



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**ORGAN VE DOKU NAKLİ BAĞLAMINDA CEZAİ
SORUMLULUK**

Ömer Faruk EKİZ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

EYLÜL 2022



ORGAN VE DOKU NAKLİ BAĞLAMINDA CEZAI SORUMLULUK

Ömer Faruk EKİZ

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

EYLÜL 2022

TEZ ONAY SAYFASI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı Öğrecisi Ömer Faruk Ekiz tarafından hazırlanan Organ Ve Doku Nakli Bağlamında Cezai Sorumluluk başlıklı tez çalışması 30/09/2022 tarihinde yapılan tez savunma sınavında aşağıdaki jüri, tarafından OY BİRLİĞİ ile YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak **KABUL** edilmiştir

	Kabul	Ret
Başkan : (Doç . Dr. Selman DURSUN / İstanbul Üniversitesi)	☒	☐
Üye : (Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ /AHBVÜ)	☒	☐
Üye : (Dr. Öğr. Gör. Fatma Umay GENÇ / AHBVÜ	☒	☐

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ömer Faruk EKİZ

30/09/2022

Organ ve Doku Nakli Bağlamında Cezai Sorumluluk
(Yüksek Lisans)

Ömer Faruk EKİZ

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Eylül 2022

ÖZET

Organ ve doku nakli tıbbın gelişen imkânları ile son yıllarda sıklıkla kamuoyunun gündemine gelmektedir. Organ bağışçısı ve organ alıcısının vücut bütünlüğü üzerinde etkiler doğuran nakil sürecine dair hukuki esasların tespit edilmesi ile bu süreçte gerçekleşecek hukuka aykırı fiillerin ceza hukuku bakımından nasıl değerdendireceğı önem arz etmektedir. Çalışmamızın birinci bölümünde bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ile bu yetkinin amaç ve konu bakımından sınırları incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde organ ve doku nakli sürecine dair kavramlar, organ ve doku naklinin tarihçesi ile organ ve doku nakli çeşitleri ele alınmıştır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde organ ve doku nakli süreçlerine dair suçlar incelenmiştir.

Bilim Kodu : 50301
Anahtar Kelimeler :Organ Nakli, Doku Nakli, Bireyin Bedeni Üzerinde Tasarruf Yetkisi, Organ veya Doku Ticareti
Sayfa Adedi : 311
Tez Danışmanı : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Criminal Liability In The Context Of Organ and Tissue Transplantation
(M.Sc. Thesis)

Ömer Faruk EKİZ

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

September 2022

ABSTRACT

Organ and tissue transplantation have frequently been on the agenda of the public in recent years with the developing possibilities of medicine. It is important to determine the legal principles regarding the transplantation process that have effects on the body integrity of the organ donor and the organ recipient, and how to evaluate the illegal acts that will take place during this process in terms of criminal law. In the first part of our study, the power of disposition of individuals over their bodies and the limits of this authority in terms of purpose and subject are examined. In the second part of our study, concepts related to organ and tissue transplantation process, history of organ and tissue transplantation and organ and tissue transplantation types are discussed. In the third part of our study, crimes related to organ and tissue transplantation processes are examined.

Science Code : 50301
Key Words : Organ or Tissue Transplant, Organ Trafficking Crime
Page Number : 311
Supervisor : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

TEŞEKKÜR

Tez danışmanım değerli hocam Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e, tez konusunu belirlememde yol gösteren, tez çalışmam sırasında yoğun iş temposuna rağmen bana vakit ayırarak tezimi okuyan, kıymetli eleştirilerini ve yönlendirmelerini benden esirgemeyen, öğrencisi olmaktan onur duyduğum Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e, yoğun akademik ve idari çalışma temposuna rağmen, her fırsatta değerli fikirlerini paylaşan Prof Dr. Cumhur ŞAHİN ve Prof Dr. İlhan ÜZÜLMEZ hocalarıma, tez çalışmalarım esnasında, sorduğum soruları sabırla dinleyen, cevaplayan ve çözümü zor problemlerin anlaşılmasında bana yardımcı olan Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK'e şükranlarımı sunarım. Yine Çalışmama olan ilgisi ve kıymetli değerlendirmelerinden ötürü tez savunma jürisinde yer alan Doç. Dr. Selman DURSUN'a çok teşekkür ederim.

Tezimin bütününe sabırla ve titizlikle okuyan, fikirlerini ve birikimini paylaşmaktan geri durmayan Dr. Fatma Umay GENÇ hocama teşekkürü borç bilirim. Yine desteklerini esirgemeyen Dr. Gökhan ÖLMEZ ve Dr. Ali Şahin KILIÇ hocalarıma minnettarım.

Son olarak, maddi-manevi desteklerini her zaman arkamda hissettiğim annem Fatma EKİZ'e ve babam Yakup EKİZ'e, çalışmalarım esnasında manevi gücümü artıran kardeşim Veysel EKİZ'e minnettar olduğumu belirtmek isterim.

Ömer Faruk EKİZ

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
Ömer Faruk EKİZ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
1. GİRİŞ	1
2. BİREYLERİN VÜCUDU ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİ	3
2.1. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı	6
2.1.1. Kavramsal Çerçeve ve Düşünsel Temelleri	6
2.1.2. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Sınırları.....	9
2.2. Hukuki Değer Kavramı ve Tasarruf Yetkisi	12
2.2.1. Mutlak Surette Tasarruf Edilebilen Hukuki Değerlerle Alakalı Konular	15
2.2.2. Sınırlı Surette Tasarruf Edilebilen Hukuki Değerlerle Alakalı Konular	16
2.2.3. Tasarruf Yetkisinin Mevcut Olmadığı Hukuki Değerlerle Alakalı Konular	17
2.3. Sağ İnsanın Kendi Vücudu Üzerinde Tasarruf Yetkisi	19
2.3.1. Tasarruf Yetkisinin Amaç Bakımından Kapsamı ve Sınırları	21
2.3.1.1. İnsan Onurunun Korunması amacıyla sınırlanması gerektiğini savunan görüş	21
2.3.1.2. Ahlaka ve adaba uygunluğun korunması amacıyla sınırlanması gerektiğini savunan görüş.....	22
2.3.1.3. Demokratik toplum kurallarına uygunluk kriterinin sağlanması amacıyla sınırlanması gerektiği yönündeki görüş.....	25
2.3.1.4. Üstün amaç söz konusu olması durumunda tasarrufun geçerli kabul edileceği yönündeki görüş.....	25

2.3.1.5. Bireyin ödevlerine uygun düştüğü ölçüde geçerli olacağını savunan görüş.....	27
2.3.2. Tasarruf yetkisinin Konu Bakımından Kapsamı ve Sınırları.....	27
2.3.2.1. Kanunda yazılı haller ve kasten yaralama suçunun takibi şikâyeteye bağlı halleri dışında beden bütünlüğünün ihlal edilemeyeceği görüşü	28
2.3.2.2. Tasarruf yetkisini özellik arz eden durumlar haricinde yalnızca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki yaralama fiilleri bakımından uygun kabul eden görüş	29
2.4. Ölen İnsanın Cesedi Üzerinde Tasarruf Yetkisi.....	31
2.4.1. Hatırayı Koruma Doktrini.....	35
2.4.2. Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi	37
2.5. Uluslararası Hukuk Metinlerinde Kabul Edilen Ölçütler.....	39
2.5.1. Avrupa Birliği Bakış Açısı	39
2.5.2. Avrupa Konseyi ve AİHM Bakış Açısı	45
2.5.3. Diğer Uluslararası Hukuk Metinleri	58
3. ORGAN VE DOKU NAKLİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER	61
3.1. Organ ve Doku Nakli Kavramı	61
3.1.1. Organ Kavramı	61
3.1.2. Doku Kavramı.....	62
3.1.3. Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon) Kavramı.....	64
3.2. Organ ve Doku Nakli Suçlarına İlişkin Hukuksal Durum ve Tarihçe	66
3.2.1. 2238 sayılı Kanun Öncesi Dönemde 765 sayılı TÜRK CEZA KANUNU Çerçevesinde Durum.....	66
3.2.2. 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu	69
3.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Organ ve Doku Nakline İlişkin Hükümleri	73
3.2.3.1. Organ ve Doku Nakli Kanunun Cezai Hükümü İle Türk Ceza Kanunu m. 91 Arasındaki İlişki	74

3.2.3.2. 7151 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrası Güncel Durum	76
3.3. Organ ve Doku Naklinin Tarihçesi	76
3.3.1. Dünyadaki Tarihi Gelişim	76
3.3.2. Türkiye’deki Tarihi Gelişim	79
3.4. Organ ve Doku Nakli Çeşitleri	82
3.4.1. Ölüden (Kadavradan) Organ ve Doku Nakli	84
3.4.1.1. Ölüm zamanının tespiti	85
3.4.1.2. Beyin ölümünün tespiti	89
3.4.1.3. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi bağlamında ölüden organ ve doku alınması konusunda kabul edilen modeller.....	91
3.4.1.3.1. İrade (Rıza) modeli.....	92
3.4.1.3.2. İtiraz modeli	93
3.4.1.3.3. Zorunluluk hali modeli.....	94
3.4.1.3.4. Türk hukukunda benimsenen model	95
3.4.1.4. Beyin ölümünün tespitinden sonra yapılması gereken işlemler.....	102
3.4.1.5. Organ ve dokunun dağıtılması	106
3.4.2. Canlılardan Organ Nakli	108
3.4.2.1. Canlılardan organ ve doku naklinin şartları.....	110
3.4.2.1.1. Verici bakımından koşullar	110
3.4.2.1.2. Alıcı bakımından koşullar	145
3.4.2.1.3. Her iki taraf bakımından koşullar.....	146
3.4.3. Hayvanlardan Organ veya Doku Nakli.....	151
3.4.4. Kompozit Doku Nakli.....	153
3.4.4.1. Kompozit organ ve doku naklinde Endikasyon	155

	Sayfa
3.4.4.2. Kompozit organ ve doku naklinde aydınlatma ve rıza	158
3.4.4.3. Kompozit organ ve doku naklinde alıcı adayının yazılı beyanı.....	159
4. ORGAN/DOKU NAKLİNİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ VE ORGAN VEYA DOKU NAKLİNE İLİŞKİN SUÇLAR	161
4.1. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Suçu	162
4.1.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	162
4.1.2. Korunan Hukuki Değer.....	164
4.1.3. Suçun Unsurları	165
4.1.3.1. Tipikliğin maddi unsurları	165
4.1.3.1.1. Fail.....	165
4.1.3.1.2. Mağdur	167
4.1.3.1.3. Suçun konusu	167
4.1.3.1.4. Fiil	169
4.1.3.1.5. Netice.....	174
4.1.3.1.6. Nedensellik bağı ve objektif İsnadiyet	174
4.1.3.1.7. Tipikliğin Unsuru Olarak İlgilinin Rızası	175
4.1.3.2. Tipikliğin manevi unsuru	177
4.1.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru	179
4.1.3.3.1. Hakkın kullanılması	180
4.1.3.3.2. Kanunun hükmünü yerine getirme (Görevin yerine getirilmesi)	181
4.1.3.3.3. İlgilinin rızası	182
4.1.4. Suçun Nitelikli Halleri	183
4.1.4.1. Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi	184
4.1.4.2. Suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi.....	185
4.1.5. Kusurluluk	189

	Sayfa
4.1.5.1. Zorunluluk hali.....	191
4.1.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	192
4.1.6.1. Teşebbüs.....	192
4.1.6.2. İştirak	197
4.1.6.3. İçtima	200
4.1.7. Yaptırım, Kovuşturma ve Zamanaşımı.....	207
4.2. Ölüden Organ ve Doku Alınması Suçu.....	209
4.2.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	209
4.2.2. Korunan Hukuki Değer.....	210
4.2.3. Suçun Unsurları	210
4.2.3.1. Tipikliğin maddi unsurları	210
4.2.3.1.1. Fail.....	210
4.2.3.1.2. Mağdur	211
4.2.3.1.3. Suçun Konusu.....	211
4.2.3.1.4. Fiil	212
4.2.3.1.5. Netice.....	214
4.2.3.1.6. Nedensellik bağı ve objektif isnadiyet	214
4.2.3.2. Tipikliğin manevi unsuru	215
4.2.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru	217
4.2.4. Kusurluluk	218
4.2.4.1. Zorunluluk hali.....	219
4.2.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	220
4.2.5.1. Teşebbüs.....	220
4.2.5.2. İştirak	222
4.2.5.3. İçtima	223
4.2.6. Yaptırım, Kovuşturma ve Zamanaşımı.....	224

	Sayfa
4.3. Organ ve Doku Ticareti Suçu (Organ ve Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu).....	225
4.3.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	225
4.3.2. Korunan Hukuki Değer.....	227
4.3.3. Suçun Unsurları	228
4.3.3.1. Tipikliğin maddi unsurları	228
4.3.3.1.1. Fail.....	228
4.3.3.1.2. Mağdur	229
4.3.3.1.3. Suçun Konusu.....	230
4.3.3.1.4. Fiil	231
4.3.3.2. Tipikliğin manevi unsuru	235
4.3.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru	236
4.3.4. Suçun Nitelikli Halleri	237
4.3.5. Kusurluluk	238
4.3.5.1. Zorunluluk hali.....	238
4.3.5.2. Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile İhdas Olunan Özel Zorunluluk Hali	240
4.3.6. Etkin Pişmanlık.....	244
4.3.7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	247
4.3.7.1. Teşebbüs.....	247
4.3.7.2. İştirak	248
4.3.7.3. İçtima	249
4.3.8. Yaptırım ve Kovuşturma	251
4.4. Organı veya Dokuyu Saklama, Nakletme ve Aşılama Suçu	252
4.4.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	252
4.4.2. Korunan Hukuki Değer.....	253

	Sayfa
4.4.3. Suçun Unsurları	254
4.4.3.1. Tipikliğin maddi unsurları	254
4.4.3.1.1. Fail.....	254
4.4.3.1.2. Mağdur	255
4.4.3.1.3. Suçun konusu	256
4.4.3.1.4. Fiil	258
4.4.3.2. Tipikliğin manevi unsuru	260
4.4.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru	262
4.4.4. Kusurluluk	263
4.4.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	265
4.4.5.1. Teşebbüs.....	265
4.4.5.2. İştirak	266
4.4.5.3. İctima	267
4.4.6. Yaptırım, Kovuşturma ve Zamanaşımı.....	269
4.5. Organ veya Doku Teminine Yönelik Olarak İlan veya Reklam Verme veya Yayınlama Suçu	270
4.5.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler	270
4.5.2. Korunan Hukuki Değer.....	271
4.5.3. Suçun Unsurları	272
4.5.3.1. Tipikliğin maddi unsurları	272
4.5.3.1.1. Fail.....	272
4.5.3.1.2. Mağdur	272
4.5.3.1.3. Suçun konusu	273
4.5.3.1.4. Fiil	274
4.5.3.2. Tipikliğin manevi unsurları.....	276
4.5.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru	278

	Sayfa
4.5.4. Kusurluluk	279
4.5.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	280
4.5.5.1. Teşebbüs.....	280
4.5.5.2. İştirak	281
4.5.5.3. İçtima	283
4.5.6. Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma.....	284
5. SONUÇ	287
KAYNAKLAR	295
ÖZGEÇMİŞ	311

1. GİRİŞ

Organ ve doku nakli son yıllarda teknoloji ve tıp bilimindeki çığır açan gelişmeler ile sıklıkla gündeme gelen konulardan biri olmuştur. Hem organ veya doku bağışçısı hem de organ veya doku nakledilen kimse bakımından cerrahi girişim içeren niteliği itibariyle nakil sürecinin hukuki düzenlemeler ile tanzim edilmesi gerekmiştir. Bu bağlamda hem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91 ila 93. maddeleriyle hem de 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun hükümleriyle düzenlenen organ ve doku nakli süreçleri ile bu konudaki cezai düzenlemeler çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir. Çalışmanın amacı, eşsiz bir şifa şansı olan organ ve doku naklinin beraberinde getirdiği hukuki sorunların incelenmesi ile organ ve doku nakli süreçlerinde söz konusu olabilen ve cezai sorumluluk gerektiren suçların tayin ve tespiti.

Çalışmamızın ilk bölümünde bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ele alınmıştır. Bu kapsamda tasarruf yetkisinin amaç ve konu bakımından sınırları tartışılmıştır. İnceleme yapılırken sağ insanın bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ile ceset üzerindeki tasarruflar ayrı ayrı değerlendirilmiştir. İkinci bölümde organ veya doku nakline ilişkin kavramlar, organ ve doku naklinin tarihçesi ele alındıktan sonra nakil çeşitleri incelenmiştir. Nakil çeşitleri bakımından yapılan incelemede canlıdan organ veya doku nakli, ölüden organ veya doku nakli, hayvandan organ veya doku nakli ve nihayet kompozit doku nakli olmak üzere dört farklı başlıkta inceleme yapılmıştır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde organ veya doku nakli süreçlerine ilişkin suçlar incelenmiştir. Bu kapsamda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin fıkralarında düzenlenip cezai yaptırıma bağlanan filler ele alınmış, bu noktada organ veya doku nakline ilişkin koşulların tayin olunduğu 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun hükümleri incelenmiştir.

2. BİREYLERİN VÜCUDU ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİ

İnsanın salt insan olması dolayısıyla elde ettiği vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanamaz kişilik hakları vardır. Nitekim bu husus Anayasa'nın 12. maddesi ile “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” şeklinde ifade olunmuştur. Kişilik hakları, dokunulamayan, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen nitelikleri¹ ile mutlak haklardan olup; herkese karşı ileri sürülebilirler².

Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmü ile bireylerin özellikle yaşama hakkı ile vücut bütünlüğü üzerindeki hakları Anayasal güvence altına alınmıştır³.

Kişilerin kendi vücut bütünlükleri, maddi ve manevi varlıkları ile ilgili karar verme hakları, insan haklarına ilişkin pek çok uluslararası düzenlemede yer bulan insan onurundan kaynaklanmaktadır. Kişinin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla “kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı” birbiri ile kopmaz bir bağ içinde olup Anayasanın 17. maddesi ve 56. maddeleriyle⁴ birlikte bütüncül bir şekilde koruma altına alınmıştır.

Demokratik bir toplum olmanın gereği olarak vazgeçilmez bir nitelik arz eden⁵ “kendi geleceğini belirleme hakkı”, bireylerin kendi değerleri hakkında dilediği gibi hukuki tasarruflarda bulunabilmesi, yaşamını ve davranışlarını istediği gibi şekillendirebilmesi manasını taşımakta ise de her hak gibi kendi geleceğini tayin etme hakkı da sınırsız değildir⁶.

¹ Akıncı, Ş. (1998). “*İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu*”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2), Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, s. 737.

² Kahraman, Z. (2016). “*Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), s. 482.

³ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 734.

⁴ Anayasa'nın 56. maddesinin 3. fıkrasında: “*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*” hükmü yer almaktadır.

⁵ Yenisey, F. (2008). “*Tedavi Açısından İlginin Rızası*”. *Yayınlanmamış Makale, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 871.

⁶ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 737.

Hukuk düzeni, bireylere kendileriyle ilgili belli konular üzerinde başkalarınca gerçekleştirilecek belli işlemler konusunda tasarrufta bulunma ehliyeti tanımaktadır⁷. Bu bağlamda bireyler, vücudu üzerinde ve maliki bulundukları mal varlığı üzerinde bazı tasarruflarda bulunabilmekte ise de ülkemizde Anayasa ve kanuni düzenlemeler gereğince “hayat” ve “şeref” üzerinde bu yetkinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir⁸. Nitekim insanın iradesiyle aşması hukuken kabul olunmayan sınırlardan biri şahsiyet hakları olarak kabul edilmektedir⁹.

Bireylerin sahip olduğu haklar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırsız değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu hususa işaret ettiği bir kararında:

“kişinin sağlığı ve beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı, gerek kendisi gerekse üçüncü kişilerin müdahalesi yönünden mutlak ve sınırsız değildir. Birey bedeni üzerinde tasarrufta bulunabilirse de bu tasarruf sınırlıdır ve bunun için başkasını da zorlayamaz. Üçüncü kişilerin kanunun cevaz vermediği tasarrufları, muhatabın rızasına dayansa da hukuka uygun değildir.”

şeklindeki tespitleri ile bu hususu açıkça ortaya koymuştur¹⁰.

Keza Yargıtay da:

“Sanığın savunmalarında da belirttiği üzere, işleri dolayısıyla bankalardan almış olduğu kredi borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, başka bir kişi aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan diğer sanık ile irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçun işlendiği olayda, ... söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, cezada Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesinin uygulanmasına yeterli şartlar oluşmamıştır.”

şeklindeki tespitleri ile bireylerin bedeni üzerindeki yetkilerinin sınırsız olmadığını hükme bağlamıştır¹¹.

Hukukumuzda bireylerin tasarruf yetkilerinin sınırsız olmadığına dair bazı kanuni düzenlemeler söz konusudur. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu’nun 26.

⁷ Özgenç, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (On beşinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 375; Özgenç, İ. (2020). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24 (2), s. 251.

⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 374-375.

⁹ Ayiter, N. (1968). *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (1-2), s. 138.

¹⁰ T.C. Anayasa Mahkemesi, 03.10.2013 Tarihli, 2012/103 E. ve 2013/105 K. sayılı Karar. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> Erişim Tarihi (E.T.): 06.05.2020).

¹¹ Yargıtay 12. C.D., 17.02.2015 Tarihli, 2014/2281 E. ve 2015/2805 K. sayılı Karar. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> E. T. : 06.05.2020).

maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk sebebi bakımından rızanın geçerliliği, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konuya ilişkin olmasına bağlıdır¹². Nitekim bu husus ilgili maddenin gerekçesinde; “*rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir.*” ifadeleriyle açıkça belirtilmiştir. Aynı zamanda, kişinin belli bir hukuki değer üzerindeki tasarruf yetkisinin belirlenmesinde, tasarrufun hukuk düzenince tayin olunan sınırlar içerisinde kişiliğin serbestçe gelişimi bakımından elverişli olup olmadığı dikkate alınmalıdır¹³.

Yine özel hukuk alanında da tasarruf yetkisinin sınırlarını ortaya koyan bazı hükümler mevcuttur. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu¹⁴’nun 26. maddesi ile düzenlenen “*sözleşme özgürlüğü*”, bireylerin tasarruf yetkisinin borçlar hukuku alanındaki görünüm şeklidir¹⁵. Ancak bu özgürlük yine Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” düzenlemesi ile kapsamı belirlenmek suretiyle sınırlamıştır¹⁶. Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesi ile sözleşme özgürlüğü kapsamı dışında bırakılan hususlardan birisi de kişilik haklarıdır. Buna göre kişilik haklarına aykırı olarak düzenlenen sözleşmeler hukuka aykırı¹⁷ olup kesin hükümsüz kabul edilecektir. Bununla birlikte bahse konu hüküm olmasaydı dahi kişilik haklarına aykırı nitelikteki tasarruflar, Türk Medeni Kanunu¹⁸’nun 23. maddesinde¹⁹ düzenlenen kişiliğin korunmasına ilişkin emredici hükme aykırı olacaktır. Nitekim bahse konu hükme göre kişilik haklarından ve bunları kullanmaktan kısmen dahi olsa feragat

¹² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 374 vd.

¹³ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 295.

¹⁴ 4.2.2011 Tarihli ve 27836 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 11.01.2011 Kabul Tarihli ve 6098 Sayılı Kanun

¹⁵ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 735.

¹⁶ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 735.

¹⁷ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 736.

¹⁸ 8.12.2001 Tarihli ve 24607 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 22.11.2001 Kabul Tarihli ve 4721 Sayılı Kanun

¹⁹ *Kişiliğin korunması*

I. Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı

Madde 23- Kimse, **hak** ve **fiil ehliyetlerinden** kısmen de olsa **vazgeçemez**.

Kimse **özgürlüklerinden vazgeçemez** veya onları **hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz**.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.

edilmesi hukuken mümkün değildir²⁰. Kişilik hakları, dokunulmaz, vazgeçilmez ve devredilmez haklardan kabul edilerek; Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi ile kişinin kendisi tarafından yapılacak tasarruflara karşı koruma altına alınmıştır²¹.

O halde tez konumuz olan “organ ve doku nakli” hukuki olarak ele alınmadan önce, bireylerin, bedenleri üzerindeki tasarruf yetkisi, bu yetkinin kapsamı ve sınırları tespit edilmelidir. Bu inceleme yapılırken öncelikle tasarruf yetkisinin özünü teşkil eden “kendi geleceğini belirleme hakkı” ele alınacak, ardından “hukuki değer” kavramı ve hukuki değerler ile alakalı konular üzerindeki tasarruf yetkisi arasındaki ilişki ile tasarruf yetkisinin amaç ve konu bakımından sınırları incelenecektir.

2.1. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

2.1.1. Kavramsal Çerçeve ve Düşünsel Temelleri

Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişilerin yaşamlarına kendi istek ve arzuları çerçevesinde yön vermeleri imkânını sağlamaktadır. Bireylerin özgür iradeleriyle karar vermeleri ve verdikleri kararlar doğrultusunda hayatlarını şekillendirmeleri gerekmektedir. Zira insan, kendi varlığının bilincinde olarak, çevresindeki vakıaları, olguları gözlemleyebilmekte ve bu gözlemlerinden belli sonuçlar çıkararak davranışlarını yönlendirmektedir²² ki insanı diğer canlılardan ayıran da bu algılama ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğidir.

Kişilerin yaşamları, hiçbir etki altında olmadan özgürce verilmiş kararlar ve bu kararların yaşama geçirilmesiyle anlam kazanacaktır. Bu bağlamda, özgür bir yaşam için bireylerin kendi geleceğini belirlemeleri yönündeki iradelerine tanınacak saygı son derece önemlidir. Aksinin kabulü halinde bireyler, tercih etmediği bir hayatı yaşamaya mecbur kılınmış olacaktır ki bu durumun hukuk devleti ile izahı kabil değildir. Kendi kararları ile yön veremedikleri bir yaşantıyı idame etmeye zorlamak, bireylerin hayatlarını anlamsız kılacaktır. Zira yaşam hakkı, sadece biyolojik anlamda hayatta kalmayı ifade etmez. Yaşam hakkının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile beraber mütalaa edilmesi zorunludur.

²⁰ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 736, Ayiter, *a.g.m.*, 1968, s. 139.

²¹ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 737.

²² Dreher, E. (1987). *Die Willensfreiheit*. s. 380; Kaufman, A. (1961). *Das Schuldprinzip*. s. 116 vd. Aktaran: Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 404.

Kendi geleceğini belirleme hakkının kabulü ve bireylerin bu yöndeki tercihlerine saygı gösterilmesi, insan onuruna duyulan saygının doğal neticesidir. Bu bağlamda, kendi geleceğini belirleme hakkının felsefi, mantıki temelini insan onuru (haysiyeti) oluşturmaktadır. Nitekim insanın varoluş amaçlarından birisi ve belki de en önemlisi, şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirmesidir²³. Örgütlenmiş toplum olan devletin bir amacı da insan şahsiyetinin serbestçe tekâmülü amacıyla gerekli ortam ve koşulları tesis etmektir. Anayasa'nın 5. maddesi:

“Devletin temel amaç ve görevleri, ..., insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

hükmü ile bu hususu açıkça ortaya koymuştur.

İnsan onuru, Anayasa'nın giriş bölümünde ifade olunmuştur. Başlangıç bölümünde:

“...her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...”

açıkça ortaya konmuştur. Bu durum insan onurunun; salt ahlaki bir değer olmanın ötesinde, Anayasa'nın koruma alanına dâhil hukuki bir değer olarak kabul olunduğunu göstermektedir.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasa'da ayrıca ve açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak kişinin, kişiliğini serbestçe geliştirmesi amacına hizmet eden, kendi geleceğini belirleme hakkı da kişinin genel eylem özgürlüğünün koruma alanında yer alan bir hak²⁴ olup bu vesileyle Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde ele alınmalıdır.

“Herkes yasama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.”

hükmü ile kişilere kendi geleceklerini belirleme imkânı tanınmıştır^{25,26}.

²³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 26.

²⁴ Ekici Şahin, M. (2012). *Ceza Hukukunda Rıza*, Ankara: On İki Levha Yayıncılık, s. 58-59.

²⁵ Tacir, H. (2011). *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 116; Tacir, H. (2016). “*Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*”. *III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme ve Ötanazi Hakkı” Sempozyumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 53.

²⁶ Alman ceza hukukunda hâkim olan görüşe göre kendi geleceğini belirleme hakkı, normatif temellerini Alman Anayasa'sı (Alm. AY) 2. maddesi hükmünden almakta olup bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.”

Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrası hükmü yaşama hakkını, yalnızca nefes alıp vermek ile sınırlı olan biyolojik olarak hayatta kalmadan ibaret olarak değil, kişinin maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile birlikte ele almıştır. Buna göre, yaşam hakkı yalnızca biyolojik olarak bir şekilde hayatta kalma anlamına gelmemekte, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile bir arada mütalaa olunduğu takdirde tam anlamıyla ifade olunmuş kabul edilebilmektedir²⁷.

Kişinin kendi geleceğini tespit anlamında ortaya koyacağı tercihlerin bir diğer yönü de özel hayata ilişkindir²⁸. Bu kapsamda, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen ve koruma altına alınan *özel hayata saygı ilkesi* de kendi geleceğini tayin hakkını koruyan düzenlemelerden birisidir. Nitekim gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) cinsiyet değişikliğine izin verilmemesi hususunda başvurularca gerçekleştirilen bireysel başvuruları özel hayata saygı ilkesi kapsamında inceleyip karara bağlamaktadır²⁹.

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulamaz. Bazı durumlarda ise kişinin rızası aranmaksızın vücut bütünlüğüne yönelik bazı fiiller icra olunabilecek, tıbbi müdahalede bulunulabilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasına göre de daha üstün nitelikte özel yarar yahut üstün nitelikteki kamusal yarar veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı halinde, kişinin rızası aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması hukuka uygun kabul edilmektedir. İlgilisinin rızasına dayanmayan veya Türk Medeni Kanunu 24. maddesinin 2. fıkrası ile belirlenmiş yukarıda sayılan istisnalar

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (E. T.: 20.05.2020).

²⁷ Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (On ikinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 200.

²⁸ Gürbüz, M. (2011). “*Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), s. 113.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 12.6.2018 tarihli ve 2015/13077 Başvuru numaralı kararında cinsiyet değişikliğine izin verilmesinin reddine dair başvuru, özel hayat saygı kapsamında ele alınmıştır: “Özel hayat kavramı, bir bireyin fiziksel ve sosyal kimliğine dair birçok unsuru içinde bulundurabilir. Bu çerçevede cinsel kimliğin belirlenmesi; isim, cinsel eğilim ve cinsel yaşam gibi unsurlar özel hayat kapsamına girdiği gibi bu kavram diğer kişisel kimlik belirleme ve bir aileye bağlanma yöntemlerini de içine alır. Bunun yanı sıra kişinin sağlığına ilişkin bilgiler de özel yaşamının önemli bir parçasını oluşturur (Mikulić/Hırvatistan, § 53; S. ve Marper/Birleşik Krallık, B. No: 30562/04 ve 30566/04, 4.12.2008, § 66).” Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, Anayasa Mahkemesi Yayınları (2019) https://www.anayasa.gov.tr/media/5769/2018_cilt_01.pdf (Erişim Tarihi: 21.11.2020.)

kapsamında olmayan tıbbi müdahaleler, ne kadar önemsiz olursa olsun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesi kapsamındaki özel hayatın koruma alanına girecektir³⁰. Rızanın aranmadığı durumlar çok istisnai olup, kamu sağlığının korunması ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahalelerin varlığı durumunda hekim, hastasının rızası olmadan müdahalede bulunabilecektir³¹.

Bu hak kişiye, karşı karşıya kalınan birden fazla seçenek arasında, bir tercihte bulunma, hatta dilerse hiçbir tercihte bulunmama imkân ve yetkisi sunmaktadır. Bu yetki sayesinde bireyler, geleceği hakkında karar alabilme imkânına sahip olmaktadır. Kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bireyler; diğer kişilerce, ceza hukuku normları ile koruma altına alınmış hukuki değerlere yönelik olarak gerçekleştirilecek fiillere rıza gösterebileceği gibi rıza göstermemek yönünde de tercihte bulunabilir.

2.1.2. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Sınırları

Anayasa, kendi geleceğini belirleme hakkının dayanağı olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenlediği 17. madde ile herhangi bir özel bir sınırlama sebebi öngörmüş değildir. Ancak kendi geleceğinin belirleme hakkı hiçbir şekilde sınırlanamaz bir hak niteliğinde değildir³². Her hak gibi kendi

³⁰ Roagna, Ivana. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi, Strazburg, s. 24. Aktaran: Aşıkoğlu, E. D. (2018). *Kişî Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbî Müdahaleler*. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9 (35), s. 325.

³¹ Oral, T. (2011). *"Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü"*, *Ankara Barosu Dergisi*, 69 (2), s. 204.

³² Bünyesinde sınırlama kaydı içermeyen temel hakların "sınırlanamaz hak kategorisinde" mütalaa edilemeyeceği ve sınırsız kabul edilemeyeceğine dair görüş için Bkz. Özdemir, Y. M. (2004). *"Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması."* *Anayasa Hukuku Dergisi*, 3 (5): s. 413 vd.

Özdemir, "Mutlak Sınırlanamazlık Tezi" yerine, sınırlama kaydı içeren temel hakların da sınırlanabileceğini öngörmüş, bahse konu sınırlamaları 1) Sınırlamasız Görünümlü Temel Hakların Objektif (Nesnel) Sınırları, 2) Sınırlamasız Görünümlü Temel Hakların Çatışan Bir Diğer Temel Hakla Sınırlılığı, 3) Sınırlamasız Görünümlü Temel Hakların Diğer Anayasal İlkelerle Sınırlılığı kıstasları ile ifade etmiştir.

Bunun yanında sınırlama kaydı içermeyen temel hakların sınırlandırılabilirliği yönündeki düşüncenin Alman Hukuk Doktrini'nden ileri gelmekte olduğu, bu düşüncenin Alman Federal Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiş olduğu ifade edilmiştir. Özdemir, *a.g.m.*, 2004, s. 421-422.

geleceğini belirleme hakkının kullanımı da sınırsız olmayıp³³; bu hak demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı hallerde sınırlanabilir³⁴.

Kendi geleceğini belirleme hakkının sınırları konusunda en önemli ölçüt insan onurudur. Nitekim bireylerin kendi geleceğini belirleme noktasında ortaya koyacakları tasarruflardan insan onuru ile bağdaşması mümkün olmayanlara hukuken geçerlilik tanınması mümkün olmayacaktır³⁵. Gerçekten de kendi geleceğini tayin hakkının düşünsel temelini teşkil eden insan onuru, aynı zamanda bireylerce ortaya koyulacak tasarrufların doğal sınırı olacaktır³⁶. Diğer yandan insanın hem maddi hem manevi varlığına duyulan saygının en anlamlı ve önemli ifadesi olan insan onuru³⁷, ülkeden ülkeye ve kültürden kültüre değişen tanımı gerekçesiyle farklı yaklaşımlara sebebiyet verebilmektedir³⁸. Bu bağlamda insan onurunun soyut bir tanımının yapılması olanaksız görülmüş, içeriğinin belirlenmesi için tüm kültür, ahlak ve özellikle de hukuk düzenlerinden faydalanılması gerektiği belirtilmiş, kavramsal içeriğin ileriye dönük yargısal içtihatlar yoluyla doldurulabileceği ifade olunmuştur³⁹.

Kendi geleceğini belirleme hak ve yetkisi ile alakalı bir diğer sınır yaşam hakkından bütünüyle vazgeçilip geçilemeyeceği noktasındadır. AİHS'nin 2.

³³ Akıncı, **a.g.m.**, (1998), s. 737.

³⁴ Aygörmez Ugurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014). “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi”. **Fasikül Hukuk Dergisi**, 6(53), s. 30.

³⁵ Turanlı Özcan, A. M. (2018). **Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası**. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 16-17.

³⁶ Bu bağlamda kişinin, reşit olsa dahi fuhuş icrası yönündeki iradesine hukuki değer atfedilmemiş olması bu düşünceden ortaya çıkmıştır. Nitekim bu yöndeki bir irade beyanı, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereğince ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür. Anayasa Mahkemesi de rızaya dayalı olup olmadığına bakılmaksızın fuhuş eylemini, insan onuru ve değeri ile bağdaşmaz nitelikte görmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2017 tarihli ve 2014/19152 numaralı kararı. (19.09.2017 Tarihli ve 30277 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.)

³⁷ Doğan İ. (2005). “**Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş**.” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 13(2): s. 53.

³⁸ İnsan onuru, kimi uygulamaları destekleyenler bakımından dayanak noktası kabul edilerek temel hak ve özgürlüklerin kullanımının önünü açmakta, kimi zaman da hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının sınırını teşkil ederek kısıtlayıcı bir görev ifa etmektedir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Çelik, E. (2019). “**İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü**.” Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2): s. 306.

Doktrinde bu husus insan onurunun iki farklı kullanımı olarak görülmüş, “*insan onurunun yetkilendirme anlamında kullanımı*” ve “*insan onurunun sınırlandırma anlamında kullanımı*” olarak nitelendirilmiştir. Gürbüz, N. (2012). “**Biyotip Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramı Tartışmaları**.” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 10 vd.

³⁹ Gören, Z. (2007). “**Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru**.” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi; 6 (12): s.21-37.

maddesinde yaşama hakkı koruma altına alınmıştır. AİHS'nin, bir hakkı koruma altına almak suretiyle bu hakkı, hakkın ihlali mahiyetinde kabul edilebilecek belli durumlara karşı da koruma alanı oluşturduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Bu bağlamda AİHS de dâhil olmak üzere, ölme hakkını açıkça hükme bağlar nitelikte düzenleme ihtiva eden herhangi bir uluslararası insan hakları belgesi mevcut değildir⁴¹. Yine bu kapsamda ölme hakkının ulusal mevzuat eliyle düzenlenmesi ve hekimler marifetiyle icrası, yaşamına son vermek isteyen kişilere devlet eli ile olanak sağlanması⁴², yaşam hakkını aktif ve pasif koruma yükümlülüğü ile bağdaşmayacaktır⁴³.

Kendi geleceğini belirleme hakkının sınırları nasıl belirlenecektir? Bu noktada karşımıza tasarruf yetkisi kavramı çıkmaktadır. Bu vesileyle çalışmamızın bu aşamasında “hukuki değer kavramı ve tasarruf yetkisi” ele alınacak, sonrasında “bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları” na ilişkin kabul edilebilecek sınırlama kıstas ve kriterleri içerisinde “kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlarının nasıl tayin ve tespit olunacağı” hususu değerlendirilecektir.

⁴⁰ Hakeri, H. (2020). *Tıp Hukuku*, (On beşinci Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 982.

⁴¹ <https://www.anayasa.gov.tr/media/5803/aihsmd2yasamhakk.pdf> E.T. 05/05/2021.

⁴² AİHM'nin *Pretty v. Birleşik Krallık* kararında (AİHM, *Pretty v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 2346/02, Karar Tarihi: 29.04.2002, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>, E.T. 05/05/2021) motor nöron hastalığından muzdarip Bayan Pretty'nin kendisine ölme kararı verme hakkı tanınması talebine dayalıdır. Bayan Pretty, hastalığı nedeniyle intihar edebilecek durumda olmadığından bahisle eşinden ölümünü kolaylaştırması için yardım istemekte ise de bu yöndeki fiiller iç hukuk bakımından suç teşkil etmektedir. Başvurucu Pretty, bireyin yaşama devam etmeyi seçmesinin yahut yaşamına son vermeyi tercih etmesinin kişinin kendine ait bir karar olduğundan bahisle ölme hakkının sağlanması gerektiği iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. AİHM, devletlerin bireylere ölüm hakkı tanımak yahut kişilerin ölümünü kolaylaştırmak şeklinde sorumluluğu olmadığı yönünde karar verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Güzeldağ, S. (2020). “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukuku Açısından Yaşam Hakkı İhlalleri*.” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, s. 68, <https://www.anayasa.gov.tr/media/5803/aihsmd2yasamhakk.pdf> E.T. 05/05/2021)

⁴³ Ancak AİHS, yaşayan bir belge olup AİHM içtihatları ile gelişmekte olduğu kuşkusuzdur. Bu bağlamda aktif ve pasif koruma yükümlülüğü çerçevesinde AİHM'nin *Lambert ve Diğerleri v. Fransa* kararı (AİHM, *Lambert ve Diğerleri v. Fransa*, Başvuru No. 46043/14, Karar Tarihi: 05.06.2015, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-163009>, E.T: 05/05/2021) önem arz etmektedir. Bahse konu karar ile trafik kazası neticesinde hiçbir uzvunu kullanamaz hale gelen Lambert'e seksen yedi kez iletişim terapisi uygulanarak yanıt alınamaması neticesinde ilgili iç hukuk düzenlemesi uyarınca yaşam desteğinin kesilmesi kararı alınmıştır. Lambert'in kimi yakınları yaşam hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHM nezdinde başvuruda bulunmuştur. AİHM, yaşam desteğinin kesilmesi yönündeki kararın yaşam hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu karara gerekçe olarak, tıpkı yaşamın başlangıcında olduğu gibi yaşamın sonunda da devletin takdir yetkisinin söz konusu olması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de yaşam hakkının korunmasına dair pozitif yükümlülükler çerçevesinde hayatın başlangıcı ve sonu ile ilgili hukuki, bilimsel ve etik konularda görüş birliğinin sağlanmadığı durumlarda; üye devletlerin “takdir yetkisi” olduğu Mahkemece vurgulanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Güzeldağ, *a.g.e.*, 2020, s. 68 vd.

2.2. Hukuki Değer Kavramı ve Tasarruf Yetkisi

Bireylerin tasarruf yetkileri açıklanırken öncelikle “*hukuki değer*” kavramı izah edilmeli, hukuki değerın suçun konusu ile ilişkisi ve farkı ele alınmalı ve nihayet tasarruf yetkisinin ne üzerinde olduğu ortaya koyulmalıdır.

Hukuki değer, en temelde bireylere ilişkin olup, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin tanınmasına, korunmasına, yaşanmasına ve geliştirilmesine hizmet etmektedir. Hukuk sistemlerinde her hukuki değer kendisini pozitif normlar eliyle, emir ve yasaklar suretiyle korutmaktadır⁴⁴.

Bu anlamda bireylerin maddi ve manevi varlığının tanınması ve geliştirilmesi hedefinde olan ceza hukukunun amaçlarından birisi de⁴⁵, hukuki değerlerin korunmasıdır. Doktrinde de ceza hukukunun birçok hedef ve fonksiyonundan biri olarak⁴⁶, hukuk toplumu tarafından korunmaya değer görülen hukuki değerlerin muhafazası gösterilmektedir⁴⁷.

Suç teşkil eden tüm filler bir veya birden fazla hukuki değerın ihlali mahiyetinde⁴⁸ olup, herhangi bir hukuki değerle ilişkili olmayan bir suç söz konusu değildir⁴⁹. Ceza hukukunun üstlenmiş olduğu hukuki değerleri koruma görevi, suç karşılığında öngörölmüş bulunan yaptırımlar aracılığı ile yerine getirilmektedir⁵⁰.

Hukuk düzeni bireylere, bireyi doğrudan ilgilendiren bazı konularla ilgili, başkalarınca gerçekleştirilecek bir takım tasarruflara onam verme, rıza gösterme yetkisi tanımıştır. Bu tasarruf yetkisi, rıza gösterme ehliyeti mevcut olan kişinin, hukuk düzenince tayin ve tespit olunan sınırlar içerisinde, bir hukuki değeri ihlal edebilecek mahiyetteki fiil veya filleri kabul etmesi, onaylaması olarak izah

⁴⁴ Ertem, B. (2015). *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 158.

⁴⁵ Türk Ceza Kanunu’nun amacıyla ilgili olarak TCK m. 1 hükmü şu şekildedir: “(1) Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir”

⁴⁶ Ceza Hukukunun Fonksiyonu için bkz. Koca/ Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 2019, s. 31 vd.

⁴⁷ Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 466, Koca/ Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 2019, s. 33.

⁴⁸ Ünver, *Hukuksal Değer*, 2003, s. 147.

⁴⁹ Koca/Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 2019, s. 119; İçel, K., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F. S. ve Ünver, Y. (1999). *Suç Teorisi 2.Kitap. 1. Baskı*, İstanbul, s. 96.

⁵⁰ Koca/Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 2019, s. 32.

edilebilir⁵¹. Bu vesileyle tasarruf yetkisi ile hukuki değer kavramı arasında sıkı bir ilişki olduğu söylenebilir. Ancak tasarruf yetkisinin açıklanması için yalnızca hukuki değer kavramının ele alınması yeterli olmayacaktır. Bunlarla birlikte suçun konusunun da izahı gerekmektedir.

Suçun konusu, kanuni tarifte belirlenen fiilin üzerinde icra edildiği eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır. Ancak hukuki değer, bireylerle ilgili, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına matuf soyut değerlerdir. Suç oluşturan fiilin işlenmesiyle, hukuki değer ihlal edilmekte iken, suçun konusu bakımından bir zarar veya tehlike ortaya çıkmaktadır⁵².

Tüm bu izahatlardan sonra, bireylerin kendisine karşı gerçekleştirilen fiile rıza göstermek suretiyle, hukuki değer üzerinde tasarruf etmediği; tasarrufun, ilgili hukuki değeri korumakta olan suçun konusu üzerinde olduğu söylenebilir⁵³. Nitekim doktrinde, rıza açıklamasının hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenebilmesi için, kişinin üzerinde *tasarrufta bulunabileceği bir konuya ilişkin* olması gerektiği fikri savunulmuştur⁵⁴. Ancak rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, bireylerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir *hukuki değere ilişkin* olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur⁵⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuki değer veya hak, üzerinde tasarruf edilebilecek nitelikte kabul edilemez olup; üzerinde tasarruf edilen şeyin suçun konusu olduğunun kabulü gerekmektedir⁵⁶. Bireylerin tasarruf yetkisi kapsamında açıkladıkları rızaya hukuken geçerlilik atfedilebilmesi için öncelikle, kişinin üzerinde “serbestçe tasarruf edebileceği bir konunun varlığı” ve tasarrufun hukuken belirlenmiş sınırlar kapsamında gerçekleştirilmiş olması gerekir⁵⁷.

Bu çerçevede tasarruf yetkisinin belirlenmesi açısından hukuki değerlerden hareketle yapılan izahatlarda tercih olunan kavramsal çerçeve yerine⁵⁸; “hukuki

⁵¹ Hakeri, H. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (21.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 370.

⁵² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 177 ve s. 220.

⁵³ Erdoğan, *a.g.e.*, 2019, s. 15-16.

⁵⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 375.

⁵⁵ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 101. Bu yöndeki görüşlere göre bireylerin şerefi yahut cinsel dokunulmazlığı üzerinde rıza açıkladığı ve hukuk düzenince bu tasarruflara geçerlilik atfedildiği göz önüne alındığında üzerinde tasarruf edilen konu değil hukuki değerdir.

⁵⁶ Erdoğan, *a.g.e.*, 2019, s. 15-16.

⁵⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 367; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 293.

⁵⁸ Ekici Şahin bu bağlamda yaptığı tasnifte: **Mutlak Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler, Sınırlı Tasarruf Edilebilen Hukuksal Değerler ve Tasarruf Edilemeyen Hukuksal Değerler** ayrımlarını yapmıştır. (Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 101 vd.)

değerle alakalı konular” bağlamında konunun ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu vesileyle, “mutlak surette tasarruf edilebilen hukuki değerlerle alakalı konular”, “sınırlı surette tasarruf edilebilen hukuki değerlerle alakalı konular” ve “tasarruf yetkisinin söz konusu olmadığı hukuki değerlerle alakalı konular” tasnifi, kanımızca daha uygun olacaktır.

Diğer yandan hukuki değerlerin soyut nitelikte olmasının sonucu olarak, sahibinden ve taşıyıcısından söz edilemeyeceği⁵⁹ düşüncesinden hareketle, çalışmamız içerisinde “bireylere ait hukuki değerler” ve “topluma ait hukuki değerler” ayrımı⁶⁰ yerine “bireyle doğrudan ilişkili hukuki değerler” ve “bireyle doğrudan ilişkili olmayan hukuki değerler” kavramlarına dayalı ayırım tercih edilmektedir⁶¹. Bu yöndeki tercih, menfaatleri hukuki bakımdan bir şahsa izafe etmek yahut hukuki değerın bireylere ya da topluma aidiyetinden bahsetmek yerine bireyle veya toplumla ilişkili hukuki değerler tabirinin daha yerinde olacağından ileri gelmiştir.

Kavramsal çerçeveye dair bu açıklamalarımızdan sonra kişilerin tasarruf yetkisinin hangi hukuki değerlerle alakalı konular üzerinde ve ne seviyede söz konusu olabileceği ele alınmalıdır. Bireylerin hukuki değerlerle alakalı konular üzerindeki tasarruf yetkilerinin varlığı, öncelikle kendileriyle doğrudan ilişkili hukuki değerlerle alakalı konular üzerinde tasarruf edilmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu çerçevede hukuken koruma altına alınmış, kişilerle doğrudan ilişkili hukuki değerlerden, bireyler yalnızca kendileriyle ilişkili olan hukuki değerler üzerinde tasarruf yetkisini haiz olup hiç kimse bir başkasıyla ilişkili hukuki değerle alakalı konular üzerinde hukuken yetkilendirilmediği sürece tasarruf edemeyecektir⁶².

Bireylerin tamamını ilgilendiren bir hukuki değerle alakalı konu üzerinde şahsi olarak herhangi bir bireyin tasarruf yetkisini ortaya koyma hususunda salahiyetli

Mutlak Surette Tasarruf Edilebilen Haklar, Sınırlı Surette Tasarruf Edilebilen Haklar ve Tasarruf Yetkisinin Bulunmadığı Haklar olarak yapılan tasnif için bkz. Turanlı Özcan, *a.g.e.*, 2018, s. 127 vd.

⁵⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 176, dipnot 109.

⁶⁰ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 112 vd., **Devletin ve Toplumun Sahibi Olduğu Haklar, Bireyin Sahibi olduğu Haklar** olarak yapılan tasnif için bkz. Turanlı Özcan, *a.g.e.*, 2018, s. 146 vd.

⁶¹ Benzer kullanım için Bkz. Erdoğan, O. (2019). *Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, s. 13.

⁶² Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 101.

olduğundan söz edilemez⁶³. Bir hukuki değerin doğrudan bireylerle ilişkili olması da, kişilerin bu hukuki değer ile alakalı konu üzerinde mutlak tasarruf yetkisinin bulunduğu anlamına gelmez. Öyleyse, tasarruf yetkisinin varlığından söz edebilmek için bireyle doğrudan ilişkili hukuki değerlere ait bir konunun varlığı şart ise de yeterli değildir. Nitekim bireyler, kendilerine ait kimi hukuki değerlere ait konular üzerinde tasarruf yetkisini haiz iken kimileri üzerinde sınırlı surette tasarruf edebilmekte kimileri bakımından ise tasarruf ehliyeti söz konusu olmamaktadır.

2.2.1. Mutlak Surette Tasarruf Edilebilen Hukuki Değerlerle Alakalı Konular

Hukuk düzeni bireylerin malvarlığı değerleri, cinsel dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, şerefî ve özel hayatına ilişkin değerlerle alakalı konular üzerinde tasarruf edebileceğini kabul etmektedir⁶⁴. Ancak doktrinde kimi yazarlar kişinin şerefî üzerinde tasarruf yetkisinin mevcut olmadığı görüşündedirler⁶⁵.

Mutlak surette tasarruf edebilmek yetkisinden kasıt, bireylerin ilgili hukuki değerle alakalı konular üzerinde kural olarak herhangi bir kısıtlama söz konusu olmaksızın tasarruf edebilmesidir. Ancak muhakkak, kişiler tasarruf yetkilerini kullanırken başkaca hukuki değerleri ihlal edecek mahiyette ve başkalarına ait hukuki değerlerle alakalı konularda zarar veya tehlike meydana getirecek şekilde tasarrufta bulunamayacaktır^{66,67}. Hatta bireylerin bu doğrultuda ortaya koyacakları tasarruflara bağlı olarak gösterecekleri rıza, işlenecek suçlar bakımından azmettiren yahut yardım eden olarak şeriklik bağlamında sorumluluklarını gündeme getirebilecektir⁶⁸.

⁶³ Ünver, *Hukusal Değer*, 2003, s. 975; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, 1999, s. 192; Öztürk, B., Erdem, M. R. (2019). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (On dokuzuncu Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 265.

⁶⁴ Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. (Onuncu Bası), İstanbul: Beta, s. 321.

⁶⁵ *Özgenç'e* göre kişi, kendisine hakaret edilmesine rıza gösterse dahi, bu rıza, hakaret fiilini hukuka uygun hale getirmeyecektir. (Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 375-376.)

Kişinin şerefî üzerinde tasarruf edebileceği yönündeki aksi görüşler ise, âşık atışması örneğinden yola çıkmaktadır. Bahse konu görüşler için bkz. İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, 1999, s. 193.

⁶⁶ Toroslu, N., Toroslu, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. (Yirmi beşinci Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi, s. 162.

⁶⁷ Tasarruf yetkisinin kullanılması bakımından bir diğer sınırlama örneği Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi ile düzenlenmiş olup; bir şeye malik olan kimse, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip ise de hukuk düzeninin sınırları içinde bu yetkileri kullanmak zorundadır.

⁶⁸ Erdoğan, *a.g.e.*, 2019, s. 15.

2.2.2. Sınırlı Surette Tasarruf Edilebilen Hukuki Değerlerle Alakalı Konular

Hukuk düzeni, bireylerin bazı hukuki değerler ile alakalı konular üzerinde tasarruf yetkilerine olanak tanımış ise de bu tasarruflar ancak belli şartların varlığı halinde hukuken geçerli olacaktır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenen “insan üzerinde deney” suçu bakımından, rızaya dayalı olarak yapılan deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için bazı koşulların varlığı aranmıştır. Bahsedilen koşullar, deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması; deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olmasıdır. Buna ilave olarak insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılmasıdır. Tüm bunlarla birlikte deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması; deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması; deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekmektedir. Son olarak deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması olarak sayılmıştır⁶⁹.

Bu bağlamda bireyin bedeni üzerinde bilimsel deney yapılması yönündeki tasarrufa hukuki değer atfeden kanun koyucu, deneye tabi olmak konusunda kişinin kendi vücudu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kabul etmiş⁷⁰; ancak bu tasarrufun geçerliliğini belli koşullara bağlamak suretiyle, tasarruf yetkisini sınırlamıştır.

Bireylerin sınırlı tasarruf yetkilerinin söz konusu olduğu konuların başında “vücut dokunulmazlığı üzerinde gösterilen tasarruflar” gelmektedir. Bu husus çalışmamızın “Sağ İnsanın Kendi Vücudu Üzerindeki Tasarruf Yetkisi” başlığı

⁶⁹ İnsan Üzerinde Deney suçu hakkında detaylı bilgi için bkz. Şen, E. (2008). *İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları*. Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, s. 608 vd. ; Cin, O. (2005). “*Biyo-Tıp Sözleşmesi ve İnsan Üzerinde Deney*”. In The Biomedicine Convention and Research on Human Beings), *Archive of Public Law*, İstanbul, s. 199 vd. ; Ünver, Y. (2014). “*İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçu*”. *Klinik Araştırmalar Kitabı*. Klinik Araştırmalar Derneği, s. 465; Erman, R. B. (2016). *İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçları*. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 23 (2), 20. Yılı armağanı, s. 2 vd; Akyürek, G. (2014) “*İnsan Üzerinde Deney Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9 (1), s. 100 vd.

⁷⁰ Erman, *İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçları*, 2016, s. 29.

altında detaylı olarak ele alınacağı için, şimdilik bu konudaki tasarruf yetkisinin sınırlı olarak kabul edildiğini belirtmekle yetinmek isteriz.

2.2.3. Tasarruf Yetkisinin Mevcut Olmadığı Hukuki Değerlerle Alakalı Konular

Bireylerin bir hukuki değerle alakalı suç konusu üzerinde tasarruf edememesinden kasıt, ilgili hukuki değerın başka bir kişi tarafından ihlal edilmesine gösterilen rızanın geçerli olmayacağıdır. Nitekim ceza normları, üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek ihlallere karşı hukuki değerleri korumayı amaçlamaktadır⁷¹.

Bireylerin tasarruf yetkisinin kabul edilmediği konuları, bireysel hukuki değerlerle doğrudan ilişkili konular ve bireysel hukuki değerlerle doğrudan ilişkili olmayan, toplumsal yönü ağır basan hukuki değerlerle ilişkili konular olarak ayırarak incelemek daha faydalı olacaktır.

Öncelikle bireyler, yalnızca kendileriyle alakalı hukuki değerlerle bağlantılı konular üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup; toplumsal yönü ağır basan yahut bizzat devlet tüzel kişiliği ile alakalı hukuki değerler bakımından tasarruf yetkisine sahip değildir. Bu vesileyle uluslararası suçlar (Türk Ceza Kanunu'nun 76 ila 80. maddeleri aralığı), topluma karşı suçlar (Türk Ceza Kanunu'nun 170 ila 246. maddeleri aralığı), millete ve devlete karşı işlenen suçlar (Türk Ceza Kanunu'nun 247 ila 343. maddeleri aralığı) bakımından ilgili kimselerin rızası hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Çünkü bu suçlarla korunan hukuki değerlerin alakalı olduğu konuların, bireysel tasarruf alanı dışında olması gerekçesiyle icra edilen fiillerin hukuka aykırılığı üzerinde etki doğurmaz⁷². Hatta bu alanlarda bireylerin tasarruf yetkisi olmadığı gibi devletin dahi tasarruf yetkisinden bahsedilemeyeceği söylenebilir⁷³.

Örneğin bir kimse kendisi aleyhine yalan tanıklık yapılmasına rıza gösterse dahi fiili icra eden kimsenin Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesi anlamında cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁴. Nitekim yalan tanıklık suçu, Türk Ceza Kanunu'nun adliye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş, adil toplum düzeninin

⁷¹ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 121.

⁷² Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (On dördüncü Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 474.

⁷³ Dönmezer, S., Erman, S. (2019). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt 2)*, (On dördüncü Bası), İstanbul: Der Yayınları, s. 80.

⁷⁴ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 113.

tesisi ve korunması ülküsüne hizmet eden, yargılamanın doğruluğu ve güvenilirliğine ilişkin toplumsal beklentiye sağlamaya matuf niteliği haiz normatif düzenlemedir. Bundan hareketle suçla korunan hukuki değerin, adaletin tecelli etmesindeki toplumsal menfaat ve adalet mekanizmasının işleyişine duyulan güven olduğu söylenebilir⁷⁵. Suçla korunan bir diğer hukuki değerin bireylerin adil yargılanma hakkı olduğu, bu bağlamda aleyhine yalan tanıklık yapılan kimsenin gösterdiği rızanın kendisiyle ilişkili bir konu üzerinde olduğu düşünülebilir ise de suçla korunan toplumsal menfaat dolayısıyla bu suç bağlamında gösterilecek rıza geçerli kabul edilemeyecek dolayısıyla tasarruf yetkisinin varlığından bahsedilemeyecektir.

Bireyin doğrudan kendisiyle ilişkili bir konu söz konusu olmasına karşın mutlak surette tasarruf edemeyeceği alanlar da mevcuttur. Örneğin kişiler yaşam hakkı üzerinde ve buna bağlı olarak kendi hayatları üzerinde tasarrufta bulunamazlar⁷⁶. Tasarruf ehliyetinin hukuki temelini oluşturan kendi geleceğini belirleme hakkının yaşam hakkının ihlali sonuçlayan tasarruflara cevaz verip vermediği, kişinin yaşamına son verilmesini bir başkasından talep etmesinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde mütalaa olup olunamayacağı, özellikle ötanazi⁷⁷ bağlamında tartışılmaktadır. Bugün için hukukumuzda hayat hakkından vazgeçme niteliğindeki ötanazi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁷⁸ 13. maddesi⁷⁹ ile yasaklanmıştır⁸⁰.

⁷⁵ Göktürk, N. (2016). “*Yalan Tanıklık Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 272)*”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), s. 353.

⁷⁶ Doktrinde Öztürk/Erdem, kişilerin yaşam hakkı üzerinde tasarruf edebileceğini öne sürmektedirler. Yazarlar bu düşüncelerinin gerekçesi olarak yaşam hakkının en temel insan hakkı olması ve insan haklarının kullanılmasının hiç kimsenin ve hiçbir makamın onayına tabi olmaması, bu nedenle de kişinin yaşam hakkı üzerinde de tasarruf edebileceğinin kabul edilmesini sunmaktadır. Bu bağlamda yazarlar, intiharın cezalandırılmaması da yaşam hakkının tasarruf edilebilir bir hak olduğunu gösterdiğini iddia etmişlerdir. (Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s. 137.)

⁷⁷ Ötanazi şu şekilde tanımlanabilir: “*Tıbbi açıdan iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken hastanın, acılarını dindirmek amacıyla aktif veya pasif bir hareketin icra edilmesi suretiyle, ölmesine yardım edilmesi*”dir. (Özen, M. ve Ekici Şahin, M. (2010). “*Ötanazi*”. *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (1), s. 17.)

⁷⁸ 01.08.1998 Tarihli ve 23420 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi “Ötenazi Yasası” başlığı altın şu hükmü içermektedir: “*Ötenazi yasaktır.*

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dâhil, kimsenin hayatına son verilemez.”

⁸⁰ Her ne kadar hukukumuzda ötanazi yasaklanmış ise de hastalara tedaviyi red hakkının tanındığı göz önüne alındığında bireyin bedeni üzerinde tasarruf yetkisinin Hasta Hakları Yönetmeliği bağlamında tanınmış olduğu yönündeki görüş için bkz. Özen, M. ve Ekici Şahin, M. (2010). “*Ötanazi*”. *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (1), s. 17 vd.

Bu bağlamda kişinin hayatıyeti üzerinde tasarruf yetkisinin varlığı hukuken kabul edilemeyecek bunun neticesi olarak bireylerin kendilerinin hayatına son verilmesi yönündeki rızalarının hukuki geçerliliği söz konusu olamayacaktır⁸¹.

2.3. Sağ İnsanın Kendi Vücudu Üzerinde Tasarruf Yetkisi

Bireylerin beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacakları hususu tartışmalıdır. Ancak tıbbi müdahaleler, bu bağlamda özellikle cinsiyet değişikliği işlemleri⁸² ile organ veya doku nakilleri⁸³ gibi bazı hususlar kanunlarla özel olarak düzenlenmiş, bu düzenlemeler ışığında bireylerin tasarruf yetkisi kapsamında açıkladıkları rızalarına hukuken değer atfedilmiştir. Bu vesileyle bireylerin bedeni üzerinde sınırlı da olsa tasarruf yetkilerinin varlığının kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda bireyler, kendi vücudu üzerinde, fiziki bütünlüğünü devamlı surette zarara uğratmayan veya herhangi bir şekilde kanuna ve kamu düzenine aykırı olmayan tasarruflarda bulunabilir⁸⁴.

Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan

“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.”

hükmü ve madde gerekçesinde yer verilen

“... Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir...”

ifadeleriyle bireylerin bedenleri üzerinde belirli tasarruflarda bulunulabileceği, bu tasarruflara ilişkin olarak açıkladıkları rızaya hukuken değer atfedildiği hükme bağlanmıştır.

⁸¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 375 dn. 553.

⁸² Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi ile düzenlenmiştir:

Cinsiyet değişikliğinde

Madde 40- Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.

⁸³ 29.5.1979 Kabul Tarihli, 3.6.1979 Tarihli ve 16655 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

⁸⁴ Toroslu/ Toroslu, **a.g.e.**, 2019, s. 162.

Kişi kendi bedeni üzerinde belirli sınırlar içinde tasarruf edebilir. Örneğin, saç kesimi⁸⁵, epilasyon, dövme yaptırmak veya küpe takabilmek için kulak deldirmek gibi çoğunlukla kozmetik ve estetik amaçlarla gerçekleştirilen hafif fiillere rıza gösterebilir⁸⁶. Ancak bireylerin gözünün çıkarılmasına⁸⁷ yahut hayatın devamı için zorunlu olan ve yokluğunda yaşamın devamının olanaksız hale geleceği bir organının alınmasına gösterdiği rızaya hukuken geçerlilik tanımak ve bu nitelikte bir tasarrufa hukuki değer atfetmek mümkün değildir.

Gerçekten de kişilerin vücudu üzerinde yalnızca belirli nitelikteki ve belirli amaçlara yönelik olarak irade edecekleri tasarruflar ve bu kapsamda gösterecekleri rıza, hukuken geçerli olacaktır⁸⁸. Bu bağlamda insanın kendi vücudu üzerindeki tasarruf yetkisi sınırsız ve mutlak kabul edilemez⁸⁹. Bahse konu tasarruf yetkisinin amaç veya konu bakımından kapsamı ve sınırları tespit olunmalıdır. Bu hususa ilişkin olarak mevzuatımızda gerek Türk Ceza Kanunu'nda gerekse de diğer kanunlarımızda herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı⁹⁰ için bireylerin hangi hukuki değerler ile ilgili olarak ne surette tasarrufta bulunabileceği, tüm hukuk düzenine hâkim olan ilkeler çerçevesinde belirlenecek olup⁹¹; bu konuda genel geçer bir ölçüt tayin etmek zor görünmektedir. Bu bağlamda doktrinde bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin kapsam ve sınırların tespiti amacıyla önerilen bazı kıstaslar ve görüşler mevcuttur. Çalışmamızın bu kısmında bahse konu görüşlerden bir kısmı tasarruf yetkisini “amaç” bakımından bir kısmı ise “konu” bakımından sınırlamakta olduğundan, her bir görüş niteliğine uygun düşen ilgili başlık altında incelenecektir.

⁸⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 376.

⁸⁶ Doktrinde bu nitelikteki fiillerin herhangi bir hukuki değeri ağır olarak ihlal etmediği, sosyal açıdan kabul edilebilir nitelikte olduğu ve ceza normlarının amacıyla bağdaşmaz niteliği olmadığı gerekçesiyle ceza hukukunun alanına girmeyen **önemsiz hareketler** olduğu yönündeki görüş için **bkz.** Hakeri, H. (2007). *Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*. TBB Dergisi, 69 (1), s. 55 vd.

⁸⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 376.

⁸⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 376.

⁸⁹ Toroslu, N. (1978). *“Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35(1), s. 95.

⁹⁰ Beden bütünlüğüne karşı gerçekleştirilecek müdahaleler bağlamında ortaya koyulacak tasarruf yetkisi kapsamında gösterilecek rızanın hangi fiiller ve hangi durumlarda geçerli olacağına ilişkin kanuni düzenlemenin yapılması gerekliliği hakkında bkz. Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Legal Yayıncılık., s. 217.

⁹¹ Dönmez/Erman, a.g.e., 2019, s. 80; Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 2019 s. 294-295; Özbeke, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (Onuncu Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 317.

2.3.1. Tasarruf Yetkisinin Amaç Bakımından Kapsamı ve Sınırları

2.3.1.1. İnsan Onurunun Korunması amacıyla sınırlanması gerektiğini savunan görüş

İnsanın bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırsız olamayacağına ilişkin kabulün en önemli amaçlarından biri, kanımızca “*insan onuru*” nun korunmasıdır. Gerçekten de bireylerin bedeni üzerinde söz konusu olabilecek her türlü tasarrufuna hukuken geçerlilik atfetmek kimi zaman insan onuru ile izahı kabil olmayan neticeler meydana getirebilecektir. Bu bağlamda, kişinin, reşit olsa dahi fuhuş icrası yönündeki iradesine hukuki değer atfedilmemiş olması⁹² bu düşünceden ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi de rızaya dayalı olup olmadığına bakılmaksızın fuhuş eylemini, insan onuru ve değeri ile bağdaşmaz nitelikte görmektedir⁹³.

Bireylerin bedeni üzerinde belli ölçüde acı veren müdahaleler bakımından kişilerin tasarruf yetkileri kabul edilmekle birlikte, insan onuru ile bağdaşmayan nitelikteki fiillere gösterilecek rızaların geçerli kabul edilmemesi gerektiği savunulmakta, bu nitelikteki tasarrufların bireyin kendisini geliştirme hakkı çerçevesinde değerlendirilemeyeceği savı öne sürülmektedir⁹⁴. Bu görüşe göre bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkilerinin tezahürü olarak ortaya çıkan, vücut üzerinde gerçekleştirilecek fiillere gösterilen rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (AY m. 17) kapsamında olup; rıza gösterilen fiil, kişiliğin serbestçe dışa vurulmasına ve gelişmesine hizmet etmekteyse rıza geçerli kabul edilmelidir⁹⁵.

Bu kapsamda, vücut bütünlüğü üzerinde ağır sonuçlar doğurmayan ve basit yaralama (TCK m. 86 f. 2) niteliğinde olan eylemler bağlamında tasarruf yetkisinin varlığı kabul edilecek, bunun sonucu olarak gösterilen rıza vesilesiyle fiil hukuka uygun hale gelecektir. Basit yaralama sınırını aşan nitelikteki fiiller açısından ise ancak üstün bir değerın korunmasına yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerin meşru

⁹² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 50.

⁹³ Anayasa Mahkemesi’nin 18.10.2017 tarihli ve 2014/19152 numaralı kararı. (19.09.2017 Tarihli ve 30277 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.)

⁹⁴ Üzülmöz, İ. (2013). *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*. (1.Basım), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 28; Koca, M., Üzülmöz, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (Dördüncü Baskı). Ankara: Adalet Yayınları, s. 210-211.

⁹⁵ Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M. (2019). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. (On yedinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 270.

kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁶. Örneğin, tedavi amacı ile gerçekleştirilecek ağır bir cerrahi müdahaleye gösterilen rıza bu kapsamda değerlendirilmelidir. Apendiksin iltihaplanması neticesinde ortaya çıkan apandisit hastalığının, geç müdahale edilmesi durumunda ölümcül bir hastalığa dönüşebileceği göz önüne alınarak bahse konu organın alınması yönünde tasarrufta bulunup cerrahi müdahaleye rıza gösteren kimsenin bu yöndeki tasarrufuna geçerlilik atfetmek gerekmektedir. Ancak herhangi bir tıbbi gereklilik ve hukuki zorunluluk bulunmaksızın böbreğinin alınması yönünde tasarrufta bulunan kimsenin iradesi, hukuken geçerli bir tasarruf niteliğinde kabul edilmemelidir.

Bireylerin insan onuru ile bağdaşmayacak ameliyelere gösterdikleri rızaya geçerlilik tanınmaması nasıl bir hukuki zorunluluk ise iyileşmek ve sağlıklı bir hayat sürmek amacıyla ortaya koyulacak tasarrufların hukuk düzenince korunması da ayrı bir gerekliliktir. Nitekim bireylerin, kendini geliştirme ve şahsiyetinin tekâmülü amacıyla vücut dokunulmazlığı üzerinde icra olunacak kimi basit nitelikteki fillere rıza gösterilmesi yönündeki tasarruflar genel hareket özgürlüğü kapsamında olup bizzat kendi geleceğini belirleme hakkının dışı vurumudur, özü itibariyle insan onurunun doğal sonucudur.

2.3.1.2. Ahlaka ve adaba uygunluğun korunması amacıyla sınırlanması gerektiğini savunan görüş

Ahlaka ve adaba uygunluğun korunması amacıyla bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanması gerektiğini savunan görüşe göre; kişinin bedeni üzerinde ahlaka ve adaba aykırı nitelikteki tasarrufları kabul edilmez⁹⁷. Alman Ceza Kanunu da kişinin tasarruf yetkisi kapsamında kendisine karşı icra edilecek müessir fiillere göstereceği rızayı “ahlaka uygunluk” koşulunu sağlaması durumunda geçerli kabul etmiştir⁹⁸.

Ahlaka aykırılık ölçütü; TMK’nın 23. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen:

“kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”

⁹⁶ Yenerer Çakmut, Ö. *a.g.e.*, 2003, s. 216-217.

⁹⁷ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 289-290.

