru olacağından, *kanaatimizce* değişik zamanlarda farklı kişilere ait organların satılması durumunda mağdurlar farklı olacağı için, bu halde zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Yargıtay, organ veya doku satma, satın alma ya da satışı aracılık etme fiillerinin farklı tarihlerde işlenmesi ve organ alıcısı ile vericisinin farklı kişiler olması halinde her bir eylemin birbirinden bağımsız ve ayrı suç işleme kararıyla işlenmiş olacağını kabul ederek, bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını içtihat etmektedir¹⁶⁰⁴.

Organ veya doku ticareti suçunun TCK m. 91/3'te düzenlenen seçimlik hareketleri olan satma, satın alma ve satışı aracılık etme fiillerinden birden fazlasını gerçekleştiren failin sorumluluğunun nasıl belirleneceği öğretide tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, seçimlik hareketlerden birden fazlasını gerçekleştirip, örneğin bir kimseden satın aldığı organı başka bir kimseye satan faile organ satın alma ve satma suçundan ayrı ayrı ceza verilmez; zira burada tek suçun oluşacağı kabul edilmelidir¹⁶⁰⁵. *Diğer görüşe göre*, bu halde failin satın alma ve satma şeklinde iki ayrı fiil ve iki ayrı suçu işlediği kabul edilmelidir¹⁶⁰⁶. *Başka bir görüşe göre ise*, burada failin sorumluluğu seçimlik hareketler arasındaki zaman aralığı esas alınarak belirlenmelidir. Bu bağlamda satın alma ve satma fiilleri arasında belirgin bir zaman farklılığı varsa yani bu iki fiil zaman yönünden birbirinden ayrılıyorsa, tek suçtan bahsetmek mümkün olmayıp, iki ayrı suç olduğundan koşulları varsa zincirleme suçtan bahsedilebilir.

düşüncesini akla getirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Hafızoğulları/Özen**, s. 111; Bu yorumun kabulü halinde zincirleme suç hükümleri topluma karşı işlenen bütün suçların zorunlu sonucu haline gelecek ve kategorik olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu ise, zincirleme suç müessesesinin özüne ve mantığına aykırı olacaktır. Aynı yönde bkz. **Köksal**, s. 220-221.

¹⁶⁰⁴ “...sanıkların böbrek hastası B. E. ve E. Ö.'e organ nakli konusunda aracılık etme eylemlerinde, başka organ alıcı ve vericilerinin bir araya gelmelerine aracılık yaparak organ ticareti eylemlerine iştirak etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanıkların mahkûmiyetlerine esas alınan eylemlerin farklı tarihlerde işlenmesi, eylemin tarafları olan organ alıcı ve vericilerinin farklı kişiler olmaları, her bir eylemin ayrı suç işleme kastı ile işlenmeleri karşısında, sanıklar hakkında kabule esas alınan her eylemin ayrı suçu oluşturduğu kabulüyle suç sayısı kadar TCK'nın 91/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, eylemlerin tek bir suç kabul edilerek TCK'nın 91/1. maddesi uyarınca tayin edilen cezada TCK'nın 43/1. maddesi gereğince artırım yapılmak suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi...” Yarg. 12. CD, E: 2015/15157, K: 2018/2269, T: 28.02.2018 (UYAP Veri Tabanı); “...sanık O. K.'ın önce kendi böbreğini sanık M. A. D.'a satıp, daha sonra da başka organ alıcı ve vericilerinin bir araya gelmelerine aracılık yaparak organ ticareti eylemlerine iştirak etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın mahkûmiyetine esas alınan eylemlerin farklı tarihlerde işlenmesi, eylemin tarafları olan organ alıcı ve vericilerinin farklı kişiler olmaları, her bir eylemin ayrı suç işleme kastı ile işlenmeleri karşısında, sanık hakkında kabule esas alınan her eylemin ayrı suçu oluşturduğu kabulüyle suç sayısı kadar TCK'nın 91/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, eylemlerin tek bir suç kabul edilerek TCK'nın 91/1. maddesi uyarınca tayin edilen cezada TCK'nın 43/1. maddesi gereğince artırım yapılmak suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi...” Yarg. 12. CD, E: 2014/2204, K: 2015/3376, T: 24.02.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁶⁰⁵ **Gözübüyük**, s. 146; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 85; **Aydın** (2008b), s. 393.

¹⁶⁰⁶ **Köksal**, s. 209.

Buna karşılık gerçekleştirilen seçimlik hareketler arasında belirgin bir zaman farklılığı yoksa, örneğin bir kimse satın aldığı böbreği hemen akabinde başka birisine satmış ise satın almayla suç tamamlandığı için sonraki hareket olan satma önem arz etmeyecek ve fail tek suçtan sorumlu olacaktır¹⁶⁰⁷. *Kanaatimizce* TCK m. 91/3'te belirtilen seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleşmesi, örneğin bir kimseden satın alınan organın başka bir kimseye satılması durumunda, ortada tek fiil ve tek suçun olduğu kabul edilmelidir. Zira seçimlik hareketli suçlar, doğal anlamda birden fazla hareketin bazı hukuki sebeplerden dolayı tek fiil olarak değerlendirilmesini sonuçlayan hukuki anlamda fiil tekliğinin görünüm şekillerinden olan tipik hareket tekliğinin kabul edildiği hallerden biridir¹⁶⁰⁸. Seçimlik hareketli suçlarda her ne kadar suçun oluşması için seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi kâfi olsa da seçimlik hareketlerin tamamının icra edilmiş olduğu hallerde de ortada tek suç bulunmaktadır¹⁶⁰⁹. Dolayısıyla suçun konusunun aynı olması kaydıyla failin, TCK m. 91/3'te tanımlanan suçun seçimlik hareketlerinin birden fazlasını gerçekleştirmesi halinde tek suç bulunmaktadır.

TCK m. 91/3 hükmü, ceza yönünden maddi konunun organ ve doku olmasına göre farklı yaptırımların öngörülmesi TCK m. 91/1 hükmüne atıf yapmıştır. Bu çerçevede tıpkı yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi *kanaatimizce* TCK m. 91/3 hükmünde organ satmak, satın almak veya satışına aracılık etmek ile doku satmak, satın almak veya satışına aracılık etmek şeklinde iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir¹⁶¹⁰. Dolayısıyla failin aynı anda hem organ hem de doku satması halinde fail, hukuki anlamda tek fiil kabul edilen hareketle iki farklı suç olan hem organ satmak hem de doku satmak suçunu işlemiş olacağından, farklı neviden fikrî içtima kuralının düzenlendiği TCK m. 44 uyarınca en ağır cezayı gerektiren organ satmak suçuyla cezalandırılacaktır¹⁶¹¹. Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında olsa bile değişik zamanlarda önce organ sonra doku veya tam tersine önce doku sonra organ satması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Zira

¹⁶⁰⁷ **Algan**, s. 204; **Kaçar**, s. 76.

¹⁶⁰⁸ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 525; **Artuk/Gökçen/Alşahin/ve diğerleri**, s. 809.

¹⁶⁰⁹ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 124; **Artuk/Gökçen/Alşahin/ve diğerleri**, s. 319; “...seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, suçun konusunun ihale olması nedeniyle seçimlik hareketlerin birden fazla olması halinde de tek suçun oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu cihetle seçimlik hareketler bölünerek bu hareketlere ilişkin ayrı ayrı hükümler kurulamayacağı, tek ihaleye ilişkin birden fazla hareketin hukuksal anlamda tek fiil olduğu gözetilmeden...” Yarg. 5. CD, E: 2016/2972, K: 2016/4537, T: 03.05.2016 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁶¹⁰ Aynı yönde bkz. **Algan**, s. 204; Karşı yönde bkz. **Ekiz**, s. 250.

¹⁶¹¹ **Algan**, s. 205; **Kaçar**, s. 76; **Karakaya**, s. 335; Buna karşılık **Ekiz**, TCK m. 91/3'te organ satmak ve doku satmak şeklinde iki ayrı suçun düzenlenmediğini savunduğu için failin aynı anda hem organ hem de doku satması halinde tek suçun oluşacağını belirtmektedir. Bkz. **Ekiz**, s. 250.

zincirleme suçtan bahsedilebilmesi için değişik zamanlarda işlenen fiillerin aynı suç oluşturması gerekmektedir. Oysa aynı hukuki değeri korusalar da organ satmak ve doku satmak iki farklı suçtur. Bu örnekte gerçek içtima kuralı gereğince her bir suçtan ayrı cezalandırma yapılmalıdır.

Failin bir satışta aynı anda birden fazla organını satması halinde, fail hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilen bir fiille yalnızca bir organ satmak suçunu işlemiş olacaktır¹⁶¹². Zira burada her ne kadar doğal anlamda birden fazla satma fiili bulunmaktaysa da aynı türden davranış şekli olduğunda bir tereddüt bulunmayan ve birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat bulunması nedeniyle hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir. Aynı satış kapsamında birden fazla organın satılması, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Fail, hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden ya da hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku aldıktan sonra bu organ veya dokuyu bir başkasına satmış ise gerçek içtima kuralı uyarınca hem TCK m. 91/1 veya TCK m. 91/2 hem de TCK m. 91/3'ten cezalandırılacaktır¹⁶¹³. Zira yaşayan kişiden ya da ölüden organ veya doku alınması ile organ veya doku satmak suçlarının icra hareketlerinde ayniyet bulunmadığı için, hukuki anlamda tek fiilden bahsedilemeyeceği gibi farklı suçları oluşturmaları sebebiyle zincirleme suçtan da söz edilemez. Bu sebeple, bir kimsenin, hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden ya da hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku aldıktan sonra bu organ veya dokuyu bir başkasına satması halinde, iki ayrı fiil ve iki ayrı suçun varlığı kabul edilmelidir.

¹⁶¹² **Algan**, s. 205; **Kaçar**, s. 76; **Karakaya**, s. 335; **Ekiz**, s. 250.

¹⁶¹³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 110; **Köksal**, s. 221; **Kaçar**, s. 76; **Algan**, s. 205; **Karakaya**, s. 336; **Aydın ve Kamıcı**, failin yaşayan bir kişiden organ veya doku alma ya da ölüden organ veya doku alma suçunu işledikten sonra bu organ veya dokuyu bir başkasına satması veya satışına aracılık etmesi halinde cezalandırılmayan sonraki hareketler prensibinden hareketle TCK m. 91/3'ten sorumlu olmayacağını yalnızca TCK m. 91/1 veya TCK m. 91/2'den cezalandırılacağını savunmaktadır. Bkz. **Aydın** (2008b), s. 392; **Kamcı**, s. 45; İfade edelim ki, cezalandırılmayan sonraki fiilin varlığı için sonraki fiilin, önceki fiilin ihlal ettiği hukuksal değerlere ilave olarak başka bir hukuksal değeri ihlal etmemesi gerekmektedir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere önceki fiilin haksızlık içeriğinin, sonraki fiilin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına aldığı durumlarda cezalandırılmayan sonraki hareketlerden bahsedilir. Failin yaşayan ya da ölü bir kişiden organ aldıktan sonra bunu bir başkasına satması durumunda, önceki fiil olan almak fiilinin ihlal ettiği hukuki değerlerden başka sonraki fiil olan satmak fiili ile insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına dair kamusal yarar da ihlal edilmektedir. Ayrıca TCK m. 91/1-2 ile m. 91/3 hükümleri dikkate alındığında yaşayan kişiden veya ölüden organ alma suçunun haksızlık muhtevasının organ satma fiilinin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına aldığından da bahsedilemez. Dolayısıyla yaşayan bir kişiden ya da ölüden organ aldıktan sonra bu organı bir başkasına satması durumunda, cezalandırılmayan sonraki fiil prensibinden hareket edilmesi gerektiğine ilişkin görüşe katılmak *kanaatimizce* mümkün değildir.

Para ya da başkaca bir maddi menfaat karşılığında organ veya dokusunu satan kişinin satış anlaşması doğrultusunda açıkladığı rızasına dayalı olarak satın alan veya satışa aracılık eden kişi tarafından organ veya dokunun alınması durumunda, organ veya doku satın almak ya da satışa aracılık etmek suçunun yanı sıra yaşayan kişiden organ veya doku almak suçunun oluşup oluşmayacağının tartışılması gerekmektedir. Organ veya doku satın almak suçu satış anlaşmasının sağlanmasıyla, aracılık etmek suçu da alıcıyla satıcının bir araya getirilmesiyle tamamlandığından, ayrı bir fiil teşkil eden satış anlaşmasına konu edilen organ veya dokunun alınmasının, koşulları varsa ayrı bir suç oluşturacağında bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada önemli olan satış anlaşması doğrultusunda organ veya dokunun alınmasına ilişkin gösterilen rızanın hukuken geçerli olup olmadığıdır. Zira rızanın geçerli kabul edilmesi halinde tipiklikten söz edilemeyeceğinden, yaşayan kişiden organ veya doku almak suçu da oluşmayacaktır. *Kanaatimizce* bir kişinin para veya sair bir maddi menfaat karşılığında organ veya dokusunun alınmasına gösterdiği rızanın hukuken geçerli olduğundan bahsedilemez. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de aynı yöndedir¹⁶¹⁴. Dolayısıyla satış anlaşması doğrultusunda açıklanan geçersiz rızaya dayalı olarak anlaşmaya konu organ veya dokunun alınması halinde, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu oluşacaktır¹⁶¹⁵. Anlaşmaya konu edilen organ veya doku, satın alan veya satışa aracılık eden fail tarafından alınmış ise fail hem TCK m. 91/3'ten hem de TCK m. 91/1'den cezalandırılacaktır¹⁶¹⁶.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir husus da bu suçun, insan ticareti suçuyla arasında içtima ilişkisinin var olup olmadığıdır. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçuna ilişkin yaptığımız açıklamalarda da daha önce belirttiğimiz üzere, insan ticareti suçunun tamamlanabilmesi için failin TCK m. 80/1'de öngörülen maksatlardan biriyle hareket etmesi yeterli olup, maksadına ulaşması gerekmemektedir. Fail maksadına ulaşmış ve bu maksat ayrı bir suç teşkil ediyorsa, insan ticaretinin yanı sıra bu suçtan da ayrıca cezalandırılacaktır¹⁶¹⁷. Zira böyle bir durumda, insan ticareti suçu, araç suç olarak

¹⁶¹⁴ “...S. Y.'ın da ekonomik sıkıntı nedeniyle böbreğini satmaya karar verdiği, sonra sanık C. A. vasıtasıyla böbrek hastası olan sanık T. O.'la tanıştığı, böbreğini satmak için bir miktar para karşılığında anlaştıkları, ... S Y.'dan alınan sağ böbreğin sanık T. O.'a nakledildiği, ... Davaya konu böbrek nakli işleminin TCK'nın 91/1. maddesinde aranan hukuken geçerli rızaya dayalı olmadığı, tarafların daha önceden aralarında anlaştıkları bir miktar para karşılığında gerçekleştiği...” Yarg. 12. CD, E: 2014/7311, K: 2015/4445, T: 10.03.2015 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁶¹⁵ Şen, s. 320-321; Kaçar, s. 76-77.

¹⁶¹⁶ İfade edelim ki paragraftaki görüş ve tespitlerimiz, satış anlaşmasına konu edilen organ veya dokunun yaşayan kişiden alınması durumuna yönelik olarak oluşturulmuş ise de satış anlaşmasına konu edilen organ veya dokunun ölüden alınması durumunda da aynen geçerli olacaktır.

¹⁶¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 124; Değirmenci (2006), s. 89-91.

kullanılmak suretiyle amaç suç işlenmektedir. Araç suç-amaç suç ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, amaçlanan suç da işlenmiş ise gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır¹⁶¹⁸. TCK m. 80/1’de belirtilen maksatlardan biri de “vücut organlarının verilmesini sağlamak”tır. Dolayısıyla fail, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla TCK m. 80/1’de belirtilen hareketlerden birini gerçekleştirerek, örneğin tehditle ya da çaresizliğinden yararlanarak ülkeye soktuğu kişilerin organlarını satarsa ya da satın alırsa, gerçek içtima hükümleri gereğince hem insan ticareti suçundan hem de organ satmak suçundan cezalandırılacaktır. Zira burada hukuki anlamda iki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunmaktadır¹⁶¹⁹. Organ satışına aracılık etmek yönünden ise durum ayrıca ele alınmalıdır. Zira failin, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla TCK m. 80/1’de belirtilen araç fiillerden birini gerçekleştirerek bir kimseyi tedarik etmesi, kaçırmayı, sevk etmesi ve barındırması halinde fiili aynı zamanda organ satışına aracılık niteliğinde olacaktır. Organ satışına aracılık etme fiilinin, insan ticareti suçunun TCK m. 80/1’de belirtilen amaç hareketlerin kapsamında olduğu bu durumda, görünüşte içtimanın görünüm şekillerinden olan tüketen-tüketilen norm ilişkisinin varlığı kabul edilmek suretiyle failin sadece insan ticareti suçundan sorumluluğu cihetine gidilmelidir¹⁶²⁰. Nitekim böyle bir durumda, işlenen fiil neticesinde ihlal edilen insan ticareti suçuna ilişkin normun, organ satışına aracılık etmeye ilişkin normu içinde barındırarak eritip tükettiği kabul edilmelidir.

5.7. Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep: Etkin Pişmanlık

Suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyarak suçun işlenmesiyle meydana gelen sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik davranışlarda bulunmasına etkin pişmanlık adı verilmektedir¹⁶²¹. Etkin pişmanlık kurumu, yalnızca kanunkoyucu tarafından öngörülen bazı tamamlanmış suçlar bakımından uygulanan cezayı kaldırarak ya da azaltan kişisel bir neden olarak kabul edilmiştir¹⁶²². Dolayısıyla etkin pişmanlık, kanunkoyucu tarafından öngörülmemiş suçlarda uygulanamayacağı gibi henüz tamamlanmamış suçlarda da uygulanamaz. Hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanması öngörülen suç

¹⁶¹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 786; Koca/Üzülmez (2003a), s. 518.

¹⁶¹⁹ Değirmenci, Olgun (2022) ‘Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Zirvesi’, 28 Temmuz 2022, Ankara, s. 78-79; Yılmaz, Yeşim (2017) ‘İnsan Ticareti Suçu ve İçtima Sorunu’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C: 23, S: 3, s. 951; Kaçar, s. 78.

¹⁶²⁰ Değirmenci (2022), s. 79; Yılmaz, s. 950-951.

¹⁶²¹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 446; Centel/Zafer/Çakmut, s. 470.

¹⁶²² Özgenç, s. 763; Koca/Üzülmez (2023a), s. 446.

tamamlanmamış ise, koşulları varsa tüm suçlarda uygulama alanı bulan genel bir hüküm olan gönüllü vazgeçmenin uygulanması gündeme gelecektir.

Organ veya doku ticareti suçu bakımından TCK m. 93 hükmünde etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir¹⁶²³. Hükümün gerekçesinden¹⁶²⁴ de anlaşılacağı üzere etkin pişmanlık düzenlemesinden yalnızca kendi organ veya dokusunu satan fail yararlanabilmektedir. Belirtelim ki TCK m. 93 hükmünün amacı, kendi organ veya dokusunu satan fail üzerinden diğer suç faillerini ve ortaklarını bulmak, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ise elde edilen bilgilerle örgütü zayıflatmak ve çözmektir¹⁶²⁵. Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için organ veya doku satma suçunun tamamlanmış olması gerekmektedir¹⁶²⁶. Bununla birlikte satılan organ veya dokunun alınmış ya da nakledilmiş olması gerekmemektedir¹⁶²⁶. Bununla birlikte satılan organ veya dokunun alınmış veya teslim edilmiş ya da nakledilmiş olması etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına engel değildir¹⁶²⁷.

TCK m. 93 hükmünde etkin pişmanlığın uygulanması için aranan koşullar, suçun resmi makam ve merciler¹⁶²⁸ tarafından haber alınıp alınmadığına göre iki ayrı fıkrada belirlenmiştir. Buna göre TCK m. 93/1'de düzenlenen resmi makamların suçu haber

¹⁶²³ *Hafizoğulları/Özen ve Aydın*'a göre, madde başlığı etkin pişmanlık olmakla birlikte maddede düzenlenen husus teknik anlamda etkin pişmanlık değildir. Zira etkin pişmanlık, teşebbüs ile ilgili olup, failin kendiliğinden icrasına başladığı suçu devam ettirmemesi veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde uygulanır. İlk halde gönüllü vazgeçme ikinci halde ise etkin pişmanlık olur. TCK m. 93'te ise böyle bir durum yoktur. Bkz. *Hafizoğulları/Özen*, s. 117-118; *Aydın* (2011), s. 157; *Aydın*'a göre maddeyle ilgili diğer bir problem de birinci fıkrasında belirtildiği üzere cezaya hükmolunmamasıdır. Zira gönüllü vazgeçme halinde dahi fiil hukuka aykırılığını koruduğu için failin o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin başka bir suça vücut vermesi durumunda bu suçtan cezalandırılması yoluna gidilirken burada hiçbir cezaya hükmolunmaması yerinde olmamıştır. Bkz. *Aydın* (2011), s. 157; *Kanaatimizce* müellifler etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçme kurumunu birbirine karıştırmaktadır. Zira failin kendiliğinden neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde etkin pişmanlık değil, TCK m. 36 uyarınca gönüllü vazgeçme kurumu söz konusu olacaktır. Etkin pişmanlık bir nevi bütün unsurlarıyla tamamlanmış suçlarda gönüllü vazgeçme niteliğindedir. Gönüllü vazgeçme, henüz tamamlanmamış suçlarda uygulama alanı bulan bir müessesedir. Diğer taraftan etkin pişmanlık durumunda, işlenen fiilin haksızlık içeriği ortadan kalkmamakla birlikte o suçla ilgili tercih edilen ceza politikası sebebiyle öngörülen koşulları yerine getiren faile ceza verilmemekte veya cezasında indirim yapılmaktadır. Bu sebeple *Hafizoğulları/Özen ve Aydın*'ın görüşlerine katılmamaktayız.

¹⁶²⁴ Madde gerekçesi şu şekildedir: “*Madde metninde organ veya dokularını satan kişi açısından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.*”

¹⁶²⁵ *Hafizoğulları/Özen*, s. 117; *Köksal*, s. 223.

¹⁶²⁶ *Aydın* (2011), s. 158; *Hakeri* (2016), s. 480; *Gözübüyük*, s. 150; *Kaçar*, s. 79; *Kanıcı*, s. 42.

¹⁶²⁷ *Kanıcı*, s. 42; *Karakaya*, s. 326-327; *Ünver* (2005a), s. 192-193; Buna karşılık aksi görüşte olan *Donay*, organ naklindeki üstün amacın insan sağlığının korunması olduğundan hareketle etkin pişmanlığın, organ veya dokunun vücuttan ayrılmasından önce söz konusu olabileceğini, bu aşamadan sonra etkin pişmanlık hükmünün uygulanamayacağını savunmaktadır. Bkz. *Donay*, s. 152.

¹⁶²⁸ Resmi makam ve mercilerden anlaşılması gereken; suça ilişkin ihbar ve şikâyetlerin yapılabileceği kanunen yetkili kılınmış makam ve mercilerdir. Bu makam ve merciler; CMK m. 158'de Cumhuriyet Başsavcılığı, kolluk makamları, valilik, kaymakamlık ve mahkemeler ile yurt dışında işlenmekle birlikte ülkede takibi gereken suçlarla sınırlı olmak üzere Türkiye'nin elçilik ve konsoloslukları şeklinde belirtilmiştir.

almasından önceki etkin pişmanlık, cezayı kaldıran şahsi sebep niteliğinde iken; TCK m. 93/2’de öngörülen resmi makamların suçu haber almasından sonraki etkin pişmanlık, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak düzenlenmiştir¹⁶²⁹.

TCK m. 93/1 hükmüne göre organ veya dokularını satan kişinin, resmi makamlar tarafından haber alınmadan evvel durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması halinde, hakkında cezaya hükmolunmamaktadır¹⁶³⁰. Hükümden de anlaşıldığı üzere, failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için resmi makam ve mercilere suçu ihbar etmesi yeterli olmayıp, ayrıca olayla ilgili diğer suçluların da yakalanmalarını kolaylaştırması gerekmektedir¹⁶³¹. Öğretide suçu resmi makamlara bildirerek soruşturmanın açılmasını ya da soruşturmanın genişletilmesini sağlayan failin suçluların yakalanmasını kolaylaştırma adına elinden başka bir şey gelmiyorsa, hükümden yararlandırılması gerektiği savunulmuştur¹⁶³². *Kanaatimizce* hükmün açık lafzı karşısında failin suçu ihbarla birlikte verdiği bilgilerin az ya da çok soruşturmaya fayda sağlayarak suçlulardan birinin dahi yakalanmasına yardımcı olması söz konusu ise etkin pişmanlıktan yararlandırılmalıdır¹⁶³³. Verilen bilgilerin samimi olmadığı ve cezadan kurtulmak maksadıyla bu yola gidildiği saptanmış ise, fail etkin pişmanlıktan faydalanamamalıdır¹⁶³⁴. Failin TCK m. 93/1’de düzenlenen etkin pişmanlıktan yararlanması durumunda organ veya doku satma fiilinin suç niteliği ya da haksızlık içeriği ortadan kalkmadığından, yargılama sonucunda hakkında beraat kararı değil CMK m. 223/4-a uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı

¹⁶²⁹ **Kaçar**, s. 79-80; **Ekiz**, s. 246.

¹⁶³⁰ “Sanık A.E.’nin 26.12.2013 tarihli şikayet dilekçesi ile N.A.B. karaciğer hastası olup kendisine uygun karaciğer ararken, kendisinden karaciğer transplantasyonu yapılması konusunda 150.000-TL değerinde işyeri veya nakit para, bir ev, bir araba, ve tüm sağlık masrafları karşılığında N. ile anlaştıklarını, ameliyatın 08.06.2012 tarihinde gerçekleştiğini ancak ameliyattan sonra kendisine havale yoluyla 85.000-TL ödeme yapıldığını, daha sonra tekrar ödeme yapılacağını söylenmesine rağmen ödeme yapılmaması üzerine N. ’ı aradığında 15.000 TL’lik ikinci bir ödeme yapıldığını, N. ’in vaatlerini yerine getirmediğini bu nedenle N. ’dan şikayetçi olduğunu beyan etmesi üzerine kolluk kuvvetlerince yapılan araştırma sonucunda düzenlenen iddianame ile mahkemesinde açılan dava neticesinde, sanığın atılı suçu işlediği ancak TCK’nın 93/1 maddesi ile organ veya doku satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmasını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunamayacağının belirtilmesi karşısında, mahkemece sanık hakkında organ ve doku ticareti yapma suçundan ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararda bir isabetsizlik görülmemekle...” Yarg. 12. CD, E: 2020/10398, K: 2022/6011, T: 28.09.2022 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁶³¹ “Tüm dosya kapsamından sanık A.K.’in diğer sanık D.K.’ın böbreğinin babası olan diğer sanığa nakledilmesi için aralarında anlaşılardan sonra, hastaneye müracaat etmek suretiyle diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği... Sanık D.K.’ın Cumhuriyet savcılığına başvurarak diğer sanıklar hakkında şikâyetçi olması sebebiyle soruşturmanın başladığının anlaşılması karşısında, hakkında TCK’nın 93. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması hususunda olumlu ya da olumsuz bir değerlendirme yapılmaması...” Yarg. 12.CD, E: 2013/2410, K: 2013/24556, T: 05.11.2013 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁶³² **Meran**, s. 234.

¹⁶³³ Aynı yönde bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 118; **Köksal**, s. 224; **Kanıcı**, s. 42.

¹⁶³⁴ **Bayraktar** (2010), s. 1327.

verilecektir. Belirtelim ki, cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK m. 93/1 hükmü, Cumhuriyet savcısına kamu davasını açmada takdir yetkisi verdiği için soruşturma sonunda CMK m. 171/1 uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından organ ve dokusunu satan fail hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi de mümkündür.

Resmi makamların suçu haber almasından sonra da failin etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün olup, bunun koşulları TCK m. 93/2’de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için suçun resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra gönüllü olarak suçun ortaya çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etmiş olması gerekmektedir. Gönüllü olmak, failin suçunu, diğer failleri ve kanıtları açıklamaya zorlanmamış olması demektir¹⁶³⁵. Failin suçu geniş ve ayrıntılı şekilde anlatması, etkin pişmanlıktan yararlanması için yeterli değildir. Bunun yanı sıra verdiği bilgilerle diğer suçluların yakalanmasına da hizmet ve yardımda bulunmalıdır. Failin verdiği bilgiler diğer suçluların yakalanmasına elverişli ve az çok yeterli değilse, etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır¹⁶³⁶. Belirtelim ki, TCK m. 93/2’de düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması bakımından organ ve dokusunu satan failin fiilen ele geçirilmiş ya da yakalanmış olup olmadığının bir önemi yoktur. Dolayısıyla fail yakalanmadan önce veya yakalandıktan sonra gönüllü olarak suçun meydana çıkmasına ve diğer faillerin yakalanmasına yardım etmiş ise etkin pişmanlıktan faydalanacaktır¹⁶³⁷. Resmi makamların suçu haber almasından sonra etkin pişmanlıktan yararlanan failin yardımının niteliğine yani verdiği bilgilerin elverişliliğine ve yeterliliğine göre cezasında dörtte birden yarısına kadar indirimle gidilecektir.

TCK m. 93’te yer alan “diğer suçlular” ifadesiyle kastedilen, TCK m. 91/3’te düzenlenen organ veya doku ticareti suçunun taraflarıdır. Dolayısıyla organ veya dokularını satan kişinin, organ ve doku ticaretinin taraflarının değil, TCK m. 91 hükmünün diğer fıkralarında düzenlenen fiilleri işleyen kimselerin yakalanmasını kolaylaştırması halinde TCK m. 93’te düzenlenen etkin pişmanlıktan faydalanamayacaktır¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 118; Köksal, s. 225.

¹⁶³⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 119; Köksal, s. 225.

¹⁶³⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 119; Köksal, s. 225; Kanıcı, s. 42.

¹⁶³⁸ Algan, s. 195; Ekiz, s. 246; Aksi görüşte olan Karakaya, organ ve dokularını satan kişinin, sadece TCK m. 91/3’te belirtilen fiilleri işleyenlerin yakalanmasını değil, TCK m. 91’de düzenlenen diğer fıkralardaki fiilleri işleyen faillerin yakalanmasını kolaylaştırması halinde de etkin pişmanlıktan yararlanacağını savunmaktadır. Bkz. Karakaya, s. 324.

TCK m. 93 hükmü öğretide çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. İlk olarak etkin pişmanlığın yalnızca kendi organ veya dokularını satan fail bakımından uygulanmasına imkân tanınarak satın alan ve satışa aracılık eden faile aynı imkânın sunulmamış olmasının eşitlik ilkesine aykırı ve isabetsiz olduğu belirtilmiştir¹⁶³⁹. Maddede düzenlenen etkin pişmanlığın amacının suçu ve suçluları ortaya çıkarmak olduğu nazara alındığında organ veya dokusunu satan kişinin yanı sıra diğer faillere de aynı imkânın tanınması özellikle örgüt aracılığıyla organ bulan failler tarafından örgütün ortaya çıkarılmasını kolaylaştıracaktır¹⁶⁴⁰. Bu sayede kanunkoyucu, organ veya doku ticareti suçuyla mücadelede ulaşmayı istediği amacı daha geniş bir alanda uygulama fırsatı bulacaktır¹⁶⁴¹. Diğer bir eleştiriye, TCK m. 93 hükmünde organ veya dokunun alınmış ya da alıcıya nakledilmiş olup olmaması arasında etkin pişmanlığın sonucu yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın her iki durumun da aynı etkin pişmanlık hükümlerinin kapsamına alınmış olmasıdır¹⁶⁴². *Kanaatimizce* maddede suç konusu organ veya dokunun vücuttan çıkarılıp çıkarılmadığı ve alıcıya nakledilip nakledilmediğine göre etkin pişmanlığın kapsamı ve doğuracağı sonuç yönünden bir ayırım yapılması ceza adaleti bakımından daha isabetli olacaktır. Failin maddenin ilk fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için gönüllü olması koşulu aranmazken, ikinci fıkrasında öngörülen etkin pişmanlıktan faydalanması için gönüllü olmasının aranması eleştiri konusu yapılan bir başka husustur¹⁶⁴³. Ayrıca organ veya dokusunu satan failin etkin pişmanlıktan yararlanması halinde, işlemiş olduğu organ veya doku satmak suçundan elde ettiği haksız kazanca dair bir düzenlemenin yapılmamış olması da önemli bir eksiklik olarak görülmektedir¹⁶⁴⁴. *Kanaatimizce* bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa da failin etkin pişmanlıktan yararlanması, işlediği fiilin suç olma niteliğinde bir değişiklik oluşturmadığından, organ veya dokusunu satmak suretiyle elde ettiği kazancın, kazanç müsadereesine ilişkin TCK m. 55 uyarınca müsadere edilmesi gerekmektedir.

¹⁶³⁹ Öztezel, s. 230; Algan, s. 197; Ünver (2005a), s. 192; Ünver (2005b), s. 104; Bayraktar (2010), s. 1327; Kanıcı, s. 42; Köksal, s. 226; Kaçar, s. 79.

¹⁶⁴⁰ Gözübüyük, s. 151; Öztezel, s. 230; Kanıcı, s. 42; Şen'e göre, kendi organ veya dokusunu satan faile TCK m. 92 hükmünde zorunluluk hali imkânı tanınarak zaten üzerindeki ceza yaptırımını tehdidi azaltılmıştır. Yaptırım tehdidi altında olan organ veya doku satın alan ve satışa aracılık eden faile de etkin pişmanlık imkânının tanınması sayesinde bu kimselerden ihbar elde etmek organ veya dokusunu satan faile nazaran daha olası olacaktır. Bkz. Şen, s. 329.

¹⁶⁴¹ Mermut, s. 1484-1485.

¹⁶⁴² Ünver (2005a), s. 192-193; Gözübüyük, s. 150.

¹⁶⁴³ Ünver (2005a), s. 193; Ünver (2005b), s. 104; Gözübüyük, s. 151; Köksal, s. 226.

¹⁶⁴⁴ Ünver (2008a), s. 193; Kaçar, s. 79; Algan, s. 197; Bayraktar (2010), s. 1327; Gözübüyük, s. 151; Köksal, s. 226.

5.8. Yaptırım

TCK m. 91/3'te organ veya doku satın alan, satan ve satılmasına aracılık eden kişi hakkında TCK m. 91/1'de belirtilen cezalara hükmolunacağı belirtilmiştir. Böylece kanunkoyucu, organ veya doku satmak, satın almak ya da satışa aracılık etmek suçunda yaptırım bakımından yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun düzenlendiği TCK m. 91/1 hükmüne atıf yapmıştır¹⁶⁴⁵. Atfın yapıldığı TCK m. 91/1 hükmünde organ almak ile doku almak arasında ceza miktarı bakımından farklılık oluşturularak; organ almak suçunun yaptırımı beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası, doku almak suçunun yaptırımı ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Öğretide *Gökçen/Balcı*, TCK m. 91/3 hükmüne ilişkin TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmelerde İzzet Özgenç'in açıklamalarını¹⁶⁴⁶ gerekçe göstererek suçun maddi konusunun organ veya doku olmasına göre yaptırım yönünden bir ayrıma gidilemeyeceğini ve bu nedenle organ veya doku satan, satın alan ya da satışına aracılık eden kimsenin beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağını savunmaktadır¹⁶⁴⁷. *Kanaatimizce* kanunun lafzına açıkça aykırı olan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TCK m. 91/3 hükmünde herhangi bir sınırlama yapılmaksızın açık bir şekilde birinci fıkra da belirtilen cezalara hükmolunacağı belirtilmiştir. Birinci fıkra da suçun maddi konusunun organ ve doku olmasına göre farklı cezalar öngörüldüğünden, organ ve doku arasında ceza miktarı yönünden oluşturulan bu farklılık TCK m. 91/3'te tanımlanan suç bakımından da aynen geçerli olacaktır. Dolayısıyla organ satan, satın alan ya da satışına aracılık eden kimse beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla; doku satan, satın alan ya da satışına aracılık eden kimse ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır¹⁶⁴⁸.

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise, TCK m. 91/4 uyarınca sekiz yıldan onbeş yıla

¹⁶⁴⁵ *Algan*, s. 206; *Kaçar*, s. 80; *Ekiz*, s. 252.

¹⁶⁴⁶ “*İzzet Özgenç*; Birinci fıkra da organın veya dokunun kişiden alınması arasında bir ayırım gözetilmiştir; ama, üçüncü fıkra da bunun bir ticarî faaliyet olarak icra edilmesi ve beşinci fıkra da bu ticarî faaliyetin yürütümüne bir katkı sağlanması söz konusudur. Bu nedenle, bu fıkralarda suçun konusunun organ veya doku olması açısından bir ayırım gözetilmemiştir, sadece belki cezanın alt ve üst sınırları arasında, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir” Aktaran: *Gökçen/Balcı* (2013), s. 146.

¹⁶⁴⁷ *Gökçen/Balcı* (2013), s. 145-146; *Gökçen/Balcı* (2015), s. 462.

¹⁶⁴⁸ Aynı yönde bkz. *Hafizoğulları/Özen*, s. 112; *Özbek/Doğan/Bacaksız* (2023), s. 279; *Üzülmez*, s. 132; *Şen*, s. 319; *Aydın* (2008a), s. 151; *Köksal*, s. 223; *Algan*, s. 206; *Kaçar*, s. 80; *İltaş*, s. 24-25; *Kasapoğlu Halıcı*, s. 85; *Polat*, s. 57; “*Olaya konu ticareti yapılan böbreğin organ vasfını taşımasına rağmen TCK'nın 91/1- 1. cümlesi gereğince sanık hakkında hüküm kurulması gerekirken, sanığın ticaretini yaptığı böbreğin vasfının doku olarak kabulü ile sanık hakkında TCK'nın 91/1-2. cümlesi gereğince hüküm kurulmak suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi...*” Yarg. 12. CD, E: 2018/959, K: 2021/797, T: 27.01.2021 (UYAP Veri Tabanı).

kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus; bu suçun temel şeklinde suçun konusunun organ veya doku olmasına göre farklı ceza miktarları öngörülmüşken, suçun nitelikli şekli olan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza miktarı yönünden organ veya doku arasında bir ayrıma gidilmeyerek her ikisinin de aynı yaptırıma tabi tutulmuş olmasıdır.

İfade edelim ki, bu suç bakımından koşullarının varlığı halinde gerek eşya gerekse kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Hatta fiilin suç teşkil etmesi kaydıyla bu suça ilişkin etkin pişmanlık veya genel ya da özel zorunluluk hali nedeniyle failin cezalandırılmadığı hallerde dahi müsadereye hükmedilebilecektir¹⁶⁴⁹. Zira müsadere ceza değil, güvenlik tedbiri niteliğindedir. Bu kapsamda iyiniyetli üçüncü şahıslara ait olmamak şartıyla, organ veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek suçunun işlenmesinde kullanılan ya da bu suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın TCK m. 54 uyarınca müsadere söz konusu olacaktır. TCK m. 91/3'te tanımlanan suçun işlenmesi ile elde edilen, örneğin organ veya doku satışı karşılığında sağlanan maddi menfaatler de TCK m. 55 uyarınca kazanç müsadereğine konu edilecektir. Belirtelim ki, satışa konu organ veya doku bir başkasına nakledilmişse, bunlar alıcının vücudunun bir parçası haline geldiğinden, bu organ veya dokuların alıcının vücudundan geri alınması mümkün değildir¹⁶⁵⁰. Zira aksinin kabulü halinde, yeni bir hukuksuzluğa yol açılarak alıcının vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olacaktır¹⁶⁵¹.

Bu suçun bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde de TCK m. 91/7 gereğince tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

5.9. Muhakeme

Organ veya doku satma, satın alma ya da satışına aracılık etme suçu, soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye bağlı olmayan, re'sen takibi gereken suçlardandır¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁹ Aydın (2008a), s. 152; Karakaya, s. 338.

¹⁶⁵⁰ Karakaya, s. 338; Aydın (2008b), s. 262.

¹⁶⁵¹ Şen, s. 318; Gözübüyük, s. 153.

¹⁶⁵² Köksal, s. 222; Gözübüyük, s. 153; Algan, s. 207; Kaçar, s. 82; Kasapoğlu Halıcı, s. 86.

Organ satmak, satın almak veya satışa aracılık etmek suçunda dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıl iken, suçun konusunun doku olması halinde dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e gereğince sekiz yıldır. Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise suçun maddi konusuna bakılmaksızın dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıl olacaktır. Uzatılmış yani olağanüstü dava zamanaşımı süresi, TCK m. 67/4 uyarınca yukarıda yer verilen dava zamanaşımı süreleri en fazla yarısına kadar uzamaktadır.

Organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçu bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemesidir. Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise, temel cezanın üst sınırı on yıldan fazla hapis cezasını gerektirdiğinden 5235 sayılı Kanun m. 12 ve m. 14 uyarınca görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleri olacaktır.

Bu suçta davaya bakmak yetkisi, CMK m. 12 uyarınca suçun işlendiği, yani organ veya dokunun satıldığı ya da satın alındığı yahut satışına aracılık edildiği yer mahkemesine aittir. Suç teşebbüs aşamasında kalmışsa son icra hareketinin yapıldığı, zincirleme şekilde işlenmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Organ veya dokunun satıldığı, satın alındığı ve satışına aracılık edildiği yerin belli olmaması halinde ise yetkili mahkeme CMK m. 13'e göre belirlenecektir.

6. HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLMİŞ ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME YA DA AŞILAMA SUÇU (TCK m. 91/5)

6.1. Genel Açıklamalar

TCK m. 91/5 hükmünde hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması suç olarak düzenlenmiştir. Kanunkoyucu bu suçla organ ve doku ticaretinin önemli bir aşaması olan hukuka aykırı olarak elde edilen organ ve dokunun piyasa içerisindeki dolaşımını engellemek için bunların saklanmasını, naklini ve aşılmasını ceza yaptırımı tehdidiyle yasaklamıştır¹⁶⁵³. Ancak belirtelim ki bu suçun oluşması için; saklama, nakletme ve aşılama fiillerinin ticari amaçla gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Diğer bir deyişle, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya

¹⁶⁵³ Hafızoğulları/Özen, s. 112; Ekiz, s. 253.

dokunun para ya da başkaca bir çıkar karşılığı olmaksızın saklanması, nakledilmesi veya aşılması da suç teşkil edecektir. Ayrıca bu suç bakımından kişinin, organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmesi sürecine katılıp katılmadığının da bir önemi yoktur. Burada önemli olan kim tarafından elde edilirse edilsin, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılmasıdır¹⁶⁵⁴.

6.2. Korunan Hukuki Değer

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçuyla korunan hukuki değer, tıpkı organ veya doku ticareti suçunda olduğu gibi insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda vücudunun, organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına ilişkin kamusal yarar olduğu belirtilmektedir¹⁶⁵⁵. Ancak suç teşkil eden saklama, nakletme ve aşılama fiillerinin mutlaka ticari amaçla gerçekleştirilmesi gerekmediğinden, *kanaatimizce* bu suçla korunan hukuki değer bununla sınırlı değildir. Bize göre bu suçla bahsedilen kamusal yararın yanı sıra kişilerin sağlıklı bir çevrede ve toplumda yaşama hakları ile organ veya doku nakline ilişkin insan sağlığına yönelik kamusal düzen de korunmaktadır¹⁶⁵⁶. Ayrıca aşılama fiili bakımından aşılama yapılan kişinin irade hürriyeti, yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünü de bu suçla korunan hukuki değerler arasında sayabiliriz¹⁶⁵⁷.

6.3. Suçun Unsurları

6.3.1. Tipiklik

6.3.1.1. Maddi Unsur

6.3.1.1.1. Fiil

Bu suçun fiil unsuru, TCK m. 91/5’te “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşmak” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla

¹⁶⁵⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Algan, s. 209; Karakaya, s. 341.

¹⁶⁵⁵ Hafızoğulları/Özen, s. 112; Köksal, s. 227; Polat, s. 59.

¹⁶⁵⁶ Aynı yönde bkz. Algan, s. 210; Arslan/Azizağaoğlu, s. 414; Karakaya, s. 342.

¹⁶⁵⁷ Kasapoğlu Halıcı, s. 87; Benzer yönde Ekiz, s. 253-254.

hukuka uygun yollarla elde edilmiş olan organ veya doku, hukuka aykırı şekilde saklanmış, nakledilmiş ya da aşılanmış olsa bile bu suç oluşmayacaktır¹⁶⁵⁸. Zira bu suç bakımından önemli olan; organ veya dokunun hukuka aykırı olarak saklanması, nakledilmesi ya da aşılması değil, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olmasıdır¹⁶⁵⁹. Diğer bir ifadeyle, saklama, nakletme ve aşılama fiillerinin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin bu suç bakımından bir önemi yoktur.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olmaktan anlaşılması gereken; organ veya dokunun hukuka uygun şekilde elde edilmesi için uyulması gereken kurallara aykırı davranılmasıdır. Bu kurallar, ODNK ve ONHY ile diğer alt düzenleyici işlemlerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda çalışmamızın bir önceki bölümünde ayrıntılı şekilde yer verdiğimiz yaşayan kişiden ve ölüden organ veya doku alınması için öngörölmüş olan koşullara uyulmayarak alınan organ veya doku, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olacaktır¹⁶⁶⁰. Örneğin TCK m. 91/1’de düzenlenen yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu ve TCK m. 91/2’de tanımlanan ölüden organ veya doku alınması suçunun işlenmesi neticesinde elde edilen organın saklanması, nakledilmesi ya da aşılması bu suça vücut verecektir¹⁶⁶¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus; TCK m. 91/5’te yer alan suçun oluşabilmesi için yaşayan bir kişiden alınıp saklanan, aşılana veya nakledilen organ veya dokunun TCK m. 91/1’de tanımlanan suçun işlenmesi sonucu elde edilmesinin zorunlu olmadığıdır. Zira TCK m. 91/1’de düzenlenen suç yalnızca hukuken geçerli rıza koşulunu taşımayan organ veya doku alma fiillerini cezalandırmakta olup, hâlbuki yaşayan bir kimseden organ veya doku almanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için gerekli olan tek koşul geçerli bir rızanın bulunması değildir. Dolayısıyla vericinin hukuken geçerli rızası bulunsa bile üstün amaç, tıbbi tahlil ve inceleme zorunluluğu veya uygun vericinin seçilmesi gibi diğer hukuka uygunluk koşullarına uyulmaksızın alınan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması da TCK m. 91/5 kapsamında suç olarak kabul edilecektir. Ayrıca TCK m. 91/3’te düzenlenen organ veya doku ticareti suçunun işlenmesi sonucu ya da ODNK m. 3’te yer alan çıkar karşılığı organ veya doku alınması yasağına

¹⁶⁵⁸ **Hafizoğulları/Özen**, s. 112; **Özen**, s. 315; **Köksal**, s. 231; Öğretide *Ünver*, organ veya dokunun hukuka uygun olarak elde edilmiş olmasına karşılık hukuka aykırı olarak saklanmasının bu suç kapsamına girmemesinin, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesinde düzenlenen “Kanunların embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için uygun koruma sağlanacaktır” şeklindeki hükme aykırılık oluşturduğunu savunarak bu hususun suç kapsamına alınması için bir düzenleme getirilmesi gerektiğini haklı olarak belirtmiştir. Bkz. **Ünver** (2005a), s. 194-195.

¹⁶⁵⁹ **Özen**, s. 315; **Köksal**, s. 231.

¹⁶⁶⁰ **Şen**, s. 325; **Mermut**, s. 1479.

¹⁶⁶¹ **Köksal**, s. 229; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 280.

aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması da bu suçta vücut verecektir¹⁶⁶².

Belirtelim ki, bu suç bakımından saklanan, nakledilen ya da aşılana organ veya dokunun yaşayan bir kişiden yahut ölüden elde edilmiş olması önem arz etmemektedir. Önemli olan, organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olmasıdır¹⁶⁶³.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşılana kişinin bu organ veya dokuyu hukuka aykırı olarak kendisinin elde etmiş olmasının gerekmediğini daha önce belirtmiştik. Bu kapsamda alıcı ile verici arasındaki böbrek satışı konusundan bilgisi olan hekimin, vericiden alınması fiiline iştirak etmediği bu böbreği alıcıya aşılması halinde, vericinin bağış yönündeki rızası hukuken geçerli olmadığından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş böbreği aşılama suçunu işlediği kabul edilecektir.

Bu suçun seçimlik hareketli bir suç olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, TCK m. 91/5’te sayılan hareketler olan “saklama”, “nakletme” ve “aşılama” birbirinden bağımsız hareketler olup, bu hareketlerin aynı ya da farklı kişilerce gerçekleştirilmesi halinde üç ayrı suç oluşacağından, bu suç seçimlik hareketli bir suç değildir¹⁶⁶⁴. *Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre*, suçun kanuni tanımında “saklama”, “nakletme” ve “aşılama” şeklinde üç ayrı harekete yer verilmiş ise de bu suçun işlenebilmesi için bu hareketlerin tamamının gerçekleşmesi gerekmekte olup, herhangi birisinin gerçekleşmesi yeterli olduğundan, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur¹⁶⁶⁵.

TCK m. 91/5’te tanımlanan suçun seçimlik hareketleri olan saklama, aşılama ve nakletme hareketlerinin icrası tıbbi bilgiyi gerektirdiğinden, bu suçun bağlı hareketli suç olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁶⁶. *Kanaatimizce* ODNK m. 10 hükmü dikkate alındığında organ ve dokunun saklanması ve aşılması fiillerinin teknik ve tıbbi bilgi gerektirdiği anlaşılmaktadır. Zira ileride de değineceğimiz üzere bu suç bakımından aşılama, organ veya dokunun tıbbi ve cerrahi yöntemlerle bir kişinin vücuduna aktarılmasıdır. Bu fiilin niteliği gereği cerrahi yöntem kullanılmadan organ veya dokunun bir kişinin vücuduna zerk edilmesi

¹⁶⁶² Aydın (2008a), s. 133; Bakıcı, s. 951; Algan, s. 209; Köksal, s. 229.

¹⁶⁶³ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 279.

¹⁶⁶⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 233; Polat, s. 62.

¹⁶⁶⁵ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Üzülmez, s. 133; Özen, s. 315; Şen, s. 325; Mermut, s. 1479; Kasapoğlu Halıcı, s. 88; Gözübüyük, s. 128; Karakaya, s. 348.

¹⁶⁶⁶ Karakaya, s. 349; Hafızoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 232; Algan, 212; Buna karşılık Ekiz, suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/5’te hareketlerin ne şekilde icra edileceğine dair açık bir belirleme yapılmadığından, bu suçun serbest hareketli suç olduğu görüşündedir. Bkz. Ekiz, s. 258.

mümkün gözükmemektedir. Saklamak fiili de organ veya dokunun bozulmasını önlemek için muhafaza edilmesi anlamına geldiğinden, fiilin niteliği gereği organ veya dokunun bozulmasını önlemek amacıyla muhafazası, teknik ve tıbbi bilgiyi gerektirmektedir. TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun bir diğer seçimlik hareketi olan nakletmenin ise, organ veya dokunun bir yerden başka bir yere transferini ifade ettiğini düşündüğümüzden, bu fiilin icrası yönünden herhangi bir özellik arz etmediği kabul edilmelidir. Dolayısıyla biz, TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun aşılama ve saklama şeklindeki seçimlik hareketlerden biriyle işlenmesi durumunda, bağlı hareketli suç olduğunu düşünüyoruz.

Bu suçun kanuni tanımında bir neticenin meydana gelmesi aranmamış olup, organ veya dokunun saklandığı, nakledildiği ya da aşılandığı anda tamamlandığı için bu suç, sırf hareket suçudur¹⁶⁶⁷.

Suçun oluşması için TCK m. 91/5'te saklama, nakletme ve aşılama hareketlerinin sonucunda herhangi bir kimsenin yaralanması veya ölmesi gibi bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır¹⁶⁶⁸. Tipik fiilin gerçekleştirilmesiyle herhangi bir zararın meydana gelmesi aranmadığından, bu suç tehlike suçudur¹⁶⁶⁹. Gerçekleştirilen saklama, aşılama ve nakletme hareketlerinin somut olayda gerçekten somut bir zarar tehlikesine yol açıp açmadığının araştırılması gerekmediğinden, bu suç soyut tehlike suçudur¹⁶⁷⁰.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu aşılama suçu, tamamlandığı anda bittiği için ani bir suçtur. Bununla birlikte *kanaatimizce* TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun “saklamak” veya “nakletmek” şeklindeki seçimlik hareketlerden birisiyle işlenmesi halinde kesintisiz suç söz konusu olacaktır¹⁶⁷¹. Zira nakletmenin kısa ya da uzun mesafeli, saklamanın da kısa ya da uzun süreli olmasının suçun oluşması bakımından bir önemi olmasa da bu seçimlik hareketlerin icrasıyla suç tamamlanmakta ancak hareketlerin icrası devam ettiği müddetçe bitmemektedir.

¹⁶⁶⁷ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Hafizoğulları/Özen, s. 113; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Üzülmez, s. 133; Özen, s. 319; Köksal, s. 232; Algan, s. 212; Polat, s. 62.

¹⁶⁶⁸ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Karakaya, s. 355.

¹⁶⁶⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Özen, s. 319; Karakaya, s. 355; Bu suçun zarar suçu olduğu yönündeki görüş için bkz. Kasapoğlu Halıcı, s. 89.

¹⁶⁷⁰ Özen, s. 319.

¹⁶⁷¹ Öğretide Hafizoğulları/Özen ile Köksal, bu suçun tüm seçimlik hareketler yönünden ani suç olduğu görüşündedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 232; Karakaya ve Özen ise, saklama fiili niteliği gereği icrası bir süre devam etmesi gereken bir fiil olduğundan bu fiilin kesintisiz bir fiil olduğu görüşündedir. Bkz. Özen, s. 315; Karakaya, s. 370.

Kanunkoyucu, suçun kanuni tarifi olan TCK m. 91/5'te hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesini ve aşılmasını yasakladığından, başka bir deyişle yasaklayıcı bir norm öngördüğünden, bu suç icrai bir suçtur¹⁶⁷². Bu nedenle de suçun aktif bir davranışla işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu suçun ihmali bir hareketle işlenip işlenemeyeceği meselesine gelince, daha önce de açıkladığımız üzere icrai bir suçun ihmali bir hareketle işlenebilmesi için gerekli şartlardan olan ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayıldığına dair suçun kanuni tanımında bir hüküm bulunmadığından, bu suçun ihmali bir hareketle işlenemeyeceği *kanaatindeyiz*¹⁶⁷³.

Suç tipinde seçimlik hareketler olarak gösterilen “saklamak”, “nakletmek” ve “aşılacak” fiillerinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenebilmesi için bu fiilleri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

Saklamak

Saklamak, sözlükte “*elinde bulundurmak, tutmak, kaybolmaması, görünmemesi için gizli bir yere koymak, görünmesine engel olmak, ortalıkta bulundurmamak, bozulmadan doğal durumları ile durmasını sağlamak, korumak, muhafaza etmek, gizli tutmak, duyurmamak, birine vermek için ayırmak, esirgemek*” şeklinde tarif edilmiştir¹⁶⁷⁴. Bu bağlamda öğretide farklı tanımlar¹⁶⁷⁵ yer alsa da TCK m. 91/5'te tanımlanan suç tipi bakımından “saklamak” fiilinin, organ veya dokunun bozulmasını önlemek için muhafaza edilerek kullanıma hazır bulundurulmasını ifade ettiği kabul edilmelidir¹⁶⁷⁶. Söz gelimi, bir sağlık görevlisinin yaşayan bir kimseden rızası hilafına alındığını bildiği böbreği, çalıştığı hastanenin teknik ekipman ve teçhizatının bulunduğu ünitesinde herhangi bir kayıt işlemi yapmaksızın uygun koşullarda ve gizlice muhafaza etmesi halinde, saklama fiili nedeniyle TCK m. 91/5'ten sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷² **Algan**, s. 211; **Karakaya**, s. 348; **Ekiz**, s. 259.

¹⁶⁷³ Aynı yönde bkz. **Algan**, s. 211; **Karakaya**, s. 349; **Ekiz**, s. 259; Aksi görüşte olan *Kasapoğlu Halıcı*, bir hastanede görevli hekimin hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun hastanede saklandığını bilmesine rağmen buna göz yummasını örnek vererek bu suçun ihmali hareketle işlenebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Kasapoğlu Halıcı**, s. 88.

¹⁶⁷⁴ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, “*Saklamak*”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 26.03.2022).

¹⁶⁷⁵ Saklama, organ veya dokunun canlı muhafaza edilmesidir. Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 113; **Köksal**, s. 232; **Polat**, s. 62; Saklama, organ veya dokunun her an kullanıma hazır bulundurulmasıdır. Bkz. **Bayraktar** (2010), s. 1315; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3134; **Mermut**, s. 1479; **Gözübüyük**, s. 128; Saklama, canlı ya da ölmüş bir kimseden hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun kullanılmak üzere elde tutulmasıdır. Bkz. **Kasapoğlu Halıcı**, s. 88.

¹⁶⁷⁶ Aynı yönde bkz. **Algan**, s. 212; **Ekiz**, s. 259.

¹⁶⁷⁷ Benzer yönde bkz. **Karakaya**, s. 350; **Aydın** (2008a), s. 134.

İfade edelim ki, suçun oluşması açısından saklamanın kısa ya da uzun süreli olmasının bir önemi yoktur¹⁶⁷⁸.

Nakletmek

Nakletmek, sözlükte “*nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek*” şeklinde açıklanmıştır¹⁶⁷⁹. TCK m. 91/5’te düzenlenen suç tipinde yer alan nakletme, sözlük anlamına uygun şekilde organ veya dokunun bir yerden başka bir yere götürülmesi olarak tarif edilebileceği gibi ODNK ve ONHY hükümleri nazara alınarak organ veya dokunun bir hastanın vücuduna aktarılması şeklinde de tanımlanabilir. Dolayısıyla birden fazla anlamı bulunan nakletmenin, TCK m. 91/5 hükmünde hangi anlamıyla kullanıldığı belli olmadığından, bu durum belirlilik ve kanunilik ilkesine aykırı bulunarak haklı olarak eleştirilmektedir¹⁶⁸⁰. Öğretide de TCK m. 91/5’te yer alan suç tipi bakımından nakletmenin neyi ifade ettiği konusunda görüş birliği mevcut değildir. *Bir görüşe göre*, TCK m. 91/5 bakımından nakletmek, organ veya dokunun bir yerden başka bir yere götürülmesi yani transfer edilmesi anlamında kullanılmıştır¹⁶⁸¹. Bu görüşü benimseyen müellifler, suç tipinin TCK m. 91/5’te yer alan diğer seçimlik hareketi olan aşlamak fiilinin, organ ya da dokunun bir kimsenin bedenine aktarılmasını ifade ettiğini, dolayısıyla nakletmenin aşlamadan farklı bir anlam taşıdığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira kanunkoyucunun aynı anlama gelen iki fiile aynı suç tipinde yer vererek abesle iştigal etmeyeceği kabul edilmelidir. *Diğer görüşe göre ise*, nakletmeden anlaşılması gereken; organ veya dokunun cerrahi yöntemle alıcıya aktarılmasıdır¹⁶⁸². Bu görüşü benimseyen müellifler, aşlamak fiilinin dokunun bir kimsenin vücuduna aktarılmasını ifade ettiğini, nakletme fiilinin ise aşlamadan daha geniş bir anlama sahip olup, organ aktarımının yanı sıra doku aktarımını da kapsadığını savunmaktadır. Belirtelim ki bazı müellifler, aşlama fiilinin, bir kimsenin bedenine doku aktarılmasını ifade ettiğini kabul etmekle birlikte, nakletme fiilinin doku aktarımını kapsamayıp, yalnızca organın cerrahi yöntemle bir kimsenin vücuduna aktarılmasını kapsadığını savunmaktadır¹⁶⁸³.

¹⁶⁷⁸ Meran, s. 227; Köksal, s. 232; Karakaya, s. 351.

¹⁶⁷⁹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Nakletmek”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 26.03.2022).

¹⁶⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 113, dn. 96.

¹⁶⁸¹ Hafizoğulları/Özen, s. 113; Polat, s. 62; Algan, s. 213; Ekiz, s. 260.

¹⁶⁸² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3135; Şen, s. 325; Gözübüyük, s. 128; Mermut, s. 1479; Kasapoğlu Halıcı da nakletme fiilini, organ veya dokunun bir kimsenin bedenine takılması şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Kasapoğlu Halıcı, s. 88.

¹⁶⁸³ Bayraktar (2010), s. 1315; Köksal, s. 232; Karakaya, s. 353.