⁹⁸ Alman Ceza Kanunu’nun 228. maddesi şu düzenlemeyi ihtiva etmektedir:

“Yaralama fiilinin, yaralanan kişinin rızası ile gerçekleştirildiği hallerde, rızanın bulunmasına rağmen fiil ahlaka aykırı ise, sadece bu durumda hukuka aykırılık vardır.”

hükmü gereğince kişilik hakları kapsamında ortaya koyulacak tüm tasarrufların sınırını teşkil etmektedir⁹⁹. Şüphesiz ki beden bütünlüğü bakımından söz konusu olacak tasarruflar bağlamında da ahlaka aykırılık ölçütü hukuki sınırların tayin ve tespitinde esas alınmalıdır.

Türk Ceza Kanunu’nda rıza gösterilen fiilin ahlak ve adaba uygun olması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bu kapsamda, kişinin hukuki değerleriyle alakalı konular üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının belirlenmesi açısından Türk Ceza Kanunu’nun 26. maddesinin 2. fıkrasının yorumuna “fiilin ahlaka aykırı olmaması” şeklinde bir ölçütün dâhil edilmesi gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur¹⁰⁰. Diğer yandan “ahlaka aykırılık” kavramının belirsizliği, göreceliliği ve hukuki sınırlarının tayin edilmesinin güçlüğü dolayısıyla rızanın sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılamayacağını savunan yazarlar da mevcuttur¹⁰¹.

Tasarruf yetkisinin amaçsal olarak sınırlanma ölçütlerinden olan “ahlaka ve adaba aykırılık” kriteri, ahlaka ve adaba aykırı nitelikteki tasarruflara hukuken geçerlilik tanınmayarak, toplumsal değerler çerçevesinde ortaya çıkan ahlaki toplumsal düzenin muhafazasını amaçlamaktadır. Diğer yandan “ahlaka ve adaba aykırılık” kriterinin toplumsal bir yönü olduğu kadar bireyleri korumak gayesinin de söz konusu olduğu söylenebilir.

Gerek insan onuruna gerekse de ahlaka ve hukuka aykırı olarak ortaya koyulacak tasarrufların geçersizliği anlamında, bir kimsenin menfaat karşılığında özgürlüğünden tamamen vazgeçmesi yönündeki tasarrufun hukuken geçerli olmaması örnek gösterilebilir. Bu yöndeki bir tasarruf, gerek Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinin 2. fıkrası kapsamında özgürlükten vazgeçme anlamına geleceği için gerekse de Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca kişilik haklarına aykırı olacağından kesin hükümsüz olacaktır. Ayrıca özgürlüğünden menfaat karşılığı vazgeçen bireyin gösterdiği rıza “üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir konuya ilişkin olmadığı” gerekçesiyle Türk Ceza Kanunu’nun 26. maddesinin 2. fıkrası kapsamında geçerli bir rıza olmayacak, özgürlük kısıtlama

⁹⁹ Akıncı, *İrade Muhtariyeti*, 1998, s. 734.

¹⁰⁰ Toroslu/Toroslu, a.g.e, 2019, s. 167; Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s. 164.

¹⁰¹ Ünver, Y. (2006). “*Türk Tip Hukukunda Rıza*”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2), s. 254.

fiilini icra eden kimsenin kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçu dolayısıyla cezai sorumluluğu devam edecektir.

Bununla birlikte, ahlaka ve adaba aykırılık ölçütünün beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırının belirlenmesinde tek başına kullanılması bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Ahlaka aykırılık ölçütünün tek başına yetersiz kalabileceği yönünde bir görüş mevcuttur. Bu kapsamda verilen örneğe göre bir canlının hayatına hiçbir haklı gerekçe olmadan son vermenin ahlaka aykırı olduğu izahtan vareste olmasına karşın kanun koyucu, annenin kendi geleceğini belirleme hakkına duyulan saygının bir neticesi olarak, belli şartlar altında cenin hakkında annenin kürtaj iradesine saygı göstermiş ve bu tasarrufa hukuki geçerlilik atfetmiştir.

Diğer yandan ahlak ve adap kavramları, sınırları kesin şekilde tayin olunabilecek nitelikte somutlaştırılamayacaktır. Kültürel farklılıklara göre ahlak kavramına yüklenen mana değişebileceği gibi kültürel göreceliğin bir neticesi olarak hukuki sınırların tayin ve tespiti zorlaşabilecek, hukuki öngörülebilirlik ilkesi zedelenebilecektir. Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, ahlaka aykırılığın ölçütünün, toplumda adil düşünen bireylerin ortak terbiye hislerinden oluşan genel ve objektif nitelikte ahlak anlayışı dikkate alınarak, her somut durum bakımından hâkim tarafından belirleneceğine hükmetmiştir¹⁰².

Gerçekten de ne tür tasarrufların ahlaka aykırı olduğu belirlenirken çok dikkatli olunması ve kişiden kişiye, zamana, coğrafyaya ve kültüre göre değişkenlik arz eden bireysel veya toplumsal ahlak anlayışlarından kaynaklanan değer yargıları yerine, “toplumsal düzene ilişkin” davranış kurallarının esas alınması gerekir¹⁰³. Bu davranış normları, insan şahsiyetinin tekâmül etmesini sağlayacak ölçütleri tayin etmekte olup¹⁰⁴ bu yönüyle bireylerin kendi geleceğini tayin etme hakkının yaşam bulmasına imkan verecek ve hatta ortam sağlayacak mahiyettedir. Diğer yandan davranış normları, ahlak kuralları ve hukuk kurallarıyla müşterek bir zemine sahip bulunduğu¹⁰⁵ ahlaki olanın tespiti bakımından davranış normlarının esas alınması kanımızca isabetli görünmektedir.

¹⁰² Yenerer Çakmut, Ö. *a.g.e.*, 2003, s. 218-219.

¹⁰³ Erman, B. (2003). “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 138.

¹⁰⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 27.

¹⁰⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 32.

2.3.1.3. Demokratik toplum kurallarına uygunluk kriterinin sağlanması amacıyla sınırlanması gerektiği yönündeki görüş

Kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin amaçsal yönden sınırlanması kapsamında esas alınacak ölçütlerden bir diğeri “demokratik toplum kurallarına uygunluk” olup, buna göre demokratik toplumca vaz olunmuş kurallara aykırı tasarruflar, demokratik toplum düzeninin korunması ve devamı amacıyla geçersiz kabul edilmektedir.

Bu görüşe göre Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından öngörülmüş koşullardan olan “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ölçütü, bireylerin bedenleri üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanması bağlamında esas alınmak suretiyle tasarruf yetkisinin kapsam ve sınırları tayin ve tespit olunmalıdır¹⁰⁶. Bu vesileyle bir üst başlıkta izah olunan ölçütün ahlak ve adab gibi kavramların muğlâklığı ve göreceliliği nedeniyle ortaya çıkardığı hukuki belirsizlik ortadan kalkacaktır¹⁰⁷. Ancak “ahlaka ve adaba uygunluk” kriterine getirilen belirsizlik ve görecelilik eleştirisi, “demokratik toplum düzeni kurallarına uygunluk” kriteri için de söz konusu olabilecektir¹⁰⁸.

Ayrıca Anayasa ile öngörülmüş bulunan “*demokratik toplum düzeni bakımından gereklilik*” ölçütü, temel hak ve özgürlüklerin birey dışındaki kimselerce özellikle de devlet tarafından kısıtlanması bakımından öngörülmüş bir ölçüttür. Oysa bireyler, kendi bedeni üzerinde tasarruf etmek suretiyle kendi vücut dokunulmazlığı hakkını kısıtlamaktadırlar. Bu vesileyle bahse konu ölçüt de tasarruf yetkisinin amaçsal yönden sınırlanması ve kapsamı ile sınırlarının tayini noktasında faydalı olsa da tek başına ölçüt olarak yeterli olmayacağı kanaatindeyiz.

2.3.1.4. Üstün amaç söz konusu olması durumunda tasarrufun geçerli kabul edileceği yönündeki görüş

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları tayin olunurken göz önüne alınacak bir diğer ölçüt “*üstün bir amacın varlığı*” dır. Bu kapsamda kişinin kendisine acı vermesine sebep olacak bir fiilin işlenmesi hususunda bir başkasına

¹⁰⁶ Aygörmez, G.A. (2009). “*Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması*”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), s. 153.

¹⁰⁷ Aygörmez, *a.g.m.*, 2009, s. 153.

¹⁰⁸ Erdoğan, O. , *a.g.e.* 2019, s. 133.

rıza açıklamasında bulunması yönündeki tasarrufunun hukuken geçerli olduğu söylenemez¹⁰⁹.

Ancak, kişiye acı verse bile, sağlığın gerekli kılması durumunda bireylerin vücudu üzerinde belirli bir tasarrufta bulunulmasına yönelik olarak açıklanan rıza geçerli kabul edilecek; gerçekleştirilecek tasarruf hukuka uygun hale gelecektir¹¹⁰.

Gerçekten de kural olarak, bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlâli anlamına gelebilecek her müdahale hukuka aykırıdır¹¹¹. Bu müdahaleye kişinin rıza göstermesi dahi çoğu kez hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz¹¹². Kural bu olmakla birlikte, vücut üzerinde ortaya koyulan bazı tasarruflar, özellikle tıbbi müdahaleler, üstün bir amacın varlığı halinde hukuka uygun kabul edilirler. Bu üstün amaç, kişinin kendi sağlığını ve hayatını kurtarmak olabileceği gibi, başka kişilerin hayat ve sağlıklarının kurtarılması da olabilir¹¹³.

Bir diğer yandan üstün amacın, meşru nitelikte bir amaç olması gerekmektedir. Hukuk düzeni bireylerin vücut bütünlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğindeki fiillerin hukuka uygun kabul edildiği halleri genellikle, özel düzenlemeler yaparak belirlemiştir. Örneğin, tıbbi müdahaleler, bilimsel ve tıbbi deneyler, organ ve doku nakillerinin koşulları, kapsamı ve sınırları kanunlarla belirlenmiştir. Buradan kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruflarının fiilin ağırlığına ilave olarak, fiilin amacıyla da sınırlandırılmış olduğu sonucu çıkarılabilecektir¹¹⁴. Dolayısıyla, meşru bir amaç taşımayan fiillere gösterilecek rıza hukuken geçerli kabul edilmeyecektir¹¹⁵.

¹⁰⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.396.

¹¹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.397.

¹¹¹ Gökçen, A., Balcı, M. (2013). “*Organ Ve Doku Ticareti Suçları*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19 (2), s. 121.

¹¹² Öztan, B. (1990). *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, s. 116.

¹¹³ Akünel, T. (1983). “*2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun*” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, İstanbul, s. 20.

¹¹⁴ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 270.

¹¹⁵ Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ MITSCH, Wolfgang. (2003). Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Bazi, Bielefeld, §17, kn. 112. Aktaran: Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 270.

2.3.1.5. Bireyin ödevlerine uygun düştüğü ölçüde geçerli olacağını savunan görüş

Tüm haklar gibi bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin de kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gereken ödevlerle sınırlanmış olduğunu kabul eden bir görüş söz konusudur. Bu görüşe göre kişinin kendi bedeni üzerinde ortaya koyacağı tasarruflar, onun topluma ve ailesine karşı ödev, görev ve sorumluluklarını ifa etmesine engel olacak nitelikte olamaz¹¹⁶.

Bu görüşü savunan yazarlara göre kişi, kendi vücudu üzerinde topluma ve vatanına karşı görevlerini yerine getirmesini imkânsız kılacak nitelikte sonuçlar doğuracak şekilde tasarruf yetkisine sahip değildir. Bu vesileyle bu sonucun ortaya çıkmasını neticeleyecek davranışlara karşı gösterilen rıza hukuken geçerli kabul edilmeyecektir¹¹⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) da eski tarihli bir kararında bu yaklaşımdan hareket ederek, toplumsal ödevlere aykırılık sonucunu doğuracak tasarruflara ve bu kapsamda gösterilecek rızaya geçerlilik tanımamıştır¹¹⁸.

2.3.2. Tasarruf yetkisinin Konu Bakımından Kapsamı ve Sınırları

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin belli konularla sınırlı olarak kabul edilebileceği, belli konular bakımından ise tasarruf yetkisinin söz konusu olmayacağı çalışmamız içerisinde izah olunmuştur. Bu bağlamda öncelikle tasarruf yetkisinin konu bakımından sınırlandırılması bakımından ortaya koyulan ölçütler ile bireylerin hangi konular üzerinde ne seviyede tasarruf yetkisinin mevcut olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tasarruf yetkisini konu bakımından sınırlamak amacıyla öngörülen ölçütler genel itibariyle tasarruf yetkisi kapsamında rıza gösterilen fiilin/fiillerin vücut bütünlüğü üzerindeki sonuçlarının boyutu ve fiilin ağırlığı ölçütlerinden hareket etmektedir.

¹¹⁶ Dönmezer/Erman, *a.g.e.*, 2019,, s. 758.

¹¹⁷ Dönmezer/Erman, *a.g.e.*, 2019, s. 758.

¹¹⁸ YCGK'nun 2004/9-213 E. ve 2005/3 K. Sayılı kararı: “*Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz.*”, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> E. T.: 24.05.2020

2.3.2.1. Kanunda yazılı haller ve kasten yaralama suçunun takibi şikâyeteye bağlı halleri dışında beden bütünlüğünün ihlal edilemeyeceği görüşü

Bireylerin kendi vücudu üzerinde belli nitelikteki tasarruflara geçerlilik tanınacağı, belli nitelikteki tasarrufların ise hukuken geçerli olamayacağı açıktır. Beden bütünlüğü hakkında ortaya koyulacak ve hukuken geçerlilik tanınacak tasarrufların kapsamının tespiti bakımından ortaya koyulan görüşlerden birisi; “kanunda yazılı haller” dışında ve “yaralama suçunun şikâyeteye tabi halleri” dışında ilgilinin tasarruf yetkisi kapsamında ortaya koyduğu rızasıyla beden bütünlüğünün ihlal edilemeyeceği yönündedir.

YCGK eski tarihli bir kararında¹¹⁹ bu düşünceden hareketle tespitlerde bulunmuştur: *“Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur. Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz. Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyeteye bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re'sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötenazi, kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır.”*

Şikâyet, ceza muhakemesi hukukunda, “muhakeme şartı” olarak düzenlenmiş olan bir kurumdur¹²⁰. Bireylerin bedeni üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, şikâyeteye bağlı olarak soruşturulan/kovuşturulan suçlar bağlamında bir ayırım yapılması kanımızca isabetli olmayacaktır¹²¹. Nitekim bir fiilin şikâyeteye bağlı olarak soruşturulması yahut kovuşturulması, ceza hukukunda fiilin hukuka aykırı olmasını belirleyen bir etken değildir. Yine bu bağlamda hakaret suçunun basit şekli de şikâyeteye tabi suçlardan olmasına karşın, kişinin şerefi üzerinde tasarruf yetkisinin mevcut olmadığı¹²² dikkate alındığında kişinin bu nitelikteki fiillere göstereceği rızaya da hukuken geçerlilik tanınmayacaktır. Bu vesileyle, bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkilerinin konu bakımından sınırlarının tayin ve tespitinde, rıza gösterilecek fiilin ihlal edeceği hukuki değerle korunan hukuki konuya karşı işlenen suçun takibinin şikâyeteye bağlı olması yahut olmaması yönündeki ölçütün tam olarak sorunu çözmediği kanısındayız.

¹¹⁹ YCGK’nun 2004/9-213 E. ve 2005/3 K. Sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> E. T.: 24.05.2020

¹²⁰ Şahin, C. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (9. Bası), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 61.

¹²¹ Aynı yönde Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, 2006, s. 252; Erdoğan, O. *a.g.e.*, 2019, s. 134.

¹²² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 375-376.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruflarından yalnızca kanunda yazılı olanlara geçerlilik tanınması, başkaca müdahaleler yönünden tasarruf ehliyetinin söz konusu olamayacağı yönündeki görüş ise kanımızca tasarruf yetkisini ve bireylerin gelişim hakkını daraltıcı niteliktedir. Gerçekten de bazı tıbbi müdahaleler, cinsiyet değişikliği işlemleri¹²³ ve organ ve doku nakilleri¹²⁴ gibi bazı hususlar kanunlarla özel olarak düzenlenmiş, bu düzenlemeler ışığında bireylerin tasarruf yetkisi kapsamında açıkladıkları rızalarına hukuken değer atfedilmiştir. Ancak tasarruf yetkisinin yalnızca bu hususlar ile sınırlı olduğu yönündeki kabul, kanunla düzenlenmemiş birçok işlemi hukuka aykırı kılacaktır ki bunun kabulü mümkün değildir. Örneğin estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bireyler, kendi vücudu üzerinde, fiziki bütünlüğünü devamlı surette zarara uğratmayan veya herhangi bir şekilde kanuna ve kamu düzenine aykırı olmayan tasarruflarda bulunmaya yetkili kılınmalıdır. Ancak bu vesileyle bireylerin şahsiyetinin tekâmülünü gerçekleştirebileceği ve bireysel özgürlüklerin gerçek anlamda hayat bulabileceği düşüncesindeyiz.

2.3.2.2. Tasarruf yetkisini özellik arz eden durumlar haricinde yalnızca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki yaralama fiilleri bakımından uygun kabul eden görüş

Bu görüşü bir üst başlıkta ele alınan görüşten ayıran esas fark, Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen seviyedeki müdahaleler bakımından, “şikâyete bağlı soruşturulan/kovuşturulan suçlardan” olmasını değil “gerçekleştirilecek müdahalenin hafif sonuçlarını” esas almak suretiyle tasarruf yetkisine değer atfetmiş olmasıdır. Bu bakımdan, takibi şikâyete bağlı yaralama suçu kapsamında kalan fiillere gösterilecek rızaya geçerlilik tanınacak ancak geçerlilik tanınmasına sebep olan husus, fiilin takibinin şikâyete bağlı olması değil hafif

¹²³ Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi ile düzenlenmiştir:

Cinsiyet değişikliğinde

Madde 40- Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.

¹²⁴ 29.5.1979 Kabul Tarihli ve 2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. (Resmî Gazete: 3.6.1979 Tarihli, 16655 Sayılı)

nitelikte bir müdahale olmasından ileri gelecektir. Zira bireyler, bedeni üzerine ağır sonuçlar doğuran fiillere rıza gösterme konusunda ehliyetli kabul edilmeyecektir. Bu bağlamda re'sen kovuşturulan seviyeye ulaşan ağırlıktaki yaralama suçu niteliğindeki fiillere gösterilen rıza geçersiz kabul edilecektir¹²⁵.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkilerinin konu yönünden sınırlayan bir diğer görüş, tıbbi müdahale gibi özellik arz eden bir durum mevcut değilse, kişinin bedeni üzerinde tasarruf yetkisini, yalnızca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olan fiiller bakımından geçerli kabul eden görüştür. Vücut tamamamietine yapılan müdahaleler eğer bu bütünlük üzerinde devamlı bir eksilme meydana getirecek nitelikte ise (bir böbreğin, bir gözün çıkarılması gibi), bahse müdahale için bireylerin tasarruf yetkisi söz konusu olmayacak, açıklanan rıza hukuken geçerli kabul edilmeyecektir¹²⁶.

Bu görüşe göre, Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen basit tıbbi müdahale ile giderilecek ölçüde kalan ve ancak şikâyet şartının gerçekleşmesi durumunda soruşturulan/kovuşturulan fiiller bakımından kişiler tasarruf yetkisi kapsamında rıza açıklamasında bulunabilecek, açıklanan rızaya geçerlilik tanınarak gerçekleştirilen fiiller hukuka uygun kabul edilecektir¹²⁷. Bahse konu seviyeyi aşan nitelikteki müdahaleler bakımından ise tasarruf yetkisinin varlığı kabul edilemeyecektir.

Bu görüş kapsamında, kişiyi maddi ve manevi yönden geliştirmeye, korumaya yönelik müdahalelere ilişkin tasarrufta bulunmasına dair rıza açıklamasına hukuki geçerlilik tanınacak iken vücut bütünlüğünü önemli derecede ihlal eden yaralama fiilleri açısından rızanın dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir¹²⁸. Bireylerin beden bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen yaralama suç tipini düzenleyen normun koruma amacı içinde değerlendirecek kadar önemli¹²⁹, ancak toplumsal düzene ilişkin davranış kurallarına aykırılık teşkil edecek nitelikte ağır olmayan fiiller genel ahlak ve adaba aykırı olmayacaklarından, bu fiiller bakımından tasarruf yetkisi

¹²⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, *Genel Hükümler*, 2020, s. 543; Önder, A. (1989). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II. (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 260.

¹²⁶ Ayiter, *a.g.m.*, 1968, s. 142.

¹²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 200, 229; Bayraktar, K. (2017). *Özel Ceza Hukuku Cilt II (Kasten Yaralama)*, İstanbul: On İki Levha yayıncılık, s. 138.

¹²⁸ Önder, a.g.m., 1989, s. 260.

¹²⁹ Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4.Bası), İstanbul: Beta Yayınları, s. 161, dp. 168.

kapsamında gösterilen rızaya hukuken geçerlik tanınmalıdır. Ancak hukuk düzenince meşru kabul edilen bir gerekçe olmaksızın vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen ağır fiiller, toplumsal düzene ilişkin davranış normlarını ihlal eden, genel ahlak ve adaba aykırı fiillerdir. Bu tür fiillere gösterilen rıza geçersizdir¹³⁰.

Kişinin vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal etmeyen, vücut üzerinde daha hafif etkiler doğuran tüm tasarruflara dair fiillere gösterilen rızanın geçerli kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş, bireyciliği aşırı şekilde savunduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu fiillere rıza göstermek yönündeki tasarruf yetkisini bütünüyle reddeden görüş ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına yeterince önem vermediği gerekçesiyle eleştirilere muhatap olmuş ve kabul edilemez bulunmuştur. Nitekim vücut bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal etse bile bireyler bedenleri üzerinde tasarruf yetkisini kullanmak suretiyle kimi tıbbi müdahalelere rıza göstermekte, gösterilen bu rızaya hukuken geçerlilik tanınmaktadır¹³¹.

Bu nedenle öğretide, vücut bütünlüğünü ihlal eden önemli boyutlardaki ağırlık seviyesine ulaşmış fiillere tasarruf yetkisi kapsamında gösterilen rızanın kimi zaman geçerli kimi zamansa geçersiz olduğunu kabul eden uzlaştırmacı görüşler¹³² söz konusudur. Buna göre tasarruf yetkisi kapsamında rıza gösterilen fiilin ağırlığı ve amacı ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmalıdır¹³³.

2.4. Ölen İnsanın Cesedi Üzerinde Tasarruf Yetkisi

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi, kişinin kendi geleceğini tayin hakkı ve insan onurunun doğal bir neticesidir. Bu kapsamda beden üzerindeki tasarruf yetkisi, kişilik haklarındanır. Dolayısıyla ölen kimsenin bedeni üzerindeki tasarrufların hukuken geçerli olup olmayacağı, kişilik haklarının ölümden sonra nasıl korunacağı sorusuyla doğrudan alakalıdır. Bu sebeple ölümden sonra kişilik haklarının korunması hususunu incelemek suretiyle konuya açıklama getirilecektir.

¹³⁰ Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 270.

¹³¹ Önder, *a.g.e.*, 1989, s. 260.

¹³² Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 267.

¹³³ NOLL, P. (1955). *Übergesetliche Rechtsfertigungsgründe im besonrederen die Einwilligung des Verletzten*, Basel, s. 84 vd. Aktaran: Ekici Şahin, *a.g.e.*, 2012, s. 268.

Türk Medeni Kanunu’nun 28. maddesine göre, kişilik ölümle sona erer. Ölüm anının tespiti bakımından klasik ölüm anlayışı ve beyin ölümü anlayışı olarak iki farklı model söz konusudur. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde “ölüm anının tespiti”, “klasik ölüm anlayışı” ve “beyin ölümü anlayışı” hakkında detaylı açıklamalar yapılacak olup; çalışmamızın bu kısmında, bugün için hukukumuzda beyin ölümü anlayışı benimsendiğini¹³⁴ belirtmekle yetinmek uygun olacaktır. Beyin ölümü gerçekleşmiş kimse hukuki anlamda ölü olarak kabul edilmektedir, artık kişilik sona ermekte ve ölen kimsenin bedeni ceset olarak değerlendirilmektedir.

Ölüm sonrasında cesedin hukuki niteliğinin ne olacağı konusu tartışmalıdır. Bu kapsamda bir görüşe göre ceset sahipsiz maldır¹³⁵. Bu görüşe göre kişinin ölümüyle birlikte önceden var olmayan bir şey ortaya çıkmaktadır. Yeni ortaya çıkan şeyin sahibi olabilecek kimse ölüm öncesinde kişiliğini kaybettiğinden bu şeyin sahibi olamamaktadır. Bu vesileyle ceset sahipsiz mal niteliğindedir.

Günümüz itibariyle daha çok kabul görmekte olan diğer görüşe göre ise ceset, eşya olarak telakki edilemeyecektir¹³⁶. Eşya olarak nitelendirilmemesinin neticesi olarak ceset, mülkiyet hakkına da konu kılınamaz. Gerçekten de ceset hak süjesi ve objesi olarak kabul edilmemekte, taşınır niteliğine rağmen satılmaya elverişli olmayan bir şey olarak telakki edilmektedir¹³⁷. Bu bağlamda cesedin bir mal olmadığı kabul edilmekte, olağan bir eşya niteliği söz konusu olmadığı için ceset üzerinde egemenlik kurulamayacağı belirtilmektedir. Bu doğrultuda kural olarak cesedin parasal bir değeri yoktur ve hukuksal işlemlerin konusunu oluşturmaz¹³⁸. Ancak ceset üzerinde hukuksal bir koruma söz konusudur.

Hukukumuzda cesedin korunmasına dair hükümler mevcuttur. Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesi ile düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret” suçunun 2. fıkrası ile “*Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi*”lerin fiilleri suç olarak

¹³⁴ Atamer, Y. (1999). *Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 19 (1), s. 133 vd.; Dural, M., Ögüz, T. (2017). *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, (on sekizinci baskı) Filiz Kitapevi: İstanbul, s. 24; Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2016). *Kişiler Hukuku*, (on altıncı baskı) Filiz Kitapevi: İstanbul, s. 19.

¹³⁵ Özel, a.g.m., 2002, s.59.

¹³⁶ Akipek, Jale G. (1973). *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar: mülkiyet.)*. (ikinci baskı) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 329 (1), s. 17.

¹³⁷ Öztan, Şahsın Hukuku, 1997, s. 21.

¹³⁸ Ayiter, a.g.m., 1968, s. 181; Dural/Ögüz, a.g.e., 2017, s. 26.

tanımlanıp cezai yaptırıma bağlanarak, ceset üzerinde hukuki bir koruma sağlanmıştır.

Ceset üzerinde kişilik haklarından kaynaklanan korumanın yanında cesedin - belli sınırlar dâhilinde- bazı hukuki işlemlerin konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, hukukumuzda, ceset üzerinde tasarrufa izin veren yasal düzenlemelerden biri Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹³⁹,dur. (ODNK). Bahse konu kanunun ilgili hükümleri “Ölüden Organ ve Doku Nakli” başlığı altında detaylı olarak ele alınacaktır.

Yine bireylerin cesedi üzerinde tasarruf yetkisinin söz konusu olduğu bir diğer yasal düzenleme 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 224. ve 225. maddelerinde mevcuttur. Bahse konu kanun maddeleri ile kişinin ölümünden sonra vücudunun yakılması yönündeki iradesine geçerlilik tanınmıştır. Belirtilen bu hükümlere göre, bir kimsenin cesedinin yakılabilmesi için hayatta iken açıkça cesedin yakılmasını istediğini beyan eden yazılı bir vesika veya şifahen bu tür talebi olduğunu belirtilen en az üç kişinin yazılı beyanı aranır. Buna göre, kişinin bu konuda yazılı veya şifahi bir talebi yoksa ölenin yakınlarınca bu yönde bir karar verilemeyecektir¹⁴⁰.

Hukukumuzda bireylerin ölümünden sonra gerçekleşmek üzere vücutları hakkında ortaya koyacakları tasarrufların sınırının tayin ve tespiti noktasında bir diğer hüküm; “İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik” te¹⁴¹ yer almaktadır. Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca *“Maddi menfaat karşılığı vücut vasiyet edilemez ve ceset sağlanamaz. Kimsenin sahip çıkmadığı cesetlerle, vasiyet edilen üzerinde yapılan bilimsel çalışmalar sırasında, bir ölüye gösterilmesi gereken azami saygı gösterilir.”*

Bu vesileyle hukukumuzda kişilerin ölümünden sonra bedeni üzerinde gerçekleştirilecek belli işlemlere tasarruf yetkisi kapsamında karar verebileceği ancak ceset üzerindeki tasarrufların ahlâk, adap, kamu düzeni çerçevesi içinde kalması gerektiği savunulmaktadır¹⁴². Bu doğrultuda ceset üzerinde belirli tasarruf ve

¹³⁹ 3.6.1979 Tarihli ve 16655 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 29.5.1979 Kabul Tarihli ve 2238 Sayılı Kanun

¹⁴⁰ Karauz, *a.g.m.*, 2018, s. 350-351.

¹⁴¹ 17.6.1982 Tarihli ve 17727 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴² Ayiter, *a.g.e.*, 1968, s. 143.

girişimlerde bulunmak üzere yapılacak işlem, maddi bir kazanım amacına matuf ise bu tasarrufa hukuken geçerlilik atfetmek doğru olmayacaktır¹⁴³. Ancak, bilime hizmet ya da başkalarının hayatına devamının temin edilmesi gibi saiklerle ve modern tıp biliminin gereklerine uygun olmak koşuluyla üstün bir amaca yönelik işlemlerin hukuka aykırı sayılmaması gerektiği öğretide belirtilmiştir¹⁴⁴.

Hukukumuzda, cesedin korunması ve ceset üzerindeki belli tasarruflara geçerlilik atfedilmesine dair hükümlere yer verdikten sonra, bu tasarruflara değer verilmesinin altında yatan düşünsel temellerin ele alınması gerekmektedir. Gerçekten de kişisel özgürlük alanının tam anlamıyla korunması için ölüm sonrasında da kişiliğin korunması gerekmektedir. Bir kişi hayatta iken ölümü sonrasında cesedinin akıbetini belirlemek ve cesedine yönelik yetkisiz müdahalelerin engellemesini istemek hakkına sahiptir. Bu bağlamda ölüm ile birlikte kişinin hak sahipliği ve kişilik hakkı sona erdiği için ölenin vücudu üzerindeki tasarruf yetkisi kapsamında aldığı kararlarının ve açıkladığı beyanlarının hangi hukuki gerekçelere dayanarak yerine getirilmesi gerektiği tespit edilmelidir. Bu çerçevede, çoğu hukuk sistemlerinde organ nakli ve otopsi yapılıp yapılamayacağı konusunda, vefat edenin iradesinin dikkate alınacağına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu hükümlerden hareketle ölenlerin hayatta iken bedenleri hakkında ortaya koydukları iradelerinin esas alındığı söylenebilir. Bu görüş, ölüm sonrası kişilik hakkı doktrinine dayanır¹⁴⁵.

Hukukumuzda her bireye hak ehliyeti tanınmış (TMK m. 8), hak ehliyetinin ölümle son bulacağı kabul edilmiştir (TMK m. 28 f.1). Her ne kadar kişilik ölümle son bulsa da kişilik hakları ve kişisel değerlerin, bireylerin ölümünden sonra korunup korunmayacağına ilişkin açık hükümler ihdas olunmamıştır. Bu kapsamda ölümünden sonra kişilik haklarının korunması bağlamında iki farklı teori mevcuttur. Bunlardan “*hatırayı koruma doktrini*” daha çok Türk ve İsviçre hukuklarında benimsenen, “*ölümünden sonra kişiliğin korunması teorisi*” ise daha çok Alman Hukuku’nda savunulan teori olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerek kişiliğin ölümünden sonra sona ermesi nedeniyle bir an bile sürmeyeceği esasına dayanan “*hatırayı koruma doktrini*”, gerekse de kişiliğe ilişkin en azından bir

¹⁴³ Dural/Öğüz, *a.g.e.*, 2017, s. 30; Öztan, *Şahsın Hukuku*, 1997, s. 31; Ayiter, *a.g.m.*, 1968, s. 143.

¹⁴⁴ Özel, *a.g.m.*, 2002, s. 65.

¹⁴⁵ Karauz, A. K. (2018). “*Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?*”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), s. 355.

takım değerlerin bir süre için de olsa süreceği görüşü kabul eden “ölümden sonra kişiliğin korunması teorisi”, kişilik haklarına ölümden sonra yapılan saldırılara karşı hukuki koruma sağlamaktadır. Bugünkü pozitif hukuk düzenlememiz, ölenin kişilik hakları bakımından hukuki korumayı talep etme yetkisini ölenin yakınları için kabul etmiştir. Esasında her iki teoride de ölenin yakınları, ölenin kişilik haklarına yapılacak saldırılara karşı hukuki korunma yollarına başvurma noktasında yetkili kabul edilmektedir. Ancak her iki teorinin bu sonuca ulaşma gerekçesi farklıdır. Hatırayı koruma doktrini, ölümlerle birlikte bireylerin hak ehliyetinin kati surette sona erdiğini kabul etmekte, ölümden sonra kişilik haklarına yapılacak saldırıları önleme hak ve yetkisini (hatta ödevini) ölenin yakınlarına tanımaktadır. Ölümden sonra kişiliğin korunması teorisine göre ise bireyin ölümünden sonra sınırlı olarak hak ehliyetinin süreceği kabul olunmuştur. Bu kapsamda ölen bireyin kişilik haklarına bir saldırı gerçekleşmesi durumunda, ihlal edilen kişilik hakkı ölen kişiye ait ise de bir nevi bu hakkın savunulmasında ölenin yakınları temsilen/vekâleten hareket ederek hukuki korunma yollarına başvuracaktır.

Bu aşamada bahse konu görüşler açıklanacaktır.

2.4.1. Hatırayı Koruma Doktrini

Hatırayı koruma doktrini Türk Medeni Kanunu’nun 28. maddesinin 1. fıkrasında yer bulan kişiliğin ve hak ehliyetini ölümlerle sona ermesi hükmüne dayanmaktadır. Ölümlerle birlikte kişiliğin sona ermesine bağlı olarak haklar ve borçlar sona ermekte, korunması gereken bir kişilik kalmamaktadır¹⁴⁶.

Ölen bireyin kişiliğinin korunması, her ne kadar ölenin kişiliği artık hukuken söz konusu olmasa da bu kimsenin kişilik haklarına yönelik fiillerin, ölenin yakınlarının kişilik alanını zedelediği düşüncesinden ortaya çıkmaktadır. Hatırayı koruma doktrini uyarınca hiç kimse bir ölünün vekili olarak onun adına kişilik haklarını koruma adına hukuki yollara başvuramaz, dava açamaz¹⁴⁷. Fakat ölen

¹⁴⁶ Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesi ile düzenlenen “*Kişinin Hatırasına Hakaret*” suçu bakımından madde gerekçesinde yapılan açıklamalar da benzer anlayışın benimsendiğini göstermektedir: “...*Genel olarak hakaret suçu ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebilir. Çünkü, onur ve şeref, ancak yaşayan kişiler açısından söz konusudur. Ölen bir kişinin ancak hatırasına hakareten, saygısızlıktan söz edilebilir.*”

¹⁴⁷ Gezder, Ü. (2007). “*Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini Ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi*”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 65 (1), s. 212.

kimsenin yakınları, kendi kişilik haklarına dayanarak, ölenin ölümünden sonra devam eden bazı kişilik değerlerini savunabilir. Zira bu kişilik değerlerine sahip çıkan ölenin yakın hısımları veya yakın arkadaşları, kendi kişilik değerlerini korumak amacıyla hareket etmiş olacak¹⁴⁸; bu durumda yakınların saygı duygusunun korunması sayesinde ölenin kişiliği de dolaylı olarak korunmuş olacaktır¹⁴⁹. Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesi, ölen kimsenin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek organ alınması¹⁵⁰ ve otopsi¹⁵¹ işlemi gibi bazı işlemlerin ölenin yakınları tarafından yasaklanabileceğine hükmetmiştir.

Her ne kadar ölümle kişilik sona ermekte ve ölümünden sonra kişiliğin korunması ancak ölenin yakınlarınca gerçekleştirilecek hukuki işlemlerle söz konusu olabilecek ise de ölenin, hayatta iken, ölümünden sonra gerçekleşmek üzere bedeni üzerinde ortaya koyacağı belirli bazı tasarruflara geçerlilik tanınacaktır. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi, ölenin kendi cenazesi hakkında verdiği kararın geride kalan yakınlarının vereceği karardan öncelikli olduğu ve bu karara üstünlük tanınması gerektiğine hükmetmiştir. Bu durumda yakınların kararı ikincil nitelikte olmalı ve ancak ölenin gerek yazılı gerekse de sözlü istekleri mevcut değilse yakınların kararına başvurulmalıdır¹⁵².

Diğer bir deyişle İsviçre Hukukunda post-mortal yani ölüm sonrası kişiliğin korunması ilkesi kabul edilmemektedir. Bunun yerine İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen görüş, hatıraları koruma doktrini. Hatıraları koruma doktrini, ölen kimsenin kişilik haklarına ve bu kapsamda beden bütünlüğüne saldırı olması halinde yakınlarınca hukuki himayelere başvurulmasını, şikâyet hakkının kullanılmasını veya dava açılmasını öngörmektedir¹⁵³.

Ancak hatıraları koruma doktrini bazı yönlerden eleştirilere konu kılınmış, bu teoremin ölen kimsenin kişilik haklarının korunması bakımından yetersiz kalabileceği öne sürülmüştür. Bu kapsamda ölen kimse ile onun kişilik haklarını koruması beklenen yakını arasında çıkar çatışması olabileceği, hatta koruma için harekete

¹⁴⁸ Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 213.

¹⁴⁹ Ott, Walter/Grieder, Thomas. (2001). *"Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz"*, AJP/PJA 6/2001, s. 628. Aktaran: Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 213.

¹⁵⁰ BGE 101 II 177 (Ott/Grieder, s. 628'den naklen Aktaran Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 213.)

¹⁵¹ BGE 111 Ia 231 (Ott/Grieder, s. 628'den naklen Aktaran Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 213.)

¹⁵² BGE 129 I 173 (BGE 129 I 309'dan naklen Aktaran Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 213.))

¹⁵³ Maurer/ Kersting, a.g.e., 2011, s. 9.

geçmesi beklenen yakının bizzat ölen kimsenin kişilik haklarını ihlal etmesi halinde¹⁵⁴ veya ölenin herhangi bir akrabası yahut yakını olmayabileceği ihtimalinde¹⁵⁵ yeterli korumanın sağlanamayabileceği öne sürülmüştür. Tüm bunlara ilave olarak ölenin yakınlarınca gerçekleştirilecek ölenin kişilik haklarını koruma çabasının dolaylı bir korumadan ibaret olduğu ve yetersiz kalmasının muhtemel olduğu savunulmuştur¹⁵⁶.

2.4.2. Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi

Prensip olarak ölümle birlikte kişilik sona ermekte ve hak ehliyeti son bulmaktadır. Buna bağlı olarak kişilik hakları da sona ermektedir. Zira kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için mirasçılara intikali söz konusu değildir. Ancak kişinin ölümünden sonra kişilik haklarının ihlali söz konusu olur ise bu durumda bu haklara nasıl bir koruma sağlanacağı sorusu ortaya çıkmıştır.

Bu sorunun cevabı nev’inde iki farklı olasılık söz konusudur. Birinci olasılığa göre ölü, hak süjesi olmaya devam edecektir. İkinci olasılıkta ise ölenin kişilik hakları varlığını koruyacak ancak bu durumda süjesi olmayan hakkın varlığı kabul olunacaktır. İşte bu noktada süjesi olmayan hakkın kabulünün mümkün olmadığından bahisle ölenin kişilik hakkının ölümünden sonra devam edeceğinin benimsenmesi gerekmiş; bu vesileyle sınırlı olarak hak ehliyetinin süreceği kabul olunmuş ve ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisinin düşünsel temeli ortaya çıkmıştır¹⁵⁷.

Alman hukukunda ölüm sonrası kişiliğin korunması ilkesi, “Mephisto Davası”nda¹⁵⁸ kabul edilmiştir. Alman Federal Yargıtay’ı (Bundesgerichtshof) (BGE), bir yayının sürekli yasaklanması yönünde eser sahibinin mirasçılarınca gerçekleştirilen talebi, Anayasanın hükümleriyle korunan insan kişiliğine ait değerlerin ölümden sonra bile korunması gerektiğine hükmetmek suretiyle kabul etmiş, hukuk düzeninin kişilik haklarına ölümden sonra saygı göstermesi gerektiğini karara bağlamıştır.

¹⁵⁴ Ott/Grieder, *a.g.e.*, 2001, s. 628. Aktaran Gezder, 2007, *a.g.m.*, s. 213.

¹⁵⁵ Knellwolf, Esther. (1990). *Postmortaler Persönlichkeits schütz -Andenkensschutz der Hinterbliebenen*, Diss. Zürich, s. 4-5.

¹⁵⁶ Ott/Grieder, *a.g.e.*, 2001, s. 628. Aktaran: Karauz, *a.g.m.*, 2018, s. 354.

¹⁵⁷ Ott/Grieder, *a.g.e.*, 2001, s. 628.

¹⁵⁸ Bkz.: BGHZ50. 133. NJW 1968, s. 1773; Aktaran Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 207.

Hukukumuzda da, hem Anayasa'nın hem de Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği yönünde bir hüküm mevcut olmadığından, geniş yorum yapılmak suretiyle, kişinin himayesi bağlamında kişinin ölümden sonra belirli bir süre ile sınırlı olarak hak ehliyetinin devam ettirilmesi görüşünün isabetli olacağını savunan yazarlar mevcuttur¹⁵⁹.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi bakımından ortaya çıkan bir diğer husus, ölenin kişilik haklarını korumaya kimin yetkili kılınacağı konusudur. Bu kapsamda, ölenin kişilik haklarının kullanılması, tüzel kişilerde ve fiil ehliyeti bulunmayan gerçek kişilerde söz konusu olduğu gibi, ancak başkaları aracılığıyla gerçekleştirilebilecektir¹⁶⁰. Hakların korunması bakımından hukuki yollara başvuracak kişi, ölen kimse tarafından sağlığında yetkilendirilmiş bir kişi olabileceği gibi temsil kayyımı tayini yoluyla da sorun çözüme kavuşturulabilir¹⁶¹. Bununla birlikte ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi, ölümle hak ehliyeti sona eren kişi adına dava açılmasının hukuki temeli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶².

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi, kendi geleceklerini belirleme hakkı kapsamında değerlendirilmekte ve özü itibarıyla insan onurunun doğal neticesi olarak kabul görmektedir. Bu bağlamda insan onurunun ölüm sonrasında da korunan bir değer olup olmadığı hususu ayrıca tartışılmayı gerektiren bir konudur.

İnsan onuru kavramının ölüm sonrası dönem itibarıyla kapsayıcı olup olmadığı hususunda Alman Anayasa Mahkemesi, insan onuru korumasının ölüm sonrası dönemi de ihtiva ettiği yönünde karar vermiştir¹⁶³. Kanımızca da insan onuru, insan yaşamıyla sınırlanmayacak kadar üstün bir özellik taşımaktadır. Bu bakımdan insan onurunun ölüm sonrasında da korunması gereken bir değer olmasından hareketle, insan onurunun bir neticesi olarak kendi geleceğini belirleme hakkının ölüm

¹⁵⁹ Öztan, B. (1997). *Şahsın Hukuku - Hakiki Şahıslar*, (Yedinci Baskı), Turhan Kitapevi: Ankara, s. 25; Serozan, R. (1997) "*Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11 (14), s. 109.

¹⁶⁰ Öztan, *Şahsın Hukuku*, 1997, s. 25.

¹⁶¹ Ott/Grieder, *a.g.e.*, 2001, s. 628.

¹⁶² Gezder, *a.g.m.*, 2007, s. 218.

¹⁶³ Ertem'in aktardığı Alman Anayasa Mahkemesi Kararı'nda insan yaşamının olduğu yerde, insan onurunun var olduğu, ancak insan onurunun yaşam ile sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. Dahası insan onurunun hamili tarafından bilinmesi, farkında olunması dahi gerekmediği ifade edilmiş, bu yönüyle insan onurunun pretanal (doğum öncesi) ve post mortal (ölüm sonrası) boyutlar itibarıyla kapsayıcı olduğu vurgulanmıştır. Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 237. [Alman Federal Anayasa Mahkemesi: Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 39, 1 (41); BVerfGE 88, 203 (252, 167).]

sonrasında da vücut üzerinde belli tasarruflarda bulunulmasına olanak verdiği söylenebilir. Yani bireylerin cesetlerinin nereye gömüleceği¹⁶⁴, vücudunun tamamının veya bir kısmının bilimsel araştırmalara konu kılınıp kılınamayacağı, vücut organlarının ihtiyaç sahiplerine yaşam umudu olması amacıyla nakle konu kılınıp kılınamayacağı hususlarında tasarrufta bulunma yetkisinin mevcut olması gerekmektedir. Ancak şüphesiz, yaşayan kimsenin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları olduğu gibi ölünün de vücudu üzerindeki tasarruf yetkisinin kamu düzeni ve genel ahlak kurallarına aykırı olamayacağının kabulü gerekmektedir¹⁶⁵.

2.5. Uluslararası Hukuk Metinlerinde Kabul Edilen Ölçütler

2.5.1. Avrupa Birliği Bakış Açısı

Organ nakli konusunda, uluslar arası alanda olduğu gibi Avrupa nezdinde de birçok etik, ahlaki ve hukuki tartışma mevcuttur. Ancak tüm bunların ötesinde organ yahut doku satışının yasaklanması ve önlenmesi amacıyla geniş bir Avrupa konsensusu mevcuttur¹⁶⁶.

Avrupa ülkelerinin hemen hemen bütünü nezdinde söz konusu olan bu ortak bakışın neticesi olarak organ naklinin düzenlenmesi ve organ ticaretinin önlenmesi amacıyla yasal düzenlemeler yapılmıştır. Esasında Avrupa ülkelerinde ihdas olunan yasal düzenlemelerin temeli, Avrupa Konseyi'nin 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile 2002 tarihli İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Hakkında Seçimlik Protokol vasıtasıyla sunulan hukuki çerçeve ile oluşmuştur. Bahse konu düzenlemeler çalışmamızın bir sonraki başlığında ele alınacaktır.

Çalışmamızın bu kısmında, Avrupa Birliği nezdinde yapılan çalışmalardan:

- Avrupa Birliği İnsan Organlarının Nakli Raporu
- Avrupa Birliği Düzeyinde Organ Bağışı ve Nakli Politika Seçenekleri Konsültasyon Dokümanı

¹⁶⁴ Karauz, a.g.m., 2018, s. 355.

¹⁶⁵ Özel, Ç. (2002) “*Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hak*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51 (1), s.65.

¹⁶⁶ Gutman, Th, Daar, AS, Land, W. (2004) “*Legal and Social Issues in Organ Transplantation*” Lengerich and Berlin: Pabst Science Publishers. **Çeviren:** Eroğlu, F. (2009). “*Avrupa Bakış Açısı: Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.*” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık, s. 17.

- Avrupa Birliği Düzeyinde Hükümet Eylemi: Avrupa Parlamentosu’nun 22 Nisan 2008 tarihli organ bağış ve nakli üzerine önergesi

üzerinde durulacaktır.

Bahse konu çalışmalara geçmeden önce Avrupa nezdinde farklı bakış açılarına neden olan bazı konular üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda ilk olarak canlılardan yapılan organ nakillerinde alıcı ile “genetik bakımdan bağlantılı olmayan vericiler” üzerinde durulmalıdır. Bu konuda benimsenen modeller; “katı sınırlandırma modeli”, “ılımlı sınırlandırma modeli” ve “hiçbir sınırlandırma öngörmeyen model”dir.

Katı sınırlandırma modeline göre canlı vericinin bağışlama iradesine yalnızca alıcı ile genetik bağının olması durumunda geçerlilik tanınmaktadır. Bu bağlamda alıcı ile akrabalık bağı olmayı sadece duygusal bağlantısı olabilecek hiçbir vericinin organ bağışlama iradesine önem atfedilmemektedir. Bu model 2003 yılında yapılan reform öncesinde Fransa hukukunda benimsenen modeldir¹⁶⁷. İlimli sınırlandırma modeline göre alıcı ile genetik açıdan bağlantılı olmayıp duygusal açıdan bağlantılı olan canlı vericilerin organ bağışına yönelik iradesine belli durumlarda geçerlilik tanınmaktadır. Örneğin, alıcının nişanlısı, yakın arkadaşı gibi kimselerin hayati tehlike arz etmeyen organ yahut dokuları bağışlamak yönündeki iradelerine itibar edilmektedir. Bu model Avrupa Konseyi’nin şu önerisiyle de uyumludur¹⁶⁸: “*Canlı vericiden yapılacak organ nakli sadece, alıcı ile kanunen belirlenmiş yakınlığı bulunan alıcın yararına olacak şekilde... uygulanmalıdır.*” Sınırlama öngörmeyen model ise alıcı ile canlı verici arasında herhangi bir ilişki bulunması gerektiğine dair kanuni sınırlandırma öngörmeyen modeldir. Bu modelde organ naklini düzenleyen kanunlar ile sınırlama öngörülmemiş olup yargı kararlarında somut olayların koşulları bağlamında değerlendirmeler yapmaktadır. Bahse konu model İspanya, Hollanda, Avusturya ve İsviçre’de benimsenmiştir. Hatta İsviçre mevzuatı, potansiyel canlı verici havuzu bakımından her çeşit kısıtlamayı terk etmiş olması gerekçesiyle Avrupa ülkeleri arasında en ilerici düzenleme olarak görülmektedir¹⁶⁹.

Avrupa bakış açısı bağlamında farklı yaklaşımlara neden olan bir diğer konu da “küçükler ve zihinsel engellilerin organ veya doku nakline rıza göstermesi”

¹⁶⁷ Gutman/Land, *a.g.e.*, 2004, s. 89. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 18.

¹⁶⁸ Council of Europe: Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. European Treaty Series No. 186, January 24, 2002.

¹⁶⁹ Gutman/Land, *a.g.e.*, 2004, s. 89. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 19.

hususudur. Esasında hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde küçükler ve ehliyetsiz kimselere en üst seviyede koruma getirilmektedir. Bu bağlamda küçüklerden ve ehliyetsiz kimselerden kendilerini yenileyemeyen organ yahut dokuların alınması, rıza mevcut olsa dahi yasaklanmıştır. Ancak bazı durumlarda bu yasağa istisna tanındığı görülmektedir. Örneğin Avrupa genelinde böbrek nakil oranı en yüksek ülke olan Norveç'te on sekiz yaşından küçük kimseler, özel şartların varlığı halinde veli veya vasinin onayı ve ilgili sağlık kuruluşunun onamıyla rıza gösterebilmektedirler¹⁷⁰. Yine bir başka örnek de İsveç'te mevcuttur. Bu ülkede, kendisini yenileyebilen yahut yenileyemeyen organ veya dokular bakımından ayırım yapılmaksızın küçük ya da zihinsel engellilerden organ yahut doku alınması mümkün kılınmıştır. Ancak, bu durum yalnızca bazı olağanüstü haller bakımından, vericinin açık iradesine aykırı olmayan nakil işlemlerinin varlığı koşuluyla ve Ulusal Sağlık ve Sosyal Yardımlaşma Komisyonu'nun izniyle mümkündür¹⁷¹. Bahse konu düzenlemeler çalışmamızın bir sonraki bölümünde ele alacağımız 1997 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesindeki rıza ehliyeti bulunmayan kişiden, alıcının kardeşi olması ve naklin hayat kurtarıcı niteliği olması koşuluyla, kendisini yenileyen nitelikteki biyolojik materyallerin alınabilmesi yönündeki hükümle uyum içerisindedir.

Avrupa bakış açısı bağlamında farklı yaklaşımlara neden olan bir diğer konu da “biyoetik tartışmalar” ile alakalıdır. Organ veya doku nakli açısından özellikle canlılardan yapılacak nakiller bağlamında iki yaklaşım söz konusudur. Birinci yaklaşım özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkının sağlık hizmetleri alanında da en temel değer olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu vesileyle canlı vericilerin organ yahut doku bağışlama yönündeki iradesine değer atfedilmektedir. Bu yaklaşımın Almanya, İsviçre ve Danimarka gibi ülkelerde yaygın olduğu söylenebilir¹⁷². İkinci yaklaşım ise Hipokrat etiğinin “*her şeyden önce zarar vermeyeceksin*” (*primum non nocere*) ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkedен hareketle “insan vücudunun dokunulmazlığı ve devredilmezliği doktrini” geliştirilmiş, bu anlayış bireylerin özerkliğinden önde tutulmuştur. Ancak bu anlayış canlılardan

¹⁷⁰ Gutman/Land, *a.g.e.*, 2004, s. 91. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 20.

¹⁷¹ Gutman/Land, *a.g.e.*, 2004, s. 91. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 20.

¹⁷² Gutman/Land, *a.g.e.*, 2004, s. 94. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 21.

yapılacak nakilleri oldukça sınırlayan yahut olanaksız hale getirilen felsefesi ve çağ dışı ataerkil eğilimi nedeniyle taraftar bulamamaktadır.

Avrupa bakış açısı içerisinde tartışmalı konulardan bir diğeri “özerkliğe saygı” ilkesinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorusuna ilişkindir. Bu bağlamda yanıtı aranan soru, canlı vericiden yapılacak bir nakil işleminde yalnızca kişisel değer yargılarının esas alınmasının yeterli olup olmadığına dairdir. Bir başka ifadeyle nakil işleminin sonucundan en çok etkilenecek olan vericinin iradesi tek başına yeterli midir? Bu soruya evet yanıtı verilerek vericinin iradesinin tek belirleyici olarak kabul edilmesi halinde organ nakline dair fayda-maliyet analizinde tıbbi gerekçeler ve bilimsel gerçeklikler göz ardı edilebilir. Bu gerekçeyle nakil merkezinin ve hekimin, tıp bilimi bakımından kabul edilebilir olmayan nakiller bakımından vericinin organ bağışına dair isteklerini yerine getirmek gibi bir yükümlülüğü söz konusu olmamalıdır¹⁷³. Ancak aksi yöndeki görüşe göre potansiyel canlı vericinin, organ alıcısı bakımından hayati faydaya ulaşabilmek bakımından önemli sayılabilecek riski almak yönünde hakkı bulunduğu kabul edilmelidir¹⁷⁴.

Bunların ardından, Avrupa Birliği nezdinde hazırlanan belgeler incelendiğinde,

17.01.2001 tarihli Avrupa Birliği İnsan Organlarının Nakli Raporu ilk göze çarpan çalışmadır. Bahse konu çalışmanın başlığı “İnsan dokusu transplantı hakkında kanunda değişiklik raporu ve ilgili konular”dır. Raporun amaçları incelendiğinde, ilk olarak 1961 tarihli İnsan Dokusu Yasası’nda yer bulan, kadavradan alınan organ veya dokuların kullanımından sorumlu kişi için kullanılan “vücudun yasal olarak kullanımından sorumlu kişi” ifadesi yerine “sağlık otoritesi ve temsilcisi” ifadesinin eklenmesi amaçlanmaktadır. İkinci olarak amaçlanan ise klinik ölüm sonrasında vücuttan organların ayrılması ifadesinin “organların ayrılması ve korunması” olarak değiştirilmesidir. Son olarak ise ölen kişinin organ bağışına dair iradesinin bilinmediği hallerde başvurulacak kişileri belirleyen “ölünün yaşayan herhangi bir

¹⁷³ The Ethics Committee of the Transplantation Society: The Consensus Statement of Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor. (2004). 78:491. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 22.

¹⁷⁴ Veatch, R.M. (2000). “Transplantation Ethics.” Georgetown University Press: Washington. Aktaran: Eroğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 22.

akrabası” ifadesinin “varolan eş, yaşayan eş yahut partner yokluğunda herhangi bir ebeveyn yahut çocuk” ifadesiyle değiştirilmesi amaçlanmıştır¹⁷⁵.

Ayrıca, rapor ile bazı konularda çerçeve çizildiği de görülmektedir. Bunlardan ilki onam prensibidir. Bu bağlamda, ölen kimsenin sağlığında açık bir itirazı yoksa varsayılan onam sistemi önerilmektedir. Diğer yandan, bağıştan önce yakınlarından gelen açık bir itirazın olmadığı özel onam sistemi de önerilmiştir. Ele alınan konulardan bir diğeri kadavradan alınan vücut parçalarının kullanımına ilişkindir. Bu bağlamda vücutun kullanımı üzerinde karar verme yetkisinin kime ait olduğu tartışılmış, bireyin ölümü sonrasında vücutun organ alımı için kullanılmaması yönünde karar verme yetkisi olan kimselerin cesedin ve ceset parçalarının nasıl kullanılacağı üzerinde söz sahibi olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁷⁶.

Rapor ile ele alınan konulardan bir diğeri de organların tahsis ve dağıtımına ilişkindir. Bu çerçevede, organ naklinin yaygınlaştırılmasına odaklanılmış ve bu amaçla birçok politika belirlenmiş ise de organ dağıtımı ile organ temini arasında simbiyotik bir ilişkinin söz konusu olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Zira organ dağıtımında adaletin tesis edildiği bir sistemin varlığı bağış kararlarını artırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Bu konuda Dünya Sağlık Örgütü Prensipleri vurgulanarak adalet ve eşitlik fikri ön plana çıkarılmış, bağışlanan organların hastalara ulaştırılmasında finansal nedenlerin değil ihtiyaç halinin esas alınması gerektiğinin altı çizilmiştir. Diğer taraftan Avrupa Konseyi Organ Transplantasyonu Taslak Protokolü’nün 3. maddesindeki şu düzenlemeye işaret edilmiştir:

“Her parti, hastaların transplantasyon servislerine eşit şekilde ulaşabildiği, organ ve dokuların şeffaf ve adil kurallar çerçevesinde tıbbi kriterler esas alınarak hastalara ulaştırıldığı bir sistemi garanti etmelidir.”

Avrupa Birliği nezdinde ele alınması gereken bir diğer belge Avrupa Birliği Düzeyinde Organ Bağışı ve Organ Nakli Politika Seçenekleri Konsültasyon Dokümanı’dır. Bağışlanan organ sayısındaki yetersizlikten ötürü organ mafyaları tarafından gelişmekte olan ülkelerden elde edilen organlar Avrupa Birliği

¹⁷⁵ Vatanoglu, E. (2009). “Avrupa Birliği İnsan Organlarının Nakli Raporu: Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık, s. 63.

¹⁷⁶ Vatanoglu, a.g.e., 2009, s. 66.

lkelerindeki alıcılara ulařtırılmaktadır¹⁷⁷. Bu durumun giderek yaygınlaşması, Birlik nezdinde çeşitli çalışmaları beraberinde getirmiştir. 2003 yılı şubat ayı içerisinde, Avrupa Birliği'ndeki Yunan Temsil Heyeti, organ veya doku ticaretinin önlenmesi ve bu alandaki yasa dışı faaliyetlerin kontrolü amacıyla bir tasarı sunmuşlardır. Tasarı zerindeki tartışmalar ve çalışmalar neticesinde Konsültasyon Dokümanı ortaya çıkmıştır.

Bahse konu Konsültasyon Dokümanı'nın amacı; organ bağışı alanındaki genel durumu tanımlayarak temel problemleri saptamaktır. Bununla birlikte tespit olunan problemlerin nlenmesine dair önlemler alınması, organ yetersizliğinin azaltılması ve organ naklinde kalite ve güvenliğin tesisinin sağlanması amaçlanmıştır.

Konsültasyon Dokümanı ile tespit olunan hususlar kalite ve güvenlik ile organ temininde yaşanan yetersizliktir. Kalite ve güvenlik başlığı ile organ veya doku nakliyle HIV, Hepatit B ve C ile çeşitli mantar ve parazit hastalıklarının taşınması riski ele alınmıştır. Kalite ve güvenliğin artırılması için organ ve doku seçeneklerini fazlalaştıracak seviyede organ kaynağı temini önerilmiştir. Bunun yanında, vericilere dair sağlık raporlarının düzenli tutulmasının önemine vurgu yapılmış, nakil işlemlerinde görevli ekiplerin kaliteli şekilde eğitilmesi önerilmiştir. Organ yetersizliği bakımından yapılan tespitte her gün Batı Avrupa toplumlarında yaklaşık on kişinin organ beklerken hayatını kaybettiği belirtilmiřtir¹⁷⁸. Organ kaynağının artırılması için kadavradan bağışın yaygınlaştırılması amacıyla hasta tarama yöntemlerini de içeren etkili bir sistem kurulması önerilmiştir. Bununla birlikte kamuoyundaki farkındalık için sürekli eğitim programları tavsiye olunmaktadır. Organ naklinde yüksek kalite ve güvenliğin sağlanması da organ kaynağının fazlalaşmasına bağlı olduğundan bu husus büyük öneme sahiptir.

Söz konusu doküman ile organ bağışının maksimize edilmesi amacıyla uluslararası işbirliğine vurgu yapılmıştır. Bu anlamda Avrupa Konseyi'nin yanında Organ Transplantasyonunun Organizasyon Yönleri ile İlgili Uzmanlar Komitesi mevcuttur. Komite, 1987 yılında 3. Avrupa Sağlık Bakanları Konferansı sırasında kurulmuştur. Komitenin alışmaları neticesinde ortaya çıkan ilkeler; insan onurunun

¹⁷⁷ Vatanoğlu, E. (2009). "Avrupa Birliği Düzeyinde Organ Bağışı ve Organ Nakli Politika Seçenekleri Konsültasyon Dokümanı: Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10." Editörler: nver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık, s. 42.

¹⁷⁸ Vatanoğlu, **a.g.m.**, 2009, s. 43.

en yüksek seviyede korunması, temel hak ve özgürlüklerin sağlanması, insan kökenli biyolojik maddelerin ticarete konu kılınmasının önlenmesi ile organ bağışçısı ve alıcısının korunmasıdır.

Avrupa Birliği nezdinde ele alınması gereken bir diğer belge Avrupa Birliği Düzeyinde Hükümet Eylemi olarak adlandırılan Avrupa Parlamentosu'nun 22 Nisan 2008 tarihli organ bağışı ve organ nakli hakkında önergesidir. Bahse konu önerge, kalite standartlarının, organ bağışında güvenliğin, insan doku ve hücrelerinin tedarik, muhafaza, toplama, işleme ve dağıtımının düzenlenmesine dair 31 Mart 2004 tarih, 2004/23/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine dayanarak, Dünya Sağlık Örgütü'nün organ nakli konusundaki temel direktifleri çerçevesinde hazırlanmıştır¹⁷⁹.

Bahse konu önerge ile üye ülkeler arasında işbirliğine vurgu yapılmıştır. Diğer yandan organ ulaşılabilirliğinin artırılması ve nakil sisteminin etkililiği ile ulaşılabilirliği bağlamında politikalar belirlenmiştir. Önerge ile vurgulanan hususlar bunlarla sınırlı olmayıp Önerge'de kamu bilincinin artırılması, organ naklinde kalite ve güvenliğin sağlanması ile organ ticaretine karşı etkin işbirliği konularına dair eylem planları ele alınmıştır.

2.5.2. Avrupa Konseyi ve AİHM Bakış Açısı

Türkiye'nin de kurucu üyesi olduğu Avrupa Konseyi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gelişimi açısından önemli faaliyetler yürütmekte, bu kapsamda yerleşik kurumsal yapısı ile etkin bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır¹⁸⁰.

Avrupa Konseyi'nin biyoetik alanına ilişkin birçok önemli çalışması ve özel olarak çalışma konumuz olan organ ve doku nakli alanında kilometre taşı niteliğinde düzenlemeleri söz konusudur. Konsey'in biyoetik alanında yapmış olduğu çalışmalar, genel olarak iki dönemde ele alınmaktadır. Birinci dönem, devletlerin mevzuatları arasında uyum sağlamaya yönelik çalışmaların olduğu dönem olup ikinci

¹⁷⁹ Uzunoğlu, C. (2009). “Organ Bağışı ve Organ Nakli: Avrupa Birliği Düzeyinde Hükümet Eylemi.” *Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.*” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık, s. 30 vd.

¹⁸⁰ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 127.

dönem gelişen ve değişen teknolojik gelişmeler ışığında güncel gelişmelere cevap verebilen çalışmalara odaklanıldığı dönemdir. Bu ilk dönemde Konsey'in karar organı olan Bakanlar Komitesi'nin ilk kararı, 1978 yılında kabul edilen “İnsan Materyallerinin Alınması, Aşılması ve Nakli İle İlgili Karar” (Resolution (78) 29 on harmonisation of member states relating to removal, grafting and transplantation of human substances)'dır¹⁸¹. Bahse konu karar ile, Konsey'e üye olan devletlerin iç hukuklarında düzenlemeler yapılması ve hukuki düzenlemeleri arasında uyum sağlanması hedeflenmiştir. Bu kararda organ bağışçılarına, potansiyel bağışçılar ile alıcılara dair bireysel haklar düzenlenmemiş yalnızca organ bağışının taraflarının korunması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Avrupa Konseyi, biyomedikal araştırmalar ile teknolojiye dair alanlara özgü kılavuz ilkeler hazırlamak amacıyla 1983 tarihinde daimi bir komite ihdas etmiştir. Avrupa Konseyi'nin biyomedikal alanda yapılacak çalışmalarda merkez nokta olması, 1985 yılında Viyana'da gerçekleştirilen İnsan Hakları Konferansı'na dayanmaktadır. Konferansta kabul olunan 3 Numaralı Karar'da (*Resolution No. 3 (1985) on human rights and scientific progress in the field of biology, medicine, biochemistry*) biyotıp alanında gündeme gelebilecek sorunlar ve bunlara dair karar alma zorunluluğu vurgulanmış, Avrupa Konseyi'nin merkez olma rolünün önemine değinilmiştir¹⁸². Bahse konu karar neticesinde Avrupa Konseyi karar organı Bakanlar Komitesi'nce, bu alanda faaliyet yürütmek ve araştırmalar yapmak üzere multidisipliner nitelikte bir “ad hoc” komite kurulmasına karar verilmiştir¹⁸³. Bu komite ile biyoloji ve tıp alanında meydana gelecek gelişmelerin takibi ile söz konusu olabilecek gelişmeler bağlamında hukuki ve siyasi düzenlemeler yapılması amaçlanmıştır.

Komite'nin biyoloji ve tıp alanında en değerli çalışması, 4 Nisan 1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde imzaya açılan “Biyoloji ve Tıbbın

¹⁸¹ Kurtoğlu, A., Arda, B. (2020). “Avrupa Konseyi ve Biyoetik”. *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 28(3), 390.

¹⁸² Kriari-Catranis I. (2002). “The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.” *Eubios J Asian Int Bioeth*;12(3): s. 91.

¹⁸³ 1992 yılında, “ad hoc” komite, **Biyoetik Yönlendirme Komitesi'ne** (Steering Committee on Bioethics, CDBI) dönüştürülmüştür. Avrupa Konseyi'nde gerçekleştirilen genel yapısal reform sonucunda Biyoetik Yönlendirme Komitesi, 1 Ocak 2012 tarihinde **Biyoetik Komitesi'ne** (Committee on Bioethics, DH-BIO) dönüştürülmüştür.

Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi)”dir¹⁸⁴. Bahse konu sözleşme 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüze kadar Komite tarafından Sözleşme’ye dört ek protokol hazırlanmıştır. Bahse konu ek protokoller şunlardır:

- 1998 tarihli İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Ek Protokol,
- 2002 tarihli İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokol,
- 2005 tarihli Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol,
- 2008 tarihli Sağlık Amaçlı Genetik Testlere İlişkin Ek Protokol.

Çalışmamızda Biyotıp Sözleşmesi ile Sözleşme’ye ek protokollerden konumuz ile ilgisi olan 2002 tarihli İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokol hükümleri ele alınacaktır.

1997 tarihli “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi)”¹⁸⁵, bireylerin özerkliği ve kendi geleceğini belirleme hakkı bakımından doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içermesi sebebiyle konumuz bakımından büyük önemi haizdir. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi, yukarıda değinilen Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi tarafından düzenlenen ek protokoller ve diğer belgeler ile güncel gelişmeler bağlamında desteklenmekte¹⁸⁶ olduğundan her daim güncellik arayışında olan, yaşayan bir sözleşmedir.

Ülkemiz, *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi’nin (Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)* taraflarındandır. Bahse konu Sözleşme imzalandıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nin onaylanması, 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. Sözleşme, 25439 sayılı ve 20.04.2004 tarihli Resmi Gazete’de

¹⁸⁴ Kurtoğlu/ Arda, *a.g.m.*, 2020, s. 389.

¹⁸⁵ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Sözleşmeleri arasında ETS 164 no. ile kayıtlıdır.

¹⁸⁶ Uerpmann-Witzack R. (2017). “Convention on human rights and biomedicine. In: Schmahl S, Breuer M, eds. The Council of Europe: Its Law and Policies.” 1st ed. Oxford: Oxford University Press. s. 578.

yayımlanarak hukukumuz bakımından yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin 2. fıkrasına, ODNK'nin 5. maddesi hükümleriyle uyumsuz olması nedeniyle ülkemiz adına çekince koyulmuştur.

Anayasa'nın 90. maddesi¹⁸⁷ gereğince iç hukukumuzun parçası olan Sözleşme, biyoetik ilkeler ile ilmi gelişmelerin tıp alanında uygulanması noktasında temel hususlardaki biyoetik ilkeleri ve bu ilkeleri dikkate alan ahlak felsefesi tartışmalarını hukuk dünyasına taşımıştır¹⁸⁸.

Biyotıp Sözleşmesi'nin **Giriş Bölümü'nde**, her insana sırf birey olmasından ve salt insan oluşundan dolayı saygı gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bireylere gösterilen saygının gereği olarak insan onurunun ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli tedbirler alınması hususlarının gerekliliğine işaret edilmiştir.

Bu bağlamda Sözleşme'nin **1. maddesi** ile taraflar devletler, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruma; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırimcılık yapmaksızın herkesin bütünlüğüne ve diğer hak ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesini teminat altına alma yükümlülüğüne tabi kılınmıştır. Sözleşme'nin 2. maddesinde ise, bireysel olarak her insanın menfaatlerinin toplumun menfaatlerine göre öncelenmesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁸⁹.

Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin **5. maddesiyle**, kişilerin bedeni üzerinde icra edilecek tıbbi müdahaleler bakımından en önemli hususun bireylerin iradeleri ve bu kapsamda açıklayacakları rıza olduğu vurgulanmıştır¹⁹⁰. Buna göre *“sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak rıza göstermesinden sonra yapılabilir.”* Bireylerin özerklik kapsamında alacakları kararlar ve bu kararlara hukuki değer atfedilmesi, bahse konu madde ile temellendirilmiştir. Öyle ki Sözleşme'nin hakların sınırlandırılmasına ilişkin 26. maddesinde¹⁹¹ de sınırlama nedenleri tek tek ve tahdidi bir biçimde belirtilmiş olup,

¹⁸⁷ Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası anlaşmalar kanun hükmündedir”*.

¹⁸⁸ Katoğlu, T. (2006). *“Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55 (1), s. 158.

¹⁸⁹ Ertem, a.g.e., 2015, s. 137.

¹⁹⁰ Katoğlu, a.g.m., 2006, s. 163.

¹⁹¹ Sözleşmenin 26. maddesi şu hükmü içermektedir: *“sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu düzeni, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya*

bireylerin rızasının esas olmasına ilişkin kurala sayılan sebepler dışında herhangi bir şekilde müdahale edilemeyeceği tespit olunmuştur. Sözleşmenin 5. maddesi, bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin doğal bir neticesi olan “tedaviyi reddetme hakkı” bakımından da önem arz etmektedir. Sözleşmenin 5. maddesinde bireylere detaylı şekilde bilgi verilip onayı alınmadan herhangi bir tedavi veya müdahalede bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, aynı zamanda hastanın tedaviyi reddetme hakkının olduğunu desteklemektedir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin onayı her zaman geri alabileceği de düzenlenmiştir¹⁹².

Biyo-Tıp Sözleşmesi’nin “rıza gösteremeyen kişilerin korunması” kenar başlıklı **6. maddesinde** “...muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir” ifadesine yer verilmiştir. Buradaki “doğrudan yarar” ifadesinin manası açıklanmamış olup, bu kavrama yüklenmesi gereken anlam yargısal içtihatlar ile açıklığa kavuşacaktır¹⁹³. Yine 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarında bu kişilerin görüşlerinin imkân dâhilinde olması halinde belirleyici olarak dikkate alınması ve kendileri hakkında alınacak tıbbi kararlara katılım hakkının hayata geçirilmesi arzulanmıştır. Nitekim bu hüküm, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 12. maddesi ile de uyumlu olup, çocuğun iradesi ve isteklerinin mümkün olan en yüksek düzeyde gözetilmesi gerekliliği ilkesi ile bağdaşmaktadır. Dahası çocuğun iradesinin dikkate alınması sadece rıza yeteneğinin varlığına bağlı değildir. Tüm bu açıklamalar ışığında, insan onuru ve kişi özerkliği, hiç kimsenin bir başkasının yüksek kişilik değerleri üzerinde ve hatta vücut dokunulmazlığı üzerinde tasarruf etmesine müsaade etmez. Bu kişiler, rıza ehliyeti olmayan kişinin velileri olsa dahi yüksek kişilik değerleri üzerinde tasarruf edilmesi, vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruflara tek başına irade gösterilmesi, özerklik devralma¹⁹⁴ anlamına geleceğinden, kabul edilemez.

Biyotıp Sözleşmesi’nde doğrudan organ ve doku nakline ilişkin hükümler de mevcuttur. Bu bağlamda canlı vericilerden nakil amaçlı organ veya doku alınmasını düzenleyen hükümler altıncı bölüm (m. 19 ve m. 20) ile düzenlenmiştir. Bununla

başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamalar getirilebilir.”

¹⁹² Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., 2007, s. 326.

¹⁹³ Katoğlu, **a.g.m.**, 2006, s. 163.

¹⁹⁴ Ertem, **a.g.e.**, 2015, s. 528.

birlikte insan vücudundan nakil amacıyla alınan organ veya dokular üzerinde tasarruf edilmesini yahut ticari kazanca konu kılınmasını engelleyen hükümler yedinci bölümde (m. 21 ve m. 22) düzenlenmiştir. **Ölüden yahut kadavradan organ veya doku alınması** hususunda Sözleşme ile herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu yöndeki eksiklik sonraki tarihte, 24 Ocak 2002 tarihli İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli başlıklı Ek Protokol ile giderilmiştir¹⁹⁵.

Yaşayan kimselerden organ veya doku nakli işlemlerine ilişkin usul ve esaslar ile temel ilkeler, Sözleşme'nin 19. ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. 19. madde ile yaşayan kimselerden organ yahut doku alınmasının **“son çare”** olması gerektiği hükmüne bağlanmıştır. Son çare ilkesinden kasıt, nakli gereken organ veya dokunun ölmüş kimselerden naklinin temin edilmesi yahut benzer etkinlikte bir başka tedavi yönteminin denenmesi, tüm bunların mevcut ve mümkün olmaması halinde yaşayan kimseden organ ya da doku naklinin gerçekleştirilmesidir.

Sözleşmenin 19. maddesi¹⁹⁶ **“Genel Kural”** başlığını taşımakta olup, yaşayan kimselerden organ alınmasını başka bir tedavi yönteminin mevcut olmadığı hallerle sınırlamıştır.

Sözleşmenin 20. maddesi ile organ veya doku verme konusunda rıza açıklamasında bulunma ehliyeti bulunmayan kimseler bakımından koruyucu hükümler¹⁹⁷ ihdas olunmuştur¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Katoğlu, **a.g.m.**, 2006, s. 187.

¹⁹⁶ Bahse konu madde şu hükümleri içermektedir:

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

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

¹⁹⁷ Sengir, T. (1968). **“Organ Naklin Doğurduğu Hukuki Meseleler”**, Adalet Dergisi, s.11. Aktaran: Aydın, **Organ ve Doku Nakli**, 2009, s.213.

¹⁹⁸ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“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. fıkralarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;

V. muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.”

Bu madde ile kural olarak rıza yeteneği bulunmayanlardan organ ya da doku alınması yasaklanmıştır. Ancak maddenin ikinci fıkrasında bu kuralın istisnası öngörülmüş, hangi koşullarda istisna hükmünün uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin 2. fıkrası ile bazı hallerde on sekiz yaşından küçük kimselerin de rıza ehliyetinin varlığı istisnai olarak kabul edilmiş ise de ülkemiz adına bahse konu hükme çekince koyulmuştur. Çekincenin amacı, ODNK m. 5 ile çeliştiği için, küçüklerden organ veya doku alınmasını kesin olarak yasaklamaktır. Gerçekten de ülkemizde yaşayan kişiden organ veya doku alınması konusunda münhasıran on sekiz yaşından büyük kimselere rıza gösterme ehliyeti tanınmıştır¹⁹⁹. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesinin 2. fıkrası ile bazı hallerde on sekiz yaşından küçük kimselerin de rıza ehliyetinin varlığı istisnai olarak kabul edilmiş ise de ülkemiz adına bahse konu hükme çekince koyulmuştur.

Sözleşme'nin 26. maddesi²⁰⁰ ile sözleşme ile korunan haklardan yararlanılması bağlamında taraf ülkelerce bazı sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür. Ancak getirilecek sınırlamalar Sözleşme ile ortaya koyulan koruyucu alana ve Sözleşme'nin özüne²⁰¹ aykırı nitelikte olamayacaktır²⁰².

Bu vesileyle, ülkemizin de aralarında olduğu taraf devletler, iç hukukları bağlamında kanunlar ihdas etmek suretiyle Sözleşme'nin özü hüviyetindeki hakları sınırlandırma yönünde tasarrufta bulunamayacaklardır.

Bunun yanında, ülkemiz bakımından kanun koyucunun belirtilen düzenlemeye aykırı nitelikte bir kanun ihdas etmesi durumunda dahi Anayasa'nın 90. maddesinin

¹⁹⁹ 2238 sayılı ODNK'nin 5. maddesi gereğince: "On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır."

²⁰⁰ Bahse konu hüküm şu şekildedir: "Sözleşme'de yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır"

²⁰¹ Katoğlu, **a.g.m.**, 2006, s. 165.

²⁰² Katoğlu'na göre sözleşmenin özü niteliğinde görülen ve sınırlamaya tabi kılınamayacak nitelikte olan hükümler şunlardır: "Sözleşmenin 20. Maddesinin 2. Fıkrasına göre ikinci fıkrası bu tür sınırlamaların yine Sözleşme'nin genetik kalıtım dolayısıyla ayrımcılığı yasaklayan 11, önleme, teşhis ve tedavi dışında insan genomuna müdahaleyi yasaklayan 13, cinsiyet seçimi amacıyla suni döllenme tekniklerini kullanılmasını yasaklayan 14, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasını öngören 16, araştırmaya rıza yeteneği olmayan kişileri koruyan 17, canlı donörden organ nakline ilişkin genel kuralı koyan 19, rıza yeteneğine sahip olmayan donörün korunmasına yönelik 20 ve insan vücudunun ve parçalarının, bu nitelikleri ile ticari kazançla olmasını yasaklayan 21. maddeleri bakımından" herhangi bir sınırlayıcı hüküm ihdas olunmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. (Katoğlu, **a.g.m.**, 2006, s. 165.)

son fıkrası²⁰³ uyarınca, Sözleşme hükümlerinin kanunlardan üstün tutulması zorunludur. Bu bağlamda, hukukumuzda, insan haklarına ilişkin niteliği mevcut olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin önceliği teminat altına alınmış haldedir²⁰⁴.

Biyo-Tıp Sözleşmesi m. 21 ile öngörülen ve Biyo-Tıp Sözleşmesi m. 26/2 uyarınca sınırlamaya da tabi tutulamayacak olan, insan vücudunun ve parçalarının finansal kazanca konu kılınamayacağı yönündeki açık yasak, insanın metalaştırılmasının, bir nesne haline getirilmesinin önüne geçme amacını gütmeye gayesiyle insan onurunu korumaktadır²⁰⁵. Bu hükümle bireylerin kendi bedenleri üzerinde herhangi bir ticari kazanç gayesiyle tasarrufta bulunamayacağı hükme bağlanmış, bu vesileyle bir anlamda insan onurunun korunması amacıyla bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkilerinin doğal sınırı tespit olunmuştur.

Avrupa Konseyi, organ ve doku nakil süreçlerine dair ilkeleri ile özel koşulları Biyotıp Sözleşmesi'nin yanında, **İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokol** ile düzenlemiştir. Ek Protokol, 24 Ocak 2002 tarihi itibarıyla imzaya açılmış olup 1 Mayıs 2006 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir²⁰⁶.

Ek protokolün amacı, 1. madde ile belirlenmiştir. Buna göre insan kökenli organ veya doku nakillerinde hiçbir ayırım yapılmadan tüm insanlığın onurunun, her bireyin bütünlüğünün, diğer hakları ile bireysel özerkliğinin korunması amaçlanmaktadır. Ek protokolün 2. maddesi ile organ ve doku nakillerine ilişkin kapsam belirlenmiştir. Bu bağlamda hematopoetik kök hücre de dâhil olacak şekilde insan kökenli hücre, doku ve organların bireylerin tedavisi amacıyla nakledilmesi yönündeki işlemler kapsama alınmıştır. Diğer yandan, kan hücreleri ve türevleri ile üreme organ ve dokuları, embriyonik veya fetal organ ve dokular Ek Protokol kapsamı dışında bırakılmıştır²⁰⁷.

²⁰³ Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü şu şekildedir: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır"*

²⁰⁴ Katoğlu, *a.g.m.*, 2006, s. 166.

²⁰⁵ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 528.

²⁰⁶ Kurtoğlu/ Arda, *a.g.m.*, 2020, s. 397.

²⁰⁷ Clause 2 of the Council of Europe Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. European Treaty Series - No. 186. Strasbourg. 2002.

Ek Protokol ile düzenlenen başka konular şunlardır: organ veya doku nakil sistemleri (m. 3), nakil işlemlerinde profesyonelleştirilmiş standart (m. 4), nakil alıcısının bilgilendirmesi (m. 5) düzenlenmiştir. Bunlarla birlikte sağlık personelinin bu alanda yetiştirilmesi ve toplumun bilinçlendirilmesine dair hükümler de mevcut olup bu kapsamda sağlık ve güvenlik (m. 6), tıbbi takip (m. 7), sağlık çalışanlarını ve toplumu bilgilendirme (m. 8) hususları ele alınmıştır. Son olarak konumuzla doğrudan ilişkili hükümlerin yer aldığı düzenlemeler şu şekildedir: canlılardan organ veya doku alınması (m. 9-15), ölüden (kadavradan) organ veya doku alınması (m. 16-19) ve nakil süreçleri ve sonrasında gizlilik (m. 23).

Ek Protokol'ün **21. maddesi** uyarınca, insan vücudundan edinilen organlar veya dokular hiçbir şekilde tedavüle tabi kılınarak ticari meta haline getirilmemelidir. Bu bağlamda organ veya dokunun satılması, satın alınması yahut bu faaliyetlere aracılık eden üçüncü kişilerin kazanç kapısı olmaması gerekmektedir. Yine aynı madde ile ticari faaliyete konu kılınmak suretiyle organ veya doku hakkında bunları sağlamaya yönelik reklam yapılması yasaklanmıştır. Bu madde Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesi ile benzer hükümler ihtiva etmektedir.

Ek Protokol'ün **22. maddesi** ile organ veya doku ticareti açıkça yasaklanmıştır. Organ veya doku ticaretinin önlenmesi, Avrupa nezdinde olduğu gibi uluslararası alanda da işbirliği ve kararlı mücadele gerektiren bir konudur. Bu anlamda 2008 yılında Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi, organ veya doku ticaretinin önlenmesi ve bu alanda işbirliğine dair ortak bir çalışma icra etmiştir. Ortak çalışmanın neticesinde organ veya doku ticareti anlamında mevcut sorunlara işaret edilmiştir. Bu sorunlar ve sorunlara dair öneriler şu şekildedir:

- Organ alınması hedefiyle gerçekleştirilen insan ticareti ile organ veya doku ticaretinin açıkça ayrılması gerekliliği,
- İnsan vücudu ve vücuda dair parçaların maddi kazanca konu kılınmasının yasaklanması ilkesinin önemi ve gerekliliği,
- Organ bağışının yaygınlaştırılması amacıyla bağışın teşvik edilmesi ihtiyacı,
- Organ ticaretine dair güvenilir verilerin toplanması,
- Uluslar arası kararlılık anlamında ortak bir dil oluşturma gerekliliği,

- Organ veya doku kaçakçılığını tanımlayan ve organ veya doku kaçakçılığını önlemeyi hedefleyen uluslararası bir düzenlenmenin yapılması²⁰⁸.

Bu tespitler ve öneriler doğrultusunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından çalışmalar yürütülmüştür. Bu bağlamda; Avrupa Suç Sorunları Komitesi, Biyoetik Yönlendirme Komitesi ve Avrupa Organ Nakli Komitesi tarafından uluslararası bağlayıcılığı olan bir hukuki düzenlemeye esas olmak üzere rapor hazırlanması istenmiştir. 2012 yılında tamamlanan çalışmalar ile taslak metni oluşturulan hukuki düzenleme, **Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi olarak** (CETS No. 216), 25 Mart 2015 tarihinde İspanya’da imzaya açılmıştır²⁰⁹. Ülkemiz adına, 25 Mart 2015 tarihi itibarıyla Sözleşme imzalanmıştır²¹⁰.

Özetle, Avrupa Konseyi nezdinde ihdas olunan Biyotıp Sözleşmesi ve Ek Protokol ile organ veya doku nakli konusuna ilişkin olarak, özellikle önem atfedilen ve yasaklanan iki husus mevcuttur. Bunlar, organ veya dokunun ticarete tabi kılınması ile ticari kazanç yasağıdır.

Avrupa Konseyi bünyesinde temel hak ve özgürlükler alanında en önemli sözleşme **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)**’dir. Sözleşme ile medeni ve siyasi haklar düzenlenmiş ise de **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM)** benimsediği dinamik ve geniş yorum yöntemleriyle bu haklarla bağlantılı olarak sosyal haklara da koruma alanı sağlandığı söylenebilir²¹¹. AİHS’de doğrudan sağlık hakkının yahut beden üzerindeki tasarruf yetkisinin korunacağına ilişkin hükümlere yer verilmiş değildir. Ancak AİHM’nin entegre yorum yöntemi sayesinde Sözleşme’nin 2. (yaşam hakkı)²¹², 3. (işkence yasağı) ve 5. (özgürlük ve güvenlik

²⁰⁸ Caplan A, Domínguez-Gil B, Matesanz R, Prior C. (2009). “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs.” *Joint Council of Europe and United Nations Study. Strasbourg*, s. 94.

²⁰⁹ Council of Europe. Explanatory report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs. Council of Europe Treaty Series - No. 216. Santiago de Compostela. 2015.

²¹⁰ Kurtoğlu/ Arda, **a.g.m.**, 2020, s. 397.

²¹¹ Nifosi-Sutton, Ingrid. (2010). “*The Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Relief: A Critical Appraisal from a Right to Health Perspective*”, Harvard Human Rights Journal, V. 23, s. 59. Aktaran: Ertem, **a.g.e.**, 2015, s. 129.

²¹² AİHS’nin 2. maddesi şu şekildedir:

“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.”

hakkı) maddeleri kapsamında sağlık hakkı dolaylı olarak korunmaktadır²¹³. Ayrıca, “özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı AİHS m. 8 hükmü kapsamında korunan bireye ait özel alan, insan onurunun üstünlüğü ve birey özerkliği anlayışı üzerine kuruludur²¹⁴.

AİHM kararları göz önüne alındığında; Mahkeme’nin bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisini ve bu bağlamda organ veya doku nakline gösterilecek rızaya değer atfedilmesi konusunu Sözleşme’nin 8. maddesi ile düzenlenen özel hayata saygı ilkesi kapsamında ele aldığı görülmektedir. Mahkeme’nin 24 Haziran 2014 tarihli *Petrova / Letonya* kararında²¹⁵, karara konu teşkil eden olayın bir trafik kazası neticesinde yaşamsal tehlike ile hastaneye kaldırılan kişinin hayatını kaybetmesi ile başladığı görülmektedir. Kazaya maruz kalan kimsenin hayatını kaybetmesi üzerine böbrek ve dalağının alınması amacıyla, hayatını kaybeden kimse laparotomi olarak adlandırılan karın açma girişimine maruz bırakılmıştır. Ancak bu işlem yapılmadan önce ne ölen kimsenin iradesinin tespiti amacıyla sağlığında bir irade beyanında bulunup bulunmadığı ne de ölenin babası olan ve başvuru konumunda bulunan kimsenin iradesi araştırılmıştır.

Bunun üzerine ölenin babası konumundaki başvuru, ölenin bedeni üzerinde gerçekleştirilen tıbbi girişimin yetkisiz bir girişim olduğu, bu girişim gerekçesiyle özel yaşamaya saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasıyla AİHM’ye başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, AİHS’nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM bahse konu kararının gerekçesi olarak başvuruçunun oğlunun öldüğü esnada Letonya’da organ nakli konusunda mevcut olan hukuki düzenlemelerin yeterince açık olmadığını belirtmiştir. Dahası ölenin en yakın akrabası konumunda bulunan başvuruçunun organ bağıışı noktasında karar alma yetkisi söz konusu olmasına rağmen, bu yetkinin kullanımına dair bilgilendirme yapılmadığını tespit etmiştir. AİHM, somut dava bağlamında, söz konusu müdahalenin AİHS’nin 8/2. maddesi ile düzenlenen, özel hayata müdahale niteliğindeki eylemlerin kanunla düzenlenmiş olması koşulunu

²¹³ Aygörmez Uğurlubay/Üstün, *a.g.m.*, 2014, s. 30.

²¹⁴ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 132.

²¹⁵ *Petrova v. Latvia*, no. 4605/05, ECHR 2014, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["4605/05"\],"itemid":\["001-144997"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 24.12.2020.

taşımadığına hükmetmiştir. Bu durumda başvurucunun, AİHS'nin 8. maddesi ile düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir²¹⁶.

AİHM tarafından verilmiş bir başka karar ise 13 Ocak 2015 tarihli *Elberte / Letonya* kararıdır²¹⁷. Bahse konu karara konu teşkil eden olayda başvurucunun eşi hayatını kaybettikten sonra, başvurucunun bilgisi dışında ve rızasına başvurulmaksızın ölen kimsenin dokuları alınmıştır. Ölen kimseye öncelikle otopsi işlemi uygulanmış, sonrasında ise vücudundan alınan bir kısım dokular biyo implant yapımı için Almanya'da bulunan bir ilaç firmasına gönderilmiştir. Başvurucunun bu durumdan haberdar olması olaydan yaklaşık iki yıl sonra, ülkede kadavralardan hukuka aykırı şekilde organ veya dokuların alındığına ilişkin geniş çaplı soruşturmalar açılmasıyla gerçekleşmiştir. Ancak ulusal mercilerce yürütülen soruşturmalar neticesinde suç unsurunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Bunun üzerine başvuru, eşinin bedeninden doku alınması hususunda rızasının alınmaması gerekçesiyle AİHM nezdinde başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile 3. maddesi ile düzenlenen insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Kararın gerekçesi olarak, tıpkı *Petrova / Letonya* kararında olduğu gibi hukuki düzenlemelerin organ veya doku alma konusunda ölenin yakınlarının rızalarının ne şekilde alınması gerektiğine dair keyfiliğe yol açmaktan uzak, belirli kurallar getirmediğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, başvuranın vefat eden eşinin bedeni üzerinde icra olunan izinsiz işlemler özel hayata saygı ilkesi ile insanlık dışı muamele yasağını ihlal etmiştir. Bunun yanında adli mercilerce yürütülen ceza soruşturamalarında kadavralardan doku veya organların alınması hususunda hukuka aykırılığın tespiti bağlamında çelişki ve anlaşmazlığa düşülmesi, mevzuat hükümlerinin belirsizliği gerekçesiyle onay koşulunda açıklık ilkesinin temin

²¹⁶ *Petrova v. Latvia*, no. 4605/05, § 85-98, ECHR 2014, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["4605/05"\],"itemid":\["001-144997"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 24.12.2020.

²¹⁷ *Elberte v. Latvia*, no. 61243/08, ECHR 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["61243/08"\],"itemid":\["002-10354"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 24.12.2020.

edilememesi bir bütün olarak başvuranın manevi ızdırabının artmasına sebep olmuştur²¹⁸.

Diğer yandan, organ veya doku nakli konusuna ilişkin yapılan incelemede insan vücudunun, ölüm sonrasında dahi, saygıyla muameleyi hak ettiği vurgulanmıştır²¹⁹. Organ veya doku nakli doktrinde, ölüm sonrasında dahi insan bedenine saygı çerçevesinde muamele edilmesinin ortak görüş olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Ek Protokoller öncelikli olmak üzere, uluslararası hukuk metinlerinin yaşayan donörler yahut ölmüş bağışçıların haklarının koruma altına alınarak güvenceye tabi kılınması amacıyla tasarlandığı vurgulanmıştır. Diğer yandan, insan onuruna saygı ilkesinin, AİHS'nin özünü teşkil eden önemli parçalardan biri olduğu belirtilmiştir. Sonuç itibariyle, başvurucunun maruz kaldığı manevi sorunlar, şüphe kabul etmeyecek şekilde aşağılayıcı muamele yasağının ihlali niteliğinde görülmüştür²²⁰.

Bunların dışında, Avrupa Konseyi kapsamındaki düzenlemeler çerçevesinde ele alınması gereken bir diğer sözleşme ise Avrupa Sosyal Şartı'dır (ASŞ). Gerek 1961 tarihli ASŞ²²¹, gerekse de Şart'ın 1996 tarihli gözden geçirilmiş hali²²², AİHS'nin ekonomik sosyal haklar bakımından tamamlayıcısı hüviyetindedir. Avrupa Sosyal Şartı'nın m. 11/2²²³ ile öngördüğü düzenleme bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bahse konu hüküm ile kişisel sorumluluk duygusunun geliştirilmesi arzulanmış, bireylerin bağımsız karar alabilme ve özerk hareket edebilme yetilerinin geliştirilmesine vurgu yapılmıştır. Böylelikle, kişinin

²¹⁸ *Elberte v. Latvia*, no. 61243/08, ECHR 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["61243/08"\],"itemid":\["002-10354"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 24.12.2020.

²¹⁹ Karakul, S. (2017). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-II." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 51.

²²⁰ *Elberte v. Latvia*, no. 61243/08, ECHR 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["61243/08"\],"itemid":\["002-10354"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi: 24.12.2020.

²²¹ 04.07.1989 tarihli ve 20215 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²²² 09.04.2007 tarihli ve 26488 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²²³ ASŞ'nin 11. maddesi hükmü şu şekildedir:

"*Âkit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılması sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra;*

1- Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;

*2- Sağlığı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında **kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere** eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak;*

3- Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı; taahhüt ederler."

tıbbi açıdan kendi geleceğini belirleme hakkına ilişkin esaslı bir normatif düzenleme ihdas olunmuştur²²⁴.

2.5.3. Diğer Uluslararası Hukuk Metinleri

Bireyin kendi geleceğinin belirleme hakkı kapsamında beden üzerindeki tasarruf yetkisi, gerek insan onuru kavramı ile gerekse de sağlık hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bu kapsamda bazı uluslararası sözleşmelerde belirtilen haklarla ilintili olarak belirli düzenlemelere yer verilmiştir.

İlk olarak, 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB)²²⁵ 3.maddesinde²²⁶ yaşamının ve yaşam hakkının korunduğu görülmektedir. Yine beyannamenin 25. maddesinin 1. fıkrası "*Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri... de kapsar.*" şeklindedir. Hüküm incelendiğinde; sağlık hakkı, yeterli yaşam standardı ve güvenlik hakkı ile bağlantılı olarak mütalaa olunmuştur. Yeterli yaşam standardına ulaşılması hedefiyle sağlık ve iyi yaşama ilişkin koruyucu hükümler getirilmiştir. Şu halde, sadece "yaşamın kutsallığı"nın değil, bunun yanında "iyi yaşam kalitesi"nin de güvence altına alınması amaçlanmıştır²²⁷. Şüphesiz ki yaşam kalitesi, bireyin tercihleri ile şekillendirdiği hayatının, olduğundan daha üst standartlara ulaştırılması arayışının neticesi ile yükselecektir. Bu vesileyle bahse konu hüküm ile bireylerin kendi geleceğini tayin hakkı ve bu kapsamda beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisi korunmaktadır.

Bir diğer uluslararası hukuk metni, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (UESKHS)'dir²²⁸. UESKHS, Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'ndan sonra sağlık hakkına ilişkin en kapsamlı normatif düzenlemeleri içeren sözleşme olarak nitelenmektedir²²⁹. Sağlık hakkı, bünyesinde bazı hakları ihtiva ettiği gibi bir takım özgürlükleri de kapsamakta; bu bağlamda sağlığın

²²⁴ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 134.

²²⁵ 24.08.1947 tarihli ve 4801 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²²⁶ İHEB'in 3. maddesi şu şekildedir: "*Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.*" Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, E T.: 06.05.2020.

²²⁷ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 118.

²²⁸ 11.08.2003 tarihli ve 25196 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²²⁹ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 119.

korunması için tüm insanlara eşit sunan bir sağlık sisteminden yaralanma hakkını içerdiği gibi, bireylerin cinsel özgürlükleri ile kendi sağlık ve bedenini kontrol etme hakkını ve müdahaleye maruz bırakılmama hakkını da muhteviyatında barındırmaktadır²³⁰.

UESKHS'i izlemekle görevli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, "14 No.'lu Genel Yorum (2000)" ile sağlık hakkının kapsamını ve normatif unsurlarını ortaya koymuştur. Kapsama ilişkin yapılan tespitlerde, devletin sağlık hakkı bakımından genel yükümlülükleri, sağlık hakkının "korunması" ve "geliştirilmesi"; özel yükümlülükleri ise "saygı duyma", sağlık hakkındaki güvencelere müdahale edilmesini önlemek anlamında "koruma" ve "yerine getirme" olarak belirlenmiştir. Saygı duyma yükümlülüğü, kendi geleceğini belirleme ve beden üzerindeki tasarruflara saygı duyulması bakımından özel önem taşımaktadır²³¹.

Uluslararası hukuk düzenlemelerinden bir diğeri Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (UMSHS)'dir. Sözleşmenin kendi geleceğini belirleme hakkı ile ilgili hükmü, 7. madde ile düzenlenmiştir: "*Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.*" hükmünde yer bulan "özellikle" ifadesi ile bireylerin rızası olmaksızın tabi tutulamayacakları müdahaleler bakımından örnekleyici bir sayma yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda bireylerin rızası olmaksızın ve özellikle zorlama ile güncel insan haklarına uygun olmayan tıbbi girişimlere maruz bırakılamayacaklarının ifade edildiği savunulmuştur²³².

²³⁰ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 121.

²³¹ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 127.

²³² Nowak, Manfred. (2005). *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd rev. ed., Kehl Germany, s. 191. Aktaran: Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 274.



3. ORGAN VE DOKU NAKLİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

3.1. Organ ve Doku Nakli Kavramı

Organ ve doku nakillerine ilişkin suçları düzenleyen gerek Türk Ceza Kanunu'nda gerekse de Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da "organ" ve "doku" kavramlarının tanımları yapılmamıştır. Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında; *"Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır"* hükmü mevcuttur. Bu bağlamda Kanun'un ifadesinden insan organizmasını oluşturan parçaların ne zaman organ ne zaman doku olarak nitelendirileceği hususunda net bir ölçüt belirlenmediği görülmektedir. Kanun hükmü çerçevesinde değerlendirme yapıldığında ise insan organizmasını oluşturan tüm vücut parçaları organ ya da doku olarak vasıflandırılabilir²³³.

Bu çerçevede ilgili mevzuat hükümleri ile doktrinde yer bulan tanımlar ışığında kavramsal çerçeve çizilmesi isabetli olacaktır.

3.1.1. Organ Kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde organ: *"Vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü"* şeklinde tanımlanmıştır²³⁴.

Etimolojik kökeni olarak Yunanca bir kelime olan organ, canlı bir vücudun, belirli bir görev icra eden ve sınırları tespit olunmuş kısımlarıdır²³⁵. Organlara verilen isim, ifa ettiği görevine göre değişmektedir. Bu bağlamda, örneğin, solunum organı, dolaşım organı gibi isimler almaktadır.

Doktrinde yapılan çalışmalara bakıldığında organ kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

²³³ Akıncı, Ş. (1996). *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.11.

²³⁴ <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 09.02.2020)

²³⁵ Bkz: Meydan Larousse, C.15, s.169 vd. Aktaran: Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 114.

“Organ, bir araya gelen dokuların oluşturduğu anatomik ve işlevsel bir birimdir”²³⁶.

2238 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile “organ ve doku” terimleri ile “*insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının*” kast olunduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükümden sonra aynı maddenin 2. fıkrası ile “*otogreftler, saç ve deri alınması, aşılantması ve nakli ile kan transfüzyonu*”nun ODNK hükümlerine tabi olmadığı hükmüne yer verilmiştir. Bahse konu kapsam dışı biyolojik maddeler bağlamında söz konusu olabilecek iş ve işlemlere yürürlükte bulunan diğerk mevzuat hükümlerinin uygulanacağı tespit olunmuştur²³⁷.

3.1.2. Doku Kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde doku: “*Bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü*” şeklinde tanımlanmıştır²³⁸.

Doku, çok hücreli canlıların, fonksiyon ve yapı itibariyle birbirine benzeyen ve anatomik bütünlük arz eden yapı olarak da ifade edilebilir²³⁹. Kornea, kıkırdak, kemik iliğı ve sinir birer dokudur.

Doktrinde yapılan tanımlara baktığımızda doku kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

Doku, organları oluşturan, şekil ve yapı itibariyle benzer olan ve aynı görevleri gören, birbirleriyle sıkı ilişkisi olan aynı kökten meydana gelmiş hücreler topluluğuna verilen isimdir (örneğin; kornea, kemik, kemik iliğı, kas dokusu, bağ dokuları, kalp kapağı, kıkırdak, kemik)²⁴⁰.

²³⁶ Aydın, Ç. K. (2011). *Organ Veya Doku Ticareti Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, (1) , s. 132; Algan, H. (2018). *Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Ticareti Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 46; Hakeri, H. (2020). Tıp Hukuku, (On beşinci Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 507.

²³⁷ Gökçen/Balcı, a.g.m., 2013, s.114.

²³⁸ <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 09.02.2020)

²³⁹ Meydan Larousse, C. 5, s. 479 Aktaran: Gökçen, Balcı, a.g.m., 2013, s. 114. AnaBritannica, C. 7, s.393.

²⁴⁰ Öztürkler, C. (2003). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.195. AKTARAN: Koçak Süren, Ö. (2007) “*Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi*”, Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, 73 (1), s. 174.

Doku, çok hücrelilerde, görev ve yapı bakımından birbirine benzeyerek, anatomik olarak bütünlük oluşturan lif, hücre gibi unsurlardan müteşekkil yapıdır²⁴¹.

Tıp biliminde, insan vücudundaki dokular, icra ettikleri görevlerine ve yapısal özelliklerine göre bazı tasniflere tabi kılınmaktadır. Bu bağlamda sinir, kıkırdak, ilik, iç salgı dokuları, kas dokusu, kirişlerdeki esnek dokular, duyu dokuları ve bağ dokuları bir takım doku çeşitleri olarak gösterilebilir. Bunların yanında, gözün saydam tabakasını teşkil eden olan kornea ve iskelet sistemini meydana getiren kemikler de doku olarak vasıflandırılmaktadır²⁴².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "organ veya doku ticareti" başlıklı 91. maddesinde canlıdan hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçunda suçun konusunun organ yahut doku olması durumlarında farklı cezalar öngörülmesi sebebiyle organ ve dokunun farklarının açıklanması önem arz etmektedir²⁴³. Bu hususta açık düzenlemeler içeren bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Ancak ülkemizde organ ve doku nakline ilişkin temel düzenleme olan 2238 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır."* hükmü mevcuttur. Bu hükümden insan vücudunun herhangi bir parçasının da organ yahut doku olarak vasıflandırılabilceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ölüden hukuka aykırı olarak organ alma fiili ile doku alma fiili arasında ise öngörülen ceza miktarı açısından bir farklılık söz konusu olmadığından organ ve doku tanımı ile farklarının ortaya koyulması özellikle canlı verici açısından önem arz etmektedir. Doku aynı veya benzer yapı ve fonksiyonu olan hücrelerden meydana gelen birim iken; organ, dokuların bir araya gelmesinden müteşekkil işlevsel ve yapısal bütünlüğe sahip vücut birimi anlamına gelmektedir²⁴⁴.

Bu bağlamda organ ve doku kavramlarının farklarına işaret etmek gerekirse; organlar, dokuların birleşmesinden meydana gelmekte iken, dokular, birbirine benzeyen liflerin ve hücrelerin bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Diğer bir fark ise kendisini yenileyebilme bakımından ortaya çıkmakta olup; doku olarak nitelendirilen

²⁴¹ Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 132.

²⁴² Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde*, 1996, s. 10-11.

²⁴³ Vural, A. (2017). *Türk Hukukunda Organ Ve Doku Nakli*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, s. 28.

²⁴⁴ Taşkın, A. (1997). *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Adil Yayınevi, s.1.

kan, sperm, kemik iliği gibi bir kısım dokular kendilerini yenileyebilirken deri dışında kalan organlar açısından yenileyebilme kabiliyeti mevcut değildir²⁴⁵.

O halde; dokuların birleşmesinden müteşekkil organların görev ve işlevleri net olarak tayin olunabilmektedir. Buradan hareketle örneğin kalp bir organdır ancak kalbi oluşturan perikard, endokard, miyokard birer doku örneğidir.

3.1.3. Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon) Kavramı

Organ ve doku nakli öğretide değişik şekillerde tanımlanmaktadır:

Organ veya doku nakli, görevinin icra edemez hale gelmiş bulunan hücre, doku veya organın bulunduğu yerden alınarak yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir²⁴⁶.

Organ veya doku nakli, cerrahi bir süreçtir. Bu süreç alıcıların tedavi edilmesi mümkün olmayacak şekilde zarar görmüş organlarının vericilerdeki organ yahut organ sistemleri ile değiştirilmesini kapsamaktadır²⁴⁷. Bunun yanı sıra organ veya doku nakli, alıcıyı iyileştirme amaçlı olarak bağışlayıcı kimselerden alınan doku veya organların nakledilmesi anlamına gelmektedir²⁴⁸.

Aynı kişinin kendi vücudundan yine aynı vücuda yapılan nakil, teknik olarak organ nakli değildir. Aynı kişinin vücudunun bir bölgesinden diğer bir kısma yapılan nakil işlemlerine “*autotransplantasyon*” (*kendine nakil*), bir kişiden başka birine yapılan nakillere ise **organ nakli** “*homotransplantasyon*” adı verilmektedir²⁴⁹.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’da organ ve doku nakli hakkında da bir tanımlama yapılmamıştır. Bunun yanında Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin²⁵⁰ 4. maddesinde “*Organ ve doku nakli: Terminal*

²⁴⁵ Aydın, M. (2008). *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli Ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 4.

²⁴⁶ Aydın, M. (2009). “*Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu*”. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, 1 (1), s.213.

²⁴⁷ Schreiber, M. (2004). *Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik*

Deutschland, Frankfurt am Main. AKTARAN: Aydın, “*Organ ve Doku Nakli*”, 2009, s.213.

²⁴⁸ Eser, A., V.Lutterotti, M., Sporken, P. (1989). *Lexikon Medizin Ethik Recht Freiburg i.Br.*, Basel, Wien, s. 758, Aktaran: Hakeri, *Tip Hukuku*, 2007, s.424.

²⁴⁹ Kurt, E. (2011). “*Organ Nakillerinde Modeller*”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, (birinci baskı) Oniki Levha Yayıncılık: İstanbul, s. 239.

²⁵⁰ 01.02.2012 Tarihli ve 28191 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulamasını ifade eder” şeklinde bir tanım söz konusudur.

2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun” un 1. maddesi ile organ ve doku naklinin; yalnızca tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir.

Tedavi, *“bir hastalığın önlenmesi, ortadan kaldırılması veya iyileşmesinin çabuklaştırılması, hastalığın tehlikesinin azaltılması, yarattığı ızdırapların hafifletilmesi, arızalarının ortadan kaldırılması veya hafifletilmesi için alınan tedbirler, uygulanan ilaçlar veya cerrahi müdahaleler bütünü”* olarak tanımlanmaktadır²⁵¹.

Teşhis, bireylerde fiziksel veya ruhsal şekilde herhangi bir anomalinin mevcut olup olmadığının; eğer mevcut ise nasıl bir anomalinin söz konusu olduğunun tıbbi tespiti işlemidir²⁵².

Bilimsel amaç, ilk olarak kişilerin bireylerin sağlık durumunu tedavi etme amacı olmaksızın, gelecekte ortaya çıkabilecek hastalık tedavileri için kullanılabilme üzere henüz doğrulanmamış tıbbi teorilerin ispatlanması yahut çürütülmesine yönelik icra olunan fiiller şeklinde tanımlanmaktadır²⁵³.

Doktrinde kişiye şifa sağlamak amacı dışında insan vücudu üzerinde deneme yapılmasının yasak olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede insan bedeninin, hekimin maharet alanını geliştirmek üzere konu olarak kullanılması ve bilimin gelişmesi amacıyla da olsa deney aracı olarak kullanılması insan onuru ile bağdaşmayacaktır. Bu durum insan kişiliğine saygının ve insanın toplum yaşayışındaki amaç oluşunun doğal bir neticesi olarak kabul edilemez nitelikte görülmektedir²⁵⁴.

Bu kavramların yanında organ ve doku nakline sürecinin izahı bağlamında şu kavramların izahı da faydalı olacaktır:

²⁵¹ Bayraktar, K. (1972). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul: Sermet Matbaası, İstanbul, s.149.

²⁵² Taşkın, **a.g.e.**, 1997, s.85.

²⁵³ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, 1972, s.161.

²⁵⁴ Dönmezer, S. “Hastanın Hakları ve Doktorun Sorumlulukları”, Sempozyum Notları; AKTARAN: Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, 1972, s.161.

Verici (bağışlayıcı, donör): Kendisinden organ veya doku alınan kişiye²⁵⁵ veya hayvana verici adı verilmektedir. Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda vericinin “*organ, doku veya hücrelerin nakledilmek üzere alındığı canlı veya ölü kişiler*” olarak tanımlandığı belirtilmektedir²⁵⁶. Verici konumunda olanlar, canlı olabileceği gibi ölü de olabilir²⁵⁷.

Alıcı: Alıcı, organ veya dokunun aktarıldığı kişiyi tanımlamak için kullanılan kavramdır²⁵⁸. Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda alıcının “*organ, doku veya hücrelerin nakledildiği kişiler*” olarak tanımlandığı belirtilmektedir²⁵⁹. Organ ve doku nakli işlemi, yalnızca alıcının iyileştirilmesi amacıyla icra olunabilecek bu yönüyle alıcının menfaatini önceleyen bir işlemdir.

3.2. Organ ve Doku Nakli Suçlarına İlişkin Hukuksal Durum ve Tarihçe

3.2.1. 2238 sayılı Kanun Öncesi Dönemde 765 sayılı TÜRK CEZA KANUNU Çerçevesinde Durum

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem itibariyle organ ve doku nakline ilişkin fiilleri doğrudan düzenleyip hükme bağlayan ve cezai yaptırım öngören herhangi bir düzenleme mevcut değildir. 765 sayılı Kanun döneminde yine aynı şekilde organ veya doku ticaretine dair fiillerin de yaptırıma bağlandığı herhangi bir hüküm mevcut değildir. 765 sayılı Kanun ile organ veya doku naklin ile organ veya doku ticaretinin doğrudan hükme bağlanmamış olması, bu alanın tıbbın gelişen imkânları ile ortaya çıkan yeni bir alan olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda 765 sayılı Kanun'un mehzaz kanunu olan İtalyan Ceza Kanunu'nun kabul edildiği tarih itibariyle organ nakli, medikal gelişmeler içerisinde henüz yer almamıştır. Bu gerekçeyle 765 sayılı Kanun'da konu hakkında özel bir ceza normunun bulunmaması doğal karşılanmıştır²⁶⁰.

Ancak bu dönem itibariyle mülga Türk Ceza Kanunu'nun 201. maddesinin “b” bendi ile düzenlenen insan ticareti suçu, organ veya doku ticareti fiillerini de ihtiva

²⁵⁵ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.53.

²⁵⁶ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 7.

²⁵⁷ Aydın, *Organ ve Doku Nakli*, 2009, s.215.

²⁵⁸ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.56.

²⁵⁹ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 7.

²⁶⁰ Kıyak, F. (1975). “*İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli Ve Ceza Sorumluluğu*”, *Yargıtay Dergisi*, 1 (3), s. 72.

ettiğinden, bahse konu fiiller bu kapsamda mütalaa olunmuştur²⁶¹. Bahse konu kanuni düzenleme uyarınca “insan ticareti” suçunun maddi unsurunu teşkil eden seçimlik hareketlerin “vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla” icra edilmesi, insan ticareti suçuna vücut vermektedir²⁶².

Yine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 178. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen “ölünün naşını kısmen veya tamamen almak” suçu, organ veya doku nakline dair fiilleri kapsar mahiyette addolunmuştur. Ancak, organ ve doku nakli konusunu tüm boyutlarıyla ele alan bir hüküm söz konusu değildir. Bu husus, Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 02.06.1975 tarihli 1975/2433 E. ve 1975/3150 K. sayılı kararı²⁶³ ile de açıkça vurgulanmıştır. Bahse konu karar ile organ ve doku nakli

²⁶¹ Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 16.

²⁶² Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2008). *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, (dördüncü baskı) Seçkin Yayıncılık: Ankara, s. 1545.

²⁶³ **Yargıtay 4. CD’nin 02.06.1975 tarihli 1975/2433 E. ve 1975/3150 K. sayılı Karara Konu Teşkil Eden Olay:** Ankara Dışkapı Sosyal Sigortalar hastanesinde görev yapmakta olan A ve B, göz kliniği şefi ve asistan doktor unvanları ile görev icra etmektedir. A ve B, gözleri 20 yıldan beri görmeyen bir hastalarına göz nakli yapmak için uzun süredir arayışlarını sürdürmekte ise de uygun bir başışçı bulunamamıştır. Yargıtay kararına konu olan ve hukuki incelememizin esasını teşkil eden olay ise A ve B’nin görev yaptıkları hastanede kanser hastalığı sebebiyle hayatını kaybeden bir başka hastanın cesedinden, ölüm olayının ertesi sabahında gözünün alınarak aynı hastanede beklemekte olan ve 20 yıllık bekleyişi sürdüren hastaya nakledilmesi üzerine gerçekleşmiştir.

Olay dolayısıyla ortaya çıkan ve çözümlenmesi gereken hukuki sorun; yukarıdaki açıklanan karara konu teşkil eden hukukî problemin temeli, sahibinin rızası olmadan, tıbbî maksatlarla ölüden organ veya parça alınmasının hukuki niteliğinin nasıl yapılacağına ilişkindir. Bir başka deyişle, detaylı açıklanan olay ve gerçekleştirilen fiil neticesinde ortaya çıkan ve çözümlenmesi gerekli hukuki problem, Türk Ceza Kanunu 178. maddenin 2. fıkrasının yahut başkaca bir cezai hükmün somut olay bağlamında uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur.

Yargı Mercilerinin Kararları: Doktor olan A ve B hakkında yürütülen kamu davası neticesinde, yürürlükte bulunan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 178. maddesinin 2. Fıkrası uyarınca cezalandırılmaları isteği ile kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde;

İlk Derece Mahkemesi olan Altındağ 1.Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 3.3.1975 tarihli karar ile isnat olunan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 178. maddesinin 2. fıkrası maddesinde düzenlenmiş “ölünün naşını kısmen veya tamamen almak” suçunun kanuni unsurları oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmiştir. Hükmün temyiz edilmesi üzerine;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 24.4.1975 tarihli tebliğname ile sanıkların eylemlerini görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunduğu halde beraat kararı verildiğinden bahisle hükmün bozulması talep edilmiştir. Netice itibarıyla;

Yargıtay 4. Ceza Dairesince yapılan temyiz incelemesi neticesinde sanıklar A ve B hakkında verilen beraat kararının **Onanmasına** karar verilmiştir.

Yargıtay 4. CD 02.06.1975 tarihli 1975/2433 E. 1975/3150 K. sayılı kararının gerekçesi olarak:

“... Sanık doktorların eylemlerinde sözü edilen Türk Ceza Kanunu’nun 178/2. maddesindeki suç unsurları ve cürüm kastı görülememiştir... Bazı ülkelerde doktorların yapmakta oldukları organ nakli (Transplantasyon) hakkında kanunlar çıkartılmış ve bunun şartları tespit edilmiştir. Türkiye’de yıllardan beri doktorlar tarafından bu konuda çalışmalar ve ameliyatlar yapılmakta ise de mevzuatta organ nakline ait gerekli hükümler bulunmadığı gibi tesis etmiş içtihat da yoktur. Konuyu Türk Ceza Kanunu’nun 178. maddesinin 2.fıkrası hükmünü göz önünde tutarak incelemek gerekmektedir. Maddenin 1. fıkrasında ölünün naaş ve kemiklerine hakareten bahsedilmiş, 2. fıkra ise (Bunlar haricinde olarak bir kimse bir ölünün naşını tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın

süreçlerini düzenleyen bir yasal düzenleme ihtiyacına açıkça vurgu yapılmıştır. Bu yönde hüküm verildikten birkaç yıl sonra, 2238 sayılı Kanun'un ihdas edildiği göz önüne alındığında, Yargıtay kararının organ ve doku nakli alanında kilometre taşı niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Yargıtay tarafından benimsenen gerekçeler incelendiğinde; söz konusu madde ile (*mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 178. maddesinin 2.fikrası*) genel olarak din hürriyetine dair hukuki değerlerin korumasının amaçlandığı vurgulanmıştır. Bireylerden tedavi amacıyla ve insani gayelerle organ veya doku alınmasının din hürriyetini ihlal edecek nitelikte bir fiil olmadığı ortadadır. Bahse konu davranışların cezalandırılması ile tıbbın ve fennin ilerlemesine zarar verileceği gerekçesiyle organ ve doku naklinin bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği öne sürülmüştür²⁶⁴.

Yine doktrinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 178. maddesinin bulunduğu 2. babın 2. faslının başlığının "Din hürriyeti aleyhinde cürümler" olduğundan bahisle din hürriyetini korumak maksadının söz konusu olduğu, tedavi maksadıyla ölüden kornea dokusunu alan hekimde din hürriyetini aleyhine ihlâlde bulunmak maksadından bahsedilemeyeceği savunulmuştur²⁶⁵.

Son olarak Türk Ceza Kanunu'nun 178. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen suçun ilerletici bir yoruma tabi tutulmaması gerektiği aksi halde insani amaçlarla ve acil tıbbi gerekçelerle icra olunabilecek tüm cerrahi girişimleri engelleyebileceği fikri ön plana çıkmıştır.

bir naşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa.....cezalandırılır). hükmü konulmuştur. Kanun koyucunun mevcut olmayan Organ nakli konusunu da bu maddeye 2. fıkrası ile müeyyide altına aldığı düşünülemez.

Maddenin bu fıkrasını incelerken Türk Ceza Kanunu'nun 2. babının 2. faslındaki başlığı da göz önünde tutmak lazımdır. Başlıkta (Din hürriyeti aleyhine cürümler) denmektedir. Sözü geçen maddenin 2. fıkrasının tedvinindeki sebep ve maksat üzerinde durmak ve failin hareketlerinin din hürriyeti aleyhinde olup olmadığının araştırmak lazımdır. 178. maddedeki hükümlerle mezara ve ölüme tecavüzü önlenmek istenmiştir. Doktorların yaptıkları tıbbi çalışmaların din hürriyeti veya ölüye tecavüzle alaka ve münasebeti yoktur. 178. maddenin 2. fıkrasını yorumlarken dar mana vermeyerek geniş ve ilerletici bir yorum yapmak zorunluluğu vardır. Dünyanın birçok ülkelerinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle (belki ilgilinin muvafakatini almak imkânı bulamadan) Organ nakli yapmaktadırlar.

"Kanun Koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dair bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmalarını ve fenni ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca biran evvel Organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve Organ naklinin şartlarını hukuki yönlerini tayin ve tespit etmektedir." hususları gösterilmiştir. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> (Erişim Tarihi: 26.07.2020)

²⁶⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Dönmezer, S. (1975). "Organ Nakli", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41 (1-2), s.376.

²⁶⁵ Dönmezer, a.g.m., 1975, s.376.

Tüm bu hususlar ışığında organ veya doku nakline ilişkin fiillerin bilimsel gelişmeler ışığında acil kanuni düzenleme ihtiyacı gerektirdiği kabul olunmuştur. Bu yöndeki kabul, doktrin tarafından da savunulmuştur. Netice itibariyle doktrinde de Yargıtay'ın benimsediği yaklaşımın tıbbın ve bilimin gelişimine ön açar mahiyette olduğu ancak konunun kanuni düzenlemeyi gerektirdiği yönünde görüş birliği oluşmuştur²⁶⁶.

3.2.2. 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu

Tıp Bilimi ile teknoloji dünyasındaki çığır açan ilerlemeler, insan sağlığının bilinen her türlü tehlikeden daha etkin şekilde korunmasını sağlamıştır. Bu vesileyle ortalama yaşam süresi artmış, çaresiz gibi görünen hastalıkların teşhisi ve tedavisi noktasında sayısız ilerleme söz konusu olmuştur. Günümüz itibariyle gelinen konum göz önüne alındığında hem sosyolojik bir gerçeklik hem de hukuki bir mecburiyet olarak organ ve doku nakli hususunun yasal zemine oturtulması zorunluluğu hâsıl olmuştur. Bu zorunluluğun neticesi olarak, kanun koyucu tarafından 3 Haziran 1979 tarihli ve 1655 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakline Dair Kanun” ihdas edilmiştir.

Organ ve doku nakli konusunda diğer bazı ülkelerin kanuni düzenleme tarihleri dikkate alındığında; ülkemizin birçok ülkeden önce hareket ettiği görülmektedir. Bu kapsamda: Almanya’da Organ ve Doku Nakli Kanunu (TPG) 1997 senesinde, İsveç’te ise 1995 yılında, ABD’de 1968 yılında (1987 yılında yeni Kanun ihdas edilmiştir.), Danimarka’da 1990 yılında organ ve doku nakillerini düzenler mahiyetteki Organ Nakli Kanunları’nın yürürlüğe girdiği görülmektedir²⁶⁷.

Bahse konu kanuni gelişme ile hukuk âleminde yer bulan ODNK ile yukarıda açıklanan hukuki ve toplumsal zorunlulukların temininin sağlanması hedeflenmiştir. Nitekim bu husus ODNK gerekçesinde şu şekilde ifade olunmuştur:

“ Yürürlükte olan yasalarımızda (Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrasına Dair Kanun, Hususi Hastaneler Kanunu gibi)

²⁶⁶ Bkz. Dönmezer, a.g.m., 1975, s.376 vd, Kıyak, a.g.m., 1975, s. 72 vd.

²⁶⁷ B.k.z Ziroğlu, Ş. (2019). “*Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar.*” Ankara: Yetkin Yayınları, s.28.

transplantasyonun hukuksal sorunlarını giderici hükümlerin yer almamış olması, Ülkemizde organ nakli işlemlerinin akademik ve klinik çalışmalarına olanak vermemektedir. Şimdiye dek yapılan bazı organ nakillerinde, transplantasyonu gerçekleştiren sağlık ekibi, cezai sorumluluk yönünden Türk Ceza Kanunu'nun 456, 457, 467, 491, 187/2, 240 ve 251'inci maddeleri içeriliğinde cezai takibata maruz kalmışlardır. Ancak, Türk Yargıtayı tıbbın insan sağlığı ve yaşam yönünden çağdaş gelişimine çalışan doktorları cezalandırmayı düşünmemiş ve mahkûmiyet kararları vermemiştir."²⁶⁸

ODNK ile organ ve doku nakillerinin hukuki zemine oturtularak organ ve doku nakline ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yanı sıra bir diğer önemli işlev de yerine getirilmiştir. Bu işlev, naklin tarafları ve nakli gerçekleştiren hekimler bakımından vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin hukuka uygun kılınmasının sağlanmasıdır. Nitekim organ veya doku nakli, alıcı yönünden alıcıya sağlık kazandırmak ve alıcının hayatının devamını olanaklı kılmak şeklinde tarif edilebilecek üstün çıkara hizmet ederken, canlı verici yönünden kişilik haklarına ve beden bütünlüğüne müdahale anlamına gelmektedir²⁶⁹. Bu çerçevede; bir kimsenin kendine ait olan organını veya dokusunu bir başkasına vermesi, kişinin rızasına dayalı olsa dahi aslında verici kimse bakımından fayda sağlamaya matuf olmadığından kişilik haklarına aykırı kabul edilmiştir²⁷⁰. Organı veren kimse bakımından tıbbi gereklilik ve zorunluluk anlamında endikasyon söz konusu olmayacağından, rızanın, tek başına eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği öne sürülmüştür²⁷¹. O sebeptendir ki, genel hükümler çerçevesinde canlıdan organ veya doku nakli mümkün olmadığından, bu konuya dair özel bir kanuni düzenleme ile bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılınması zorunluluğu söz konusu olup bahse konu zorunluluk hukukumuzda Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile sağlanmıştır²⁷².

²⁶⁸ Dönem 5, Toplantı 2, Sayı:328, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Teklifinin Millet Meclisince Kabul Olunan Metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları, M. Meclisi: 2/658; C. Senatosu: 2/149.

²⁶⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, *a.g.e.*, 2016, s. 147; Kurt, *a.g.m.*, 2011, s. 241.

²⁷⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 508.

²⁷¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 508.

²⁷² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 508.

2238 sayılı Kanun'un 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramadan önceki halinde "Yasak Eylemler" başlıklı 15. maddesi ile cezai hükümler ihdas edilmiştir²⁷³.

Bahse konu maddenin 7151 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramadan önceki hali ile Kanun'un sair hükümlerinde belirlenen usullere aykırı şekilde icra olunacak fiiller cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu bağlamda organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle yine organ ve dokuların alım-satımını yapanlar, alım ve satım işlemlerine aracılık edenler ve komisyonculuğunu yapanlar hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile adli para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür.

Cezai hükümleri tayin ve tespit eden kanun hükmü hakkında doktrinde bazı eleştiriler yapılmıştır. Bu çerçevede:

➤ Orantılılık İlkesi Bakımından Getirilen Eleştiriler

Doktrinde bazı yazarlar tarafından ODNK'da yer almakta olan cezai hüküm, birbirinden farklı nitelikte ve birden fazla fiili aynı yaptırıma bağladığı için eleştirilmiştir²⁷⁴. Söz konusu hüküm ile Kanun'da belirlenen usullere aykırı şekilde icra edilecek her türlü organ ve doku alma, saklama, aşılama ve nakletme fiilleri, ihlal edilen hukuki değerlerin ağırlığı arasındaki farklılık gözetilmeden aynı ceza ile cezalandırılmak suretiyle yaptırıma bağlanmıştır.

Bu vesileyle ölüden hukuka aykırı olarak organ nakleden hekim ile yaşayan kimsenin geçerli bir rıza beyanı olmaksızın organ ve dokusunu alan, nakleden kişiler aynı cezai yaptırıma muhatap kılınmaktadır²⁷⁵. Bu bağlamda örneğin Kanun'a muhtelif hükümleri ile usul ve esasları belirlenen, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı açıklanacak olan ölüm halinin saptanması aşamasında 11. maddede belirtilen uzman hekimlerden herhangi birinin eksikliği durumunda

²⁷³ Bahse konu hüküm 7151 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde şu şekildedir:

"Yasak eylemler:

Madde 15 – Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur."

²⁷⁴ Bkz. Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1972, s. 22, Gökçen, A. (2000). "Organ Ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2 (Milenyum Armağanı)), s.80, Soyaslan, D. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (onuncu baskı) Yetkin Yayınları: Ankara, s.207.

²⁷⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 33.

öngörülmüş bir yaptırım söz konusudur. Yine Kanun'un 10. maddesinde belirtildiği üzere organ naklinin yetkili personelce icra edilmemesi ile yine Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğünün tam anlamıyla yerine getirilmemesi durumlarında öngörülen cezai müeyyideler aynıdır. Dolayısıyla bu durum Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesi²⁷⁶ ile düzenlenen orantılık ilkesi ile çelişki arz etmekte idi.

➤ **Madde Başlığı İle Maddenin Muhtevasının Uyumsuzluğuna Dair Eleştiriler**

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla değişiklik öncesi halinde “Yasak Eylemler” başlıklı 15. maddesi ile cezai yaptırımları hüküm altına alınmıştır. Cezai müeyyidelerin ne tür fiiller karşılığında uygulanacağı ise ODNK'nin sair hükümleri ile belirlenen usul ve esaslara aykırılıklar bağlamında belirlenmektedir. Bu haliyle kanun maddesi, madde başlığı olarak belirlen “yasak eylemler” i ihtiva etmekten ziyade kanunun sair hükümleri ile düzenlenmiş bulunan “yasak eylemler” e uygulanacak cezai yaptırımları hükme bağladığı görüşü savunulabilir.

Bu vesileyle Kanun maddesinin başlığının 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanun'la “*Cezai ve idari müeyyideler*” şeklinde değiştirilmesi muhtevası ile uyumluluk göstermesi açısından kanımızca isabetli olmuştur.

➤ **Seçimlik Hareketler Bakımından Getirilen Eleştiri**

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önceki hali, “çerçeve kural”²⁷⁷ olarak vasıflandırılan niteliği itibarıyla birçok fiili suç olarak düzenlemiş, birçok fiil bakımında tek bir cezai hüküm öngörenmiştir. Doktrinde bazı yazarlarca savunulan ve ağırlıklı olarak taraftar bulan görüşe göre bahse konu madde kapsamında hukuka aykırılığı tespit olunarak cezai müeyyideye bağlanan fiillerin her biri ayrı suç arz etmemekte olup; seçimlik hareketler olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Aksi kabul söz konusu olur ise alma, saklama, aşılama, nakletme fiillerinin her biri ayrı ayrı cezalandırılacak, bu durumda hakkaniyetle bağdaşmayan ağır neticeler ortaya

²⁷⁶ “**Madde 3-** (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen *fiilin ağırlığıyla orantılı* ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”

²⁷⁷ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1972, s.22, Gökçen, *a.g.m.*, 2000, s.80.

çıkabilecektir²⁷⁸. Kanun maddesi ile seçimlik hareketler olarak belirlenen fiillerden birden fazlasının icra edilmesi durumunda, hâkim tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında tanınan yetki ile temel cezanın belirlenmesi esnasında bu husus göz önüne alınacak, alt sınırdan uzaklaştırılması suretiyle hakkaniyete uygun hüküm kurulması isabetli olacaktır.

Doktrindeki diğer görüş, sayılan fiillerin seçimlik hareketler olmadığı, bahse konu madde ile dört farklı suç tipi düzenlendiği yönündedir²⁷⁹. Bu doğrultuda; organ veya doku almak, organ veya dokunun saklanması, organ veya dokunun aşılması ve nihayet organ ve dokunun alım/satım işlemlerine konu kılınarak organ ticareti yapılmasından ibaret olan dört ayrı suç tipi ihdas edildiği görüşü öne sürülmüştür²⁸⁰.

3.2.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Organ ve Doku Nakline İlişkin Hükümleri

Organ ve doku nakli işlemlerine ilişkin cezai hükümler 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yeni hükümler ile ele alınmış ve farklı hükümler ile yeni düzenlemelere kavuşmuştur. Bu bağlamda; organ ve doku nakline ilişkin hükümler, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının ikinci kısmında düzenlenen “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümde 91 ila 93. maddeler aralığında yer almaktadır. Kanun koyucu tıp dünyasında muazzam ilerlemeler ile teknolojik gelişmeleri ve iletişim dünyasındaki hızlı ilerlemeleri dikkate almıştır. Bu gelişmeler ve ilerlemeler ışığında ODNK'da yer alan cezai hükmün yetersiz kalma ihtimalinden hareketle ve güncel gelişmelere cevap verebilmek amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda organ ve doku nakline ilişkin yeni hükümler ihdas etmiştir²⁸¹.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak incelenecek olan hükümler göz önüne alındığında yaşayan bir insandan organ ve doku almak, ölüden organ ve doku almak, organ veya doku ticareti, hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılama, organ ve doku teminine yönelik reklam vermek fiilleri cezai yaptırıma bağlanmıştır. Tüm bu fiilleri ihtivan eden TCK'nın

²⁷⁸ Gökçen, *a.g.m.*, 2000, s. 80.

²⁷⁹ Toroslu, *a.g.m.*, 1981, s.113.

²⁸⁰ Toroslu, *a.g.m.*, 1981, s.113.

²⁸¹ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s. 118.

91. maddesi için “*Organ ve Doku Ticareti*” başlığının tercihi ile madde içeriğinin tam olarak karşılanmamış olduğu savunulmaktadır²⁸².

3.2.3.1. Organ ve Doku Nakli Kanununun Cezai Hükümü İle Türk Ceza Kanunu m. 91 Arasındaki İlişki

Türk Ceza Kanunu’nun organ ve doku nakline ilişkin hükümleri ile ODNK’nin cezai hükümler içeren 15. maddesinin 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önceki hali arasındaki ilişki doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun organ ve doku nakline ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle ODNK’nin 15. maddesinin zımnen yürürlükten kalkıp kalkmadığı sorusuna verilen cevap ile doğrudan ilişkili olarak ortaya çıkan bazı görüşler şöyledir:

- 1. görüşe göre Türk Ceza Kanunu’nun organ ve doku nakline ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle ODNK’nin 15. maddesinin yürürlüğü zımnen sona ermiştir. Bu vesileyle organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler açısından uygulama kabiliyeti olan ve somut olaylar bakımından gidilebilecek yegâne hükümler Türk Ceza Kanunu’nda yer alan hükümlerdir²⁸³.
- 2. görüşe göre ise ODNK’nin 15. maddesinin yürürlükten kaldırıldığına dair Türk Ceza Kanunu’nda açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bu sebeple ODNK’nin 15. maddesi halen yürürlükte fakat Türk Ceza Kanunu hükümleri, ODNK hükümlerinden genellikle daha ağır cezai yaptırımlar öngördüğü için fıkri içtima hükümleri çerçevesinde çoğu zaman Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanacaktır²⁸⁴.
- 3. bir görüş ODNK madde 15’te öngörülen hükümlere ilişkin fiiller ile Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinde düzenlenen fiiller yakın benzerlik içerisindedir. Bu sebeple sonraki genel kanun olan Türk Ceza Kanunu, yakın ve hatta aynı fiilleri öngören önceki özel kanun olan ODNK hükümlerini

²⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s.261, Soyaslan, D. (2007). “*Organ, Doku Nakli ve Zorla tedavi Etmenin Sağlık Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, İstanbul 2007, s.153.

²⁸³ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s.118.

²⁸⁴ Gökçen/ Balcı, a.g.m., 2013, s.127, Bayraktar, Ö. (2011). “*Organ ve Doku Nakli*”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), s. 1326.

yürürlükten kaldırmıştır. Bu görüşe göre Türk Ceza Kanunu'nun organ ve doku nakli süreçlerinde gerçekleşecek fiillere ilişkin cezai hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle ODNK 15. maddesinde mevcut bulunan düzenlemeler yürürlükten kalmış olup ancak organ ve doku nakline ilişkin genel hükümler, tespit olunan usul ve esaslar bakımından varlığını sürdürecektir²⁸⁵.

- Diğer bir görüş ise; Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde düzenlenen hususlar ile ayniyet arz eden ODNK'nun cezai hükümleri örtülü olarak yürürlükten kalkmış olsa da diğer hükümler halen yürürlükte²⁸⁶. Diğer bir deyişle ODNK'nin 15. maddesindeki fiiller zımni olarak yürürlükten kalksa dahi, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi kapsamında suç teşkil etmeyen fiiller ODNK'nin 15. maddesi uyarınca suç teşkil ediyor ise bu kapsamda cezalandırılacaktır²⁸⁷. Ayrıca organ ve doku naklinin koşulları, usulleri bakımından ODNK hükümleri geçerliliğini korumaktadır²⁸⁸.

Toparlamak gerekirse; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ve devamında düzenlenen hükümler kapsamında cezalandırılması gereken bir fiilin mevcudiyeti halinde; ODNK m. 15 değil sonraki kanun özelliğine sahip olan Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bunun yanında Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ile organ ve doku nakli süreçlerine ilişkin usuller ve koşullar bakımında ODNK'deki düzenlemelere atıf yapıldığından, organ ve doku naklinin koşulları ve usulleri noktasında ODNK'deki düzenlemeler geçerliliğini sürdürmektedir. Ayrıca ODNK'da düzenlenip Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmeyen bazı fiiller bakımından da ODNK m. 15'teki cezai hüküm uygulanacaktır. Bu bağlamda, ODNK m. 7/d hükmü gereğince vericinin evli olması durumunda eşinin, vericinin organ ve doku vermeye yönelik iradesinden haberi olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Yapılan araştırmanın bir tutanak ile tespit edilmesi yahut ODNK m. 10 kapsamında organ ve doku alınması ve naklinin, gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunluluğunu düzenleyen hükümler örnek olarak gösterilebilir²⁸⁹.

²⁸⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s.262.

²⁸⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.846.

²⁸⁷ Yıldız, A. K. (2008). "*Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuki Sorunlar*", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, s.283.

²⁸⁸ Yıldız, *a.g.m.*, 2008, s.283.

²⁸⁹ Dülger, M. V. "*Tıptaki İlerlemelerin Getirisi Olan Uygulamaların Hukuk Açısından Görünümü–Özel Tedavi Yöntemlerinin Sınır Dışı Uygulamalarının İç Hukuk Açısından Değerlendirilmesi.*"

3.2.3.2. 7151 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrası Güncel Durum

Ülkemizde, organ nakli konusunda yapılan ceza hukuku alanındaki ilk kanuni düzenleme 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 15. maddesidir. Bahse konu kanun hükmü 15.11.2018 tarihinde 7151 sayılı kanunla bazı değişikliklere muhatap kılınmıştır. Maddenin son hali şu şekildedir:

“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 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır.”

Bu vesileyle yukarıda detaylı olarak açıklanan ODNK m. 15 ile Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesi arasındaki ilişki bizzat Kanun maddesinin tayini ile giderilmiştir. Netice olarak ODNK hükümleri ilga edilmemiş olup ilgili hükümler çerçevesinde belirlenen usullere aykırı olarak organ ve doku nakli yapan kimselerin Türk Ceza Kanunu’nun “Organ ve Doku Ticareti” başlıklı 91. maddesi uyarınca cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

3.3. Organ ve Doku Naklinin Tarihçesi

3.3.1. Dünyadaki Tarihi Gelişim

Bilimsel gelişmeler ve tıbbi yöntemlerdeki ilmi ilerlemeler kapsamında günümüz itibariyle takdire şayan bir hal alan organ ve doku nakli işlemleri, esas itibariyle uzun yıllardan beri var olan düşünsel temellere sahiptir. Bu kapsamda insan vücudunda mevcut olan bir organın başka bir kimsenin vücuduna aktarılmasına yönelik işlemlere ilişkin düşüncelerin, milattan önce 300’lü yıllara dayandığı öne sürülmektedir²⁹⁰. Bu tarihlerde, kangren nedeniyle işlev göremez hale gelen bir bacağın kesilerek yerine kadavradan alınan bacağın takılması düşüncesi, organ

https://www.academia.edu/5452707/Tıptaki_İlerlemelerin_Getirisi_Olan_Uygulamaların_Hukuk_Açısından_Görünümü_Özel_Tedavi_Yöntemlerinin_Sınır_Dışı_Uygulamalarının_İç_Hukuk_Açısından_Değerlendirilmesi (Erişim Tarihi 28.02.2020)

²⁹⁰ Ziroğlu, a.g.e., 2019, s.22.

nakline ilişkin düşünsel temeller olarak kabul edilmektedir²⁹¹. Hekim olan *Cosmos ve Damien kardeşler*, Milattan sonra 4. Yüzyıl dolaylarında savaş esnasında hayatını kaybeden bir gladyatörün bacağını, yine savaşta bacağı kangren nedeniyle muzdarip olan bir askere naklettikleri ifade edilmekte olup, bu durum tarihsel süreçte “*siyah bacak mucizesi*” olarak nitelendirilmektedir²⁹².

Organ ve doku naklinin, bir tedavi alternatifi olarak telakki edilmesi eski devirlere ilişkin bir düşünce olsa da deneysel yöntemler ve bilimsel yaklaşımlar ile ele alınması 1900’lü yıllarda mümkün olmuş, özellikle II. Dünya Savaşı esnasında ve sonrasında ciddi yaralar alan askerler için, yeni çözümler bağlamında değerlendirilen deri nakli işlemleri gerçekleştirilmiştir. Gerçekleştirilen nakiller ile elde edilen başarılar ve gelişen tıp bilimi ile teknoloji, organ ve doku nakilleri için gerekli olan uygun ortamı sağlamıştır. Bu dönemde ilk modern anlamda organ nakli girişimi 1902 yılında Viyana’da böbrek nakli ile hayvanlar üzerinde ve 1933 yılında Sovyetler Birliği’nde (Rusya) kadavradan canlıya olacak şekilde icra edilmiştir²⁹³. Organ nakli bakımında günümüzde alınan başarılı sonuçların uzun ve zorlu bir gelişim sürecini neticesinde ortaya çıktığı açık olup; tüm sürecin esas önemli noktası; nakledilecek organın bünyesine dâhil olacağı organizma içinde mevcut bulunan damarlarla bağlantısının sağlanarak alıcı organizmanın kan dolaşımı sistemine sorunsuz dâhil olmasının teminidir²⁹⁴.

Dünya’da canlı insandan gerçekleştirilen ilk böbrek nakli 1947 yılında yapılmış ise de netice başarılı olmamıştır. Sağlıklı bir bireyin, çift sayıda olan ve bir tanesinin eksilmesi durumunda hayati tehlikeye sebebiyet vermeyen organlarından birini, ihtiyaç sahibi bir kimseye organ nakli düşüncesiyle bağışlaması, oldukça yeni bir kavramdır. Ancak yalnızca bağışçının bulunması sağlıklı bir nakil işlemi için tek başına yeterli olmamaktadır. Nitekim 1952 yılında Paris’te canlı vericiden sağlanan böbreğin nakli gerçekleştirilmiş ise de hasta kısa müddet sonra hayatını kaybetmiştir. Bu durum, organ nakli durumunda ikinci büyük koşulun, nakil yapılan alıcının

²⁹¹ Burra, P., De Bona, M., Canova, D. Et al. (2005). “*Changing attitude to organ donation and transplantation in university students during the years of medical school in Italy, Transplantation Proceedings*”, 37 (2), s.547-550 AKTARAN: Ziroğlu, **a.g.e.**, 2019, s.22.

²⁹² Demirhan, E. A. (1996). *Organ aktarmaları. Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi* (İkinci Baskı). Bursa, Güneş ve Nobel Yayınları, s. 110. AKTARAN: Ziroğlu, **a.g.e.**, 2019, s.22.

²⁹³ Koçak Süren, *a.g.m.*, 2007, s. 174.

²⁹⁴ Parlak, Ş. (2009). “*Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 83 (1), s. 195.

bağışıklık sisteminin nakli yapılan yabancı organa karşı gösterdiği tepki olduğu sonucunu göstermiştir. Bu sonucu doğrulayan bir diğer gelişme 1954 yılında ABD’de yapılan bir nakil ile tek yumurta ikizlerinin birinden alınan böbreğinin diğerine aktarılması ve bu naklin başarı sağlaması ile gerçekleşmiştir. Başarı sağlanan bu ameliyat, organ naklinin bir tedavi yöntemi olarak bilimsel yönden kabullenilmesi ve bu alandaki araştırmaların öncülü olması bağlamında tarihi bir teşvik olmuştur. Bahse konu böbrek nakli 1954 senesinde Dr. Joseph Murray yönetiminde Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD), yaklaşık beş buçuk saat süreli cerrahi operasyonla mümkün olmuştur. Bu başarı gerek organ nakli tarihinde gerekse de insanlık tarihinde bir kilometre taşı kabul edilmiş olup bu vesileyle cerrahi işlemi icra eden hekim Murray, 1990’da yılında tıp alanında Nobel ödülünü kazanmıştır²⁹⁵. Böylelikle insanlarda başarılı ilk organ nakli –aynı zamanda dünyanın ilk başarılı böbrek nakli-1954 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirilmiştir²⁹⁶. 1958 yılına gelindiğinde ikiz olmayan bireyler arasında icra edilen böbrek nakli de başarı ile neticelenmiştir²⁹⁷.