Kanaatimizce TCK m. 91/5’te düzenlenen suç tipinde yer alan nakletmek fiilinin hangi anlamda kullanıldığının tespiti ve anlamını belirlemek için yorum faaliyetine başvurulması gerekmektedir. ODNK’da aşılama ve nakil terimlerine yer verilmekle birlikte, bu terimlerin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Ancak ODNK’nın muhtelif maddelerinde (ODNK m. 1, m. 2/2, m. 9, m. 10, m. 12, m. 15) aşılama ve nakil terimlerinin hem organ hem de dokuyu kapsayacak şekilde kullanıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ODNK hükümleri nazara alındığında, aşılama fiilinin doku aktarımını, nakletme fiilinin ise organ aktarımını ifade ettiğine ilişkin yorumun kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. ONHY m. 4/1-u hükmünde organ nakli; “fonksiyonunu mevcut hiçbir tedavi seçeneği ile yerine getiremeyen organın yerine, ölü veya canlı vericiden alınan organın tedavi amacıyla alıcıya nakledilmesi işlemi” şeklinde tanımlanmıştır. Zikredilen Yönetmeliğin hükümleri incelendiğinde doku ve aşılama terimlerine yer verilmediği, nakletme teriminin ise organın alıcının vücuduna aktarılması anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. TCK hükümleri incelendiğinde ise aşılama fiiline incelediğimiz suç tipi dışında yer verilmemekle birlikte nakletme fiiline birçok suç tipinde yer verildiği görülmektedir. Örneğin TCK m. 188’de düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunda yer verilen nakletme fiili, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden diğer yere taşınmasını ifade etmektedir¹⁶⁸⁴. Keza TCK m. 117’de düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda yer verilen nakletme fiili de belirli bir noktadan başka bir noktaya taşımayı ifade etmektedir¹⁶⁸⁵. Nakletme fiiline yer verilen para sahtecilik (m. 197), ve tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (m. 174) gibi TCK’da düzenlenen diğer suç tiplerinde de nakletme fiilinin benzer anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu bilgiler ışığında her ne kadar ONHY’de nakletme fiilinin, organın alıcının vücuduna aktarılması anlamında kullanıldığı anlaşılmakta ise de bir kanun hükmü olan TCK m. 91/5’te yer alan nakletme fiilinin anlamı, normlar hiyerarşisinde alt sırada bulunan yönetmelik hükümleri dikkate alınarak belirlenemez. Sistemik yorum yöntemi dikkate alındığında, nakletme fiiline TCK’da yer verilen suçlarda bu fiilin, “bir yerden bir yere taşıma” anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. O halde TCK m. 91/5 hükmünde yer alan nakletme fiilinin de organ veya dokunun bir yerden başka bir yere transferini ifade ettiği kabul edilmelidir. Örneğin, yaşayan bir kimseden rızası hilafına alınan böbreğin, bir hastanede yatmakta olan böbrek hastasının vücuduna aktarılması için taşınması durumunda nakletme fiilinden söz edilecektir.

¹⁶⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önök, s. 894; Ayrıca bkz. Yarg. CGK, E: 2021/10-145, K: 2022/761, T: 11.10.2022 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁶⁸⁵ Tezcan/Erdem/Önök, s. 579.

Dolayısıyla biz suç tipinde yer alan diğer seçimlik hareket olan “aşılacak” fiilinin, bir organ veya dokunun bir kimsenin vücuduna cerrahi yöntemlerle aktarılmasını, nakletme fiilinin ise organ veya dokunun bir yerden başka bir yere taşınmasını ifade ettiğini kabul etmekteyiz. Nitekim bu yorum tarzı, organ ve doku ticaretinin her safhasını engelleme konusunda hassas yaklaşımı olan kanunkoyucunun, hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokunun piyasa içerisindeki dolaşımını da ceza yaptırımını tehdidiyle yasaklama amacına uygun olacaktır.

Aşılacak

Aşılacak, TDK sözlüğünde “*vücutta bağışıklık yaratmak veya yerleşmiş bir hastalığa karşı koyabilmek için hazırlanmış bir aşıyı vücuda vermek, aşı yapmak*” şeklinde tarif edilmiştir¹⁶⁸⁶. Öğretide TCK m. 91/5’te yer alan suç tipi bakımından aşılacak fiilinin çeşitli tanımları yapılmıştır. *Bir görüşe göre* aşılacak, bir dokunun cerrahi yöntemlerle alıcının vücuduna aktarılmasıdır¹⁶⁸⁷. Bu görüşe göre bir organın cerrahi yöntemlerle alıcıya aktarılması aşılacak fiiline dahil değildir. Belirtelim ki, ODNK ve ilgili diğer alt mevzuatta aşılama fiilinin yalnızca doku aktarımını kapsadığına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple aşılacak fiilinin, bir dokunun alıcının vücuduna aktarılmasını ifade ettiğine dair bu görüşe katılmamaktayız. *Buna karşılık bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre* aşılacak, organ veya dokunun cerrahi yöntemle bir başka kişinin vücuduna aktarılması veya zerk edilmesidir¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁶ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “*Aşılacak*”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 26.03.2022).

¹⁶⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3135; Bayraktar (2010), s. 1315; Mermut, s. 1479; Köksal, s. 232; Gözübüyük, s. 128; Karakaya, s. 354.

¹⁶⁸⁸ Algan, s. 214; Kasapoğlu Halıcı, s. 88; Ekiz, s. 260; Hafizoğulları/Özen, aşılacak fiilini organ veya dokunun kendini yenileyebilen parçasının başka bir organ ya da doku ile birleştirilmesi şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 113; Belirtelim ki, Hafizoğulları/Özen aşılamanın tanımını bu şekilde sınırlayıp nakletmenin anlamını da organ veya dokunun bir yerden başka bir yere götürülmesi olarak kabul ettiğinden, hukuka aykırı olarak alınmış olan bir organ veya dokunun kendini yenileyemeyen parçalarının bir başkasının vücuduna aktarılması TCK m. 91/5’te öngörülen suç oluşturmayacaktır. Ancak kanaatimizce TCK m. 91/5 hükmünün ihdas amacı, hukuka aykırı olarak alınmış olan bir organ veya dokunun kendini yenileyebilen parçalarının bir kimsenin vücuduna aktarılmasını suç saymak, kendini yenileyemeyen parçalarının bir kimsenin vücuduna aktarılmasına ise izin vermek değildir. Bu nedenle Hafizoğulları/Özen’in aşılama tanımına *katılmıyoruz*.

6.3.1.1.2. Fail

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçunun failinin belli sıfat ve niteliğe sahip olmasının gerekip gerekmediği ve dolayısıyla bu suçun özgü suç olup olmadığı hususu öğretilerde tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, suçun kanuni tanımında seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmek dışında failin belli sıfat ve niteliğe sahip olması aranmadığından, herkes bu suçun faili olabilir¹⁶⁸⁹. Dolayısıyla bu suç özgü bir suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilen genel bir suçtur. *Diğer görüşe göre*, her ne kadar TCK m. 91/5'te failin niteliğine dair bir belirleme yapılmamış ise de ODNK m. 10 hükmünde organ ve dokunun saklanması, aşılması ve naklinin Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş uzman personel tarafından yapılacağı düzenlendiğinden, bu suç özgü suçtur. Dolayısıyla bu suçun faili, yalnızca Sağlık Bakanlığınca bu konuda yetkilendirilmiş uzman personel olabilir¹⁶⁹⁰. *Konuya ilişkin başka bir görüşe göre ise*, suçun seçimlik hareketleri olan saklama ve aşılama fiillerinin gerçekleştirilmesi tıbbi bilgiyi gerektirdiğinden, bu suçun failinin her ne kadar tıp mesleği mensubu olması gerekmesi de tıbbi bilgiye sahip bir kişi olması gerekmektedir. Bu nedenle de tıbbi bilgiye sahip olması kaydıyla herkesin bu suçun faili olabileceği kabul edilmelidir. Böylece suçun faili, tıbbi bilgiye sahip olması gerekliliği nedeniyle özelleşmektedir¹⁶⁹¹.

Kanaatimizce ODNK m. 10 hükmü dikkate alındığında organ ve dokunun taşınması, saklanması, aşılması ve nakli hususunda Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumların yetkili kılındığı anlaşılmaktadır. Ancak bir işlemi yapmakla hukuken yetkili kılınmak başka, o işlemin yetkili kılınan kişi veya kurumların haricindekiler tarafından gerçekleştirilmesinin fiilen mümkün olup olmaması başka bir konudur. Gerçekten de organ nakli konusunda Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş bir organ nakli merkezinde uzman hekimlerin yanında uzun yıllar çalışması sebebiyle konuya dair pratik ve teorik bilgisi bulunan emekli bir sağlık personelinin, bir kimseye doku aşılayabilmesi ya da bir organı canlılığını yitirmeden saklayabilmesi mümkündür. Benzer şekilde bir veteriner ya da konuya ilişkin gerekli bilgi birikimine erişmiş bir tıp fakültesi öğrencisinin veya hekimlik mesleğini icraya yetkili olmayıp fiilen

¹⁶⁸⁹ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Üzülmez, s. 133; Kasapoğlu Halıcı, s. 88; Gözübüyük, s. 121; Ömeroğlu, s. 61; Özen, s. 309; Hafizoğulları/Özen de işin icabı gereği daha çok tıp mesleği mensubu kişilerce işlenmekle birlikte tıp mesleği mensubu olmayan kişilerin hatta herkesin bu suçun faili olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 112.

¹⁶⁹⁰ Köksal, s. 229; Donay, s. 151.

¹⁶⁹¹ Algan, s. 210.

tıbbi ve cerrahi bilgiye sahip olan bir kimsenin doku aşılama işlemini gerçekleştirebilmesi de ihtimal dâhilindedir. Öte yandan, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçunun kanuni tanımı olan TCK m. 91/5'te failde bulunması gereken nitelik ve vasa yönelik herhangi bir belirleme yapılmamış; “kişi” ifadesi kullanılmıştır. Suçun kanuni tanımında failde belirli bir nitelik ve sıfat aranmamasına rağmen yalnızca belirli kişilerin yani hekimlik mesleğini yürütenlerin ya da Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş uzman personelin bu suçun faili olabileceğini savunmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. TCK m. 91/5'te düzenlenen suç bakımından önemli olan, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılamaktır. Bu fiillerin niteliği gereği teknik uzmanlık bilgisi gerektirdiğinde bir kuşku bulunmasa da bahsedilen fiilleri gerçekleştiren kişinin sıfatının, hekim veya Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş uzman personel olup olmadığının ilgili suçun oluşması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Açıklanan sebeplerle hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu herkes tarafından işlenebileceğinden, bu suçun özgü suç olmadığını düşünmekteyiz.

6.3.1.1.3. Mağdur

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçunun mağdurunun kim olduğu hususunda öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır. *Bir görüşe göre*, bu suçun mağduru kamu düzeni ve disiplini bozulan devlettir¹⁶⁹². *Diğer görüşe göre*, bu suça iştirak etmemiş olması kaydıyla saklanan, nakledilen ya da aşılana organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiği kişi, bu suçun mağdurudur. Bu kapsamda organ veya doku hukuka aykırı olarak ölüden elde edilmişse, ölenin yakınları bu suçun mağduru olacaktır¹⁶⁹³. *Konuya ilişkin başka bir görüşe göre ise*, bu suçun belirli bir mağduru bulunmadığından, mağduru gayri muayyen bir suçtur. Dolayısıyla bu suçun mağdurunun toplum olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹² Kanıcı, s. 40; Bayraktar (2010), s. 1309.

¹⁶⁹³ Kasapoğlu Halıcı, s. 89; Polat, s. 63.

¹⁶⁹⁴ Gözübüyük, s. 123; Vural, s. 70; Ayrıca ifade edelim ki, bu görüşün savunucularından Hafizoğulları/Özen ve Köksal, ilave olarak mağduru gayri muayyen olan bu suçun TCK'daki düzenlenme yerini de isabetli bulmamakta ve suçun Topluma Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 112; Köksal, s. 228.

Belirtelim ki, devletin işlenen her suçta suçun genel pasif süjesi sayılması mümkünse de bu suçla korunan hukuki değerler yalnızca devlete ait menfaatlerden ibaret olmadığından, bu suçun mağdurunun devlet olduğu görüşüne katılmamaktayız. Ayrıca, bir suçun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabileceğinden, gerçek kişiler dışındaki tüzel kişiler, kurum ve organlar suçtan zarar gören olabilirse de mağdur sıfatını haiz olamazlar. Öte yandan organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiği kişilerin menfaati bu organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılmasıyla değil, kendilerinden alınmasıyla ihlal edildiğinden, bu kişiler yaşayan kişiden ve ölüden organ veya doku alma suçunun mağduru olabilirlerse de TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun mağduru olamazlar. *Kanaatimizce* bu suçla korunan değerler olan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile insanın organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına ilişkin kamusal yarar toplumu oluşturan tüm bireylere ait olduğundan, bu suçun mağdurunun da toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁹⁵. Ancak öğretide Özen'in de haklı olarak belirttiği gibi TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun aşılama fiiliyle işlenmesi halinde, kendisine aşılama yapılan kişinin bu konuda geçerli rızası yoksa, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun aşılması suçunun mağduru bu kişi olacaktır¹⁶⁹⁶. Zira suçun işlenmesiyle aşılama konusunda geçerli rızası bulunmayan kişinin irade hürriyeti ve vücut dokunulmazlığı gibi hukuki değerleri ihlal edilmektedir.

6.3.1.1.4. Maddi Konu

Bu suçun maddi konusu, saklanan ya da nakledilen yahut aşıl原因an organ veya dokudur¹⁶⁹⁷. Bu organ veya dokunun yaşayan ya da ölüden alınmış olması önem arz etmemekle¹⁶⁹⁸ birlikte bir insan vücudundan elde edilmiş olması gerekmektedir¹⁶⁹⁹. Dolayısıyla hayvandan ya da bitkiden elde edilen veya suni nitelikteki organ ve dokular bu suçun maddi konusu olamaz.

¹⁶⁹⁵ Benzer yönde bkz. **Algan**, s. 210-211; Öğretide **Karakaya**, bu suçun mağdurunun öncelikle organ ve dokunun hukuka aykırı yollarla alındığı yaşayan kimse veya ölüden alınmışsa ODNK m. 14/1'de gösterilen ölenin yakınlarının olacağını, bunun yanı sıra TCK m. 91/5'te belirtilen fiillerin suç olarak düzenlenmesi ile organ ve doku ticaretinin her yönüyle engellenmesi hedeflendiği için, toplumu oluşturan tüm bireylerin de bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. **Karakaya**, s. 346.

¹⁶⁹⁶ Bkz. **Özen**, s. 310.

¹⁶⁹⁷ **Hafızoğulları/Özen**, s. 112; **Özen**, s. 306; **Köksal**, s. 228.

¹⁶⁹⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 279; **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 323; **Algan**, s. 211.

¹⁶⁹⁹ **Kasapoğlu Halıcı**, s. 89; **Polat**, s. 63.

Belirtmek gerekir ki, saklanan, nakledilen veya aşıl原因an organ ve dokunun işlerliğini ve fonksiyonunu yitirmiş olması suçun varlığını etkilemez¹⁷⁰⁰.

Suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/5 hükmünde ODNK'ya tabi olup olmamasına göre organ veya dokular arasında bir ayırım yapılmadığından, bu suçun maddi konusunu ODNK kapsamında yer alan organ veya dokularla sınırlandırmak mümkün değildir. Bu nedenle, ODNK hükümlerine tabi olsun veya olmasın hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan ölü ya da yaşayan bir insana ait organ veya doku niteliğini haiz biyolojik maddelerin saklanması, nakledilmesi ya da aşılması halinde bu suç oluşacaktır. Bununla birlikte, ODNK kapsamı dışında bırakılan insana ait organ veya dokularla ilgili özel bir ceza normu bulunmaktaysa, ceza miktarına bakılmaksızın TCK m. 91/5 yerine bu özel ceza normu uygulanacaktır¹⁷⁰¹.

6.3.1.2. Manevi Unsur

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşıl原因amak suçunun manevi unsuru kast olup, taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir¹⁷⁰². Bu suçun oluşması bakımından failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesi gerekmemektedir¹⁷⁰³. Zira suçun kanuni tarifinde failin herhangi bir saik ya da maksatla hareket etmesi aranmamıştır.

Kastın varlığı için suçun kanuni tarifinde yer alan maddi unsurların fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Aksi halde kasttan söz edilemez. Dolayısıyla hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması suçunda kastın varlığından bahsedilebilmesi için fail, öncelikle suçun maddi konusunu yani sakladığı, naklettiğı ya da aşıl原因adığı şeyin organ veya doku olduğunu ve bu organ veya dokunun yaşayan ya da ölmüş bir insana ait olduğunu bilmelidir. Ayrıca failin organ veya

¹⁷⁰⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 233.

¹⁷⁰¹ Bkz. Köksal, s. 228; Buna karşılık Karakaya, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olsa bile ODNK m. 2 hükmü ile ODNK kapsamı dışında bırakılan insana ait organ veya dokuların TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun maddi konusunu oluşturmayacağı için, bunların saklanması, aşılması veya nakledilmesi halinde TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun oluşmayacağını savunmaktadır. Bkz. Karakaya, s. 347.

¹⁷⁰² Hafizoğulları/Özen, s. 113; Özen, s. 320; Aydın (2011), s. 148; Taneri/Kamışlı, s. 231; Gerçekler, s. 1023; Aydın (2008b), s. 376; Ömeroğlu, s. 66; Bayraktar (2010), s. 1325; Mermut, s. 1480; Kanıcı, s. 40; Kasapoğlu Halıcı, s. 90; Algan, s. 214; Vural, s. 71.

¹⁷⁰³ Köksal, s. 233; Özen, s. 320; Karakaya, 356.

dokuyu sakladığını, naklettiğini ya da aşıladığını da bilmesi gerekmektedir¹⁷⁰⁴. Bu suçun sırf hareket suçu olduğunu kabul ettiğimiz için, suçta netice bulunmadığından kast bakımından illiyet bağı ve neticenin bilinmesi meselesi gündeme gelmeyecektir.

Suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/5’te saklanan, nakledilen ya da aşılana organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması arandığından, söz konusu hukuka aykırılığın tipikliğe ait bir unsur olup olmadığı ve dolayısıyla kastın kapsamına dâhil olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Ölüden organ veya doku almak suçunda manevi unsur bahsinde ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere hukuka aykırılığa özel olarak yer verilen suç tiplerinde hukuka aykırılığın icra ettiği fonksiyona ilişkin benimsediğimiz görüş çerçevesinde bu suçun kanuni tanımında yer alan “hukuka aykırılık” ifadesinin tipikliğinin bir unsuru olduğunu ve kastın kapsamına dâhil olduğunu düşünüyoruz. Zira TCK m. 91/5 hükmünün lafzı dikkate alındığında “hukuka aykırı” şeklindeki ifadenin, fiilin tümünü genel olarak nitelemekten ziyade suçun maddi unsurlarından olan organ veya dokunun elde edilmesini nitelediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu suç bakımından kastın varlığından bahsedebilmek için failin sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilmesi gerekmektedir¹⁷⁰⁵. Aksi halde fail kasten hareket etmiş olmaz. TCK m. 91/5’te yer alan hukuka aykırılık, tipikliğinin bir unsuru olarak kastın kapsamına dâhil olduğundan, bu suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir¹⁷⁰⁶.

6.3.2. Hukuka Aykırılık

Daha önce de belirttiğimiz gibi TCK m. 91/5 hükmünün lafzı dikkate alındığında, suçun kanuni tanımında yer alan “hukuka aykırı” şeklindeki ifadenin, fiilin tümünü genel olarak nitelemekten ziyade suçun maddi unsurlarından olan organ veya dokunun elde edilmesini nitelediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla buradaki “hukuka aykırılık” ifadesi, tipikliğinin bir unsuru olup, kastın kapsamına dâhildir. Bunun sonucu olarak; aşılana, saklanan ya da nakledilen organ veya doku hukuka uygun olarak elde edilmiş ise,

¹⁷⁰⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 234.

¹⁷⁰⁵ Koca/Üzülmez (2023b), s. 323; Hafızoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 234; Kasapoğlu Halıcı, s. 90; Algan, s. 216; Polat, s. 63.

¹⁷⁰⁶ Koca/Üzülmez (2023a), s. 269; Göktürk (2016), s. 427; Karakaya, s. 357; Gözübüyük, s. 129, 133; Ekiz, s. 261; Buna karşılık aksi görüşte olan Özen, bu suçun olası kastla da işlenebileceğini savunmakta ve failin saklayacağı, nakledeceği ya da aşılayacağı organın hukuka aykırı yollarla elde edildiği konusunda şüphe halinde olmasına rağmen bunu göze alarak organı saklaması, nakletmesi veya aşılması durumunda olası kastından sorumlu olacağını kabul etmektedir. Bkz. Özen, s. 320.

gerçekleştirilen fiil tipik olmayacağından TCK m. 91/5'te düzenlenen suç oluşmayacaktır. Bu gerekçeyle TCK m. 91/5'te tanımlanan suç bakımından “hukuka aykırı” şeklindeki ifadenin, somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceği konusunda hâkime yönelik uyarı fonksiyonunu haiz olduğundan söz edilemez.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçuyla hukuka uygunluk nedenlerinin bağdaşmaması sebebiyle bu suçta uygulanamayacağını düşünmekteyiz¹⁷⁰⁷. Dolayısıyla meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun hükmü ve ilgilinin rızası bu suçta uygulanamaz.

Öğretide ilgili mevzuatta belirtilen kurallara uyularak elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması halinde failin kanunun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı ileri sürülmüştür¹⁷⁰⁸. Belirtelim ki organ veya doku ilgili mevzuatta yer alan hükümlere riayet edilerek elde edilmişse, hukuka aykırı elde edilmiş bir organ veya dokudan bahsedilemeyeceği için fiil zaten tipik olmayacaktır. Zira TCK m. 91/5'te tanımlanan suç yönünden hukuka aykırılık, tipikliğe ait bir unsurdur. Tipe uygun olmayan fiil hakkında da ayrı bir hukuka uygunluk incelemesine gerek olmayacaktır. Bu nedenle saklanan, nakledilen ya da aşılama organ veya dokunun ilgili mevzuata uygun şekilde elde edilmesi halinde, bunun kanunun hükmü şeklindeki hukuka uygunluk nedeni olarak incelenemeyeceğini savunmaktayız¹⁷⁰⁹. Benzer şekilde, saklanan, aşılama veya nakledilen organ ve doku, hukuken geçerli rıza bulunmak suretiyle alınmış ise, hukuka uygun yollarla elde edilmiş olacağından, tipik fiilden söz edilemez. Fiil tipik olmadığı için, böyle bir durumda hukuka aykırılık incelemesine gerek bulunmadığından, rıza şeklindeki hukuka uygunluk nedeni bakımından değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır.

6.4. Kusurluluk

Failin gerçekleştirdiği hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için kusurunun bulunması gerekmektedir. Failin kusuru bulunmuyorsa, işlediği fiil suç teşkil etmekle

¹⁷⁰⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 233; Ekiz, s. 262-263; Karakaya, s. 368.

¹⁷⁰⁸ Özen, s. 323.

¹⁷⁰⁹ Benzer yönde bkz. Algan, s. 217; Ekiz, s. 263.

birlikte cezalandırılması mümkün değildir. Failin kusuru tamamen ortadan kalkmamakla birlikte azaltan bir neden söz konusuysa, buna paralel olarak ceza sorumluluğu da azalacaktır.

TCK m. 24/2 hükmünde kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin ifası düzenlenmiştir. Buna göre hiyerarşik amirinin verdiği emir üzerine bu emri yerine getiren kişinin kusurunun bulunmadığının kabulü için; kendisine verilen emri şekil bakımından denetlemesi sonucu, emri verenin buna yetkili olduğunu ve kendisinin emri yerine getirmekle yükümlü olduğunu tespit etmelidir. Emri veren buna yetkili değilse veya emri alan bu emri yerine getirmek zorunda değilse, bağlayıcılıktan bahsedilemeyeceği için bu emir yerine getirilmemelidir¹⁷¹⁰. Aksi halde kişi gerçekleştirdiği fiilden sorumlu olur. Ayrıca kendisine verilen bağlayıcı emrin içeriğini denetleyen kişi, bunun hukuka aykırı olduğunu amirine bildirmelidir. Amir hukuka aykırı olan bu emrinde yazılı olarak ısrar ederse, bu emri yerine getiren kişi, AY m. 137 uyarınca sorumlu olmayacaktır. Bu halde, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri veren sorumlu olacaktır¹⁷¹¹. Emrin konusu suç teşkil ediyorsa, bu emir hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir. Aksi takdirde kişi, emri verenle birlikte sorumlu olacaktır (AY m. 137/2; TCK m. 24/3). Bu kapsamda örneğin, bir sağlık görevlisine ölüden hukuka aykırı olarak rızası hilafına alındığı bilinen böbreğin muhafaza edilerek saklanması hususunda amiri olan başhekim tarafından verilecek emrin konusu suç teşkil edecektir. Bu emrin yerine getirilmesi halinde sağlık görevlisi, başhekimle birlikte sorumlu olacaktır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşıl原因an kişi, bu fiilini karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu gerçekleştirmiş ise TCK m. 28 uyarınca kusuru tamamen ortadan kalkacağı için kendisine ceza verilmeyecektir¹⁷¹². Zira bu halde, irade yeteneği etkilenmiş olduğundan başka türlü davranma olanağından bahsedilemez. Ancak ifade edelim ki, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin başka türlü davranma imkânını bertaraf edecek derecede irade yeteneğinin etkilendiğinden söz edilebilmesi için daha önemli nitelikteki hukuki değerini korumak adına bundan daha önemsiz veya en azından eşit derecedeki hukuki değeri feda etmelidir¹⁷¹³. Örneğin, başına silah dayanarak

¹⁷¹⁰ Demirbaş, s. 306; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 570; Centel/Zafer/Çakmut, s. 296-297.

¹⁷¹¹ Koca/Üzülmez (2023a), s. 344; Öztürk/Erdem, s. 266-267.

¹⁷¹² Gözübüyük, s. 138; Algan, s. 219; Ekiz, s. 263; Karakaya, s. 368.

¹⁷¹³ Özgenç, s. 491; Demirbaş, s. 485; Koca/Üzülmez (2023a), s. 360.

söyleneni yapmaması halinde kendisinin ve çocuğunun öldürüleceği yönünde yapılan tehdit sonucu bir kimseden rızası hilafına alındığını bildiği böbreği alıcının vücuduna aşıl原因an hekimin kusurunun bulunduğundan söz edilemez. Böyle bir durumda, cebir ve şiddet ya da korkutma ve tehditle suç işleyen kişi, dolaylı fail olarak bu suçtan sorumlu olacaktır¹⁷¹⁴.

TCK m. 25/2’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi kaydıyla zorunluluk halinin bu suçta uygulanabileceğini düşünmekteyiz¹⁷¹⁵. Bir örnekle açıklamak gerekirse, hayatta kalabilmesinin tek yolu organ nakli olan ve nakil yapılmaması durumunda hayatını kaybedecek hastaya para karşılığı satın alındığını bildiği organı aşıl原因an hekim üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden yararlanacaktır¹⁷¹⁶. Zira hekim burada üçüncü kişinin yaşama hakkına yönelen ağır ve muhakkak bir tehlikeden onu korumak için hareket etmektedir. Bu sebeple de hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği organı hastaya aşıl原因an hekimin kusurunun varlığından söz edilemeyecektir. Buna karşılık, nakil operasyonu yapılmasa bile hayatını sürdürebilecek olup, nakle alternatif tedavi seçenekleri ile iyileşebilme olanağı olan bir hastaya, para karşılığı satın alındığını bildiği organı aşıl原因an hekim, TCK m. 25/2’de yer alan koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle zorunluluk halinden yararlanamayacaktır. Keza TCK m. 91/5’te düzenlenen suçun diğer seçimlik hareketi olan nakletme fiili yönünden konuyu değerlendirmek gerekirse, hayatta kalabilmesinin tek yolu böbrek nakli olan ve nakil yapılmaması durumunda hayatını kaybedecek bir hastaya aşıl原因anmak üzere ölüden rızası hilafına alındığını bildiği böbreği operasyonun gerçekleştirileceği hastaneye transfer eden kişi de üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden yararlanacaktır. Benzer şekilde hayatta kalabilmesinin tek yolu böbrek nakli olan ve nakil yapılmaması durumunda hayatını kaybedecek bir hastaya aşıl原因anmak üzere ölüden rızası hilafına alındığını bildiği böbreği hastanın ricası üzerine operasyon zamanına kadar uygun koşulda muhafaza edip saklayan hemşire de zorunluluk halinden yararlanacaktır.

Bu suç bakımından meşru savunma gündeme gelmeyeceğinden, meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılmasına ilişkin TCK m. 27/2 hükmü uygulanabilir nitelikte değildir¹⁷¹⁷. Ayrıca bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için, TCK m. 27/1’de öngörülen kusurluluğu azaltan neden olan sınırın aşılması da gündeme

¹⁷¹⁴ Özgenç, s. 489; Demirbaş, s. 484; Koca/Üzölmez (2023a), s. 357; Öztürk/Erdem, s. 323.

¹⁷¹⁵ Aynı yönde bkz. Nuhoglu, Ayşe (2008) ‘Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s. 58; Algan, s. 219; Karakaya, s. 365-366; Aksi yöndeki görüş için bkz. Özen, s. 330; Gözübüyük, s. 139.

¹⁷¹⁶ Nuhoglu, s. 59; Algan, s. 219.

¹⁷¹⁷ Gözübüyük, s. 138; Karakaya, s. 368.

gelmeyecektir¹⁷¹⁸. Keza haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenebilir nitelikte bir suç olmadığından, haksız tahrik hükümlerinin bu suçta uygulanamayacağını düşünüyoruz¹⁷¹⁹.

6.5. Hata

Suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlar üzerindeki hata, TCK m. 30/1 uyarınca failin kastını ortadan kaldırır. Bu kapsamda fail, sakladığı veya naklettiği ya da aşıladığı organ veya dokunun ölü ya da yaşayan bir insana ait olduğunu bilmiyor ve bunun bir hayvana ait olduğunu sanıyorsa, unsur yanılığı söz konusu olacak ve bu yanılığ failin kastını kaldıracaktır. Zira bu suçun maddi konusu ölü veya yaşayan bir insana ait organ veya doku olduğundan, kastın varlığı için fail tarafından bu hususun bilinmesi gerekmektedir.

Bu suç bakımından failin kastından bahsedilebilmesi için organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilmesi gerektiğini daha önce belirtmiştik. Zira bu suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık, tipikliğe ait bir unsurdur. Dolayısıyla failin, sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmemesi ya da bunun meşru yollarla elde edildiğini sanması unsur yanılığına vücut verecek ve TCK m. 30/1 uyarınca kastını kaldıracaktır¹⁷²⁰. Para karşılığı satın alınan bir dokuyu hastaya aşılayan hekimin bu dokunun satış sonucu değil, vericinin bağış esasına dayanan hukuken geçerli rızasıyla elde edildiği hususunda inandırılması buna örnek verilebilir. Failin yanılığı dikkatsizlik ve özensizliğinden kaynaklansa bile bu suçun taksirli hali öngörülmediği için, taksirli sorumluluktan da söz edilemeyecektir¹⁷²¹. Buna karşılık fail, sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilmekle birlikte, ölü bir insana ait olmasına karşın yaşayan bir kişiye ait olduğunu sanıyorsa, bu halde kastı ortadan kalkmayacaktır. Zira failin zihnindeki tasavvuru gerçekleşseydi bile fiili, TCK m. 91/5 kapsamında suç teşkil edecekti. Nitekim bu suç bakımından önemli olan, organ veya dokunun hukuka aykırı yollardan elde edildiğinin bilinmesi olup, yaşayan ya da ölü bir insana ait olmasının bir önemi yoktur.