Yine başarılı ilk kalp nakli 1967 yılında yine ABD’de gerçekleştirilmiştir. 1967 yılında Güney Afrika’da yapılan kalp nakli ameliyatı ile organ nakli tarihinde yeni bir çığır açılmıştır. Cape Town şehrinde *Dr. Christian Barnard* yönetimindeki ekip tarafından icra edilen nakil işlemi ile trafik kazasında ölen 24 yaşında bir kadının kalbi, 54 yaşında erkek hastaya nakledilmiştir. Gerçekleştirilen nakil neticesinde hasta 18 gün sonra hayatını kaybetmiş olsa da, bilim dünyasında bir ilk niteliğinde olan bahse konu girişim dünya genelinde, özellikle tıp ve hukuk çevrelerinde uzun süre tartışılan yeni gelişmelerin habercisi ve öncülü olmuştur²⁹⁸.

İsviçre’de *Jean-François Borell* adlı eczacının “*Cyclosporin*” ismi verilen ve bağışıklık sistemi tarafından nakledilen dokuların reddini engelleyen ilacı bulunması ve bu ilacın 1982 yılında sonrasında tüm dünyada kullanıma sokulmasıyla günümüz

²⁹⁵ <https://www.nobelprize.org/prizes/physics/1990/summary/> (Erişim Tarihi: 01/08/2020).

²⁹⁶ De Jong, J. (2017). “Human trafficking for the purpose of organ removal.” *Dissertation*, Utrecht University, s. 11. Altman, 2004. AKTARAN: Özgenç, İ. ve Genç, F. U. (2020). “**Organ Nakli Turizmi ve Ceza Hukuku Sorumluluğu**”, 5. Türk Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler, Cilt II, (Editörler: İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, Faruk Turhan), Seçkin Yayıncılık, s. 1460.

²⁹⁷ Yılmaz, E. (2012) “*Organ ve Doku Nakli*”, *Sağlık Hukuku Digestası*, 2 (2), Ankara Barosu Yayınları, s. 211.

²⁹⁸ Parlak, a.g.m., 2009, s. 195- 196; Atamer, a.g.m., 1999, s. 122.

itibarıyla organ nakli daha yaygın ve rutin bir tıbbi müdahale niteliğine bürünmüştür²⁹⁹.

3.3.2. Türkiye’deki Tarihi Gelişim

Dünyadaki gelişmeler neticesinde ülkemizde de organ ve doku nakli bakımından önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu bağlamda Türkiye’de 22 Kasım 1968’de ilk kez, Ankara Yüksek İhtisas Hastanesinde *Dr. Kemal Beyazıt* ve ekibince kalp nakli yapılmış, ancak naklin yapıldığı hasta hayatını kaybetmiştir³⁰⁰. Ülkemizde başarılı ilk organ nakli ise, 3 Kasım 1975 tarihinde *Dr. Mehmet Haberal* ve ekibi tarafından Hacettepe Üniversitesi Hastanesi’nde icra edilmiştir. Türkiye’de ilk kez canlı donörden alınan böbrek, nakil bekleyen bir hastaya nakledilmiş ve başarı sağlanmıştır³⁰¹. Daha sonra, 1978 yılında kadavradan yapılan organ nakli gerçekleştirilmiş, aynı ekip tarafından icra olunan nakil kadavradan yapılan ilk böbrek nakli olarak kayıtlara girmiştir³⁰².

Aynı yıllarda *Prof. Dr. Korkut Özerkan* ve ekibince kemik iliği nakli gerçekleştirilmiştir. Bahse konu nakil, kadavradan elde edilen greftle icra edilmiş ve tüm gelişmeler neticesinde ülkemizde bu alanda bir yasal düzenleme yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Görüldüğü üzere bilimsel ve tıbbi gelişmeler, hukuki düzenlemelere öncül olmuş, ortaya çıkan durum meselenin hukuki düzenlemelerle ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Bunun üzerine 1979 yılında organ nakline ilişkin 2238 sayılı kanun ihdas olunmuştur.

Ülkemizde organ ve doku nakli; her geçen gün yeni gelişmelerin yaşandığı, bazısı ulusal bazısı uluslararası başarıların ülkemiz insanını gururlandırdığı ve umutlandırdığı bir alan olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda 9 Aralık 1988’de *Prof. Dr. Mehmet Haberal* ve ekibi tarafından, ototropik karaciğer nakli başarıyla icra edilmiş olup; bahse konu cerrahi süreç, ülkemizde ve bölgemizde, kadavradan

²⁹⁹ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 196; Atamer, *a.g.m.*, 1999, s. 123.

³⁰⁰ Ertin, H. (2014). “*Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları*”, *Turkish Journal Of Business Ethics- İş Ahlakı Dergisi*, 7 (2), s. 93.

³⁰¹ <http://www.mehmethaberal.com.tr/anasayfa.php> (Erişim Tarihi: 29.07.2020), Ertin, *a.g.m.*, 2014, s. 93.

³⁰² <http://www.mehmethaberal.com.tr/anasayfa.php> (Erişim Tarihi: 29.07.2020), Ertin, *a.g.m.*, 2014, s. 93.

ilk başarılı karaciğer nakli olarak kayıtlara girmiştir³⁰³. Karaciğer nakli bakımından canlı vericiden yapılan ilk işlem, Mart 1990'da, kısmi karaciğer nakli ameliyatı ile icra edilmiştir. 1989 yılında, *Prof. Dr. Fahrettin Aslan* ve ekibince, Gülhane Askeri Tıp Akademisinde ilk pankreas nakli icra olunmuş³⁰⁴ yine ilk başarılı kalp nakli 1989 yılında gerçekleştirilmiştir³⁰⁵.

2001 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından “Ulusal Koordinasyon Merkezi” kurulmuş, Ulusal Koordinasyon Merkezine bağlı olarak çalışan Bilim Kurulları ihdas edilmiştir. O günden günümüze kadar geçen süreçte, kadavradan yapılan nakillerin sayısında kayda değer artışlar sağlanmıştır³⁰⁶.

Hem Dünya’da hem de ülkemizde bir ilk olan kadavradan rahim nakli işlemi, 8 Ağustos 2011 yılında Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde Prof. Dr. Ömer Özkan tarafından icra edilmiştir³⁰⁷. Aradan geçen uzun yıllar neticesinde bahse konu naklin yapıldığı alıcı, hayatını sürdürmüş dahası çocuk sahibi olabilmıştır³⁰⁸. Bu durum göstermektedir ki bir yandan organ veya doku nakilleri her geçen gün gelişimini sürmekte, diğer yandan bahse konu gelişmeler ile insan hayatına hayallerin ötesinde bazı güzellikler sağlanmaktadır.

Günümüzde nakli yapılabilen organ ve dokular böbrek, karaciğer, kemik iliği, kalp ve pankreas olup ince bağırsak ve akciğer nakilleri gerçekleştirilen diğer organlardır. Ancak ince bağırsak ve akciğer nakillerinin giderek artmasına karşın henüz elde edilen başarı oranlarının ihtiyaçları karşılar düzeyde olmadığı değerlendirilmektedir³⁰⁹. Kemik, ligament, tendon gibi dokuların naklinin mümkün olması ile travma veya kanser hastalıklarına bağlı olarak ortaya çıkan doku kayıplarının telafisi ile insanlara tekrar hareket özgürlüğü sağlanabilmektedir. Kornea nakli ile kornea dokusunda meydana gelebilecek zarar nedeni ile görme yetisi zayıflayan yahut kaybolan hastaların görmesi sağlanmakta; cilt nakli ile yanık

³⁰³ <http://www.mehmethaberal.com.tr/anasayfa.php> (Erişim Tarihi: 29.07.2020)

³⁰⁴ Yılmaz, *a.g.m.*, 2012, s. 211.

³⁰⁵ Ertin, *a.g.m.*, 2014, s. 93.

³⁰⁶ Abik, Y. (2014). “*Canlıdan (Sağlararası) Organ Ve Doku Nakli*”, *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 99.

³⁰⁷ <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/akdeniz-universitesinde-dunyanin-ilk-rahim-nakli-yapildi-18446857> (Erişim Tarihi 01.08.2020)

³⁰⁸ <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyedeki-kadavradan-rahim-nakli-bilimsel-literaturde-cigir-acacak/1900165> (Erişim Tarihi 01.08.2020)

³⁰⁹ <https://www.medipol.com.tr/tibbi-birimler/cerrahi-tip-birimleri/organ-nakli> (Erişim Tarihi 20.03.2020)

yahut travmaya bağı iyileşmeyen yaraların kapanmasını temin edilmektedir. Kalp kapakçığı nakilleri, doğuştan kalp kapağı yetersizliği yahut sonradan oluşan kapak hastalıklarının tedavisi sağlanmaktadır³¹⁰.

Günümüz itibariyle “Sağlık Bakanlığı Doku, Organ Nakli ve Diyaliz Hizmetleri Dairesi Başkanlığı” tarafından yayınlanan güncel veriler incelendiğinde Türkiye’de 2019 yılı itibariyle yetmiş bir kalp, yirmi altı akciğer, üç bin yüz kırk böbrek nakli gerçeklemiştir. Bunlara ilave olarak, bin dört yüz altmış yedi karaciğer, iki pankreas, dört ince bağırsak, üç bin dokuz kornea ve üç bin bir kemik iliği nakli gerçekleştirilmiştir³¹¹. 2020 yılı itibariyle toplam beş bin beş yüz iki organ nakli gerçekleştirilmiş olup, pandemi koşullarının nakil sayısının azalmasında etkili olduğu savunulmaktadır³¹². 2021 yılının ilk altı ayı itibariyle on kalp, sekiz akciğer, bin beş yüz doksan üç böbrek, yedi yüz altmışaltı karaciğer, bin üç yüz yirmi altı kornea nakli olmak üzere üç bin yedi yüz üç nakil işlemi yapılmıştır³¹³.

Yine 2010 ila 2019 yılları arasında gerçekleşen organ veya doku nakil sayılarına bakıldığında kalp nakli altı yüz doksan dört, akciğer nakli iki yüz elli sekiz, böbrek nakli yirmi dokuz bin yüz seksen beştir. Bununla birlikte, karaciğer nakli on bir bin beş yüz iki, pankreas nakli altmış üç, ince bağırsak nakli otuz bir, kornea nakli yirmi beş bin yedi yüz kırk dört, kemik iliği nakli on altı bin kırk dört’tür. Bu vesileyle toplam seksen üç bin beş yüz yirmi bir nakil işleminin gerçekleştirildiği görülmektedir³¹⁴.

Ülkemizde organ veya doku nakli bekleyen kimselere ilişkin sayısal veriler incelendiğinde organ veya doku nakli konusunun önemi daha iyi anlaşılabilmektedir. Bu bağlamda 2019 yılı itibariyle beklenen organ veya dokunu niteliğine göre dağılım şu şekildedir: kalp bin yüz kırk üç, akciğer doksan, böbrek yirmi iki bin dokuz yüz seksen birdir. Bununla birlikte, karaciğer iki bin iki yüz doksan dört, pankreas iki yüz doksan üç, ince bağırsak bir, kornea bin altı yüz yetmiş üç, kemik iliği üç bin iki yüz

³¹⁰ <https://www.medipol.com.tr/tibbi-birimler/cerrahi-tip-birimleri/organ-nakli> (Erişim Tarihi 20.03.2020)

³¹¹ <https://organ.saglik.gov.tr/ContentView.aspx?q=1>(Erişim Tarihi 30.07.2020)

³¹² <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/kovid-19-nedeniyle-gecen-yil-azalan-organ-nakilleri-artmaya-basladi/2295506> (Erişim Tarihi: 29/07/2021)

³¹³ <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/kovid-19-nedeniyle-gecen-yil-azalan-organ-nakilleri-artmaya-basladi/2295506> (Erişim Tarihi: 29/07/2021)

³¹⁴ <https://organ.saglik.gov.tr/ContentView.aspx?q=1>(Erişim Tarihi 30.07.2020)

seksen dokuz olmak üzere toplam otuz bir bin yedi yüz altmış dört kişidir³¹⁵. 2021 yılı itibariyle ise, bin iki yüz doksan hasta kalp, yirmi iki bin yedi yüz yetmiş beş hasta böbrek, iki bin üç yüz yetmiş altı karaciğer, iki yüz seksen beş pankreas, yüz elli yedi akciğer, iki kalp kapağı ve bir ince bağırsak nakli beklemektedir. Netice itibariyle toplam yirmi altı bin sekiz yüz doksan dört kişi organ nakli beklemektedir³¹⁶.

3.4. Organ ve Doku Nakli Çeşitleri

Organ ve doku nakli, nakil işleminin konusunu teşkil eden organ yahut dokunun kimden temin edildiğine göre çeşitli ayrımlara ve bu ayrımların neticesi olarak belirli koşullara tabi tutulmuştur. Bu bağlamda organ veya doku nakli, ölülerden (kadavradan) yahut canlılardan yapılabilir. Gerçekten de organ naklinin, bir insana ait organ veya dokuların tedavi amacıyla bir başka insanın vücuduna nakledilmesi süreci olması itibarıyla gerek canlılardan gerekse de kadavralardan bazı organların naklinin yapılması mümkündür³¹⁷.

Mevzuatımızda ölüden yahut canlıdan yapılacak organ veya doku nakilleri bağlamında öncelik tespit olunmuş değildir. Ancak ülkemiz adına onaylanarak iç hukukumuzun parçası haline gelmiş bulunan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesi³¹⁸ ile “*öncelik kuralı*” ihdas edilmiştir.

Bahse konu kural karşısında, canlılardan organ veya doku nakli için, ölmüş vericilerden (kadavradan) gerekli organın uygun olacak şekilde sağlanamamış olması gerekmektedir. Bu sebeple, her şeyden önce kadavradan nakil için gerekli araştırmalar yapılmalı, bu imkân söz konusu olmaz ise canlıdan nakil araştırılmalıdır³¹⁹.

³¹⁵ <https://organ.saglik.gov.tr/ContentView.aspx?q=1> (Erişim Tarihi 30.07.2020)

³¹⁶ <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-26-bin-894-kisi-organ-nakli-bekliyor/2412516> (Erişim Tarihi: 20/12/2021)

³¹⁷ Özgenç/ Genç, *a.g.m.*, 2020, s. 1460.

³¹⁸ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

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

³¹⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.511.

Esasında Biyotıp Sözleşmesi'nin belirtilen hükmü ile bir yandan öncelik kuralı ihdas edilmiş diğer yandan canlılardan yapılacak organ veya doku nakli işlemine “son çare” olarak başvurulması gerektiği hükme bağlanmıştır³²⁰. Doktrinde canlıdan yapılacak nakillerin son çare olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki bu ilke “ikincillik prensibi” olarak da isimlendirilmiştir³²¹. Bahse konu ilke ve koşul her ne kadar ODNK ile aranmış olmasa da, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ülkemiz adına imzalanmış ve ardından usulüne uygun olarak onaylayarak iç hukukumuzun bir parçası haline getirilmiştir. Bu sebeple belirtilen koşul ve ilke, ülkemizde icra olunacak organ veya doku nakilleri bağlamında da uygulanacaktır³²².

Canlıdan yapılacak organ nakillerinin son seçenek olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerekmesine rağmen ülkemiz uygulamasında durum tam tersidir. Zira örneğin Batı ülkelerinin istatistikî verileri incelendiğinde; milyon başına yıllık bağış oranı 20-40 arasında iken, ülkemiz bakımından bu oran 3-5 civarındadır. Bu sebeple ülkemizde kadavralardan temin edilecek organlar için sıra bekleyen hastaların büyük bir çoğunluğu kadavralardan yeterli organ bulunamadan hayatlarını kaybetmektedirler. Bağış oranındaki bu düşüklük, ülkemizde gerçekleştirilecek organ nakillerin yaklaşık yüzde sekseninin canlı vericilerden temin edilen organlar ile gerçekleştirilmesi neticesini doğurmuştur³²³.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer konu, hiç hayata gelmemiş olan embriyodan organ veya doku nakledilmesinin hukuken mümkün olup olmayacağıdır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ele alınacağı üzere, 2238 sayılı Kanun ile yaşayan kimselerden veya ölüden organ nakli düzenlenmiştir. Bu bağlamda örneğin gebeliğin sonlandırılması ile ana rahminden tahliye olan embriyodan veya düşük sonucu kaybedilen ceninden organ ve doku nakledilmesi ODNK ile düzenlenip hükme bağlanmadığından ayrı bir hukuki sorun oluşturmakta, bu hususa ilişkin bir yasal düzenlemeyi gerektirmektedir³²⁴.

Günümüzde ilmi gelişmelerin, tıp bilimindeki ilerlemelerin ve teknolojinin gelişen imkânları sayesinde canlıdan ve ölüden yapılan organ ve doku nakillerine

³²⁰ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 52.

³²¹ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s. 40.

³²² Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s. 41.

³²³ <https://www.medipol.com.tr/tibbi-birimler/cerrahi-tip-birimleri/organ-nakli> (Erişim Tarihi: 20.03.2020)

³²⁴ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s.193.

ilave olarak hayvanlardan da organ veya doku nakli mümkündür. Diğer yandan gündeme gelen bir diğer nakil türü her ne kadar yaşam kurtarıcı niteliği söz konusu olmasa da vücut bütünlüğünün bozulması yahut fonksiyon kaybı durumlarının telafisi amacıyla yapılan yüz, bacak ve kol nakli işlemleridir. Bu tarz nakil işlemleri de kompozit doku nakli olarak ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş, böylelikle farklı bir nakil çeşidi ihdas olunmuştur. Esasen kompozit doku nakillerinde, nakle konu kılınan doku canlılardan yahut ölülerden elde edilmektedir. Ancak diğer nakil türleri, yaşam kurtarma amacına hizmet etmekte iken kompozit doku nakillerinde kimi zaman estetik kaygılar gerekçesiyle kimi zaman da fonksiyon kaybı olan dokunun ikamesi amacıyla tıbbi müdahale gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple kompozit doku nakilleri, diğer nakil türlerinden ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Bu vesileyle organ ve doku nakli çeşitleri aşağıda dört farklı başlıkta ele alınarak incelenecektir.

3.4.1. Ölüden (Kadavradan) Organ ve Doku Nakli

Ölülerden nakil amacıyla organ veya doku alınması hususu, ODNK'nin 11 ila 14. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu nakil çeşidinde verici bir ceset olup, organ veya doku alma işlemine konu kılınan ölünün yaşı önem arz etmemektedir. Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere; ODNK, canlılardan yapılan nakillerde vericinin on sekiz yaşından büyük ve mümeyyiz olması şartlarını bir arada aramakta iken ölüden yapılacak nakiller bağlamında bu koşul söz konusu değildir.

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer husus da canlılardan yapılan organ ve doku nakillerinden farklı olarak; kadavradan “bilimsel amaçlarla” organ veya doku nakli yapılmasının hukuken mümkün olduğudur. Keza, genel ahlak ve adaba aykırı olmamak koşuluyla ölü vericiden organ nakline yahut bilimsel çalışmalara konu kılmak amacıyla her türlü organ alınabilir³²⁵.

Ölüden (Kadavradan) yapılacak organ veya doku nakillerinde “ölüm zamanının belirlenmesi” ve “ölenin rızasının tespiti” hususları önem arz etmektedir. Bu vesileyle aşağıda detaylı ele alınacak mezkûr başlıklar; doktrinde farklı yorumlara, karşılaştırmalı hukukta ise farklı esasların belirlenmesine yol açan tartışmalı konulardır.

³²⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.511.

3.4.1.1. Ölüm zamanının tespiti

Ölüm halinin ve anının belirlenmesi son derece önemli ve önemine binaen olsa gerek oldukça tartışmalı bir konudur. Öyle ki yaşamsal fonksiyonları sürmekte olan bir kimsenin ölümün gerçekleştiği düşüncesi ile tıbbi gayret ve girişimlerden yoksun bırakılması insan hayatı bakımından felakete yol açabilecek niteliktedir³²⁶. Diğer yandan ölüm hali net ve doğru olarak tespit edilmemiş kimselerin organlarının nakil işlemine konu kılınması; bir kimsenin hayatını kurtarma yahut hayat süresini uzatma uğruna, ölmüş olduğu kesin olmayan bir başkasının hayatını feda etmek olur ki, buna hukuken olanak tanınması mümkün değildir³²⁷.

Bir diğer taraftan bakıldığında ise ölüm olgusunun geç tespiti halinde ölüden alınacak organ ve dokuların da canlılık durumu sona ereceği göz önüne alındığında nakil işlemi anlamsız ve işlevsiz hale gelebilecektir. Bu vesileyle gerek tıp bilim dünyasında gerekse de hukuk doktrininde ölüm anının tespiti hususuna ayrı bir önem izafe edilmektedir.

Ölüm anının tespiti anlamında “*Klasik Ölüm Anlayışı*” ve “*Beyin Ölümü*” olmak üzere iki temel anlayış ve yaklaşım söz konusudur. *Klasik ölüm anlayışı*; bir insana ait bütün hayati fonksiyonlarının yani canlılık özelliği sağlayan dolaşım, solunum ve sinir sisteminin çalışmaz hale gelmesi, durmasıdır³²⁸. Klasik ölüm anlayışı kapsamında ancak tüm yaşamsal fonksiyonlarının durması ile birey ölmüş sayılacağından, ölüm anının tayin ve tespiti zorluk arz etmemektedir³²⁹.

Beyin ölümü anlayışına göre ise ölüm, beyin hücrelerinin zarar görerek harap olması ile başlayan ve bir süre devam ederek belirli bir süreç içerisinde meydana gelen bir olay olup, beynin ve beyin sapı fonksiyonlarının geri dönüşü mümkün olmayacak biçimde sona ermesiyle ölüm gerçekleşmiş sayılmaktadır³³⁰. Bugün itibariyle yaygın şekilde kabul olunan haliyle beyin ölümü neticesinde insan vücudundaki bütün yaşamın son bulduğu hususu tartışmasızdır. Nitekim beyne ait

³²⁶ Özellikle ilk çağ ve ortaçağda zamanlama hususunda yapılan hatalar nedeniyle insanların ölmeden gömülebildiklerine ilişkin pek çok vakanın söz konusu olduğuna dair izahat için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.512

³²⁷ Kılıçoğlu, A. (1991). “*Organ Nakli Ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri*”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2, s.258.

³²⁸ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s.711.

³²⁹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.111

³³⁰ Toroslu, *a.g.e.*, 1978, s.107.

işlevlerinin geri döndürülemez şekilde ve kesin olarak zarar görmesi ve yok olması halinde sadece insan vücuduna ait bir organ işlevini yitirmemekte aynı zamanda insan varlığının özü niteliğindeki organizma da kesin şekilde sona ermektedir³³¹.

Beyin ölümü ile bitkisel hayat her ne kadar birbirinin aynı durumlar olarak algınsa da esasında tamamen farklı halleri ifade eden kavramlardır. İlk olarak bitkisel hayat durumunda, bireylerin beyin sapı kanlanması devam etmekte olup solunum fonksiyonu sürmekte, bu durumda kişilerin aylarca hatta yıllarca dahi yaşamaya devam edebilmesi gündeme gelmektedir. Dahası nadir olmakla birlikte bir kısım bireyler bitkisel hayat halinden kurtulup iyileşerek hayata devam edebilmektedirler³³². Ancak beyin ölümü söz konusu olduğunda, beyin sapı kanlanması tamamıyla son bulduğundan beyin fonksiyonları geri dönülmez şekilde sona erer. Bu durumun söz konusu olması halinde solunum ve dolaşım yalnızca yoğun bakım imkân ve koşullarıyla mümkün olur; kısacası beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimsenin iyileşerek hayata dönmesi imkân dâhilinde değildir³³³. Bu bağlamda bitkisel hayat ile beyin ölümü birbirlerinden oldukça farklı nitelikte olup, ilkinde kişinin koma hali devam etmekte ve dahi çok düşük bir olasılık da olsa yaşama ihtimali söz konusu ise de ikincisinde kişinin hayata döndürülmesi söz konusu değildir³³⁴.

Türk hukukunda birçok tartışmaya sebep olan klasik ölüm anlayışının mı beyin ölümü anlayışının mı kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşler bugün itibariyle anlamını yitirmiştir. Zira günümüz itibariyle ölüm anının tespiti bağlamında en elverişli, en bilimsel ve bu sebeplerle tek kabul edilebilir ölçütün “beyin ölümü anlayışı” olduğu yönünde kesin ve net bir fikir birliği söz konusudur³³⁵. Tıbbın bugün itibariyle mevcut gelişim düzeyinin ortaya koyduğu verilere ışığında, günümüzde insanların ölüm anını tespit etmenin ölçütü, beyin ölümü kriteridir³³⁶.

³³¹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.56.

³³² Kaptanoğlu, A. Y. (2011) “*Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar*”, *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul, s. 226.

³³³ Kaptanoğlu, a.g.m., 2011, s.226.

³³⁴ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 56-57.

³³⁵ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahaleler*, 2003, s. 221; Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.114, Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 372: Karşılaştırmalı hukuk açısından da ölüm anının kullanılmasındaki ölçünün kalp ve nefes alma faaliyetinin durması değil, beyinciğin, beynin ve beyin sapının bütün fonksiyonlarının geri dönülmez ve tam bir şekilde kaybedilmesi yani beyin ölümü kriteri olduğu açıklanmaktadır.

³³⁶ Dülger, *Tıptaki İlerlemeler*, Academia. edu (erişim Tarihi 28/02/2020)

Ne Türk Hukuku'nda ne de Alman Hukuku'nda ölüm zamanı bir açık kanuni düzenleme ile yasal olarak tayin ve tespit edilmiş, hükme bağlanmış değildir³³⁷.

Hukukumuzda organ veya doku nakillerini düzenleyen hükümler ihtiva eden kanuni düzenlemeler olarak ne Türk Ceza Kanunu'nda ne de ODNK'da hangi ölüm anlayışına ilişkin metodun benimsendiğine dair açık bir düzenleme söz konusu değildir. ODNK 11. maddesinde³³⁸ ölüm halinin nasıl tespit olunacağı hükme bağlanmış ise de hangi anlayışın tercih edildiği net olarak tespit olunmamıştır. Ancak, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin³³⁹ Ek 1. maddesi³⁴⁰ ile Türk Tabipler Birliği'nin 18.04.1968 tarihli kararı³⁴¹ ve Yüksek Sağlık Şurası'nın 1969 tarihli kararı^{342,343} ile "beyin ölümü" anlayışının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Doktrinde; ölüm anının tespitine ilişkin kriterin kanun hükmü ile belirlenmemiş olmasının isabetli olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre tıp biliminin gün geçtikçe yeni gelişmeler karşısında gelişen ve güncelleşen dinamik yapısı nazara alındığında ölüm kavramının anlam ve içeriğinin yeni gelişmeler ışığında doldurulmasına olanak sağladığı öne sürülmüştür³⁴⁴. Ancak aksi görüşte olan yazarlar da mevcut olup bu bağlamda ölüm anının tespiti noktasında kanunda boşluk bırakılmasının uygun olmadığı görüşü savunulmuştur³⁴⁵.

Bilimsel gelişmelerin karşısında engel niteliği oluşturmamak bakımından, ölüm anının kanun hükmü ile tespit olunmaması anlaşılır ise de ölüm ve yaşam gibi insanı

³³⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.512.

³³⁸ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

"Ölüm halinin saptanması:

Madde 11 – (Değişik: 2/1/2014-6514/41 m.)

Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir."

³³⁹ Resmi Gazete Tarihi: 01.02.2012 Resmi Gazete Sayısı: 28191

³⁴⁰ BEYİN ÖLÜMÜ TANISI

(1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıbdır...

³⁴¹ Özel, *a.g.m.*, 2002, s. 53.

³⁴² Özel, *a.g.m.*, 2002, s. 53.

³⁴³ (24.11.1969 tarihli ve 6293 Sayılı Karar)

³⁴⁴ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahaleler*, 2003, s. 222

³⁴⁵ "Söz konusu insan hayatı olduğuna göre son derece hassas davranılması gerekir. Bu konudaki tıbbi gelişmelerin yetersizliğini öne sürerek yeterli olmayan metotlarla bir kimsenin öldüğüne hükmetmek doğru değildir. Günün birinde tıbbi gelişmeler, daha önce öldüğüne hükmedilen kişilerin henüz ölmeyen organlarının alınmış olabileceğini ortaya koyarsa, kanun düzenlemesine bakılarak verilen kararın haklı olduğunu kim iddia edebilir? Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.111.

doğrudan ilgilendiren hususların, kanun koyucu eliyle düzenlenmesinde zorunluluk vardır. Bahse konu hususlar, yönetmeliklere bırakılamayacak kadar öneme sahip niteliktedir. Ancak hâlihazırdaki mevzuatımız bağlamında, ölüm anına ilişkin tespitlerin yer aldığı yönetmelik hükmü yürürlükte olduğu sürece uygulanmasına mani bir sebep bulunmamaktadır. Bir yasa hükmünün mevcut olmaması, diğer bir deyişle, ölüm anının yasa ile hükme bağlanıp tespit edilmemiş olması, yönetmeliğin ilgili hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir³⁴⁶.

Biyotıp Sözleşmesine Ek İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline Ek Protokol ile de ölüm anından ne anlaşılması gerektiği belirlenmemiştir. Protokolün 16. maddesi ile ölümlerden yapılacak nakil işlemleri için, nakle konu organın sahibi olan kimsenin kanun hükümleri çerçevesinde ölüm halinin belgelenmesi durumunda mümkün olacağını belirtmekle yetinmiştir. Böylece sözleşmeye taraf ülkelerin kendi iç hukuklarında ölüm kriterini tespit etmesine imkân tanınmıştır³⁴⁷.

Netice itibarıyla hukukumuzda ölüm anının tespiti bağlamında beyin ölümü ölçütünün kabul edilmiş olduğu açıktır. Bu vesileyle bireylerin beyin ölümü gerçekleştiğinde cesetten organ veya doku alınabilecektir³⁴⁸. Günümüz itibarıyla dünyanın birçok ülkesinde de beyin ölümü anlayışının benimsenmiş olduğu söylenebilir³⁴⁹.

³⁴⁶ Hakeri, H. (2014). “*Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar*”, Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara , s. 191

³⁴⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.517.

³⁴⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 514: Anensefali çocuklarda beyin ölümü gerçekleşmediğinden organ nakli yapılamaz. Anensefali bebeklerde beyin sapı faaliyeti olabileceği için solunum devam edebilir. Beyin sapı ölüp solunum durmadıkça bu bebekler ölü kabul edilemez. Bu tür bebeklerde hukuki anlamda bir ölüm tespiti olamamaktadır. Yazarın aktardığı bir olay neticesinde mahkemece anensefali çocuğun organ nakline konu kılınmasına izin verilmemiştir: Avustralya’da gerçekleşen bir olayda hamilelik sırasında anensefali teşhisi konulan bebeği organ nakline yönelik olarak doğurmak isteyen aile çocuğun organlarının zarar görmemesi için de sezaryen kararı almıştır. Çocuk doğduktan sonra bağımsız olarak nefes alıp verebilmiştir. Aile organları bağışlamak istemiş ama hastane beyin hücreleri olup olmadığı dolayısıyla organ bağışının söz konusu olup olamayacağı konusunda tereddüt etmiştir. Nitekim hastanenin başvurduğu mahkeme ölümün yakın ve kaçınılmaz bir sonuç olmasına rağmen nakle izin vermemiştir.

³⁴⁹ **ABD Hukukunda**, Uniform Determination of Death Act 26-34-2’e göre, ölümü anının tespiti için beyin ölümü anlayışı ile klasik ölüm anlayışının etkisinde olan kardiyo-solunum tanımı birlikte kullanılır: “ (1) dolaşım ve solunum fonksiyonlarının geri dönüşsüz kaybı veya (2) tüm beyin fonksiyonlarının beyin sapı da dâhil geri dönüşsüz kaybı halinde, kişi ölür. Ölüm kararı, kabul edilmiş tıbbi standartlara uygun olarak yapılmalıdır ”, İki anlayışın benimsenmesi yönündeki bu ikilemin giderilmesi amacıyla, Illinois Temyiz Mahkemesi, hukuki anlamda ölüm için, beyin ölümünü anlayışını benimsemiştir. “Bu karar yalnızca Birinci Bölgede bağlayıcı olmasına rağmen, yine de diğer Illinois mahkemeleri açısından destekleyicidir”. Bkz. CLAUSING, Marilee. (1983). The

3.4.1.2. Beyin ölümünün tespiti

Beyin ölümünün tespiti ve buna ilişkin usul, ODNK'nin 11, 12 ve 13. maddelerinde düzenlenmiştir. ODNK düzenlemesi uyarınca ölüm hali, iki hekim tarafından oy birliği ile saptanacaktır. ODNK m. 11 uyarınca bu iki hekimden biri anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanı, biri de nörolog veya nöroşirürjiyen olmalıdır. İlgili kanun maddesi 2014 yılında değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önceki hali³⁵⁰ ile ölüm halinin saptanması bağlamında **dört hekimin** oybirliği ile verdiği karar aranmakta idi. Doktrinde hekim sayısının dörtten ikiye indirilmesi olumlu görülmüş, hekim sayısının fazla olmasının, tespitin daha isabetli olması anlamına gelmediği aksine hızlı hareket edilmesi gereken sürecin gecikmesine yol açtığı gerekçesiyle isabetli olarak değerlendirilmiştir³⁵¹.

ODNK'nun 12. maddesi ile alıcının organ nakline ihtiyaç duyduğuna yönelik teşhis ve tanının sahibi olan hekim, müdavi hekim olarak isimlendirilmiş ve müdavi hekimin ölüm halini saptayacak olan hekimlerden birisi olması yasaklanmıştır.

Acceptance of Brain Death as a Legal Definition of Death in Illinois: In Re Haymer, DePaul Law Review, Vol. 33, 1, s. 210 vd. **Aktaran:** Karauz, *a.g.m.*, 2018, s. 353.

İngiltere'de gerek klinik camiadaki kabul gerekse de hukuki kabul beyin ölümü anlayışının benimsenmesi yönündedir. Beyin kökünün ölümü (BSD), İngiltere'deki mahkemeler tarafından ölümün anı olarak benimsenmiştir. ReA (1992) v. Med.L.R davasında beyin ölümü, hukuki anlamda ölüm olarak kabul edilmiştir. Davaya konu teşkil eden olay, genç erkeğin yaralanmaya bağlı kafa travması ile hastaneye götürülmesi sonucunda beyin sapının ölmesi üzerine hekimler tarafından yaşam destek ünitesine bağlantının kesilmesi üzerine gerçekleşmiştir. Yaralının ailesi yaşamsal desteğin sürdürülmesini talep etmekte iken bahse konu bağlantı kesme işlemi gerçekleştirilmiştir. Mahkeme, yaşamsal desteğin sürdürülmesi gerektiği iddia olunan kişinin hukuki olarak öldüğünü kabul ederek hekimlerin yaşam destek cihazı ile bağlantıyı sonlandırarak hukuka aykırı davrandıklarını iddiasını reddetmiştir. Beyin sapı ölümünün hukuki olarak ölüm kabul edilmesi, daha sonra Airedale'daki Lordlar Kamarası tarafından onaylandı. NHS Trust v Bland [1993] Hillsborough felâketinde şiddetli beyin hasarına maruz kalan genç bir adam-Anthony Bland'a ilişkin olayda, Lord Keith, "Tıp dünyasının ve kanunların gözünde beyin sapının işlevini sürdürdüğü sürece bir kişi klinik olarak ölü değildir" demiştir. Bkz. KERRIDGE, IH/ SAUL, P/ LOWE, M/ McPHEE, J/ WILLIAMS, D. (2002). Death, Dying And Donation: Organ Transplantation And The Diagnosis Of Death, Journal of Medical Ethics, 28, s. 92. **Aktaran:** Karauz, *a.g.m.*, 2018, s. 353.

Alman Hukukunda, Alman Tıp Birliği 1982 yılında, ölümü (Bundesärztekammer – BÄK), üst beyin, küçük beyin ve beyin sapının işlevlerinin toplam fonksiyonlarını geri döndüremez şekilde kaybedilmesi olarak tanımlamıştır. Bu karar, Alman Organ Nakli Kanuna (Transplantationsgesetz, TPG) da girmiştir. Bu kanunun § 3 Abs. 2 Nr.'a göre, Alman Tıp Birliği, tıp bilimi hakkındaki kılavuz ilkeler doğrultusunda beyin ölümünü (Der Hirntod) hukuki anlamda ölüm olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KACZYNSKI, Anika: Rechtliche Regelung der Organspende in Deutschland: Kritische. **Aktaran:** Karauz, *a.g.m.*, 2018, s. 353.

³⁵⁰ Değişiklik öncesi Kanun maddesi şu şekildedir: "...ölüm hali biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan **4 kişilik** hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır."

³⁵¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.516.

ODNK'nun 13. maddesindeki düzenleme uyarınca ölüm halini saptayan hekimler kurulunun bu hususa dair bir tutanak tanzim etmeleri gerekmektedir. Bahse konu tutanak, ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin ne şekilde tespit edildiğini açıklamalı, sonuç olarak da tüm hekimlerin imzalarını ihtiva etmelidir. İçeriği tespit olunduğu şekilde tanzim edilen tutanak, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna teslim edilmek, ilgili sağlık kuruluşu tarafından da *on yıl* süre ile saklanmak zorundadır.

Beyin ölümünün tespitinde aranan aşamalar Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek 1. maddesi ile belirlenmiştir³⁵². Bahse konu düzenleme ile üç

³⁵² **BEYİN ÖLÜMÜ TANISI**

(1) *Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır. Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir.*

- a) *Komanın nedeninin belirlenmiş olması,*
- b) *Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,*
- c) *Santral vücut ısısı ≥ 32 °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.*

(2) *Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.*

- a) *Derin komanın olması (Tam yanıtızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınamaması),*
- b) *Beyin sapı reflekslerinin alınmaması; 1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),*
- 2) *Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,*
- 3) *Kornea refleks 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 ve/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) *Yüzeyel 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.*

aşamalı bir tespit süreci öngörülmüştür. İlk olarak beyin ölümü teşhisinin konulabilmesi için bazı ön koşulların varlığı aranmaktadır. Bu araştırma sırasında hastanın beyin hasarına uğrayıp uğramadığı veya benzer belirtiler nedeniyle karıştırılma ihtimali olan diğer bazı rahatsızlıkların söz konusu olmadığı tespit edilmektedir³⁵³. İkinci aşamada beyin ölümünün mevcudiyetini doğrulayacak klinik bulgular olarak beyin sapı reflekslerinin olmaması, derin koma hali ve spontane nefes alma yetisinin kaybı teşhis edilmelidir³⁵⁴. Son aşamada ise yukarıda belirtilen ve teşhis olunan bulguların belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek 1. maddesi kapsamında bahse konu süre; tanısı koyulmuş bir hastalık nedeniyle hastanın komaya girmesi durumunda on iki saat, tanısı konulmamış hastalar için ise yirmi dört saattir³⁵⁵.

Doktrinde, özellikle yoğun bakım bölümlerinde çalışan hekimlerin beyin ölümü vakıalarını genellikle bildirmediği nakledilmiştir³⁵⁶. Her gün birkaç hastanın organ nakli için beklerken hayatını kaybettiği bilinen bir vakıa iken beyin ölümünü bildirmeyen ve bu vesileyle potansiyel bağışçının ailesine Kanun'da aranan usule uygun olarak nakle rızanın sorulması prosedürüne işlerlik kazandırmaksızın potansiyel organların gömülmesine sebep olan hekimlerin hukuki sorumluluğu bulunduğu savunulmaktadır³⁵⁷.

3.4.1.3. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi bağlamında ölüden organ ve doku alınması konusunda kabul edilen modeller

Ölüden yapılacak organ ve doku nakilleri bağlamında rızanın alınması açısından üç farklı model öngörülmüştür. Bunlar irade modeli, itiraz modeli ve

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.

³⁵³ Kök, A. N. (2011). *“Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”*, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Birinci Baskı) Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 218.

³⁵⁴ Atamer, *a.g.m.*, 1999, s. 131.

³⁵⁵ Atamer, *a.g.m.*, 1999, s. 132.

³⁵⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.517.

³⁵⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.517.

zorunluluk hali modeli olmak üzere üç grupta toplanmaktadır³⁵⁸. Bahse konu modeller tek tek ele alındıktan sonra Türk Hukuku'nda benimsenen model tartışılacaktır.

3.4.1.3.1. İrade (Rıza) modeli

Kişinin hayatta iken kendisinden organ veya doku alınması yönünde açıklanmış bir rızasının mevcut olması veya kişinin ölümü sonrasında ölenin yakınları tarafından organ veya doku alınması konusunda rıza gösterilmiş olması durumlarında organ ve doku naklinin mümkün gören sistemdir³⁵⁹.

Rıza sisteminde; her şeyden önce bireyin iradesi esas alınmakta olup kişinin hayattayken organ veya doku bağışlayacağına ilişkin iradesi araştırılmaktadır. Bu yönde bir iradenin söz konusu olmaması durumunda, ölüm sonrasında organ veya doku nakli amacıyla kişinin bedenine müdahale edilemez. Fakat bu sistemde, bireyin ölümü sonrasında organ veya dokularını “bağışlamayacağı yönünde” açık ve yasaklayıcı yönde iradesi yoksa yakınları tarafından bir tasarrufta bulunma olanağı sağlanabilmektedir³⁶⁰.

Bahse konu sistem, organ nakline ihtiyaç duyan alıcının şifa ümidini bir takım şansa bağlı koşulların bir araya gelmesiyle sağlanabilecek katı kurallara bağlaması nedeniyle eleştirilmiştir. Rıza modelini eleştiren bahse konu görüşe göre irade modelinin olumsuz yanı, alıcının haklarını ihmal etmesidir. Rıza modelinde, verici açısından önemli güvenceler sağladığı öne sürülse de alıcının yararları önemsiz görülmüştür. Diğer yandan alıcının kaderi, yalnızca vericinin ya da yakınlarının rızasına değil, aynı zamanda bir takım tesadüflere de bağlı kılınmıştır. Kendisinden organ veya doku alınabilecek niteliklere sahip bir kimsenin ölümcül bir şekilde yaralanması durumunda çoğu kez kişilerin kimlik tespiti dahi uzun sürede gerçekleşebilmektedir. Bu hususlara ilave olarak, ölenin yakınlarının irade açıklamasına ve rızalarına ihtiyaç duyulduğunda bu kimselerin tespiti süreci uzatmakta; tüm bu hususlar da alıcı aleyhine sonuçlara doğurmaktadır. Bunun gibi,

³⁵⁸ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.125 vd.

³⁵⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, s.125, Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 139.

³⁶⁰ Ertin, H., Mahmutoglu, F. S. ve Başağaoğlu, İ. (2007). “*Organ Bağışında Modeller; Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması*”, 1.Uluslararası Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Kongresi Organ Ve Doku Naklinde Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Sorunları, Antalya, s. 4.

ölen kimseden organ veya doku alınması konusunda irade beyanında bulunmaya ve rıza açıklamaya ehliyetli kılınan kimseler, her ne kadar izin verip rıza gösterme eğiliminde olsalar bile, kısa bir zaman dilimi süresince yaşanabilecek kararsızlık süreci nakli faydasız kılabilir. Yine ölenin yakınları tarafından pasif, çekingen davranılması söz konusu olabilecek, bu kısa zaman aralıkları naklin gecikmesine netice verebilecek, hatta çoğu kez nakil artık mümkün olmayacağı halleri doğurabilecektir. Kısaca organ veya doku nakli bakımından ret beyanı dışında irade göstermeme hali de alıcının aleyhine neticelere sebebiyet vermektedir³⁶¹.

Ölenin yakınlarına organ ve doku nakli bağlamında belirleyici nitelikte söz hakkı tanınması, ölümün hemen ardından söz konusu olabilecek psikolojik durum ve haleti ruhiye nazara alındığında, ölenin yakınlarının ciddi bir psikolojik baskı hissetmelerine neden olabilecektir. Bu bağlamda Birleşik Krallık'ta bahse konu irade modelince önerilen hükümler bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme neticesinde; birçok kimsenin hayatta iken organ veya dokularının alınması hakkında bir beyanda bulunmayıp görüş dahi ifade etmediği saptanmıştır. Sonuç olarak ölen kimselerin yakınları tarafından rıza ve onay gösterilmesi aranmış, akrabaların yüzde kırk gibi yüksek bir oranda bağışı reddettiği belirlenmiştir³⁶².

3.4.1.3.2. İtiraz modeli

İtiraz modeline göre kişinin sağlığında organ veya doku aktarılması konusunda ret beyanı mevcut değilse bu kimseden organ veya doku alınması kesin bir biçimde kabul edilmektedir. Bahse konu model; bir bakış açısına göre vericinin zımni onayını aramaktadır. Buna göre verici, hayatta iken organ veya doku nakli yapılabileceğinin aksine bir irade beyanı açıklamış değil ise kural olarak beyin ölümü gerçekleşmiş her kişiden herhangi bir onaya gerek olmaksızın nakil işlemleri gerçekleştirilebilmektedir.

İtiraz modeline göre, ölünün veya yakınlarının herhangi bir itiraz beyanları söz konusu olmadığı müddetçe, ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Olumlu bir irade açıklaması olmasa dahi organ alınmasını meşru gören itiraz modeli, alıcının

³⁶¹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 133.

³⁶² Price, D. (2005). "The Human Tissue Act", *Modern Law Review*, 68 (5), s. 813 Aktaran: Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 66.

menfaatlerini korumakta ve fakat vericiye de irade açıklamak vesilesiyle organ veya doku alınmasını önleme yetkisi tanımaktadır³⁶³.

Yani itiraz modeli kapsamında şayet vericinin ölümünden sonra kendisinden organ veya doku şeklinde bir biyolojik madde alınmasını yasaklayan bir red açıklaması söz konusu değilse kabul iradesinin mevcut olduğuna dair “**kesin olmayan bir karine**” mevcuttur³⁶⁴. Organ veya doku alıcısının yararına olan bahse konu “kesin olmayan karine” iki yönden eleştirilmektedir: Öncelikle, ölenin yakınlarının ölüye saygı duyulmasını talep etme yönünde hukuken korunmaya değer bir yararları mevcuttur. Ölenin yakınlarına tanınan bu menfaat, alıcının iyileşmesi ile ortaya çıkan yarara göre aşağı nitelikte kabul edilmemelidir. Diğer yandan, bahse konu sistem ile her bireyden hayatta iken ölümünden sonra organlarının alınmasını yasaklamak niyetinde iseler bu yönde irade açıklamasında bulunmalarını beklemek gerçeklikle bağdaşmamaktadır³⁶⁵.

Organ veya dokuların alınması bağlamında herhangi bir beyan mevcut olmamasına rağmen organ veya doku alınmasını mümkün kılan itiraz modeli, alıcı lehine yorum geliştirmek suretiyle alıcıyı korumakta diğer yandan vericiye de ret beyanında bulunarak organ veya dokuların alınmasını sağlığında iken engelleme imkânı sağlamaktadır³⁶⁶.

İtiraz modelinin uygulaması bakımından bazı ülkelerde sadece vericinin ret beyanı esas alınmakta olup bazı ülkelerde ise vericinin sağlığında açıkladığı beyanı ile bazı yakınlarının kişinin ölümünden sonra açıkladıkları ret beyanı da dikkate alınmaktadır. Bu modeli benimsemiş olan bazı ülkeler: İtalya, Belçika, Yunanistan, Rusya, Fransa ve Polonya örnek olarak gösterilebilir³⁶⁷.

3.4.1.3.3. Zorunluluk hali modeli

Zorunluluk hali modeline göre ölünün veya yakınlarının genellikle iradesi bulunmaksızın ve hatta ölenin veya yakınlarının açıkladığı irade beyanının aksine olmak üzere ölüden organ veya doku alınabilir. Zorunluluk hali modelinde, ölüden

³⁶³ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 133.

³⁶⁴ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 133.

³⁶⁵ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 134.

³⁶⁶ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.127, Aydın, Ç.K., *a.g.m.*, 2011, s.139.

³⁶⁷ Atamer, *a.g.m.*, 1999, s. 146.

organ veya doku alınması konusunda kendisinden organ veya doku alınacak olan kişinin (veya yakınların) yararı ile alıcının yararı mukayese edilmekte ve nihayetinde alıcının yararının daha fazla olduğundan hareketle alıcı lehine hüküm verilmektedir. Zorunluluk hali modeli ile ölen kişi aleyhine olacak şekilde sınırsız müdahalelere olanak sağlanmaktadır. Bu yönüyle bahse konu model, ölüden yapılacak organ veya doku naklini son derece kolaylaştırmakta, organ nakli bekleyen alıcıların lehine çok önemli imkân ve fırsatlar tanımaktadır. Bu anlayışın temelinde bireylerin ölümünden sonra şahsiyet haklarından feragat etmesi gerekliliği düşüncesi yatmakta olup ölünün vücudu üzerinde ölenin rıza hilafına yapılabilecek söz konusu müdahaleler bu anlayışa dayandırılmaktadır³⁶⁸.

Zorunluluk hali modeli ile tamamen alıcının yararları öncelenerek üstün tutulmuş ve ölen kimse ile yakınlarının iradesi olmaksızın yahut iradeleri aleyhine nakil yapılması hukuka uygun görülmüştür. Nitekim modelin en belirgin şekilde ortaya çıktığı bazı durumlarda gerek ölen kimsenin gerekse de yakınlarının iradeleri aksi nitelikte olsa dahi ölüden organ veya doku nitelikli biyolojik maddeler alınabilmektedir³⁶⁹. Bahse konu modelin dayandığı düşünce kapsamında verici ile alıcının hukuki menfaatleri karşılaştırılarak alıcının yararlarına üstünlük tanınmakta ve alıcı lehine karar verilmektedir³⁷⁰.

Avrupa ülkelerinde günümüz itibariyle benimsenmemiş olan bu model Avusturya’da 1982 yılında Sağlık Kurumları Kanunu ile kabul edilmiştir³⁷¹. Söz konusu itiraz modeli öğretilde çokça eleştiriye muhatap kılınmış ve vericinin temel hakları üzerinde önemli bir saldırı teşkil ettiği ifade edilmiştir³⁷².

3.4.1.3.4. Türk hukukunda benimsenen model

2238 sayılı ODNK m. 14 hükmü incelendiğinde vericinin iradesine değer atfedilerek organ ve doku nakline hukuken olanak tanındığı görülmektedir³⁷³. Fakat

³⁶⁸ Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 133.

³⁶⁹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.129

³⁷⁰ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 67.

³⁷¹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.129.

³⁷² Atamer, *a.g.m.*, 1999, s.144.

³⁷³ Bahse konu hükmün ilgili kısmı şu şekildedir:

“bir kimse sağlığında organlarının tamamını veya bir kısmını tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla bıraktığını resmi yahut yazılı vasiyet ile belirtmiş yahut bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış ise... ölüden organ veya doku alınabilir.”

verici hayatta iken organ veya dokularının alınmasına rıza göstermek nevinden bir irade açıklamasında bulunmamış ise ölümünden sonra yakınlarının muvafakatine başvurulacaktır. Bu bağlamda ölen kimsenin yakınlarından; sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, anne veya babası veya kardeşlerinden birisi, bunlar da yoksa herhangi bir yakınının açıklayacağı muvafakat beyanı ile organ veya doku alınabilmektedir³⁷⁴. Bu vesileyle hukukumuzda, 2238 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde kural olarak **“İrade Modeli”nin** kabul edildiği söylenebilir³⁷⁵.

İrade modeli, Türk Medeni Kanunu’nun³⁷⁶ 23. maddesi ile düzenlenen, bireylerin vücut bütünlüğü üzerinde sahip oldukları kişilik hakları kapsamında yalnızca hayatta olduğu süreçte değil, ölümünden sonrasında da vücudu üzerinde icra olunacak herhangi bir tıbbi müdahaleye ancak ilgilinin rızası ile girişilebileceği yolundaki temel ilke ve kural ile de uyum arz etmektedir³⁷⁷.

Gerçekten de Kanun’un 14. maddesinin 1. fıkrası gereğince ölüden organ veya doku alınabilmesi için kişinin hayatta olduğu dönemde tedavi, teşhis ya da ilmi amaçlara hizmet etmek üzere, vücudunun tümünü ya da belirli organ veya dokularından müteşekkil bir kısmını bıraktığını açıklamış olması gerekmektedir. Eğer bu yönde bir rıza açıklaması söz konusu değil ise ölen kimsenin yakınlarına başvurulacaktır. Başvurunun yapılacağı kişiler sırasıyla, ölüm anında ölen kimsenin yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden biri; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını olarak tayin ve tespit edilmiştir³⁷⁸. Bu bağlamda vericinin ölüm anında yanında bulunan ve Kanun’da sınırlı sayıda (tahdidi olarak) ve terditli (basamaklı) olarak sayılmış yakınlarına başvurulacaktır³⁷⁹. Terditli olarak saymak suretiyle ortaya koyulan belirlemenin bir neticesi olarak ölüm anında yanında bulunan eş, şayet organ veya doku naklini kabul eder ise bu durumda çocuklar yahut diğer yakınların organ nakline karşı gelmesinin bir önemi olmayacak ve netice değişmeyecektir. Yine aynı şekilde ölüm anında ölen

³⁷⁴ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.68.

³⁷⁵ “Biyotıp Sözleşmesine Ek İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Protokol” de rıza modelini kabul etmektedir. Protokol’ün 17. maddesinin 1. fıkrasında ölen kimsenin veya Kanunun yetkilendirdiği kimselerin rızasını aramakta, ikinci fıkrada ise, ölen kimsenin itiraz etmiş olması halinde organ veya dokunun alınamayacağı düzenlenmektedir. AKTARAN: Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.519.

³⁷⁶ 8.12.2001 Tarihli ve 24607 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 4721 Sayılı Kanun

³⁷⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.519.

³⁷⁸ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 134.

³⁷⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 377, Soyaslan, *Özel Hükümler*, 2014, s.204.

kimsenin yanında bulunan eş, organ veya doku naklini kabul etmediği takdirde, nakil işlemi diğer yakınların kabulü söz konusu olsa da olanaklı hale gelemeyecektir³⁸⁰. Bu noktada değinilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur:

Öncelikle doktrinde eşin ilk sırada olmasına karşın çocukların ikinci sırada olması eleştirilerek eş ve çocukların aynı sırada olması gerektiği savunulmuştur³⁸¹.

Önem arz eden bir diğer husus ise aynı seviyede kabul olunan çocukların farklı yönde irade beyan etmesi halinde ne olacağıdır. Bu sorunun çözümü anlamında doktrinde farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre ölüm anında eşin ölenin yanında bulunmaması halinde çocukların oybirliği ile aldığı karar geçerli olacaktır³⁸². Bu kapsamda ölenin çocuklarından orada bulunanlardan hepsinin rıza göstermesi gerekmekte olup bir çocuğun (evladın) dahi muhalefet eder mahiyette görüş beyan etmesi halinde organ veya doku alınamayacak ve nakil işlemi yapılamayacaktır³⁸³. Diğer bir görüşe göre ise birden fazla çocuğun bulunması halinde çocuklardan bir ya da birkaçının rızası yeterli olacaktır³⁸⁴.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise ölen kimsenin yanında Kanun'da terditli olarak sayılmak suretiyle belirlenen yakınlarından herhangi birinin bulunmadığı hallerde meselenin nasıl çözüleceğidir. ODNK m. 14 f. 1 hükmü uyarınca: sırasıyla sayılan yakınlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda ölenin yanında bulunan herhangi bir yakının muvafakati aranacaktır. Bu noktada doktrinde ağırlık bulan görüşe göre vericinin hayatta iken organ veya doku nakli konusunda olumlu bir irade açıklaması mevcut değil iken bu kişinin ölümünden sonra belirlenmiş yakınlarından herhangi birinin ölenin yanında bulunmaması durumunda ölüden organ veya doku nakli alınmayacağı görüşü hâkimdir³⁸⁵. Ancak

³⁸⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 521.

³⁸¹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.6.

³⁸² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 377, Taşkın, *a.g.e.*, 1997, s.129.

³⁸³ Alman Nakil Kanunu'nda benzer bir düzenleme mevcut olduğunda dair açıklama için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 521.

³⁸⁴ Mermut, S. M. (2010). "Organ ve Doku Ticareti Suçu". *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2 (1), s.1473.

³⁸⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 521; Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1972, s.192; Toroslu, *a.g.m.*, 1978, s. 104.

bu gibi hallerde hekimin zorunluluk halinde olduğundan bahisle organ ve doku nakli yapılabileceği görüşü de mevcuttur³⁸⁶.

Ölen kimseden organ ve doku alınması bağlamında “varsayılan rıza” dan hareket edilip edilmeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur³⁸⁷. Bu çerçevede ölen kimsenin çocuğuna organ veya doku nakli yapılacak olması durumunda “varsayılan rıza”dan yola çıkılabileceği ve ilgilinin rızasının varlığından bahsedilebileceği öne sürülmüştür³⁸⁸. Ancak doktrinde varsayılan rızadan hareket edilemeyeceğini savunan yazarlar da söz konusudur. Bu görüşe göre varsayıma dayalı olarak hüküm tesis olunamayacak olup hukuk kurallarının dayanağını oluşturan davranış normları ancak gerçeklikler üzerine bina edilmiştir³⁸⁹.

Kanunun getirdiği mezkûr düzenlemeler göz önüne alındığında öncelikle ölen kişinin iradesinin araştırılması gerekmektedir. Şayet kişi, hayatta olduğu dönemde organ veya doku alınması bağlamında olumlu yönde irade açıklamış ise bu durumda yakınlarının izninin aranmasına gerek olmadığı gibi ölenin yakınlarından herhangi biri tarafından söz konusu olabilecek itirazlar da dikkate alınmaksızın ölüden organ veya doku alınarak nakil işlemi yapılabilecektir. Ölen kişinin belirtilen şekilde irade beyanı mevcut değilse, yakınlarının iznine ihtiyaç söz konusu olacaktır. Bu durumda kişi, hayatta olduğu dönemde kendisinden organ veya doku alınmasını yasaklamışsa, Kanun’un 14. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm³⁹⁰ gereğince yakınlarının izniyle dahi bu kimseden organ ya da doku alınamaz³⁹¹. Bahse konu hüküm bir yandan irade modelini tamamlayan diğer yandan modelin benimsendiğini açıkça ortaya bir hüküm niteliğindedir³⁹².

Bu noktada vericinin hayatta iken ölümünden sonra organ veya doku alınmasına gösterdiği rızasını içerir beyanını nasıl ortaya koyduğu, kişinin ölümünden sonra alınan organ yahut dokunun hukuka uygun olarak alınıp

³⁸⁶ Soyaslan, D. (2008). “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda sunulan tebliğ, 28, s.343.

³⁸⁷ Varsayılan Rızanın hukuki niteliği ve koşulları bağlamında detaylı açıklamalar için bkz. Kangal, Z. T. (2011). “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*: 15 (4), s.223 vd.

³⁸⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.522-523.

³⁸⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.380.

³⁹⁰ 2238 Sayılı Kanun m. 14/3 hükmü şöyledir: “Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.”

³⁹¹ Gökçen/ Balci, *a.g.m.*, 2013, s. 134.

³⁹² Algan, *a.g.e*, 2018, s. 71.

alınmadığının tespitinde büyük bir önemi haizdir. Vericinin bahse konu irade beyanını kanun metninden açıkça anlaşılacağı üzere resmi ve yazılı bir vasiyetname ile açıklamış olması ya da bu husustaki rızasını iki tanık huzurunda açıklamış olması şart olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda verici hayatta iken kanunen tespit olunan bu iki şekilden başka bir yöntemle organ ve doku nakli hakkında rıza beyanında bulunması durumunda kişinin ölümünden sonra gerçekleştirilecek olan organ ve doku nakli işlemleri hukuka uygun olmayacaktır. Bu vesileyle günümüzde sıklıkla rastlanan “*organ bağış kartlarının*” ODNK ile aranan şekil şartını karşılamaması gerekçesiyle geçerli olmadığı söylenebilir³⁹³.

Bizim hukuk düzenimiz, kural olarak irade modelini benimsemiş olmasına rağmen, istisnaen bazı durumlarda itiraz modeli ve zorunluluk hali modellerinin de benimsendiği söylenebilir. Aşağıda ülkemiz hukukunda benimsenen model, ODNK hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Bazı farklı hükümlerde farklı modellere ilişkin esaslara yaklaşılmış olmasından hareketle doktrinde kimi yazarlara göre ülkemizde özellikle ölüden organ ve doku naklinde bağlamında halen geçerli olan sistem “*Genişletilmiş Onay Sistemi*” olarak nitelendirilmiştir³⁹⁴.

İtiraz modeline benzer düzenlemeler, 2238 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 2. fıkrasında mevcuttur. Bahse konu hükme göre, ölen kişinin sağlığında aksi yönde bir irade beyanı yahut vasiyeti bulunmamakta ise kornea gibi ceset üzerinde değişikliğe sebep olmayan dokular alınabilecektir. Bu durumda, ceset üzerinde değişiklik meydana getirmeyen dokularının nakil amacıyla alınmamasını isteyen kişiler, yaşadıkları dönemde bu konudaki iradelerini açıklamak zorundadırlar. Eğer itiraz edildiğine dair bir irade beyanı söz konusu değilse, ölenin yakınlarının rızası gerekmeksizin, ceset üzerinde değişiklik meydana getirmeyen dokular alınabilecektir³⁹⁵. Kısacası hukukumuzda itiraz modeli, yalnızca ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular bağlamında kabul edilmiştir³⁹⁶. Doktrinde yer bulan bazı görüşler kapsamında itiraz modeli, Medeni Kanun’un 24/2. maddesindeki³⁹⁷ hükmün yorumlanması veya üstün nitelikteki yarar prensibinden hareketle

³⁹³ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s.35.

³⁹⁴ Kurt, *a.g.m.*, 2011, s. 242.

³⁹⁵ Toroslu, *a.g.m.*, 1978, s. 104.

³⁹⁶ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 134, Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s.139.

³⁹⁷ “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

benimsenmiştir. Diğer bir kısım yazarlara göre ise her ne kadar bazı ilkesel ve yorumsal kaynaklı temelleri gerekçesiyle itiraz modeli kabul görmekte ise de bu hususta açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç mevcuttur³⁹⁸.

Zorunluluk hali modelinin benimsendiğine ilişkin hüküm ise Kanun'un 14. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra çerçevesinde öncelikle kaza veya doğal afetler nedeniyle vücutta meydana gelen ağır harabiyet hali sonucunda hayatını kaybetmiş bir kimsenin varlığı gerekmektedir. Hayatı son bulmuş olan bu kimseden, hayatta kalması organ veya doku nakline bağlı olan kimseler için “*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” söz konusu ise organ yahut doku alınabilecektir. Koşulların mevcudiyeti halinde rıza açıklaması yahut bu yönde bir vasiyet gerekmeksizin organ veya doku nakli yapılabilmektedir³⁹⁹. Zorunluluk hali modelinin uygulanabilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullar şunlardır:

- Nakle konu kılınan organ veya dokunun sahibi olan kimse, kaza veya doğal afet neticesinde vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucunda yaşamını yitirmiş olmalıdır.
- Ölenin yanında ölüm anında ODNK m. 14/1’de sayılan yakınlarından birinin bulunmaması gerekmektedir.
- Ölüm hali ile ölen kimseden alınacak organlar bağlamında yapılacak inceleme neticesinde ölüm haline bağlı olmadığı ODNK m.11’de sayılan hekimlerden müteşekkil hekimler kurulu raporuyla belgelenmiş organ veya dokuların alınması mümkündür.
- Yaşamı yapılacak organ veya doku nakline bağlı olan kişiler bakımından “aciliyet” ve “tıbbi zorunluluk” bulunmalıdır.

Burada “ivedilik ve tıbbi zorunluluk” kavramlarından “**Zorunluluk Hali**”ni anlamak gerektiğini belirten bir görüş bulunmaktadır⁴⁰⁰. Bir diğer görüşe göre ise Kanun maddesi ile öngörülen ivedilik ve tıbbi zorunluluk kavramı hukuk tekniği açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılamaz. Bahse konu düzenleme ile genel hükümler çerçevesinde düzenlenen zorunluluk halinden başkaca bir düzenleme ihdas olunmuştur. Bu vesileyle hekim, bahse konu maddeyi icra ettiği organ nakilleri

³⁹⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 520.

³⁹⁹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 134.

⁴⁰⁰ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 134.

bağlamında “ *kanun hükmünün icrası*” hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır⁴⁰¹.

Eğer belirtilen nitelikte bir zorunluluk hali söz konusu ise, nakil yapılacak hastanın hayatının devamı ancak organ ya da doku nakli ile temin edilebilecekse, buna ilave olarak bir an önce naklin yapılması gerekmektedir, ölen kimsenin vasiyeti veya rızası aranmaksızın organ veya doku nakli yapılabilecektir. Bu şekilde organ ya da doku alabilmenin ön koşulu; nakle konu organ veya dokunun sahibi olan kişinin, kaza veya doğal afet neticesinde vücudunda meydana gelen ağır harabiyet sonucu yaşamını kaybetmiş olmasıdır⁴⁰².

Bu koşullara ilaveten, ölen kişinin yanında ölümü esnasında 14. maddenin 1. fıkrasında sayılan yakınları mevcut olmamalıdır. Ölenin yakınlarından herhangi birinin varlığı durumunda, yakının muvafakatine başvurulmalıdır. Diğer yandan, tıbbi ölüm durumunun ölen kimseden alınacak organlara bağlı olmadığına ilişkin hekimler kurulunca tanzim olunacak raporla belgelenmesi gerekmektedir.

Kanun’un bahse konu hükmü ile zorunluluk hali modeli kapsamında organ ya da doku alınması, yalnızca kaza veya doğal afet gibi sebeplerle vücudu ağır harabiyete uğrayıp hayatını kaybeden, ölümü anında yanında yakınları mevcut olmayan kimselerden yapılabilecektir. Dolayısıyla, Kanun’un 14. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme ile kabul edilen zorunluluk hali, ancak istisnai hallerde uygulanabilecek niteliktedir⁴⁰³.

Sonuç olarak hukukumuzda organ nakline izin konusunda çeşitli hükümler ile çeşitli sistemler benimsenmiştir. Özetle, bir kimsenin ölümünden sonra dahi iradesine aykırı olarak organ veya doku alınamaz; ancak bu kimsenin herhangi bir irade beyanı söz konusu değil ise ve koşulları mevcut olduğu belirli durumlardan biri söz konusu ise organ veya doku alınması hukuken mümkündür⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Erman, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 2003, s.223-224.

⁴⁰² Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 134-135.

⁴⁰³ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 135.

⁴⁰⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.523.

3.4.1.4. Beyin ölümünün tespitinden sonra yapılması gereken işlemler

Beyin ölümünün ODNK m. 11 kapsamında tespit olunduktan sonra, ölenin organ ve doku nakline rıza gösterip göstermediğinin tespitine yönelik araştırma yapılması gerekmektedir. 2238 sayılı ODNK m. 14 f. 1 hükmü uyarınca, beyin ölümü tespit edilen kimsenin, hayatta iken organ veya dokuları hakkında herhangi bir beyanda bulunmadığı anlaşılırsa, bu kimsenin yakınlarına organ bağışlamak hususundaki arzuları sorulmalıdır.

Ölen kimsenin yakınları bir önceki başlıkta açıklanan usullere uygun olarak, organ bağışını kabul ederlerse, organların alımına geçilir. Bu durumda, organ alımı için yaşam desteği kesilecektir⁴⁰⁵.

Buna karşılık, ölen kimsenin yakınları tarafından organ nakli kabul edilmez ise, yakınlarının herhangi bir izni, talebi yahut rızası aranmaksızın yaşam desteği kesilebilir. Hukuki durum bu şekilde olmasına rağmen uygulamada hekimlerin, beyin ölümü gerçekleşen kimseleri yaşam destek ünitelerine bağlı tutmaya devam ettikleri görülmektedir⁴⁰⁶. Böyle bir durumda yaşam destek ünitesine başka bir hastanın ihtiyaç duyması, ancak cihaz sayısındaki yetersizlik nedeniyle olumsuz neticelerin meydana gelmesi gündeme gelebilir. Bu halde hukuken ve tıbben ölü bir kimseye yaşam desteğini kesmeyerek başka hastanın mağduriyetine sebep olan hekimin TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrası anlamında görevi ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁴⁰⁷. Doktrinde yaşam desteği bekleyen hastanın zarar görmesi ihtimalinde, yaralama veya ölüm neticelerinden cezai ve hukuki sorumluluğunun söz konusu olabileceği öne sürülmektedir⁴⁰⁸.

Bu noktada tartışılması gereken önemli bir husus söz konusudur:

Adli vakalarda, ceset üzerinde otopsi işlemi yapılması gerekliliği doğabilmektedir. Böyle bir durumda bir diğer yandan beyin ölümü gerçekleşmiş olan kişinin yakınları organ nakline muvafakat göstermiş ise hangi işleme öncelik tanınacağı tayin ve tespit olunmalıdır. Adli otopsiye öncelik tanınarak otopsi işlemi

⁴⁰⁵ Hakeri, H., “*Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar*”, 2014, s.197.

⁴⁰⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.524-525.

⁴⁰⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.524-525.

⁴⁰⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.524-525.

icra edilmeden organ alınamayacağını söylemek, ölümden sonra kısa bir süre canlılığını sürdüren organların işlevini yitirmesine ve nakil işlemine konu kılınamaz hale gelmesine sebebiyet verebilecektir. Diğer taraftan yaşam kurtarıcı niteliği göz önüne alınarak organ nakline öncelik tanınması durumunda ceset üzerinde otopsi işlemi yapılmadan ceset bütünlüğü bozulabilecek, adli soruşturma bağlamında hayatiyet arz eden bazı deliller yok olabilecektir. Bu noktada bir yandan organ nakliyle yaşam kurtarmak diğer yandan sağlıklı suç soruşturması yürütmek ve adaletin doğru tecellisini sağlamak bağlamında yarışan iki hukuki değer karşısında hangisine öncelik tanınacağı hususunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir⁴⁰⁹.

Konunun çözümüne ilişkin olarak doktrindeki görüşler farklıdır:

Birinci görüşe göre; suçun aydınlatılması bağlamında delil niteliği olan organların alınmaması gerekmekte ise de organ nakli ile korunan yarar ve elde edilecek hukuki menfaat, otopsi ile elde edilecek yarardan üstün görüldüğünden, savcının izni beklenmeden ve adli otopsi yapılmadan organ alınabileceği kabul edilmelidir⁴¹⁰. Bu görüşe göre sair koşulların varlığı halinde adli otopsi yapılmadan önce, ölüden organ veya doku alınabilir⁴¹¹. Yüksek Sağlık Şurası da suç soruşturmasını yürüten cumhuriyet savcısının onayı olmaksızın ve adli otopsi işlemi

⁴⁰⁹ Bu hususun yaşandığı ve Yargı kararlarına konu teşkil etmiş bazı örnekler söz konusudur:

- 1. Olay:** Gece yarısı gerçekleşen bıçaklama olayı neticesinde olayın mağduru vefat etmiştir. Vefat edenin yakınları tarafından usulüne uygun olarak organ nakline muvafakat edilmiştir. Hekimler, organ alma işleminin aciliyeti gerekçesiyle otopsi işlemlerinin hızla tamamlanmasının temini amaçlı olarak nöbetçi cumhuriyet savcısını aramışlar ise de savcı, ancak ertesi gün saat 09.00'da hastaneye gelebileceğini belirtmiştir. Otopsi işlemini icra etmekle görevli adli tıp uzmanına da ulaşılabilmesi üzerine hekimler, adli kolluk görevlilerinin nöbetçi cumhuriyet savcısına ulaşmasını istemişlerse de savcının yanıtı aynı olmuştur. Bunun üzerine nakle konu organların 1 saat içerisinde alınması zarureti gözetilen hekimler, ölenin bazı organlarını alarak organ nakli bekleyen 3 hastaya nakledilmesi için Ankara'ya göndermiştir. Ertesi sabah saat 09.00'da hastaneye gelen cumhuriyet savcısı, hekimler hakkında soruşturma başlatmış ve kamu davası açmıştır. (Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.525.)
- 2. Olay:** Malatya Cumhuriyet Başsavcılığı, ateşli silahla yaralama olayı neticesinde hayatını kaybeden kimsenin organlarını savcılığın izni olmaksızın aldığı gerekçesiyle hekim-öğretim görevlileri hakkında adli soruşturma yürütmek amacıyla ilgili idare olan Üniversite yönetiminden soruşturma izni istemiştir. İlgili üniversite yönetimi bahse konu istemi reddetmiştir. Bunun üzerine açılan idari davada Danıştay 1. Dairesi, "*hekimlerin, yalnızca aile yakınlarından izin alarak ve dahi Cumhuriyet Savcısı beklenmeksizin yaptıkları organ naklinin suç oluşturduğuna*" hükmetmiştir. Aynı olay nedeniyle yürütülen adli kovuşturma esnasında Yüksek Sağlık Şurası'ndan mütalaa talep edilmiş, bahse konu mütalaa "*hekimlerin bu işlemlerinin 2238 sayılı ODNK ile tıp etiğine aykırılık oluşturmadığı*" mütalaa edilmiştir. (Kök, *a.g.m.*, 2011, s.221, Algan, *a.g.m.*, 2018, s.73.)