¹⁷¹⁸ Gözübüyük, s. 140.

¹⁷¹⁹ Benzer yönde bkz. Algan, s. 218; Ekiz, s. 263.

¹⁷²⁰ Koca/Üzülmez (2023b), s. 324; Hafizoğulları/Özen, s. 113; Aydın (2011), s. 152; Aydın (2008b), s. 377; Gözübüyük, s. 134; Köksal, s. 234; Algan, s. 216.

¹⁷²¹ Köksal, s. 234; Gözübüyük, s. 134.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçu ile ilgili olarak, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kimse, TCK m. 30/3 gereğince bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, esasen yan odasında bulunan meslektaşını hedef alan “söyleneni yapmayıp satın alındığı bilinen böbreği kendisine aşılama ve herhangi birisini durumdan haberdar etmesi halinde çocuğunun öldürüleceği” şeklindeki tehdit notunu ve fişekleri kendi odasının kapısına çok yakın yerde bulması üzerine kendisine yönelik böyle bir tehdidin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşerek parayla satın alındığını bildiği böbreği alıcıya aşılama yapan hekim, kusurlu sayılamayacaktır. Benzer şekilde böbrek rahatsızlığı olan eşinin, rahatsızlığı yaşamsal tehlike arz edecek derecede olmamakla birlikte diyaliz tedavisine rağmen artan ağrı ve şiddetli sancıları sebebiyle öleceği düşüncesine kapılarak zorunluluk halinin şartlarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşmek suretiyle ölüden rızası hilafına alındığını bildiği böbreği eşine aşılama fail bakımından da TCK m. 30/3 gündeme gelecektir. Belirtelim ki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı failin kişisel özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak, failin kişisel nitelikleri gereği kendisinden beklenen özen ve dikkati göstermesi durumunda hataya düşmeyeceği yargısına varılıyorsa, hata kaçınılabilir nitelikte olduğu için TCK m. 30/3’ten yararlanamayacaktır. Bu bakımdan, en son verdiğimiz örnekte zorunluluk halinin tehlikeye ilişkin şartlarında, yani eşinin sağlık durumu hakkında hataya düşen kişi hekim ise, hatanın kaçınılmaz olduğu söylenemeyecektir.

TCK m. 30/4’te düzenlenen yasak hatasında kişinin suçun maddi unsurlarına dair bilgisi tamdır. Buna karşılık kişi, suç tipine ilişkin kastı bulunmakla birlikte işlediği fiilin hukuken yasak olmadığını sandığı için haksızlık bilincine sahip değildir¹⁷²². Bu kapsamda hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bildiği organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşılama fail, buna ilişkin yasaklayıcı normun varlığını gözden kaçırarak işlediği bu fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise, TCK m. 30/4 uyarınca kusurunun ortadan kalkması nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Bu konudaki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı failin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi ile içinde bulunduğu sosyal ve kültürel şartlara göre belirlenecektir.

¹⁷²² Koca/Üzülmez (2023a), s. 369-371; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 654-656.

6.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

6.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçu sırf hareket suçu olmakla birlikte suç tipinin kanuni tarifinde yer alan seçimlik hareketler parçalara bölünebildiğinden, teşebbüse elverişli bir suçtur¹⁷²³. Bu itibarla fail, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama fiilini icraya başlamış ve fakat elinde olmayan bir nedenle fiili tamamlayamamış ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Hekimin bir kişiden rızası hilafına alındığını bildiği bir dokuyu alıcıya aşılama için narkozla uyutup kesi işlemine başladıktan sonra kolluğun müdahalesi sonucu yakalanması buna örnek verilebilir¹⁷²⁴. Öğretide para karşılığı satın alınmış böbreği bir hastanede yatmakta olan alıcıya teslim etmek için transfere başlayan ve fakat hastaneye ulaşmadan yolda polis tarafından yakalanan failin, nakletme fiilini tamamlayamadığından teşebbüsten sorumlu olacağı savunulmuştur¹⁷²⁵. Daha önce de belirttiğimiz üzere TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun nakletme fiili ile işlenmesi halinde, kesintisiz suç söz konusu olacaktır. Kesintisiz suçlarda tipik fiilin işlenmesi ile suç tamamlanmakta ancak fail fiilin icrasına son vermediği müddetçe hukuka aykırı durum da devam ettiğinden, suç bitmemektedir. Bu suçlara teşebbüs, suçun bittiği ana değil tamamlanması anına kadar mümkündür¹⁷²⁶. Bu sebeple, *kanaatimizce* failin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği organ veya dokuyu bir yerden başka bir yere transfer etmeye başlamasıyla nakletme suçunun tamamlandığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, para karşılığı satın alınmış böbreği bir hastanede yatmakta olan alıcıya teslim etmek için transfere başlayan fakat yolda polis tarafından yakalanan fail, her ne kadar hastaneye ulaşmadan yakalanmış ise de teşebbüs aşamasında kalmış nakletme suçundan değil, tamamlanmış nakletme suçundan sorumlu olmalıdır. Zira nakletme fiilinin tamamlanması için böbreğin alıcıya teslimi gerekmemektedir. Buna karşılık, failin para karşılığı satın alındığını bildiği böbreği bir hastanede yatmakta olan alıcıya teslim etmek için yola çıkmak üzere arabasına yükledikten

¹⁷²³ Hafizoğulları/Özen, s. 113; Özen, s. 333; Ömeroğlu, s. 67; Bayraktar (2010), s. 1326; Kasapoğlu Halıcı, s. 92; Gözübüyük, s. 141; Köksal, s. 234; Algan, s. 220; Ekiz, s. 265; Bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Taneri/Kamışlı, s. 233.

¹⁷²⁴ Köksal, s. 234; Bayraktar (2010), s. 1326.

¹⁷²⁵ Algan, s. 220.

¹⁷²⁶ İlave edelim ki, kesintisiz suçlarda tipik hareketin sürdürülerek hukuka aykırı durumun devam etmesi, failin iradesi ve iktidarına bağlıdır. Koca/Üzülmez (2023a), s. 125-128; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 329-330.

sonra kontağı çalıştırmasıyla kolluk tarafından yakalanması durumunda nakletmeye teşebbüsten sorumluluğu olacaktır.

Belirtelim ki teşebbüsten söz edilebilmesi için icra hareketlerine başlanması gerekir. Diğer bir anlatımla, fail tarafından gerçekleştirilen hareket, suçun konusu ve seçimlik hareketleri ile yakın irtibat halinde olup, suçun konusunu en azından tehlikeye düşürmelidir. Failin gerçekleştirdiği davranış bu nitelikte değilse, hazırlık hareketi olarak kabul edileceğinden, teşebbüse vücut vermeyecektir. Bu çerçevede aşılama fiili bakımından alıcının narkozla uyutulması ya da vücudunda kesi oluşturulması icra hareketi olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması için gerekli olan tıbbi cihaz ve soğutucu malzemelerin alınması ise hazırlık hareketi olarak nitelendirilmelidir¹⁷²⁷.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu, organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılmasıyla tamamlanacağından¹⁷²⁸, bu aşamadan sonra teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Fail, hukuka aykırı olarak elde edildiğini bildiği organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama konusunda icra hareketlerine başlamakla birlikte kendi iradesiyle ve gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlerse TCK m. 36 uyarınca gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Dolayısıyla fail bu halde TCK m. 91/5'te tanımlanan suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak tamam olan kısım başka bir suça vücut veriyorsa bu suçtan cezalandırılır. Örneğin, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan bir böbreği rızası bulunmayan alıcıya aşılama üzere kesi oluşturduktan sonra kendi hür iradesiyle ameliyatı yarıda kesip aşılama vazgeçen hekim hakkında teşebbüs hükümleri değil, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Bu örnekte tamam olan kısım kasten yaralamaya vücut verdiği için, kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır¹⁷²⁹.

¹⁷²⁷ **Algan**, s. 220; **Ekiz**, s. 265.

¹⁷²⁸ **Hafızoğulları/Özen**, s. 113; **Özen**, s. 332.

¹⁷²⁹ **Köksal**, s. 235.

6.6.2. İştirak

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçuna iştirakin her hali mümkün olup, TCK m. 37-41 arasında yer alan iştirakin genel kuralları bu suç bakımından da geçerli olacaktır¹⁷³⁰.

Müşterek suç işleme kararı çerçevesinde birlikte hareket edip, hukuka aykırı elde edildiği bilinen organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama fiilleri üzerinde ortak hâkimiyet kuranlardan her biri TCK m. 37/1 uyarınca müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Örneğin, bir kişiden rızası hilafına alınmış böbreği birlikte suç işleme kararı doğrultusunda hastaneye taşıyan hasta bakıcı, bu böbreği uygun şartlarda saklayan hemşire ve en son aşamada da bunu hastaya aşılayan hekim TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun müşterek faili olarak kabul edilecektir¹⁷³¹. Belirtelim ki, müşterek failliğin varlığı için her bir kişinin saklama, aşılama ve nakletme fiillerini ayrı ayrı gerçekleştirmesi gerekmez. Diğer bir ifadeyle, birden fazla kişinin değişik katkılarıyla suç tipindeki seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi halinde de müşterek faillikten bahsedilebilecektir. Burada önemli olan birlikte suç işleme kararı doğrultusunda aralarındaki işbölümüne dayalı olarak gerçekleştirilen katkının, suçun başarıyla tamamlanması için zorunluluk arz etmesidir. Bu itibarla birlikte girdikleri ameliyatta hukuka aykırı elde edildiğini bildikleri dokuyu bir hastaya aşılayan iki hekim müşterek fail sayılacağı gibi, aşılama fiilini bizzat icra etmemekle birlikte kendisine doku aşılacak kişiye narkozu veren, anestezi ve reanimasyon uzmanı da müşterek fail olarak sorumlu olacaktır¹⁷³². Benzer şekilde, gerçekleştirdiği gözcülük faaliyeti, somut olayın özelliklerine göre suçun başarıyla tamamlanması bakımından zorunluluk arz eden kişi de, müşterek fail sayılacaktır. Belirtelim ki, müşterek failliğin koşullarından olan fiil üzerinde ortak hâkimiyetin varlığı için katkıların hem zaman olması ve katkıda bulunanların muhakkak suç mahallinde bulunması gerekmemektedir. Bu itibarla doku aşılama hususunda uzmanlaşmış bir hekimin sesli ve görüntülü bilişim tekniği ile uzaktan bağlantı kurarak daha önce doku aşılama operasyonu yapmamış hekime birlikte suç işleme kararı kapsamında ameliyat esnasında verdiği tıbbi ve cerrahi bilgilerle, hukuka

¹⁷³⁰ Özen, s. 334; Kasapoğlu Halıcı, s. 93; Ömeroğlu, s. 67; Bayraktar (2010) s. 1326; Mermut, s. 1486; Gözübüyük, s. 143; Karakaya, s. 371.

¹⁷³¹ Algan, s. 221; Benzer yönde Ekiz, s. 266.

¹⁷³² Köksal, s. 236; Karakaya, s. 372.

aykırı yollarla elde edildiğini bildikleri dokuyu alıcının vücuduna zerk edilmesini sağlaması halinde de müşterek faillikten sorumluluk söz konusu olacaktır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılmasında bir başkasının araç olarak kullanılması halinde TCK m. 37/2 gereğince dolaylı faillik gündeme gelecektir. Burada arka plandaki kişi, araç konumundaki kişinin hataya düşmesinden veya TCK m. 28 anlamında bir cebir veya tehditle irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından ya da kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanarak onun iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet yoluyla davranışlarını yönlendirdiği ve ona suç işlettiği için fail olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁷³³. Örneğin, söyleneni yapmaması halinde öldürüleceğini söyleyerek başına dayadığı silahla tehdit ettiği hekime, yaşayan bir kişiden rızası hilafına alındığı bilinen böbreği alıcının vücuduna aşılatan kişi, TCK m. 28 uyarınca hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organı aşılama suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan bir organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama düşüncesi olmayan bir kimseye bu yönde karar verdiren kişi, azmettiren konumunda olacaktır.

Katkı yoğunluğu azmettirme ve faillik niteliğinde olmayıp, suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran ya da güvenceye alan her türlü nedensel maddi veya manevi katkıda bulunan kimseler ise, TCK m. 39 kapsamında bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Örneğin, para karşılığı satın alınmış olan bir böbreği saklamak için saklama kaplarını getiren, aşılama için gerekli ameliyat malzemelerini temin eden veya aşılama işlemi sonrasında kaçmasına yardım edeceğini söyleyen kişi bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Önemle belirtelim ki, tek başına değerlendirildiğinde esasında yardım etme niteliğinde olan bir katkı, somut olayda suçun icrası bakımından zorunluluk arz ediyorsa, kişi yardım eden değil, müşterek fail sıfatında olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da suçun işlenişine iştirak eden her kişinin, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılmasıdır. Keza cezayı kaldıran şahsi bir sebep olan gönüllü vazgeçme halinde de TCK m. 41/1 uyarınca sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ayrıca gönüllü vazgeçmenin varlığı

¹⁷³³ Koca/Üzülmez (2023a), s. 464; Özgenç, s. 626-627.

için suçun işlenişine dair katkının hür iradeyle geri çekilmesi tek başına yeterli olmamakta, bunun yanı sıra diğer suç ortaklarının suçu işlemesi de engellenmelidir. Bununla birlikte gönüllü vazgeçenin gösterdiği bütün gayrete rağmen suçun işlenmiş olması veya başka bir nedene dayalı olarak suçun işlenmemiş olması halinde, TCK m. 41/2 uyarınca yine gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

6.6.3. İctima

Failin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bildiği bir organ veya dokuyu hem saklaması hem nakletmesi hem de bir alıcıya aşılması durumunda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği öğretide tartışılmıştır. *Nakletme, aşılama ve saklama fiillerinin TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun seçimlik hareketleri olmadığını savunan görüşe göre*, aynı fail tarafından saklama, nakletme ve aşılama fiillerinden birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde, fiil sayısı kadar suç oluşacaktır. Diğer bir deyişle, saklama, nakletme veya aşılama suçuna vücut veren hareketler birbirinden bağımsız olduğundan her bir fiil ayrı suça vücut verecektir¹⁷³⁴. *Nakletme, aşılama ve saklama fiillerinin TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun seçimlik hareketleri olduğunu kabul eden görüşe göre ise*, failin bu seçimlik hareketlerden birden fazlasını gerçekleştirmesi halinde tek bir suç oluşacak ve fail hakkında tek bir cezaya hükmolunacaktır¹⁷³⁵.

Kanaatimizce TCK m. 91/5'te belirtilen seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleşmesi, örneğin hekim olan failin ölüden rızası hilafına elde edildiğini bildiği böbreği saklaması, ertesi gün ameliyatın yapılacağı hastaneye transfer ederek alıcıya aşılması durumunda, ortada tek fiil ve tek suçun olduğu kabul edilmelidir. Zira seçimlik hareketli suçlar, doğal anlamda birden fazla hareketin bazı hukuki sebeplerden dolayı tek fiil olarak değerlendirilmesini sonuçlayan hukuki anlamda tek fiilin görünüm şekillerinden olan tipik hareket tekliğinin kabul edildiği hallerden biridir¹⁷³⁶. Seçimlik hareketli suçlarda her ne kadar suçun oluşması için seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi kâfi olsa da seçimlik hareketlerin tamamının icra edilmiş olduğu hallerde de ortada tek suç

¹⁷³⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 113; Köksal, s. 236.

¹⁷³⁵ Algan, s. 222; Kasapoğlu Halıcı, s. 93; Gözübüyük, 146; Karakaya, s. 372.

¹⁷³⁶ Koca/Üzülmez (2023a), s. 525; Artuk/Gökçen/Alşahin/ve diğerleri, s. 809.

bulunmaktadır¹⁷³⁷. Dolayısıyla failin, TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun seçimlik hareketlerinin birden fazlasını gerçekleştirmesi halinde tek suç bulunmaktadır. Her ne kadar birden fazla seçimlik hareketi gerçekleştirmek suçun tekliğini değiştirmese de bu durum temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacaktır.

Failin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği birden fazla organı saklaması ya da nakletmesi halinde, hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilen bir fiille tek suç işlemiş olacaktır. TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun işlenmesi için bir kimseye hukuka aykırı yollardan elde edilen bir organ veya dokunun aşılması yeterlidir. Bununla birlikte fail, bir kişiye aynı zamanda birden fazla doku aşlamış ise, hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilen bir fiille tek suç işlediği kabul edilmelidir¹⁷³⁸. Failin bir kişiye aynı zamanda hem organ hem de dokuyu birlikte aşılması durumunda da sonuç değişmeyecektir. Zira burada her ne kadar doğal anlamda birden fazla fiil olsa da aynı türden davranış şekli olduğunda bir tereddüt bulunmayan ve birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat bulunması nedeniyle hukuki anlamda tek fiilin varlığı söz konusu olacaktır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşmak suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür¹⁷³⁹. Örneğin, iki gözü de görmeyen kardeşinin görebilmesini sağlamak için hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bildiği bir korneayı kardeşinin bir gözüne aşılayan ve aradan bir ay geçtikten sonra temin ettiği başka bir korneayı da diğer gözüne aşılayan hekim, bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiğinden tek cezaya hükmedilmekle birlikte TCK m. 43/1 gereğince cezasında artırım yapılacaktır. Bahse konu örnekte failin ikinci işlediği fiil, yapılan kolluk baskını nedeniyle teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Zira zincirin halkalarını oluşturan suçlardan bazılarının teşebbüs aşamasında kalmış olması, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp, bu halde tamamlanmış suçtan yapılacak cezalandırmada TCK m. 43/1 uyarınca artırım

¹⁷³⁷ **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 124; **Artuk/Gökçen/Alşahin/ve diğerleri**, s. 319; “...seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, suçun konusunun ihale olması nedeniyle seçimlik hareketlerin birden fazla olması halinde de tek suçun oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu cihetle seçimlik hareketler bölünerek bu hareketlere ilişkin ayrı ayrı hükümler kurulamayacağı, tek ihaleye ilişkin birden fazla hareketin hukuksal anlamda tek fiil olduğu gözetilmeden...” Yarg. 5. CD, E: 2016/2972, K: 2016/4537, T: 03.05.2016 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁷³⁸ **Algan**, s. 223; **Karakaya**, s. 373.

¹⁷³⁹ **Hafizoğulları/Özen**, s. 113; **Özen**, s. 336; **Algan**, s. 223; **Köksal**, s. 236; **Karakaya**, s. 373.

yapılacaktır¹⁷⁴⁰. TCK m. 91/5'te tanımlanan suçun saklamak veya nakletmek seçimlik fiilleriyle işlenmesi durumunda, kesintisiz suçun söz konusu olacağını daha önce ifade etmiştik. Kesintisiz suçlarda iradi ya da gayri iradi olarak hukuka aykırı durumun sona erdiği, yani kesintinin gerçekleştiği ana kadar gerçekleştirilen hareketler, hukuki anlamda fiil tekliğinin görünüm şekillerinden olan tipik hareket tekliği kapsamında tek fiil olarak kabul edilir¹⁷⁴¹. Dolayısıyla hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organı saklamak ya da nakletmek suçunda kesinti gerçekleşip hukuka aykırı durum nihayete erene kadar tek fiil söz konusu olacağı için zincirleme suçtan bahsedilemeyecektir. Buna karşılık, söz gelimi failin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği organ veya dokuyu saklamak fiiline kendi iktidarı ile son verdikten sonra aynı suç işleme kararı ile değişik zamanda tekrar organ veya dokuyu saklamak suçunu işlerse zincirleme suç söz konusu olacaktır¹⁷⁴².

TCK m. 91/5'te tanımlanan suç bakımından hukuka aykırı yollarla elde edilen organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşıl原因an kişinin, bu organ veya dokuyu hukuka aykırı yollarla kendisinin elde etmiş olup olmadığının önemi bulunmamaktadır. Önemli olan; saklanan, nakledilen ya da aşıl原因an organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olmasıdır. Ancak hukuka aykırı yollarla elde edilen organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşıl原因an kişinin, bu organ veya dokuyu hukuka aykırı yollarla bizzat elde ettiği durumlarda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

¹⁷⁴⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 494; Koca/Üzülmmez (2023a), s. 542.

¹⁷⁴¹ Koca/Üzülmmez (2023a), s. 523-524; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 809; “...Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temadi eden suçlardan olup mağdureye yönelik alıkoyma eyleminde fiili veya hukuki kesintinin gerçekleşmemesi karşısında suçun zincirleme şekilde işlenmediği gözetilmeden, sanık hakkında müsnet suçtan kurulan hükümde 5237 sayılı TCK’nın 43/1. maddesinin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini...” Yarg. 14. CD, E: 2018/682, K: 2018/1762, T: 12.03.2018; “...Suça sürüklenen çocuk Murat T....’un TCK’nın 315. maddesinde tanımlanan silahlı terör örgütüne vermek üzere el yapımı bombaları depolamak suretiyle bulundurmak şeklindeki eyleminin temadi eden suçlardan olduğu, üç farklı zamanda üretildiği tespit edilemeyen el yapımı patlayıcıların bulundurulması hukuki ve fiili kesinti gerçekleşinceye kadar eylemlerin tek suç oluşturacağı, patlayıcı maddelerin miktarının fazlalığı veya birden fazla nakledilmesi halinde bu durumun TCK’nın 61. maddesi uyarınca cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği gözetilmeden, suça sürüklenen çocuğun temadi eden ve tek suç oluşturan eylemleri nedeniyle birden çok suçun gerçekleştiği kabul edilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanması...” Yarg. 16. CD, E: 2017/1518, K: 2017/4832, T: 11.07.2017; “...Dosya içeriğine göre yapılan değerlendirmede sanık O.....’ın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu, tek bir fiille mağdurlar Z....., M.... Z....., F..... ve G....’ye karşı işlemeye başladıktan sonra, kesintisiz suç niteliğinde olan bu suçun icrasının devamı sırasında önce mağdurlardan ikisini, daha sonra birini bıraktığı, son olarak da mağdure G....’yi yanında tutarak ormanlık alana götürdüğü, mevcut haliyle sanığın aynı nev’iden fikri içtima niteliğindeki suçu işlemeye başladıktan sonra icranın devamı sırasında mağdurlardan bazılarını serbest bırakmasının, anılan suçun niteliğini değiştirerek bu suçla ilgili gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasına yol açmayacağı gözetilmeden...” Yarg. 14. CD, E: 2013/4180, K: 2014/14098, T: 10.12.2014 (UYAP Veri Tabanı).

¹⁷⁴² Belirtelim ki Yargıtay, iddianame düzenlenmesi veya fail hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi gibi nedenlerle hukuki kesintinin söz konusu olması halinde, bu hukuki kesintiden sonra işlenen suçun aynı değil farklı ve yeni bir kararla işlendiğini kabul etmekte ve bu suçları zincirleme suçta dahil etmemektedir. Bkz. Yarg. CGK, E: 2014/465, K: 2014/276, T: 20.05.2014 (UYAP Veri Tabanı).

Öğretide hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden ya da hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kişinin bu organ veya dokuyu saklaması, nakletmesi ya da aşılması durumunda gerçek içtima gereğince her iki suçtan da cezalandırılması gerektiği savunulmuştur¹⁷⁴³. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bu görüşün kabulü halinde ölenin hayattayken aksi yöndeki vasiyetine rağmen rızası hilafına böbreğini alan hekim, bu böbreği aldıktan sonra saklamış ya da başka bir hastaneye götürmüş (nakletmiş) ise hem TCK m. 91/2’de hem de TCK m. 91/5’te tanımlanan suçtan cezalandırılacaktır. Belirtelim ki bu görüşe *katılmıyoruz*. Bizce kanunkoyucunun TCK m. 91/5’te tanımlanan suçu ihdas amacı, hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokunun piyasa içerisindeki dolaşımını engellemek için bunları saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişileri cezasız bırakmamaktır. Böylece organ ve doku ticaretinin her bir aşamasını ceza tehdidiyle yasaklamak suretiyle organ ticaretiyle etkin mücadele etme kararlılığını ortaya koymaktır. *Kanaatimizce* bir kimsenin hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden ya da hukuka aykırı olarak ölüden aldığı organ veya dokuyu saklaması ya da nakletmesi durumunda tüketen-tüketilen norm ilişkisinin görünüm şekillerinden olan “cezalandırılmayan sonraki fiil” prensibinden hareket edilmelidir. Zira burada, önceki fiil olan “organ veya doku alma” fiilinin haksızlık muhtevası, sonraki fiil olan “organ veya dokuyu saklama ya da nakletme” fiilinin ayrıca cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına almaktadır. Dolayısıyla hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden veya hukuka aykırı olarak ölüden aldığı organ ve dokuyu saklayan ya da nakleden failin yalnızca yaşayan kişiden ya da ölüden organ ve doku alınması suçundan sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Hukuka aykırı yollarla elde edilen organ ve dokuyu aşıl原因mak fiili yönünden ise durum ayrıca ele alınmalıdır. Zira diğer seçimlik hareketler olan saklamak ve nakletmek fiillerinden farklı olarak aşıl原因mak fiili ile vücut bütünlüğü gibi önemli hukuki değerler ihlal edilmektedir. Bu bağlamda organ ve doku almak suçu ile organ ve dokuyu aşıl原因mak suçunun koruduğu hukuki değerler gözetildiğinde bir normun, diğerinin haksızlık muhtevasını içine alarak tükettiği kabul edilemez. Bize göre TCK m. 91/1-2’de düzenlenen “almak” ile TCK m. 91/5’te düzenlenen “aşıl原因mak” fiilinin icra hareketleri arasında kısmi ayniyet bulunmaktadır. Failin, hukuken geçerli rızası bulunmaksızın yaşayan bir kişiden veya hukuka aykırı olarak ölüden aldığı organ ve dokuyu bir kimseye aşıl原因ması durumunda, “almak” ve “aşıl原因mak” hareketleri arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat varsa, birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler harici gözlemci tarafından objektif olarak tek hareket

¹⁷⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Özen, s. 315; Köksal, s. 230, 237; Algan, s. 223.

şeklinde görülüyorsa, doğal hareket tekliği kriterine göre bu fiiller hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda fail, hukuki anlamda tek fiille birden fazla ve farklı suç işlediğinden farklı neviden fikri içtima kapsamında TCK m. 44 uyarınca yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmalıdır. Buna karşılık, failin gerçekleştirdiği “almak” ve “aşlamak” hareketleri arasında doğal hareket tekliğinin kriterleri bulunmuyor, örneğin zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat yoksa, hukuki anlamda tek fiilden bahsedilemeyeceği için hem TCK m. 91/1 veya m. 91/2 hem de TCK m. 91/5’ten sorumluluğu söz konusu olacaktır.

TCK m. 91/3’te tanımlanan organ ve doku satmak veya satın almak suçunun tamamlanması bakımından organ ve dokunun tesliminin gerekmeyp, tarafların maddi menfaat temini konusunda sözlü anlaşmaya varmasının yeterli olduğunu belirtmiştik. Her ne kadar anılan suçun tamamlanması bakımından teslimi gerekme de satışa konu organ veya dokunun teslimi üzerine satın alan tarafından ve tesliminden önce de satan tarafından saklanması veya nakledilmesi halinde, tüketen-tüketilen norm ilişkisi gereğince yalnızca organ veya doku satmak ve satın almak suçundan sorumluluğun bulunacağını düşünmekteyiz. Failin, sattığı ya da satın aldığı organ veya dokuyu bir kimseye aşılması halinde ise, “organ veya doku satmak ya da satın almak” ile “organ veya doku aşlamak” suçlarının icra hareketlerinde kısmi de olsa ayniyet bulunmadığından iki ayrı fiilin varlığı kabul edilmelidir. Burada tek fiilden bahsedilemeyeceği için fikri içtima bakımından bir değerlendirme yapılamaz. Ayrıca satmak veya satın almak fiilinin, insanın onuru ile organ ve dokularının ticarete konu yapılmamasına dair toplumsal yarar; organ veya doku aşlamak fiilinin de sağlığa dair toplumsal yarar ve vücut bütünlüğü gibi önemli hukuksal değerleri koruduğu nazara alındığında bir fiilin haksızlık muhtevasının, diğerinin cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamına aldığından söz edilemez. Bu nedenle burada tüketen-tüketilen norm ilişkisi bakımından da bir değerlendirme yapılamaz. Dolayısıyla, failin, sattığı ya da satın aldığı organ veya dokuyu bir kimseye aşılması halinde, gerçek içtima gereğince hem TCK m. 91/3 hem de TCK m. 91/5’ten cezalandırılması gerekmektedir.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşlamak suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu suçun TCK m. 220 kapsamında suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda TCK m. 220/4’te yer alan gerçek içtima hükümleri gereğince fail, hem hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ

veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçundan hem de suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Örgüt kurucusu ve üyesinden farklı olarak örgüt yöneticisi, TCK m. 220/5 uyarınca yalnızca kendi işlediği veya iştirak ettiği değil, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan ayrıca fail olarak cezalandırılacaktır. Bu sebeple örgüt yöneticisi, işlenen suçlara katılmasa bile yöneticiliğini yaptığı örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçundan da ayrıca fail olarak sorumlu olacaktır.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçunu işleyen failin, adına suç işlediği örgüt silahlı örgüt ise TCK m. 220/4 uyarınca hem TCK m. 91/5 hem de TCK m. 220/6'dan sorumluluğu olacaktır. Buna karşılık örgüte üye olmamakla birlikte hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılama suçunu silahsız bir örgüt adına işleyen fail, yalnızca TCK m. 91/5'ten cezalandırılacaktır. Zira örgüte üye olmayıp örgüt adına suç işlemenin düzenlendiği TCK m. 220/6 hükmü, yalnızca silahlı örgütler hakkında uygulanmaktadır.

6.7. Yaptırım

TCK m. 91/5'te hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşılaman kimse için iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu suçta maddi konunun organ veya doku olmasına göre ceza miktarı yönünden bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla organın saklanması, nakledilmesi ya da aşılması ile dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması aynı yaptırıma bağlanmıştır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu bakımından koşullarının varlığı halinde gerek eşya gerekse kazanç müsadereesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Bu kapsamda organ ve dokuyu muhafaza edip saklamak için kullanılan eşya, suçun işlenmesinde kullanıldığı için müsadere edilecektir. Fiilin suç teşkil etmesi kaydıyla çeşitli sebeplerle failin cezalandırılmadığı hallerde dahi müsadereye hükmedilebilecektir.

Bu suçun bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK m. 91/7 gereğince tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

6.8. Muhakeme

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu, soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye bağlı olmayan, re'sen takibi gereken suçlardandır¹⁷⁴⁴.

Bu suçta dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Uzatılmış yani olağanüstü dava zamanaşımı süresi ise, TCK m. 67/4 gereğince olağan zamanaşımı süresinin en fazla yarısına kadar uzayacağı için on iki yıldır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemesidir.

Bu suçta davaya bakmak yetkisi ise, CMK m. 12 uyarınca suçun işlendiği, yani organ veya dokunun saklandığı, nakledildiği ya da aşılandığı yer mahkemesine aittir. Suç teşebbüs aşamasında kalmışsa son icra hareketinin yapıldığı, nakletme ve saklama fiilleri yönünden kesintinin gerçekleştiği, zincirleme şekilde işlenmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Organ veya dokunun saklandığı, nakledildiği ya da aşılandığı yerin belli olmaması halinde ise yetkili mahkeme CMK m. 13'e göre belirlenecektir.

¹⁷⁴⁴ Köksal, s. 238; Gözübüyük, s. 153; Algan, s. 224; Kasapoğlu Halıcı, s. 94.

7. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK İLAN VEYA REKLAM VERME YA DA YAYINLAMA SUÇU (TCK m. 91/6)

7.1. Genel Açıklamalar

TCK m. 91/6 hükmünde belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suç olarak düzenlenmiştir¹⁷⁴⁵. Kanunkoyucu, bu hükümle organ ve doku nakli konusunda yaşanabilecek suistimallerle etkin bir şekilde mücadele edebilmek için çıkar karşılığında organ veya doku teminini daha ilan ve reklam aşamasında önlemeyi amaçlamıştır¹⁷⁴⁶. Kanunkoyucunun suç olarak düzenlediği belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak fiili, ODNK m. 3'te yasaklanan bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasının öngelen fiilini oluşturmaktadır. Bu sebeple *kanaatimizce* para veya sair maddi çıkarlar yönünden bu suçla, organ veya dokuyu satma, satın alma ya da satılmasına aracılık etme suçunun hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır.

Belirtelim ki, bu suç bakımından bir çıkar karşılığında teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilen ya da yayınlanan organ veya dokunun hukuka uygun ya da aykırı şekilde elde edilip edilmediğinin bir önemi olmadığı¹⁷⁴⁷ gibi ölü ya da yaşayan bir kişiden elde edilip edilmediğinin de bir önemi yoktur¹⁷⁴⁸. Önemli olan organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanmasıdır.

Esasında bu suç, ODNK m. 4'te yer alan organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yasağının yaptırımı niteliğinde olmakla birlikte aralarında bulunan farklılıklar nedeniyle birbirlerini tam olarak karşıladıkları da söylenemez. Zira ODNK m. 4'te, çıkar karşılığı olmasa bile bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri hariç olmak üzere organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır. TCK m. 91/6'da ise yalnızca çıkar amaçlı ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması suç olarak kabul edilmiştir¹⁷⁴⁹. Dolayısıyla çıkar karşılığı olmaksızın organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suç oluşturmamaktadır. Böylece organ

¹⁷⁴⁵ Benzer bir suç düzenlemesine İngiltere İnsan Doku Kanunu m. 32/5'te yer verilmiştir. Anılan hükme göre, menfaat karşılığında materyal temini için menfaat sağlama girişiminde ya da pazarlığında bulunmak maksadıyla bir ilanın yayınlanmasını veya dağıtılmasını sağlayan, kasten yayınlayan ya da dağıtan kişiye 51 haftaya kadar hapis ve/veya para cezası verilir. Bkz. **Zengin**, s. 184, dn. 116.

¹⁷⁴⁶ **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 324; **Şen**, s. 326.

¹⁷⁴⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 280; **Algan**, s. 225.

¹⁷⁴⁸ **Kasapoğlu Halıcı**, s. 98; **Algan**, s. 225.

¹⁷⁴⁹ **Yücel**, s. 694.

veya doku ihtiyacı olan kimselerin bir çıkar sağlanmaksızın kamuoyuna müracaatı engellenmemiştir¹⁷⁵⁰. Diğer yandan ODNK m. 4'te yalnızca reklam fiili yasaklanmışken, TCK m. 91/6'da reklamın yanı sıra ilan verilmesi veya yayınlanması da suç olarak düzenlenmiştir.

7.2. Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer, insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda organ ve dokularının belli bir çıkar karşılığında teminini özendiren davranışların önlenmesine ilişkin kamusal yarardır¹⁷⁵¹. Buna ilave olarak, çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklam vermek ve yayınlamak fiili, insan onurunu zedelediğinden, bu suçla insan onurunun da korunduğu belirtilmelidir¹⁷⁵². Ayrıca bu suçla bahsedilen kamusal yararın yanı sıra kişilerin sağlıklı bir çevrede ve toplumda yaşama haklarının da korunduğunu söyleyebiliriz¹⁷⁵³.

7.3. Suçun Unsurları

7.3.1. Tipiklik

7.3.1.1. Maddi Unsur

7.3.1.1.1. Fiil

Bu suçun fiil unsuru TCK m. 91/6'da “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek ya da bu nitelikteki ilan veya reklamı yayınlamak” şeklinde belirtilmiştir. Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine

¹⁷⁵⁰ Köksal, s. 239; Öztezel, 228.

¹⁷⁵¹ Bu suçla korunan hukuki değer, insanın organ veya dokularının ticaretinin yapılmasını özendiren davranışların önlenmesine ilişkin kamu yararı olduğu yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 114; Özen, s. 305; Köksal, s. 239; Kanaatimizce suç tipinde yasaklanan belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması fiili yalnızca parasal veya sair maddi çıkarlarla sınırlı olmayıp, manevi çıkarları da kapsadığından, bu suçla korunan hukuki değeri organ veya doku ticaretini özendiren davranışların önlenmesine ilişkin kamu yararıyla sınırlandırmak doğru değildir.

¹⁷⁵² Karakaya, s. 337-378; Aydın (2008a), s. 378.

¹⁷⁵³ Algan, s. 227; Ekiz, s. 271.

yönelik olmaktan ne anlaşılması gerektiği hususuna manevi unsur başlığı altında detaylı olarak değinilecektir.

Öğretide *bir görüşe göre*, TCK m. 91/6 hükmünde biri “ilan veya reklam vermek” diğeri ise “ilan veya reklam yayınlamak” olmak üzere iki ayrı suç düzenlenmiştir¹⁷⁵⁴. *Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise*, suçun kanuni tanımında “ilan veya reklam vermek” ve “ilan veya reklam yayınlamak” şeklinde iki ayrı fiile yer verilmiş ise de bu fiiller arasında farklı suç sayılmayı gerektirecek unsur ve yaptırım farklılığı bulunmadığından, bunlar iki ayrı suç değil, TCK m. 91/6’da tanımlanan suçun seçimlik hareketleri olarak kabul edilmelidir. Zira suçun işlenebilmesi için suçun kanuni tanımında yer verilen bu hareketlerin tamamının gerçekleşmesi gerekmemekte olup, bunlardan birisinin gerçekleşmesi yeterlidir. Bu sebeple de organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suçu seçimlik hareketli bir suçtur¹⁷⁵⁵.

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun kanuni tanımında bir neticenin meydana gelmesi aranmamış olup, ilan veya reklamın verilmesi ya da yayınlanmasıyla tamamlandığı için bu suç, sırf hareket suçudur¹⁷⁵⁶. Keza suçun oluşumu yönünden ilan ya da reklam yoluyla organ veya dokunun temin edilmiş olması da gerekmemektedir¹⁷⁵⁷.

Bu suç bakımından TCK m. 91/6’da ilan veya reklam verme ya da yayınlama hareketlerinin herhangi bir zarar yahut somut bir zarar tehlikesi meydana getirmesi aranmadığından, bu suç soyut tehlike suçudur¹⁷⁵⁸.

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun bağlı hareketli bir suç mu yoksa serbest hareketli bir suç mu olduğu öğretide tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, suçun gerçekleşmesi bakımından ilan veya reklamın şekli, yeri ve zamanı önemli olmadığından, bu suç serbest hareketli bir suçtur¹⁷⁵⁹. *Diğer görüşe göre ise*, bu suç, kanuni tanımında yer alan ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak fiillerinin

¹⁷⁵⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3135; Bayraktar (2010), s. 1315; Hafızoğulları/Özen, s. 114; Köksal, s. 239.

¹⁷⁵⁵ Koca/Üzülmez (2023b), s. 324; Üzülmez, s. 134; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Özen, s. 317; Gözübüyük, s. 129; Algan, s. 230; Karakaya, s. 382.

¹⁷⁵⁶ Koca/Üzülmez (2023b), s. 324; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 281; Üzülmez, s. 134; Özen, s. 317; Köksal, s. 243; Algan, s. 229; Karakaya, s. 381-382.

¹⁷⁵⁷ Koca/Üzülmez (2023b), s. 324; Üzülmez, s. 134; Algan, s. 229; Karakaya, s. 381.

¹⁷⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 281; Algan, s. 229; Karakaya, s. 382; Ekiz, s. 273-274.

¹⁷⁵⁹ Özen, s. 317; Öztez, s. 228.

gerçekleştirilmesiyle işlenebileceğinden, bağlı hareketli bir suçtur¹⁷⁶⁰. *Kanaatimizce* de organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu, her türlü fiille işlenemeyip yalnızca ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak fiilleriyle işlenebildiğinden, bağlı hareketli bir suçtur. Nitekim suçun kanuni tanımında bu suçun işlenebileceği hareketler ilan veya reklam vermek ya da yayınlamakla sınırlanmıştır. Bununla birlikte reklam veya ilanın nerede ve ne şekilde yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda televizyon, gazete, internet veya diğer yollarla ilan veya reklam yapılabilecektir¹⁷⁶¹. Ancak bu durum, suçun bağlı hareketli bir suç olma niteliğini değiştirmemektedir. Zira nerede ve hangi şekilde yapılırsa yapılsın, bu suç ancak reklam veya ilan verme ya da yayınlama fiillerinin gerçekleştirilmesiyle işlenebilmektedir.

Kanunkoyucu, suçun kanuni tarifi olan TCK m. 91/6'da belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermeyi ve bunu yayınlamayı yasakladığından, başka bir deyişle yasaklayıcı bir norm öngördüğünden, bu suç icrai bir suçtur¹⁷⁶².

Suç tipinde seçimlik hareketler olarak gösterilen “ilan veya reklam vermek” ve “ilan veya reklam yayınlamak” fiillerinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenebilmesi için bu fiilleri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

İlan veya Reklam Vermek

İlan, TDK sözlüğünde “*duyuru, açıkça bildirme, açıkça duyurma*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁷⁶³. Reklam ise, “*bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol, bu amaç için kullanılan yazı, resim, film*” şeklinde tarif edilmiştir¹⁷⁶⁴. Bu kapsamda TCK m. 91/6'da yer alan suç tipi bakımından “ilan veya reklam vermek”, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini için bu durumu duyurmak, tanıtımını yapmak veya çıkar karşılığı temin edilmek istenen organ veya dokunun

¹⁷⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Algan, s. 229; Köksal, s. 244; Hafizoğulları/Özen'e göre ilan veya reklamın ne olduğu mevzuatında yazılı olup, mevzuatta belirtilen unsurlara sahip olmayan bir fiil, ilan veya reklam niteliğini taşımayacağından suç da oluşmayacaktır. Bu yüzden TCK m. 91/6'da tanımlanan suç bağlı hareketli bir suçtur. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 115.

¹⁷⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Köksal, s. 244; Aydın (2008b), s. 375; Bayraktar (2010), s. 1315-1316,

¹⁷⁶² Algan, s. 228; Ekiz, s. 275.

¹⁷⁶³ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “İlan”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 03.04.2022).

¹⁷⁶⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Reklam”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 03.04.2022).

sürümünü sağlamak amacıyla yazı, resim ve film gibi her türlü yolun kullanılması olarak tanımlanabilir¹⁷⁶⁵.

Öğretide *bir görüş*, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun¹⁷⁶⁶ m. 3/ş'de radyo ve televizyon reklamının¹⁷⁶⁷, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun¹⁷⁶⁸ m. 40/2'de reklamın¹⁷⁶⁹ ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği¹⁷⁷⁰ m. 4/n'de ticari reklam¹⁷⁷¹ ile 195 sayılı Kanun m. 40/1 hükmünde hususi ilan¹⁷⁷² tanımında belirtilen unsurları taşımayan fiilin reklam ve ilan niteliğinde kabul edilemeyeceği düşüncesinden hareketle, böyle bir durumda bu suçun oluşmayacağını savunmaktadır¹⁷⁷³. Suçun kanuni tanımında reklam veya ilanın şekline ilişkin bir sınırlama öngörülmediğinden, bu görüşe katılmamaktayız. Dolayısıyla yukarıdaki yasal tanımlarda yer alan unsurları taşımasa bile gerçekleştirilen düşünce açıklaması, belli bir çıkar karşılığında temini istenen organ veya dokunun duyurusunu veya tanıtımını yapıyorsa ya da sürümünü sağlamak için kullanılmışsa, TCK m. 91/6 bakımından ilan veya reklam niteliğinde kabul edilmelidir.

TCK m. 91/6'da tanımlanan suç tipi bakımından ilan veya reklam verme fiilinin ne zaman tamamlanmış sayılacağı, bu kapsamda fiilin gerçekleştiğinin kabulü için alenileşmenin aranıp aranmayacağı belirsizlik oluşturmaktadır. *Kanaatimizce* ilan veya reklam vermek, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini düşüncesini somutlaştırarak, bu düşüncenin başkaları tarafından algılanabilir olmasını sağlamaktadır. Algılanabilirlik ise bunun alenileştirilmesiyle mümkündür. Dolayısıyla ilan veya reklam

¹⁷⁶⁵ **Algan**, s. 231; Ayrıca bkz. **Karakaya**, s. 382-383.

¹⁷⁶⁶ 03.03.2011 tarih ve 27863 sayılı RG.

¹⁷⁶⁷ 6112 sayılı Kanun m. 3/ş: "*Radyo ve televizyon reklamı: Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını ifade eder.*"

¹⁷⁶⁸ 09.01.1961 tarih ve 10702 sayılı RG.

¹⁷⁶⁹ 195 sayılı Kanun m. 40/2: "*Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadiyle gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar, reklam sayılır.*"

¹⁷⁷⁰ 10.01.2015 tarih ve 29232 RG.

¹⁷⁷¹ Yönetmelik m. 4/n: "*Ticari reklam: Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları ifade eder.*"

¹⁷⁷² 195 sayılı Kanun m. 40/1: "*Resmi ilan sayılmayan ve gerçek ve tüzel kişiler tarafından gazete ve dergilerde yayınlanmak üzere verilip de reklam mahiyetinde bulunmayan ilanlar, hususi ilan sayılır*"

¹⁷⁷³ **Köksal**, s. 244; **Hafızoğulları/Özen**, s. 115.

alenileşmedikçe suç oluşmayacaktır¹⁷⁷⁴. Bu itibarla, ilan veya reklam hazırlığına ilişkin araştırma ve görüşmeler yapılması, ilan veya reklamın hazırlanmış olmakla birlikte evde muhafaza edilip başkalarına verilmemiş olması ya da bir yayın kuruluşuna sırf yayınlanmak üzere verilmesi, suçun oluşması için yeterli olmayacaktır¹⁷⁷⁵. İlan veya reklamın yayınlanması alenileştirmenin bir türü olmakla birlikte yayın dışında başka yollarla da alenileştirme gerçekleştirilebilmektedir. Diğer bir anlatımla ilan veya reklam verme fiilinin suç oluşturabilmesi için alenileştirilmesi gerekirse de alenileştirmenin mutlaka yayın yoluyla gerçekleştirilmesi gerekmemektedir¹⁷⁷⁶. Suçun oluşması bakımından önemli olan belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak verilen ilan veya reklamın herhangi bir şekilde alenileştirilmesidir. Bu bağlamda, posta kutularına el ilanı bırakmak, bu el ilanlarını şehirde dağıtmak, reklam panosunda duyuru geçmek veya ilan panosunda konuya dair reklam afişi asmak bu suça vücut verecektir¹⁷⁷⁷. O halde organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme suçu, ilan veya reklamın alenileştirilmesiyle, başka bir ifadeyle bu hususta duyuru yapılması ya da temin edilmek istenen organ veya dokunun herhangi bir yöntemle sürümünü sağlamaya yönelik fiillerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır¹⁷⁷⁸. Esasen suçta ve cezada kanunilik ilkesi yönünden yapılması gereken, ilan veya reklam verme fiilinin tamamlanmasına ilişkin belirsizliğin ortadan kaldırılması için kanunun tereddütlere mahal bırakmayacak şekilde daha açık olarak düzenlenmesidir.

İlan veya Reklam Yayınlamak

Yayın, sözlükte “*basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete vb., neşriyat, radyo ve televizyon aracılığıyla halka sunulan, haber, müzik, eğlence gibi kendi başına bütün oluşturan çalışmalardan her biri, yapıt, program*” şeklinde tarif edilmiştir¹⁷⁷⁹. Suçun kanuni tanımında her ne kadar “yayınlamak” fiiline yer verilmiş ise de sözlükte böyle bir fiil bulunmamakta olup, bunun yerine “yayın” kelimesinin fiil hali olarak “yayımlamak” fiiline yer verilmiştir. Bu sebeple kanunkoyucunun “yayınlamak” fiiliyle kastettiğinin esasen

¹⁷⁷⁴ Benzer yönde bkz. **Hafizoğulları/Özen**, s. 115; **Köksal**, s. 243; Buna karşılık öğretide *bir görüş*, ilan veya reklamın alenileşmesi koşulu aranmaksızın verilmesiyle bu suçun oluşacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre bir kişinin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik verdiği ilan, gazetede yayınlanmasa bile ilan verme fiili tamamlanmış ve suç gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. **Meran**, s. 227; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 281.

¹⁷⁷⁵ **Hafizoğulları/Özen**, s. 114-115; **Karakaya**, s. 383.

¹⁷⁷⁶ **Hafizoğulları/Özen**, s. 114; **Köksal**, s. 243.

¹⁷⁷⁷ **Gözübüyük**, s. 129; **Algan**, s. 231; **Karakaya**, s. 383.

¹⁷⁷⁸ **Gözübüyük**, s. 129; **Karakaya**, s. 399.

¹⁷⁷⁹ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, “Yayın”, <http://www.tdk.gov.tr>, (s.e.t.: 03.04.2022).

“yayımlamak” olduğunu düşünmekteyiz¹⁷⁸⁰. Yayımlamak, TDK sözlüğünde “*kitap, gazete, dergi vb. şeyleri basmak ve dağıtmak, neşretmek, dinlenilecek, görülecek şeyleri radyo ve televizyonla sunmak, bildirmek, duyurmak, bir yazıya, habere, resme gazetede yer vermek, resmen bildirmek, açıklamak, ilan etmek*” şeklinde tanımlanmıştır. Buradan hareketle TCK m. 91/6’da yer alan suç tipi bakımından “ilan veya reklam yayımlamak” fiilini, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik hazırlanmış olan ilan veya reklamın radyo, televizyon, gazete, dergi veya internet gibi yayın organları vasıtasıyla duyurulması şeklinde tarif edebiliriz¹⁷⁸¹. İlan veya reklam yayımlanmakla alenileşmektedir. Belirtelim ki, suçun oluşması bakımından belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak hazırlanan ilan veya reklamın şekli ve hangi mecrada yayımlandığının bir önemi bulunmayıp, herhangi bir şekilde ve mecrada yayımlanması yeterlidir. Zira kanunda, ilan veya reklamın yayımlanacağı yer ya da yayımlanma şekli açısından bir kısıtlama getirilmemiştir¹⁷⁸². Bu bağlamda ücreti mukabilinde böbrek satın alınacağına ilişkin ilanın gazetede yayımlanması bu suçu oluşturacağı gibi kornea nakli bekleyen bir hastanın ücreti karşılığında kornea satın alacağını içeren bir videoyu kendi sosyal medya hesabından yayımlaması da bu suça vücut verecektir¹⁷⁸³.

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam yayımlama suçu, ilan veya reklamın yayımlandığı anda tamamlanmış olacaktır¹⁷⁸⁴.

7.3.1.1.2. Fail

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayımlamak suçunun faili, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren ya da bunu yayınlayan kişidir¹⁷⁸⁵.

Öğretide yer alan *bir görüşe göre*, organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklam verme suçunun faili herkes olabilirken, ilan ya da reklam yayınlama suçunun faili, yayın

¹⁷⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Algan**, s. 231.

¹⁷⁸¹ **Algan**, s. 231; Ayrıca bkz. **Kasapoğlu Halıcı**, s. 97.

¹⁷⁸² **Aydın** (2008b), s. 375; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 280; **Bayraktar** (2010), s. 1315; **Özen**, s. 317.

¹⁷⁸³ **Algan**, s. 232; **Ekiz**, s. 276.

¹⁷⁸⁴ **Özen**, s. 317; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 281.

¹⁷⁸⁵ **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 324; **Kanıcı**, s. 40.

unsurundan ötürü yalnızca 6112 sayılı Kanun ve 5187 sayılı Basın Kanunu¹⁷⁸⁶ uyarınca ilan veya reklam yayınlama yetkisine sahip kişiler olabilir¹⁷⁸⁷. Dolayısıyla organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam yayınlama suçu özgü suçtur. *Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre ise*, bu suç fail bakımından bir özellik göstermemekte olup, herkes bu suçun faili olabilir¹⁷⁸⁸. Başka bir ifadeyle, organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suçu yalnızca belirli sıfat ve niteliklere sahip kişilerce işlenebilecek bir suç olmadığından, özgü suç değildir¹⁷⁸⁹. Zira suçun TCK m. 91/6'da yer alan kanuni tanımında failin belirli bir sıfat ve niteliğe sahip olması aranmadığı gibi ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiiline ilişkin bir kısıtlama da öngörülmemiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu suç bakımından yayının şekli ve yerinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklam yayınlama suçunun faili, yalnızca 6112 sayılı Kanun ve 5187 sayılı Kanun çerçevesinde ilan veya reklam yayınlama yetkisine sahip olan kişilerle sınırlanamaz. Bunun sonucunda belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklamı gazete, televizyon, radyo veya internet gibi mecralarda yayınlarak, bunların kişilere ulaşmasını sağlayan kimse, yayınlama suçunun faili olacaktır¹⁷⁹⁰.

7.3.1.1.3. Mağdur

TCK m. 91/6 hükmünde tanımlanan suç tipiyle, bireylerin vücut parçaları olan organ ve dokularının insan onuruyla bağdaşmayacak biçimde ticari meta olarak alım satıma konu edilmesine ya da çıkar karşılığında teminine zemin hazırlayan davranışların önlenmesi amaçlanmıştır. Bu suç tipi ile korunan hukuki değerler olan insanın organ ve dokularının belli bir çıkar karşılığında teminini özendiren davranışların önlenmesine ilişkin kamusal yarar ile sağlıklı bir çevrede ve toplumda yaşama hakkının toplumu oluşturan tüm bireylere ait olduğu dikkate alındığında, bu suçun mağdurunun da toplumu oluşturan tüm bireyler

¹⁷⁸⁶ 26.06.2004 tarih ve 25504 sayılı RG.

¹⁷⁸⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 114; Köksal, s. 240.

¹⁷⁸⁸ Özen, s. 309; Kasapoğlu Halıcı, s. 97; Aydın (2008b), s. 370; Algan, s. 226; Karakaya, s. 378.

¹⁷⁸⁹ Özen, s. 309; Kasapoğlu Halıcı, s. 97; Algan, s. 226.

¹⁷⁹⁰ Algan, s. 227; Karakaya, s. 378.

olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁹¹. Dolayısıyla organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suçu, mağduru gayri muayyen suçlardandır.

*Kanıcı*¹⁷⁹², bu suçun mağdurunun kamu düzeni ve disiplini bozulan devlet olduğu görüşünü savunmaktadır. Belirtelim ki, bu suçla korunan hukuki değerlerin esas itibarıyla toplumu oluşturan tüm bireylere ait olduğu ve bu suçun işlenmesiyle toplumu oluşturan bireylerin hukuki menfaatlerinin başlıca ihlal edilmiş olacağı göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun mağdurunun devlet olduğu görüşüne katılmamaktayız. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz gibi gerçek kişi dışındaki tüzel kişi ve devlet gibi organizasyonlar suçtan zarar gören olabilirler ise de bir suçun mağduru olamazlar.

7.3.1.1.4. Maddi Konu

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun maddi konusu, ilan veya reklamı verilen ya da yayınlanan organ veya dokudur¹⁷⁹³. Bu organ veya dokunun bir insan vücuduna ait olması gerekmektedir birlikte ölü ya da yaşayan bir insana ait olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır¹⁷⁹⁴. Dolayısıyla hayvandan ya da bitkiden elde edilen veya suni nitelikteki organ ve dokular bu suçun maddi konusu olamaz. Keza belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik ilan veya reklam verilen ya da yayınlanan organ veya dokunun hukuka aykırı yahut hukuka uygun şekilde temin edilip edilmediğinin de suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur¹⁷⁹⁵.

Öte yandan suçun kanuni tanımı olan TCK m. 91/6 hükmünde ODNK'ya tabi olup olmamasına göre organ veya dokular arasında bir ayırım yapılmadığından, bu suçun maddi konusunu ODNK kapsamında yer alan organ veya dokularla sınırlandırmak mümkün değildir. Bu nedenle, ODNK hükümlerine tabi olsun veya olmasın belli bir çıkar karşılığında

¹⁷⁹¹ **Hafizoğulları/Özen**, s. 114; **Özen**, s. 310; **Algan**, s. 227; **Köksal**, s. 240; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 98; **Karakaya**, s. 379; **Ekiz**, s. 272.

¹⁷⁹² **Kanıcı**, s. 40.

¹⁷⁹³ **Özen**, s. 306; **Algan**, s. 228; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 98; Öğretide **Köksal**, tipik fiilin üzerinde işlendiği kişi veya şey olmadığı için bu suçun maddi konusu olmadığından, bu suçun maddi konusunun bulunmadığını savunmaktadır. Bkz. **Köksal**, s. 240; Belirtmek gerekir ki, suç teşkil eden her hareketin mutlaka bir konusu bulunmakta olup, konusu bulunmayan bir suçun varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bkz. **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 118; **Özgenç**, s. 222; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 374; Bu sebeple **Köksal**'ın görüşüne iştirak etmiyoruz.

¹⁷⁹⁴ **Algan**, s. 228; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 98.

¹⁷⁹⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 280; **Özen**, s. 317; **Algan**, s. 228.

ölü ya da yaşayan bir insana ait organ veya dokunun teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verilmesi yahut yayınlanması halinde bu suç oluşacaktır. Bununla birlikte, ODNK kapsamı dışında bırakılan insana ait organ veya dokularla ilgili özel bir ceza normu bulunmaktaysa, ceza miktarına bakılmaksızın TCK m. 91/6 yerine bu özel ceza normu uygulanacaktır.

7.3.1.2. Manevi Unsur

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun manevi unsuru kast olup, taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir¹⁷⁹⁶.

Bazı suçların kanuni tanımında kastın yanı sıra, suçun temel şekline ya da nitelikli şekline dair ayrı bir sübjektif unsur olarak maksada veya saike yer verilmiş olup, bu suçlarda fiilin kanuni tanımında belirtilen maksat ya da saikle işlenmemesi halinde haksızlığın gerçekleşmediği kabul edilir¹⁷⁹⁷. Diğer bir anlatımla, kanuni tarifinde bir maksat veya saike yer verilen suçların işlenebilmesi için failin genel kastı yeterli olmamakta, bunun yanı sıra fiili gerçekleştirirken söz konusu maksat veya saikle hareket etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu tip suçlarda failin maksadına veya saikine ulaşmış olması gerekmemekte olup, fiilini kanuni tanımında belirtilen maksat veya saikle gerçekleştirmiş olması yeterlidir¹⁷⁹⁸. Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu da failin belirli bir maksatla hareket etmesinin arandığı suçlardandır¹⁷⁹⁹. Zira bu suçun oluşabilmesi için failin ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiilini belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak işlemesi gerekmektedir¹⁸⁰⁰. Bu sebeple organ veya dokunun karşılığında bir çıkar olmaksızın teminine ilişkin ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması, bu suça vücut vermeyecektir¹⁸⁰¹. Böylece organ veya doku ihtiyacı olan

¹⁷⁹⁶ Özen, s. 321; Köksal, s. 245; Arslan/Azizağaoğlu, s. 416; Algan, s. 232; Bayraktar (2010), s. 1325; Kasapoğlu Halıcı, s. 99.

¹⁷⁹⁷ Koca/Üzülmez (2023a), s. 253; Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri, s. 465.

¹⁷⁹⁸ Koca/Üzülmez (2023a), s. 252.

¹⁷⁹⁹ Koca/Üzülmez (2023b), s. 325; Üzülmez, s. 134; Özen, s. 321; Gözübüyük, s. 134; Arslan/Azizağaoğlu, s. 415; Kasapoğlu Halıcı, s. 99; Algan, s. 233; Buna karşılık Köksal, suçun oluşumu için genel kastın yeterli olduğunu, failin belli bir maksatla hareket etmesinin gerekmediğini savunmaktadır. Bkz. Köksal, s. 245.

¹⁸⁰⁰ Bayraktar (2010), s. 1315; Ekiz, s. 277.

¹⁸⁰¹ Ömeroğlu, s. 66; Özen, s. 317; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 280; Köksal, s. 242; Ünver, bir çıkar karşılığı olmaksızın organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklamların suç kapsamının dışında bırakılmasını hatalı bulmakta ve bu durumun suçla mücadeleyi zayıflattığını belirtmektedir. Ünver'e göre,

kişilerin, karşılığında bir çıkar vaadinde bulunmadan kamuoyuna başvurarak yardım çağrısında bulunmasına imkân tanınmıştır¹⁸⁰². Bu suçta failin kastından bahsedilebilmesi için, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verdiğini ya da yayınladığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir¹⁸⁰³. Başka bir deyişle, ilan veya reklamın belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olduğunun fail tarafından bilinmesi zorunludur¹⁸⁰⁴. Belirtelim ki, failin belirli bir maksatla hareket etmesini gerektiren bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkün değildir¹⁸⁰⁵.