⁴¹⁰ Soyaslan, "*Organ, Doku Nakli*", 2007, s.130; Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s.31- 32.

⁴¹¹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 135.

yapılmadan önce gerçekleştirilen organ naklinin, tıbbi etik ilkelerine ve genel prensiplere aykırı olmadığı kanaatindedir⁴¹².

İkinci görüşe göre ise öncelik otopsiye verilmelidir, zira organ veya doku nakli ikincil olarak değerlendirilmelidir⁴¹³. Doktrinde benzer şekilde Cumhuriyet savcısı ölüyü incelemekten ve dahi adli otopsi işlemi bağlamında gerekli işlemler icra edilmeden gerçekleştirilen organ nakilleri gerekçesiyle hekimlerin sorumlu tutulması gerektiği fikri savunulmuştur⁴¹⁴. Danıştay da cumhuriyet savcısının izni beklenmeden organ almak fiilini icra eden hekimler hakkında adli soruşturma yapılması amacıyla izin verilmesi gerektiği görüşündedir⁴¹⁵.

Doktrinde birinci görüşün daha fazla savunucusu olmakla belirtilmekle birlikte bu bağlamda ceset üzerinde adli otopsi yapılmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde öncelikle organ alımının gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Dahası bu durumda zorunluluk hali (TCK m. 25 f. 2) çerçevesinde, adli otopsi işleminde önce organ alımını gerçekleştiren hekimin cezai sorumluluğunun söz konusu olmayacağı fikri savunulmuştur⁴¹⁶. Kaldı ki, organ nakli vesilesiyle bazen bir kişinin, bazı durumlarda da birden fazla kişinin hayatı kurtarılmaktadır. Buna karşın, adli otopsi işlemi neticesinde muhakkak bir delil elde edileceği ise kesin değildir⁴¹⁷.

Yine organ naklinin otopsi işlemine göre öncelikle uygulanabileceğini savunan bazı yazarlar ODNK m. 14 f. 4.hükümünün⁴¹⁸ kaza ve doğal afet durumlarında adli otopsinin organ alma işleminden sonra yapılacağı yönündeki düzenlemesinin kıyasen uygulanabileceğini öne sürmektedirler⁴¹⁹. Ancak kanımızca, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan kişilerden “zorunluluk hali modeli” kapsamında organ veya doku alınmasını

⁴¹² Bkz. Ünver, Y. (2009). “*Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu.*” *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, 10, s. 87.

⁴¹³ Özgenç, İ. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/otopsi-mi-oncelikli-organ-nakli-mi-5280320> (Erişim Tarihi, 03.08.2020).

⁴¹⁴ Başpınar, V. (2007). “*Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, *Organ Ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul, s. 204.

⁴¹⁵ Bkz. Ünver, *Organ Nakli*, 2009, s. 87.

⁴¹⁶ Hakeri, *Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar*, 2014, s.199.

⁴¹⁷ Bkz. Ünver, *Organ Nakli*, 2009, s. 79, 87-90.

⁴¹⁸ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“adli otopsi organ alınması işlemi tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir”

⁴¹⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 526, Hakeri, *Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar*, 2014, s.199.

düzenleyen bahse konu hükmün kıyasa tabi tutulması mümkün değildir. Zira bahse konu hüküm yalnızca kaza veya doğal afetler sonucunda ortaya çıkan ağır harabiyet nedeniyle ölen kimselerden organ alınması esnasında uygulanmak üzere ihdas olunmuştur. Diğer yandan ODNK m. 15 ile öngörülen cezai müeyyide hükmü gereğince ODNK'nin sair hükümlerine aykırı olarak icra edilen organ veya doku nakli işlemleri karşılığında özgürlüğü bağlayıcı hapis cezası öngörülmüştür. Bu durumda 14. maddenin fıkraları arasında yapılacak bir kıyas, hem amaçsal olarak yerinde olmayacak hem de ceza hukuku bakımından doğacak sonuçları göz önüne alındığında kıyas yasağına aykırılık teşkil edebilecektir.

Diğer yandan ODNK ile aranan koşullar sağlanmış olmasına rağmen otopsi işlemi yapılmaksızın organ ve doku nakli işlemi yapılmasına engel olan cumhuriyet savcılarının görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle sorumluluklarının doğabileceği savunulmaktadır⁴²⁰. Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu'nun Ölü Muayene ve Otopsi İşlemleri'ne ilişkin 18.10.2011 tarihli genelgesi ile adli otopsi işleminin, zorunlu görülen belirli işlemler yapılmak kaydıyla organ nakli işlemlerinin sonrasına bırakılması gerektiği açıkça bildirilmiştir⁴²¹.

Ancak bahse konu genelge ile yapılan düzenlemenin yalnızca kaza ve doğal afet durumlarına ilişkin hükümler ihtiva ettiği göz önüne alındığında, tartışma konusu hususun önemi ile tartışmaların yoğunluğuna nedeniyle kanun koyucu

⁴²⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020 s. 529, Hakeri, *“Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar”*, 2014, s.199

⁴²¹ Genelgenin ilgili hükümleri şöyledir: “Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğünden alınan bazı yazılarda; 2238 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemeye atıf yapılarak kaza neticesinde beyin ölümü gerçekleşen hastaların, başka bir insanın hayatını kurtarmaya yönelik organ bağıışı yapılabilmesi için durumun aciliyeti ve hayatiyeti karşısında ilgili Cumhuriyet başsavcılıkları ile organ alımı işleminin gerçekleştirilmesinin temininin son derece önemli olduğu belirtilmiştir.

Ülkemizde organ bağıışı, ihtiyacı karşılayacak düzeyden çok uzak olup, her yıl organ nakli bekleyen hasta sayısı giderek artış göstermektedir. Bu bakımdan, anılan Kanunun ilgili maddesinde öngörüldüğü şekilde gerçekleşen beyin ölümlerinde, ilgili Cumhuriyet başsavcılığı ile ivedi bir şekilde iletişime geçilerek organ ve doku nakli uygulamasının yapılması, belirtilen ihtiyacı nispeten de olsa karşılayabilecektir.

2238 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında meydana gelen adli vakalar sonucu gerçekleşen beyin ölümlerinde, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına durumun haberdar edilmesini müteakiben organ ve doku nakli uygulamasının anılan Kanunun 11 inci maddesinde belirlenen hekimler kurulunun raporuyla 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..”

tarafından yasal düzenleme yapılarak tartışmaların giderilmesi, organ naklinde görev alacak hekimlere kanuni güvence sağlanmaması gerekmektedir.

3.4.1.5. Organ ve dokunun dağıtılması

Beyin ölümü gerçekleşen bir kimsenin hayatta iken organlarını bağışlaması ya da beyin ölümü gerçekleşen kimsenin yakınlarınca usulüne uygun olarak organ nakline muvafakat edilip rıza gösterildiğinde, Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ile organların dağıtımı yapılmaktadır. Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ile bağışlanan organlar, Sağlık Bakanlığı'nın Bölge Koordinasyon Merkezine (BKM) bildirilmektedir. BKM'ler aracılığıyla Ulusal Koordinasyon Merkezine (UKM) bildirim yapılarak bağışlanan organların nakil bekleyen alıcıların nakil işlemini icra edecek nakil merkezlerine dağıtımı yapılmaktadır.

Ölümlerden temin olunan organların nakil sırası bekleyen hastalara temini bakımından ortaya çıkan en önemli sorun, alınan organın hangi ölçütler göz önüne alınarak kimlere dağıtılacağıdır. Nakil işlemlerine konu olabilecek uygun organ sayısının azlığı ile nakil için uygun organ bekleyen hasta sayısının fazla olması⁴²² hususları bir arada göz önüne alındığında, hangi hastaların tercih edileceği sorunu büyük önem arz etmektedir.

Bu denli önem arz eden bir konu, 2238 sayılı Kanun ile düzenlenip hükme bağlanmış değildir. Kanun bu hususa ilişkin genel prensipleri dahi tayin etmemiştir. Düzenlemelerin yönetmelik ve yönergeler hükümleri ile yapılmış olması, bu kadar hayati bir meselenin kanuni bir dayanağa sahip olmaması, doktrinde Anayasa'ya aykırı görülmüş olup; temel hak ve özgürlüklere ilişkin tüm düzenlemelerin kanunlarla yapılması gerekliliği ifade olunmuştur⁴²³.

⁴²² 2019 yılı Kasım Ayı itibarıyla 22 bin 995 hasta böbrek, 2 bin 298 hasta karaciğer, bin 143 hasta kalp, 93 hasta akciğer, 293 hasta pankreas, 1 hasta ince bağırsak, bin 669 hasta kornea nakli için sıra beklemektedir. Toplamda 27 bin 792 hasta nakil için sırada beklemektedir. Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-7-bin-767-organ-ve-doku-nakli-yapildi/1634138>, Erişim Tarihi: 20.03.2020

⁴²³ Hakeri, “*Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar*”, 2014, s.199 : “Alman Nakil Kanunu, genel prensipler olarak “başarı şansı” ve “aciliyet” ölçütlerini benimsemiş, ayrıntılı düzenleme konusundaki yetkiyi Tabipler Birliği'ne vermiştir (m. 12); Bu sistemde bekleyen hastalara puan verilmektedir.”

Yürürlükte bulunan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 15. maddesi⁴²⁴ ile organ veya doku naklinin, Sağlık Bakanlığınca belirlenen esaslara göre yapılacağı öngörülmektedir.

Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi⁴²⁵'nin 5. maddesi ile organ ve doku nakline ilişkin genel ilkeler tespit olunmuştur. Bahse konu hükme göre, organ veya dokuların dağıtılması esnasında kanun ve yönetmelik hükümlerinin yanı sıra bilimsel kurallar ve tıbbi-etik ilkeler göz önüne alınmalı, bu bağlamda adalet anlayışına uygun bir dağıtım gerçekleştirilmelidir. Aynı madde kapsamında Sağlık Bakanlığı tarafından “Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi” oluşturulacağı hükme bağlanmış, organ ve doku nakli yapılan nakil merkezleri tarafından kendi organ nakli bekleme listelerindeki hasta bilgilerini Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kaydetme yükümlülüğü getirilmiştir. Yine aynı madde ile organ ve doku dağıtımında acil organ talepleri öncelikle değerlendirileceği ve acil talepler için “Acil Bekleme Listesi” oluşturulacağı düzenlenmiştir.

Yönergenin 6 ila 8. maddeleri ile kalp, böbrek, akciğer ve karaciğer nakillerinde gerçekleştirilecek dağıtımına ilişkin bilimsel esaslar hükme bağlanmıştır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise “**şartlı bağış**”tır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile tercihli bağış nitelemesi ile şartlı bağışa olanak tanınmıştır. Yönetmeliğin m. 4 f.1 bent “i” ile tercihli bağıştan kastın ne olduğu tanımlanmıştır⁴²⁶.

Bu noktada gündeme gelebilecek bir başka husus da yabancıların belirtilen organ ve doku nakli sistemi kapsamına girip girmeyecekleri hususudur. Mevzuatımızın herhangi bir hükmü, yabancıların tedavisini engelleyici düzenlemeler içermemektedir. Diğer yandan Organ Ticareti ve Nakil Turizmine İlişkin İstanbul Protokolü ile yabancı hastaların tedavisi bağlamında yalnızca kendi ülke

⁴²⁴ Organ ve doku dağıtım esasları

MADDE 15 – (1) Organ dağıtımı elektronik ortamda yapılır. Nakil merkezleri kendilerinde sıra bekleyen hastalara ait listeleri güncelleştirmek zorundadır. Organ ve doku dağıtımı, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre yapılır.

⁴²⁵ 28.05.2008 tarih ve 19735 sayılı Bakanlık onayı ile yürürlüğe girmiştir.

⁴²⁶ Bahse konu hükme göre, Tercihli Bağış: “Beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organının bağışlanması halinde, ölenin bekleme listesinde kayıtlı olan eşi ile dördüncü dereceye kadar olan (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türünü ifade eder.”

vatandaşlarına organ naklinin garanti edilmiş olması koşuluyla yabancılara ilişkin organ naklinin kabul edilebileceği belirlenmiştir⁴²⁷. Uygulamada da Türk Vatandaşı olmayan kimselerden organ ve doku alınmakta ise de yabancılar organ veya doku alıcısı olamamaktadır⁴²⁸.

3.4.2. Canlılardan Organ Nakli

Canlılardan organ veya doku nakli, usulüne uygun olarak gösterilen rıza neticesinde canlı bir insandan alınan organ veya dokunun, alıcı konumunda bulunan ve organ yahut doku nakline ihtiyaç duyan bir başka insana aktarılmasıdır. Canlıdan kasıt, hukuken insan vasfını kazanmış ve bu niteliği koruyan varlıklardır⁴²⁹.

Tartışmalı olmakla birlikte⁴³⁰ katıldığımız görüşe göre medeni hukukta kişilik tam ve sağ doğumla başlamakta ve kural olarak ölümle sona ermektedir⁴³¹. Bu çerçeveden bakıldığında cenin, tam ve sağ doğum gerçekleştikten sonra canlı kabul edileceği için, ceninin tam ve sağ doğum gerçekleşmeden önce canlılar arası organ veya doku naklinin konusunu teşkil etmesi mümkün değildir.

Canlılardan yapılacak organ ve doku nakillerinin, ölüden yapılacak organ nakline göre ikincil nitelik taşıdığı ve son çare olarak başvurulması gerektiği çalışmamızın önceki bölümlerinde izah edilmiştir⁴³².

Canlılardan yapılan organ veya doku nakli, ölülerden yapılan organ veya doku nakillerine kıyasla hukuken daha az tartışmalı konuyu bünyesinde ihtiva etmektedir. Bu durum şu sebeplerden kaynaklanmaktadır: öncelikle çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız üzere bireyler kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bedenleri üzerinde icra olunacak kimi işlemler için belli ölçülerde rıza gösterme ehliyetine

⁴²⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.531.

⁴²⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.531; Hakeri, *Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar*, 2014, s.203.

⁴²⁹ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s. 31.

⁴³⁰ Yaşam hakkının başlangıcı ve sonlanmasına dair görüşler için bkz. Tacir, H. (2013). “*Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı*.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 1301 vd., Özel, *a.g.m.*, 2002, s. 51 vd.

⁴³¹ Öztan, B. (2014). “*Medeni Hukukun Temel Kavramları*” (Otuz Dokuzuncu Bası) Ankara: Turhan Kitapevi, s. 223.

⁴³² Bkz. “Organ ve Doku Nakli Çeşitleri” başlığı

sahiptirler. Bir diğ er taraftan canlılardan yapılacak nakiller bağlamında ölüm halinin ve anının tespiti gibi tartışmalı bir husus da gündeme gelmeyecektir⁴³³.

Canlılardan organ naklini ölülerden yapılan organ naklinden ayıran en belirgin hususlardan birisi de alıcının belirli olmasıdır. Gerçekten de ölülerden organ nakli, mevzuatımızda belirlenmiş ve yukarıdaki bölümde detaylı izah edilen dağıtım kurallarına tabidir. Buna karşılık canlılardan organ naklinde bağışlayan, doğırudan belirli bir kimseye yönelik olarak organını bağışlamaktadır. Dolayısıyla canlılardan organ nakli, naklin icra ediliş usul ve esasları bağlamında Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi hükümlerine tabi değıldir⁴³⁴.

Uygulamada bazı kimsenin hastanelere başvurarak, ihtiyaç sahibi kimseler tarafından kullanılmak üzere organını yahut organlarını bağışlamak istediğı ve bu kimselerin organ alıcısı olacak kimse/kimseler hakkında bir belirlemesinin ve arzusunun da olmadığı vakalarla karşılaşılmaktadır (***Non-Direct Altruistic Donation***). Doktrinde bu tarz durumların söz konusu olması halinde yapılması gerekenin, bağışın ölülerden bağış hükümlerine tabi tutularak organ dağıtım sistemine göre sırada olan kişiye organın verilmesi gerektiğı savunulmaktadır. Bunun aksinin kabulü halinde, organ bağışıcısı kimse tarafından bağışlanan organlar, yalnızca bu kimsenin dördüncü dereceye kadar yakınlarına verilebilecektir⁴³⁵.

Canlı vericiden yapılan organ nakillerinde üç temel ilke söz konusudur. *Birincisi*, vericiden alınan organın yokluğı ve organ alma esnasında gerçekleşen cerrahi süreç, vericinin sağılığını, işlevsel b t nl ğı ile vücut tamlığını veya yaşamını zedelememelidir. * kincisi*, organ bağışına ilişkin iradenin tamamen  zg r olarak ortaya koyulması, herhangi bir baskı veya zorlama olmaksızın donörlerin kendi rızalarıyla gönüllü olmaları gerekmektedir. *   nc s *, vericinin gerçekleşecek cerrahi girişimin muhtemel sonuçları ve riskleri ile beraber bağışlanan organın bünyeden eksilmesi durumunda ortaya çıkabilecek tüm tehlikelerden tamamıyla haberdar edilmesi gerekmektedir⁴³⁶.

⁴³³ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s.40; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.532.

⁴³⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 532.

⁴³⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 532.

⁴³⁶ Dülger, "*Tıptaki İlerlemeler*" Academia. Edu (erişim Tarihi 28.02.2020)

İşte bu temel ilkeler ışığında, canlılardan organ ve doku nakli için öngörülen koşullar aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır:

3.4.2.1. Canlılardan organ ve doku naklinin şartları

3.4.2.1.1. Verici bakımından koşullar

Ehliyet

Organ ve doku bağışlayabilmek için vericinin tam ehliyetli olması gerekmektedir. Ancak tam ehliyetli olmak da yetmemektedir. Zira ODNK, Türk Medeni Kanunu ile belirlenmiş bulunan tam ehliyetle ilgili genel hükümlere ilave olarak özel bir ehliyet öngörmüştür. ODNK m. 6 hükmü gereğince bir kimsenin organ veya doku bağışında bulunabilmesi, diğer bir deyişle kişinin kendisinden organ veya doku alınmasını sonuçlayan tıbbi müdahaleye rıza açıklayabilmesi için **on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip** olması gerekmektedir. Bu şart yine ODNK 5.maddesinde on sekiz yaşını doldurmamış kişiler ile ayırt etme gücüne sahip olmayan (mümeyyiz olmayan) kişilerden organ ve doku naklinin yasaklanması ile açıkça hükme bağlanmıştır⁴³⁷. Bu sebeple küçükler, vesayet ve hacir altında bulunanlar organ veya doku nakline rıza gösterme ehliyetine sahip olmadıkları gibi veli veya vasileri aracılığı ile dahi kendilerinden organ veya doku alınmasına rıza gösteremeyecekleri kabul edilmelidir⁴³⁸. Ancak temyiz kudretine sahip olan kısıtlıların organ veya doku nakli konusunda rıza açıklama ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir⁴³⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun erginlik bağlamında ihdas ettiği hükümler göz önüne alındığında; hali hazırda on sekiz yaşını doldurmamış olmasına rağmen bireylerin ergin (reşit) sayıldığı **iki hal** mevcuttur. Bunlardan birincisi, kişilerin bazı koşulların mevcudiyeti altında evlenmesi ve evlenen kişinin evlilikle birlikte tam ehliyetli olmasıdır. Ancak 2238 sayılı Kanun, her ne kadar evlenen kişiler evlenme ile tam ehliyetli ve ergin sayılmakta ise de bu ilkedan ayrılmıştır. Bu bağlamda ODNK ile evlenme yoluyla kişilerin ehil sayılmış olması, organ veya doku bağışçısı

⁴³⁷ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 250.

⁴³⁸ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1972, s. 16.

⁴³⁹ Ç. K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 142.

olup organ veya doku verilmesi bakımından aranan ehil olma için yeterli görülmemiştir. İkinci hal ise, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlediği şekliyle 15 yaşını tamamlamış kimselerin öngörülen koşulları sağlaması durumunda mahkeme kararıyla ergin kılınmasıdır. 2238 sayılı ODNK düzenlemesi gereğince bu durumda dahi kişi 18 yaşını tamamlamadığı için organ veya doku vermek yönünde rıza açıklama ehliyetine sahip olmayacaktır. Bu bağlamda, 2238 sayılı ODNK, organ ve doku vericisi konumunda bulunacak kişiler bakımından Türk Medeni Kanunu'nun kabul ettiği erginlik kıstaslarını kabul etmemiş, yalnızca vericinin on sekiz yaşını tamamlamış ve on dokuz yaşından gün almış olması durumunu ehliyet bakımından yeterli saymıştır. Bundan çıkan sonuca göre, evlenme yoluyla veya hâkim kararıyla on sekiz yaşını doldurmadan ergin kılınanlar, organ bağışında bulunma ehliyetine sahip değildir⁴⁴⁰.

Kanımızca bu görüş isabetlidir. Nitekim kanun koyucu, rıza ehliyeti bağlamında “*reşit olma*”yı yeterli görse idi bu hususu açıkça belirtmek suretiyle düzenleme yapabilecek iken kasıtlı ve bilinçli bir tercihle “*on sekiz yaşını doldurulması*” tabirinin kullanmıştır. Bu tercih karşısında artık organ ve doku nakline rıza verecek kişilerin mahkeme kararı yahut evlilik yoluyla ergin kılınmış olsa dahi on sekiz yaşını doldurmamış olması durumunda organ ve doku nakline rıza ehliyetini haiz olmadığının kabulü gerekmektedir.

Nitekim kanun koyucu 2238 sayılı Kanun'un 7/c maddesinde; bağışçı/vericinin akli ve ruhi durumunun araştırılmasını ve sağlıklı karar verme yetisi bulunmayan kimselerin organ ve dokularını almayı reddetmek yükümlülüğü yüklemek suretiyle organ veya doku bağışçısının sıhhatli karar alma yetisine ayrı bir önem atfettiğini ayrıca vurgulamaktadır⁴⁴¹.

ODNK ile yalnızca kişinin on sekiz yaşını doldurarak ergin olması yeterli sayılmamış; bu koşulun yanı sıra vericinin ayırt etme gücüne sahip olması da

⁴⁴⁰ Kılıçoğlu, a.g.m., 1991, s. 250, Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.178.

⁴⁴¹ Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü:

Madde 7 – Organ ve doku alacak hekimler:

c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;
... zorundadırlar.

aramıştır. On sekiz yaşını doldurmak ifadesinden anlaşılması gereken, on dokuz yaşından gün almaktır⁴⁴².

ODNK ile organ vericisi bakımından gerekli görülen ayırt etme gücü, kişinin Türk Medeni Kanunu m. 13 anlamında davranışlarını yönlendirme iktidarına sahip olmasıdır. Organ ve doku alınması bağlamında verici konumunda bulunan kimsenin akıl hastalığı yahut zayıflığı veya sarhoşluk gibi ayırt etme gücünün varlığını etkileyen bir nedenden ötürü aklı başında hareket etmediğinin tespiti halinde yahut davranışlarını yönlendirme yeteneğinde bir aksaklık ya da eksiklik olduğu saptandığında organ veya doku alınması yönündeki rızaya geçerlik tanınamayacaktır⁴⁴³. Bu durumda organ veya doku vericisi olmak bakımından rıza açıklama ehliyeti olmayan bu kimselerden, açıklanmış rıza söz konusu olsa dahi organ veya doku alınmamalıdır. 65 yaşından büyük kişiler bakımından ise, uygulamanın aksine akli yetenekleri ve ayırt etme güçlerinden şüphe edilmesi gereken somut veriler söz konusu olmadıkça kural olarak mümeyyiz olduklarının kabulü gerekmekte olup ayrıca bir hekim raporu zorunlu değildir⁴⁴⁴.

Organ veya doku nakli bağlamında ayırt etme gücünden anlaşılması gereken, vericinin, kendisi üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin niteliği ve etkilerini algılayabilecek zihinsel olgunluğa sahip olmasıdır. Bununla birlikte vericinin, müdahalenin taşıdığı riskleri ve potansiyel zararları ve son olarak söz konusu tıbbi müdahaleye yönelik açıkladığı rızanın anlam ve önemini idrak edebilecek ruhsal ve zihinsel olgunluk seviyesine ulaşmış olması gerekmektedir⁴⁴⁵.

ODNK ile verici konumunda bulunacak kimsenin on sekiz yaşını bitirmiş olması ile ayırt etme gücüne sahip bulunması gerektiği ifade olunmuştur. Bu vesileyle küçükler, vesayet altında olan kimseler ve kısıtlıların organ veya doku alınması yönünde gösterecekleri rıza, hukuken geçerli bir rıza beyanı niteliğinde değildir. Nakil işlemini gerçekleştirecek olan hekim, kişilerin ayırt etme gücünün varlığı bağlamında bir değerlendirme yaparak akli ve ruhi hali itibarıyla sağlıklı karar

⁴⁴² Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 250.

⁴⁴³ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 250.

⁴⁴⁴ Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s.532

⁴⁴⁵ Çilingiroğlu, C. (1993). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 55. Aktaran: Abik, *a.g.m.*, 2014, s.103.

verebilecek durumda olmayanlar kimselerden her ne kadar rıza açıklamaları mevcut bulunsa da organ ve doku almayı reddetmek yükümlülüğü altındadırlar⁴⁴⁶.

Kişilerin organ veya dokularının alınmasına hususunda göstereceği rıza, bireylerin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlık değeri ile doğrudan ilişkili olduğundan; rıza açıklama bağlamında ehliyetli olmayan kişiler adına *yasal temsilciler* tarafından rıza açıklamasında bulunulması hukuken geçerli olmayacak, rıza beyanı geçerli kabul edilmeyecektir. Zira bireylere ait yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı **“yüksek kişilik değerleri”** niteliğinde olduğundan bu değerler üzerinde üçüncü kişilerce tasarrufta bulunulmasına kural olarak müsaade edilmemektedir⁴⁴⁷.

ODNK m. 5 ile *on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi* 20. maddesi ile istisnai olarak belirlenen şartların varlığı halinde on sekiz yaşından küçük yahut ayırt etme gücü olmayan kimselerden organ veya doku alınmasına olanak tanımaktadır. Ancak daha önceki bölümlerde ifade olunduğu üzere bu yöndeki hükme ülkemiz tarafından, ODNK’nın 5’inci maddesiyle çelişki içermesi ve uyumsuzluk arz etmesi nedeniyle çekince koyulmuştur. Dolayısıyla günümüz itibarıyla ülkemizde, bu yönde bir istisnai halin varlığı durumunda dahi organ veya doku bağışlamak için gösterilen rızaya hukuken geçerlilik izafe edilmemektedir. Doktrinde, çekince koymak yerine, söz konusu hüküm çerçevesinde Türk mevzuatının değiştirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır⁴⁴⁸.

Bu bağlamda bahse konu kuralın Anayasa m. 90 hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, Biyo-Tıp Sözleşmesi m. 20/2 ile düzenlenen kural ile kendisini yenileyebilen dokular söz konusu olduğunda, alıcı ile vericinin kardeş olması ve vericinin nakil işlemine itiraz etmemesi durumunda istisna tanınmışsa da; bu istisna hükmünün ulusal hukukumuzda etki ve sonuç doğurması mümkün değildir⁴⁴⁹. Gerek Anayasa’nın m. 17 f. 2 hükmü uyarınca gerekse de ulusal hukukumuzdaki düzenlemelerin verici bakımından temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımında lehe düzenlemeler içerdiği göz önünde tutulduğunda, ulusal hukukumuzda mevcut bulunan normlar öncelik kazanacaktır. Nitekim bu yöndeki

⁴⁴⁶ Abik, *a.g.m.*, 2014, s.103.

⁴⁴⁷ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 524.

⁴⁴⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 534.

⁴⁴⁹ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 524.

tespit Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin 27. maddesi ile düzenlenmiş bulunan “*daha geniş koruma*” kenar başlıklı hükmü ile de uyumlu olmaktadır⁴⁵⁰.

Doktrinde on sekiz yaşından küçük kimselerden de ayırt etme gücüne sahip olmaları koşuluyla öncelikle onların rızası alınmak suretiyle organ veya doku naklinin gerçekleştirilebilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu noktada bahse konu kimselerin kanuni temsilcilerin fikirlerinin belirleyici olması gerektiği, bu görüş ve fikirler noter tarafından yahut nakli yapacak hekim tarafından onaylanması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur⁴⁵¹.

Nitekim Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda bu düşünceye imkân sağlar mahiyette hükümler ihdas olunduğu belirtilmektedir⁴⁵².

Vericinin aydınlatılmış rızasının olması

a) Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Organ bağışçısının açıklayacağı rıza beyanı, nakli gerçekleştirecek olan hekim tarafından naklin etkileri ve muhtemel sonuçları bakımında detaylı bilgilendirmeden sonra açıklanmalıdır.

Aydınlatma ile ifade olunmak istenen; hekimin, organ veya doku vericisi kimseye icra edilmesi planlanan tıbbi ve cerrahi nitelikteki müdahalenin türünü, şeklini, niteliğini, muhtevasını, yan etkilerini ve potansiyel risklerini detaylı olarak açıklamasıdır. Tüm bunların yanında aydınlatma ile icra edilen önemli bir fonksiyon da gerçekleştirilecek, müdahale ile ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım

⁴⁵⁰ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 524.

⁴⁵¹ Aydın, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli*, 2008, s.40-41.

⁴⁵² Bu düzenlemeye göre:

“Yaş küçüklüğü, zihinsel engellilik, hastalık veya benzeri sebep-lerle organ bağışına muvafakat etme yeteneğine sahip bulunmayan kişilerden kemik iliği gibi kendisini yenileyen dokuların nakli yapılabilir. Bunun için;

a. Dokuları uyumlu olan, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bir vericinin bulunamaması,

b. Alıcının, vericinin kardeşi olması,

c. Bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması,

d. Vericinin ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla bu işleme karşı olmaması

e. Vericinin yasal temsilcisinin noter tarafından onaylanmış izninin olması, bu izin belgesinin nakli yapacak hekim ya da hekimler tarafından da onaylanmış olması zorunludur” (m. 4/3). (Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 534.)

sonuçlar izah edilerek, vericinin tıbbi müdahale hakkında serbestçe ve özgürce karar alabilecek donanımına getirilmesi sağlanacaktır⁴⁵³.

Organ nakli öncesinde aydınlatma yükümlülüğünün bi hakkın icrası büyük önem arz etmektedir. Özellik arz eden bir müdahalenin mevcudiyeti gerekçesiyle, herhangi bir cerrahi girişime ilişkin risklerin açıklanması yeterli olmayacaktır. Bu bağlamda organ veya doku nakli hakkında bütün özellik arz eden durumların vericiye ayrıntılı bir biçimde izah edilmesi gerekmektedir. Aktarılması gereken bilgiler arasında nakledilecek organ veya doku hakkında bütün tetkikler, naklin başarı olasılığı, kullanılacak anestezi etkenli ilaçların niteliği ve dozu ile süresi, naklin potansiyel yan etkileri ve nakil sebebiyle ortaya çıkması mümkün ve muhtemel tüm riskler bulunmalıdır⁴⁵⁴. Doktrinde ölümlerden yapılan kalp nakli ile canlıdan yapılan akciğer nakilleri gibi sonucu ağır nakiller esnasında hastanın tüm detaylara vakıf olacak şekilde aydınlatılması hususunun, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bağlamında ve hekimin hukuki/cezai sorumluluğu bakımından son derece önemli olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda hekim, vericiden organ veya doku nakli sebebiyle taşınabilmesi olası hastalıklar konusunda alıcıyı da aydınlatmalıdır⁴⁵⁵. ODNK m. 8 kapsamında vericinin hayatını sona erdirmeye tehlikesi olan yahut hayati tehlike doğurması muhtemel nitelikteki organ veya dokunun alınması yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen vericinin bu yönde bir taleple hekime başvurması durumunda hekimin bahse konu isteği reddetmesi gerekmektedir. Bu konuda tarafların rıza göstermek suretiyle nakil işlemini gerçekleştirecek hekime icazet vermesi hekimin gerçekleştireceği fiilin hukuka aykırılık niteliğini değiştirmeyecektir.

Doktrinde organ nakilleri bağlamında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının gerçekleştirilecek nakil işleminin niteliğine göre tespit edilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda ölüden yapılan organ naklinde aydınlatılacak kişiler ve aydınlatmanın kapsamı ile yaşayan kimselerden yapılacak organ naklinde aydınlatmanın gerçekleştirileceği kişiler ve aydınlatmanın kapsamı birbirinden farklıdır. Yine hayvandan insana yapılan organ nakillerinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı

⁴⁵³ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 105.

⁴⁵⁴ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 218; Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1972, s. 190.

⁴⁵⁵ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 218.

diğer nakil türlerinden farklı olmalıdır. Hastanın aydınlatılması yükümlülüğü bakımından, hastaların tedaviyi reddetme hak ve yetkisi sebebiyle belirtilen bilgilendirmeden ve aydınlatmadan kaçınılmaması gerektiği ifade olunmaktadır⁴⁵⁶.

Aydınlatma esnasında hekim, organ nakli süreci ile ilgili açıklamalar yaparken, tıbbî kavram ve deyimleri olabildiğince tercih etmemeli, mümkün olduğu ölçüde vericinin ve alıcının anlayacağı, tıbbi süreçleri ve potansiyel tehlikeleri kavrayabileceği bir dil tercih etmelidir. Zira tıbbî eğitim almamış kimselerin, en karmaşık tıbbi süreçlerden biri olan organ alınması veya nakli süreçleri hakkında nakil öncesi, nakil esnası ve sonrasında teşhis, müdahale ve tedavi hakkında söz konusu olabilecek riskler, alternatif tedavi metotları gibi hususlarda detaylı aydınlatılması oldukça güçtür⁴⁵⁷. Bu sebepten ötürü hekim, organ nakli süreçlerine ilişkin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği esnada, tıbbi kavramlardan mümkün olduğunca kaçınmalı, vericiye ve alıcıya hitap edebilen bir dil, anlaşılır bir üslup tercih etmelidir. Çünkü tıp eğitimi olmayan kimselerin organ nakli süreçlerine ilişkin teşhis, tedavi ile ilgili riskler, alternatif tedavi usulleri gibi hususlarda aydınlatılmaları oldukça zordur⁴⁵⁸.

Aydınlatma, **yazılı** veya **sözlü** olarak gerçekleştirilebilir. Hukukumuzda aydınlatmanın şekline dair özel bir hüküm ihdas olunmamış, özellikli bir belirleme yapılmamıştır. Yazılı şekilde yapılacak bir aydınlatma, hastanın bilgilenmesini ve aydınlanmasını tam anlamıyla temin edemez ise hastaya uygulanacak cerrahi süreçler hakkında daha iyi bilgi aktarılabilmesi adına sözlü aydınlatmanın tercihi daha işlevsel olabilir. Diğer yandan aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması ileride karşılaşılabilecek hukuki uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlaması bakımından işlevsel kabul edilmektedir. Yargıtay da birçok kararında aydınlatmanın yazılı olması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁵⁹. Doktrinde ideal aydınlatma modeli tarif olunurken;

⁴⁵⁶ Başpınar, **a.g.m.**, 2007, s. 204.

⁴⁵⁷ Başpınar, **a.g.m.**, 2007, s. 204, Yargıtay 13. HD 18.09.2008 tarihli 2008/4519 E. 2008/10750 K. Sayılı kararında: “... Davacının hekim aleyhine açtığı davada, davalı hekimin onama belgesi almadığına yönelik savunmasını da esas alınarak, hastasını müdahalenin komplikasyonları konusunda **yazılı belge ile aydınlatmadığını ispat edemediği**” yönündeki değerlendirmesi ile hekimin tazminat sorumluluğuna hükmetmiştir.

⁴⁵⁸ Parlak, **a.g.m.**, 2009, s. 204.

⁴⁵⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 14/ 02/ 2000 tarihli, 2000 / 8582- 10298 sayılı kararı için bkz. Yılmaz, B. (2007). **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 42.

başlangıçta sözlü aydınlatmanın gerçekleştirilmesi, sonrasında sözle ifade edilen hususların yazılı belgelere aktarılması şeklinde bir model önerilmektedir⁴⁶⁰.

Canlıdan organ nakilleri bakımından aydınlatma; bir yandan vericinin diğer yandan alıcının bilgilendirilmesini gerektiren ikili bir süreçtir. Nitekim bu şekilde gerçekleşecek bir süreçte gerek organ bağışlayanın gerekse de kendisine organ aktarılan kişilerin vücut bütünlüğü bir arada değerlendirilmelidir. Organ veya dokunun alınması ve nakledilmesi ile verici bakımından elde edilecek fayda ile alıcı bakımından elde edilen fayda karşılaştırılmakta, alıcının hayatta kalması şeklinde gerçekleşmesi muhtemel yarar üstün tutulmaktadır. Bu vesileyle aydınlatma esnasında, tıbbi müdahalenin nevi, bünyesinde taşıdığı tehlikeler, cerrahi operasyona dair riskler ve gerçekleştirilecek müdahalenin vericinin ilerleyen yaşamında meydana getirme ihtimalinin söz konusu olduğu olumsuz neticeler detaylı olarak açıklanmalıdır. Örneğin bir böbreğini bağışlayan kimseye nakil işlemi öncesinde öteki böbreğini bir kazada kaybederek böbrek nakline muhtaç hale gelebileceği izah edilmelidir. Diğer yandan söz konusu aydınlatma, organ bağışlamak konusunda gönüllü kimseleri caydırmak ve rızalarını geri almalarına sebep olmak anlamına gelmemelidir⁴⁶¹.

ODNK'nin 7. maddesi⁴⁶² ile organ nakline ilişkin müdahaleler bağlamında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün konusu ve kapsamı belirlenmiştir.

Bu noktada belirtilmesi gereken önemli hususlardan biri de şudur: Canlılardan yapılan organ veya doku nakli, verici bakımında hayat ve sağlık bağlamında bir yarar sağlamamakta, bilakis vericinin birtakım riskleri üstlenmesini gerektirmekte olduğundan, vericiye yapılacak aydınlatma son derece kapsamlı olacak şekilde gerçekleştirilmelidir⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Şenocak, Z. (1998). *“Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 60.

⁴⁶¹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 218.

⁴⁶² Bahse konu hüküm ile hekimin aydınlatma yükümlülüğü şu şekilde tespit olunmuştur:

“Vericiye uygun biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek...” (m. 7 / a)

“organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak...” (m. 7 / b)”

⁴⁶³ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 205.

Organ ve doku nakli hususunda da yol gösterici ilkeler içeren *Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın* hastaların aydınlatılmasına ilişkin 26. maddesi⁴⁶⁴ ile düzenlenmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün kimin üzerine terettüp ettiği hususu da yine Organ Nakli Kanunu'nun 7.maddesi ile hükme bağlanmış olup; vericiye yapılacak aydınlatma işlemini yerine getirmesi gereken kişinin organ veya dokuyu alacak hekim olması gerektiği belirlenmiştir⁴⁶⁵.

b) Organ Naklinde Vericinin Müdahaleye Rızası

aa) Genel Olarak

Canlılar arası Organ Naklinde icra olunacak tıbbi müdahale ile vücut bütünlüğü üzerindeki fiilleri hukuka uygun hale getiren, vericinin rızasıdır⁴⁶⁶. Bahse konu rızanın hukuken itibar edilen bir rıza olması için geçerlilik koşullarını taşıması gerekmektedir. Rızanın geçerlilik koşulları ODNK'nun 6. maddesi kapsamında vericinin ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve aynı zamanda on sekiz yaşını tamamlamış olmasıdır.

ODNK m. 7 f. “c” hükmü uyarınca, organ ve doku alma ve nakletme işlemini icra edecek olan hekimler, akıl sağlığı yerinde olmadığı gerekçesiyle kendiliğinden karar verme yetisi mevcut olmayan kimselerin, bu yönde iradeleri mevcut olsa dahi organ veya dokularını almayı reddetmek yükümlülüğü altındadırlar.

⁴⁶⁴ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Hekim hastasını, hastanın 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 durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ve hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.”

⁴⁶⁵ Parlak, **a.g.m.**, 2009, s. 205.

⁴⁶⁶ Abik, **a.g.m.**, 2014, s. 108.

Canlılardan yapılan organ nakillerinde vericinin rızasının geçerli olabilmesi için hata, hile yahut aldatma gibi irade sakatlığı halleri ile sakatlanmamış olması bunun yanında vericinin yeterince aydınlatılması neticesinde açıklanmış bir rıza beyanı olması gerekmektedir⁴⁶⁷.

ODNK m. 6 ile organ nakline rıza gösterildiğine dair beyanın geçerli olabilmesi için yazılı şekil şartına tabi kılındığı görülmektedir. Esasında Türk Medeni Kanunu'nun m. 23 f. 2 hükmü ile yazılı şekil şartı aranmamış olsa da ODNK ile bu yöndeki irade açıklaması yazılı şekle tabi kılınmıştır. Bahse konu hükme göre en az iki şahit huzurunda verilmiş yazılı ve imzalı beyan aranmaktadır. Bahse konu yazılı ve imzalı beyanın açık olması gerektiği gibi hiçbir baskı söz konusu olmaksızın verilmesi ve bilinçli olarak ortaya koyulmuş olması şarttır.

ODNK'nun 7. maddesinin “d” bendi uyarınca verici evli ise, ***birlikte yaşadığı eşinin*** de organ naklinden haberdar edilmesi şart koşulmuştur. Vericinin evli olması durumunda birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ veya doku bağışlama hususunda açıkladığı rızadan haberi olup olmadığı araştırılmalı ve öğrendiği tarih bir tutanak ile kayıt altına alınmalıdır⁴⁶⁸. Doktrinde organ verilmesi neticesinde sosyal hayat üzerinde ortaya çıkabilecek bazı etkiler ile aile hayatı üzerinde söz konusu olabilecek yansımalar gerekçesiyle evli eşin bilgilendirilmesi yönündeki hüküm amaca uygun görülmüştür⁴⁶⁹. Uygulamada vericinin eşinin mutlaka rızası aranmakta ise de kanunen aranan koşul eşin haberdar edilmesinden ibaret olduğundan, mutlaka rıza beyanına ihtiyaç duyulmamaktadır. Diğer yandan haberdar edilmesi istenen eş, vericinin birlikte yaşamakta olduğu eşidir. Bu bağlamda verici konumundaki kişi ile eş, beraber yaşamıyor, hali hazırda boşanma davası açılmış yahut verilmiş bir ayrılık kararı mevcutsa, eşin haberdar edilmesi yönündeki hüküm uygulanmayacaktır⁴⁷⁰.

Canlıdan gerçekleştirilecek organ nakillerini tıp etik ilkeleri ile pozitif hukuk normları bakımından özellikli kılan husus, vericinin rızasıdır⁴⁷¹. Gerek doktrinde gerekse de uygulamada rızanın, “*aydınlatılmış onam*” ya da “*bilgilendirilmiş rıza*” olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Canlıdan alınan organ veya dokuların

⁴⁶⁷ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 108.

⁴⁶⁸ Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s. 536.

⁴⁶⁹ Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s. 536.

⁴⁷⁰ Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s. 536.

⁴⁷¹ Kök, *a.g.m.*, 2011, s. 213.

nakilleri işleminden önce yazılı olarak aydınlatılmış onamın alınması, icra edilecek işlemin hukuka uygunluğu bakımından olmazsa olmaz usul şartlarından birisidir⁴⁷².

Rıza konusunda İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ndeki hükümler, Sözleşme'nin uluslararası niteliği gerekçesiyle dikkate alınmalıdır, zira sözleşme uluslararası anlamda önemli bir açılım⁴⁷³ olarak değerlendirilmektedir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesinin 2. fıkrası ile canlı vericilerden nakil amacıyla organ veya doku alınmasında rıza açıklamasının yazılı olarak veya resmi bir makam huzurunda verilmiş olmasını şart koşturmaktadır. Diğer yandan bahse konu rızanın, müdahale hakkında yeterince bilgilendirilmiş özgür iradenin ürünü olması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Rıza gösteren kimseye, tıbbi müdahale öncesinde müdahalenin hedefi ve niteliği ile muhtemel sonuçlar ve potansiyel tehlikeler hakkında gerekli bilgilendirmeler yapılmalıdır⁴⁷⁴.

Sözleşmede yer bulan bahse konu hükümlerin 2238 sayılı ODNK hükümleri ile benzerlik arz ettiği söylenebilir. ODNK m. 6'da düzenlenen haliyle geçerli rıza açıklaması için vericinin on sekiz yaşını doldurmuş olması ve ayırt etme gücüne sahip olması ön şartlardır. Bu niteliklere sahip olan kimsenin göstereceği rıza, iki şekilde olabilir. Birincisi, verici tarafından imzalanmış yazılı bir belge şeklinde olabileceği gibi; İkinci olarak, vericinin en az iki tanık huzurunda sözlü rıza açıklamasının, verici tarafından imzalanacak bir tutanağa geçirilerek hekimce onaylanması şeklinde de olabilir. Her iki halde de dikkat edilmesi gereken en önemli husus, vericinin organ bağışlama veya verme kararını her hangi bir baskı veya tesir altında kalmaksızın verebilmiş olmasıdır⁴⁷⁵.

Gerçekten de bireylerin organ alınmasına rıza göstermek yönündeki bu izni kişilerin tam özgür iradesine dayalı olarak ve hiçbir baskı altında kalınmaksızın verebilmelidir. Bu süreçte rızanın belirtilen şekilde oluşabilmesi için Kanun ile bazı koruyucu önlemler alınmıştır. Bu bağlamda 2238 sayılı Kanun gereğince verici kimse nakli gerçekleştirecek hekim tarafından yeterince bilgilendirilmeli ve organ

⁴⁷² Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 110.

⁴⁷³ Kök, *a.g.m.*, 2011, s. 213.

⁴⁷⁴ Kök, *a.g.m.*, 2011, s. 213.

⁴⁷⁵ Kök, *a.g.m.*, 2011, s. 214.

alınması neticesinde doğması muhtemel neticeler hakkında aydınlatılmalıdır⁴⁷⁶. Vericinin organ ve doku alınması ile doğabilecek riskler ve tehlikeler ile yine bu işlemin tıbbi, ailevi ve sosyal neticeleri ile psikolojik sonuçları hakkında uygun bir biçimde aydınlatılması gerekir (2238 sayılı K. m. 7 / a). Bunun yanında aydınlatma yükümlülüğünün bir diğer yanı, verici kimsenin organ nakli ile alıcıya sağlanacak yararlar hakkında da aydınlatılmalıdır (2238 sayılı K. m. 7 /b). Organ vericisinin medeni durumuna göre bir başka yükümlülük daha söz konusu olmakta ve vericinin evli olması halinde, birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ nakline ilişkin kararından bilgilendirilmesi gerekmektedir (2238 sayılı K. m. 7 /d). Yine bu bağlamda ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin sıhhatli şekilde oluşmuş iradeleri söz konusu olamayacağı için bu kimselerden nakil amaçlı olarak organ veya doku alınması söz konusu olamayacak mümkün değildir (2238 sayılı K. m. 7 / c).

Rıza, kişinin bedeni ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklarının doğal bir neticesi, insan onurunun tabii sonucu ve kendi geleceğini belirleme hakkının uzantısıdır. Bu sayede bireyler, bir yandan kendileri üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi işlemler hakkında karar alma süreçlerinde söz sahibi olacak, diğer yandan tıbbi süreçleri icra edecek olan hekim, sürecin yönetim modeliyle idaresi sayesinde baskıdan bir nebze de olsa kurtulabilecektir⁴⁷⁷.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası hükmünde ifadesini bulan **“hukuken geçerli rıza”** şartı, organ ve doku nakli işlemleri bağlamında özellikle arz etmekte olup; bu bağlamda **Türk Ceza Kanunu’nun 26. maddesi ile** öngörülen **“İlgilinin Rızası”** hukuka uygunluk sebebine ilave hususları gerektirmektedir.

Organ ve Doku nakline ilişkin cerrahi süreç, bir yandan organ bağışçısı için tıbbi müdahale ihtiva etmekte diğer yandan alıcı bakımından da cerrahi süreç manasına gelmektedir. Bu bakımdan iki tarafın birbirinden farklılık arz eden tıbbi müdahalelere göstereceği rızanın içeriği de birbirinden ayrı olmalıdır. Nitekim alıcı taraf bakımından gerçekten iyileştirme amacına mebni bir müdahale söz konusu olsa da bağışlayıcı/verici kişi açısından iyileştirme amacı veya fiziksel bir yararın mevcut olmadığı söylenebilir. Bu gerekçeler göz önüne alındığında bağışlayıcı/verici taraf için üzerinde mutlak olarak tasarruf edilecek hukuki değerle alakalı konunun mevcut

⁴⁷⁶ Kurt, *a.g.m.*, 2011, s. 244.

⁴⁷⁷ Başpınar, *a.g.m.*, 2007, s 196.

olmaması ve sağığı iyileştirme hedefine dönük bir müdahale söz konusu olmaması nedeniyle “yaşayan kimseden organ ve doku nakli” hukuka aykırı nitelikte görülmektedir⁴⁷⁸. Bu düşünceden hareketle organ veya doku nakline gösterilecek rızanın geçerliliğine ilişkin koşulların tespiti ve fiilin hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla 2238 sayılı Kanun’un ihdas edilmesi bahse konu hedefler bakımından isabetli olmuştur.

Tıbbi ameliyelerin hemen hepsi bakımından icra edilecek tedavi yalnızca hastayı kapsar; canlılardan yapılan sağlar arası organ veya doku nakli bağlamında ise bir hasta alıcı ile bunun yanında bir sağlıklı verici mevcuttur. Nakil işlemi, bütünüyle hasta alıcının menfaatine yönelik bir işlemdir. Sağlıklı konumda bulunan vericiyi bahse konu tıbbi müdahaleye maruz bırakan tek motivasyon sebebi -idealde- gönüllülüğüdür.

Organ nakli süreci bazı muhtemel sorunları bünyesinde taşımakta olup bu sorunların çözümü yalnızca sağlıklı bir rızanın varlığı ile mümkün olabilir. Şöyle ki:

Nakil işlemini icra edecek olan hekim, verici ve alıcının nakil öncesinde tanışmakta olduğu nakiller ile akrabalar arasında gerçekleşen organ bağışlarında, vericinin herhangi bir baskı altın olmaksızın yahut herhangi bir menfaat temini söz konusu olmaksızın bağışa rıza gösterdiğinden emin olmalıdır.

Diğer yandan organ nakli süreci herhangi bir sebepten ötürü alıcı için başarısızlıkla neticelenebilir. Bu durumda bağışçı/vericide organ vermeye dayalı ağır fiziki komplikasyon gelişebileceğı gibi beklenen saygının görülememesinden yahut vaat olunan karşılığı edinememekten kaynaklı boşunalık hissi ile öfke ve olumsuz duygusal haller söz konusu olabilir⁴⁷⁹.

Bir diğer husus ise organ nakli işlemi, tıp etik ilkelerinden olan “zarar vermeme prensibi” ile “özerklik ilkesi”ni karşı karşıya getiren bir hüviyete sahiptir. Daha açık ifadesiyle tüm cerrahi girişimlerin az veya çok risk içerdiği göz önüne alındığında bireylere zarar vermemeye yemin eden hekimin sağlıklı vericiye girişimsel cerrahi müdahalede bulunması gerekmektedir. Buna karşın, verici birey olarak özerk olup, her ne kadar bireysel menfaatleriyle bağdaşmaz nitelikte görünse de vücudundan doku veya organ bağışlama yönünde tasarrufta bulunmak hak ve

⁴⁷⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 508.

⁴⁷⁹ Ertin, *a.g.m.*, 2014, s. 94.

yetkisine sahip olup, nakilden sorumlu hekimin vericinin kendi bedeni üzerindeki söz konusu tasarruf yetkisine saygı duyması gerekmektedir⁴⁸⁰.

İşte yukarıda arz edilen tüm bu sorunlar sağlıklı bir rızanın (aydınlatılmış onam) varlığı sayesinde çözüme kavuşabilir⁴⁸¹.

Bu önemine binaen rızanın oluşumu aşamasında ve organ nakli öncesinde hekimin hastayı bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahalelere ilişkin genel aydınlatma yükümlülüğüne kıyasla daha özel bir hususa dair olup daha özenli ve detaylı bilgi vermeyi gerekli kılmaktadır⁴⁸².

Diğer yandan alıcı bakımından aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, tıbbi müdahalelerde aranan genel aydınlatma yükümlülüğü paralelinde tayin ve tespit edilecektir⁴⁸³. Bu bağlamda; doktrinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak; alıcıya yapılacak aydınlatmanın, vericiye yapılacak bilgilendirmeye kıyasla daha geniş olmasının gerekmediği görüşü mevcuttur⁴⁸⁴. Ancak bu durum, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarında olan aydınlatma yükümlülüğünün asgari standartlarında yapılması gereken bir aydınlatmadan daha azının yeterli olacağı manasına gelmemelidir. Çünkü alıcı bakımında da nakle gerekçe olan hastalığın teşhisi, yapılacak tıbbi müdahalenin niteliği hakkında bilgi verilerek kendisine nakil yapılacak kişiye naklin başarı şansı, potansiyel riskleri ve nakil sonucunda oluşabilecek komplikasyonlar hakkında aydınlatılmalı ve özellikle nakil haricinde alternatif olarak önerilebilecek tedavi yöntemleri bildirilmelidir⁴⁸⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi ile kişilik haklarından yalnızca tamamen değil hukuka aykırı olarak kısmen vazgeçilmesi de yasaklamıştır⁴⁸⁶. Bireylerin kişilik haklarından vazgeçmesi sonucunu doğuran rıza açıklamasının, nakille gerçekleştirilecek fiilleri hukuka uygun hale getirebilmesi için tamamen vazgeçme değil; kısmen vazgeçme niteliğinde olması gerekmektedir. Öyleyse, bireyler ancak kişisel değerlerinin kısmen sınırlandırılmasına rıza gösterebilir ve bu

⁴⁸⁰ Ertin, *a.g.m.*, 2014, s. 94.

⁴⁸¹ Ertin, *a.g.m.*, 2014, s. 94.

⁴⁸² Başpınar, *a.g.m.*, 2007, s. 195.

⁴⁸³ Gökçen, *Organ Ve Doku Nakli*, 2000, s.71.

⁴⁸⁴ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1972, s. 102.

⁴⁸⁵ Overcast, T. D., Merrikin, K. J., & Evans, R. W. (1984). *Malpractice Issues In Heart Transplantation*. Am. J. L. & Med., 10, 363. Aktaran: Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 111.

⁴⁸⁶ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 111.

kapsamda açıklanan rıza, hukuka ve ahlâka aykırı olmamak koşuluyla hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir⁴⁸⁷.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi bağlamında rıza açıklamasının zamanı önem arz etmektedir. Bu kapsamda rıza açıklamaya ehil hak sahibinin kişilik haklarına müdahaleden önce rızasını açıklaması gerekmektedir. Gerçekleşen müdahale sonrasında verilen rıza, hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacak, bu bağlamda ancak koşulları mevcutsa, zararın tazmininden vazgeçme niteliği taşıyacaktır⁴⁸⁸.

Organ ve doku alınmasına gösterilen rıza, aranan başkaca koşulların varlığı durumunda, kişinin beden bütünlüğüne yönelik olarak icra edilecek müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir irade açıklaması niteliğindedir. Kişi açıkladığı rıza beyanı ile hukuken öngörülen sınırlar içerisinde olmak kaydıyla kendi vücut tamlığı üzerinde bir tasarrufta bulunmaktadır. Bu sebeple bireylerin bu yönde bir tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bahse konu rıza açıklaması bakımından aranan ehliyet şartı ancak kişinin ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması ile var olabilmektedir.

Bireylerin akıl hastalığı ve akıl zayıflığı halleri dışında kısıtlanmış olması, bu rızanın verilmesine engel olarak görülmemektedir. Nitekim kişi ayırt etme gücüne sahip ancak kısıtlı kişilerden olsa dahi organ ve doku verilmesine yönelik rıza, hukuki niteliği itibariyle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır. TMK'nın 16. maddesinin 1. fıkrası gereğince bu nitelikteki bir hakkı kısıtlı kişi bizzat kendisi kullanabilecek olup; onun nam ve hesabına temsilcisi tarafından rıza açıklanması hukuken olanaksızdır⁴⁸⁹. Gerçekten de organ ve doku verilmesine dair rıza açıklaması, niteliği itibariyle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması hüviyetinde olduğundan temsil kabul etmeyen hukuki işlemlerdendir. Bu gerekçeyle bir kimsenin temsilcisi vasıtasıyla bu yönde rıza açıklamasına geçerlilik tanınması söz konusu olamaz. Rızanın bizzat kişi tarafından açıklanması mecburidir⁴⁹⁰.

Gerçekten de mümeyyiz olmayan kişilerin vasileri tarafından organ ve doku nakli bağlamında rıza açıklaması veya bu hususta vesayet görevini yaptığı mümeyyiz

⁴⁸⁷ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 251.

⁴⁸⁸ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 251.

⁴⁸⁹ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 112.

⁴⁹⁰ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 252.

olmayan kimseye yetki vermesi hukuken mümkün değildir. Bu şekilde bir yetki verilmiş olsa dahi kanunun açık hükmü karşısında organ alınamaz⁴⁹¹. Nitekim örneğin mümeyyiz olmayan kardeşine vasi olarak atanan bir kardeşin, mümeyyiz olmayan kardeşinin böbreğinin üçüncü bir kardeşe nakli için izin vermesi ve vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesince bu konuda karar verilmesi şeklinde gelişen olayda bahse konu izin ve mahkeme kararı yeterli olmayacaktır⁴⁹².

2238 sayılı Kanun, on sekiz yaşından küçüklerden organ veya doku alınmasını yasaklamış, on sekiz yaşın üzerinde olup ayırt etme gücüne sahip olan ancak kısıtlı bulunan kimselerden organ veya doku alınabilmesinde yasal temsilcinin izin yahut icazetini şart koşmamıştır. Doktrinde organ vermeye ilişkin tasarrufta bulunma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olsa da, ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen kısıtlı bulunan kimseler bağlamında bu denli önemli bir karar hakkında yasal temsilcilerinin rızalarının alınması gerektiği görüşü öne sürülmüştür⁴⁹³. Bu kapsamda 1219 sayılı “*Tababat ve Şuabatı Sanatların Tarz İcrasına Dair Kanun*”un 70. maddesi, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların hakkında söz konusu olabilecek her türlü cerrahi girişimi bu kişilerin veli veya vasisinin iznine tabi kılmıştır. Bu doğrultuda organ ve doku verilmesi konusunda da aynı iznin aranması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹⁴.

bb) Rızanın Bilinçli ve Tesirden Uzak Olması

Bireylerin beden tamlığı ve fiziki bütünlüğü üzerinde değişiklik meydana getiren cerrahi müdahalelere gösterilecek rıza, iradi bir tasarruf gerektirir. 2238 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile iradi tasarrufun oluşumu esnasında vericinin rızasının bilinçli ve tesirden uzak olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bilinçli irade ifadesinden anlaşılması gereken, organ veya doku bağışlayacak kimseye

⁴⁹¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 535.

⁴⁹² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 532-533’te aktarılan bir olayda: Konya Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 23.01.2013 tarihli kararı ile “... bir tarafta akıl hastası olan kısıtlının, diğer tarafta böbrek nakline ihtiyaç duyan kısıtlının kardeşi olduğu, kısıtlının sağlam böbreklerden birisini bağışlamasında tıbbi açıdan sakınca bulunmadığı, zira kısıtlı olmaması halinde kardeşi olan kişiye tereddüt etmeksizin organ bağışında bulunmasının hayatın olağan akışına uygun olduğu” gerekçeleriyle bu yönde beyanda bulunmak üzere vasiye yetki ve izin verilmiştir.

Ancak kanuna açıkça aykırı şekilde izin verilmesine dair bahse konu ilk derece mahkemesi kararı, **Yargıtay 18. HD’nin** 06.03.2014 tarihli ve 2013/ 16178 Esas, 2014/3998 Karar numaralı kararı ile **bozulmuştur.**

⁴⁹³ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 112.

⁴⁹⁴ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 251-252.

gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin boyutları, müdahalenin muhtemel sonuçları hakkında detaylı aydınlatılarak tüm bilgileri detaylı değerlendirmesi sonucunda rıza göstermesidir. Vericinin açıkladığı rızasının hukuken geçerli sayılabilmesi için bedeni üzerinde gerçekleştirilecek işlem hakkında tüm detaylara açıkça vakıf olması gerekmektedir.

Organ veya doku alınacak kimsenin açıkladığı rızasını açık ve serbest iradesiyle göstermiş olması, herhangi bir tesir söz konusu olmaksızın iradesini açıklaması gerekir. ODNK ile vericinin organ alınmasına muvafakat vermek yönündeki iradesinin bilinçli olmanın yanında, her türlü tesirden uzak olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bunun aksi de hukuken kabul edilebilir nitelikte olmayacaktır zira baskı altında oluşan iradeye dayalı rıza hukuken geçersiz olacaktır.

Bazı durumlarda aileden gelen ve ailenin bir başka ferdine bağış yönünde gerçekleşen yahut bir diğer kardeşi kurtarmak şeklindeki oluşan manevi baskılar da iradeyi sakatlayacaktır. Bu şekilde bir psikolojik baskı altında bireylerin serbest iradesinden söz edilemez. Canlı vericilerden yapılacak organ nakilleri bağlamında organ bağışına rızaya yönelik baskı ve zorlama ile iradenin sakatlanması, serbest iradeyle çelişmekte olup bu kural ihlal edilemeyecek ilkelerdendir⁴⁹⁵.

On sekiz yaşından küçük kimselerden organ veya doku alınmasının yasaklanması, reşit olmayan kişilere aileleri tarafından yapılacak baskıya maruz kalmalarını önlenmesini amaçlamaktadır⁴⁹⁶.

cc) Rızanın Şekli

Canlılardan yapılacak organ nakilleri bağlamında verici kimsenin vücudundan organ alınması şeklindeki tıbbi müdahaleye göstereceği rıza, ODNK m. 6 ile organ veya doku nakli bağlamında bağışçı/verici konumunda bulunan kişinin nakle göstereceği rıza özel şekil şartlarına bağlanmıştır⁴⁹⁷. Bu kapsamda;

- “en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı rızasını içerir hekim tarafından onaylanmış tutanağın” varlığı yahut

⁴⁹⁵ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 113.

⁴⁹⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 535.

⁴⁹⁷ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 208.

- “en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı rızasını içerir hekim tarafından onaylanmış tutanağın” varlığı gereklidir.

Bahse konu hüküm ile kanun koyucu kural olarak yazılı irade beyanının varlığını aramış fakat yine aynı hükümle vericinin en az iki şahit huzurunda sözlü şekilde iradesini açıklaması ve bu beyanın bir tutanakla kayıt altına alınarak hekim tarafından onaylanması durumunda geçerli olacağını hükme bağlamıştır⁴⁹⁸.

Her iki olasılıkta da yani bağışçı/vericinin rızasını hem yazılı açıkladığı olasılıkta hem de sözlü olarak beyan ettiği durumda irade beyanını ihtiva eden tutanağın nakli gerçekleştirecek hekim tarafından onaylanması zorunludur⁴⁹⁹.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’un bahse konu düzenlemesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 23/3. maddesi ile de uyumlu mahiyettedir. Ayrıca ODNK m. 6 ile vericiye tanınan sözlü irade beyanında bulunabilme seçeneği önemlidir. Sözlü şekilde irade beyanında bulunan kişilerin tanzim olunan tutanağa imza atarak açıkladıkları iradelerini tespit edebilecekleri belirlenmiş olup; bu durumda okuma yazma bilmeyen kişiler ile imza atamayan kimselerin parmak basmaları durumunda da bahse konu tutanağın geçerli olacağını kabul etmek gerekmektedir. Gerçekten de önemli olan bireylerin iradeleri olduğunda açıklanan rızaya dair tutanak sadece bir ispat vasıtası mahiyetindedir⁵⁰⁰.

Doktrinde “hukuken geçerli rıza” koşulunun şekil şartına bağlanmasının sakıncalı olabileceği yönünde görüşler mevcuttur⁵⁰¹. Bu yöndeki görüşlere göre iki tanık aranmasına rağmen sadece bir tanığın varlığı halinde açıklanmış bulunan rıza hukuken geçersiz sayılacak ve bu halde yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla bahse konu koşulun varlığı bazı adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebilecektir⁵⁰². Doktrinde bu görüşün karşıtı olarak organ veya doku nakli konusunda bu denli sıkı şekil şartlarının öngörülmesi ile uygulamada söz konusu olabilecek kötüye kullanımların engellenmesi sağlanabileceği görüşü mevcuttur. Bu görüşe göre yine sıkı şekil şartlarının varlığı ve iki tanığın şart koşulması sayesinde organ veya doku bağışlamak yönündeki rızanın her türlü

⁴⁹⁸ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.181.

⁴⁹⁹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.181.

⁵⁰⁰ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s.182.

⁵⁰¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s.1173.

⁵⁰² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1173.

baskıdan uzak, özgür bir iradenin ürünü olarak verildiğinin sağlaması olarak öngörüldüğünden isabetlidir⁵⁰³.

Kanun maddesi ile öngörülen düzenleme incelendiğinde rızanın iki farklı şekilde açıklanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu şekiller; yazılı ve imzalı rıza açıklaması ile imzalı tutanağa dayanmakta olan rıza, diğer bir deyişle sözlü rızadır⁵⁰⁴.

Organ veya doku nakilleri bağlamında kapsam belirlemesi yapan kanun koyucu, m. 2 f. 2 ile saç ve deri alınıp aşılması yönündeki işlemler ile kan nakillerini kanunun kapsamı dışında tutmuştur. Bu sebeple bahse konu biyolojik maddelerin alınmasına ilişkin olarak gerçekleştirilecek işlemlerde yukarıda detaylı açıklanan ve 6. maddede düzenlenen rıza açıklama şartları aranmaz. Ancak doktrinde bir kısım yazarlarca savunulan görüşe göre, Türk Medeni Kanunu m. 23 f. 3 hükmü gereğince insan kökenli biyolojik maddelerin tamamının alınması, nakledilmesi yahut aşılması hem vericinin hem de alıcının yazılı rızasına bağlanmıştır. Bu vesileyle, vericiden niteliği ne olursa olsun herhangi bir biyolojik maddenin alınması ve alıcı olan bir kimseye nakledilmesi bakımından yazılı rıza şarttır. Bahse konu hüküm ile özellikle kan alma işlemleri ile kan nakli yönünden zorluk doğurucu nitelikte hüküm ihdas olunduğu yönünde görüşler mevcuttur⁵⁰⁵.

aaa) Yazılı- İmzalı Rıza

ODNK'nin 6. maddesindeki düzenleme gereğince organ veya doku alınabilmesi için vericinin, bilinçli olarak ve her türlü tesirden arındırılmış iradesiyle, en az iki tanık huzurunda yazılı ve imzalı şekilde, önceden verilmiş rıza açıklaması ile iradesini açıklaması gerekmektedir.

Kişiden organ veya doku alınabilmesi için öncelikle yazılı şekilde rıza açıklamasının varlığı aranmaktadır. Kişi bu yöndeki iradesini kendi el yazısı ile açıklayabileceği gibi, önceden hazırlanmış ve el yazısı dışında herhangi bir teknolojik cihaz ile (bilgisayar, daktilo vs.) kâğıda dökülmüş irade beyanını içerir kâğıdın imzalanması suretiyle de ortaya koyabilir. Nitekim kanun maddesi ile bizzat vericinin el yazısı mahsulü olması aranmamıştır⁵⁰⁶.

⁵⁰³ A. K. Yıldız, *a.g.m.*, 2008, s. 90.

⁵⁰⁴ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 252.

⁵⁰⁵ Dural/ Ögüz, *a.g.e.*, 2017, s. 109.

⁵⁰⁶ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 252.

Kanun maddesi ile aranan şartlardan bir diğeri, rıza beyanını içerir yazılı metnin imzalanmasıdır. Diğer bir deyişle yazılı irade açıklaması tek başına yeterli olmamakta, ayrıca bahse konu yazının organ veya doku vericisi tarafından imza edilmesi gerekmektedir. İmza ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 15.⁵⁰⁷ ve 16.⁵⁰⁸ hükümleri uygulanacaktır. İmza atılamayacak bir durumun söz konusu olması halinde, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan sözlü rıza yöntemi uygulanabilecektir⁵⁰⁹.

Rıza beyanının geçerliliği açısından aranan üçüncü şart ise, yazılı rızanın en az iki tanığın huzurunda açıklanmış olmasıdır. Bu bağlamda tanıkların rıza açıklamasına ilişkin yazılı belgeyi imzalaması şart olarak öngörülmüş olmasa da tanıklarca bahse konu yazının imzalanmış olması ispat açısından isabetli olacaktır⁵¹⁰.

Rıza beyanı açısından aranan dördüncü ve son şart, serbestçe verilmiş rızanın varlığıdır. Serbestçe verilmiş rızanın tarifi bağlamında kanun koyucu “*açık, bilinçli ve tesirden uzak*” olması gerekliliğini ifade etmiştir. Serbest irade ile sağlanmak istenen organ bağışçısı yahut vericisi konumunda bulunan kimsenin herhangi bir korkutma, menfaat temini baskısı, tehdit, cebir yahut telkin altında kalmadan organ veya doku vermek yönündeki iradesinin oluşması ve açıklanmasıdır. Hedeflenen serbest iradenin temini amacıyla rızanın oluşumu esnasında kanun maddesi ile rızanın iki tanık huzurunda açıklanması ve rıza beyanını içerir tutanağın hekim tarafından onaylanması şart koşulmuştur. Onayı aranacak hekimin herhangi bir hekim olarak yorumlanamayacağı zira tutanağı onaylaması gereken hekimin, organ

⁵⁰⁷ Türk Borçlar Kanunu'nun 15. maddesi şu hükümleri içermektedir:

c. İmza

MADDE 15- *İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.*

İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.

(Değişik fıkra: 13.2.2011-6111/213 m.) *Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.*

⁵⁰⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi şu hükümleri içermektedir:

d. İmza yerine geçen işaretler

MADDE 16- *İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.*

Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır.

⁵⁰⁹ Kılıçoğlu, a.g.m., 1991, s. 252.

⁵¹⁰ Kılıçoğlu, a.g.m., 1991, s. 252.

nakli işlemini gerçekleştirecek hekim olması gerektiğinin kabulünün kanunun ruhuna ve amacına daha uygun olacağı görüşü savunulmuştur⁵¹¹.

bbb) Sözlü Rıza

ODNK m. 6 ile yazılı rızanın alternatifini olarak öngörülen sözlü rıza, en az iki tanık huzurunda verilmelidir. Bahse konu rızanın tutanağa geçirilmesi, verici tarafından imzalanması gerekmektedir. Son olarak vericinin imzasını içeren bahse konu tutanağın hekim tarafından onaylanması zorunludur. Bu bağlamda bahse konu yöntem, rızanın geçerliliği bakımından öngörülen ikinci usul olup, bu yöntem sözlü rıza olarak isimlendirilmiştir⁵¹².

Sözlü rızanın yazılı rızadan ayrışması olan yönü, organ veya doku verilmesine ilişkin rıza verici eliyle önceden hazırlanmış bir yazılı belge ile ortaya koyulmuş değildir. Rıza beyanını içerir yazı, vericinin rıza beyanı üzerine iki tanık tarafından sonradan hazırlanmakta, ancak verici tarafından imzalanmaktadır. Fakat bu haliyle yeterli olmayan rıza tutanağının hekim tarafından da onaylanması gerekmektedir⁵¹³. Hekim onayından anlaşılması gerekenin, hekim tarafından, vericinin imzasının onay verilmesi anlamına taşıyan bir onay şerhi yahut hekim imzası olduğu öne sürülmüştür. Diğer bir deyişle hekimin onayının da yazılı şekilde ortaya koyulması gerekmektedir⁵¹⁴.

Doktrinde yer bulan bir tartışma; Türk Medeni Kanunu'nun m. 23 f. 2 ile düzenlenen ve insan kökenli biyolojik maddelerin tamamının nakli yahut aktarılmasında rızanın yazılı şekilde açıklanmasını öngören hüküm ile ODNK m. 6 ile düzenlenen sözlü rıza hükümlerinin çelişmekte olup olmadığı hususundadır. Bu bağlamda sonraki tarihli genel kural olan Türk Medeni Kanunu düzenlemesi ile önceki tarihli özel hüküm olan ODNK m. 6 hükmünden hangisinin uygulanma kabiliyetini haiz olacağının tespitinin yapılması gerekecektir. Bu tartışmanın çözümü, doktrinde yorum sorunu olarak değerlendirilmiştir⁵¹⁵. Tartışılacak olan hukuki sorun ise kanun koyucunun iradesinin Türk Medeni Kanunu ile ihdas olunan yeni düzenlemenin daha eski tarihli özel hüküm olan ODNK m. 6 hükmünün yerine

⁵¹¹ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 252.

⁵¹² Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 252.

⁵¹³ Taşkın, *a.g.e.*, 1997, s. 102.

⁵¹⁴ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 253.

⁵¹⁵ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 116.

mi geçecektir yoksa eski tarihli ODNK m. 6 hükmü mahfuz tutulmak kaydıyla mı uygulanacaktır?⁵¹⁶. Doktrinde yoğun olarak kabul gören görüşe göre; özel hüküm olan ODNK m. 6'nın saklı tutulması irade olunmuştur⁵¹⁷. Bu bağlamda TMK m. 23 f. 3 hükmü ile ODNK m. 6 hükmü arasında herhangi bir çelişki söz konusu olmayıp; bunun aksine her iki hüküm birbirini tamamlar nitelikteki kanuni düzenlemelerdir⁵¹⁸.

dd) Rızanın Geri Alınabilmesi

Organ ve doku nakli bağlamında bireyler tarafından rıza açıklamasına yönelik tasarruf yetkisinin kullanılması hakkı hukuki niteliği itibariyle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu sebeple gösterilen rızanın her daim geri alınması hukuken mümkündür. Dahası verici, ister rıza beyanı geri alsın ister almasın, organ bağışlamak yönündeki irade ve taahhüdünü yerine getirmeye mecbur kılınamayacak ve zorlanamayacaktır. Kendisinden organ alınmasına rıza gösteren kişinin rızasını geri alıp bu yöndeki iradesini değiştirdikten sonra o kimsenin vücut bütünlüğü üzerinde herhangi bir girişimde bulunulamayacak, herhangi bir girişim yahut müdahalenin söz konusu olması durumunda kişilik hakkına saldırı meydana gelecektir⁵¹⁹.

Organ alınmasına yönelik tıbbi müdahaleye rıza gösteren kişinin rızası tıbbi girişimin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç müdahalenin gerçekleştirildiği esnada geri alınabilir.

Bir kişi başkalarıyla akdolunan bir sözleşme ile organ veya doku vermeyi taahhüt etmiş olsa dahi, bu yöndeki rızasını sonradan geri alabilecektir. Bu durumda organ verme taahhüdünü içeren sözleşme herhangi bir maddi çıkar karşılığında yapılarak hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı müddetçe hukuken geçerli olacaktır. Ancak böyle bir sözleşme ile taahhüt olunan organ verme ediminin ifa edilmemesi sonucunda tazminat borcu doğmayacağı gibi taahhütte bulunan kişi ifaya da zorlanamaz⁵²⁰. Her ne kadar ODNK, vericinin önceden göstermiş olduğu rızasını geri alması yahut rızadan vazgeçmesi halinde nasıl bir sonuç doğacağına ilişkin hüküm

⁵¹⁶ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 116.

⁵¹⁷ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 247-248, Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 208., Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 116. Aksi görüş için bkz. Dural / Ögüz, *a.g.e.*, 2017, s. 108.

⁵¹⁸ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 116.

⁵¹⁹ Zevkliler, A. (1983). *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları* (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni). Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), s.25.

⁵²⁰ Dural / Ögüz, *a.g.e.*, 2017, s. 110, Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 207.

içermese de⁵²¹ Türk Medeni Kanunu'nun m. 23 f. 3 hükmü gereğince organ veya doku vereceği yönünde taahhütte bulunan kimseden bu yöndeki edimin ifası talep olunamayacaktır. Ayrıca bu taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda maddi yahut manevi tazminat istemi de söz konusu olamayacaktır.

Doktrinde, rızanın geri alınması durumunda vericinin ifaya zorlanılamayacağına ve tazminat talep edilemeyeceğine dair hükmün amacına uygun şekilde yorumlanması gerektiği fikri öne sürülmüştür. Bu kapsamda, organ nakline rıza göstermiş kişinin rızasını geri alması, organını vermekten vazgeçmesi halinde kendisinden tazminat istenemeyeceğine ilişkin hükmün amacı, kişiyi baskı altında organ vermeye zorlamamaktır. Bir diğer ifadeyle, kişiyi sonradan organ vermekten vazgeçmesine rağmen, sırf ödemesi muhtemel olan tazminatı ödememek için organını vermek zorunda bırakmamaktır. Hüküm bu şekilde amacına uygun olarak yorumlanınca, organı alacak kişinin bu rızaya güvenerek yaptığı masrafların tazmin edilmesine izin vermek uygun olur. Yani organ alacak kişi, vericinin organı vermekten vazgeçmesi halinde, ifa etmemeden dolayı tazminat isteyemeyecekse de, bu rızaya güvenerek yaptığı masrafların en azından hakkaniyete uygun bir kısmının ödenmesi istenebilmelidir⁵²².

Zararsızlık ve Elverişlilik

Yaşayan kimselerden organ veya doku nakli için aranan koşullardan biri zararsızlık ve elverişlilik şartıdır. Zararsızlıktan kasıt, verici bakımından organ veya doku verilmesi ile aşırı bir zarar ve büyük bir tehlike doğma riski söz konusu olmamalıdır. Gerçekten de organ alma yönündeki tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerçekleştirilecek işlem ile vericinin ciddi bir zarar riski ve önemli bir tehlikelilik durumu söz konusu olmamalıdır. Diğer bir ifadeyle organ alınması neticesinde kişinin yaşamsal bir tehlikeye maruz kalması yahut vericinin vücudunda ciddi bir organik eksiklik ortaya çıkmamalı; bunun yanında verici, gerçekleşecek organ alma işlemi sonrasında hem topluma hem de ailesine karşı sorumluluklarını eksiklik ortaya çıkmadan ifa edebilmelidir⁵²³.

⁵²¹ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 116.

⁵²² Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 117., Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 256.

⁵²³ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 67.

Bu bağlamda vericinin hayatının devamı bakımından tehlike yaratacak nitelikteki organ veya dokuların bağışlanması ve alınması hukuken mümkün olmayacaktır. Nitekim bu nitelikteki organ veya dokuların nakle konu kılınamayacağı ODNK m. 8 ile açıkça yasaklanmıştır. Bahse konu hükme göre organ yahut doku bağışçısının yaşamı üzerinde tehlike yaratacak organ ve dokuların nakle konu kılınarak vericinin rızası olsa dahi vericiden alınması yasaktır⁵²⁴. Bahse konu hüküm TMK m. 23 ile uyum içerisindedir.

Organ veya dokunun alınması, aşılması ve nakline yönelik işlemler öncesinde naklin tarafları bakımından bir inceleme yapılarak yaşamsal ve sağlığa ilişkin tehlikelerin azaltılması hedefiyle gerekli tıbbi tahkik ve tahlillerin yapılması ve bu ön araştırmaya ilişkin çalışmaların sonucunun bir **“olurluk raporu”** ile tespit edilmesi şarttır⁵²⁵.

Zararsızlık ölçütünün tespiti bağlamında insan vücudunda iki tane olan organlardan (yaşamsal bir tehlike söz konusu olmadığı müddetçe) birinin alınabileceği belirtilmektedir⁵²⁶. Esasında her ne kadar organ çift sayıda olsa dahi organlardan biri alındıktan sonra kalan organın herhangi bir hastalık yahut kaza neticesinde görev ifa edemez duruma gelmesi olasıdır. Ancak üstün amaç felsefesiyle ve vericinin uğrayacağı zararın alıcının elde edeceği menfaat karşısında ikinci planda kalması düşüncesiyle bu tür organ alımları hukuka uygun görülmektedir⁵²⁷.

Elverişlilik bağlamında yapılacak incelemede verici ve alıcı arasındaki doku ve kan uyumu özellikle incelenmesi gereken konulardan olup, bu hususun tespiti için tüm incelemelerin nakil işlemi öncesinde gerçekleştirilmesi gerektiği ODNK m. 9 ile hükme bağlanmıştır⁵²⁸.

Nakil işlemi için her şeyden önce uygun vericiye ihtiyaç duyulmakta olup uygun kişiden kasıt vericinin yaşı ve sağlık durumu itibarıyla organ alımına elverişli olması gerekmektedir. Buna ilave olarak alınacak organ veya dokunun da nakle elverişli olması gerekmektedir. Bu vesileyle organ alınmadan önce tüm testler

⁵²⁴ Aksaray, B. (2012). *Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 158.

⁵²⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 535.

⁵²⁶ Aksaray, *a.g.m.*, 2012, s. 158.

⁵²⁷ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 67.

⁵²⁸ Aksaray, *a.g.m.*, 2012, s. 158.

yapılmalı ve uyum sorunu olmadığına tespiti halinde nakil işlemlerine başlanmalıdır⁵²⁹.

ODNK hükümleri incelendiğinde canlı kimselerden yapılacak organ nakilleri bağlamında, ağırlıklı olarak vericinin durumuna ilişkin hükümler ihdas edildiği görülmektedir. Bu hususun gerekçesi, alıcının vücuduna organ nakledilmesi işlemi, diğer tıbbi müdahalelere kıyasla büyük farklılıklar içermemektedir. Alıcı bakımından esas olan konu, naklin kendisi için zararlı neticeler meydana getirmemesidir⁵³⁰.

Uyum sorunu olmaması şartı vericinin, mutlaka alıcının bir yakını olmasını gerektirmemektedir. Nitekim uyum sağlanması, alıcı ile yakınlık ilişkisi olmayan kimselerden bağlamında da mümkün olabilmekte ve organ aktarımı yapılabilmektedir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler söz konusu olmuş; bu bağlamda bazı yazarlara göre organ ve doku ticaretini önlemek amacıyla sağlar arası naklin yalnızca yakınlar arasında yapılmalıdır. Diğer yöndeki görüşe göre, yakınlık sınırlaması isabetli olmayacaktır ancak yapılacak nakiller nezdinde hekimlerin özellikle organ ticareti hususunu ayrıca araştırması gerekmektedir⁵³¹. Bu konu, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında “*Akrabalık Şartı*” başlığı altında detaylandırılarak ele alınacaktır.

Organ naklinin üstün bir amaca hizmet etmesi

Bir kimsenin vücut bütünlüğünü ihlâl edebilecek mahiyetteki her müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Bu nitelikteki müdahalelere ilgili kişinin rıza göstermiş olması dahi çoğu zaman hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı etki doğurmayacaktır⁵³². Kural bu olmakla birlikte, vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, konumuz özelinde organ veya doku nakilleri, üstün bir amaç mevcut olduğu hallerde hukuka uygun niteliğe bürünürler⁵³³. Bahse konu üstün amaç ile kast edilen kimi zaman kişinin kendi sağlığının korunması veya

⁵²⁹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 66.

⁵³⁰ Kurt, *a.g.e.*, 2011, s. 244.

⁵³¹ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 116., Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 119.

⁵³² Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 2014, s. 126.

⁵³³ Zevkliler, *a.g.m.*, 1983, s.22.

iyileştirilmesi olabileceği gibi çoğu zaman bir başkasının hayatını kurtarmak olabilir⁵³⁴.

Canlı bir insanın vücut bütünlüğünün zedelenerek organ alınmasına rıza göstermesi ve bu rızaya hukuki sonuç bağlanabilmesi için üstün bir amacın varlığı gerekmektedir. Kişinin vücudundan biyolojik madde alınması halinde vericinin uğrayacağı muhtemel zararlar yapılacak işlem neticesinde elde edilecek yarar kıyaslandığında elde edilecek muhtemel yarar, vericinin zararından daha üstün görülüyorsa, bu durumda bahse konu zarara katlanmayı makul ve haklı gösteren üstün bir amaç söz konusudur. Üstün amaç, çoğu zaman organ aktarılabilecek alıcı konumundaki kişinin yaşamının devamının sağlanması amacıyla hayatının kurtarılmasıdır. Böylece yaşamının devamı organ ya da doku aktarımı koşuluna bağlı bir kimsenin, kendisine doku veya organ nakli yapıldığında hayatının devamı sağlanabilecek ise yahut bu kimsenin sağlığına kavuşabilmesi nakil işlemine bağlı ise, canlıdan organ alınabilmesinin başlıca koşulu gerçekleşmiş demektir⁵³⁵.

“Üstün amaç” deyimini ile vericiden organ alınmasını haklı ve meşru gösteren bir amaç kast edilmektedir. Üstün amacın varlığı; organ alınması ile vericinin uğrayacağı muhtemel zararlar alıcının elde etmesi umulan menfaatin karşılaştırılması ile tespit edilmelidir. Bu karşılaştırma neticesinde, muhtemel menfaat ön plana çıkıyor ve potansiyel zarar ikinci planda kalıyorsa bu durumda zarara katlanmak haklı görülebilecek olup, üstün amacın varlığından söz edilebilecektir. Sağlar arası organ nakilleri bağlamında üstün amaç çoğu zaman hayat kurtarma ve yaşamın devamının sağlanması şeklinde belirlemektedir. Örneğin bir hastanın hayata devamının temini amacıyla bir başkasından böbrek alınarak hastaya nakledilmesi örneğinde olduğu gibi⁵³⁶. Bu durumda vücutta çift olan organlardan birinin alınarak nakledilmesi ile vericinin az ya da çok zarara uğrayabileceği ihtimal dâhilinde ise de, yaşama tutunması organ nakline bağlı bir kimsenin mevcudiyeti ve nakil yapılması halinde bu kimsenin sağlığının temini beklentisi nakil işlemini hukuka uygun hale getirmektedir⁵³⁷.

⁵³⁴ Akünel, *a.g.m.*, 1983, s. 20.

⁵³⁵ Dural/ Ögüz, *a.g.e.*, 2017, s.114.

⁵³⁶ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 67.

⁵³⁷ Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s. 1310.

Organ alınması ve/veya nakledilmesine yönelik bir müdahalenin üstün amaç uğruna yapıldığından bahsedebilmek için bu müdahalenin tedavi yahut tıp biliminin ilerlemesi amaçlarından birisi için icra edilmiş olması gerekmektedir. Fakat canlıdan organ ve doku nakli bağlamında bilimsel bir amaçla hareket edilmesi söz konusu olamayacaktır. Zira bu amaç, yalnızca ölülerden organ veya doku alınması bağlamında gündeme gelebilmektedir. Canlıdan yalnızca bir başka bir kişinin iyileştirilmesi şeklindeki üstün bir amaçla organ veya doku alınabilecek ve nakledilebilecektir⁵³⁸. Gerçekten de canlı vericinin bedeninde gerçekleştirilen müdahaleler o kimsenin iyileştirilmesi amacı kapsamında olamayacak, yalnızca alıcının iyileştirilmesi şeklindeki üstün bir amaca hizmet edecektir⁵³⁹. Bu bağlamda üstün amacın varlığı için, alıcının muhtemel yararının vericinin yararına kıyasla daha üstün olması gerekir. Her iki yarar tartıldığında bunlardan biri diğerinden ağır nitelikte görülüyorsa yahut vericinin yararı alıcıya kıyasla daha fazla korunmaya lâyıksa, rıza söz konusu olsa dahi vericiden biyolojik madde alınamaz⁵⁴⁰.

Alıcının yararının bulunmadığı ve fakat bilimsel faydanın söz konusu olduğu cerrahi müdahalelerin icrası da hukuken yasaklanmıştır⁵⁴¹. Bu çerçevede organ nakli açısından gerçekleşmesi gereken tek üstün amaç, alıcının yaşama tutunma veya iyileşme umududur. Bunun haricinde herhangi bir amacın “üstün” nitelikte kabul edilmesi mümkün değildir.

ODNK’da canlılardan organ nakli bağlamında organ alınmasının üstün bir amaca hizmet etmesi gerekliliğini ifade eden bazı hükümler mevcuttur. Kanunun 3. maddesi ile herhangi bir maddi menfaat karşılığında yahut sair başka bir çıkar karşılığı, organ ve doku alınması yahut organ veya dokunun satış işlemine konu kılınmasının yasaklandığı açıkça hükme bağlanmıştır⁵⁴². Bunun yanında yine Kanun’un 1. maddesi ile yalnızca “Tedavi”, “Teşhis” ve “Bilimsel Amaçlarla” organ veya doku alınabileceği, saklanabileceği yahut aşılabilirliği belirtilmiştir. Böylelikle üstün amacın kapsamı hakkında bizzat Kanunun hükmü ile çerçeve çizilmiştir.

⁵³⁸ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 202.

⁵³⁹ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 202.

⁵⁴⁰ Tress, P. (1977). Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, Mainz, s. 27. Aktaran: Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 123.

⁵⁴¹ Hinderling, H. ve Yurtcan, E. (2011). “*Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları*”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi; 3 (5), s. 425.

⁵⁴² Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 119.

Canlıdan organ nakillerinde yaşanan en önemli sorun, nakil işleminin bir bedele bağlanması yahut çıkar karşılığı yapılmasıdır. ODNK ile bu durum açıkça yasaklanarak organ veya doku ticaretinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Organ naklinin üstün bir amaca hizmet etmesinin zorunluluk olarak öngörülmesi, bir bedel yahut çıkar karşılığı organ alımını önleme neticesi bakımından da işlevseldir. Ancak organ bağışçısının geçirilen ameliyat sebebiyle yoksun kalacağı kazancı ile hastane masrafları ve bakım giderlerinin karşılanması hukuka aykırı olmayacağı yönünde görüşler mevcuttur⁵⁴³. Gerçekten de bir başka insanın sağlığına kavuşabilmesi ve hayata tutunabilmesi düşüncesiyle bu denli büyük bir fedakârlığa katlanan vericinin bir de hastane masraflarını ödemek zorunda bırakılması ve hatta tıbbi müdahale gerekçesiyle çalışmadığı dönemlerde uğradığı maddi kaybın telafi edilmemesi adalet hissi ile bağdaştırılamaz. Bu nedenle alıcının vericiye uygun bir tazminat vermesi ve bunun da sözleşme ile kararlaştırılması ne hukuka ne de ahlâka aykırı kabul edilmemesi gerektiği yönündeki görüşe⁵⁴⁴ iştirak etmekteyiz.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, biyoloji ve tıbbın olumsuz amaçların sağlanması amacıyla kötüye kullanılmasına yönelik davranışları kınamaktadır⁵⁴⁵. Bu bakımdan Sözleşme'nin "Başlangıç" bölümünde tıp bilimindeki ilerlemeler sayesinde mümkün kılınan cerrahi girişimler ile insan onuruna zarar verebilecek girişimlere neden olunmaması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu kaygının en bariz somutlaşmış örneklerinden birisi de organ naklindeki ortaya çıkabilen organ ticaretine ilişkin vakıalardır. Belirtilen kuşkuların giderilebilmesi ve bu nitelikteki davranışların önlenmesi için, uluslararası hukuki metinler vesilesiyle yapılan düzenlemelerde temennilerden öteye geçilerek çeşitli yaptırımların da tespit olunması zorunludur⁵⁴⁶.

ODNK ile üstün amacın korunduğu bir diğer hüküm de 4. madde düzenlemesidir. Bahse konu hükme göre organ yahut dokuların ticarete konu kılınmasını önleme amacıyla organ veya doku alma ve vermeye ilişkin reklamlar

⁵⁴³ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 123; Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 179 vd.

⁵⁴⁴ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 123.

⁵⁴⁵ Kök, *a.g.m.*, 2011, s. 215.

⁵⁴⁶ Kök, *a.g.m.*, 2011, s. 215.

yasaklanmıştır. Bu yasak mutlak nitelikte olmayıp, haber amaçlı, bilimsel amaçlı yahut istatistikî amaçlı faaliyetler ayrık tutulmuştur. Söz konusu hükümden çıkan bir sonuç da, organ alınması ve naklinin yalnızca “*üstün bir amaca*”, yani başkasının veya kendisinin tedavi edilmesi hedefine ilişkin olarak gerçekleştirilebileceğine dair prensip, kanun koyucu tarafından hükme bağlanmıştır⁵⁴⁷.

Alınan organın vericinin hayatına son verecek ya da hayatını tehlikeye sokacak nitelikte olmaması

ODNK m. 8 ile organ veya dokuların alınması ile vericinin hayatı bakımından mutlak ya da muhtemel tehlikelerin söz konusu olacağı durumlarda, organ veya doku alma işlemi açıkça yasaklanmıştır. Bahse konu hüküm ile belirlendiği şekliyle yalnızca vericinin hayatını mutlak surette sona erdirmeyecek ya da tehlikeye sokmayacak organ veya dokuların nakle konu kılınmak üzere alınması mümkündür. Hayatiyet özelliği olan organların yaşayan vericiden alınması yasaklanmıştır. Bu nitelikteki organlar ancak koşulların mevcudiyeti halinde ölmüş kişilerden alınabilir⁵⁴⁸.

Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi ile öngörüldüğü şekliyle bir kimsenin rızası söz konusu olsa dahi kişilik haklarından vazgeçmesini yasaklayan ve bu yöndeki tasarrufları geçerli kabul etmeyen hüküm ile ODNK m. 8’in benzer hükümler ihdas ettikleri söylenebilir. Her iki hüküm de başkalarının hayatını kurtarma amacıyla kişinin kendi hayatını bir nevi feda etmesini yahut tehlikeye atmasını yasaklamaktadır⁵⁴⁹.

Organ veya doku alınması neticesinde verici bakımından yaşamsal bir tehlikenin doğup doğmayacağı yönündeki tespiti hekim yapacaktır. ODNK m. 9 ile organ veya doku nakline dair tıbbi müdahaleler öncesinde gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin gerçekleştirilmesi, sonrasında bu hususun bir olurluluk raporu ile saptanması gerekliliği öngörülmüştür. Bahse konu rapor ile yaşamsal tehlikenin

⁵⁴⁷ Parlak, **a.g.m.**, 2009, s. 203.

⁵⁴⁸ Koçak Süren, a.g.m., 2007, s. 184, Parlak, **a.g.m.**, 2009, s. 199.

⁵⁴⁹ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, 1991, s. 254.

doğup doğmayacağı tespit olunacaktır. Dolayısıyla bu raporu tanzim eden hekimin sorumluluğunun söz konusu olabileceği öne sürülmüştür⁵⁵⁰.

Verici bakımından yaşamsal tehlikenin doğabileceği yahut yaşamın sona erme ihtimalinin doğabileceği durumların hangi doku veya organların alınması meydana gelebileceği tıp bilimine dair esaslar kaidesince saptanacak; bu konudaki kriterler cerrahlar ile tıp bilimi mensupları tarafından tespit olunacaktır⁵⁵¹. Ancak bu bağlamda genel bilgiler üzerinden şu tespitlerde bulunulabilir: İnsan vücudunun yenilenebilen organ veya dokuların alınmasında herhangi bir hukuki yahut tıbbi sorun söz konusu olmayacaktır. Ancak hayati nitelik taşıyan kalp gibi organların yokluğu yaşamı sona erdireceğinden, organ nakline konu kılınması mümkün değildir. Bununla birlikte vücutta çift sayıda bulunan böbrek, göz gibi organlardan birinin nakle konu kılınıp kılınmayacağı tespit olunmalıdır. Naklin hukuka uygun olabilmesi için öncelikle vericinin sağlığı bakımından önemli bir etki doğurmamalıdır. Diğer yandan, vericinin nakle konu organı vermesi ile topluma ve ailesine karşı ödevlerini ifa etmesine engel bir durum ortaya çıkmayacak ise naklin mümkün olabileceği savunulmaktadır⁵⁵².

Akrabalık şartı

Hukukumuzda 2018 tarihinde ODNK’da değişiklik yapılana kadar canlılardan yapılacak organ veya doku nakilleri bağlamında akrabalık şartı öngören herhangi bir kanuni düzenleme söz konusu değildi. Bahse konu kanuni düzenleme öncesi dönemde;

Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi m. 9 f. 1⁵⁵³ ile öngörülen hüküm ile akrabalık şartı aranmıştı. Doktrinde kanuni bir düzenleme olmaksızın bir yönerge hükmü ile organ veya doku nakline ilişkin akrabalık şartı öngörülmesi hukuka aykırı görülmüştür⁵⁵⁴. Nitekim canlılardan yapılacak organ ve doku nakilleri bağlamında akrabalık şartı öngören bahse konu düzenlemenin,

⁵⁵⁰ Kılıçoğlu, *a.g.m.*, 1991, s. 254-255.

⁵⁵¹ Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 203.

⁵⁵² Parlak, *a.g.m.*, 2009, s. 200.

⁵⁵³ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“canlıdan organ ve doku nakli, alıcının dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir”

⁵⁵⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 537.

bireylerin hayatını ve sağlığını doğrudan ilgilendiren sonuçlar doğurması bakımından yönerge ile yapılması mümkün değildir⁵⁵⁵.

İlerleyen süreçte Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde yapılan bir değişiklik ile söz konusu sınırlama yönetmelik hükmü ile düzenlenmiş, yönerge hükmünün aynı olan bir düzenleme ihdas olunmuştur⁵⁵⁶. Yönetmelikleri, normlar hiyerarşisinde yönergelerden bir üst sırada bulunduğu göz önüne alındığında bu yöndeki bir düzenlemenin yönetmelikle yapılmış olması hukuken isabetli görülmüş ise akrabalık koşulunun kanuni bir düzenleme ile öngörülmesi gerektiği yönündeki haklı eleştiriler varlığını korumuştur⁵⁵⁷.

15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Kanun'un⁵⁵⁸ 16. maddesi ile 2238 sayılı Kanun'a "**Canlıdan Organ Alınması ve Etik Komisyonları**" başlıklı "**Ek madde 2**" eklenmiştir⁵⁵⁹.

Bu düzenleme sayesinde "akrabalık şartı" ilk kez kanuni bir temele kavuşmuştur. Bu vesileyle doktrindeki haklı eleştiriler çerçevesinde bir eksikliğin ortadan kaldırıldığı belirtilebilir⁵⁶⁰.

Bu noktada tartışılması gereken şu husus gündeme gelmiştir: Sorunun yasal düzenleme ile çözülmesi öncesinde, yönetmelikle düzenlemenin yapıldığı dönemde yakın akrabalık şartı nedeniyle nakil yapılmadığı takdirde, hekim veya nakil merkezi bakımından herhangi bir sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Örneğin karaciğer sirozu hastalığından muzdarip bir kimse için canlı bir verici bulunmuş, fakat merkez ve dolayısıyla hekim "akrabalık şartı bulunmadığından" bahisle nakil işleminin icrasını reddetmiştir. Bu takdirde hekim veya merkezin ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan dolayı sorumluluğun söz

⁵⁵⁵ Abik, **a.g.m.**, 2014, s. 123.

⁵⁵⁶ Bahse konu hüküm Yönetmeliğin 16. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenmiş olup ilgili hüküm şu şekildedir:

"canlıdan organ nakli, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir"

⁵⁵⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, 2020, s. 538.

⁵⁵⁸ 5 Aralık 2018 Tarihli ve 30616 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁵⁹ Bahse konu Kanun hükmünün "akrabalık şartı" ihdas eden ilgili kısmı şu şekildedir:

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

⁵⁶⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, 2020, s. 538.

konusu olabileceği yönünde görüşler ileri sürülmektedir⁵⁶¹. Ancak söz konusu yönetmelik yürürlükte olduğu müddetçe bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı için merkez veya hekim için herhangi bir sorumluluk söz konusu olmayacağı görüşü kanımızca isabetli olan görüştür⁵⁶².

Bugün itibariyle canlıdan organ veya doku nakli bağlamında vericiler iki gruba ayırmıştır:

- Alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları.
- Bunların dışında kalan canlı vericiler.

Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği'nin “*canlıdan organ nakli ve bağışı*” başlıklı 16. maddesinin 1. fıkrası⁵⁶³ ile canlıdan organ nakli ve bağışı için eşler arasında **fiilen birliktelik şartı** aranmaktadır. Bu hükmün ihdas edilmesindeki amaç, göstermelik evliliklere girişilerek Kanun'da aranan şartın Kanun'u dolanarak sağlanmasının engellenmesidir. Ancak 2238 sayılı Kanun'un Ek Madde-2 olarak ihdas edilen hükmü ile canlıdan organ bağışı ve nakli için, yalnızca evlilik şartı yeterli görülmüş ve evlilik birliği içinde fiilen iki yıl birlikte yaşama şartı aranmamıştır. Bahse konu hükmün yalnızca organ bağışı prosedürünü gerçekleştirmek ve bu sayede iyileşebilmek amacıyla evlenen çiftleri netice verebilecektir. Diğer yandan ekonomik avantajı olan kişilerin maddi menfaat temini yoluyla yoksul kimselerle gerçekliğe dayanmayan evlilik yapma yolunu tercih etmesi ve bu yolla “kara borsa organ ticareti”nin önünün açabileceği görüşü savunulmaktadır⁵⁶⁴.

Netice olarak her ne kadar Yönetmelik hükmü ile aranan “fiilen birlikte yaşamak” koşulu aile kurumunun organ veya doku nakli için kötüye kullanılmasını

⁵⁶¹ Ünver, Y., “**Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu**”, *Transplant Ist 2008 Sempozyumunda sunulan Tebliğ Metni, (Tarih ve Yer Yok)*, s. 15.

⁵⁶² Hakeri, **Tıp Hukuku**, 2020, s. 538-116 No'lu dipnot, Abik, **a.g.m.**, 2014, s. 125.

⁵⁶³ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

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

⁵⁶⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, 2020, s. 538.

engellemek amacına yönelik olarak isabetli ise de bu yöndeki hükmün ODNK ile getirilmesinin daha isabetli olacağı söylenebilir⁵⁶⁵.

ODNK ek madde 2 ile getirilen yeni düzenlemelerden bir diğeri evlilik gerçekleştikten bir süre sonra meydana gelip organ naklini gerektiren bir hastalığın söz konusu olduğu durumlara ilişkindir. Bu halde hastalığın teşhisi durumunda en az iki yıldır evli bulunmak koşulu söz konusu olmayacaktır. Bu düzenleme ile eşlerin fiilen birlikte yaşamasının şart olarak aranmaması gerekçesiyle muvazaalı evliliklerin ve yasa dışı organ ticaretinin önlenmesi noktasında yetersiz olduğu savunulmaktadır⁵⁶⁶.

Alman Organ Nakli Kanunu'nda *“yeniden oluşması mümkün olmayan organların ancak birinci ve ikinci derecede akrabalara, eşe, nişanlıya ve bağışlayan ile özel bir kişisel bağlılık içinde bulunan kimselere nakledilmesine”*⁵⁶⁷ izin veren hüküm mevcuttur. Bu hüküm ile Alman Organ Nakli Kanunu, İsviçre Organ Nakli Kanunu ve birçok diğer Avrupa ülkeleri Organ Nakli Kanunlarında mevcut olmayan bir hüküm ihdas etmiştir⁵⁶⁸. Alman Organ Nakli Kanunu'ndaki bu hükümle, organ ticaretinin önüne geçilmek istenmiş ise de organ nakilleri bağlamında esaslı bir mani oluşturduğu fikriyle eleştirilmektedir⁵⁶⁹.

Hukukumuzda da yukarıda belirtilen yasal değişiklik ile canlılardan yapılan organ veya doku nakilleri bakımından akrabalık şartı aranması vesilesiyle organ ve doku ticaretinin önlenmesi amaçlanmış ise de ülkemizde zaten sınırlı olan organ veya doku naklinin daha da sınırlanacağı görüşü savunulmuştur⁵⁷⁰. Örneğin bir kişinin yakın arkadaşı, nişanlısı yahut yakın komşusu da herhangi bir ticari kaygı veya menfaat olmaksızın organını bağışlayabilecektir. Bu vesileyle kişilerin sağlık ve yaşam hakkına doğrudan olumsuz bir kısıtlamada bulunulmaması amacıyla akrabalık

⁵⁶⁵ Dülger, M. V. *“Organ ve Doku Nakli, Taşıyıcı Annelik ve Sperm Bağışına İlişkin Düzenlemeler Getiren Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirme”* <https://www.hukukihaber.net/organ-ve-doku-nakli-tasiyici-annelik-ve-sperm-bagisina-iliskin-duzenlemeler-getiren-kanun-teklifi-hakkinda-degerlendirme-makale,6223.html> (Erişim Tarihi: 08.04.2020)

⁵⁶⁶ Dülger, *Organ ve Doku Nakli*, 2020, s. 3.

⁵⁶⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 537.

⁵⁶⁸ Schroth, U. (2011). *“Fragwürdiger Paternalismus bei Organlebendspende”*, Die Organtransplantation- Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, Beitrage des 6. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht (Hans Lilie / Henning Rousseau / Hakan Hakeri- Hrsg.) Baden- Baden, (s. 117- 131), s. 122; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 536-537.

⁵⁶⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 536-537 Erman, *Tıbbi Müdahaleler*, 2003, s. 202,

⁵⁷⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 538.

dışındaki bağışlara da olanak tanınmış, akrabalık dışındaki bağışların denetlenerek uygun bulunması amacıyla “**Etik Komisyonları**” öngörülmüştür. Etik Komisyonları’nın kurulması yönündeki hüküm de ODNK ek madde 2’nin 2. ve 3. fıkraları⁵⁷¹ ile ihdas olunmuştur.

Bu vesileyle organ naklilin yapılacağı il bünyesinde oluşturulan **Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları** ile bu komisyonun kararlarına karşı yapılacak itirazları incelemek üzere **Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu** ihdas olunmuştur. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 16. maddesinde Etik Komisyon kararları itiraza kapalı olarak, kesin olacak şekilde düzenlenmiş, komisyon kararlarının tartışılması nedeniyle itiraz imkânı içeren düzenleme yapılmıştır. Bu yönüyle değişikliğin denetim imkânı getirmesi yönüyle olumlu olduğu söylenebilir.

Ancak Ulusal bazda inceleme yapacak kurul olan **Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu** tarafından verilen ve kesin nitelikte olan kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulması gerekmektedir. Doktrinde, Ulusal Organ Nakli Etik Kurulunca verilen kararların kesin olduğuna dair hükmün idari yargı denetimi dışında tutulması anlamına gelmesi halinde Anayasaya aykırı olacağı görüşü savunulmuştur⁵⁷². Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu kararlarına karşı idari yargı yolunun açılması halinde ise, bu davalarda atanacak bilirkişi heyetinde bulunması gereken uzmanların niteliği ayrıca ve açıkça belirtilmeli ve etik kurulun yapısına benzer bir bilirkişi heyetinin oluşturulmasına çalışılmalıdır. Dolayısıyla, insan hayatının söz konusu olduğu bir alanda kurulacak olan bu kurulu oluşturacak kişilerin mesleki açıdan yetkinlikleri de çok iyi bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁵⁷³.

⁵⁷¹ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Birinci fıkrada yer alan hususların dışında kalan canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan **Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları** tarafından yapılır. Organ nakli hizmeti sunan hastanelerin bulunduğu her ilde **Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu** kurulur. Komisyon başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde, acil durumlarda ise derhâl toplanır ve oyçokluğu ile karar alır.

Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının kararlarına karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere **Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu** teşkil edilir. Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu, itiraz üzerine komisyon kararlarını inceleyerek onaylar, iptal eder veya komisyonun yerine geçip yeniden karar alır. Kurulun organ nakli başvurularına dair verdiği kararları kesindir.”.

⁵⁷² Hakeri, **Tıp Hukuku**, 2020, s. 540.

⁵⁷³ Dülger, **Organ ve Doku Nakli**, 2020, s.3.

Hısımlığa ilişkin durumlar, Türk Medeni Kanun’unda bu hususa ilişkin ihdas olunmuş hükümler bağlamında tespit edilecektir⁵⁷⁴.

Bu bağlamda önemli bir başka sorun ise, akrabalık şartının mevcut olmadığı durumlarda etik kurulun karar verdiği durumda, bir başka etik kuruldaki farklı yönde karar verilmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Aslında bu tür durumlarda aynı koşullar altında olmak üzere farklı etik kurullara başvurunun önlenmesi gerekmektedir⁵⁷⁵. Nitekim Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 16. maddesinin 4. fıkrası ile⁵⁷⁶ bu husus açıkça yasaklanmış bulunmaktadır. Fakat yine de farklı etik kurullara başvuru yapılmış ise herhangi bir etik kurulun olumlu yönde karar vermiş olması durumunda naklin hukuka uygun hale geleceği kabul edilmelidir⁵⁷⁷. Olumlu yönde olmayan etik kurul kararını dikkate alan hekimler bağlamında, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanabileceği savunulmuştur⁵⁷⁸.

Akrabalık şartı başlığı altında ele alınması gereken bir başka konu ise, **Çapraz Nakildir**. Çapraz nakil, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 4/1-ç maddesinde⁵⁷⁹ tanımlanmıştır.

Çapraz nakilde, kendi akrabalarından birine organ veya doku bağışında bulunmak konusunda gönüllü olan kişiler mevcuttur. Ancak bu kimselerin organ veya doku uyumsuzluğu nedeniyle kendi akrabasına bağış yapamaması; buna karşılık akrabası olmayan diğer kimseye organının uyması hali söz konusudur. Bu durumda çapraz nakil gündeme gelmekte, gönüllü kimselerin doku uyumu olan diğer gönüllünün akrabasına bağış yapması hali söz konusu olmaktadır⁵⁸⁰.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile 2012 yılında bahse konu hüküm ihdas edilmeden önceki dönemlerde doktrinde, isabetli olarak, akrabalık bulunmayan kişilerle ilgili olarak karar verecek komisyonun çapraz bağış konusunda

⁵⁷⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 539.

⁵⁷⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 540, Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 126.

⁵⁷⁶ “...Bir komisyonun uygun görmediği başvuru için başka bir komisyon karar alamaz.”

⁵⁷⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 540.

⁵⁷⁸ Ünver, *Organ Nakli*, 2009, s. 17; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 540.

⁵⁷⁹ Bahse konu hüküm ile çapraz nakil şu şekilde tanımlanmıştır:

“Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türü”dür.

⁵⁸⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 541.

da yetkili kılınması gerektiğini ifade edilmiş; burada organ ticareti söz konusu olmadığından, bu olanağın mutlaka sağlanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸¹.

Yeni çıkarılan 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre komisyonun kararına gerek kalmaksızın çapraz bağış yapılabilir⁵⁸².

3.4.2.1.2. Alıcı bakımından koşullar

Alıcının rızası

İki taraflı bir cerrahi girişim süreci olan organ nakli için gösterilecek rızaya hukukten geçerlilik tanınması için alıcının da aydınlatılmış rızasına ihtiyaç bulunmaktadır. Alıcı bakımından rızanın aranması gerekmektedir; zira organ nakliyle işlemleriyle alıcının da beden bütünlüğüne yönelik girişimler söz konusu olmaktadır. Alıcının rızası, organ nakli bağlamında özellik arz etmemekte olup diğer tıbbi müdahaleler bağlamında aranan rıza çerçevesinde tayin ve tespit olunabilecektir⁵⁸³. Organ veya doku alıcısının nakle göstereceği rıza, tüm dış etkenlerden arındırılmış, müdahale öncesinde detaylı aydınlatmaya dayalı, özgür iradenin ürünü olarak ortaya çıkmış rıza niteliğini taşımaktadır⁵⁸⁴.

Sağlık kurumuna ilişkin şartlar

Organ veya doku nakli sürecine ilişkin işlemlerin icra olunacağı sağlık kuruluşlarının belli özellikleri haiz olması bizzat Kanun hükmü ile varlığı aranan şartlardandır. Bu bağlamda 2238 sayılı Kanun m. 10 gereğince; nakil işlemlerinden olan organ veya dokunun alınması, saklanması, aşılması ve nakli işlemlerinin gerçekleştirilmesi yalnızca bahse konu iş ve işlemler için gereken uzman personeli ve araçları bünyesinde barındıran sağlık kurumlarınca gerçekleştirilebilecektir⁵⁸⁵.

Yine bu nitelikleri sahip sağlık kuruluşu tarafından ODNK'nin 9. maddesi uyarınca; nakil işlemi öncesinde verici bakımından söz konusu olduğu gibi alıcı

⁵⁸¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 541, Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 126.

⁵⁸² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 541.

⁵⁸³ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 127.

⁵⁸⁴ Kurt, *a.g.e.*, s. 245.

⁵⁸⁵ Abik, *a.g.m.*, 2014, s. 127.

bakımından da nakil işleminin herhangi bir yaşamsal tehlikeye sebep olmayacağına dair olurluk raporu tanzim edilmelidir.

3.4.2.1.3. Her iki taraf bakımından koşullar

Yetkili kişilerce gerekli teçhizat ve donanımına sahip sağlık kuruluşlarında yapılması

Organ veya doku nakline ilişkin işlemler tıbbi müdahale türüdür. Bu gerekçeyle, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için aranan koşullar organ veya doku nakilleri için de geçerlidir. Doktrinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları farklı tasniflere tabi tutulmuş ise de kanımızca şu şekilde yapılacak bir tasnif en uygunu olacaktır:

- Tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeline yapılması
- Hastanın Aydınlatılmış Rızası
- Tıp Biliminin verilerine göre tıbbi gereklilik (Endikasyon) ve bu gerekliliklere uygun tıbbi müdahale⁵⁸⁶

Her Tıbbi müdahale, kişilik değerlerine müdahale olarak nitelendirilebilecek bir takım fiil yahut fiilleri bünyesinde barındırır. Bu gerekçeyle tıbbi müdahale, sonrasında geri dönülmesi yahut telafi olunması mümkün olmayacak bir takım zararlara neden olabilmesi muhtemel, riskli ve karmaşık bir süreçtir. Dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin bir takım hukuka uygunluk kriterine bağlanması isabetli olduğu gibi bu kriterlerin en başında tıbbi müdahalelerin yalnızca resmi ehliyetli kişilerce gerçekleştirilebilecek olması doğaldır.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁵⁸⁷, da tıbbi müdahalede bulunma hak ve yetkisine kişiler sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır. Bahse konu Kanun'un 1. maddesi uyarınca:

“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”

⁵⁸⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 248 vd.

⁵⁸⁷ 14.04.1928 Tarihli ve 863 Sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanmıştır.

Yine Kanun'un sair maddeleri çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunma konusunda resmi ehliyetli kişiler olarak sayılanlar: hekimler, diş hekimleri, sağlık memurları, hemşireler, ebeler, hastabakıcılar, sünnetçilerdir⁵⁸⁸.

Resmi olarak ehliyetli kabul olunan bahse konu meslek mensuplarının tıbbi müdahale icra edebilmek için ayrıca tıp mesleğini veya çeşitli tıbbi müdahalelerde bulunabilme yetkisini de taşımaları gerektiği belirtilmelidir. Bu yetkilerin her bir tıbbi müdahale bakımından ne gibi koşulların varlığı durumunda elde edilebileceği kanunda özel olarak düzenlenmiştir⁵⁸⁹.

Organ nakli bakımından hangi sağlık personelinin yetkili olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Bu kapsamda cerrahi nitelikli bir tıbbi müdahale söz konusu için, bu müdahalenin resmi ehliyetli olarak kabul olunan kişilerden yalnızca hekimlerin icra edebileceğinin kabulü gerekmektedir. Bunun yanında ağız ve diş sağlığı bakımından ilgili bir organ veya dokunun aktarılması gündeme geldiğinde diş hekimlerinin de yetkili olduğu söylenebilir⁵⁹⁰. Organ veya doku aktarılmasına ilişkin müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin bu nitelikteki cerrahi müdahaleler bakımında uzman hekim olması gerekmektedir. Organ veya doku aktarılması sürecinde görev alacak yardımcı personelin de organ nakli eğitilmiş ve tecrübeli olması gerekecektir.

Sağlık personeline ilişkin koşulların yanında organ veya doku nakli işleminin gerçekleştirileceği sağlık kuruluşunun da gerekli teçhizat ve donanımına sahip olması gerekmektedir⁵⁹¹. Bu durum ODNK m. 10 ile özel olarak düzenlenmiş ve hükme bağlanmıştır⁵⁹².

Organ naklinin süreci alıcı ve verici bakımından iki farklı tıbbi girişim içermektedir. Bu vesileyle organ veya doku nakline ilişkin kanunen yetkili kişilerce yapılma ve gerekli teçhizata sahip sağlık kuruluşunda icra edilme koşulları, hem organ vericisi hem de organ alıcısı üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahale için aranacaktır⁵⁹³.

⁵⁸⁸ Parlak, **a.g.m.** , 2009, s. 197. Hakeri, **Tıp Hukuku**, 2020, s. 248, 7 Nolu DipNot.

⁵⁸⁹ Parlak, **a.g.m.** , 2009, s. 197.

⁵⁹⁰ Abik, **a.g.m.**, 2014, s. 129.

⁵⁹¹ Toroslu, **a.g.m.** , 1978, 91.

⁵⁹² Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin bu işler için gerekli personele sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur.”

⁵⁹³ Parlak, **a.g.m.** , 2009, s. 198.

Müdahaleden önce gerekli incelemelerin yapılmış olması

Organ nakli süreci alıcı bakımından eşsiz bir fırsat olmasının yanında hem verici hem de alıcı bakımından birçok riski bünyesinde barındırmaktadır. Bu risklerin tarafların kalan yaşamında olumsuz sonuçlar doğurmaması adına ODNK ile araştırma yapılması ve bunun bir rapora bağlanması zorunluluğu öngörülmüştür⁵⁹⁴. Bu yöndeki hüküm ODNK m. 9 ile ihdas olunmuştur⁵⁹⁵.

Organ veya doku nakli öncesinde, naklin tarafları olan verici ve alıcı için, nakil ile hayat ve sağlık bakımından söz konusu olabilecek tehlikeler ile bunların ortadan kaldırılması düşüncesiyle tıbbi tahlillerin yapılmasına ilişkin hükümler ihdas olunmuştur⁵⁹⁶. Bu doğrultuda nakle konu kılınacak organın aktarmaya uygun olup olmadığı, naklin tarafları arasında kan ve doku uyumsuzluğunun mevcut olup olmadığı araştırılmalı ve buna ilişkin bir rapor tanzim olunmalıdır⁵⁹⁷.

Organ nakline girilmeden evvel verici ve alıcı hakkında inceleme ve tahlillerin gerçekleştirilerek organ naklinin risksizliğine ilişkin olurluluk raporunun nakli gerçekleştirecek hekim tarafından tanzim edilmesi gerekmektedir. Bahse konu olurluk raporunu tanzim yükümlülüğünün kime terettüp ettiği noktasında Doktrinde ağır basan görüş, olurluluk raporunun bizzat organ naklini gerçekleştirecek hekim tarafından düzenlenmesi gerektiği yönündedir. Böylelikle hangi hekimin sorumluluğunun söz konusu olacağı yönünde de belirlilik sağlanmış olacaktır⁵⁹⁸.

Olurluk raporuna esas kılınan incelemelerin yapılmaması ve raporun tanzim edilmemiş olması durumunda nasıl bir sonuç doğacağı hususu da netleştirilmelidir. Bu bağlamda gerekli incelemelerin yapılmaması ve olurluluk raporunun tanzim edilmemesi halinde tıbbi müdahaleye konu kılınan kimsenin rızası alınmadan önce usulüne uygun şekilde aydınlatılmamış olması durumu ile aynı hukuki sonuçların söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Özetle, olurluk raporuna konu araştırmaların yapılmaması ve raporun tanzim edilmemesi; gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin

⁵⁹⁴ Parlak, **a.g.m.**, 2009, s. 198.

⁵⁹⁵ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

*“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.”*

⁵⁹⁶ Ayan, M. (1991). **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, s. 21.

⁵⁹⁷ Abik, **a.g.m.**, 2014, s. 129.

⁵⁹⁸ Taşkın, **a.g.e.**, 1997, s. 114.

vücut tamlığı üzerinde hukuka aykırı nitelikte bir müdahale olarak vasıflandırılmasını netice verecektir⁵⁹⁹.

Hekimin bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü

Her tıbbi müdahalenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir girişim olduğu ve ancak belli koşulların varlığı halinde hukuka uygun olacağı çalışmamızın önceki bölümlerinde ifade olunmuştur. Bu bağlamda varlığı aranan koşullardan birisi hastanın “Aydınlatılmış Rızası”dır. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün birçok hukuki düzenleme ile hüküm altına alındığı görülmektedir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin kaynakların başında Anayasa’nın 17. maddesi hükmü gelmektedir⁶⁰⁰. Bunun yanında 1219 sayılı “*Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*” m. 70⁶⁰¹ hükmü gereğince de hastanın rızanın alınması için hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün mevcudiyeti hükme bağlanmıştır. Yine aydınlatma yükümlülüğünün düzenlendiği bir başka hukukî dayanak 4721 sayılı TMK’nın 23.⁶⁰² ve 24.⁶⁰³ maddeleridir. Aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen bir diğer mevzuat hükmü Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü)⁶⁰⁴ m. 14/II hükmüdür⁶⁰⁵.

⁵⁹⁹ Parlak, **a.g.m.**, 2009, s. 198-199.

⁶⁰⁰ Ozanoğlu, H. S. (2003). “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (3), s.55.

Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası hükmü şu şekildedir:

“*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

⁶⁰¹ İlgili hüküm şu şekildedir:

Madde 70 – (Değişik: 23/1/2008-5728/38 m.)

Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.

⁶⁰² İlgili hüküm şu şekildedir:

B. Kişiliğin korunması

I. Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı

Madde 23- (3) Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.

⁶⁰³ İlgili hüküm şu şekildedir:

II. Saldırıya karşı

1. İlke

Madde 24- (2) Kişilik hakkı zedelenen **kimsenin rızası**, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

⁶⁰⁴ 19 Şubat 1960 Tarihli ve 10436 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁶⁰⁵ İlgili hüküm şu şekildedir: “*Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde,*

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁶⁰⁶ 15. maddesi ile “*Bilgilendirmenin Kapsamı*” başlığı altında hekimin hastasını hangi konularda ne şekilde bilgilendirmesi gerektiği ve 31.⁶⁰⁷ maddesi ile aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aydınlatma yükümlülüğüne Türk Ceza Kanunu'nun 90. ve 91. maddeleri ile işaret edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ile düzenlenmiş bulunan “insan üzerinde deney” suçu bağlamında deneyin niteliği ve neticeleri bakımından doyurucu bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan yazılı rızanın varlığı aranmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün ele alındığı uluslararası hukuk düzenlemeleri de mevcuttur. Bu bağlamda *Biyotıp Sözleşmesi*'nin 5. maddesi uyarınca, vücut üzerinde icra olunacak herhangi bir müdahale, yalnızca ilgili kimsenin bu müdahale hakkında özgürce ve yeterince bilgilendirilmesi neticesinde muvafakat etmesinden sonra gerçekleştirilebilir. Bu nedenle tıbbî müdahalenin muhatabı olacak kimseye müdahale öncesinde müdahalenin amacı, niteliği ve muhtemel sonuçları ile tehlikeleri hakkında bilgilendirme yapılması zorunludur. Ele alınması gereken bir diğer uluslararası hukuk metni, 1994 yılında kabul edilen “*Hasta Haklarının Geliştirilmesi Amsterdam Bildirgesi*”dir. Bildirgeye hükümleri incelendiğinde özetle; hastaların mevcut durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, teşhis olunan hastalığa ilişkin tavsiye olunan tıbbî müdahaleleri, bu müdahalelerin içerdiği potansiyel risk ve muhtemel yararları bilme hakkına sahiptir. Bahse konu bildirge ile hastanın aydınlatılmış rızası, tüm tıbbî müdahalelerin ön şartı olarak tespit olunmuştur. Nihayet Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin değinilecek son uluslararası hukuk metni, 2002 yılında Roma'da kabul edilen “*Hasta Hakları Avrupa Statüsü*”dür. Bahse konu statü de benzer hükümler içermektedir.

Tıbbi müdahale çeşitlerinden organ ve doku nakli öncesinde naklin taraflarının detaylı olarak aydınlatılması gerekmektedir. Bu bağlamda naklin tehlikeleri, alıcı bakımından amaçlanan fayda ile naklin muhtemel psikolojik ve tıbbi sonuçları bakımından her iki tarafın da detaylı bilgilendirilmesi şarttır. Organ veya doku bağışçısı bakımından aydınlatma konusu daha büyük önem arz etmekte olup

teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”

⁶⁰⁶ 01.08.1998 Tarihli ve 23420 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁶⁰⁷ İlgili hüküm şu şekildedir: “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında *bilgilendirilip aydınlatılması esastır.*”

önemine binaen çalışmamızın önceki bölümlerinde detaylı olarak incelenmiştir⁶⁰⁸. Buna ilave olarak aydınlatma işleminin verici yanında alıcı bakımından da icra edilmesi şarttır.

Organ naklinde hekimin naklin taraflarını aydınlatma yükümlülüğü, diğer tıbbi müdahalelerdeki aydınlatma yükümlülüğüne kıyasla daha spresifik bir alana ilişkin olmakta, fakat daha etraflı bilgilendirmeyi gerektirmektedir⁶⁰⁹.

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ODNK m. 7 ile düzenleme yapılmış olup buna göre; organ veya doku naklinin muhtemel tehlikeleri, alıcı bakımından yararlı sonuçları ile psikolojik, tıbbi, sosyal neticeleri bakımından verici ile birlikte alıcının da nakli gerçekleştirecek hekim tarafından aydınlatılması şarttır.

Gerçekten de kapsamı daha dar olsa dahi alıcı da organ veya doku nakli konusunda aydınlatılmalıdır⁶¹⁰. Bu bağlamda aydınlatma yükümlüsü olan hekim özellikle vericiden organ veya doku nakli vesilesiyle taşınabilmesi olası hastalıklar bakımından alıcıyı detaylı olarak bilgilendirmelidir⁶¹¹.

3.4.3. Hayvanlardan Organ veya Doku Nakli

Gerek ölüden ve gerekse yaşayan kimselerden yapılan organ nakillerinin yeterli olmaması, hayvanlardan insanlara organ nakli tartışmalarını gündeme getirmiştir. Bu konuda hekim **iki tür problemle** karşılaşabilir. Bunlardan biri **tıbbî**, diğeri ise **hukukî problem**dir. Hayvandan organ naklinin tıbbî problemi, nakledilen bünyenin organı kabul etmemesi veya alıcının söz konusu nakil sebebiyle bulaşıcı bir hastalığa yakalanması riskidir. Bu sebeple hekim, nakilden önce alıcı, söz konusu riskler konusunda ayrıntılı olarak aydınlatmalı, buna rağmen alıcı böyle bir nakle rıza gösterdiği takdirde görev tamamlanmalıdır⁶¹².

Organ ve Doku Nakli Kanunu, insandan insana yapılan nakilleri düzenlemekte olup hayvandan insana yapılacak organ nakilleri bağlamında uygulanma kabiliyeti bulunmadığı açıktır. Bu durumda hayvandan insana yapılan organ nakillerini doğrudan yasaklayan bir hüküm bulunmadığından bahisle “tıbbi müdahalelerde

⁶⁰⁸ Bkz. “2.4.2.1.1.2. Vericinin Aydınlatılmış Rızasının Olması” başlığı.

⁶⁰⁹ Başpınar, *a.g.m.*, 2007, s. 195.

⁶¹⁰ Gökçen, *Organ ve Doku Nakli*, 2000, s. 71.

⁶¹¹ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 218.

⁶¹² Başpınar, *a.g.m.*, 2007, s.208.

aranan hukuka uygunluk koşullarının”⁶¹³ varlığı halinde hayvandan insana organ ve doku naklinin söz konusu olması gerektiği düşünülebilir. Ancak Hayvanları Koruma Kanunu’nun⁶¹⁴ 8. maddesi⁶¹⁵ hükmünün konu bakımından özellik arz etmesi sebebiyle ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bahse konu hüküm ile yaşayan hayvanlar ile ölü hayvanlar arasında organ ve doku nakline konu kılınma bağlamında bir ayırım yapılarak; hayvanlar öldüğü takdirde organlarının ve dokularının alınmasına izin verilmiştir. Yaşayan hayvanlar bağlamında ise kural olarak organ ve doku nakli işlemlerine konu kılınma hususu yasaklanmıştır. Ancak bu hususa bir istisna getirilerek **“tıbbi amaçlarla organ ve dokuların tümünün ya da bir bölümünün alınabileceği”** hükme bağlanmıştır.

“Tıbbi amaçlarla organ ve doku alınması” kavramına kanun koyucunun yüklediği anlama yönelik olarak doktrinde 2 görüş ortaya çıkmıştır:

İlk görüşe göre tıbbi amaçlarla organ ve doku alınması kavramından anlaşılması gereken; hayvandan hayvana yapılacak organ ve doku nakilleridir. Her ne kadar kanun koyucunun hayvandan insana yapılacak nakilleri kapsama alıp almadığı belli değilse de yasa maddesinin lafzı karşısında insanlara yönelik amaçlarla yapılan müdahalelerin bu kapsamda olmadığı düşünülebilir. Dolayısıyla yasa hükmü ile hayvandan insana yapılacak nakil işleminin yasaklandığı düşünülebilir. Bu durumda Hayvanları Koruma Kanunu’nun ilgili hükmüne aykırılık dolayısıyla aynı yasanın 28/e maddesi uyarınca **idari para cezası yaptırımı** söz konusu olacaktır.

Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 12. maddesi gereğince TCK’nın hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin hükümleri ve kusurluluğu kaldıran hallere dair düzenlemeleri kabahatler hukuku bağlamında da uygulama alanı bulacaktır. Bu

⁶¹³ Doğan, C. (2014). **“Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ Ya Da Doku Nakli)”**, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara, s. 264. Yazara göre hayvandan insan yapılacak organ naklinde (Ksenotransplantasyon); “Tıbbî Zorunluluk (Endikasyon)” ve “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması” koşullarının mevcudiyeti gerekli olup; canlılar arası organ nakillerinde aranan Etik Kurul Raporu’na gerek bulunmamaktadır.

⁶¹⁴ 1.7.2004 Tarihli 25509 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 24.06.2004 tarihli 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu

⁶¹⁵ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Yasak müdahaleler

Madde 8- Bir hayvan neslini yok edecek her türlü müdahale yasaktır.

Hayvanların, yaşadıkları sürece, tıbbî amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez.”

hüküm karşısında; her ne kadar Hayvanları Koruma Kanunu hükümlerine aykırı olarak yapılan organ veya doku nakli söz konusu olsa da Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bir insanın vücut bütünlüğü veya yaşamının kurtarılması açısından zorunlu olduğu takdirde “zorunluluk hali” kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir⁶¹⁶. Bu durumda Yeni Türk Ceza Kanunu ile bir kusurluluğu etkileyen mazeret sebebi olarak kabul edilen zorunluluk hali gündeme gelecektir. Bu halde, her ne kadar Hayvanları Koruma Kanunu kapsamına aykırı olarak icra edilen organ veya doku nakli fiili söz konusu olsa da fail/failler hakkında idari para cezası uygulanma olanağı söz konusu olmayacaktır.

Diğer görüşe göre, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8. maddesi gereğince bir hayvanın organları tıbbi amaçlarla alınabiliyor ise bu organın evleviyetle insanlara verilebiliyor olması gerekmektedir. Bu itibarla, tıbbi gerekçelerle hayvanlardan alınan organ ve dokuların öncelikle insanlara verilmesi gerekliliğinden bahisle Kanun maddesinin hayvandan insana yapılacak organ ve doku naklini yasaklamadığını savunan görüşler ağırlıktadır⁶¹⁷.

Hayvandan insana organ nakli günümüz itibariyle çok başvurulan bir yöntem olmasa da bilimde ortaya çıkacak yeni gelişmeler ile bahse konu yöntemin çokça kullanılır hale geleceği öngörülmektedir. Nitekim bilim insanları, yapay organ üretimi konusunda hızla yol almakta olup kimi yazarlara göre iyimser tahminler çerçevesinde önümüzdeki on beş yirmi yıl içinde birçok yerde yapay organ üreten hayvan çiftlikleri kurularak, organ nakilleri için sınırsız bir kaynak yaratılmış olacaktır⁶¹⁸.

3.4.4. Kompozit Doku Nakli

Kompozit Doku Nakli; “**Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi**”^{619,620} nin 3.maddesinin 1/ğ bendinde⁶²¹ tanımlanmıştır.

⁶¹⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 542

⁶¹⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 542

⁶¹⁸ “Organ Üretim Çiftliği”, Bilim ve Teknik, TÜBİTAK Yayınları, Ankara-2004, s. 7. <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/yeniufuk/icerik/yapayasam.pdf> **Aktaran:** C. Doğan, a.g.m., 2014, s. 259.

⁶¹⁹ 29.03.2011 tarihli ve 13984 sayılı Sağlık Bakanlığı Onayı ile yürürlüğe girmiştir.

⁶²⁰ Bahse konu Yönerge'nin Dünya'da bir ilk olduğuna dair izahat için Bkz. Özmen, *a.g.m.*, 2004, s.162.

⁶²¹ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

Kompozit doku, böbrek, karaciğer, kalp gibi insan vücudunun iç organları haricinde kalan ve birçok embriyonik tabakadan oluşan, bünyesinde farklı türden birçok dokuyu ihtiva eden vücut yapılarına verilen addır⁶²². Kompozit dokuların nakli yüz nakli, kol ve bacak nakli, kas ve sinir nakli ile gırtlak naklini gibi tıbbi ameliyelere verilen isimdir.

Organ ve Doku Nakli Kanunu, tıbben ve hukuken gerekli şartların mevcudiyeti halinde her türlü organ ve doku nakline izin vermekte ise de Kompozit Doku Nakli farklı düzenlemeler gerektiren nakil türüdür. Bu ayrımın gerekçesi naklin hayatın devamını sağlamayı amaçlamamasından ileri gelmektedir. Dahası kompozit doku nakilleri çoğu zaman endikasyon (tıbbi gereklilik) nazara alındığında diğer tıbbi müdahalelerden farklıdır⁶²³. Bu vesileyle bu nakil türüne dair özel düzenlemeler yapılması gerekmiştir.

Kompozit doku nakillerinin tarihçesi oldukça yenidir. Bu bağlamda kompozit doku naklinin ilk örnekleri; 2005 yılı sonrasında Fransa’da, Çin’de ve ABD’de ortaya çıkmıştır⁶²⁴. Ülkemizde ise 25 Eylül 2010 tarihinde Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde kadavradan çift kol nakli yapılmıştır. Devam eden süreçte 21 Ocak 2012 tarihinde aynı vericiden alınan kompozit dokunun nakli ile iki farklı hastaya ilk yüz nakli ile çift kol nakli ve tek bacak nakli gerçekleştirilmiştir. Bu gelişmelerden sonra 24 Şubat 2012 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde bir hastaya yüz nakli, diğer bir hastaya aynı anda iki bacak ve iki kol nakledilmiştir. Tek seferde dört ekstremitenin birden nakledildiği hasta, bu cerrahi girişimden kısa bir süre sonra hayata veda etmiştir. Bu nakil işlemlerinden hemen sonra, 17 Mart 2012 tarihinde icra olunan başarılı yüz nakli ameliyatı Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde gerçekleştirilmiştir. Bu alanda önemli gelişmelerden biri de kulak ve saçlı deriyi de ihtiva eden ve tam yüz nakli olarak nitelendirilen naklin gerçekleştirilmesiyle 15 Mayıs 2012 tarihinde yaşanmıştır. Bu nakil Akdeniz Üniversitesi’nde

“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 ameliyesini*” ifade etmektedir.

⁶²² Özmen, S. (2004). “**Yüz Ve Kompozit Doku Nakilleri**”, *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 157.

⁶²³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 543.

⁶²⁴ Batur Özçetin, A. (2014). “**Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması Ve Yasal Durumlar**”, *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 147.

gerçekleştirilmiştir. Bahse konu nakil işlemi İstanbul ve Gazi Üniversitesi'nde görevli olan öğretim üyelerinin iştirakiyle icra olunmuştur⁶²⁵.

Kompozit doku nakillerinin dünyada olduğu gibi ülkemizde de başarılı şekilde icra edilmeye başlanmasıyla, bu konudaki girişimlere dair hukuki çerçevenin çizilmesi ve bilimsel sürece destek olunması ile bu nitelikteki nakillerin denetlenebilir yüksek standartlara ulaşmasını sağlamak hedefleriyle Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi ihdas edilerek yürürlüğe koyulmuştur.

Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi hükümleri incelendiğinde Kompozit Organ ve Doku nakli bağlamında üç hususun özellik arz ettiği göze çarpmaktadır.

3.4.4.1. Kompozit organ ve doku naklinde Endikasyon

Her tıbbi müdahalenin, tıp bilimini verilerine göre “zorunlu nitelikte” olması ve tıp biliminin verilerine uygun şekilde icra edilmesi koşullarını bir arada taşıması gerekmektedir. Bu çerçevede endikasyon (tıbbi gereklilik), icra edilecek her tıbbi müdahale bağlamında aranması gereken bir koşuldur.

Endikasyon koşulu esasen hekimin belirleyeceği bir konu iken, Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi, endikasyon hususunda karar vermek üzere bir konsey kurulmasını hükme bağlamış, karar verme yetkisini bu Kurul'a vermiştir. Kompozit organ veya doku nakilleri bakımından endikasyon (tıbbi gereklilik) konusu, tüm nakil merkezlerinin mevcut olduğu sağlık kuruluşlarında tesis olunacak “Kompozit Doku Nakli Konseyi” tarafından karara bağlanacaktır. Sağlık Kuruluşları bünyesinde kurulan Konsey tarafından verilen kararlar, ulusal düzeyde “Kompozit Doku Nakli Bilimsel Komisyonu” incelemesine tabidir. Bahse konu Komisyon'un Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulacağı tespit olunmuştur. Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Komisyon tarafından gerçekleştirilen değerlendirme sonucunda nakil yapan sağlık kuruluşu nezdinde kurulan Konsey tarafından aldığı kararın “**Endikasyon Listesi**”ne⁶²⁶ aykırılığı tespit olunabilir. Bu durumda ilgili kurum ilk

⁶²⁵ Batur Özçetin, *a.g.e*, 2014, s.147.

⁶²⁶ Batur Özçetin, *a.g.e*, 2014, s.153: *Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin bir diğer amacı da kompozit doku nakline karar verilir iken en az riskle en yüksek faydanın elde edilebileceği vakalara nakil yapılmasını temin etmektir. (Örneğin; her yüz defekti için yüz nakli yapılamayacaktır.)*

olarak uyarılacaktır. Bu uyarıya rağmen endikasyon listesine aykırı olarak tekrar nakil işlemi yapılır ise, ilgili merkezin ruhsat ve faaliyet izin belgesi iptal edilecektir.

Bu noktada gerek “hekimin tedavi özerkliği” gerekse de “hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı” karşısında bakanlığın bu yönde bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olması tartışılmış; hem kanun koyucunun hem de idari makamların tehlikeyi önlemek amacıyla bazı tedavi yöntemleri ile bazı yüksek riskli alanları kısıtlayabileceği düşüncesi savunulmuştur⁶²⁷. Kanımızca da kanun koyucunun kamu sağlığı düşüncesinden hareketle endikasyon şartını bizzat tayin etmesi, hekimin tedavi özerkliği ile hastanın geleceğini tayin etme hakkını meşru bir amaca hizmet eder mahiyette kısıtlamaktadır.

Görüldüğü üzere diğer tıbbi müdahalelerden farkı olarak kompozit doku nakilleri açısından endikasyon hususu özellik arz eder mahiyette düzenlenmiş, Endikasyon konusunda hekim/hekimler yerine bir konseyin karar vermesi hükme bağlanmıştır.

Endikasyon şartının kompozit doku nakilleri bağlamında özel olarak düzenlenmesi, bahse konu tıbbi müdahalenin yaşam kurtarıcı bir mahiyeti olmamasından ileri gelmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar özellikle yüz nakli işlemleri bakımından endikasyonun varlığını öne sürmektedir⁶²⁸.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise endikasyon koşulu gerçekleşmeden yapılan nakiller bağlamında hekimlerin cezai sorumluluğunun mevcut olup olmadığıdır. Örneğin Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde bir hastaya aynı ameliyat esnasında iki kol ve iki bacak olmak üzere dört ekstremiteden birden nakledilmiş, hasta kısa bir süre sonra hayatını kaybetmiştir.

Bu kapsamda Yönerge gereğince, yapılacak her nakil türü için Bakanlık internet sayfasında ilan edilmiş bir Endikasyon Listesi yer almaktadır. Nakil merkezleri bir kişiyi nakil bekleyen hasta listesine alacakları zaman bu listedeki kriterleri göz önünde bulundurmak zorundadırlar.

⁶²⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 543.

⁶²⁸ Özmen, *a.g.m.*, 2014, s. 159: “Özellikle yüz nakilleri gündeme gelince ciddi tartışmalar baş gösterdi. Bazı hekimler yüz naklinin hayat kurtarıcı bir işlem olmadığını ve yapılmasının gerekli olmadığını öne sürüyorlar. Öte yandan hayat kurtarıcı bir işlem olmadığını savunanlara en iyi yanıtı yüz nakli ihtiyacı olan hastalar veriyor. Bu hastalar nefes alıp veriyorlar ancak toplumda neredeyse hiç yoklar, evlerinden çıkmıyorlar, hatta eve gelen misafirlerle bile görüşmekten kaçınıyorlar. Ben bu hastaların toplum içinde adeta “yaşayan ölümler” olduklarını düşünüyorum.” Şeklindeki görüşü ile yüz nakli işlemlerinde endikasyonun varlığını kabul etmektedir.

Aynı anda hem iki kol hem iki bacak olmak üzere dört uzvun nakli, 18 Kasım 2011 tarihli Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi çerçevesinde komisyonca hazırlanan nakil çeşitlerine dair endikasyon listesinde tespit olunan koşullara aykırıdır⁶²⁹. Endikasyon Listesi bağlamında, değil dört uzvun aynı anda nakli, çift kol nakli dahi ancak dirsek altı arasında kalan bölgeden icra edilmek koşuluyla iki taraflı olarak gerçekleştirilebilecektir. İki kolu da mevcut olmayan hastalar bakımından ise yalnızca baskın tarafa gerçekleştirilmek koşuluyla tek taraflı nakiller kabul olunmaktadır. Bacak nakiller bakımından, iki taraflı kol naklinin yanında bir veya iki taraflı bacak eksikliği söz konusu ise, bu hastalar için diz altından itibaren tek veya iki taraflı nakil yapılabilecektir⁶³⁰.

Bu nakil ve sonrasında gerçekleşen ölüm durumu neticesinde Sağlık Bakanlığı Kompozit Doku Nakli Bilim Kurulu, endikasyon listesine uygun olmayan nakil işlemi gerekçesiyle Hacettepe Üniversitesi'nin Kompozit Doku Nakli Merkezi Ruhsatı'nın iptali yönünde idari karar tesis etmiştir⁶³¹.