Bu suçun oluşabilmesi için failin ilan veya reklam verirken ya da yayınlarken belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini amacıyla hareket etmesi gerekli olmakla birlikte, bu yolla organ veya dokunun temin edilmiş olması gerekmediği gibi çıkarın elde edilip edilmediğinin de önemi bulunmamaktadır¹⁸⁰⁶. Önemli olan failin belli bir çıkar vaat etmek suretiyle organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermesi ya da yayınlamasıdır. Buradaki çıkar, reklam veya ilanın verilmesi ya da yayınlanmasının karşılığı

TCK m. 91/6 hükmünün, bir çıkar karşılığında olup olmadığına bakılmaksızın organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verilmesi ve yayınlanması fiillerinin suç olarak kabul edilmesi yönünde revize edilmesi gerekmektedir. Bkz. **Ünver** (2005b), s. 103; Benzer görüşte olan *Karakaya* da suçun kanuni tanımında yer alan “belli bir çıkar karşılığında” ibaresinin, kanun uygulayıcılarına, verilen ya da yayınlanan ilan ve reklamın konusunu oluşturan organ ve dokunun çıkar karşılığında temin edilip edilmeyeceği konusunda araştırma ve delillendirme külfeti getirdiğini, bunun somut olarak belirlenememesi halinde fiilin cezasız kalacağını ileri sürerek ilgili ibarenin kanun metninden çıkarılmasını önermektedir. Bkz. **Karakaya**, s. 385-386; Belirtelim *Ünver* ve *Karakaya*’nın görüşlerine katılmıyoruz. Zira tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yaşama tutunabilmek ve sağlığına kavuşabilmek için organ veya doku nakli (aşılaması) kendisi bakımından alternatifsiz tek tedavi seçeneği olan pek çok hasta bulunmaktadır. Bu hastaların hayatta kalabilmesi için tek tedavi yolu nakil operasyonudur. Nakil sıralamasında nakil sırası bekleyen pek çok insanın bulunduğu, buna karşılık ölümlerden elde edilen organ sayısı ile genel bağış sayısının ihtiyacı karşılamaya uzak olduğu ülkemizin acı gerçeğidir. Gönüllülük esasına dayanan organ ve doku bağışı, insanlar arasındaki dayanışmanın en önemli sembolüdür. Ülkemizde bağışlanan organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılamada yetersizliği ile nakil bekleyen hastaların sayısının her geçen gün arttığı dikkate alındığında, herhangi bir çıkar karşılığı olmaksızın organ veya doku teminine yönelik ilan ve reklam verilmesinin suç kapsamına alınarak ceza tehdidiyle yasaklanması, bu insanların nakil sırası beklerken ölüme terk edilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle, çıkar karşılığı olmaksızın organ veya doku temininin ilan veya reklam yoluyla kamuoyuna müracaat edilerek geniş kitlelere sesini duyurmak için yayınlanmasının suç olarak düzenlenmemiş olması *bizce isabetli bir tercihtir*.

¹⁸⁰² **Hakeri** (2016), s. 477; **Öztezel**, s. 228.

¹⁸⁰³ **Hafızoğulları/Özen**, s. 115; **Karakaya**, s. 389.

¹⁸⁰⁴ **Köksal**, s. 245.

¹⁸⁰⁵ **Algan**, s. 235; **Ekiz**, s. 277.

¹⁸⁰⁶ Öğretide *Karakaya*, hukuka uygun veya aykırı yollardan daha önceden elde edilmiş organ veya dokunun maddi bir çıkar karşılığında teminine dair ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması halinde, fiilin TCK m. 91/6’da tanımlanan suçun kapsamına dahil olmayacağını, TCK m. 91/3 kapsamında değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Karakaya**, s. 383-384; Bu görüşe katılmamaktayız. Zira TCK m. 91/3’te düzenlenen suç bakımından organ veya dokunun daha önceden elde edilmiş olması gerekmediği gibi TCK m. 91/6’da tanımlanan suçun oluşması bakımından da belli bir çıkar karşılığında temine konu olan organ veya dokunun ilan ve reklamın verildiği ya da yayınlandığı anda henüz elde edilmemiş olması gerekmemektedir. TCK m. 91/6’da yer alan suç yönünden önemli olan, organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine ilişkin reklam ve ilan vermek ya da yayınlamaktır. Organ veya dokunun maddi bir çıkar karşılığında satılacağına dair ilan ve reklam vermek veya yayınlamak fiili, TCK m. 91/6’da tanımlanan suç bakımından tipiklik oluşturmakla beraber, aynı zamanda TCK m. 91/3 bakımından satışa arz niteliğinde bir fiil teşkil etmekle birlikte bu husus içtima bahsinde ele alınacaktır.

olmayıp, organ veya doku temininin karşılığını oluşturmaktadır¹⁸⁰⁷. Dolayısıyla organ veya doku temini değil, ilan veya reklamın verilmesi ya da yayınlanması belli bir çıkar karşılığına bağlanmışsa, bu suç oluşmayacaktır.

TCK m. 91/6’da tanımlanan suç tipinde yer alan çıkarın yalnızca maddi nitelikteki çıkarları mı yoksa bunun yanı sıra manevi çıkarları da mı kapsadığı öğretilerde tartışılmıştır. *Bir görüşe göre*, suçun kanuni tanımında yer alan çıkar kavramı yalnızca maddi nitelikte olanları kapsamaktadır¹⁸⁰⁸. *Diğer görüşe göre ise*, çıkardan anlaşılması gereken, organ veya doku verebilecek muhtemel kişilerin iradeleri üzerine etki edebilecek hem maddi hem de manevi çıkarlardır¹⁸⁰⁹. *Kanaatimizce* de suçun kanuni tanımında çıkarın niteliğine ve türüne ilişkin bir sınırlama yapılmaksızın “belli bir çıkar” ifadesine yer verilmesi nedeniyle yalnızca para ya da değeri parayla ölçülebilen ayni veya nakdi menfaatler değil, manevi menfaatler de çıkar kavramına dahildir. Bu kapsamda vahiyciliğin geçerli olduğu bir toplumda böbrek hastası bir şeyhe böbrek temin eden kişinin mutlaka cennete gideceğine yönelik bir ilan, TCK m. 91/6 kapsamında manevi bir çıkar karşılığında organ teminine yönelik ilan verme ya da yayınlama suçuna vücut verecektir¹⁸¹⁰.

Fıkra da organ veya doku temininden söz edildiği için, organ veya doku satışına ilişkin ilan ve reklamların bu kapsama dahil olup olmadığının belirlenmesi gerekir. *Bir görüşe göre*, organ veya doku satışına yönelik ilan ya da reklam verilmesi veya yayınlanması bu suça vücut vermez. Bunun sonucunda bir kişinin internet üzerinden “böbreğimi satıyorum” şeklinde ilan veya reklam yayınlaması bu suç kapsamında telakki edilemeyecektir¹⁸¹¹. *Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise*, “organ veya doku temini” ifadesi, hem organ veya

¹⁸⁰⁷ **Ekiz**, s. 278; **Algan**, s. 234-235; Öğretilerde *bir görüş*, bu suç bakımından bir çıkar karşılığında ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması gerektiğini, çıkar karşılığı olmaksızın ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması halinde bu suçun oluşmayacağını savunmaktadır. Bkz. **Koca/Üzülmez** (2023b), s. 324; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 280; Belirtelim ki bu görüşün kabulü halinde, kişilerin karşılıksız olarak bağış yoluyla organ teminine ilişkin verecekleri ilanı ücreti karşılığında yayınlayan kimseler bu suçtan cezalandırılacaktır. Buna karşılık maddi bir menfaat karşılığında organ temin edileceğine ilişkin ilanın ücretsiz olarak yayınlanması eylemi ise suç kapsamına dahil olmayacaktır. Oysa kanunkoyucunun TCK m. 91/6 hükmünü ihdas amacı ilan veya reklam karşılığında bir çıkar elde edilmesini engellemekten ziyade organ veya doku temininin bir çıkara bağlanmasını ceza tehdidiyle yasaklayarak bu konudaki suistimalleri önlemektir. Bu sebeple TCK m. 91/6’da belirtilen suçun oluşmasını ilan veya reklamın bir çıkar karşılığında verilmesine ya da yayınlanmasına bağlayan görüşe katılmamaktayız.

¹⁸⁰⁸ **Şen**, s. 326; **Mermut**, s. 1480.

¹⁸⁰⁹ **Hafızoğulları/Özen**, s. 115; **Özen**, s. 317; **Köksal**, s. 241; **Algan**, s. 236; **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 280; **Gözübüyük**, s. 129.

¹⁸¹⁰ **Hafızoğulları/Özen**, s. 115.

¹⁸¹¹ **Köksal**, s. 242; **Algan**, s. 236; **Hakeri**’ye göre bu nitelikteki ilanlar TCK m. 91/3 kapsamında organ satma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilebilecekse de bu tür hareketler organ satma fiilinin hazırlık hareketleri niteliğinde olduğundan, bu halde faili organ satma suçuna teşebbüsten sorumluluk tutmak da mümkün olmayacaktır. Bkz. **Hakeri** (2016), s. 477.

doku ihtiyacı olan kişilerin ihtiyaç duydukları organ veya dokuyu bir çıkar karşılığında elde etmek için yapacakları ilan ve reklamı hem de organ veya dokunun satışına ya da çıkar karşılığı sağlanmasına yönelik ilan ve reklamı kapsamaktadır¹⁸¹². Diğer bir ifadeyle, verici veya alıcı ya da bu kişilerin dışında nakle ve satışa aracılık edenler tarafından bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik verilen ya da yayınlanan ilan ve reklamlar bu suça vücut verecektir. Bu nedenle böbreğini satışa çıkardığına yönelik ilan veren kişinin fiili, TCK m. 91/6'da tanımlanan suç bakımından tipiklik oluşturacaktır. *Kanaatimizce* böyle bir fiil aynı zamanda satışa arz niteliğinde olacağından, bu nitelikteki fiillerle ilgili TCK m. 91/6 ile TCK m. 91/3'te tanımlanan suçlar arasındaki ilişki, içtima bahsinde ele alınacaktır.

7.3.2. Hukuka Aykırılık

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiillerinin her durumda hukuka aykırı olup, hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşmaması sebebiyle uygulanamayacağı belirtilmektedir¹⁸¹³.

Gerçekten de mevzuatımızda belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiilini mümkün ve meşru kılan bir hüküm bulunmadığından, bu suçta TCK m. 24/1'de düzenlenen kanunun hükmü şeklindeki hukuka uygunluk sebebi uygulanamayacaktır¹⁸¹⁴. Keza belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiilinin gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıya karşı işlenmesi mümkün olmadığından, bu suçta meşru savunmadan yararlanmak da olanaklı değildir¹⁸¹⁵. Diğer yandan, bu suçun mağdurunun belli bir kişi olmayıp, toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu kabul edildiğinden, mağdurun rızası şeklindeki hukuka uygunluk sebebi de bu suç bakımından uygulanabilir nitelikte değildir¹⁸¹⁶.

ODNK m. 4'te organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmakla birlikte, bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri bu yasaktan ayırık tutulmuştur. Yasaktan ayırık tutulan bu haller, anayasal güvenceye bağlanan

¹⁸¹² Gözübüyük, s. 130; Mermut, s. 1480.

¹⁸¹³ Hafızogulları/Özen, s. 115; Köksal, s. 244; Karakaya, s. 393.

¹⁸¹⁴ Özen, s. 323; Algan, s. 237; Ekiz, s. 278.

¹⁸¹⁵ Özen, s. 322; Algan, s. 237; Ekiz, s. 278.

¹⁸¹⁶ Özen, s. 328; Algan, s. 237; Karakaya, s. 393.

basın ve bilim özgürlüğü ile bilgi ve düşünceleri yayma, haber verme ve haber alma hakkının kullanılması kapsamında meşru olarak kabul edilecektir. ODNK m. 4'te yer alan reklam yasağından daha dar kapsamlı olan TCK m. 91/6'da yalnızca belli bir çıkar karşılığına bağlanmış olan organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Burada suç bakımından önemli olan ilan ya da reklam konusu yapılan organ veya doku temininin belli bir çıkar karşılığına bağlanıp bağlanmadığıdır. Organ veya doku temini belli bir çıkar karşılığına bağlanmamışsa, fiil tipe uygun olmayacağı için hukuka uygunluk incelemesine ve hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık ilan veya reklama konu olan organ veya doku temini belli bir çıkara bağlanmışsa, bu ilan veya reklamın verilmesi ya da yayınlanması fiili herhangi bir hak kapsamına girmeyeceğinden, hakkın kullanılması da bu suçta uygulanamayacaktır¹⁸¹⁷.

7.4. Kusurluluk

Failin işlediği organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu nedeniyle cezalandırılabilmesi için kusurunun bulunması gerekmektedir. Failin kusuru bulunmuyorsa, işlediği fiil suç teşkil etmekle birlikte cezalandırılması mümkün değildir. Failin kusuru tamamen ortadan kalkmamakla birlikte azaltan bir neden söz konusuysa, buna paralel olarak ceza sorumluluğu da azalacaktır.

Bu suçta gündeme gelebilecek kusurluluğu kaldıran nedenler incelendiğinde koşullarının gerçekleşmesi durumunda TCK m. 28 hükmünün bu suç bakımından uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren ya da yayınlayan kişi, bu fiilini karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu gerçekleştirmiş ise TCK m. 28 uyarınca kusuru tamamen ortadan kalkacağı için kendisine ceza verilmeyecektir¹⁸¹⁸. Bu halde cebir ve şiddet ya da korkutma ve tehditle suç işleyen kişi, dolaylı fail olarak bu suçtan sorumlu olacaktır. Örneğin belli bir çıkar karşılığında böbrek temin edileceğine dair ilanı yayınlamak istemeyen gazetenin yayın yetkilisinin kafasına silah dayayarak aksi durumda öleceği yönündeki tehditle ilanın

¹⁸¹⁷ Algan, s. 239; Karakaya, s. 393; Ekiz, s. 278.

¹⁸¹⁸ Gözübüyük, s. 138; Algan, s. 239.

yayınlatılması halinde, ilanı yayınlayan kişinin kusurundan söz edilemeyecektir. Bu sebeple de TCK m. 91/6'da tanımlanan suçtan cezalandırılmayacaktır.

Bir diğer kusurluluğu kaldıran neden olan hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesine ilişkin TCK m. 24/2 hükmünün ise bu suçta uygulanmasının mümkün görünmediği ifade edilmelidir¹⁸¹⁹. Bu suç bakımından meşru savunma gündeme gelmeyeceğinden, meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılmasına ilişkin TCK m. 27/2 hükmü de uygulanabilir nitelikte değildir¹⁸²⁰. Ayrıca bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için, TCK m. 27/1'de öngörülen kusurluluğu azaltan neden olan sınırın aşılması gündeme gelmeyecektir¹⁸²¹. Keza haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenebilir nitelikte bir suç olmadığından, haksız tahrik hükümlerinin bu suçta uygulama alanı bulamayacağını düşünüyoruz¹⁸²².

Bu başlık altında TCK m. 25/2'de düzenlenen kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan zorunluluk halinin bu suçta uygulanıp uygulanamayacağı meselesine de değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere zorunluluk halinden söz edilebilmesi için, failin bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğuyla tehlikenin ağırlığı, konu ve kullanılan vasıta ile orantılı olan bir fiil işlemesi gerekmektedir. Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiili, bir kimseyi karşı karşıya kaldığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtarmaya elverişli bir fiil olmadığı için, bu suçta zorunluluk halinin uygulanması mümkün görünmemektedir¹⁸²³. Bir örnekle açıklamak gerekirse, böbrek nakli olmadığı takdirde hayatını kaybedecek olan çocuğu için böbrek arayışında olan bir babanın belli bir çıkar karşılığında böbrek alacağına ilişkin ilan yayınlaması çocuğunun yaşam hakkına yönelik ağır tehlikeyi bertaraf etmemektedir. Başka bir ifadeyle, anılan ilanın yayınlanması, böbrek nakli bekleyen hasta çocuğu tehlikeden kurtarmakta ve iyileştirmemektedir. Bu sebeple, belli bir çıkar karşılığında organ veya

¹⁸¹⁹ Bkz. **Özen**, s. 331; **Algan**, s. 239; **Gözübüyük**, s. 138; **Ekiz**, s. 279.

¹⁸²⁰ **Gözübüyük**, s. 138.

¹⁸²¹ **Gözübüyük**, s. 140.

¹⁸²² Benzer yönde bkz. **Algan**, s. 239; **Ekiz**, s. 279.

¹⁸²³ **Özen**, s. 330; **Algan**, s. 240; Benzer yönde bkz. **Ekiz**, s. 279; Buna karşılık **Karakaya**, organ ve dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik ilan veya reklam veren ya da yayınlayan kişinin yaşama tutunmak için nakilden başka tedavi seçeneği bulunmayıp nakil olmazsa hayatını kaybedecek bir kimse ve yakınları olması durumunda, bu kişilerle sınırlı olmak üzere TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk halinin uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Karakaya**, s. 394.

doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunu işleyen fail, zorunluluk haline ilişkin TCK m. 25/2 hükmünden yararlanamayacaktır.

7.5. Hata

Bu suçta failin kastından söz edilebilmesi için, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verdiğini ya da yayınladığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, ilan veya reklamın belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olduğunun fail tarafından bilinmesi zorunludur. İlan veya reklama konu organ veya doku temininin belli bir çıkar karşılığı olmadığı yönünde hataya düşen fail, TCK m. 30/1 uyarınca bu hatasından yararlanacak ve kastı kalkacaktır¹⁸²⁴. Failin yanılması dikkatsizlik ve özensizliğinden kaynaklansa bile bu suçun taksirli hali öngörülmediği için, taksirli sorumluluktan da söz edilemeyecektir. Söz gelimi fail, sağlayacağı çıkarın organ ve doku teminine yönelik değil, verdiği ilan veya reklamın yayınlanmasının karşılığı olduğunu düşünüyorsa TCK m. 30/1 uyarınca kastı ortadan kalkacağından, sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu ile ilgili olarak, fail kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususunda da hataya düşmüş olabilir. Bu durumda, failin düştüğü hata kaçınılmaz nitelikte ise TCK m. 30/3 uyarınca bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, kişi esasen kendisine yönelik bir tehdit olmadığı halde böyle bir tehdidin varlığını sanarak çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunu işler ve tehdidin varlığı hususundaki bu hatası kaçınılmaz nitelikte olursa işlediği suçtan cezalandırılmayacaktır. Belirtelim ki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı, failin kişisel özellikleri dikkate alınarak kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterip göstermediğine göre belirlenecektir.

TCK m. 30/4'te düzenlenen yasak hatasında failin suçun maddi unsurlarına dair bilgisi tamdır. Buna karşılık fail, suç tipine ilişkin kastı bulunmakla birlikte işlediği fiilin hukuken yasak olmadığını sandığı için haksızlık bilincine sahip değildir¹⁸²⁵. Bu kapsamda kendisine

¹⁸²⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 115; Köksal, s. 245; Karakaya, s. 390.

¹⁸²⁵ Koca/Üzülmez (2023a), s. 369-371; Artuk/Gökcen/Alşahin ve diğerleri, s. 654-656.

böbrek temin edecek kişiye 100 başkan adayının yarışacağı meslek odası seçiminde oy vereceğine dair afişleri, şehir meydanındaki ilan panolarına veren fail, buna ilişkin yasaklayıcı normun varlığını gözden kaçırarak işlediği bu fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise, TCK m. 30/4 uyarınca kusurunun ortadan kalkması nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Bu konudaki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı failin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi ile içinde bulunduğu sosyal ve kültürel şartlara göre belirlenecektir.

7.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

7.6.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bilindiği üzere sırf hareket suçları, ancak hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde, teşebbüse elverişli olmaktadır. Dolayısıyla icra hareketleri parçalara bölünemeyen sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir. Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu da sırf hareket suçu olduğu için, bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı, suçun kanuni tanımındaki hareketlerin kısımlara bölünüp bölünemeyeceği sorusuna verilecek cevaba göre belirlenecektir.

Öğretide *bir görüş*, bu suçun teşebbüse elverişli bir suç olduğunu savunmaktadır¹⁸²⁶. Buna örnek olarak, maddi bir çıkar elde edildiği halde organ veya doku teminine ilişkin ilan veya reklam yayınlanmadan bunun engellenmesi verilmektedir¹⁸²⁷. *Diğer görüş ise*, suçun fiil unsuru olan “ilan veya reklam verme” ya da “ilan veya reklam yayınlama” fiillerinin kısımlara bölünebilmesi mümkün olmadığından, bu suçun teşebbüse elverişli olmadığını savunmaktadır¹⁸²⁸.

Belirtelim ki, TCK m. 91/6’da tanımlanan suç bakımından, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması yeterli

¹⁸²⁶ Meran, s. 227; Ömeroğlu, s. 67; Kasapoğlu Halıcı, s. 102; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3135; Bayraktar (2010), s. 1326; Karakaya, s. 400.

¹⁸²⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3135; Bayraktar (2010), s. 1326.

¹⁸²⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 115; Özbek/Doğan/Bacaksız (2023), s. 281; Taneri/Kamışlı, s. 233; Köksal, s. 246; Algan, s. 242.

olup, failin amaçladığı menfaati elde etmesi yahut organ veya dokuyu temin etmesi gerekli değildir¹⁸²⁹. Organ ve doku teminine yönelik verilen ya da yayınlanan ilan veya reklamın alenileşmesiyle suç tamamlanmaktadır. Dolayısıyla belli bir çıkar karşılığında organ teminine ilişkin el ilanının posta kutularına bırakılıp meydana dağıtılması, reklam panosunda duyuru geçilmesi, billboardda duyuru yapılması veya sosyal medya hesabından herkese açık olarak ilan yayımlanması hallerinde TCK m. 91/6’da tanımlanan suçun tamamlandığı kabul edilmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, suça teşebbüsten bahsedilebilmesi için icra hareketlerine başlanması gerekmektedir. Zira hazırlık hareketleri niteliğindeki fiiller kural olarak cezalandırılmamaktadır. Bir hareketin icra hareketi mi yoksa hazırlık hareketi mi olduğu, gerçekleştirilen hareketin suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunup bulunmadığına göre belirlenmektedir. Suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olan hareketler, icra hareketi olarak nitelendirilirken; suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olmayan hareketler, hazırlık hareketi olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, failin ilan veya reklamı hazırlamak için araştırma yapması, ilan veya reklamı hazırlamış ya da hazırlatmış olması yahut ilan veya reklamın yayınlanması için bir televizyon kanalı veya gazete ile görüşmesi ve yayınlama ücretine dair pazarlık yapması gibi hareketler icra hareketi değil, hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir¹⁸³⁰. Zira bu hareketlerin suçun konusunu tehlikeye düşürmeye yetecek kadar suçun konusuyla ve ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiiliyle yakın irtibat halinde olduğu söylenemez. Bu suç yönünden “ilan veya reklam verme” fiili, ilan veya reklamın yayınlanması için yayın merciine verilmesini değil, herhangi bir yolla duyuru yapılarak ilan veya reklamın alenileşmesini ifade etmektedir. İlan veya reklam verme fiilinin gerçekleşmesi için ilan veya reklamın aleniyet kazanması gerektiğinden, ilan veya reklamın bir yayın kuruluşuna sırf yayınlanmak üzere verilmesi tamamlanmış suça vücut vermeyeceği gibi icra hareketi olarak da kabul edilmemelidir¹⁸³¹. Bununla birlikte belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak hazırlanan ilan, şehir meydanındaki reklam panosuna asılmaya çalışıldığı anda ya da bu ilanın ulusal gazetede basılmasını müteakip dağıtımına çıkarıldığı esnada polisler tarafından engellenmesi durumunda TCK m. 91/6’da tanımlanan suçun icra

¹⁸²⁹ **Algan**, s. 241; **Kasapoğlu Halıcı**, s. 102.

¹⁸³⁰ **Algan**, s. 241-242; **Hafizoğulları/Özen**, s. 115; **Köksal**, s. 246.

¹⁸³¹ **Hafizoğulları/Özen**, s. 114; İlan veya reklam verme fiilinin tamamlanabilmesi için ilan veya reklamın aleniyet kazanmasını aramayan **Özbek/Doğan/Bacaksız**, suçun tamamlanması için ilan veya reklamın verilmesinin yeterli sayılarak yayınlanmasının gerekmemesinin bazı ispat zorluklarına neden olduğunu, bu sebeple suçun fiil unsurunun ilan veya reklam yayınlama fiiliyle sınırlandırılmak suretiyle ilan veya reklam vermenin bu suçun teşebbüs aşamasını ifade edecek şekilde TCK m. 91/6 hükmünün yeniden kaleme alınmasını önermektedir. Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız** (2023), s. 281.

hareketlerine başlanıldığı ve fakat elde olmayan nedenlerle alenileşmediği için tamamlanamadığından teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla *kanaatimizce* belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun icra hareketlerinin kısımlara bölünebileceğini düşündüğümüz için, bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Fail, organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun icra hareketlerine başlamakla birlikte kendi iradesiyle ve gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlerse TCK m. 36 uyarınca gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Dolayısıyla fail bu halde TCK m. 91/’da tanımlanan suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak somut olayın özelliklerine göre tamam olan kısım başka bir suça vücut veriyorsa bu suçtan cezalandırılır.

7.6.2. İştirak

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçuna iştirakin her hali mümkün olup, TCK m. 37-41 arasında yer alan iştirakin genel kuralları bu suç bakımından da geçerli olacaktır¹⁸³². Bu kapsamda, suç tipinin kanuni tanımında yer alan fiillerin müşterek suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde fiili gerçekleştiren her kişi müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin, belli bir çıkar karşılığında böbrek alınacağına ilişkin basılmış el ilanlarını dağıtan kişiler, suç teşkil eden ilan verme fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurduklarından, organ teminine yönelik ilan verme suçunun müşterek faili olacaklardır. İlave edelim ki, suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri bizzat gerçekleştirmeseler bile aralarındaki işbölümüne dayalı olarak gerçekleştirdikleri katkı, suçun başarıyla tamamlanması için zorunlu olan kişiler de müşterek fail olarak kabul edileceklerdir. Bu nedenle, bir çıkar karşılığında böbrek alınacağına dair bir reklamı televizyonda yayınlayan kişiyle birlikte yayın için zorunlu olan teknik erişimi sağlayan kişi de müşterek fail sıfatıyla cezalandırılacaktır¹⁸³³.

¹⁸³² Özen, s. 334; Kasapoğlu Halıcı, s. 103; Ömeroğlu, s. 67; Bayraktar (2010) s. 1326; Mermut, s. 1486; Algan, s. 242.

¹⁸³³ Köksal, s. 247.

Gözleri görmeyen ve kornea nakli sırası bekleyen çocuğunun durumuna üzülen bir babaya, çocuğun bir an önce görebilmesini sağlamak için nakil sırası beklemek yerine belli bir çıkar karşılığında kornea alınacağına ilişkin ilan vermesi yönünde karar verdirip, bu suçu işleyen kişi, azmettiren konumunda olacaktır. Katkı yoğunluğu azmettirme ve faillik niteliğinde olmayıp, suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran ya da güvenceye alan her türlü nedensel maddi veya manevi katkıda bulunan kimseler ise, TCK m. 39 kapsamında bu suça yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin, bir çıkar karşılığında böbrek alınacağına yönelik oluşturduğu reklamı bir internet sitesinde nasıl yayınlayacağı konusunda bilgisi olmayan faile talebi üzerine konu hakkında bilgi verip yol gösteren kişi, yardım eden sıfatında olacaktır.

Bu suçun seçimlik hareketlerinden olan “ilan veya reklam yayınlama” fiilinin basın yoluyla veya radyo ve televizyon yayınları vasıtasıyla işlenmesi halinde ceza sorumluluğu yönünden aşağıda bahsedilecek özel kanunlardan kaynaklanan özellik arz eden bazı durumlar söz konusu olacaktır¹⁸³⁴. Basın yoluyla işlenen suç, esasen başka suretle de işlenmesi mümkün olan bir suçun basılmış bir eserle¹⁸³⁵ işlenmesidir¹⁸³⁶. 18.10.2022 tarihinde yürürlüğe giren 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla¹⁸³⁷ internet haber siteleri de 5187 sayılı Basın Kanununun kapsamına dahil edildiğinden, basılmış eserlerin yanı sıra internet haber siteleri yoluyla işlenen suçlar da basın yoluyla işlenen suçların kapsamına dahil olmuştur. Basın yoluyla işlenmiş bir suçun söz konusu olabilmesi için suçu içeren yazı, resim veya karikatür gibi bir düşünce unsurunun bunu basmaya elverişli bir araçla çoğaltılmasını ifade eden yayın unsuru ile bir araya gelmesi gerekir¹⁸³⁸. Bu yayın, süreli yayın¹⁸³⁹ olabileceği gibi süresiz yayın¹⁸⁴⁰ da olabilir. Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklamın basılmış bir eserle yayınlanması durumunda bu suçun basın yoluyla işlendiği kabul edilecektir¹⁸⁴¹. 5187 sayılı Kanun m. 11, basın yoluyla işlenen suçlarda ceza sorumluluğunu düzenlemektedir. Anılan hükümde belirlenen bazı durumlar yönünden objektif sorumluluk

¹⁸³⁴ **Algan**, s. 242; **Ekiz**, s. 281-282.

¹⁸³⁵ Basılmış eser, yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını ifade eder (5187 sayılı Kanun m. 2/a).

¹⁸³⁶ **Demirbaş**, s. 438.

¹⁸³⁷ 18.10.2022 tarih ve 31987 sayılı RG.

¹⁸³⁸ **Dönmezer/Erman**, s. 537.

¹⁸³⁹ Süreli yayın, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ve internet haber sitelerini ifade eder (5187 sayılı Kanun m. 2/c).

¹⁸⁴⁰ Süresiz yayın, belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri ifade eder (5187 sayılı Kanun m. 2/h).

¹⁸⁴¹ **Algan**, s. 243.

esas kabul edilmiştir¹⁸⁴². Buna göre, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Ancak eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde süreli yayınlarda, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Süresiz yayınlarda ise yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde basımcı sorumlu olur. Belirtelim ki bu kişiler, fail gibi cezalandırılacaktır. Süreli yayınlarda, eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. Böylece süreli yayınlarda sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin ceza sorumluluğunun esası objektif sorumluluğa değil, iradi davranışına bağlanmıştır¹⁸⁴³. 5187 sayılı Kanun m. 11/5'te ceza sorumluluğuna ilişkin maddede öngörülen bu düzenlemelerin, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam yayınlama suçunun basın yoluyla işlenmesi durumunda, ceza sorumluluğuna ilişkin 5187 sayılı Kanun m. 11'de öngörülen esaslar bu suçta da aynen uygulanacaktır¹⁸⁴⁴. Nitekim Yargıtay da böbrek satışına yönelik bir ilanın süreli yayın olan gazetede yayınlanmasına müsaade eden haber müdürünün organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam yayınlama suçunun faili olarak cezalandırılacağını kabul etmiştir¹⁸⁴⁵.

¹⁸⁴² Dönmezer/Erman, s. 539-540; Demirbaş, s. 440.

¹⁸⁴³ Demirbaş, s. 441.

¹⁸⁴⁴ Algan, s. 244.