Ruhsat iptaline ilişkin idari işlemin iptali talebiyle görülen idari davada, ilk derece mahkemesince yürütmenin durdurulması talebi reddolunmuş ise de itiraz üzerine yapılan değerlendirme neticesinde Bölge İdare Mahkemesince; Sağlık Bakanlığı'nın, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi'nin kompozit doku nakli ruhsatının iptaline ilişkin işlemine ilişkin olarak "yürütmenin durdurulması" kararı verilmiştir. Bahse konu kararın gerekçesinde⁶³² endikasyon listesine aykırı yapılan

⁶²⁹<https://www.sabah.com.tr/gundem/2012/02/28/cifte-nakil-husranla-bitti?paging=2>(Erişim Tarihi: 26.03.2020).

⁶³⁰<https://www.sabah.com.tr/gundem/2012/02/28/cifte-nakil-husranla-bitti?paging=2>(Erişim Tarihi: 26.03.2020).

⁶³¹ <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/saglik/hacettepe-universitesinin-nakil-ruhsati-iptal-edildi-20189947> (Erişim Tarihi: 26.03.2020) "Kompozit Doku Nakli Bilim Kurulu, Ankara Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü'nde ikinci kez toplandı. Toplantı sonrası Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan yazılı açıklamada "Hacettepe Üniversitesi Kompozit Doku Nakli Merkezince yapılan yüz nakli ile ekstremite nakli değerlendirilmiş ve yüz naklinin endikasyona uygun olmadığı, ekstremite naklinin ise endikasyon dışında olduğu tespit edildiğinden ve ayrıca **Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 18. Maddesi, 2. Fıkrası uyarınca, mevzuat gereğinin yerine getirilmediği anlaşıldığından Kompozit Doku Nakli Merkezi Ruhsatının iptal edilmesine oy birliği ile karar verilmiştir**"

⁶³² "Normlar hiyerarşisine göre Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin, dayanağı niteliğindeki Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'ne uygun hükümler bulundurmaması gerekmektedir... Oysa her iki mevzuatın incelenmesinden, endikasyon listesine **uygun nakil yapılmaması halinde uygun nakil yapmayan merkezlere uygulanacak yaptırımlar konusunda farklı hükümler getirildiği anlaşılmaktadır**... Aynı fiille ilgili yönetmelik ve yönergede farklı hükümler öngörülmüş olup, yönergenin yönetmeliğe aykırı olmaması gerekmekte iken, yönetmelikte ruhsat iptali gibi bir yaptırıma yer verilmemişken yönergede böyle bir hüküm bulunduğu..."

nakillerde söz konusu olacak yaptırım bağlamında Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi ile bunun dayanağı niteliğindeki Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin farklı hükümler içermesi gösterilmiştir.

Bahse konu mevzuat hükümleri arasındaki çelişkinin giderilmesi önem arz etmektedir. Gerçekten de Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 22/4. maddesi⁶³³ ile Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin 26. maddesi⁶³⁴ arasında uyumsuzluk mevcuttur.

Hekimlerin cezai sorumluluğu bakımından ise; riski artırma yasağı kapsamında hekimin mevcut metotlardan en az riskli olanı tercih ederek başarı şansı en yüksek yönetime yönelmesi gerektiği öne sürülmüştür⁶³⁵. Bu bağlamda endikasyon listesine aykırı olarak, riski yüksek bir tıbbi müdahalenin tercih edilmiş olması, müdahaleyi yapan hekimlerin cezai sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

3.4.4.2. Kompozit organ ve doku naklinde aydınlatma ve rıza

Kompozit organ ve doku nakli bağlamında özellik arz eden bir diğer husus **“aydınlatma ve rıza”** konusudur. Yönergede özel bir hüküm ihdas edilen aydınlatma ve rıza hususunda bizzat yönerge tarafından Ek 1 ve Ek 2 ile sunulan belgeler hazırlanmış ve bu belgelere **“bilgilendirilmiş onam formu”** adı verilmiştir.

Yönergenin 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca nakilden sorumlu uzman hekim, nakil işleminin hayat kurtarıcı olmayan niteliğinden, alıcının ise hayatı süresince bağımlılık sistemini baskılayıcı yan etkilere maruz kalabileceğinden ve nakil

“... Bu durumda, davacı nakil merkezine endikasyon listesine aykırı ekstremite nakli yapmış olması nedeniyle üst norm niteliğinde olan yönetmelik uyarınca üç ay süreyle yeni nakil yapmasının durdurulması yaptırımı, konseyden izin alınmadan yapılan yüz nakli nedeniyle ise yine yönetmelik hükümleri uyarınca Ulusal Koordinasyon Kurulunun da önerisi alınarak çalışmaların kısmen veya tamamen durdurulması veya diğer idari tedbirlere ilişkin yaptırımların uygulanması gerekmektedir daha alt norm niteliğinde olan ve dayanağı yönetmeliğe aykırı hükümler bulunduran yönerge hükümleri uygulanmak suretiyle davacıya ait nakil merkezinin ruhsat ve faaliyet izin belgesinin iptali yönünde tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” hususları gösterilmiştir. <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hacettepeyi-sevindiren-karar/343643> (Erişim Tarihi: 26.03.2020).

⁶³³ İlgili hüküm şu şekildedir: “Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak veya endikasyon dışı organ veya doku nakli yaptığı tespit edilen nakil merkezinin ilk tespitinde yeni nakil yapması **üç ay süre** ile durdurulur. Aynı fiilin tekrarı halinde faaliyet izni iptal edilir.”

⁶³⁴ İlgili hüküm şu şekildedir: “... Endikasyon Listesine uygun nakil yapmadığı tespit edilen merkez Bakanlıkça **uyarılır**. Uyarıya rağmen tekrar Endikasyon Listesine aykırı nakil gerçekleştirdiği Komisyon tarafından tespit edilen merkezin ruhsat ve faaliyet izin belgesi Bakanlıkça iptal edilir.”

⁶³⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 544.

işlemlerine bağlı tüm komplikasyonlardan ötürü hastaya bilgilendirerek aydınlatmalı ve bu aydınlatma neticesinde hastanın rızasını almalıdır⁶³⁶.

Kompozit doku nakillerinde “aydınlatma ve rıza” konusunun ayrı bir öneme sahip olması, icra edilecek tıbbi müdahalenin deneme özelliğinin mevcudiyetinden ileri gelmektedir. Bu bağlamda tıp hukukunda, tıbbın gelişmesinin önünü tıkmamak adına bilinen tedavi yöntemleri dışındaki yöntemlere de izin verilmektedir. Fakat her şeyden önce hastanın etraflı bir şekilde bilgilendirilmesi, aydınlatılması mecburidir⁶³⁷.

3.4.4.3. Kompozit organ ve doku naklinde alıcı adayının yazılı beyanı

Kompozit ve organ ve doku nakli bağlamında endikasyon ve rıza/aydınlatma dışında üçüncü özel durum Yönergenin 28. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu çerçevede “*mevcut alternatiflerin yeterli gelmediğine dair alıcı tarafından sunulan yazılı beyan*” koşulundan bahsedilebilir.

Bir diğer ifadeyle kompozit doku nakil işlemlerinin hayat kurtarma özelliğinin söz konusu olmaması ve nakil neticesinde alıcının hayatı süresince bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaç kullanma zorunda kalabileceği, tüm bunların neticesi olarak bazı komplikasyon ve yan etkilerin ortaya çıkabileceği nazara alındığında bahse konu yazılı beyanın önemi ortaya çıkmaktadır.

Bahse konu yazılı beyan, kompozit doku nakli bakımından alıcı adayı pozisyonunda bulunan kimseye nakil işlemi yapılmadan bazı alternatifleri hatırlatma misyonu üstlenmektedir. Bu bağlamda alıcı adayının, mekanik ve myoelektrik protez veya ortez gibi alternatif tedavi yöntemlerini kullanmış olmasına rağmen sonuç alamadığını yazılı olarak beyan etmesi söz konusudur. Yine bu bağlamda alıcı adayında mevcut bulunan organ veya doku kaybının telafisi amacıyla cerrahi girişimlerden netice alınamadığının yazılı olarak bildirilmesi aranmaktadır⁶³⁸.

Hukukumuzda kadavradan kompozit doku nakli yapılması mümkün kılınmıştır. Bu husus Yönergenin 28/1. maddesi⁶³⁹ ile hükme bağlanmıştır.

⁶³⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 544.

⁶³⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 544.

⁶³⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 544.

⁶³⁹ Bahse konu hüküm şu şekildedir:



“kadavranın potansiyel donör olarak sağığında imzalamış olduğı veya donör ölümü sonrasında bağış yapmaya yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmalıdır.”

4. ORGAN/DOKU NAKLİNİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ VE ORGAN VEYA DOKU NAKLINE İLİŞKİN SUÇLAR

1982 tarihli Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre:

“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 21. maddesi hükmü gereğince:

“İnsan bedeni ve parçaları kendi başına hiçbir ticari kazanç konu olamaz.”

Bu kapsamda Dünya Tabipler Birliği’nin 1985 yılı Ekim ayında Brüksel’de gerçekleştirilen 37. Genel Kurul Toplantısı sonucunda deklare olunan duyuruyla, organ nakli amacıyla insanların organlarının satılması açıkça kınanmıştır. Kınanan davranışın, bünyesine organ nakledilen kişi bakımından kınanmayacağı savunulmuştur. Bu düşünceye gerekçe olarak, kendisine organ nakledilen kişi her ne kadar organ almak için maddi bir bedel ödemeyi kabul etmiş olsa da, bu kimsenin gerçek amacının sağlığını kazanmak yahut yaşamını kurtarmak olduğu göz önüne alındığında, gösterilen rızanın geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁶⁴⁰. Ancak nakle konu kılınacak organın, vericinin yaşamının devamı açısından taşıdığı önem göz önüne alınarak organın alınması ile bu kişinin sağlığı bakımından orantısız bir tehlike ortaya çıkması olasılığında organ nakline gösterilen rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁶⁴¹.

Bu doğrultuda hukukumuzda organ nakillerinin nasıl gerçekleştirileceği 2238 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. ODNK’nin 3. maddesi uyarınca maddi bir çıkar yahut bedel mukabilinde organ yahut doku satılması veya satın alınması yasaklanmıştır. Dolayısıyla hukukumuzda organ ve doku ticareti yapmak yasaklanmıştır. Bu yasağın yaptırımını ise gerek ODNK ile gerekse de Türk Ceza Kanunu ile cezai müeyyideye bağlanmıştır.

ODNK’da cezai ve idari müeyyideler başlıklı bir düzenleme bulunmaktadır. ODNK m. 15 gereğince:

⁶⁴⁰ Dülger, *Tıptaki İlerlemeler*, 2020, s. 3.

⁶⁴¹ Dülger, *Tıptaki İlerlemeler*, 2020, s. 3.

“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 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır.”

1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile organ ve doku nakli süreçlerine ilişkin cezai hükümler düzenlenmiştir. Bahse konu hükümler, Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümler başlıklı ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmında, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde 91. ila 93. maddeler arasında düzenlenmiştir. Buna göre 91. maddede suç tipleri, 92. maddede “Zorunluluk Hali” ve nihayetinde 93. maddede “Etkin Pişmanlık” hükümleri ihdas edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin başlığı “Organ veya Doku Ticareti” olarak belirlenmiştir. Ancak, doktrinde; madde ile yalnızca organ ticareti değil, organ alım ve muhafazası fiillerinin de cezalandırılması nedeniyle madde başlığının muhtevayı karşılamadığı yönünde eleştiriler mevcuttur⁶⁴².

Kanun koyucu bahse konu maddeler ile aşağıda belirtilen fiilleri suç olarak düzenlemiştir:

- Hukuken geçerli bir rıza olmaksızın yaşayan bir insandan organ ve doku alınması,
- Ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması,
- Organ ve doku ticareti,
- Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokunun aşılması, saklanması, nakledilmesi
- Organ ve dokunun çıkar karşılığı teminine yönelik ilan veya reklam verilmesi

4.1. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Suçu

4.1.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca:

“Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş

⁶⁴² Soyaslan, **Organ, Doku Nakli**, 2007, s. 153, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, 2017, s.261.

yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Bahse konu maddenin gerekçesi:

“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.”

şeklindedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrasının madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın yaşayan birinden organ yahut doku alan kimsenin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yine hem madde gerekçesinde hem de kanun maddesinde belirtilmiş olan “hukuken geçerli rıza”nın da ilgili mevzuatta düzenlendiği belirtilerek 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu’na atıf yapılmıştır. Bu kapsamda fiili suç olmaktan çıkaracak olan rızanın hangi koşullarda geçerli olacağı, 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun* ile düzenlenmiştir⁶⁴³.

Organ ve doku bulmakta yaşanan güçlükler ve organ bağışının henüz yeterince yaygınlaştırılamamış olması neticesinde kadavradan organ temininin yetersiz olması insanların yasadışı yollara yönelmesine neden olmakta ve özellikle az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde insanlar, maddi çıkar karşılığında organ ticaretine kurban edilmektedir⁶⁴⁴.

Doktrinde Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası ile iki ayrı suç tipi düzenlendiği öne sürülmüş olup bu kapsamda; Yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ alınması ve yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak doku alınması suçlarının ihdas edildiği savunulmuştur⁶⁴⁵. Kanımızca bahse konu madde ile iki farklı suç tipi ihdas olunmamış, yalnızca suçun konusu bakımından farklı yaptırımlar öngörülmüştür. Bu husus ilgili başlıklar altında tekrar ele alınacaktır.

⁶⁴³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 377.

⁶⁴⁴ Halıcı, T. K. (2009). *Türk Ceza Kanunu’nda Organ Veya Doku Nakline İlişkin Suçlar*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 9.

⁶⁴⁵ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 115.

4.1.2. Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, kanuni tipte tanımlanmış bulunan fiille ihlal edilen ve hukuk tarafından himaye edilen soyut menfaatleri ifade etmektedir⁶⁴⁶.

Bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanmasıyla bir veya birden çok hukuki değer koruma altına alınmaktadır⁶⁴⁷. Bu bağlamda suç teşkil eden her fiil, aynı zamanda bir hukuki değer ihlali niteliğindedir⁶⁴⁸.

Yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ ve doku alma suçunda korunan hukuki değer *kişinin vücut bütünlüğüdür*⁶⁴⁹.

Bir suçla korunan hukuki değer belirlenmesinde, o suçun kanunda hangi bölümde düzenlendiği önem taşımaktadır⁶⁵⁰. İnceleme konusu suç da Türk Ceza Kanunu'nda "*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Kişinin doğumundan ölümüne kadar vücuduna, sağlığına yönelen saldırılar ceza kanunları ile yaptırım altına alınarak bireylerin vücut bütünlüğü korunmak istenmiştir⁶⁵¹.

Vücut bütünlüğünün yanında bireylerin *irade özgürlüğünün* de korunduğu savunulmaktadır⁶⁵². Nitekim ODNK ile yaşayan kimsenin organlarını bağışlamak konusunda göstereceği rızaya değer atfedilerek bu rızanın geçerlilik koşulları tayin ve tespit olunmuştur. İnceleme konusu yaşayan kimseden rızası hilafında organ veya doku alınması suçu ile kişilerin iradelerine tanınan bu değer yok sayılmak suretiyle irade hürriyetinin ihlal edileceği yönündeki görüş kanımızca isabetlidir.

Türk Ceza Kanunu'nun "Organ ve Doku Ticareti" başlığı altında düzenlenen 91. maddesi bütün olarak ele alındığında öncelikle kişinin *yaşam hakkının* korunmak istendiği şüphesizdir. Ancak özele indirgeyerek 91. maddenin 1. fıkrasının da yaşam hakkını korumak istediği söylenebilir. Nitekim ODNK'nin 8. maddesi ile vericinin yaşamını mutlak şekilde sona erdirecek organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırılığın yaptırımı da yine Türk Ceza Kanunu'nun 91.

⁶⁴⁶ Özgenç, Genel Hükümler, 2019, s.38; Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, 2019, s.32.

⁶⁴⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 177.

⁶⁴⁸ Ünver, *Hukusal Değer*, 2003, s. 147.

⁶⁴⁹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 114.

⁶⁵⁰ Koca/ Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 2017, s. 6.

⁶⁵¹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 115.

⁶⁵² Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.128-129; Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s.146.

maddesine göre belirlenecektir. Bu vesileyle inceleme konumuz suç ile korunan bir diğer hukuki değerin yaşam hakkı olduğu söylenebilir⁶⁵³.

Yaşayan kimseden rızası hilafında organ veya doku alınması suçu bağlamında yalnızca bireysel değil toplumsal bazı hukuki değerlerin de koruma altına alındığı görüşü savunulmaktadır. Bu bağlamda Devletin, medeni toplum olmanın bir gereği olarak, bireylerin bedensel bütünlüğünü ve sağlığını koruma yükümlülüğünün mevcudiyetine dikkat çekilerek bu yükümlülüğün ifası bakımından hukuka aykırı organ veya doku alımı ile organ ve doku ticaretinin yasaklanması mükellefiyeti bulunduğu belirtilmiştir⁶⁵⁴.

Tüm bu açıklamalar kapsamında yaşayan kimseden organ veya doku alma suçu ile korunan hukuki değerin karma nitelikte olduğu; yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, insan onuru ve irade hürriyetinin korunduğu söylenebilir⁶⁵⁵.

4.1.3. Suçun Unsurları

4.1.3.1. Tipikliğin maddi unsurları

4.1.3.1.1. Fail

Fail, suçun kanuni tanımındaki belirlenmiş olan muayyen fiili icra eden kimsedir. Yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bağlamında fail; hukuka aykırı olarak organ veya doku alan kimsedir. Bu bakımdan herkes tarafından işlenebilen bir suç⁶⁵⁶ ihdas edilmiş olup, suç tipi fail bakımından özellik arz etmemektedir.

Doktrinde suçun failinin ancak hekimler olabileceği görüşü de savunulmuştur⁶⁵⁷. Bu görüşe göre ODNK'nin 10. maddesine göre organ veya doku alınması işlemi yalnızca yetkilendirilmiş sağlık kurumlarında ve yine ODNK'nin 7. maddesi uyarınca hekimler tarafından icra edilecek bir işlemdir. Dolayısıyla sağlık mesleği mensubu olmayanların ve sağlık mesleği mensubu olup da konunun uzmanı

⁶⁵³ Aynı yöndeki görüş için bkz. Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.147.

⁶⁵⁴ Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 115.

⁶⁵⁵ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 25.

⁶⁵⁶ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, s. 117

⁶⁵⁷ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

bulunmayan sağlık mesleği mensuplarının organ ve doku alması yasaklanmış olduğundan, suçun ancak hekimlerce işlenebilecek **özgü suç** niteliğinde olduğu iddia olunmuştur⁶⁵⁸.

Yaşayan kimseden rızası hilafına organ veya doku alınması suçunun özgü suç niteliğinde olduğunu ileri süren görüşün bir diğerk dayanak noktası daha mevcuttur. Bu görüşe göre failin ancak hekim olabileceğinin kabul edilmemesi durumunda, hukuken geçerli rızanın mevcut olduğu her halde, herhangi bir kimsenin organ ve doku nakli yapma yetkisi bulunacağından ve yapılan bu nakiller de suç teşkil etmeyeceğinden kanunun ruhuna ve amacına aykırı bir durum ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür⁶⁵⁹. Yine bu doğrultuda olmak üzere 2238 sayılı ODNK ile açıkça bir özgü suç ihdas edilmiş olup, Türk Ceza Kanunu açısından özgü suç kabul edilmediğı takdirde ODNK'nin sadece hekimlere verdiği yetkiyi Türk Ceza Kanunu herkese vermiş olacaktır ki bu durumun da kabulü mümkün olamaz şeklinde görüşler mevcuttur⁶⁶⁰.

Doktrinde yer bulan bir diğerk görüşe göre ise “hukuka aykırı olarak organ veya doku alma” fiilinin tıbbi müdahalede bulunma bilgisi olabilecek kimseler tarafından icra edilebileceğı ancak bu durumun yalnızca hekimler ile sınırlı tutulmasının isabetli olmayacağı yönündedir. Zira tıp fakültesi son sınıf öğrencisi bir kimse ile sertifikası elinden alınmış bir doktor tarafından da suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirilebileceğı savunulmuştur⁶⁶¹. Bu vesileyle inceleme konumuz olan suç özgü suç olmamasına rağmen, suç açısından tıbbi anlamda olan “alma” eylemleri kapsamında kalan fiilleri gerçekleştiren ve bu yönde tıbbi yeterliliğini kullanan her kişinin suçun faili olabileceğı fakat fiilin özelliğı bakımından zorunlu olarak bir fail ayırımına gidildiğı görüşü savunulmuştur⁶⁶².

Sonuç olarak her ne kadar suçun kanuni tarifindeki fiiller zorunlu olarak cerrahi bilgi gerektirmekte ise de suçun failinin yalnızca tıp mesleğı mensupları olacağı yönündeki özgü suç nitelemesine iştirak etmemekteyiz. Kanımızca suç, herkes tarafından işlenebilen suçlardandır.

⁶⁵⁸ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

⁶⁵⁹ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 259.

⁶⁶⁰ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 259.

⁶⁶¹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 64.

⁶⁶² Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 64.

Hukukumuzda bir fiilin varlığından söz edilebilmesi için bunun muhakkak insanla ilişkilendirilmesi gerekmektedir⁶⁶³. Bu sebeple suçların failleri yalnızca gerçek kişiler olabilecek, tüzel kişilerin suç faili olması mümkün olmayacaktır⁶⁶⁴. Tüzel kişinin genel anlamda suçun faili olmaması, azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edememesi, tüzel kişi hakkında ceza yaptırımını uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır. Ancak bir suçun tüzel kişinin yararına olarak veya tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde yahut tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da herhangi bir çalışanı tarafından işlenmesi halinde, bu tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri olarak bir takım ceza hukuku yaptırımları uygulanabilecektir⁶⁶⁵.

Bu vesileyle yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun bir tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 7. fıkrası uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Bu kapsamda örneğin; bir hastanede, organ ve doku alımı ile ilgili geçerlilik koşullarını yerine getirmeden bir kimseden organ veya doku alınması durumunda ilgili hastanenin izninin iptali yoluna gidilebilecektir⁶⁶⁶.

4.1.3.1.2. Mağdur

Suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu kişidir⁶⁶⁷. Bu bakımdan yaşayan kişiden rızası hilafında organ veya doku alınması suçu bağlamında mağdur, suçun konusunu teşkil eden organ veya dokunun sahibidir⁶⁶⁸.

Yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu, mağdur bakımından herhangi bir hukuki sıfat, özel veya objektif vasıf aranan suçlardan değildir. Bu gerekçeyle inceleme konumuz olan suç mağdur bakımından özellik arz etmemektedir.

4.1.3.1.3. Suçun konusu

Suçun konusu, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır, bünyesidir⁶⁶⁹. Bazı suç tanımlarında suçun konusunu bir nesnenin oluşturduğu açıkça anlaşılmakta iken,

⁶⁶³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 213.

⁶⁶⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 213.

⁶⁶⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 213.

⁶⁶⁶ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 29.

⁶⁶⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 223.

⁶⁶⁸ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

örneğin hırsızlık suçunun konusu “taşınır bir mal” iken bazı suçlarda suçun konusu ile mağdur iç içe olmakla birlikte aynı şeyler değildir⁶⁷⁰. Örneğin kasten yaralama suçu bakımından mağdur, yaralanan kişi olmasına karşın; suçun konusu, yaralanan kimsenin vücududur. Bu bağlamda suçun konusu, fiilin üzerinde icra edildiği yahut üzerinde etki doğurduğu maddi varlıktır.

Yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bakımından suçun konusu, organ veya dokudur.

Organ ve doku kavramları gerek Türk Ceza Kanunu’nda gerekse de ODNK ile tanımlanmış değildir. Çalışmamızın ilk kısmında organ ve doku kavramlarına ilişkin detaylı tanımlara yer verilmiş ise de suç tiplerinin incelendiği bu bölümde kısaca tanım yapmakta fayda görmekteyiz.

Organ; belirli bir görev yapan ve sınırları belirlenmiş bir uzuv olup, kalp, karaciğer, beyin, göz, mide, dalak, rahim ve idrar torbası gibi vücut parçaları organdır⁶⁷¹.

Doku; vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü ifade etmekte olup kemik iliği, kas, kalp kapağı, kornea, kemik gibi vücut parçaları birer dokudur⁶⁷².

Yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun konusunu teşkil eden organ veya dokunun hayatta olan kimseden alınması gerekmektedir. Aksi halde ölüden yapılacak alma eylemleri aşağıda inceleyeceğimiz Türk Ceza Kanunu’ nun 91. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacaktır.

2238 sayılı Kanun, suçun konusu bakımından kapsamı belirlemiştir. Bu çevrede kanunun 2. maddesine göre organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılabacaktır. Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılantması ve nakli ile kan transfüzyonu işlemleri bağlamında esasında deri ve kan doku olmasına rağmen ODNK hükümleri uygulanmayacaktır.

⁶⁶⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 219.

⁶⁷⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 219.

⁶⁷¹ Koca/Üzölmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 233.

⁶⁷² Koca/Üzölmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 233.

Bu vesileyle bahse konu dokuların yaşayan kişiden alınması halinde Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasındaki oluşmayacaktır⁶⁷³.

Son olarak, işlenen fiilin etkisiyle suçun konusu üzerinde ya zarar doğmakta ya da suçun konusu tehlikeye maruz kalmaktadır⁶⁷⁴. Bu bağlamda suçun konusu üzerindeki etkisi itibarıyla suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları olarak tasnife tabi tutulurken tehlike suçları da soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçları olarak ayrılmaktadır. İnceleme konumuz olan yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku almak suçunun, konu üzerinde zarar meydana getirdiğinden bahisle **zarar suçu** olduğu öne sürülmüştür⁶⁷⁵. Ancak zarar suçu nitelemesi, ancak neticenin arandığı suçlar bakımından yapılabilir. Bu bakımdan fiilin işlenmesiyle tamamlanan ve ayrıca bir zararın ortaya çıkmasının aranmadığı *sırf hareket suçları* bakımından, zarar suçu nitelemesi yapılamayacağı öne sürülmüştür⁶⁷⁶. İnceleme konumuz olan Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasındaki yaşayan kimseden organ veya doku alma suçu *sırf hareket suçu* niteliğinde olduğundan zarar suçu olarak nitelendirilemeyeceği, suçun soyut tehlike suçu niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

4.1.3.1.4. Fiil

Fiil, kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranıştır⁶⁷⁷.

Yaşayan kimseden organ alınması suçu bakımından Kanunun yaptırıma bağladığı fiil, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrası gereğince “*hukuka aykırı olarak organ/doku almak*” fiilidir.

“Almak” fiili, “*bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak*”⁶⁷⁸ olarak tanımlanmıştır.

İnceleme konumuz olan suç bağlamında “Almak” fiilinden kasıt; organ veya dokuyu canlı insan vücudundan ayırmak⁶⁷⁹ olarak anlaşılmalıdır. Suç, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokunun vücuttan ayırma işleminin

⁶⁷³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 66.

⁶⁷⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 220.

⁶⁷⁵ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 32.

⁶⁷⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 221.

⁶⁷⁷ Maurah/Zipf I, s.179/180, 185, 186 Aktaran: Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 179.

⁶⁷⁸ <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.04.2020)

⁶⁷⁹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 116.

icrasıyla tamamlanacaktır⁶⁸⁰. “Alma” eylemini icrası esnasında failin yakalanması yahut elinde olmayan sebeplerle suçun icrasını tamamlayamaması durumunda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir⁶⁸¹.

Almak fiilin hukuki çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda doktrinde “almak” tan kastın tıbbi bir müdahale ve hatta çoğu zaman cerrahi usullerle gerçekleştirilen bir ameliyatı ifade ettiği belirtilmiştir⁶⁸².

Suçun maddi unsurlarından olan fiil, kanuni tarifte belirlenen yapısına göre belli tasniflere tabi tutulmaktadır. Bu kapsamda; serbest hareketli, bağlı hareketli yahut seçimlik hareketli suçlar ayrımı söz konusu olduğu gibi tek veya çok hareketli suçlar ve nihayet icrai suçlar ve ihmali suçlar ayrımları mevcuttur.

Bir suçun kanuni tarifinde o suçu oluşturan fiilin ne tarz bir fiil olduğu konusunda bir özelleştirmenin yapılmadığı suçlara serbest hareketli suç denilmektedir. Diğer yandan suçun kanuni tanımında hangi tür fiillerle suçun icra edilebileceği belirtilmiş ise bağlı hareketli suç ve nihayet suçun icrasında birden fazla alternatif fiille icra edilebileceği belirlenmiş ise seçimlik hareketli suç söz konusu olacaktır⁶⁸³.

Yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçunda maddi unsurun fiil ögesi, organ veya doku alabilmek için gerçekleştirilen her türlü harekettir. Bu nedenle canlılardan organ alınması **serbest hareketli bir suç** olarak nitelendirilebilir⁶⁸⁴. Doktrinde “Alma” fiilinin ne şekilde gerçekleştiğinin önemi olmadığından bahisle suç, serbest hareketli olarak kabul edilse de⁶⁸⁵ aksi görüşler de mevcuttur⁶⁸⁶. Bu görüşlere göre suçun fiil unsurunu teşkil eden “almak”, yalnızca cerrahi usuller ile gerçekleştirilebilecek bir fiil olduğundan ötürü suçun bağlı hareketli suç olarak kabulü gerekmektedir⁶⁸⁷. Örneğin⁶⁸⁸ bir kavga esnasında karşısındaki kimsenin gözünün çıkmasına sebep olabilecek bir hareketi icra eden

⁶⁸⁰ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

⁶⁸¹ Üzülmez, a.g.e., 2013, s.125.

⁶⁸² Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar*, 6. Baskı: Us-A Yayıncılık, Ankara, , s.109; Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 66.

⁶⁸³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 184-185.

⁶⁸⁴ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.150, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s.27.

⁶⁸⁵ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 117.

⁶⁸⁶ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 108.

⁶⁸⁷ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 69.

⁶⁸⁸ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 67.

kimsenin fiili, organ almak olarak nitelenmemelidir. Netice olarak ameliyat olarak nitelenmeyen bir davranışla organ veya doku alınması halinde kasten yaralama suçunun oluşacağı belirtilmektedir⁶⁸⁹. Bu kapsamda organ veya doku almak fiilinin ODNK'nin 1. maddesi kapsamında tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla icra edilmesi gerekmekte olup, başkaca gerekçelerle gerçekleştirilen almak fiilleri kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁹⁰.

Kanımızca almak fiilinin yalnızca tıbbi yöntemler kullanılmak suretiyle icra edilmesi gerektiği yönündeki tespit, yaşayan kimseden organ veya doku almak suçunun “bağlı hareketli suç” olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira suçun işlenmesi yönünden kanun koyucu tarafından bir kısıtlama yahut tespit yapılmış olmadığından yalnızca cerrahi usuller ile organ alınması durumunda suçun oluşacağı yönündeki kabul tek başına suçun bağlı hareketli olarak nitelenmesini netice vermemelidir. Dolayısıyla yaşayan kimseden organ veya doku alma suçunun “**serbest hareketli**” suçlardan olduğu yönündeki görüşlere iştirak etmekteyiz.

Bazı suçların kanuni tariflerinde bir tek fiile yer verilmiş olup bu tür suçlara tek hareketli suçlar; kanuni tarifte bir değil birden fazla fiilden söz edilen suçlara ise çok hareketli suçlar denilmektedir⁶⁹¹.

Yine Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan inceleme konumuz suçun **tek hareketli suçlardan** olduğunun kabulü gerekmektedir⁶⁹². Ancak burada göz ardı edilmemesi gereken husus; fiilin tekliği veya çokluğunun belirlenmesi esnasında göz önüne alınacak ölçüt, fiilin doğal anlamda değil hukuki anlamda tekliğidir. Bu bağlamda örneğin kasten yaralama suçunun icrası kapsamında birden fazla yaralayıcı tekme yahut yumruk doğal anlamda birden fazla olsalar dahi hukuken tek bir fiil olarak kabul olunmaktadır⁶⁹³. Aynı şekilde yaşayan kimseden organ alınması suçu kapsamında da vücut bütünlüğüne zarar veren birden çok fiil söz konusu olsa da hukuken tek bir fiilin varlığının kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda belirtilmesi gereken bir diğer husus, cerrahi müdahale kapsamında örneği göğüs kafesi açılan bir kimsenin rızası hilafında

⁶⁸⁹ Hafizoğulları/Özen, *Özel Hükümler*, 2017, s. 109, Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 116.

⁶⁹⁰ Gökçen, *Organ ve Doku Nakli*, 2000, s.71.

⁶⁹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 183-184.

⁶⁹² Aynı yönde görüş için b.k.z. Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 69; Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s.27.

⁶⁹³ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 120.

birden fazla organının alınması halinde her ne kadar suçun konusu değişmekte ise de bahse konu alma fiillerinin hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Son olarak Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen yaşayan kimseden organ alma suçunun icrai-ihmali suçlar ayrımında nasıl bir hukuki nitelermeye tabi tutulacağını tespiti gerekmektedir. Failin aktif bir davranışının arandığı suçlar icrai suçlardır. Buna karşılık ihmali suçlarda söz konusu olan fiil, muayyen bir davranışın gerçekleştirilmemesi, belli bir davranışta bulunmamak olarak telakki edilecektir⁶⁹⁴. İhmali suçların da iki farklı görünüm çeşidi mevcuttur. Davranış normlarında kaynaklanan icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesinin suç olarak ihdas edildiği hallere “gerçek ihmali suç” adı verilmektedir. Diğer yandan esasen icrai surette işlense de belli bir neticenin önlenmesi hususunda özel bir yükümlülük altında olan kimselerin neticenin ortaya çıkmasına kendisi neden olmasa bile neticenin oluşumunu engellememiş olması nedeniyle sorumlu tutulduğu suçlar “görünüşte ihmali suç” olarak adlandırılmaktadır⁶⁹⁵. Görünüşte ihmali suçlarda neticenin önlenmesi şeklinde ortaya çıkan hukuki yükümlülük, koruma veya gözetim yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Koruma yükümlülüğünün üç farklı kaynağı mevcuttur. Bunlar: 1) Kanun, 2) Sözleşme, 3) Öngelen davranıştır⁶⁹⁶.

Bu kapsamda suçun kanun tarifinde yer verilen “almak” fiilinin **icrai surette** vücut bulacağı açıktır. Tartışılması gereken husus, suçun ihmali surette işlenip işlenemeyeceği hususudur. Bu bağlamda doktrinde kimi yazarlar suçun hem icrai surette hem de ihmali surette görünebileceğini savunmaktadırlar⁶⁹⁷. Buna göre örneğin bir hastanede yaşayan kimseden organ alınması suçunu işleyen bir hekimin fiilini bilen başhekimin, garantör olarak, ihmali surette yaşayan kimseden organ almak suçu sebebiyle cezai sorumluluğunun gündeme geleceği savunulmaktadır.

Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Nitekim kanun koyucu genel hükümler çerçevesinde ihmali surette sorumluluğun esaslarına ilişkin hükümler tesis etmemiş; özel hükümler çerçevesinde örneğin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi

⁶⁹⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 231.

⁶⁹⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 236.

⁶⁹⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 238.

⁶⁹⁷ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 132, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s.27.

(Türk Ceza Kanunu m. 83) ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (Türk Ceza Kanunu m. 88) şeklinde suçlar ihdas etmiştir. Bu suretle ihmali davranışın ceza hukuku sorumluluğu gerektirdiği haller tayin edilmiştir. Yine bu kapsamda garantör sıfatı bulunduğu durumda yahut denetim ve gözetim yükümlülüğünün mevcudiyeti durumunda ihmali hareketin cezai yaptırıma bağlandığı Türk Ceza Kanunu’nun 94. maddesinin 5. fıkrasında hükmü uyarınca işkence suçunun ihmali surette işlendiği ve cezai yaptırıma bağlandığı hal Türk Ceza Kanunu ile açıkça hükme bağlanmıştır⁶⁹⁸. Aynı doğrultuda zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin denetim görevinin ihmali, müşterek fail olarak sorumlu tutulmasına sebep olmaktadır (Türk Ceza Kanunu m. 251 f. 1).

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ihmali davranışla işlenen suçların ayrıca tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁹⁹. Hal böyle iken kanunun açıkça suç saymadığı bir durum olan “ihmali surette yaşayan kimseden organ veya doku almak suçu” sebebiyle cezai sorumluluğun söz konusu olacağının kabulü kanımızca gerek suçta ve cezada kanunilik ilkesine gerekse de kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir⁷⁰⁰.

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı’nın 16. maddesinin son fıkrasında şu şekilde bir düzenleme mevcuttur⁷⁰¹:

“Kaynağı belirli olmayan organı kullanan, kullanılmasına müsaade eden, nakleden ve kendine bu nitelikte bir organın nakline izin veren sağlık personeli ve işlemin vuku bulduğu sağlık kurumunun idarecilerine, on yıla kadar ağır hapis ve meslekten ömür boyu men cezasına hükmolunur.”

Bu hükmün yürürlüğe girmesi durumunda artık sağlık kurumunda hukuka aykırı olarak organ ve doku nakline izin veren idarecilerin doğrudan doğruya cezalandırılabilmesi mümkün olabilecektir. Ancak bugün itibariyle, ihmali surette yaşayan kimseden organ veya doku alma suçunun söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz.

⁶⁹⁸ Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

“İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımnı muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnı rıza göstermiş olabilir. maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.”

⁶⁹⁹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 93.

⁷⁰⁰ Aynı yönde görüş için b.k.z. Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 68.

⁷⁰¹ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 131.

4.1.3.1.5. Netice

Netice icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir⁷⁰². Ancak dikkat edilmesi gereken husus icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişikliktir⁷⁰³.

Netice unsuru bağlamında suçlar ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Fiilin icra edilmesiyle tamamlanan suçlara sırf hareket suçu, suçun tamamlanması için salt fiilin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin gerçekleşmesinin arandığı suçlara neticeli suçlar denir⁷⁰⁴.

Yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu, kanunda belirlenen fiilin icrasıyla tamamlanan, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmayan suçlardan olup bu yönüyle *sırf hareket suçudur*^{705, 706}. Gerçekten de suçun oluşması için mağdurun zarar görmesi veya ölmesi gerekmemektedir⁷⁰⁷.

Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 8. fıkrası⁷⁰⁸ ile yaşayan kimseden organ veya doku alma suçu neticesinde mağdurun ölmesi durumunda failin, doğrudan kasten öldürmeden sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır⁷⁰⁹.

4.1.3.1.6. Nedensellik bağı ve objektif İsnadiyet

Nedensellik bağı, fail ve icra edilen fiil ile gerçekleşen netice arasındaki objektif ilişkiyi tesis etmektedir. İcra edilen fiil ile gerçekleşen netice arasında illiyet

⁷⁰² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191.

⁷⁰³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191.

⁷⁰⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191.

⁷⁰⁵ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 117; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 235.

⁷⁰⁶ “Hareketi teşkil eden alma, aynı zamanda neticesi harekete bitişik bir özellik taşımaktadır. Failin insan vücudundan organ ya da doku alması ile birlikte netice de meydana gelmektedir. Bu nedenle suçun *neticesi harekete bitişik suç* olduğunu söylemek mümkündür.” Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s. 1310

Doktrinde ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı suç tiplerine “*neticesi harekete bitişik suçlar*” da denilmektedir. Her suçun mutlaka bir neticesi olduğu düşüncesine dayalı bu anlayış tarafımızca benimsenmediği için bu tabir kullanılmamış, sırf hareket suçu kavramının daha yerinde olduğu düşünülmüştür.

⁷⁰⁷ Üzülmez, *a.g.e.*, 2013, s.128.

⁷⁰⁸ (8) Birinci fıkarda tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

⁷⁰⁹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 235.

bağının mevcudiyeti sorumluluk için şart olup, sebep sonuç ilişkisini ifade eden illiyet bağı, tamamen doğal bir olgu, tabii bir vakiadır⁷¹⁰.

Kanuni tarifte fiilin icrasının yanı sıra, bir neticenin gerçekleşmesine yer verilen suçlarda, netice ile icra edilen fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁷¹¹.

İnceleme konumuz olan yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçu, neticeli suçlardan olmayıp sırf hareket suçu olduğundan; netice ile failin fiili arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağı hususu önem arz etmemektedir.

4.1.3.1.7. Tipikliğin Unsuru Olarak İlgilinin Rızası

Rıza, bireylerin vücut bütünlüğü üzerindeki haklarının zorunlu ve doğal bir sonucudur⁷¹². İlgilinin rızasının suç genel teorisi içerisindeki yeri konusunda ikili bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre, ilgilinin rızası ya tipikliği ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır⁷¹³. İlgilinin rızası, bir hukuka uygunluk nedeni olarak Türk Ceza Kanunu’nun 26. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiştir. Ancak belli suç tipleri bağlamında; kanundaki suç tanımlarında “*rızası olmaksızın*” veya “*rızası olmadan*” gibi ibareler kullanılmış olup ilgili suç tiplerinde rıza yokluğu, suçun maddi unsurları içerisinde mütalaa edilmesi gereken olumsuz unsur oluşturmaktadır⁷¹⁴.

İlgilinin rızasının, suçun maddi unsurlarında mı yoksa hukuka aykırılık unsurunda mı mütalaa edileceği hususu bazı önemli neticeleri beraberinde getirmektedir. Öncelikle rızanın, tipikliğin maddi unsuruna dâhil olduğu durumlarda rızanın mevcudiyeti ile fiil, tipik bir davranış olmaktan çıkacaktır. Ancak rızanın hukuka aykırılık unsuru bağlamında değerlendirildiği durumlarda, fiil tipik bir davranış olmaya devam edecek ve fakat hukuka uygunluk nedeninden faydalanması gerekçesiyle haksızlık olarak kabul edilmeyecek ve cezalandırılmayacaktır. Haksızlık olarak kabul edilmemesi nedeniyle tüm hukuk disiplinleri anlamında

⁷¹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191-192.

⁷¹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191.

⁷¹² Başpınar, *a.g.m.*, 2007, s. 196.

⁷¹³ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 116.

⁷¹⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 374.

hukuka uygun olacak, özel hukuk sorumluluğu bakımından da tazminat nevinden bir yükümlülük doğurmayacaktır.

Rızanın tasnifi noktasında bir diğer önemli husus ise; kastın kapsamı bağlamında ortaya çıkmaktadır. Rızanın maddi unsurlar içerisinde değerlendirilmesi halinde kastın kapsamında olması gerektiğinin kabulü zorunludur. Yine rızanın maddi unsur olarak kabulü halinde bu konuda düşülecek hata Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilecektir. Diğer yandan hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirilmesi durumunda bu konuda düşülecek hata Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hata olarak değerlendirilecek ve hatanın kaçınılmaz nitelikte olması aranacaktır.

Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımından da ilgilinin rızasının yokluğu, suçun maddi unsurlarından birini oluşturmaktadır⁷¹⁵. Dolayısıyla ilgilinin rızasının yokluğu suç tipi bakımından tipikliği kaldıran bir etkiye sahiptir⁷¹⁶. Rızanın varlığı, tipikliğin yokluğu anlamına gelecektir⁷¹⁷. Doktrinde aksi görüşü savunan, yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bağlamında da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilerek, ilgilinin rızasının yokluğu hususun hukuka aykırılık kapsamında değerlendirileceğini savunan yazarlar da mevcuttur⁷¹⁸. Ancak kanımızca, ilgilinin rızası, inceleme konusu suç bakımından tipikliğin maddi unsurlarında değerlendirilmelidir.

Bunun neticesi olarak örneğin böbreğinin alınmasına rıza gösteren bir donörün, ameliyat esnasında rıza gösterdiği organın dalak olduğu zannıyla yanlış organı alan hekimin fiili Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında “suçun maddi unsurlarında hata” bağlamında değerlendirilmelidir. Nitekim rıza, yaşayan kimseden organ veya doku alma suçu bakımından suçun maddi unsurları kapsamındadır.

⁷¹⁵ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

⁷¹⁶ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

⁷¹⁷ Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 116.

⁷¹⁸ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s.100 .

Hukukumuzda rıza açıklamasına hukuki sonuç bağlanmasının usule dair bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı kılındığı durumlar mevcuttur⁷¹⁹. Bu bağlamda yaşayan kimsenin organ veya doku alınmasına göstereceği rızanın geçerlilik koşulları 2238 sayılı ODNK ile gösterilmiştir. Bu kapsamda, çalışmamızın önceki bölümlerinde detaylı olarak ele alındığından tekrara düşmemek adına ilgili başlığa atıf yapmayı yeterli görmekteyiz⁷²⁰.

4.1.3.2. Tipikliğin manevi unsuru

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmekte olup; bu bağın tesisi söz konusu olmadan gerçekleştirilen davranış fiil vasfını taşıyamayacaktır⁷²¹. Suçun manevi unsuru kast veya taksir şeklinde tezahür etmektedir.

Kast, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (Türk Ceza Kanunu m. 21). Taksir ise; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (Türk Ceza Kanunu m. 22 f. 2). Taksirli haksızlıklar istisnai nitelikte olup, taksirle işlenen fiiller yalnızca kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacaktır (Türk Ceza Kanunu m. 22 f.1).

Yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu, **kasten** işlenebilen suçlardandır⁷²². Suçun taksirle işlenmiş hali kanunda düzenlenmiş olmadığından, taksirle yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçunun işlenmesi söz konusu olamaz.

Suçun kasten işlenebileceği belirtilmiş ise de “**olası kast**” ile işlenmesinin mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Kural olarak kasten işlenebilen suçlar, hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilir. Ancak bir suçun kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerin mevcut olması durumunda suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği yani olası kastla

⁷¹⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 377.

⁷²⁰ b.k.z. “Canlılardan Organ ve Doku Nakli” başlığı “Rıza” alt başlığı.

⁷²¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 242.

⁷²² Gökçen/Balcı, *a.g.m*, 2013, s. 117; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 235.

işlenmesinin mümkün olmadığı neticesi ortaya çıkmaktadır⁷²³. Bu halde yaşayan kimseden organ veya doku alma suçunun olası kastla işlenebileceğinin kabulü gerekmektedir⁷²⁴.

Suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Buna göre kast; bilmek ve istemek unsurlarından müteşekkildir⁷²⁵.

Yaşayan kimseden organ veya doku alma suçu bağlamda kastın kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Suçun kanuni tanımında yer alan bütün maddi unsurlar, kast kapsamına dâhil olduğundan haksızlık muhtevasına dâhil olan bütün unsurların fail tarafından bilinmesi durumunda kastın varlığından bahsedilebilecektir⁷²⁶.

Bu bağlamda inceleme konumuz suç açısından, unsurlar bakımından inceleme yapmak gerekirse; fail öncelikle suçun konusunu bilmelidir. Suçun konusunun organ veya doku olduğu yukarıdaki bölümlerde detaylı incelenmiştir. Bu tanımlar çerçevesinde failin, haksızlık içeren eyleminin konusunu organ veya dokunun teşkil ettiğini bilmesi gerekmektedir. Gerçekten de failin öncelikle yaşayan kişinin vücudundan aldığı şeyin organ veya doku olduğunu bilmesi gerekmektedir⁷²⁷. Ancak hukuka aykırı olarak alınanın organ mı doku mu olduğu yönünde hataya düşmesi, cezai sorumluluğu etkilemeyecektir⁷²⁸.

Yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu açısından failin, mağdurun yaşadığını bilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda kişinin beyin ölümü ile yaşamının son bulduğu görüşü kabul edilmektedir. Bu bağlamda bitkisel hayatta bulunan bir kimseye karşı fiilin gerçekleştirilmesi halinde bahsi geçen suç oluşacaktır. Kişinin sağ olduğunu bilmeyen fail Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hatasından yararlanabilecektir⁷²⁹. Bu noktada organ veya doku alma suçunun taksirli şekli söz konusu olmadığı için, ortaya çıkan

⁷²³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 261.

⁷²⁴ Aksi yönde görüşler için b.k.z. Soyaslan, *Özel Hükümler*, 2014, s. 199; Ç.K. Aydın, *a.g.m*, 2011, s.148.

⁷²⁵ “İstemek” kastın bir unsurunu oluşturmamalıdır yönündeki görüş için b.k.z. Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 252-253.

⁷²⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 246.

⁷²⁷ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 73.

⁷²⁸ Erman, B. (2005). “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul , s.39 vd.; Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 73.

⁷²⁹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 74.

neticeye göre taksirle yaralama (Türk Ceza Kanunu m. 89) yahut taksirle öldürme (Türk Ceza Kanunu m. 85) suçlarından sorumluluk gündeme gelecektir.

Kastın, bilmek ve istemek unsurlarının, suçun kanuni tarifinde yer alan bütün unsurları kapsamaması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda; işlenen fiilin sebebiyet verdiği ve kanuni tarifte yer alan neticenin bilinmesi de kastın varlığı açısından gereklidir. Ancak inceleme konusu yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu sırf hareket suçu olduğundan, yani suçun kanuni tarifinde tipik bir netice tespit edilmemiş olduğundan, netice unsurunun kastın kapsamına dâhil olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılması gerekmemektedir.

Son olarak, yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımından ilgilinin rızasının yokluğu, suçun maddi unsurlarındandır. Bu sebeple suçun maddi unsuru olan “mağdurun rızasının yokluğu” hususu da kastın kapsamı belirlenirken dikkate alınmalıdır. Failin, ilgilinin rızası hususundaki yanılgısı kastını kaldıracak ise de işlenmiş bulunan fiilin oluşturduğu taksirli suçtan sorumluluk devam edecektir⁷³⁰.

4.1.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru

Haksızlık; tipikliğin maddi unsurları ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurundan müteşekkildir. Bu vesileyle tipik bir fiilin varlığı, haksızlıktan bahsetmek için yeterli gelmemekte olup ayrıca fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Hukuka aykırılık, değerlendirmeye esas kılınan fiilin hukukun icaplarına aykırı olduğunun tespiti⁷³¹. Bir fiilin kanun ile belirlenmiş suç tanımlarından birine uygun düşmesi, bu fiilin her halükarda hukuka aykırı olduğu neticesini doğurmayacak fakat fiilin hukuka aykırılığı hakkında bir karine teşkil edecektir. Kanunla belirlenmiş suç tanımlarından birine uygun düşen bu fiilin, hukuka uygun hale gelmesini gerektiren bir sebebin mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekecektir. Bu halde işlenen fiilin hukuka uygunluk nedenine dayandığı neticesine ulaşılsa, fiilin haksızlık teşkil ettiğinden söz edilemez⁷³².

Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk nedenleri dört ana grupta toplanmıştır. Bunlar:

⁷³⁰ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 235.

⁷³¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 318.

⁷³² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 319.

- Hakkın Kullanılması (m. 26, f.1)
- Kanunun Hükmünü Yerine Getirme (Görevin Yerine Getirilmesi) (m. 24, f.1)
- Meşru Savunma (m. 25, f.1)
- İlgilinin Rızası (m. 26, f.2)

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu açısından tipik eylem organ veya dokunun vücuttan alınması olup, söz konusu eylemi gerçekleştiren failin fiili kural olarak hukuka aykırı addedilmektedir⁷³³. Ancak tipik eylemin hukuka uygunluk sebeplerinden birinden yararlanması durumunda suç olmaktan çıkacaktır. Bu vesileyle yukarıda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinden inceleme konumuz suç bağlamında uygulanma kabiliyeti bulabileceklerin değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

4.1.3.3.1. Hakkın kullanılması

Hukuk düzeni, şahıslara belirli hakları kullanma yetkisi verirken, o hakkın icrası anlamında ortaya koyulan fiilleri hukuka uygun saymaktadır⁷³⁴. Bu husus Türk Ceza Kanunu’nun m. 26 f.1’de “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Yine madde gerekçesinde hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği belirtilerek; bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı ifade olunmuştur.

Türk hukukunda hekimlik faaliyetlerinin hukuka uygunluğu, geleneksel olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Tıp meslek veya sanatının icrasına, bir tıp fakültesinden diploma almak ve tabip odalarına kaydolunmak şartları ile izin vermiş olan kanun, bu meslek veya sanatın kullanılması konusunda hekime sübjektif bir hak tanımış ve tıbbi müdahalede bulunan doktor da bu hakkını kullanmış olur⁷³⁵. Yine bu görüşün dayanağı olarak da “bilim ve sanat hürriyeti” (Anayasa m. 27) gösterilmiştir⁷³⁶.

⁷³³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 76.

⁷³⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 323.

⁷³⁵ Dönmezer/ Erman, *a.g.e.*, 2019, s. 51.

⁷³⁶ Erman, *Tıbbi Müdahaleler*, 2003, s. 49.

Ancak bu görüş, mağdurun rızasının tıbbi müdahaleler bakımından öneminin bulunmayacağı, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin hekim-devlet ilişkisini esas alması nedeniyle hastanın devre dışı bırakılacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁷³⁷.

Genel olarak tıbbi müdahaleler bakımından yapılan açıklamadan sonra, meselenin inceleme konumuz yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde yaşayan kişiden organ ve doku almanın hekimler açısından hakkın icrası kapsamında kaldığı savunulmaktadır⁷³⁸. Bu görüşe göre 2238 sayılı ODNK ile yaşayan kişiden organ ve doku alınması düzenlenmiş ve Kanun'da zikredilen şartlara uyulması halinde hekim için mesleki bir hak ihdas edilmiştir. Bu sebeple organ ve doku nakli mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmelidir⁷³⁹.

Ancak doktrinde savunulan, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre Hekim ancak 2238 sayılı ODNK'da yaşayan kimseden organ veya doku alınmasına ilişkin kurallara uyduğu takdirde mesleğinin kendisine tanıdığı hakkı hukuka uygun olarak kullanmış olacaktır. Bu manada hekimin organ ve doku alma hakkını kullanırken uyduğu kurallar tipikliği kaldırdığından bu aşamadan sonra fiilin; hukuka uygunluk nedeni olduğundan değil tipik olmamasından ötürü suç oluşmayacaktır⁷⁴⁰.

4.1.3.3.2. Kanunun hükmünü yerine getirme (Görevin yerine getirilmesi)

Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasında “*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmüyle kanun hükmünü yerine getirme adında bir hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Doktrinde, esasen kanun hükmüyle kişilere yükümlülük yüklendiği, kanun hükmünün yerine getirilmesi vesilesiyle kişilerin bir görev ifa ettiği bu nedenle “ görevin yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeninden söz etmenin daha doğru olacağı görüşü ileri sürülmüştür⁷⁴¹.

⁷³⁷ Bayraktar, *a.g.e.*, 1972, s.94 vd.

⁷³⁸ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.121.

⁷³⁹ Gökçen, *Organ ve Doku Nakli*, 2000, s.64.

⁷⁴⁰ Benzer görüş için bkz. Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 78.

⁷⁴¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 330.

Kanun deyiminden, pozitif hukuk metinleri anlaşılması gerekmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus açıkça ifade olunmuştur:

“Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir.”

İnceleme konumuz yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımından da 2238 sayılı ODNK ile hekimler için görevin ifası anlamına gelebilecek hükümler vaz edilmiştir. Ancak, kanunun aradığı koşulları yerine getirmek suretiyle organ veya doku alan hekimin fiili, tipik olmaktan çıkacaktır. Bu durumda ayrıca bir hukuka aykırılık incelemesi yapılması gereksiz olacağından, inceleme konusu suç bakımından görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni özellik arz etmemektedir.

4.1.3.3.3. İlgilinin rızası

Yukarıda da değinildiği üzere, rıza açıklaması, inceleme konumuz olan yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bakımından suçun kanuni tarifinde kendisine yer bulduğu için, bir hukuka uygunluk sebebi olarak değil, suçun maddi unsurlarından biri olarak düzenlenmiştir. Bu vesileyle rıza açıklamasının geçerlilik koşulları, şekli, zorunlu unsurları ve rıza açıklaması öncesinde yapılacak bilgilendirme hususları ilgili başlıkta detaylı olarak izah edilmiştir. Bunun yanında, hukuki niteliği itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası”ndan kısaca bahsedilecektir.

Hukuk düzeni, bireyleri kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından gerçekleştirilecek belirli tasarruflara rıza göstermeye yetkili kılmaktadır. Kişilerin hukuken tanına bu yetkiyi kullanarak açıklamış oldukları rızaya dayalı olarak başkaları tarafından gerçekleştirilen davranışlar hukuka aykırı olmayacaktır⁷⁴².

Rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için, rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken belirlenen sınırlar çerçevesinde olması

⁷⁴² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 375.

gerektiği gibi üzerinde tasarrufta bulunabilinecek bir konuya ilişkin olması ayrıca şart olarak öngörülmüştür⁷⁴³.

Türk Hukukunda Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrası ile rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak açıkça düzenlenmiştir:

“ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği, madde gerekçesinde de açıkça ortaya konmuştur:

“maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakla ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir.”

Rıza açıklamasının ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak kabulü için, fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklanmış olması gerekmektedir.

4.1.4. Suçun Nitelikli Halleri

Kanunda öncelikle suçun temel şekli tanımlanmakta, ayrıca suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlara da yer verilmektedir. Bu unsurlara nitelikli unsurlar adı verilmektedir⁷⁴⁴. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu sistematğinde tercih olunan “ağırlatıcı sebepler” ve “hafifletici sebepler” kavramları 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile terk edilmiştir⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 375.

⁷⁴⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 226.

⁷⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.12.2012 tarihli ve 2012/1247 E. ve 2012/1842 K. Sayılı Kararında bu hususun açıkça ifade olunduğu görülmektedir:

“765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, suçun temel şekline göre cezanın arttırılmasını veya azaltılmasını gerektiren hususlara “ağırlatıcı sebepler” ve “hafifletici sebepler” denilmekte iken 5237 sayılı Kanunda, suçun temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nedenler nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak da nitelikli haller yalnızca daha ağır cezayı veya cezada artırımı gerektirmemekte, kanunda daha az cezayı gerektiren nitelikli haller de yer almaktadır.

Nitekim bir suça ilişkin olarak hem daha ağır hem de daha az ceza verilmesini gerektiren hallerin gerçekleştiği ahvalde Türk Ceza Kanunu'nun 61/4 maddesinde; “Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.” (https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#; Erişim Tarihi: 21.04.2020)

Suçun nitelikli unsurları; fiilin işleniş tarzından, fiilin işlendiği yer veya zamandan, mağdurun vasfından, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden, suçun konusundan yahut fiilin işlenişiyle güdülen amaç veya saikten ileri gelebilmektedir⁷⁴⁶.

İnceleme konumuz yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımından gündeme gelen nitelikli haller şunlardır:

4.1.4.1. Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 4. fıkrası uyarınca:

“Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

hükmü ile Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçunun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Madde gerekçesinde de suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda daha ağır cezalara hükmedileceği belirtilmiştir.

Suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak öngörülmesinin nedeni, suçun bu şekilde işlenmesinin kolaylaşması ve suçla mücadelenin bir o kadar zorlaşmasıdır⁷⁴⁷.

Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçunun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde düzenlenen “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu sebebiyle sorumluluğun da gündeme gelebileceği belirtilmelidir. Bu husus madde gerekçesinde “*Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.*” şeklindeki düzenleme ile açıkça ifade olunmuştur.

Suç işleme amacıyla örgüt kurma suçu Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde;

⁷⁴⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 227 vd.

⁷⁴⁷ Arslan, Ç. ve Azizağaoğlu, B. (2004). *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, s.783.

“Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.”

hükmü ile düzenlenmiştir. Bahse konu düzenleme uyarınca suç örgütünün varlığından söz edilebilmesi için ilk olarak hiyerarşik bi yapılanma ile ast-üst ilişkisinin mevcut olduğu, bir zincir halinde emir-komuta halkasının tesis edildiği yapılanma gerekmektedir⁷⁴⁸. Bunlara ilave olarak söz konusu yapının örgütün varlık amacı olan suçları işlemek bağlamında elverişli olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda örgüt yapılanmasından söz edilebilmesi için üye sayısının en asgari üç kişiden müteşekkil olması zorunludur. Son olarak örgüt üyesi olan kimselerin belli bir hedefin gerçekleştirilmesi gayesi ile bir araya gelmeleri ve aynı amaca yönelik birlikteliğin devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Bahse konu devamlılık unsuru zorunlu ise de örgütün varlık gayesi olarak öngörülen amaç suçların işlenmiş olması şart değildir⁷⁴⁹.

Bu durumda fail, hem örgütün faaliyeti kapsamında işlediği yaşayan kimseden organ veya doku alma suçundan hem de suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacaktır⁷⁵⁰.

4.1.4.2. Suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 8. fıkrası uyarınca yaşayan kişiden organ veya doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi durumunda, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır:

“Birinci fıkra da tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Kanun koyucu bahse konu madde ile “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” ihdas etmiştir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde:

*“maddenin sekizinci fıkrasında, birinci fıkra da tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Aslında bu durumda **netice sebebiyle ağırlaşmış suç hâli** söz konusudur...”*

⁷⁴⁸ Özgenç, İ. (2020). “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 15.

⁷⁴⁹ Özgenç, *Suç Örgütleri*, 2020, s. 16 vd.

⁷⁵⁰ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 33.

şeklinde açıkça ifade olunmuştur.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi esnasında kastedilen neticeden daha ağır veya daha başka bir neticenin ortaya çıkmasıdır⁷⁵¹. Anayasa Mahkemesi, netice sebebiyle ağırlaşmış suçu şu şekilde tanımlamıştır:

“Belli bir suçun oluşması için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi durumunda, faile verilecek cezanın artırılmasını gerektiren suçlara netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar denilmektedir⁷⁵².”

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç Türk Ceza Kanunu’nun 23. maddesinde:

“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”

hükmüyle düzenlenmiştir. Nitekim doktrinde bu yasal düzenlemeden hareketle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç; failin kasıtlı olarak işlediği bir temel suç tipine bağlı olarak, kastının dışında özel bir neticenin meydana geldiği ve sorumluluk için bu özel netice bakımından failin en azından taksirle hareket etme koşulunun arandığı suç tipleri⁷⁵³ şeklinde tanımlanmıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun 23. maddesi uyarınca failin neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumlu olabilmesi için bazı koşulların varlığı zorunludur. Bu kapsamda, meydana gelen neticenin kastedilen neticeden daha ağır yahut başka bir netice olması, failin meydana gelen daha ağır ya da başka neticeye yönelik bir iradesinin bulunmaması, meydana gelen netice ile failin hareketi arasında illiyet bağı bulunması ve ağır neticeye yönelik failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir⁷⁵⁴.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 8. fıkrası ile ihdas edilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç doktrinde bazı eleştirilere muhatap olmuştur.

İlk olarak bahse konu düzenleme olmasaydı dahi yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması neticesinde ölüm sonucunun gerçekleşmesi

⁷⁵¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 305.

⁷⁵² Anayasa Mahkemesi’nin 25.06.2009 Tarihli ve 27269 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan; 19.02.2009 Tarihli ve E: 2006/72 – K: 2009/ 24 sayılı Kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#>; *Erişim Tarihi*: 24.04.2020)

⁷⁵³ Doğan, K. (2015). *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 28.

⁷⁵⁴ Koca/ Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 2019, s. 234-235; Demirbaş, T. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 395.

durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca fail, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Ancak bahse konu düzenleme neticesinde failin ölüm neticesi açısından en azından taksiri bulunması aranacak ve fakat ölüm neticesine yönelik olası kastı veya kastı olması durumunda zaten artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil kasten öldürme suçundan bahsedilecek ve fail bu kapsamda cezalandırılacaktır⁷⁵⁵. Fakat ilgili düzenleme ile failin, mağdurun öldüğü her durumda kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması öngörülmüştür. Bahse konu öngörü, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği kabulünden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ ya da doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiş, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından **olası kastla** hareket edebileceği düşünülmüştür⁷⁵⁶. Bu husus madde gerekçesinde şu şekilde ifade olunmuştur:

*“...Ancak, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından **olası kastla** hareket edebileceği düşünülmüştür.”*

Doktrinde hastanın öldüğü her durumda otomatik olarak kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmadığı, failin “en azından olası kastla hareket ettiği” kabulünün her durumda gerçek olmayabileceği, failin kimi zaman taksirli hareket etmiş olabileceği öne sürülmüştür⁷⁵⁷. Bu hususa örnek olarak şöyle bir durum gösterilmektedir: Hukuken geçerli rıza olmaksızın mağdurun böbreğini alan hekim, narkoz dozunu doğru ayarlamamış ve mağdurun ölümüne sebep olmuştur. Bu durumda mağdurun ölümü bakımından hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığundan bahsedilmeli ve taksiri olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir varsayımda; fail Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasındaki suç açısından kasten; ölüm neticesi açısından ise taksirli olarak hareket ettiğinden neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu olacaktır. Ancak inceleme konumuz Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 8. fıkrasında hüküm gereğince hekim, ölüm

⁷⁵⁵ Algan, **a.g.e.**, 2018, s. 119.

⁷⁵⁶ Yılmaz (Tosun), İ. (2011). *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı Ve Bununla İlgili Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, s. 53.

⁷⁵⁷ Mahmutoglu, F. S. (2007). *“Türk Ceza Kanunu ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar”*, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, İstanbul Barosu Yayınları, s. 296.

neticesine yönelik olarak basit taksir veya bilinçli taksirle hareket etmiş olması önem taşımaksızın, mağdurun ölmesi durumunda kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır⁷⁵⁸. Bu durumda Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 8. fıkrası ile ihdas edilen düzenleme ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan cezalandırmanın önüne geçildiği öne sürülmüştür⁷⁵⁹.

Doktrinde Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 8. fıkrasındaki düzenleme ile failin organ ve doku alma fiilini icra ederken mağdurun ölmesi bakımından her durumda en azından olası kast ile hareket ettiğinin varsayılmış olması gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu surette failin ölüm neticesine yönelik taksirinin olabileceği ihtimalinin göz ardı edilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açabileceği belirtilmiştir⁷⁶⁰. Bir başka görüşe göre ise bahse konu düzenleme ile Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 8. fıkrası hükmü uyarınca her durumda kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması doğru olmayıp, ağırlaşmış neticenin kimi zaman taksirle meydana gelebileceği hususunun göz ardı edilmesi kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı görülmüştür⁷⁶¹. Tüm bu görüşlerin yanında, organ veya doku alımı bakımından caydırıcılık özelliği gerekçesiyle bahse konu hükmü yerinde gören düşünceler de mevcuttur⁷⁶².

Kanımızca; yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun icrası sonucunda ölüm neticesinin “muhtemel” kabul edilmesi ve gerçekleşen her ölüm neticesi bakımından failin en azından olası kastla hareket ettiğinin kabulü isabetli değildir. Bu vesileyle, suçun işlenmesi sonucunda ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde Türk Ceza Kanunu’nun 23. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin koşulların tatbikiyle sorumluluğun tespitinin daha isabetli olacağı görüşünü taşımaktayız. Netice olarak Türk Ceza Kanunu 91. maddesinin 8. fıkrası ile ihdas olunan netice sebebiyle ağırlaşmış suç ile adil olmayan cezai sorumlulukların önünün açıldığı yönündeki görüşe iştirak etmekteyiz.

⁷⁵⁸ Aydın, *Tıbbi Müdahale*; 2008, s.142, Algan, *a.g.e*, 2018, s.119.

⁷⁵⁹ Aydın, *Tıbbi Müdahale*; 2008, s. 141, Ç.K. Aydın, *a.g.m*, 2011, s. 153.

⁷⁶⁰ Algan, *a.g.e*, 2018, s. 119-120.

⁷⁶¹ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 266.

⁷⁶² Aydın, *Tıbbi Müdahale*; 2008, s.142.

4.1.5. Kusurluluk

Kusur, suç teşkil eden fiilin bir vasfı olmayıp, gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin muaheze edilip edilmeyeceği hususundaki yargıyı ifade etmektedir⁷⁶³.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği teori uyarınca kusur yargısından önce, kanunda tanımlanmış suç tarifine uygun bir haksızlığın gerçekleşmesi gerekmektedir. Hukuk düzeninin davranış normları çerçevesinde yasakladığı fiiller, haksızlık şeklinde ifade edilirken; hukuka aykırılık kapsamında yapılan değerlendirmeyeyle haksız bir fiilin mevcut olup olmadığı ortaya konulmaktadır. Bu tespit, failden bağımsız ve objektif şekilde yapılmaktadır. Gerçekleştirilen fiilin fail yönünden değerlendirilmesi ise, kusurluluk çerçevesinde değerlendirilen bir husustur. Kusur, suçun yapısında tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun varlığının tespitinin ardından sonraki üçüncü safhada incelenmektedir. Faile, gerçekleştirdiği haksızlıktan ötürü kişisel sorumluluğunun ve kınanabilirliğinin tespitiyle birlikte bireysel isnadiyetle bulunmaktadır⁷⁶⁴.

Bu kapsamda kusurluluk, failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olup, suçun unsuru değil, fiilin cezalandırılabilmesi için zorunlu bir koşuldur⁷⁶⁵.

Türk Ceza Kanunu sistematğinde kusurluluğu etkileyen haller:

- *Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4),*
- *Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 25/2, 92, 99/2, 147),*
- *Hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (m. 27/2),*
- *Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 28),*
- *Haksız tahrik dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 29),*

⁷⁶³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 400.

⁷⁶⁴ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 306 vd.

⁷⁶⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 401.

- *Kusurluluğu etkileyen hata halleri (m. 30/3-4),*
- *Yaş küçüklüğü (m. 31),*
- *Akil hastalığı (m. 32),*
- *Sağır ve dilsizlik (m. 33),*
- *Geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34)*

şeklinde sıralanabilir. Bu hallerden bir kısmı algılama, diğer kısmı ise irade yeteneği üzerinde etkilidir. Bir kısmı kusuru tamamen kaldırırken, diğer kısmı da azaltmaktadır.

Kusurluluğu etkileyen hallerden, inceleme konumuz olan yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımından özellik arz eden “*Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi*” durumudur. Bunun haricinde örneğin organ yetmezliğinden muzdarip bir kimsenin hekimi tehdit ederek yaşayan bir kimseden hukuka aykırı olarak organ alması ve kendisine nakletmesini istemesi, aksi takdirde hekimin yaşamına son vereceğini belirttiği olayda, hekimin irade yeteneğinin etkilendiği ve kusurlu addedilemeyeceği açıktır. Diğer taraftan hastane başhekiminin hukuka aykırı emrini yerine getirmek zorunda kalan ve bu suretle yaşayan kimseden rızası hilafında organ veya doku alan hekimin de hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi nedeniyle koşulların mevcudiyeti halinde kusurlu addedilemeyeceği açıktır. Ancak örneğimiz bakımından kusurluluğu etkileyen halin koşulları oluşmuş değildir. Çünkü başhekim tarafından hekime verilen emrin konusu suç teşkil etmekte olduğunda hiçbir suretle yerine getirilmemesi gerekmekte olup konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi durumunda hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ Bu husus Anayasa’nın 137. maddesi ve TCK’nın 24. maddesinin 3. fıkrası ile düzenlenmiştir:

Kanunsuz emir

Madde 137 – *Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

TCK m. 24 f. 3 hükmü ise şu şekildedir:

“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”

4.1.5.1. Zorunluluk hali

Zorunluluk hali Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda;

“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 faile ceza...”

verilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Zorunluluk hali, doktrinde kimi durumlarda hukuka uygunluk sebebi kimi durumlarda ise kusurluluğu kaldıran bir mazeret sebebi niteliğinde kabul edilmektedir⁷⁶⁷. Türk Ceza Hukukunda zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebidir⁷⁶⁸. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde zorunluluk halinin **“kusurluluğu etkileyen bir neden”** olarak telakki edileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinde **“yüklenen suçun zorunluluk hali altında işlenmesi”** halinde kusurun bulunmaması nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilebileceği hüküm altına alınmış olup; zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu açıkça tespit olunmuştur. Buna karşılık doktrinde kimi yazarlarca zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu savunulmaktadır⁷⁶⁹.

Zorunluluk halinin mazeret sebebi olarak kabulü, kusurluluğu etkileyen diğer sebeplerden farklı olarak failin kusurlu addedilmemesiyle birlikte herhangi bir tedbirin uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır⁷⁷⁰.

Zorunluluk halinin varlığının kabulü için aranan şartlar genellikle ikili bir ayırım ile “tehlikeye ilişkin koşullar” ve “korunmaya ilişkin koşullar” başlıkları

⁷⁶⁷ Zorunluluk Halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Özbek, V. Ö. / Doğan, K. (2007). **“Zorunluluk Halinin (Türk Ceza Kanunu m.25/2) Hukuki Niteliği”**. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (2), s. 195-222, Keçelioğlu, E. (2010). **“Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle Hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayırımın Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından pratik sonuçlar.”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 87 (1), s. 299 vd.