¹⁸⁴⁵ "Temyize gelmeyen sanık İ. Ç. 'nın, maddi durumunun iyi olmaması, evlenmek ve dişlerini yaptırmak istemesi nedeniyle böbreğini satışa çıkarmaya karar verdiği, 14.01.2014 tarihinde "Torba'nın Sesi" adlı gazeteye giderek, anılan gazetede muhabir olarak çalışan temyize gelmeyen sanık K. K. ile görüştüğü, kendisine böbreğini satmak istediğini söylemesi üzerine, K. 'ın, İ. 'in fotoğraflarını çektiği ve İ. 'i patronu olduğunu söylediği temyize gelmeyen gazetenin genel yayın yönetmeni sanık S. K. ile tanıştırdığı, S. 'ın, böbreğin için kaç para istiyorsun demesi üzerine 50.000 -TL bedel talep ettiğini söylediği, S. 'ın bu durumu gazetenin haber müdürü olan sanık V. 'a söylediği, sanık V. 'ın, İ. ile telefonda görüştüğü, haberin doğruluğunu teyit ettikten sonra gazetede yayınlanmasına izin verdiği ve 15.01.2014 tarihinde "Torba'nın Sesi" adlı gazetenin ilk sayfasında "Satılık Böbrek!" ibaresi ile manşetten haber yapılması üzerine harekete geçen kolluk kuvvetleri tarafından yapılan soruşturma neticesinde düzenlenen iddianame ile açılan dava sonucunda, gazete muhabiri tarafından yapılan böbrek satışı haberinden haberdar olan ve yayınlanmasına müsaade eden anılan gazetenin haber müdürü sanık V. A. hakkında kurulan hükümde bir isabetsizlik bulunmamakla..." Yarg. 12. CD, E: 2020/3711, K: 2021/3837, T: 21.04.2021 (UYAP Veri Tabanı).

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklamın Türkiye Radyo – Televizyon Kurumunun (TRT) yayınlarında yayınlanması halinde, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu¹⁸⁴⁶ m. 28 uyarınca yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumlu olacaktır. Böylece fikir unsurunu gerçekleştiren kişi ile birlikte, yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişinin de fail gibi işlenen suçtan sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁸⁴⁷. Bununla birlikte, kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli TRT personeli o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmemiş ise, işlenen suçtan sorumlu olmayacaktır (2954 sayılı Kanun m. 28/2).

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklamın herhangi bir özel radyo veya televizyon kuruluşunun yayınlarında yayınlanması halinde ise 6112 sayılı Kanun m. 46 uyarınca yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdür de bu suçtan fail gibi sorumlu tutulacaktır¹⁸⁴⁸. Ancak kuruluşun idare ve temsiline yetkili kişiler, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına yayına karar vermişlerse, bu durumda sadece yayına karar veren kişiler suçtan sorumlu olurlar. Böylece tıpkı süreli yayınlar yoluyla işlenen suçlarda olduğu gibi burada da sorumlu müdürün ceza sorumluluğunun esası objektif sorumluluğa değil, iradi davranışına bağlanmıştır.

7.6.3. İçtima

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu daha önce ifade etmiştik. Dolayısıyla “ilan veya reklam verme” ya da “ilan veya reklam yayınlama” fiillerinden birisinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Failin bu seçimlik hareketlerin her ikisini birden gerçekleştirmesi halinde de tek bir suç oluşacak ve fail hakkında tek bir cezaya hükmolunacaktır¹⁸⁴⁹. Söz gelimi, diyaliz tedavisi gören çocuğu için böbrek arayışında olan bir kişinin belli bir çıkar karşılığında böbrek alacağına dair hazırladığı el ilanını meydanda dağıttığı gün, daha fazla kişinin bilgisine ulaşması için bu ilanın fotoğrafını çekerek kendi sosyal medya hesabından da herkese açık olarak yayınlaması halinde, tek suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Her ne

¹⁸⁴⁶ 14.11.1983 tarih ve 18221 sayılı RG.

¹⁸⁴⁷ Demirbaş, s. 443.

¹⁸⁴⁸ Algan, s. 245; Ekiz, s. 282.

¹⁸⁴⁹ Algan, s. 247; Ekiz, s. 283; Karakaya, s. 403.

kadar aynı suçun birden fazla seçimlik hareketini bir arada gerçekleştirmek suçun tekliğini etkilemese de bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır¹⁸⁵⁰.

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür¹⁸⁵¹. Örneğin, böbrek hastası olup nakil sırasında epey geri sıralarda olan failin bir an evvel sağlığına kavuşmak için belli bir çıkar karşılığında böbrek alacağına yönelik ilan vermesi, sonuç alamamasının ardından iki ay sonra yeni bir ilan vermesi durumunda bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla fail hakkında tek cezaya hükmedilmekle birlikte TCK m. 43/1 gereğince cezasında artırım yapılacaktır. Belirtelim ki, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla kez işlenen aynı suçun birbirinden farklı seçimlik hareketlerle işlenmesi zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel değildir¹⁸⁵².

Failin tek ilanla birden fazla organ ve doku teminine ilişkin ilan verilmesi durumunda hukuki anlamda tek fiilin ve tek suçun varlığı kabul edilmelidir. Örneğin, belli bir çıkar karşılığında hem karaciğer hem de böbrek temin edileceğine dair hazırladığı el ilanını dağıtan kişinin tek suç işlediği kabul olunur. Failin organ veya doku teminine yönelik aynı anda birden fazla ilan veya reklam vermesi ya da birden fazla ilan veya reklam yayınlaması halinde, doğal anlamda birden fazla hareket olmasına karşılık bunlar hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmelidir¹⁸⁵³. Zira aynı türden davranış şekli olduğunda bir tereddüt bulunmayan ve birlik arz eden bir iradeyle birbirine bağlanan bu hareketler arasında zaman ve mekân bakımından sıkı bir irtibat bulunmaktadır. Örneğin bir gazetenin ilk sayfasında böbrek, üçüncü sayfasında kornea ve beşinci sayfasında da karaciğer teminine dair ilanları yayınlayan fail, hukuki anlamda tek ilan yayınlama fiilini işlemiş olacaktır. Organ veya doku teminine yönelik ilan yayınlama suçunun mağduru toplumu oluşturan tüm bireyler olup, bu suçun aynı anda farklı mağdurlara karşı işlenmesi mümkün olmadığı için aynı neviden fikrî içtimaya ilişkin TCK m. 43/2 burada uygulanamayacaktır. Bu sebeple belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik aynı anda birden fazla ilan veya reklam veren ya da birden fazla ilan veya reklam yayınlayan failin, hukuki anlamda tek fiille tek suç

¹⁸⁵⁰ Gözübüyük, s. 146.

¹⁸⁵¹ Özen, s. 336; Köksal, s. 247; Karakaya, s. 404.

¹⁸⁵² Özen, s. 336.

¹⁸⁵³ Algan, s. 247; Buna karşılık Köksal, yayınlanan ya da verilen ilan ve reklam sayısı kadar suç oluşacağını savunmaktadır. Bkz. Köksal, s. 247.

işlediği sonucuna varılmalıdır. Verilen ya da yayınlanan ilan veya reklam sayısının birden fazla olması temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacaktır.

Bu başlık altında değinilmesi gereken önemli bir husus da, TCK m. 91/6'da tanımlanan organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suçu ile TCK m. 91/3'te düzenlenen organ veya doku satmak, satın almak ya da satışına aracılık etmek suçu arasındaki ilişkidir. Zira bahsedilen iki suç arasında birtakım benzeşimlerle birlikte bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Bu kapsamda, TCK m. 91/3'te tanımlanan suçun oluşması yönünden organ veya dokunun para ya da sair maddi çıkar karşılığında tedavüle tabi tutulması gerekmekte iken; TCK m. 91/6'da tanımlanan suç bakımından para ya da değeri parayla ölçülebilen maddi menfaatin yanı sıra, manevi menfaat karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan ve reklam vermek veya yayınlamak da anılan suça vücut vermektedir. Keza TCK m. 91/3'te tanımlanan suç bakımından failin belirli bir saik veya maksatla hareket etmesi gerekli olmayıp suça ilişkin kastının varlığı yeterli iken; TCK m. 91/6'da yer alan suç yönünden failin ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiilini belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini maksadıyla işlemesi gerekmektedir. Belirtelim ki, para ya da sair bir maddi çıkar karşılığında organ veya doku satışına ilişkin ilan veren failin bu fiili, aynı zamanda satışa arz niteliğinde olacaktır. Böyle bir durumda failin, organ veya doku satmak suçuna teşebbüsten mi yoksa organ veya doku teminine yönelik ilan vermek suçundan mı sorumlu olacağının ortaya konulması gerekmektedir. Burada tek fiil bulunduğu için gerçek içtimadan bahsedilemeyeceği gibi suçların çokluğu görünüşte olup birden fazla norm fiille ilgili görünse de gerçekte uygulanacak tek norm bulunduğu¹⁸⁵⁴, suçların içtimandan ziyade bizce görünüşte içtima ilkelerine göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Ceza normlarının birbirleriyle ilişkisinin belirlenmesine ilişkin olarak, görünüşte içtimain özel-genel norm, asli-tali norm ve tüketen-tüketilen norm ilişkisi şeklinde üç görünüm şekli bulunmaktadır¹⁸⁵⁵. Bu bağlamda bir normun, diğerinin unsurlarını kapsayıp ilave unsur ihtiva etmesi durumu olmadığından, TCK m. 91/3 ile 91/6 hükümleri arasında özel-genel norm ilişkisi¹⁸⁵⁶ bulunmadığı gibi bir normun uygulanmadığı hallerde olası boşlukları doldurma görevini haiz yardımcı bir normdan söz edilemeyeceğinden, burada asli-tali norm

¹⁸⁵⁴ Görünüşte içtima halinde suçların çokluğu sadece görünüşte olup, fiille alakalı birden çok norm ilgili görünse de esasen fiile uygulanacak tek ceza normu bulunmaktadır. Bkz. **İçel**, s. 36; **Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri** (2018), s. 576.

¹⁸⁵⁵ **İçel**, s. 37 vd.; **Artuk/Gökçen/Alşahin ve diğerleri**, s. 781; **Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri** (2018), s. 576-580.

¹⁸⁵⁶ **İçel**, s. 37; **Koca/Üzülmez** (2023a), s. 563.

ilişkisi¹⁸⁵⁷ de bulunmamaktadır. *Kanaatimizce* para ya da sair bir maddi çıkar karşılığında organ ve doku satışına ilişkin ilan veya reklam verilmesi ya da yayınlanması halinde, tüketen-tüketilen norm ilişkisi gereğince failin yalnızca organ veya doku satmak ya da satın almak suçuna teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilmelidir. Zira TCK m. 91/3'te tanımlanan suçla korunan hukuki değerler ile bu suçun ön aşamasını oluşturan hareketleri kapsamına alan TCK m. 91/6'da tanımlanan suçla korunan hukuki değerler nazara alındığında, böyle bir durumda işlenen fiil neticesinde ihlal edilen organ veya doku satmak ya da satın almak suçuna ilişkin normun, organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermeye ilişkin haksızlığı içine alarak eritip tükettiği kabul edilmelidir. Para ya da sair bir maddi çıkar karşılığında organ veya doku teminine ilişkin ilan veren failin, bu ilan sonucunda bir kimse ile organ veya doku karşılığında maddi menfaat sağlama hususunda anlaşması halinde de tüketen-tüketilen norm ilişkisi gereğince yalnızca TCK m. 91/3'te tanımlanan suçtan sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁸⁵⁸. Bununla birlikte *kanaatimizce* organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suçu ile TCK m. 91'de düzenlenen yaşayan veya ölüden organ ve doku almak suçu ve hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organ ve dokuyu aşılama suçu arasında içtima ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veren kimse, yaşayan veya ölüden organ almışsa yahut hukuka aykırı yollarla elde edilen organı aşılama gerçeği içtima doğrultusunda sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.

7.7. Yaptırım

TCK m. 91/6'da belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren ya da yayınlayan kimse için bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddede hapis cezasının alt sınırı belirtilmediğinden, TCK m. 49/1 uyarınca bu suça ilişkin hapis cezasının alt sınırı bir aydır.

Bu suçta, maddi konunun organ veya doku olmasına göre ceza miktarı yönünden bir ayrıma gidilmemiştir.

¹⁸⁵⁷ İçel, s. 38; Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri (2018), s. 580; Koca/Üzülmez (2023a), s. 568.

¹⁸⁵⁸ Aksi görüşte olan Köksal, böyle bir durumda failin gerçek içtima gereğince hem TCK m. 91/3 hem de TCK m. 91/6 hükümlerinden sorumlu olacağını savunmaktadır. Bkz. Köksal, s. 242, dn. 778.

Organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklam vermek veya yayınlamak suçunun bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK m. 91/7 gereğince tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

7.8. Muhakeme

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu, soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye bağlı olmayan, re'sen takibi gereken suçlardandır¹⁸⁵⁹.

Bu suçta dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Uzatılmış yani olağanüstü dava zamanaşımı süresi ise, TCK m. 67/4 gereğince olağan zamanaşımı süresinin en fazla yarısına kadar uzayacağı için on iki yıldır.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemesidir.

Bu suçta davaya bakmak yetkisi ise, suçun işlendiği, yani ilan veya reklamın verildiği ya da yayınlandığı yer mahkemesine aittir. Suç zincirleme şekilde işlenmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu ülkede yayımlanan basılı bir eserle işlenmişse yetki, CMK m. 12/3 uyarınca eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Bu suçun görsel veya işitsel yayınlar yoluyla işlenmesi halinde de yetkili mahkeme CMK m. 12/3'e göre belirlenecektir.

Öte yandan, organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçunun basılmış bir eser veya internet haber siteleri yoluyla işlenmesi

¹⁸⁵⁹ Köksal, s. 248; Gözübüyük, s. 153; Algan, s. 248; Kasapoğlu Halıcı, s. 104; Polat, s. 68; Ekiz, s. 285; Karakaya, s. 405.

durumunda, 5187 sayılı Kanun m. 26 uyarınca¹⁸⁶⁰ bu suçla ilgili ceza davasının, günlük süreli yayınlar ve internet haber siteleri yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur. Belirtelim ki, bu süreler muhakeme şartıdır. Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten, internet haber siteleri için ise habere ilişkin suç ihbarının yapıldığı tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde dava süresinin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, dava zamanaşımına ilişkin süreleri aşamaz.



¹⁸⁶⁰ Madde hükmü şu şekildedir: “Basılmış eserler veya internet haber siteleri yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar ve internet haber siteleri yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten, internet haber siteleri için ise habere ilişkin suç ihbarının yapıldığı tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

Kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez.”

SONUÇ

Bu çalışmada TCK'nın 91 ilâ 93 üncü maddelerinde düzenlenen organ veya doku ticareti suçları teorik ve pratik yönleriyle geniş bir perspektiften incelenmiş; konuyla ilgili tartışmalı ve sorunlu hususlar tespit edilerek bunlara yönelik çözüm önerileri sunulmuştur.

Bu kapsamda konunun ayrıntısıyla anlaşılabilmesi için ilk bölümde organ ve doku nakline ilişkin temel kavramlar ve naklin tarihsel gelişimi açıklanmış; naklin dini inançlar ve tıbbi etik açısından incelenmesinin ardından konuyla ilgili temel mevzuat ortaya konulmuştur. Bu bölümde ilk olarak “hücre”, “doku”, “organ”, “insan kökenli biyolojik madde”, “gref”, “transplantasyon”, “kompozit doku ve nakli”, “alıcı ve verici”, “organ veya doku uyumsuzluğu ve reddi” kavramları tanımlanmıştır. Akabinde organ ve doku naklinin taşıdığı önemin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla bugüne kadar kat ettiği sürece ilişkin dünyada ve Türkiye'deki tarihsel gelişimi ayrı ayrı ele alınmıştır. Organ ve doku nakli alanında başarılı sonuçların tüm dünyada artmasıyla birlikte bunun aynı zamanda tıbbi etiğin dört temel ilkesinden olan “adalet, özerklik ve zarar vermeme” prensiplerini ihlal ettiği tartışmaları ekseninde, naklin etikle ilişkisi detaylıca incelenmiştir. Dünyadaki insanlar ve ülkeler arasındaki dini inanç farklılıklarının, organ ve doku nakli oranlarını etkilemesi nedeniyle naklin dini yönden incelenmesi gerçekleştirilmiştir. Bu bölümde son olarak organ ve doku nakli ile ilgili temel mevzuat ele alınmıştır. Ülkemizde organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline ilişkin usul ve esaslar 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı ODNK'da düzenlenmiştir. Konuya ilişkin temel düzenleme niteliğindeki bu Kanunun kabul tarihi dikkate alındığında, organ ve doku naklinin dünyadaki pek çok ülkeden önce Türkiye'de hukuki düzenlemeye kavuşturulduğu görülmektedir. Bu da elbette sevindirici bir durumdur. Belirtelim ki, organ ve doku nakli ile ilgili tek düzenleme ODNK'dan ibaret değildir. Bunun yanı sıra konuya ilişkin hükümlerin bulunduğu 4721 sayılı TMK ile 09.12.2022 tarihli ve 32038 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Organ ve Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ve konuya dair diğer düzenleyici işlemlere değinilmiş; organ ve doku nakline ilişkin bir takım fiillerin suç olarak düzenlendiği TCK'nın 91 ilâ 93 üncü maddeleri de ortaya konulmuştur. Ayrıca ve ülkemizin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin konuya ilişkin getirdiği hükümler de açıklanmıştır.

Organ veya doku nakli, kişilik haklarını doğrudan ilgilendiren bir tıbbi müdahale türü olduğu için hukukun buna kayıtsız kalması düşünülemeyeceğinden, belli koşul ve ilkelere bağlanmıştır. Bu sebeple ikinci bölümde yaşayan ve ölüden organ veya doku alınmasının

hukuki koşullarına ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. İfade edelim ki, bu koşullar çalışma konumuzu oluşturan suçların gerçekleşmesini de doğrudan etkilemektedir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasının koşullarını üstün amaç, uygun vericinin seçilmesi, bağışlanan organ veya dokunun vericinin hayatını sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak nitelikte olmaması ve rızanın bulunması olarak sıralayabiliriz. Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasıyla ilgili önemli meselelerden biri ODNK m. 5'te düzenlenen on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasağıdır. Zira bu yasak nedeniyle henüz on sekiz yaşını doldurmamış bir anne, hayata tutunmak için böbrek nakli bekleyen çocuğuna böbreğini bağışlayamamaktadır. Ayrıca bu annenin rızası hukuken geçerli olmadığı için böbreğin alınması, TCK m. 91/1'de tanımlanan suça vücut vermektedir. Halbuki İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 20/2'de belli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla rıza açıklama yeteneği olmayan kişiden kendini yenileyebilen dokuların alınmasına izin verilmiştir. Ancak bu düzenlemeye ODNK m. 5 ile uyumlu olmaması gerekçe gösterilerek ülkemiz tarafından çekince konulmuştur. *Kanaatimizce* çekince koymak yerine ODNK m. 5 hükmünün Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Diğer bir mesele de bağışa ilişkin rıza açıklamasının geçerli olabilmesi için ODNK m. 6'da öngörülen sıkı şekil şartlarıdır. Belirtelim ki, organ bağışı sayısının oldukça yetersiz olduğu ülkemizde vericinin bağış iradesini sırf sıkı şekil şartlarına uymaması sebebiyle geçersiz saymak yerine daha kolay ve basit şekil şartları aramak bağış sayısının artmasına katkı sağlayacaktır.

Ölüden organ veya doku naklinin başarılı şekilde gerçekleştirilebilmesi için organ veya dokunun hayatiyetini kaybetmemiş olması gerekmektedir. Bu durum beyin ölümü anlayışını ortaya çıkarmıştır. Nitekim hukukumuzda da ONHY m. 8 ve ek-1 hükümleriyle ölüden organ veya doku alınmasında beyin ölümü anlayışı kabul edilmiştir. *Kanaatimizce* bu denli önemli bir konu yönetmelikte değil, kanunda düzenlenmelidir. ODNK m. 14/2 ve m. 14/4'te belirtilen istisnai durumlar hariç olmak üzere ölüden organ veya doku alınmasında kural olarak *irade modeli* benimsenmiştir. İfade edelim ki, yapılan araştırmalara göre gelişmiş ülkelerde ölüden temin edilen organ ve doku sayısı yaşayan kişilerden elde edilen organ ve doku sayısına nazaran daha fazladır. Ülkemizde ise durum tam tersidir. Ölüden organ veya doku temini sayısının artırılması için her ölen kişinin potansiyel organ rezervi teşkil ettiği gerçeğinden hareket edilerek irade modeli yerine *itiraz modelinin* kabul edilmesi

gerektiği savunulmuştur. *Kanaatimizce* ölenin kendi geleceğini belirleme hakkının ve yakınlarının kişilik hakkının korunması bakımından irade modeli sisteminin uygulanmasına devam edilmesi gerekmektedir. Bizce ölüden temin edilen organ veya doku sayısının artırılması için yapılması gereken, tercih edilen rıza modelinde bir değişiklik yapmak yerine insanların bağışa karşı daha duyarlı hale getirilmesine ilişkin çalışmalar yürütölmesi ve bağışı kolaylaştıracı usullerin benimsenmesidir. Bu kapsamda ölü vericinin tedavi ve cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması, yakınlarının kamu hizmetlerinden öncelikli yararlandırılması ya da vergi muafiyeti gibi bağışı özendirici tedbirler öngörölmesi çözüme katkı sağlayabilir. Ayrıca toplum ve tıbbi personel beyin ölümü konusunda bilinçlendirilmelidir.

ODNK m. 14/4 hükmünde, belli koşulların gerçekleşmesi halinde kaza veya doğal afetler sonucu ölen kişiden rıza aranmaksızın organ ve doku alınmasına cevaz verilmiştir. Kanunkoyucunun her ne sebep altında olursa olsun ölüm şekline göre ayırım yapmasını doğru bulmamaktayız. Bu yönüyle anılan düzenlemenin yeniden ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ölüden organ veya doku alınmasıyla ilgili bir diğer önemli mesele de otopsi yapılması gerekli olan durumlarda otopsi işlemine mi yoksa organ ve doku alınmasına mı öncelik verileceğidir. ODNK m. 14/4'te kaza veya doğal afetler sonucu gerçekleşen ölüm vakalarında otopsinin organ ve doku alımından sonra gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Kaza veya doğal afet dışındaki bir nedenle gerçekleşen ölümlerde hangi işleme öncelik verileceği hususunda ise bir düzenleme bulunmamaktadır. *Kanaatimizce* nakil bekleyen bir kişinin yaşama hakkının korunması ve iyileştirilmesi için otopside önce organ ve doku alımını gerçekleştiren hekim zorunluluk halinden yararlanacaktır. Bununla birlikte konuya ilişkin tartışmaların sonlanması ve tereddütlerin giderilmesi için otopsi ile organ veya doku alımı arasındaki öncelik ilişkine dair kanunda açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Nakil bekleyen hasta sayısının her geçen gün artmasına karşılık temin edilen organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılayamaması, şifa arayışındaki çaresiz insanları hukuk dışı yollardan organ ve doku teminine sevk etmiştir. Ancak bu fiiller, insan onuru, yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığı gibi üstün nitelikteki hukuki değerleri ihlal ettiğinden, diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de cezaya layık görülerek suç olarak düzenlenmiştir. Bu

kapsamda çalışmamızın üçüncü bölümünde esas konumuz olan TCK’da düzenlenen organ veya doku ticareti suçları ele alınmıştır.

TCK m. 91 hükmünde “Organ veya doku ticareti” kenar başlığı altında “yaşayan kişiden organ veya doku almak”, “ölüden organ veya doku almak”, “organ veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek”, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya doku saklamak, nakletmek veya aşılacak” ve “organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak” şeklinde farklı suç tipleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla maddede yalnızca organ veya doku ticareti suçu düzenlenmediği için, madde kenar başlığı madde içeriğini karşılamamaktadır. Bu sebeple madde başlığının madde içeriğinde yer alan suçların tamamını kapsaması için “Organ veya dokuyu konu alan suçlar” şeklinde değiştirilmesini önermekteyiz.

Ceza kanunlarının sistematğinde suçlar, korudukları hukuki değerlere göre sınıflandırılmaktadır. TCK m. 91’de tanımlanan suçların koruduğu ortak hukuki değer vücut dokunulmazlığı olmadığından, bu suçlara TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde yer verilmesi isabetli değildir. Esasında birbirinden farklı hukuki değerleri de korumakla birlikte bu suçların koruduğu ortak hukuki değer sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. Bu itibarla TCK sistematğinde bu suçlara “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümünde değil, “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” bölümünde veya ihdas edilecek sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ilişkin bir bölümde yer verilmesi daha yerinde olacaktır.

Kanaatimizce organ ve dokuyu konu alan suçların işlenmesinin temel sebebi, sağlığına kavuşabilmek için organa ve dokuya muhtaç olan hastaların ihtiyacını karşılayacak sayıda organın ve dokunun bulunamamasıdır. Nakil bekleyen hasta sayısının her geçen gün artmasına karşılık temin edilen organ ve doku sayısının ihtiyacı karşılamaktan uzak olması, dünyadaki tüm ülkelerin ortak sorunudur. TCK m. 91’de tanımlanan suçların ihlal ettiği insan onuru gibi önemli hukuki değerler ile doğurduğu iktisadi ve toplumsal sonuçlar dikkate alındığında, her ülkenin ortak sorunu olan bu suçlarla küresel olarak etkin şekilde mücadele edilmesinin bir gereklilik olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 91’de tanımlanan suçlara ceza kanununun yer yönünden uygulanma alanına ilişkin evrensellik ilkesinin düzenlendiği TCK m. 13 hükmünde yer verilmesi, bu suçlarla uluslararası mücadele bakımından yararlı olacaktır.

TCK m. 91’da tanımlanan suçların özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK m. 91/7 hükmü gereğince tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, bazı hallerde, suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatin miktarı tespit edilememektedir. Bu hallerde miktarı tespit edilemeyen kazancın müsadere yoluna gidilemediği için bu kazanç, yararına suç işlenen tüzel kişinin yanına kâr kalmaktadır. TCK m. 20/2’de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı hüküm altına alındığından, tüzel kişiler adli para cezasıyla da cezalandırılmamaktadır. Tüzel kişiler hakkında adli para cezasına hükmedilemediği için ekonomik çıkar amacıyla işlenen birtakım suç tipleri Kabahatler Kanunu m. 43/A’da bentler halinde sayılarak, bu suçların bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. *Kanaatimizce* TCK m. 91’de tanımlanan suç tipleri de gelir getirmeye elverişli suçlar olduğundan, bu suçların Kabahatler Kanunu m. 43/A hükmüne eklenmesi isabetli olacaktır.

TCK m. 91/1’de hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen yaşayan kişiden organ ve doku alımlarından yalnızca “hukuken geçerli rızaya dayalı” olma koşulunu taşımayanlar suç olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucunda ODNK m. 9’da düzenlenen organ veya dokunun alınmasından önce vericinin sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunluluğuna uyulmaksızın organ veya doku alınması fiili TCK m. 91/1’de tanımlanan suça vücut vermeyecektir. TCK m. 91/2’de ise hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması fiilleri suç kabul edilerek yalnızca geçerli rıza koşulunu taşımayanlar değil, bu koşulun haricinde ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluğunu sağlayan diğer koşullara uyulmadan gerçekleştirilen fiiller de suç kapsamına dahil edilmiştir. Belirtelim ki, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen yaşayan kişiden organ veya doku alınması ile ölüden organ veya doku alınması fiilleri arasında suç kapsamı bakımından oluşturulan bu farklılığın sebebini anlamak mümkün değildir. *Kanaatimizce* bu farklılığın ortadan kaldırılması ve ihlal ettiği hukuki değer öneminde binaen hukuken geçerli rızaya dayalı olma dışında ODNK’da öngörülen diğer koşulları taşımayan yaşayan kişiden organ veya doku alınması fiillerine de ceza hukukunun yaptırım araçlarıyla karşı konulması gerekmektedir. Zira yukarıdaki örnekte bahsedilen tıbbi inceleme ve tahlil yapma zorunluluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilen organ veya doku alınması fiilinin ceza

hukukuyla korunması gereken yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü değerini ihlal ettiği için cezaya layık olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle TCK m. 91/1’de değişiklik yapılarak “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” ibaresinin yerine tıpkı TCK m. 91/2’de olduğu gibi “hukuka aykırı olarak” ibaresine yer verilmek suretiyle suç kapsamının genişletilmesini önermekteyiz.

TCK m. 91/4 hükmünde yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu ile organ veya doku satma, satın alma ya da satılmasına aracılık etme suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Örgütlü suçluluğun toplum açısından yarattığı tehlikenin büyüklüğü ve son yıllarda organ ve doku ticaretinin örgütler için cezbedici bir uğraşı haline geldiği nazara alındığında bu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesi yerinde olmuştur. Ancak bu nitelikli halin TCK m. 91’de yer alan tüm suçlar yönünden geçerli olmayıp, yalnızca TCK m. 91/1 ve TCK m. 91/3’te tanımlanan suçlarla sınırlı olarak öngörülmesi **isabetli değildir**. Zira TCK m. 91’de tanımlanan suçlar esasen birbirleriyle sıkı bağlantı içerisinde olan, hatta çoğu zaman bir olayda beraber bulunan ya da birbirinin devamı şeklinde art arda gerçekleştirilen suçlardır. Dolayısıyla yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu ile organ veya doku ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin bu suçlar bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmesine ilişkin hukuki gerekçeler, maddede öngörülen diğer suçlar yönünden de aynen geçerlidir. Bu sebeple TCK m. 91/4 hükmünün yeniden kaleme alınarak “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” şeklindeki nitelikli halin TCK m. 91’de yer alan tüm suçlar yönünden kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” şeklindeki nitelikli halin yanı sıra TCK m. 91/1’de tanımlanan yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından “suçun işlenmesinde cebir ya da tehdit kullanılması” veya “suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi” gibi hususların da nitelikli hal olarak kabul edilmesi, bu suçla mücadelede katkı sağlayacaktır.

TCK m. 91/1’de organ alma fiili ile doku alma fiili arasında ceza miktarı yönünden bir farklılık oluşturulmuştur. Buna göre organ almanın karşılığında beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası öngörülürken, suçun konusunun doku olması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Organ veya doku satma, satın alma veya satışa aracılık etme suçunda hükmolunacak yaptırım yönünden TCK m. 91/1’e atıf yapıldığı için, ceza miktarı bakımından oluşturulan bu farklılık, bu suçta da aynen geçerli olmaktadır. *Kanaatimizce*

suçun konusunun organ veya doku olmasına göre ceza miktarı yönünden bir ayırım yapmak yerine cezanın belirlenmesinde organ veya doku alınması sonucunda mağdurun vücudunda meydana gelen fonksiyon kaybını esas alan bir yaklaşımın belirlenmesi daha yerinde olacaktır. Zira bazı hallerde doku alınması, organ alınmasına nazaran daha fazla fonksiyon kaybına yol açarak mağdur yönünden daha ağır zarara neden olabilmektedir.

TCK m. 91'in madde başlığına ismini veren organ veya doku ticareti suçu, üçüncü fıkra düzenlenmiştir. Anılan hükümde suçun seçimlik hareketleri olan satmak, satın almak ve satışa aracılık etmek fiillerinin hangi anda tamamlanmış sayılacağına dair bir belirlemeye yer verilmediği için bu suçun tamamlanması için organ veya dokunun tesliminin gerekip gerekmediğine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Biz organ veya dokunun karşılığında para ya da sair bir maddi menfaat sağlama konusunda tarafların anlaşmasının organ veya doku satmak ve satın almak suçunun tamamlanması bakımından yeterli olduğunu, organ veya dokunun tesliminin gerekmediğini düşünmekteyiz. Organ veya dokunun satışına aracılık etme suçunun ise taraflar arasında satış anlaşmasının sağlanmasıyla değil, anlaşma girişimi başarısızlıkla sonuçlansa bile alıcıyla satıcının bir araya getirilmesiyle tamamlanacağı görüşündeyiz. Bununla birlikte bu suçun tamamlanma anına dair açık bir düzenleme yapılması bu konuda süregelen tartışmaların sonlandırılmasını sağlayacaktır. *Önerimiz*, taraflar arasında anlaşmanın sağlanmasının suçun tamamlanma anı olarak esas alınması, buna karşılık organ veya dokunun tesliminin ise suçun nitelikli hali olarak öngörülmesidir.

AY m. 10/3 hükmünde çocuklar, özürllüler ve malullar hakkında alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı düzenlenmiştir. AY m. 41'de de her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkının olduğu hükme bağlanmış; aynı maddede devlete her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirler almasına ilişkin pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Anayasanın ilgili hükümleri dikkate alındığında devletin çocukları her türlü istismardan koruma görevi olduğu, doğuştan ya da sonradan ortaya çıkan sebeplerle dezavantajlı durumda oldukları için hukuk tarafından daha fazla himaye edilme gereksinimi olan çocuklar, özürllüler ve malulları korumak için birtakım pozitif ayrımcılık düzenlemeleri öngörülebileceği anlaşılmaktadır. Organ ticaretinin istismara sebebiyet verdiği izahtan varestedir. Dolayısıyla organ ticaretine karşı çocuklar, özürllüler ve malullara özgü cezayı artırıcı nitelikli hal öngörülmesi, dezavantajlı olan bu kimselerin hukuk tarafından korunmasına *kanaatimizce* katkı sağlayacaktır. Bu nedenle organ veya doku satmak, satın

almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunda “suçun konusunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ait olması” halinin nitelikli unsur olarak öngörülmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca TCK m. 91/3’te düzenlenen organ ve doku ticaretinin suç olarak ihdas edilmesinin sebebi, insanın en üstün değer sayıldığı uygar bir toplumda herhangi bir mübadelenin ve mülkiyetin konusu olamayan organ ve dokularının ticari bir meta gibi alınıp satılmasının kabul edilmemesidir. Belirtelim ki, teknoloji alanında yaşanan gelişmeler ve ilerlemeler neticesinde insanların elektronik yöntemlerle iletişim kurmaları oldukça yaygın hale gelmiştir. Dolayısıyla internet ağı veya elektronik haberleşme yöntemleriyle günümüzde organ satıcısı ile alıcısının birbirlerini bulmaları, iletişim kurmaları, bir araya gelmeleri ve organ veya dokunun satışa arzı oldukça kolaylaşmıştır. Bu durum, kanaatimizce organ veya doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek suçlarının işlenmesini kolaylaştırmıştır. İşte bu nedenle suçla etkin mücadele bakımından organ veya doku satmak, satın almak ya da satılmasına aracılık etmek suçunda “suçun internet ortamı veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi” halinin nitelikli unsur olarak ihdas edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Organ veya doku ticareti suçunda organ veya dokunun ticari bir meta gibi satılması, satın alınması ve satışına aracılık edilmesi yasaklanmıştır. Buna karşılık organ veya dokunun satış bedeli niteliğinde olmayıp vericiye kâr sağlama amacı gütmeyen, vericinin nakil sebebiyle ortaya çıkan masraf ve harcamalarının alıcı tarafından karşılanmasına izin vermek gerekmektedir. Zira hiçbir zorunluluğu olmamasına rağmen sırf başka bir insanın sağlığına kavuşmasını sağlamak adına kendi sağlığının bozulmasını göze alarak fedakârlık yapıp organ veya dokusunu bağışlayan vericiyi hastane masraflarını ödemek zorunda bırakmak ve geçirdiği operasyon sebebiyle yapmış olduğu harcamalar ile çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi etmemek adalet hissi ile bağdaşmaz. Bu sebeple kendisinden organ veya doku alınan vericinin bu operasyon nedeniyle ortaya çıkan tedavi ve hastane harcamaları, hastaneye ulaşım ve konaklama masrafları ile operasyon sonrası zorunlu sağlık istirahati sebebiyle çalışmadığı günlere ilişkin maddi kaybının karşılanması organ veya dokunun satış bedeli olarak sayılamayacağı için, bu suçu oluşturmaz.

TCK m. 92’de yalnızca organ veya dokularını satan kişi yönünden öngörülen kusurluluğu etkileyen bir neden olarak özel zorunluluk haline yer verilmiştir. Buna göre, organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz

önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilecektir. Maddenin uygulanma koşulu, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar sebebiyle kendi organ ve dokularını satmasıdır. Organ ve dokularını satmak durumunda kalan kişilerin çoğu zaman içinde bulundukları sosyal ve ekonomik durumları sebebiyle bu fiili işledikleri dikkate alındığında, bu düzenleme organ veya dokularını satan kişilerin çoğu kez cezasız kalmasına neden olacaktır. Dolayısıyla bu düzenleme suçla mücadeleyi zayıflattığı gibi yoksul insanları, içinde bulundukları sosyal ve ekonomik koşulları mazeret nedeni olarak göstererek yaptırım korkusu olmadan organ ve dokularını satmaya da teşvik edecek niteliktedir. Bizce bu şekilde bir düzenleme getirmek yerine yoksul kişilerin insana yakışır şekilde yaşamasını sağlayacak iktisadi programlar yürütülerek bu kişilerin organ ve dokularını satacak kadar çaresizliğe düşmesi önlenmelidir. Diğer yandan maddede hükmün uygulanma koşulu olan sosyal ve ekonomik şartların tespitine ve cezada indirim yapmak veya ceza vermekten vazgeçmek seçeneklerinin tercihinin ilişkin herhangi bir ölçüte ve belirlemeye yer verilmemesi, hükmün uygulama alanını ölçüsüz şekilde genişleterek keyfi uygulamalara yol açabilecektir. Bununla birlikte hükmün uygulama alanını daraltmak için TCK m. 25/2’de yer alan genel zorunluluk halinin sıkı koşullarının aranması da yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Zira kanunkoyucunun TCK m. 92 hükmünde özel bir zorunluluk hali ihdas etmesinin amacı, kendi organ ve dokularını satan fail bakımından TCK m. 25/2’de düzenlenen genel zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmaktır. Aksinin kabulü halinde, TCK m. 92 gereksiz bir düzenleme haline gelecektir. *Önerimiz*, TCK m. 92 hükmünün kanundan çıkartılmasıdır. Zira TCK m. 25/2’de yer alan genel zorunluluk hali düzenlemesi, koşullarının gerçekleşmesi durumunda organ ve dokusunu satan kişi hakkında da uygulanabileceğinden, bu düzenlemenin yeterli olduğunu ve TCK m. 92 hükmünün gerekli olmadığını düşünmekteyiz.

Organ veya doku ticareti suçu bakımından TCK m. 93 hükmünde öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinden yalnızca kendi organ veya dokusunu satan fail yararlanabilmektedir. Etkin pişmanlığın amacının suçu ve suçluları ortaya çıkarmak olduğu nazara alındığında organ veya dokusunu satan kişinin yanı sıra bu suçtaki diğer faillere de aynı imkânın tanınması, organ veya doku ticareti suçuyla mücadeleye katkı sağlayacaktır. TCK m. 93 hükmünde suçun resmi makam ve merciler tarafından haber alınıp alınmadığına göre biri cezayı kaldıran diğeri cezayı azaltan olmak üzere iki ayrı etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Failin maddenin ilk fıkrasında öngörülen etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için gönüllü olması koşulu aranmazken, ikinci fıkrasında öngörülen etkin

pişmanlıktan faydalanabilmesi için gönüllü olması koşulu aranmıştır. Bu husustaki farklılığın sebebini anlamak mümkün olmamakla birlikte *kanaatimizce* failin gönüllü olması koşuluna maddenin ilk fıkrasında da yer verilmelidir. Öte yandan TCK m. 93 hükmünde etkin pişmanlık yönünden satılan organ veya dokunun vücuttan çıkarılmış ya da alıcıya nakledilmiş olup olmaması arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bize göre maddede satılan organ veya dokunun vücuttan çıkarılıp çıkarılmadığı ve alıcıya nakledilip nakledilmediğine göre etkin pişmanlığın doğuracağı sonuç yönünden kademeli bir ayrım yapılması ceza adaleti bakımından daha isabetli olacaktır.

TCK m. 91/5'te hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı şekilde saklanan, nakledilen veya aşıl原因an organ veya doku hukuka uygun yollarla elde edilmiş ise bu suç oluşmayacaktır. Belirtelim ki organ veya dokunun hukuka uygun yollarla elde edilmesine karşılık hukuka aykırı olarak saklanmasının suç kapsamı dışında bırakılması tarafı olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu sebeple hukuka uygun olarak elde edilen organ veya dokunun hukuka aykırı şekilde saklanması, nakledilmesi veya aşıl原因masının da suç kapsamına alınması gerekmektedir. Ayrıca birden fazla anlamı bulunan nakletmenin TCK m. 91/5'te hangi anlamıyla kullanıldığı belli değildir. Gerçekten de nakletme sözlük anlamına uygun şekilde organ veya dokunun bir yerden başka bir yere taşınması anlamına gelebileceği gibi organ veya dokunun bir hastanın vücuduna aktarılması anlamına da gelebilmektedir. Bu durum hukuki belirlilik ve suçta kanunilik ilkelerini ihlal etmektedir. Biz suç tipinde yer alan diğer fiil olan “aşıl原因mak” fiilinin, organ veya dokunun bir kimsenin vücuduna aktarılmasını ifade ettiğini kabul ettiğimiz için nakletmenin bundan daha farklı olarak organ veya dokunun transferi anlamıyla kullanıldığını düşünmekteyiz. Bununla birlikte suç tipinde yer verilen nakletmenin hangi anlama geldiğine ilişkin açık bir düzenleme yapılması, bu konudaki görüş farklılıklarının sonlandırılmasını sağlayacak ve hukuki güvenliği temin edecektir.

TCK m. 91/6 hükmünde ise belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek ya da yayınlamak suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipiyle yasaklanan, ilan ya da reklama konu organ veya doku temininin belli bir çıkar karşılığına bağlanmasıdır. Dolayısıyla ilan veya reklamın belli bir çıkar karşılığında verilmesinin ya da yayınlanmasının bu suç bakımından bir önemi yoktur. Ancak suçun kanuni tanımında yer alan “belli bir çıkar karşılığında” ifadesi cümlenin başında kullanıldığı için, bu ifadenin

organ veya doku teminini mi yoksa ilan veya reklam verme ya da yayınlamayı mı nitelediği hususunda tereddüt oluşmaktadır. Bu sebeple hükmün yazılış biçiminin “organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan” şeklinde değiştirilmesi, bu husustaki anlam karmaşasını ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan, bu suç yönünden ilan veya reklam verme fiilinin ilan veya reklamın alenileşmesiyle gerçekleşeceğini düşünmekle birlikte bu fiilin tamamlanması için aleniyetin aranıp aranmayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılması, farklı uygulamaların önüne geçecektir.

Son söz olarak ifade edelim ki, TCK m. 91 hükmünde “Organ veya doku ticareti” başlığı altında düzenlenen suçlarla en etkili mücadele, organ bağıışı sayısını artırmaktır. Zira organ ve doku sayısının yeterli olması durumunda hukuk dışı yollardan organ ve doku teminine duyulan ihtiyaç da azalacaktır. Organ bağıışı sayısını artırmak için öncelikle ODNK’da öngörülen organ ve doku nakline ilişkin koşullarda bağıışı kolaylaştırıcı usullerin benimsenmesi yönünde radikal değişiklikler yapılmalıdır. Zira her ne kadar ihdas edildiği tarihte çağın oldukça ilerisinde bir kanun olsa da günümüzün en önemli sorunlarından olan organ kıtlığının çözümünü kırk beş yıl önceki bir kanunda bulmak mümkün değildir. Bunun sonucunda, örneğin rızaya ilişkin sıkı şekil şartlarının yerine daha kolay ve esnek şartların öngörülmesi durumunda hem yasa dışı yollardan organ temini azalacak hem de sırf şekil kurallarını taşınamaması sebebiyle geçersiz olan rıza sayısı azalacaktır. Böylece hukuken geçerli rızanın bulunmamasından dolayı suç teşkil eden organ veya doku alınması fiillerinde de azalma olacaktır. Organ bağıışı sayısını artırmak için ikinci olarak, cenaze ve tedavi masraflarının devlet tarafından karşılanması gibi organ ve doku bağıışını teşvik edici politikaların belirlenmesi gerekmektedir. Son olarak ise, organ bağıışı konusunda toplumsal farkındalık oluşturacak çalışmalar yürütülmelidir. Belirtelim ki, seminer ve konferans gibi eğitim faaliyetleri, kamu spotları, yazılı ve görsel basında konuyu ele alan haber ve programlar ile organ nakli yoluyla hayata tutunmayı başarmış kişilerle gerçekleştirilen mülakatlar, organ ve doku bağıışının önemi ve gerekliliği hususunda toplumsal farkındalık oluşturarak, bağıış sayısını artırmada önemli rol oynayacaktır.

KAYNAKLAR

- Abbasoğlu, Osman/Çakmakçı, Metin** (1993) ‘Günümüzde Organ Transplantasyonu’, Bilim ve Teknik, C: 26, S: 312, (s. 825-832).
- Abik, Yıldız** (2013) ‘Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 93-147).
- Akbulut, Berrin** (2022) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akgül, Aydın** (2016) ‘İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, S: 1, s. (269-302).
- Akıncı, Şahin** (1996) Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ -Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut** (2004) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Aksaray, Buse** (2012) ‘Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu’, Sağlık Hukuku Makaleleri II, 2012, İstanbul, (s. 153-166).
- Algan, Hazal** (2018) Türk Ceza Kanunu’nda Organ ve Doku Ticareti Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Alican, Fikri** (1993) Transplantasyon, İstanbul, Afa Yayıncılık.
- Arda, Berna/Şahinoğlu Pelin, Serap** (1995) ‘Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları, Ankara Tıp Mecmuası, C: 48, (s. 323-335).
- Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin** (2004) Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayıncılık.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim**, (2020) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Atak, İsmail** (2020) ‘Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları’, Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi, S: 4, (s. 19-26).

Ataç, Adnan/Uçar, Muharrem (2013) ‘Organ Aktarımları ve Dağıtımı İle İlgili Temel Etik Sorunlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 73-92).

Atamer, Yeşim M. (2001) ‘Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar’, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C: 19, S: 1-2, İstanbul, Beta Yayıncılık, (s. 115-159).

Ateş Sarıdağ, Büşra Hazel (2021) ‘Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar’, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ayan, Mehmet (1991) Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Yayınları.

Aydın, Çağrı Kan (2011) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK md 91-93)’, Ankara Barosu Dergisi, S:1, (s. 129-162).

Aydın, M. Akif (2015) Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Aydın, Murat (2008) Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi [Aydın, (2008a)].

Aydın, Murat (2008) ‘Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, (s. 367-400) [Aydın, (2008b)].

Aygin, Dilek/Gül, Aysel (2021) ‘Geçmişten Günümüze Cerrahi ve Cerrahi Hemşireliğinin Yeri’, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, S:15, (s. 692-704).

Aygörmez, Gülsün Ayhan (2009) ‘Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S:2, (s. 135-173).

Ayiter, Nuşin (1968) ‘Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 1-2, (s. 137-144).

Badur, Emel (2017) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Bagheri, Ali (2016) ‘Child Organ Trafficking: Global Reality and İnadequate İnternational Response’, Medicine Healt Care and Philosophy, C: 19, S: 2, (s. 239-246).

Bakıcı, Sedat (2010) 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi.

Banak, Selim (2014) ‘Etik ve Hukuki Yönleriyle Organ ve Doku Nakilleri’, (Yüksek Lisans), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Barker, Clyde F./Markmann, James F. (2013) ‘Historical Overview of Transplantation’, Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine, Vol: 3, Iss: 4, (s. 1-18).

Başar, Didem, (2019) ‘Hekimin Embriyonik Kök Hücre Naklinden Dolayı Kişisel Sorumluluğu’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 39, (s. 189-214).

Battal, Ayşenur (2012) ‘Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti’, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Batur Özçetin, Arzu (2013) ‘Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması ve Yasal Durumlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 147-156).

Bauchner, Howard/Vinci, Robert (2001) ‘What Have We Learnt From the Alder Hey Affairs?’, British Medical Journal, Vol: 322, Iss: 7282, (s. 309-310).

Bayraktar, Köksal, (1972) Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Bayraktar, Köksal (1979) ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler’, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:1, S: 2, (s. 15-22).

Bayraktar, Ömer (2010) ‘Organ ve Doku Nakli’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, (s. 1297-1329).

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem (2008) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Cihan, Ali Hulki (2015) ‘Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar’, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, (s. 89-97).

Çiftçioğlu, Cengiz Topel (2015) ‘Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 2, (s. 107-146).

Çil, Orçun/Görkey, Şefik (2014) ‘Beyin Ölümü Kriterlerinin Tarihsel Gelişimi ve Kadavradan Organ Nakline Etkisi’, Marmara Medical Journal, S: 27, (s. 69-74).

Çilingiroğlu, Cüneyt (1993) Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Dangoor, Joseph Yoav/Hakim, David N./Singh, Rajinder Pal/Hakim, Nadey S. (2015) ‘Transplantation: A Brief History’, Experimental and Clinical Transplantation, Vol: 13, Iss: 1, (s. 1-5).

Değirmenci, Olgun (2014) ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 110, (s. 129-188).

Değirmenci, Olgun (2006), ‘Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 67, (s. 57-96).

Değirmenci, Olgun (2022) ‘Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Zirvesi’, 28 Temmuz 2022, Ankara, (s. 67-80).

Demirbaş, Timur (2023) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Demirsoy Aşıkoğlu, Eda (2018) ‘Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:35, (s. 319-343).

Deutsch, Ernst (2009) ‘05.11.1997 Tarihli Alman Organ Nakli Kanunu’, (Çeviren: Fatih Dönmez), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Doğan, Cahid (2013) ‘Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ ya da Doku Nakli)’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 243-275).

Doğan, Murat (2020) ‘Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Ankara, (s. 135-146).

Doğu, Hakkı Mert (2022) ‘Cesedin Bilimsel Amaçlarda Kullanılması Amacıyla Vasiyeti: Anatomi Sözleşmesi’, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 2, (s. 1469-1509).

Donay, Süheyl (2007) Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Dönmezer, Sulhi (1975) ‘Organ Nakli’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 41, S: 1-2, (s. 373-380).

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (2019) Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt II, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2009) Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Ekiz, Ömer Faruk (2022) ‘Organ ve Doku Nakli Bağlamında Cezai Sorumluluk’, (Yüksek Lisans), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

Elmas, İmdat/Tepehan Eraslan, Selma (2016) ‘Beyin Ölümü Kavramı ve Organ Transplantasyonu’, Türkiye Klinikleri Adli Tıp-Özel Konular, C: 2, S: 1, (s. 8-11).

Er, Ünal (2008) Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi.

Erem, Faruk (1979) ‘Organ Nakli Hakkında Kanun’, Yargıtay Dergisi, S: 4, C: 5, (s. 707-718).

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek (2019) Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Erman, Ragıp Barış (2006) ‘Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’, (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erpek, Ayşe Güner (2015) ‘Organ Naklinde Rıza’, (Yüksek Lisans), İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ertin, Hakan (2014) ‘Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları’, İş Ahlakı Dergisi, C: 7, S: 2, (s. 91-120).

Farr, A. D., (1980) ‘The First Human Blood Transfusion’, Medical History, Iss: 24, (s. 143-162).

Gencel Efe, Zehra (2024) ‘Hz. Peygamber Dönemi Cerrahi ve Girişimsel Uygulamalar’, Akademik Siyer Dergisi, S: 9, (s. 78-91).

Gerçekler, Hasan (2018) Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt-1, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Gökçen, Ahmet (2000) ‘Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C: 8, S: 1-2, (s. 63-85).

Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat (2013) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, (s. 111-149).

Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat (2015) Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Göktürk, Neslihan (2014) ‘Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar’, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 2, S: 1-2, (s. 31-59).

Göktürk, Neslihan (2016) ‘Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, (s. 407-450).

Gönenç, Fulya İlçin/Aslanova, Kemale (2018) ‘Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı’, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, (s. 13-32).

Gözübüyük, Gizem (2016) ‘Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları’, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gülen Kurt, Munise (2020) ‘Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Sorunlar’, (Yüksek Lisans), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü [**Gülen Kurt**, (2020a)].

Gülen Kurt, Munise (2020) ‘Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 146, (s. 187-218) [**Gülen Kurt**, (2020b)].

Gürbüz, Elif Rumeysa (2021) ‘Organ ve Doku Naklinde Rıza’, (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Güriz, Adnan (2003) Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Gürzumar, Osman Berat (1991) ‘Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler’, Ankara Barosu Dergisi, S: 3, (s. 364-389).

Hafizoğulları, Zeki (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, US-A Yayıncılık.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem (2022) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık.

Hakeri, Hakan (2013) ‘Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 189-206).

Hakeri, Hakan (2016) Tıp Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Hamilton, David (2012) A History of Organ Transplantation, Pitsburg, University of Pitsburg.

Harris, John (1998) Hayatın Değeri, (Çeviren: Süha Sertabiboğlu), İstanbul, Ayrıntı Yayınları.

İçel, Kayıhan (2008), ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 14, (s. 35-49).

İltaş, Yiğit (2017) ‘Türk Hukukunda Organ ve Doku Ticareti Suçu’, (Yüksek Lisans), Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

İmre, Zahit/Erman, Hasan (2016) Miras Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Der Yayınları.

Johnson, Gillian/Wilson, Alex (2005) ‘Human Tissue Act 2004: The Age of Consent Arrives in the UK’, Journal of Commercial Biotechnology, Vol: 12, Iss: 1, (s. 40-44).

Kaçar, Yusuf (2021) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)’, ESAM Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 2, S: 1, (s. 50-88).

Kanıcı, Musa (2009) ‘Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar’, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü.

Karakaya, Alaattin (2023) ‘Türk Ceza Hukukunda Organ ve Doku Ticareti Suçu’, (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Karlıkaya, Esin/Hot, İnci (2007) ‘Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin (Xenotranslantasyon) Etik Boyutu’, Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi, C: 16, S: 6, (s. 169-175).

Kasapoğlu Halıcı, Türkan (2009) ‘Türk Ceza Kanunu’nda Organ veya Doku Nakline İlişkin Suçlar’, (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Katoğlu, Tuğrul (2006) ‘Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 55, S: 1, (s. 157-194).

Katoğlu, Tuğrul (2012), ‘Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 61, S: 2, (s. 657-693).

Kılıçoğlu, Ahmet (1991) ‘Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 2, (s. 246-265).

Kızıllarlan, Hakan (2010) ‘Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, (s. 1003-1025).

Koca, Mahmut (2003) ‘İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 52, S: 2, (s. 141-172).

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2023) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi [**Koca/Üzülmez** (2023a)].

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2023) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi [**Koca/Üzülmez** (2023b)].

Koçak Süren, Özlem (2007) ‘Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 73, (s. 174-195).

Köksal, Atacan (2015) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçları’, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Köse Aysun, Melike (2018) Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Kurt, Ekrem (2011) ‘Organ Naklinde Modeller’, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, (s. 239-252).

Learoyd, Philip (2010) ‘The history of blood transfusion prior to the 20th century – Part 1P’. Transfusion Medicine, Vol: 22, Iss: 5, (s. 308-314).

Lilie, Hans (2008) ‘Organ Ticareti Suçu’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, (s. 359-367).

Mega, Ertunç/Yenerer Çakmut, Özlem (2021) ‘Organ ve Doku Nakli Kanunu Özelinde Kornea Kavramı Üzerinden “Ceset Üzerinde Değişiklik Yapmayan Doku” İbaresine Hukuksal ve Tıbbi Yaklaşım’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, (s. 329-345).

Meran, Necati (2008) Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Mermut, Serdar (2010) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçu’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 9, S: 1, (s. 1457-1488).

Metin, Sevtap (2010) Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Nadel, Mark/Nadel, Carolina (2005) ‘Using Reciprocity to Motivate Organ Donations’, Yale Journal of Health Policy Law and Ethics, Vol: 1, (s. 293-326).

Nar, Ahmet (2009) ‘İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku-Hücre) Naklinin Hukuki Koşulu Olarak Kişinin Rızasının Alınması’, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 55-56, (s. 7-24).

Nuhoğlu, Ayşe (2008) ‘Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, (s. 34-68).

Ömeroğlu, Ömer (2010) ‘Organ ve Doku Ticareti Suçu’, Terazî Hukuk Dergisi, C: 5, S:42, (s. 57-72).

Özalp, Tuba/Özalp, Faruk (2016) Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Özar, Süleyman/Halıcı, Türkan (2021) ‘Organ veya Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza’, Adalet Dergisi, C: 1, S: 66, (s. 569-593).

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2018) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar (2023) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özbilen, Arif Barış (2011) İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özdağ, Nurten (2001) ‘Organ Nakli ve Bağışına Toplumun Bakışı’, Cumhuriyet Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi, S: 5/2, (s. 46-55).

Özdemir, Merve (2017) ‘İslam Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli’, (Doktora), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özdemir, Salim (1975) ‘Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler’, Yargıtay Dergisi, C: 2, S. 1, (s. 103-111).

Özen, Mustafa (2019) Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Özgenç, İzzet (2023) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özgül, Mehmet Emin (2010) ‘Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu’ (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özmen, Selahattin (2013) ‘Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 157-164).

Özsunay, Ergün (1983) ‘Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları’, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, (s. 29-59).

Öztan, Bilge (2008) Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 27. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.

Öztezel, Aslıhan (2014) ‘Organ ve Doku Nakil Suçları’, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, 16-17 Ekim 2014, Lefkoşa, (s. 219-233).

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan (2023) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Paç, Mustafa (2013) ‘Ülkemizde Organ ve Doku Nakli, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2013, (s. 207-230).

Parlak, Şafak (2009) ‘Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 83, (s. 189-222).

Polat, Olcay Ayperi (2015) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçları’, (Yüksek Lisans), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Price, David/Akveld, Hans (1998) ‘Living Donor Organ Transplantation in Europe: Reevaluation its Role’, European Journal of Health Law, Vol: 5, Iss: 1, (s. 19-44).

Sade, Robert M. (2011) ‘Brain Death, Cardiac Death and the Dead Donor Rule’, Journal of the South Carolina Medical Association, Vol: 107, Iss: 4, (s. 146-149).

Sarıgül, Ali Tanju (2019) ‘Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 2, (s. 663-692).

Sarıtaş, Erkan (2022) ‘Cezalandırılmayan Önceki Hareketler’, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 80, S: 2, (s. 615-654).

Schroth, Ulrich (2008) ‘Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları’, (Çeviren: Hakan Hakeri), Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, (s. 313-327).

Sengir, Turgut (1968) ‘Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler’, Adalet Dergisi, C: 1, S:11-12, (s. 645-660).

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay (2019) Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Sert, Selin/Cihan, Ali Hulki (2013) Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Soyaslan, Doğan (2008) ‘Organ Nakilleri’, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, (s. 328-359).

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Şaylıgil Elçioğlu, Ömür/Ünlüoğlu, İlhami/Yıldırım, Atilla (1997) ‘Fetal Hücre ve Dokuların Transplantasyonu: Karşılaşılan Etik Sorunlar ve Türkiye Uygulaması’, Türkiye Klinikleri, C: 7, S: 1, (s. 1-5).

Şen, Ersan (2006) Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Şen, Ersan/Eryıldız, H. Sefa (2018) Suç Örgütü, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Taneri, Gökhan/Kamışlı, Gani (2018) Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Taşkın, Ahmet (1997) Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adil Yayınevi.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat (2018) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Toroslul, Nevzat (2009) Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

Toroslul, Nevzat (1978) ‘Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 35, S:1-4, (s. 91-120).

Tozman, Önder (2014) Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Adalet Yayınevi.

Turla, Ahmet/Köprülü, Hülya/Şirin Karaaslan, Emine/Yüksel, Gözde (2006) ‘Aydınlatılmış Onam’, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 2, (s. 157-163).

Türel, Ömer (1985) Organ Transplantasyonu, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi.

Usta, Aydın (2011) ‘Kuramdan Uygulamaya Kamu Yönetiminde Etik ve Ahlâk’, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, (s. 39-49).

Uygun, Çağatay (2016) ‘Organ ve Doku Nakli’, İstanbul Barosu Dergisi, C: 90, S: 4, (s. 157-178).

Ünver, Yener (2005) ‘Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri’, Kamu Hukuku Arkivi, C: 8, S: 2, (s. 182-199) [Ünver, (2005a)].

Ünver, Yener (2005) ‘Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun’, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, (s. 86-118) [Ünver, (2005b)].

Ünver, Yener (2006) ‘Türk Tıp Hukukunda Rıza’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 2, (s. 227-288).

Ünver, Yener (2008) ‘Türk Tıp Ceza Hukuku’nda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları’, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul, (s. 333-370).

Üzülmez, İlhan (2013) Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi.

Vatanoğlu, Emine Elif (2007) ‘Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları’, (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Vural, Abdülgaffar (2017) ‘Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli’, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Yalım, Neyyire Yasemin, ‘Tıbbi Etik Çerçevesinden Terminal Dönem Hasta’, <https://www.klimik.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/T%C4%B1bbi-etik-penceresinden-terminald%C3%B6nem-hasta-YASEM%C4%B0N-YALIM.pdf>, (s.e.t. 17.10.2021).

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2010) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yavuz, Hakan A. (2021) ‘Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 46, (s. 201-254).

Yenerer Çakmut, Özlem (2003) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Yenidünya, Ahmet Caner/Alşahin, Mehmet Emin (2007) ‘Bireyin Şerefine Karşı Suçlar’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 68, (s. 43-93).

Yıldırım Kaptanoğlu, Ayşegül (2011) ‘Organ Nakli: Uygulama ve Sorunlar’, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, İstanbul, (s. 223-229).

Yılmaz, Yeşim (2017) ‘İnsan Ticareti Suçu ve İctima Sorunu’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C: 23, S: 3, (s. 883-972).

Youngner, Stuart J. (2016) ‘How to Communicate Clearly About Brain Death and First-Person Consent to Donate’, Vol: 18, Iss: 2, (s. 108-114).

Yücel, Mehtap (2008) ‘Organ veya Doku Ticareti Suçu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmua, Ankara, (s. 677-703).

Yüzbaşıoğlu, Erdal (2013) ‘Kornea Naklinde Hukuki Sorunlar’, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, (s. 231-242).

Zengin, Mehmet Ali (2014) ‘İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 18, (s. 153-196).

Zevkliler, Aydın (2000) ‘2238 sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukukî Sorunlar’, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, (s. 277-303).

Zeytin, Zafer (2007) ‘Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı’, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları- I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul, (s. 251-264).

Ziroğlu, Şefik (2019) ‘Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar’, (Yüksek Lisans), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.