⁷⁶⁸ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 435, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.**, 2020, s. 491 vd., Koca/Üzülmmez, **Genel Hükümler**, 2019, s. 333-334, Hakeri, **Genel Hükümler**, 2017, s. 407 vd.

⁷⁶⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2017, s. 313 vd; Öztürk/ Erdem, **a.g.e.**, 2019, s. 230 vd.

⁷⁷⁰ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 437.

altında ele alınmaktadır⁷⁷¹. Bu bağlamda tehlikenin ağır ve muhakkak nitelikte olması, kişinin tehlikeli duruma kendisinin sebebiyet vermemiş olması, korunma bakımından ise başkaca bir korunma yolunun mevcut olmaması ile feda edilen değere nazaran daha üstün yahut en azından eşit düzeyde bir değere ilişkin korunmanın söz konusu olması gerekmektedir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu bağlamında da zorunluluk hali uygulama kabiliyeti bulabilecektir. Ancak yukarıda sayılan koşulların tamamının mevcudiyeti halinde failin mazeret sebebinden faydalanması söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda örneğin böbrek yetmezliği hastalığı nedeniyle hayati tehlike içerisinde bulunan yahut hayati tehlikeye düşmesi muhtemel olan bir hastanın yaşamını devam ettirebilmesi için hekim tarafından başka birinden bir böbreğin alınması durumunda mağdur yaşamına devam edebiliyorken vücut bütünlüğü hakkı ihlal edilmiştir. Fakat somut hadisede yaşam hakkı vücut bütünlüğü hakkından daha üstün bir hak olarak kabul edilebileceğinden fail zorunluluk halinden yararlanabileceği düşünülebilir⁷⁷². Ancak zorunluluk halinin diğer koşullarının gerçekleşmesi gerekmekte olup, bu vesileyle hastanın ilaç tedavisiyle sağlığına kavuşamaması yani korunma niteliğindeki organ naklinin son çare olması ve yine tehlikeye kendisinin sebep olmaması koşullarının mevcudiyeti halinde zorunluluk halinden faydalanabilecektir.

4.1.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.1.6.1. Teşebbüs

Suç, kural olarak belli aşamalardan geçerek gerçekleşmektedir. Suçun meydana gelinceye kadar geçtiği aşamaların bütününe “iter criminis” yani “suç yolu” denilmektedir. Suç yolu; düşünce (suç işleme fikrinin ortaya çıkması), hazırlık hareketleri, icra hareketleri, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşur⁷⁷³. Yani suçun kanuni tarifinde ayrıca bir unsur olarak neticeye yer verilmişse, fiil icra

⁷⁷¹ Özbek/Doğan, *Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği*, 2007, s. 212-213.

⁷⁷² Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 98.

⁷⁷³ Mantovani, F. (2001). Diritto Penale, Parte Generale; CEDAM, s. 443 – 444. Aktaran: Aydın, D. (2006). “*Suçta Teşebbüs*.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), s. 85.

edildikten sonra bu netice de gerçekleşmiş olmalıdır ki söz konusu süreç tamamlanmış olsun⁷⁷⁴.

Suçun kanuni tarifinde belirlenmiş olan fiilin icrasına başlanmış olmakla birlikte icra hareketleri henüz tamamlanmamış yahut netice henüz gerçekleşmemiş bu suretle suçun kanuni tarifindeki bütün unsurlar hâlihazırda gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumda fail, girdiği suç yolunun sonuna kadar yürüyememiştir. Ancak fail, suç yoluna girmekle ve ilerlediği aşamaya kadar gerçekleştirdiği hareketler ile bizatihi haksızlık mahiyeti taşıyan belli fiiller icra etmiştir. Suçun kanuni tarifindeki tüm unsurların gerçekleşmediğinden bahisle başlı başına haksızlık niteliği taşıyan hareketlerin cezalandırılmasından geri durulmaması gerekmektedir. İşte bu düşüncelerden hareketle suça teşebbüsün cezalandırılması esası benimsenmiştir⁷⁷⁵. Suça teşebbüsün cezalandırılması amacıyla ihdas olunan hükümler, “cezalandırılabilirliği genişleten hükümler” olarak nitelendirilmektedir⁷⁷⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “suça teşebbüs” başlıklı 35. maddesi şu hükmü içermektedir:

“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

Bu düzenlemeye göre teşebbüsün söz konusu olabilmesi için, kasten işlenebilen bir suçun varlığı söz konusu olmalıdır. Bunun yanında gerçekleştirilen fiillerin tipikliği gerçekleştirmeye elverişli olması, suçun doğrudan icrasına başlanmış olması ve fakat failin elinde olmayan sebeplerle suçun icrasının tamamlanamaması yahut neticenin gerçekleşmemesi gerekmektedir⁷⁷⁷.

Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususu ele alınmalıdır. Daha önceki bölümlerde yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçunun “*sırf hareket suçu*” olduğunu belirtmiş bulunmaktayız. Doktrinde teşebbüsün yalnızca neticeli suçlar bakımından mümkün olduğunu

⁷⁷⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 495.

⁷⁷⁵ Suça Teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin Objektif Teori, Sübjektif Teori ve Karma Teori için bkz. Sözüer, A. (1994). *Suça Teşebbüs*, Kazancı Yayınları, İstanbul, s. 48 vd. ; Aydın, D. (2006). *Suça Teşebbüs*, s. 88 vd. ; İpekçioğlu, P. A. (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 40 vd.

⁷⁷⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 495.

⁷⁷⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 497 vd.; Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s. 334.

dolayısıyla sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını öne süren bir görüş⁷⁷⁸ mevcut olsa da sırf hareket suçlarında da suçun icrai hareketlerinin kısımlara bölünebildiği durumlar bakımında teşebbüsün mümkün olacağı kabul edilmelidir⁷⁷⁹. Bu bağlamda inceleme konumuz yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu, teşebbüse elverişlidir⁷⁸⁰.

Teşebbüsün şartları bakımından öncelikle, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun işlenmesine kastedilmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan özellik arz eden husus; yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunun teşebbüs aşamasında kalmış halinin aynı zamanda kasten yaralama suçunun tamamlanmış halini de oluşturabileceğidir. Bu gibi bir durumda dış unsurlara bakarak failin hangi suçu işlemeye kast ettiğini saptamak gerekecektir. Failde yaralama ve acı verme kastı olmayıp, fail organ veya dokuyu alma niyetiyle hareket ediyorsa burada artık Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinden bahsedilmesi gerekecektir⁷⁸¹. Fakat örneğin kişiye yalnızca acı vermek için tıbbi usuller kullanılmaksızın gözünün çıkarılması Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde “alma” fiili kapsamında kabul edilebilecek ise de fiil esasen kişinin vücuduna zarar vermek için gerçekleştirildiğinden yaralama suçunun tamamlanmış halinden cezalandırma yoluna gidilmelidir⁷⁸².

Yine teşebbüsün şartları bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmış olması ve suçun icrası nevindeki fiillerin suçun kanuni tanımındaki neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketler olmalısı gerekmektedir.

Bu bağlamda suçun icrasına doğrudan doğruya başlamak kriterinden anlaşılması gereken, suç yolunda bulunan failin hazırlık hareketlerini tamamlayarak icrai hareketlere başladığı aşamadır. Nitekim bu husus Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade olunmuştur:

“işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.”

⁷⁷⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a.g.e.*, 2020, s. 609-610.

⁷⁷⁹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 416-417, Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a.g.e.*, 2020, s. 610, Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s. 346, Aksoy İpekçioğlu, *a.g.e.*, 2009, s. 187.

⁷⁸⁰ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 126.

⁷⁸¹ Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s. 1304.

⁷⁸² Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 101.

Bu doğrultuda hukuka aykırı olarak organ veya doku alacak hekimin, henüz mağdur üzerinde herhangi bir girişimsel müdahalede bulunmadığı aşamada suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmamış olduğu kabul edilmeli ancak örneğin mağdura narkoz verilip bayıltıldıktan sonra henüz organları alınmadan hekimin yakalanması durumunda icrai hareketlerin başladığının kabulüyle teşebbüs sorumluluğu gündeme gelmelidir.

Hazırlık hareketleri ile icrai hareketlerin ayrımı noktasında kanun koyucu objektif ölçütü benimsemiştir⁷⁸³. Bu bağlamda suç tipiyle belli bir objektif yakınlık ve bağlantı arz eden hareketler bakımından teşebbüs sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekmektedir. Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımından örneğin hekimin mağdura gerekli tahlilleri yapması ve devamla ameliyathaneyi hazırlaması, kanuni tipte geçen alma fiili ile bir yakınlık yahut bağlantı içermemektedir⁷⁸⁴. Ancak hastanın ameliyathaneye alınması, soyularak ameliyata hazırlanması, kendisine narkoz maskesinin geçirilmesi ve bayıltılması⁷⁸⁵ artık alma fiilinin gerçekleştirilmesi açısından elzem fiiller niteliğinde olduğundan alma fiilinin gerçekleştirilmesi açısından *yakınlık* ve *bağlantı* niteliğini haiz fiiller olarak kabul edilmelidir. Yaşayan kimseden organ veya doku alma suçunun tipikliği maddi unsuru olan alma fiili ile anlamsal ve maddi bir bağlantı içerdiğinden suçun teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmektedir⁷⁸⁶.

Teşebbüs bakımından gerekli olan bir diğer şart ise “elverişlilik” şartıdır. Nitekim gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasının gerekliliği Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesi ile öngörülmüş bir koşuldur. Elverişlilik değerlendirmesi ancak fiili bakımından yapılacak bunun yanında fiilin icrasında kullanılan araç da fiile elverişsizlik karakterini kazandırabilecektir⁷⁸⁷. Bu vesileyle elverişlilik şartı yalnızca suçta kullanılan aracın elverişliliği değil suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden aranacak olup teşebbüsün tanımlandığı kanun maddesinde “elverişli araçlar” ifadesi yerine “elverişli hareketler” ifadesinin tercihi bu noktadan ileri gelmektedir.

⁷⁸³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 501- dipnot: 853, s. 503.

⁷⁸⁴ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 102.

⁷⁸⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 102.

⁷⁸⁶ Sözüer, *a.g.e.*, 1994, s. 215.

⁷⁸⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 508.

Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bağlamında teşebbüs sorumluluğunun tespiti için hem suçun icrasında kullanılan araçların elverişliliği hem de suçun konusunun elverişliliği şarttır. Örneğin hekimin plastik bıçakla organ veya doku alma eylemine girişmesi durumunda aracın elverişsizliği, böbreği olmayan kimsenin böbreğinin alınması amacıyla girişilen cerrahi müdahalede ise suçun konusunun yokluğu söz konusu olacaktır. Suçun konusu açısından elverişsizlikten değil, yokluktan söz edilebilecek olup, suçun konusunun yokluğu halinde “işlenemez suç” söz konusu olacaktır⁷⁸⁸. İşlenemez suç durumunda failin gerçekleştirdiği hareketin bağımsız bir suç oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerekmekte ve tamamlanmış eylem bir suç teşkil etmekte ise bu suçtan sorumluluk cihetine gidilmesi gerekmektedir⁷⁸⁹. Bu vesileyle örneğimizde, hekimin mağdurun iki böbreğinden birini almak için giriştiği cerrahi müdahale neticesinde kişinin tek bir böbreğinin bulunduğunu fark etmesi neticesinde, almak fiiline konu bir böbreğin mevcut olmayacağından bahisle cerrahi girişimine son vermiş olsun. Bu halde “yaşayan kimseden organ veya doku almak” suçu bakımından işlenemez suç söz konusu olsa da o aşamaya kadar gerçekleşen kasten yaralama suçu nedeniyle sorumluluk söz konusu olmalıdır. Ancak doktrinde işlenemez suç halinde failin cezalandırılmaması gerektiği kanısında olan yazarlar da mevcuttur⁷⁹⁰.

Suçta teşebbüs bakımından varlığı aranan son koşul, failin elinde olmayan sebeplerle suçun icra hareketlerinin tamamlanamaması yahut neticenin gerçekleşmemesidir. Fail, icra hareketlerine başlamışken bundan gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, artık teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Örneğin fail, organ veya dokuyu almak için vücutta bir kesi meydana getirmiş sonra da kendi iradesi ile eyleminden vazgeçmişse, gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır. Bu halde tamamlanan eylem yaralama suçunu oluşturacağı için kişi kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 510; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 413.

⁷⁸⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 511.

⁷⁹⁰ Sözüer, *a.g.e.*, 1994, s. 151, 190. Aktaran: Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 512.

⁷⁹¹ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 127.

4.1.6.2. İştirak

Türk Ceza Kanunu sistematğinde suçlar, genellikle tek kişi tarafından işlenebilen suçlardır⁷⁹². Ancak belli durumlarda suçun işlenişine birden fazla kişinin katılım göstermesi söz konusu olabilir. Bu durumda suça iştirak söz konusu olacaktır. Gerçekten de suçlar kural olarak bir kişi tarafından tek başında işlenebileceğı gibi, birden fazla kişinin katılımıyla da işlenebilmekte, birden fazla kişinin katılımının söz konusu olduğı durumlarda her bir kimsenin suçun işlenişine bulundukları katkı göz önüne alınarak sorumluluk statüleri belirlenmektedir⁷⁹³.

Suça iştirak, Türk Ceza Kanunu'nun 37 ila 41. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda; suça iştirak konusu bakımından faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik, şeriklik, azmettirme ve yardım etme kavramlarının izahı gerekmektedir.

Suçun kanuni tanımında belirtilen fiilleri gerçekleştiren kimse faildir. Yine suçun kanuni tanımında yer alan fiillerin birden fazla kimse tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, fiilleri gerçekleştiren kimselerin her biri müşterek fail sıfatıyla sorumlu olacaktır. Müşterek failliğin tespitinde, suçun kanuni tanımında belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesi esnasında her bir failin suçun işleniş üzerinde müşterek hâkimiyet kurması ve müşterek failler arasında birlikte suç işleme kararının mevcudiyeti aranır.

Dolaylı faillik ise suçun işlenişinde bir başkasının araç olarak kullanılmasıdır. Kusur yeteneğı olmayan örneğın akıl hastası bir kimsenin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda dolaylı faillik söz konusu olacaktır.

Suçun işlenişine katkıda bulunmakla birlikte kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğerk suç ortakları “şerik” olarak nitelendirilmektedir. Şerikliğin “azmettirme” ve “yardım etme” olarak iki farklı tezahür şekli söz konusudur⁷⁹⁴.

Azmettirme, belli bir suç işleme konusunda henüz fikri olmayan ve suç işleme kararı mevcut olmayan kimsenin bir başkası tarafından suç işleme kararı verdirilmesidir.

⁷⁹² Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s. 380; Centel-Zafer-Çakmut, *a.g.e.*, 2017, s.511 vd.

⁷⁹³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 562.

⁷⁹⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 562-563.

Yardım etme ise bir kimsenin kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının maddi veya manevi olarak desteklenmesidir.

Azmettirme veya yardım etme olarak tezahür eden şerikliğin, esasen suçun işlenişine iştirak etmemekle birlikte suçun icrasına bulundukları katkı nedeniyle cezalandırılabilimleri ancak bağıllık kuralının varlığıyla mümkün olabilecektir. Bu kapsamda şeriklerin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için fail veya müşterek failler tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir haksızlık bulunmalı ve dahi suç en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olmalıdır.

İştirak statülerinin tespitinde fiilin işleniş üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınacak, bu çerçevede sorumluluk statüsü tespit olunacaktır.

Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçuna iştirakin her türlü mümkün. Doktrinde suçun özgü suç niteliğinde olduğunu belirten bazı yazarlar bulunduğunu belirtmiştik. Özgü suç niteliği olan suçlara iştirak önem arz etmekte olup bu nitelikteki suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilecektir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak detaylı izah olunduğu üzere yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçunun özgü suç olduğu yönündeki görüşlere katılmadığımızdan, suça iştirakin her türlüşünün mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷⁹⁵. Bu kapsamda:

Örneğin yaşayan kişiden organ veya doku almak üzere ameliyatı yapan her hekim alma fiilini birlikte gerçekleştirdiklerinden ve fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurduklarından müşterek fail olarak nitelendirilmelidir⁷⁹⁶. Bu kapsamda birden fazla hekimin her biri alma fiilini bir arada icra edebileceği gibi aralarındaki görev dağılımı gereği anestezi hekimi mağdurun narkozla tıbbi müdahaleye hazır hale gelmesini sağlamış, cerrah olan hekim de alma fiilini icra etmiş olabilir. Bu durumda birlikte suç işleme kararının mevcudiyeti halinde her iki hekim de suçun işlenmesinde müşterek hâkimiyet tesis ettiği ve her ikisinin fiili de suçun gerçekleşmesi için zorunlu olduğu için müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

⁷⁹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Gökçen/Balcı, *a.g.m*, 2013, s.126; Halıcı, *a.g.e*, 2009, s. 52.

⁷⁹⁶ Algan, *a.g.e*, 2018, s. 107.

Yine bir başka örnekte, mağdurun hukuken geçerli rızası mevcut olmamasına rağmen rızanın varlığı hususunda ikna edilen bir hekimin organ veya doku almak fiilinin icrasının sağlandığı durumda, hekimi aldatmak suretiyle suçta araç olarak kullanan başhekimin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekecektir⁷⁹⁷.

Yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bakımında şeriklik şeklinde iştirak de söz konusu olabilir. Bu kapsamda böbreğe ihtiyaç duyan bir hastanın, suç işleme kararı olmayan bir hekimi maddi menfaat sağlayacağı vaadiyle başka bir kimseden böbrek almaya ikna etmesi durumunda yaşayan kimseden organ alma suçu bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Doktrinde azmettiren kimsenin, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen organ ticaretine konu kılmak amacıyla bahsedilen azmettirme fiilini icra etmiş olması durumunda, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenen suça azmettirmekten dolayı cezalandırılmayacağı görüşü⁷⁹⁸ savunulmuş ise de kanımızca bu görüş isabetli değildir. Nitekim suçların içtimaı başlığında ele alacağımız üzere Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç ile yine aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen organ veya doku ticareti suçu, her ne kadar aynı maddenin fıkraları olarak düzenlenmiş ise de farklı hukuki değerleri korumayı amaçlayan bağımsız suçlardır. Bu vesileyle örnekte, azmettiren kimsenin hem Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesine azmettiren olarak hem de Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Yine şerikliğin bir diğer şekli olan yardım etme şeklinde de suça iştirak edilmiş olabilir. Örneğin suç işleme kararı mevcut olmasına rağmen alma fiiline dair cerrahi sürecin nasıl icra edileceği konusunda deneyimsiz olan bir tıp fakültesi öğrencisi, bu konudaki deneyimlerini öğrenmek amacıyla cerrah olan hocasına başvurmuştur. Bu başvuru neticesinde, öğrencinin suç işleyeceği fikrine vakıf olmasına rağmen cerrahi tecrübesini aktaran cerrah hoca, kişiden organ almak için ameliyatın nasıl yapılacağını anlatmış ve bu hususta suç işleme kararıyla kendisine başvuran öğrenciye, öğrencinin suç işleme yönündeki kastını bilmesine rağmen eğitim vermiştir. Bu durumda cerrah hoca, suçun nasıl işleneceğine ilişkin yol gösterdiğinden ve suçun işlenmesine manevi bir katkı sağladığından ötürü yardım

⁷⁹⁷ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 107.

⁷⁹⁸ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 52.

eden olarak cezalandırılacaktır⁷⁹⁹. Ancak burada öğrencinin, cerrah hocanın kendisine yol göstermeksizin suçu işleyemeyeceğinin söz konusu olduğu yani cerrahın yaptığı yardımın suçun işlenmesi bakımından zorunlu olduğu durumlarda, bu kimsenin yardım eden olarak değil müşterek faik olarak sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.1.6.3. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nda suçların içtimaı bakımından benimsenen kural şudur: “Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır.” Bu vesileyle kuralın gerçek içtima olduğu söylenebilir⁸⁰⁰. Ancak, gerçek içtima kuralına tanınan bazı istisnalar ile çeşitli içtima müesseseleri ihdas olunmuştur:

- a) Zincirleme Suç (Türk Ceza Kanunu m. 43, f.1 ve f.3)
- b) Aynı Neviden Fikri İçtima (Türk Ceza Kanunu m. 43, f.2 ve f.3)
- c) Farklı Neviden Fikri İçtima (Türk Ceza Kanunu m. 44)

Zincirleme suç; aynı suçun, birden fazla suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura karşı birden fazla işlenmesidir.

Aynı neviden fikri içtima; bir fiil ile aynı suçun birden fazla kimseye karşı işlenmesidir.

Farklı neviden fikri içtima ise; bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla farklı suçun işlenmesi halidir.

Bileşik Suç; kanunda suç olarak tanımlanan fiilin, bir başka suçun temel şekline veya nitelikli şekline ilişkin unsurunu oluşturmasıdır. (Türk Ceza Kanunu m. 42)

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından suçların içtimaı bağlamında özellik arz eden bazı hususlar mevcuttur.

Aynı mağdurdan aynı ameliyat esnasında bir organ ve bir doku alınması durumunda; ortaya çıkan içtima sorunu, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ile yaşayan kişiden organ almak ve yaşayan kişiden doku almak şeklinde iki farklı suç

⁷⁹⁹ Algan, *a.g.e*, 2018, s. 108.

⁸⁰⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 601.

düzenlenip düzenlenmediğine verilecek cevap ile doğrudan ilişkilidir. Bu iki suç arasındaki içtima ilişkisi bakımından doktrinde farklı görüş öne sürülmüştür:

Bir görüşe göre; madde metni ile “yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ almak” ve “yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak doku almak” şeklinde iki farklı suç ihdas olunmuştur. Bu iki suç arasında **tüketen- tüketilen norm ilişkisi** söz konusudur⁸⁰¹. Buna göre dokunun organları bir araya getiren hücreler bütünü olması karşısında burada aynı hukuki değeri koruyan iki suçun birlikte işlenmesi nedeniyle fail yalnızca tüketen norm olan “yaşayan kimseden organ alma” suçu nedeniyle cezalandırılacaktır.

Diğer bir görüşe göre, yine madde metni ile iki farklı suç düzenlendiği kabul olunmuştur ve bu bağlamda cezai sorumluluğun tespiti esnasında mağdurdan öncelikle dokunun mu yoksa organın mı alındığı tespit olunmalıdır. Bu çerçevede öncelikle dokunun alındığının belirlenmesi halinde, doku almak fiilinin organ almak fiili bakımından öncüllük arz ettiğinden bahisle **“geçit suç”** söz konusu olacak ve fail yalnızca organ almak eyleminden sorumlu tutulacaktır⁸⁰². Tam tersi olasılıkta yani mağdurdan önce organ alınıp sonrasında doku alındığı olasılıkta ise sorun **“cezalandırılmayan sonraki hareket”** bağlamında değerlendirilecek, fail yalnızca cezası daha ağır olan ve bu olasılıkta önceki hareket niteliği taşıyan organ almak fiili nedeniyle sorumlu tutulacaktır⁸⁰³.

Bu ikinci görüş, geçit suç tanımıyla uyuşmadığı için eleştirilmiştir. Gerçekten de geçit suç; failin bir suçu işlemek için aynı hukuki değeri koruyan daha hafif bir suçtan geçmek zorunda olduğu, hafif suçun işlenmesinin ağır suça ulaşılması bakımından kaçınılmaz olmasının gerektiği suç tipidir⁸⁰⁴. Bu sebeple organ veya doku alma suçunun işlenmesi bakımından organ alma fiilinin icrası için öncelikle dokunun alınması şeklinde bir zorunluluk söz konusu değildir. Dolayısıyla doku almak ve organ almak suçları arasında zorunluluk arz eden bir geçiş söz konusu

⁸⁰¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 267-268.

⁸⁰² Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 149 vd.

⁸⁰³ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 149 vd., Aynı görüş Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 53-54

⁸⁰⁴ İçel/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver, *a.g.e.*, 1999, s. 472 vd.

olmadığından, sorunun geçit suça ilişkin hükümlerle çözülmesi, isabetsiz görülmüştür⁸⁰⁵.

Diğer görüşe göre ise; yine madde metni ile iki farklı suç düzenlendiği kabul edilmiş olup, iki suç arasındaki içtima sorunu **farklı neviden fikri içtima** hükümleri çerçevesinde çözümlenmelidir. Nitekim aynı ameliyat esnasında organ almak ve doku almak eylemleri, doğal anlamda olmasa da hukuki anlamda tek fiildir. Dolayısıyla fail tek bir hareketle birden fazla suç işlemiş olacağından Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren “yaşayan kimseden organ almak” suçu nedeniyle cezalandırılmalıdır⁸⁰⁶.

Hemen belirtmek gerekmektedir ki yukarıda sıralanan tüm görüşler TCK’nın 91. maddesindeki organ almak ve doku almak fiillerinin seçimlik hareketler olarak öngörülmüş olmadığı kabulünden yola çıkmaktadırlar. Bu görüşlere göre seçimlik hareketli suçlar, suçun kanuni tanımında gösterilen alternatif hareketlerden birisinin işlenmesi ile tamamlanan suçlardır. Bu bağlamda inceleme konumuz suç bakımından alternatif olarak belirlenenin “hareket” değil, suçun konusu olduğu düşüncesinden hareket edilmektedir. Yine bu düşünceden hareketle suçun konusuna ilişkin bir belirleme yapılarak iki farklı konuya yönelik fiiller için farklı cezalar öngörüldüğü savunulmaktadır. Nihayetinde Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası ile **iki farklı suçun ihdas olunduğu** sonucuna ulaşılmaktadır. Bu vesileyle aynı ameliyat esnasında aynı mağdurdan hem bir organ hem de bir doku alan fail, Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenen yaşayan kimseden organ almak ve yaşayan kimseden doku almak şeklinde iki farklı suç işlemiş olacaktır.

Ancak biz Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası ile iki farklı suç düzenlendiği yönündeki görüşe iştirak etmemekteyiz. Kanımızca kanun koyucu bahse konu madde ile tek bir suç ihdas etmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi tek bir cerrahi girişim ile aynı mağdurdan bir organ ile bir doku alınması halinde tek suç oluşacak ancak haksızlık muhtevası daha yoğun olan bir haksızlık meydana gelecektir. Bu durum temel cezanın belirlenmesi

⁸⁰⁵ Algan, *a.g.e*, 2018, s.111, Taneri, G. (2014). *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Bilge Yayınevi: Ankara, s. 493.

⁸⁰⁶ Algan, *a.g.e*, 2018, s. 112.

anlamında Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesi kapsamında hâkim tarafından dikkate alınacaktır.

Bu halde, tek bir cerrahi girişim ile ister bir organ ve bir doku, ister birden fazla organ, isterse de birden fazla organ ve birden fazla doku alınmış olsun tüm olasılıklarda tek suç oluşacak olup alınanlardan birinin organ olması halinde, organ alma fiili için öngörülen yaptırım uygulanmalıdır. Nitekim kanun koyucunun suça uygulanacak yaptırımın üst sınırı bağlamında dokuz yıl gibi ağır bir cezayı takdir etmiş olması bu düşüncenin neticesidir.

Kasten yaralama suçu ile yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu arasındaki ilişki bağlamında da üç farklı görüş söz konusudur. İlk görüşe göre iki suç arasında **“geçit suç”** ilişkisi mevcuttur. Bir kimsenin vücudundan organ veya doku alınabilmesi için öncelikle vücut bütünlüğünde değişiklik meydana getiren bir müdahalenin varlığının gerekliliği izahtan varestedir. Bu durumda aynı hukuki değeri korumaya yönelik suçlardan kasten yaralama suçu, organ veya doku almak suçu bakımından geçit suçtur. Geçit suçları cezalandırılmayan önceki eylemlerin kapsamında sayılırlar⁸⁰⁷. Bu vesileyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinden birisi meydana gelmediği sürece, organ veya doku almak suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçu sebebiyle cezalandırılmaması gerekir⁸⁰⁸.

Bu bağlamda ortaya atılan bir diğer görüş ise yaralama suçu ile yaşayan kimseden organ veya doku almak suçu arasında **(farklı neviden) fikri içtima** hükümlerinin uygulanması gerektiğini yönündedir⁸⁰⁹.

Son görüşe göre ise kasten yaralama suçu ile yaşayan kimseden organ veya doku alma suçu arasında **özel norm-genel norm ilişkisi** olduğu yönündedir. Bu kapsamda Alman Hukuku'nda organ veya doku nakli suçunun özel norm olması nedeniyle, görünüşte içtima kuralları kapsamında genel norm olan yaralama

⁸⁰⁷ İçel, K. (2008). *“Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (14), s.46.

⁸⁰⁸ Algan, a.g.e, 2018, s. 113.

⁸⁰⁹ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.146.

suçundan değil, özel norm olan organ veya doku alma suçundan dolayı cezai sorumluluğun tespit edileceği belirtilmektedir⁸¹⁰.

Kanımızca yaşayan kimseden organ veya doku almak amacıyla gerçekleştirilen fiiller aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda tek bir fiil ile birden fazla suçun işlendiği hususu göz önüne alınarak meselenin farklı neviden fikri içtima hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Kasten öldürme suçu ile yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu arasındaki içtima ilişkisi ile suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu arasındaki içtima ilişkisi; suçun nitelikli halleri başlığında ele alınmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu arasındaki ilişkiye de değinmek gerekmektedir. Hemen hemen her suçun işlenmesi esnasında eşyanın doğası gereği mağdurun özgürlüğü belli bir miktar kısıtlanmaktadır. Ancak, bahse konu kısıtlamanın ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesi anlamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumluluğu gerektirmesi, esas suçun işlenmesi için zorunlu olan sürenin aşılmış olduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Bu vesileyle yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu bağlamında cerrahi girişim için gerekli süre içerisinde mağdur hakkında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacak ise de mağdurun tehdit edilmesi veya rızası dışında alıkonması durumlarında suçun oluşacağının kabulü gerekmektedir⁸¹¹.

İnsan ticareti suçu (TCK m. 80) ile yaşayan kimseden organ veya doku alınması suçu arasındaki içtima ilişkisi değinilmesi gereken bir başka konudur. İnsan ticareti suçu Türk Ceza Kanunu'nun 80. maddesinde:

*“Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da **vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla** tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik*

⁸¹⁰ Schreiber, M. (2004) Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main, s. 254-256. Aktaran: Aydın, **Tıbbi Müdahale**, 2008, s.151.

⁸¹¹ Halıcı, **a.g.e**, 2009, s. 54.

eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.”

şeklinde düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçunun işlenebilmesi için birtakım maksatlar aranmıştır. Bu kapsamda failin mağduru zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla maddede belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi gerekir. İnsan ticareti suçunun varlığı için failin sadece belirtilen maksatları taşıması yeterli olup ayrıca gerçekleştirmesi şart değildir. Örneğin fail kişileri organlarını vermelerini sağlamak maksadıyla ülkeye sokmuş ama organların verilmesini sağlayamamış ise bu durumda suç oluşacaktır⁸¹². Ayrıca organların alınması yönündeki maksat uygulanır, gerçeğe dönüşür ve organ/organların alınması söz konusu olur ise alan kişi açısından ayrıca Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası kapsamında ceza sorumluluk doğacaktır⁸¹³.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin diğer fıkralarında düzenlenen suçlar ile ictima ilişkisinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda aşağıda izah olunan görüşler bağlamında bahse konu madde ile beş farklı fiil bakımında cezai hükümler ihdas edilmiş olup bu fiillerin bir arada yahut peş peşe işlenmesi durumunda nasıl bir çözüm üretilmesi gerektiği noktasında farklı görüşler öne sürülmüştür.

İlk görüşe göre, madde kapsamında düzenlenen fiillerin birbiri ardı sıra işlenmesi durumunda bu fiillerin icrasının cezalandırılmayan sonraki hareketler kapsamında değerlendirileceği ve öncelikle gerçekleştirilen fiil sebebiyle cezai sorumluluğun belirleneceği görüşü savunulmuştur. Örneğin fail öncelikle mağdurdan böbreğini almış (Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası), daha sonra aldığı böbreğin satılmasına aracılık etmiş (Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrası) ve nihayetinde bu organı başka bir kimsenin vücuduna aşılamıştır (Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 5. fıkrası). Bu örnekte failin sadece Türk Ceza

⁸¹² Algan, a.g.e, 2018, s. 115.

⁸¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, 2017, s. 100; Hakeri, H. (2004). “**Göçmen Kaçaklığı ve İnsan Ticareti Suçları (Türk Ceza Kanunu 201/a ve 201/b)**”. *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 7 (1), s.11

Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrası kapsamında cezalandırılacağı zira hukuka aykırılığın sonraki fiilleri de kapsadığı öne sürülmüştür⁸¹⁴.

Diğer bir görüşe göre madde metninde beş farklı suç tipi ihdas olunduğu düşüncesinden hareket edilmekte ve örnek olayda gerçek içtima kuralları gereğince failin gerçekleştirdiği üç suç tipinden de ayrı cezalandırılması gerekmektedir⁸¹⁵.

Kanımızca her iki görüş de isabetli değildir. Öncelikle TCK m. 91'in gerekçesinde şu ifade mevcuttur:

“madde metninde, hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiilleri, suç olarak tanımlanmıştır.”

Bu suretle esasında Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin beş farklı fıkrası (birinci, ikinci, üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralar) ile beş farklı fiil cezai yaptırıma tabi kılınmış ise de kanun koyucunun aslen “organ veya dokuyu hukuka aykırı almak” ve “organ veya dokunun ticaretini yapmak” suçlarını ihdas ettiği görüşündeyiz.

Bu görüşün neticesi olarak;

Öncelikle failin TCK'nın 91. maddesinin 1. fıkrası anlamında “yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak” aldığı organı yine aynı maddenin 3. fıkrası bağlamında satması yahut satışa arz etmesi halinde iki farklı suç oluşacaktır. Nitekim kanun koyucu hem organın hukuka aykırı olarak alınmasını hem de hukuka uygun yahut aykırı alınmış olması önemli olmaksızın ticarete konu kılınmasını önlemek amacındadır.

Ancak yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak alınan organın, alma fiilini icra eden kimse tarafından TCK'nın 91. maddesinin 5. fıkrası anlamında saklaması, nakletmesi yahut aşılması durumunda iki farklı suç oluşmayacağı görüşündeyiz. Kanımızca bu durumda failin yalnızca “hukuka aykırı olarak organ veya doku almak” suçu bağlamında cezai sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Gerçekten de organ yahut doku alan bir kimsenin bunları en azından kısa bir süre de olsa saklaması yahut alma fiilini icra ettiği yerden bir başka yere nakletmesi gerekecektir. Suçun işlenmesi sonrasında kısa sayılmayacak bir süre saklama yahut

⁸¹⁴ Aydın, M. (2008). “Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu” , *Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Tebliğler, Ankara, s. 392.

⁸¹⁵ Aynı görüş için bkz. Algan, a.g.e, 2018, s. 116; Taneri, a.g.e, 2014, s. 492.

alma fiilinin icra edildiği yerden başkaca yerler arasında nakil eylemlerinin gerçekleşmesi veya saklama yahut nakletme seçimlik hareketleri değil de aşılama seçimlik hareketinin gündeme gelmesi durumunda ise cezalandırılmayan sonraki hareket gündeme gelecektir.

4.1.7. Yaptırım, Kovuşturma ve Zamanaşımı

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu için öngörülen yaptırım, suçun konusuna göre değişiklik arz etmektedir⁸¹⁶. Bu bağlamda suçun konusunun organ olması durumunda beş yıldan dokuz yıla kadar, suçun konusunun doku olması halinde ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Suçun konusuna göre farklı cezai müeyyide öngörülmesi, dokuların kendisini yenileme özelliğinin mevcudiyeti ile hukuka aykırı şekilde organ almak fiilin daha ağır bir haksızlık olması gerekçesiyle isabetli görülmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar suçun konusuna göre yapılan ayırımın ve bu ayırma bağlı olarak öngörülen cezalardaki farkın fazlalığının; doku alınması fiilini daha önemsiz hale getirdiği görüşü ile eleştirilmektedir⁸¹⁷. Bu vesileyle organ veya doku arasında hayatiyet yönünden bir yarım yapılamayacağı gerekçesiyle kanun koyucunun farklı cezalar öngörmesini isabetli bulmayan yazarlar mevcuttur⁸¹⁸.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı öngörülmüş olmakla birlikte, suçun işlenmesi neticesinde mağdurun ölmesi durumunda kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bir tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 7. fıkrası uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Gerçekten de kusur ehliyeti bulunmayan tüzel kişiler suçun faili olamayacaktır⁸¹⁹. Bu durumda tüzel

⁸¹⁶ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 235.

⁸¹⁷ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 268.

⁸¹⁸ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 151.

⁸¹⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 213.

kişiler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir⁸²⁰.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması şikâyeteye bağlı suçlardan olmayı, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Suçun failinin kamu görevlisi olması ve suçun görevin icrası sırasında görevin icrasıyla alakalı olarak işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması “izin” şartının varlığına bağlı olacaktır. Soruşturma ve kovuşturma şartı olan iznin alınması, 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun⁸²¹ hükümleri çerçevesinde belirlenen usuller kapsamında gerçekleşecektir.

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın organ almak suçu bakımından dava zamanaşımı Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca on beş yıl; doku almak suçu bakımından ise sekiz yıldır⁸²². Suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde de dava zamanaşımı on beş yıl, suç neticesinde mağdurun ölmesi durumunda dava zamanaşımı ise yirmi beş yıl olacaktır.

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza olmaksızın organ ve doku alma suçları bağlamında görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleridir. Fakat söz konusu suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde 5235 sayılı Kanun m.12 uyarınca Ağır Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır. Diğer yandan suç neticesinde mağdurun ölmesi durumunda da kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacağından görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemeleri olacaktır⁸²³.

⁸²⁰ “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri
madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.
(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.”

⁸²¹ Resmi Gazete Tarihi: 04.12.1999 Sayısı: 23896

⁸²² Algan, **a.g.e.**, 2018, s. 123.

⁸²³ Algan, **a.g.e.**, 2018, s. 123.

4.2. Ölüden Organ ve Doku Alınması Suçu

4.2.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Türk Ceza Kanunu’nu m. 91 f. 2 uyarınca:

“Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bahse konu maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.”

Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere hukuka aykırı şekilde, ölmüş bir kimseden organ yahut doku alan kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yine madde gerekçesinde belirtilmiş olan “hukuken geçerli rıza”nın da ilgili mevzuatta düzenlendiği belirtilerek 2238 sayılı Kanun’a atıf yapılmıştır. Bu kapsamda fiili suç olmaktan çıkaracak olan rızanın hangi koşullarda geçerli olacağı, 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda* düzenlenmiştir⁸²⁴. Bu suç tipinde organ veya dokunun sahibinin sağlığının veya yaşamının zarar görme ihtimali bulunmadığından, kanun koyucu yaşayan kimseden rızası hilafında organ veya doku alınması suçuna kıyasla daha az ceza öngörmüştür⁸²⁵.

Aşağıda suçla korunan hukuki değer ve suçun unsurları ile ilgili açıklamalara yer verilecektir. Ancak ölüm hali nitelemesi bağlamında hemen hemen tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de klasik ölüm anlayışı değil beyin ölümü anlayışı tercih edilmektedir. Bu bağlamda beyin ölümünün tespit ediliş usulü gibi sair hususlar “Organ veya Doku Nakli Çeşitleri” başlığı altında “Ölüden (kadavradan) organ veya doku nakli” alt başlığı içerisinde detaylı olarak açıklanmış olduğundan burada tekrara girmemek adına bir kez daha değinilmeyecektir.

⁸²⁴ Özgenç, *Genel Hükümle*, 2019, s. 377.

⁸²⁵ Gökçen/Balcı, *a.g.m*, 2013, s. 128.

4.2.2. Korunan Hukuki Değer

Kişilik kural olarak ölümle sona ermekte olup, bireylerin hak ehliyeti de ölümle son bulur (TMK m. 27). Ancak bireylerin bedeni üzerindeki mutlak hakkı ölümle son bulsa ve insan bedeni ceset haline gelse de hukuken himaye altındadır.

Ölüden organ veya doku alınması suçu ile korunmak istenen hukuki değerlerden ilki kişinin *irade hürriyetidir*. ODNK'nın 14.maddesi kapsamında sağlığında ölümü sonrasında kendisinden organ veya doku alınmasını yasaklayan yönde beyanda bulunan kişiden organ veya doku alınamayacak olup, böylelikle ölenin sağlığında açıkladığı iradesine öncelik tanınacaktır.

Suçla korunmak istenen diğer hukuki değerlerin ise ölüye saygı ve insan sağlığı ile ilgili konularda kamu düzeninin ve disiplininin sağlanması olduğu belirtilmiştir⁸²⁶.

4.2.3. Suçun Unsurları

4.2.3.1. Tipikliğin maddi unsurları

4.2.3.1.1. Fail

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından fail, hukuka aykırı olarak organ veya dokuyu alan kişidir. Suçun faili herkes olabilir⁸²⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'da fail ile ilgili herhangi bir özel hüküm konmamıştır. Dolayısıyla suçun faili, organ işiyle uğraşan kamu görevlileri olabileceği gibi, özel muayenelerde ya da kliniklerde çalışan doktorlar, hemşireler, yardımcı tıp mensupları, vatandaşlar olabileceklerdir⁸²⁸. Bu vesileyle inceleme konumuz ölüden organ veya doku alınması suçu, faili bakımından özgü suç niteliği taşımamaktadır. Ancak doktrinde suçun failinin, ölüden organ veya doku alan hekim olabileceği görüşü öne sürülmüştür⁸²⁹.

2238 sayılı Kanun'un sistematüğinde “organ alma” suçunun faili sadece hekimler olabilecek şekilde bir düzenleme yapıldığı kanısı oluşmakta iken Türk Ceza

⁸²⁶ Arslan/ Azizağaoğlu, *a.g.e.*, 2004, s. 412.

⁸²⁷ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.129.

⁸²⁸ Yaşar, O., Gökcan, H.T. ve Artuç, M. (2014). *Yorumlu ve Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu*, c: IV, 2. Baskı, Adalet, Ankara, s. 3128.

⁸²⁹ Koca/ Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 2017, s. 236.

Kanunu'nun 91. maddesi ile organ ve doku alma fiilini hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın gerçekleştiren herhangi bir kişi bu suçun faili olabilmektedir. Ancak organ ve doku alınması bir tıbbi uzmanlık işi olup hekim olmayan kimseler tarafından gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsıza yakın gibi görünmektedir. Buna rağmen, doktor dışındaki kişilerin fail olmaması için bir neden yoktur⁸³⁰. Bunun yanında inceleme konusu suçun yalnızca hekimler tarafından işlenebileceği yönündeki kabul, tıbbi yeterliliği olup organ alma fiilini gerçekleştirebilecek başkaca kimselerin icrai hareketleri gerçekleştirmesi durumunda cezalandırılmamasına netice verebilecektir⁸³¹.

4.2.3.1.2. Mağdur

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından mağdur, özellik arz etmektedir. Nitekim işlenen suç bakımından kişinin mağdur olabilmesi için, suçu oluşturan fiilin işlendiği esnada hayatta olması gerekmektedir⁸³². Bu vesileyle ölüden organ veya doku almak suçunun mağduru ölü kimse olamayacaktır.

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından mağdur, ölenin yakınları olarak kabul edilmelidir⁸³³. Doktrinde de suçun mağdurunun ölenin yakınları veya ölenin mirasçıları⁸³⁴ olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmekte olup, bu kimselerin nasıl tespit olunacağı hususunda 2238 sayılı ODNK referans gösterilmektedir. Bu bağlamda ODNK m. 14 f. 1 uyarınca yakın kavramından anlaşılması gereken, ölüden organ veya doku alınmasına rıza göstermeye yetkili olan kimseler olup bu kapsamda; kişinin ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakındır⁸³⁵.

4.2.3.1.3. Suçun Konusu

Suçun konusu, fiilin üzerinde icra edildiği yahut üzerinde etki doğurduğu maddi varlıktır. Ölüden organ veya doku alma suçu, suçun konusu bakımından farklı

⁸³⁰ Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s.1308

⁸³¹ Algan, *a.g.e.* 2018, s. 150.

⁸³² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 224.

⁸³³ Aynı yöndeki görüşler için bkz. Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 236, Üzülmez, *a.g.e.*, 2013, s. 130, Gökçen/Balcı, *Organ ve Doku Ticareti Suçları*, 2013, s. 136.

⁸³⁴ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 61.

⁸³⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 127.

görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre suçun konusu, ölünün vücudu yani cesettir⁸³⁶. Bu görüşe göre almak fiili ölü üzerinde yapıldığı için ceset suçun konusu olmaktadır⁸³⁷.

Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre suçun konusu, ölüden alınan organ veya dokudur⁸³⁸.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus da kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile “Yaşayan Kimseden Organ veya Doku alma” suçu bağlamında suçun konusunun organ yahut doku olması noktasında bir ayrım gözeterek farklı cezalar öngörmüştür. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen “Ölüden Organ veya Doku Alma” suçu bağlamında böyle bir ayrım gözetmemiştir. Yaşayan kimseden rızası hilafına organ yahut doku alınması mağdurun yaşamı yahut sağlığı üzerinde daha farklı etkiler doğurabilmekte iken, ölüler bakımından bu farklılığın söz konusu olmaması bunun nedeni olarak gösterilebilir.

Suçun konusu bağlamında yapılan tasnif noktasında ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu tehlike suçlarından olup; soyut tehlike suçu niteliğindedir⁸³⁹.

4.2.3.1.4. Fiil

Ölüden organ veya doku alma suçu bağlamında fiil unsurunu “almak” teşkil etmektedir. “Almak” fiilinden anlaşılması gereken; organ veya dokuyu ölmüş kişinin vücudundan ayırmaktır⁸⁴⁰. Bu bağlamda suç, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokunun vücuttan ayırma işleminin icrasıyla tamamlanacaktır⁸⁴¹. “Alma” eylemini icrası esnasında failin yakalanması yahut elinde olmayan sebeplerle suçun icrasını tamamlayamaması durumunda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir⁸⁴².

⁸³⁶ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 131.

⁸³⁷ Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s.1307.

⁸³⁸ Koca/ Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 2017, s. 236; Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 136.

⁸³⁹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.165.

⁸⁴⁰ Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 116.

⁸⁴¹ Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 2017, s. 234.

⁸⁴² Üzülmöz, *a.g.e.*, 2013, s.125.

Almak fiilin hukuki çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda doktrinde “almak” tan kastın tıbbi bir müdahale ve hatta çoğu zaman cerrahi usullerle gerçekleştirilen bir ameliyatı ifade ettiği belirtilmiştir⁸⁴³. Diğer bir deyişle tıbbi usuller ile ve yalnızca teşhis, tedavi yahut bilimsel amaçlarla organ veya doku alınması durumunda ölüden organ veya doku alınması suçu oluşacaktır⁸⁴⁴. Bunun dışındaki usullerle ölen kimsenin bedeninden organ veya doku alınması durumunda Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesi ile düzenlenmiş bulunan “kişinin hatırasına hakaret suçunun” oluşacağı kabul edilmektedir⁸⁴⁵.

Almak fiilinin yalnızca tıbbi yöntemler kullanılmak suretiyle icra edilmesi gerektiği yönündeki tespit, ölüden organ veya doku almak suçunun “bağlı hareketli suç” olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira suçun işlenmesi yönünden kanun koyucu tarafından bir kısıtlama yahut tespit yapılmış olmadığından yalnızca cerrahi usuller ile organ alınması durumunda suçun oluşacağı yönündeki kabul tek başına suçun bağlı hareketli olarak nitelenmesini netice vermemelidir. Kanımızca ölüden organ veya doku alma suçu “**serbest hareketli**” suçlardandır⁸⁴⁶. Diğer yandan organ veya dokunun alınması için birden çok hareketin icrası gerekmektedir (ölü kimsenin alınacak organı için vücudun açılması, organın vücutla olan bağının koparılması ve çıkarılıp alınması gibi). Ancak hareketlerin tamamının hukuki anlamda tek bir fiil kabul edildiği göz önüne alındığında ölüden organ veya doku alma suçunun “**tek hareketli suç**” olduğunun kabulü gerekmektedir.

Ölüden organ veya doku alma suçunun icrai-ihmali suçlar ayrımı bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun lafzı göz önüne alındığında Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 2. fıkrası ile bir yasak normu ihdas olunduğu açık olup, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınmamasını emreden kanun ile icrai bir suç düzenlendiği açıktır. Diğer yandan suçun ihmali surette görünümünün mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Doktrinde ihmali surette görünümün gündeme gelebileceğini savunan yazarlar mevcut ise de⁸⁴⁷ kanımızca inceleme

⁸⁴³ Hafizoğulları/ Özen, *a.g.e.*, 2017, s.109; Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 66.

⁸⁴⁴ A. K. Yıldız, *a.g.m.*, 2008, s.289, Gökçen, *a.g.e.*, 2000, s.71.

⁸⁴⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 62.

⁸⁴⁶ Aynı yönde görüş için bkz. A. K. Yıldız, “*Organ ve Doku Ticareti*”, 2008, s. 292, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s.60; Suçun “Bağlı Hareketli “ suç olduğu yönündeki görüş için bkz. Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 150.

⁸⁴⁷ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.132.

konusu suçun ihmali surette işlenmesi hukuken mümkün değildir⁸⁴⁸. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ihmali davranışla işlenen suçların ayrıca tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır. Hal böyle iken kanunun açıkça suç saymadığı bir durum olan “ihmali surette ölüden organ veya doku almak suçu” sebebiyle cezai sorumluluğun söz konusu olmayacağı kanısındayız.

4.2.3.1.5. Netice

Suçun maddi unsurlarından olan netice unsuru, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği ve suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan⁸⁴⁹ değişiklik olduğunu ifade etmiş bulunmaktayız. Netice unsuru bağlamında ölüden organ veya doku alınması suçu, suçun kanuni tanımında herhangi bir neticeye yer verilmediğinden “sırf hareket suçu” olarak nitelendirilebilir.

4.2.3.1.6. Nedensellik bağı ve objektif isnadiyet

Nedensellik bağı, fail ve icra edilen fiil ile gerçekleşen netice arasındaki objektif ilişkiyi tesis etmektedir. İcra edilen fiil ile gerçekleşen netice arasında illiyet bağının mevcudiyeti sorumluluk için şart olup, sebep sonuç ilişkisini ifade eden illiyet bağı, tamamen doğal bir olgu, tabii bir vakıdır⁸⁵⁰.

Kanuni tarifte fiilin icrasının yanı sıra, bir neticenin gerçekleşmesine yer verilen suçlarda, netice ile icra edilen fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁸⁵¹.

İnceleme konumuz olan ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçu, neticeli suçlardan olmayıp sırf hareket suçu olduğundan; netice ile failin fiili arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağı hususu önem arz etmemektedir.

⁸⁴⁸ Benzer görüş için bkz. A. K. Yıldız, “*Organ ve Doku Ticareti*”, 2008, s. 290; Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 149.

⁸⁴⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191.

⁸⁵⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191-192.

⁸⁵¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 191.

4.2.3.2. Tipikliğin manevi unsuru

Ölüden organ veya doku alınması suçu kasten işlenebilen suçlardan olup⁸⁵², suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bunun yanında kanuni tarifteki fiilin herhangi bir amaç yahut saikle işlenmesi aranmadığından suçun olası kastla da işlenebileceği yönünde görüşler⁸⁵³ söz konusu olmakla birlikte aşağıda açıklayacağımız “*hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hal*” gerekçesiyle inceleme konusu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği kanaatindeyiz.

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından, suçun manevi unsuru olan kastın kapsamının tespiti de önem arz etmektedir. Kastın bilmek ve istemek şeklinde iki unsurdan müteşekkil olduğunu çalışmamızın önceki bölümlerinde izah etmiş bulunmaktayız. Bu bağlamda suçun konusunu teşkil eden organ yahut dokunun kastın kapsamında olduğu şüphesizdir. Suçun konusuyla alakalı olarak hataya düşülmesi durumunda Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kastın kalkacağı kuşkusuzdur. Ancak failin ölüden cerrahi usuller ile aldığı vücut parçasının organ yahut doku olma niteliği konusunda hataya düşmesi cezai sorumluluğu etkilemeyecektir. Zira kanun koyucu ölüden organ veya doku alma suçu bakımından suçun konusunun organ veya doku olmasına önem izafe etmeyerek aynı cezai yaptırımını öngörmüştür.

Kastın kapsamının tayin ve tespitinde önem arz eden bir diğer husus ise Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile ihdas edilmiş bulunan “*hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hal*” bağlamında ortaya çıkmaktadır. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda bazı suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı bir davranışla”, “hukuka aykırı yollarla” gibi ifadelerle yer verilerek fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir⁸⁵⁴. Bu ifadelerin suç teorisi bakımından üstlendikleri işlev bakımından ise farklı görüşler söz konusudur.

İlk düşünceye göre; bu tarz düzenlemelerin mevcut olduğu suç tipleri bakımından kanun koyucu failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini özellikle aramıştır. Bu vesileyle bahse konu suçlar yalnızca doğrudan kastla

⁸⁵² Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.136.

⁸⁵³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 153.

⁸⁵⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 320

işlenebilecek suçlardır⁸⁵⁵. Hukuka aykırılığın suç tanımında özellikle vurgulandığı haller söz konusu olduğunda; failin işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekmekte olup, hukuka aykırılık bilicinin söz konusu olmaması halinde kastın varlığından bahsedilemeyecektir⁸⁵⁶.

Diğer bir görüşe göre ise suçun kanuni tarifinde hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hale ilişkin ifadelerin arandığı hallerde ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda:

Hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hale ilişkin ifade **suçun kanuni tarifindeki unsurlardan birini nitelemekte** ise gerçek bir tipiklik unsuru olacaktır⁸⁵⁷. Bu durumda tipikliğin unsuru olan hukuka aykırılık kastın zorunlu olarak kastın kapsamında olacak ve bu suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilecektir⁸⁵⁸.

Bunun yanında hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hale ilişkin ifade olarak hukuka aykırılık kavramı, **tüm suçun değerlendirmesi** bakımından bir fonksiyon ifa etmekte ise hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret etmektedir. Bu halde hukuka aykırılık kavramı, gereksiz ve fazlalık olarak görülmekte ve yalnızca hâkimi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda uyarma işlevi görmektedir⁸⁵⁹. Bu halde hukuka aykırılık kastın kapsamında yer almayacak olup kusurluluk alanında ve haksızlık bilinci kapsamında mütalaa edilmelidir⁸⁶⁰.

Doktrinde inceleme konumuz olan ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bağlamında suçun kanuni tarifinde yer verilen hukuka aykırılık kavramı, herhangi bir unsurun hukuka aykırılığına işaret etmek yerine tüm suçun

⁸⁵⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 320, Artuk, M. E., Gökcen, A., & Yenidünya, C. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, s. 374, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel Hükümler*, 2019, s. 289.

⁸⁵⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 321.

⁸⁵⁷ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 266.

⁸⁵⁸ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 266, Göktürk, N. (2016). “*Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), s. 427.

⁸⁵⁹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 267.

⁸⁶⁰ Göktürk, *Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon*, 2016, s. 429.

değerlendirmesiyle ilgili olarak öngörüldüğünden gereksiz görülmüştür⁸⁶¹. Suçun kanuni tarifinde bir unsuru nitelemeyip tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olan hukuka aykırılık hallerinin kastın kapsamına girmediği savunulmuştur⁸⁶².

Hukuka aykırılık halinin kastın kapsamına girmemesinin önemli bir neticesi de hata hükümleri bağlamında ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda hukuka aykırılık durumunun kastın kapsamında kabul edilmesi durumunda bu konuda düşülecek hata Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilecektir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere ölüden organ veya doku alınması suçu bağlamında hukuka aykırılık unsuru kastın kapsamında kalmadığından bu konuda düşülecek hata Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrası kapsamında haksızlık yanlısı olarak mütalaa edilecek ve kaçınılmaz olması halinde kusurluluğu ortadan kaldıracaktır.

4.2.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiş bulunan ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu bağlamında “ hukuka aykırılık” özel olarak düzenlenmiş bulunduğundan, bu özel düzenlemenin suç teorisindeki yeri itibariyle hâkimi hukuka uygunluk sebepleri bağlamında ikaz etme misyonu edindiğinden ötürü suçun hukuka aykırılık unsuru özellik arz etmektedir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin özellik arz ettiği inceleme konusu suç bakımından en önemli hukuka uygunluk nedeni “ilgilinin rızası”dır⁸⁶³. Nitekim görevin ifası hukuka uygunluk nedeni bakımından, hekimler için bu yöndeki davranışlar mesleki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi niteliğinde olacağından fiili tipik olmaktan çıkaracaktır. Bu gerekçeyle bahse konu suç görevin ifası hukuka uygunluk nedeni açısından özellik arz etmemektedir. Nitekim hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni bakımından da herhangi bir özellikli durum söz konusu değildir.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bakımından ise ölüden organ veya doku alınması için aranan koşulların farklılığı gerekçesiyle gerek genel hükümler

⁸⁶¹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 237.

⁸⁶² Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 237.

⁸⁶³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 159.

bağlamında karşımıza çıkan ilgilinin rızası koşullarından gerekse de tıbbi müdahaleler bakımından aranan rıza koşullarından başkaca şartlar söz konusudur⁸⁶⁴.

Ölüden organ veya doku alınması için aranan rızanın açıklanma şekli, açıklanma zamanı, ölen kimsenin ardından rıza açıklamaya ehliyetli olan kimseler ile rıza konusunda benimsenen modeller ve bu modellerden hangilerinin ülkemiz hukukunda tercih edilmiş olduğu hususları ODNK m. 14 ile düzenlenmiştir. Tüm bu hususlar çalışmamızın önceki bölümlerinde “Organ veya Doku Nakli Çeşitleri” başlığı “Ölüden (Kadavradan) Organ Nakli” alt başlığı altında detaylı olarak ele alınmıştır.

4.2.4. Kusurluluk

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerin uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Bu durumun tek istisnası “Haksız Tahrik” bağlamında ortaya çıkabilecek olup, inceleme konumuz suç bakımından haksız tahrikin söz konusu olamayacağı savunulmuştur⁸⁶⁵.

Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen “Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi” nedeniyle kusurluluğun ortadan kalkması ve cezai sorumluluğun söz konusu olmaması gündeme gelebilecektir. Örneğin başhekimin hiyerarşik astı konumunda çalışmakta olan bir cerrah, başhekim tarafından ölüden organ alınması yönünde bir emir ile karşılaştığında öncelikle emrin “Konusu Suç Teşkil Eden” bir nitelik taşıyıp taşımadığını araştırmalıdır. Bu bağlamda ölen kimseden organ alınması yönünde geçerli bir rıza söz konusu değilse; bahse konu emir hiçbir surette yerine getirilmemelidir. Ancak koşulları oluşmuş olmamasına rağmen yapılacak biçimsel ve içeriksel inceleme neticesinde rızanın oluştuğu ve emrin hukuka uygun olduğu yönünde esaslı yanılgıya düşen cerrahın Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 3. fıkrası anlamında hatasından yararlanması gerekecektir.

Yine kusurluluğu etkileyen hallerden olan cebir, muhakkak ve ağır bir tehdit yahut korkutma altında suçun işlenmesi durumunda da Türk Ceza Kanunu’nun 28.

⁸⁶⁴ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.159.

⁸⁶⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.163.

maddesi ile belirlenen koşulların varlığı halinde failin kusurundan söz edilemeyecektir. Örneğin böbrek nakli bekleyen bir hasta, kendisi ile doku ve kan uyuşması söz konusu olan bir kimsenin vefat ettiği haberini almıştır. Nakil bekleyen kişi ölen kimseden hukuka uygun verilmiş rıza olmasa dahi böbrek alması için hekime silahlı olarak tehditte bulunmuştur. Bu durumunda muhakkak ve ağır bir tehdit altında suç işleyen hekimin kusurunun bulunmaması gerekçesiyle cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

4.2.4.1. Zorunluluk hali

Fail tarafından icra olunan fiilin haksızlık niteliği sürmesine rağmen belli koşulların varlığı halinde failin kınanamaması ve kusurlu addedilmemesi neticesini veren hallerden, inceleme konumuz ölüden organ veya doku alma suçu bakımından en özellik arz edeni zorunluluk halidir. Bu kapsamda zorunluluk halinin doğmasına sebep olan tehlikeli durumun ağır ve muhakkak olması gerekmektedir⁸⁶⁶. Diğer yandan bu tehlikeli duruma bilerek sebebiyet verilmemiş olması ile tehlikeden başka türlü korunma olanağının söz konusu olmaması gerekmektedir⁸⁶⁷.

Tüm bu koşullar ışığında örneğin böbrek yetmezliği hastalığının son evresinde olan bir kimsenin diyaliz tedavisinin de yetersiz kaldığı aşamada yaşamının devamını temin etmek amacıyla kan ve doku uyumu olduğunu bildiği bir ölüden böbrek almıştır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenen ve kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan zorunluluk halinden faydalanacaktır. Benzer bir durumda olan çocuğunun hayata tutunması için aynı davranışı gerçekleştirecek baba için de zorunluluk haline ilişkin hükümler uygulanma kabiliyetini haizdir. Bu durumda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin f. 3 “b” bendi uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilmesi gerekecektir.

⁸⁶⁶ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 347.

⁸⁶⁷ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 348-350.

4.2.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.2.5.1. Teşebbüs

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu bakımında suçun icrai hareketleri bölünebilir niteliktedir⁸⁶⁸. Bölünebilmeden kasıt şudur: Suçun tamamlanmış sayılması için ölüden alınacak organ veya dokunun ceset ile olan bağının koparılıp çıkarılması gerekmektedir. Henüz cesetten ayrılma olgusu gerçekleşmemiş iken suçun icrasının tamamlanmasına yönelik hareketler suç yolunda teşebbüs aşamasının gerçekleştiğinin kabulünü gerekli kılacaktır. Bu vesileyle bahse konu suç teşebbüse elverişlidir⁸⁶⁹.

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi hükümleri göz önüne alınarak ölüden organ veya doku alma suçu bakımından teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan bahsedebilmek için bazı koşulların varlığı gerekmektedir. Bu kapsamda;

Öncelikle failin organ veya doku alma suçu bakımından kastı söz konusu olmalıdır. Failin kastın kapsamında olması gereken ve yukarıda detaylı açıklanan tüm hususları bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu hususun özellikle belirtilmesinin nedeni Türk Ceza Kanunu'nun 130. maddesinin 2. fıkrası⁸⁷⁰ ile düzenlenen “*Kişinin Hatırasına Hakaret*” suçu ile inceleme konumuz ölüden organ veya doku alınması suçunun unsurlarının benzemesidir. Bu bağlamda nefret duyduğu bir kimsenin cesedi üzerinde tahkir edici şekilde gözlerini çıkarmak gayesiyle hareket eden ancak suçun icrasını tamamlayamadan yakalanan kişinin hareketi örnek olarak ele alınabilir. Bu halde her ne kadar ölüden organ veya doku almak suçuna teşebbüs görünümü taşısa da failin Türk Ceza Kanunu'nun 130. maddesi ile düzenlenen suçu işlemeye kast etmiş olması gerekçesiyle bu suça teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir⁸⁷¹.

Teşebbüsten bahsedebilmek için varlığı aranan bir diğer koşul suçun işlenmesi için doğrudan doğruya suçun icrasına başlanmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda

⁸⁶⁸ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 416 vd. Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s.346.

⁸⁶⁹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.138, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 74, Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 142.

⁸⁷⁰ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁸⁷¹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.166.

örneğin karaciğer nakli için yeni ölmüş kimselerden uygun bir organ arayışında olan, bu amaçla mezarlık etrafında bulunan köy muhtarına haber bırakan kimsenin eylemi henüz hazırlık hareketleri niteliğinde kabul edilmelidir. Bu nitelikte bir ceset bulunmuş, organ almak için mezar kazılmış ve ceset mezardan çıkarılmakta iken fail yakalanmış ise bu halde de suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmadığı ve mevcut hareketlerin hazırlık hareketi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Ancak bahse konu ceset mezarlıktan çıkarılır ve organ almak için cerrahi operasyona hazır hale getirilir ise bu aşamada suçun icrasına başlandığı kabul edilmelidir⁸⁷².

Failin gerçekleştirdiği fiiller dolayısıyla suça teşebbüsten bahsedebilmek için varlığı aranan bir diğer koşul icrai hareketlerin neticeyi meydana getirmek bakımından elverişli olmasıdır. Elverişliliğe yönelik yapılacak inceleme esnasında hem kullanılan araçların hem de suçun konusunun bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir⁸⁷³. Bu bağlamda ölen kimseden organ almak amacıyla plastik bıçakla girişimde bulunulması halinde hareketin elverişsizliği gerekçesiyle suça teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Diğer yandan suçun konusu bakımında elverişlilik yerine “suçun konusunun yokluğu” yönündeki kavramsal tercihin daha doğru olduğu ifade olunmuştur⁸⁷⁴. Gerçekten de dalağı alınmak amacıyla cerrahi girişime maruz kalan ölmüş kişinin dalağının olmaması gerekçesiyle suçun tamamlanamaması durumunda suçun konusunun elverişsizliğinden değil suçun konusunun yokluğundan bahsedilmesi gerekecektir. Bu durumda *işlenemez suç*⁸⁷⁵ söz konusu olacağı için teşebbüs sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Son olarak failin işlemeye kast ettiği suçun icrasını elinde olmayan sebeplerle tamamlayamamalıdır. Failin kendi tercihiyle icrai hareketleri tamamlamaması durumunda Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesi ile düzenlenmiş bulunan “Gönüllü Vazgeçme” ye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu vesileyle failin gönüllü vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirdiği davranışları ölüden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten sorumluluk doğurmayacaktır. Ancak Türk Ceza Kanunu’nun

⁸⁷² Benzer örnek için bkz. Algan, *a.g.e.*, 2018, s.166.

⁸⁷³ Bkz. Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinin gerekçesi.

⁸⁷⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 510.

⁸⁷⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 510, Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 429.

130. maddesi anlamında sorumluluğu gerektirecek fiiller söz konusu ise tamamlanmış diğer suça ilişkin sorumluluk söz konusu olacaktır⁸⁷⁶.

4.2.5.2. İştirak

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu, suça iştirak bakımından özellik arz etmemekte olup, hem faillik hem de şeriklik bakımından iştirakin tüm görünüm şekilleri söz konusu olabilmektedir.

Birlikte suç işleme kararının icrası çerçevesinde müşterek hâkimiyet ile organ veya doku alan failler Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinin 1. fıkrası anlamında müşterek fail olarak nitelenebilecektir. Örneğin ölü kimseden dalak almak amacıyla cerrahi girişime başlayan genel cerrah ve bu girişimde cerrah ile birlikte hareket eden dâhiliye doktoru fiil üzerinde gerçekleştirdiği hâkimiyetinin niteliğine göre müşterek fail olarak sorumlu olabilecektir.

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinin 2. fıkrası anlamında dolaylı failliğe de elverişlidir. Bu kapsamda örneğin bölüm başkanı olan bir tıp fakültesi hocasının asistan hekimlere kadavra olarak gösterdiği ölmüş bir kimseye ait cesetten böbrek alınmasını istemiştir. Ancak gerçekte usulüne uygun olarak verilmiş bir rıza söz konusu olmadığı için böbrek alınmasının hukuka aykırı olacağı olayda bölüm başkanı hocanın dolaylı fail olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁷⁷. Organ alma fiilini gerçekleştiren asistan hekim bakımından ise Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında suçun maddi unsurlarında hata hükümleri uygulanacak, kast yokluğu gerekçesiyle cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Faillik şeklinde iştirak yukarıda açıklandığı üzere söz konusu olabileceği gibi inceleme konusu olan suça şerik olarak iştirak de mümkündür. Bu bağlamda maddi zorluk yaşayan tıp fakültesi öğrencilerini hastane morgunda bulunan cesetlerin retinalarını almaya ikna edip maddi menfaat vaat eden kimsenin Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesi anlamında azmettiren olarak şerik sıfatıyla suça iştirak etmiş olacağı açıktır. Diğer yandan suçun işlenmesine araç gereç sağlamak suretiyle katkı sağlayan bir kimsenin yahut suç işleme kararını kuvvetlendirmek anlamında

⁸⁷⁶ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.166.

⁸⁷⁷ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.168.

manevi destek sunan kişinin Türk Ceza Kanunu’nun 39. maddesi anlamında yardım eden olarak şerik sıfatıyla suça iştirak etmiş olacağı açıktır.

4.2.5.3. İçtima

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından suçun konusunun cesetten alınan organ yahut doku olduğunu belirtmiş bulunmaktayız. Bir cesetten birden fazla organ yahut doku alınması durumunda meselenin nasıl çözümleneceği suçların içtimainın konusudur.

Öncelikle tek bir cesetten birden fazla organ alınması durumunda bu davranışların tamamının doğal anlamda birden fazla fiil olmasına rağmen tek bir fiil olarak kabul edilebileceği yönünde görüşler mevcuttur⁸⁷⁸. Kanımızca “canlıdan organ veya doku almak suçu” bakımından da kabul ettiğimiz şekliyle bu görüş isabetlidir. Ancak bu durum haksızlık muhtevasının fazlalığı gerekçesiyle temel cezanın tayini anlamında hâkimin dikkate alması gereken hususlardan olacaktır.

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu bakımından, yaşayan kimseden organ veya doku alma suçundan farklı olarak konusunun organ veya doku alması bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu vesileyle failin tek bir cesetten birden fazla organ yahut birden fazla dokuyu aynı anda alması durumunda tek suçun oluşacağı kanısındayız.

Diğer yandan bir mezarlığa giren failin birden fazla mezarı kazarak birden fazla kimsenin organ yahut dokusunu almış olması durumunda; birden fazla fiil söz konusu olacak, her bir fiilin konusu birbirinden farklı olduğundan failin gerçek içtima hükümleri çerçevesinde cezai sorumluluğu tayin olunacaktır.

Ölüden organ veya doku alma suçu kimi durumlarda Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiş bulunan “kişisinin hatırasına hakaret” suçu ile içtima ilişkisine girebilecektir. Nitekim bahse konu suçun maddi unsuru “*Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini almak*” yahut “*ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunmak*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda öncelikle failin kastına bakılmalıdır. Sanığın kastı şayet cesedin tahkir edilmesine yönelik ise bu durumda hem inceleme konumuz olan ölüden hukuka

⁸⁷⁸ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.170.

aykırı olarak organ veya doku alma suçu hem de Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesi uyarınca kişinin hatırasına hakaret suçu vücut bulacaktır. Bu halde failin aynı fiil ile birden fazla farklı suç işlediğinden bahisle Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesi düzenlenmiş bulunan farklı nevi’den fikri içtima⁸⁷⁹ hükümleri uyarınca daha ağır cezayı gerektiren Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesi kapsamında kişinin hatırasına hakaret suçundan cezai sorumluluğun tayin ve tespiti yoluna gidilmelidir⁸⁸⁰.

4.2.6. Yaptırım, Kovuşturma ve Zamanaşımı

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçunun müeyyidesi Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 2. fıkrası ile “*bir yıla kadar hapis cezası*” olarak tayin olunmuştur. Bahse konu suç bakımından öngörülen hapis cezası bağlamında bir alt sınır belirlenmemiş olduğundan Türk Ceza Kanunu’nun 49. maddesi hükmü gereğince hapis cezasının alt sınırı bir aydır⁸⁸¹. Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçunun bir tüzel kişiliği faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 7. fıkrası gereğince tüzel kişilere özgü olarak Türk Ceza Kanunu’nun 60. maddesi ile öngörülmüş bulunan güvenlik tedbirlerine⁸⁸² hükmolunacaktır.

Dava zamanaşımını tayin eden Türk Ceza Kanunu’nun 66. maddesi hükmü uyarınca “*üst sınırı beş yıldan fazla olmayan*” hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlar bakımından sekiz yıl olarak öngörülmüş bulunduğundan inceleme konumuz Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu bakımından dava zamanaşımı sekiz yıldır. Mezkûr suç için yapılacak kovuşturmalarda görevli mahkeme Teşkilat Kanunu olarak da adlandırılan 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun⁸⁸³’un 11. Maddesi uyarınca Asliye Ceza Mahkemesi’dir.

⁸⁷⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 639 vd., Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 537.

⁸⁸⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Algan, *a.g.e.*, 2018, s.171.

⁸⁸¹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 570.

⁸⁸² Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 908 vd.

⁸⁸³ 25606 Sayılı ve 7.10.2004 Tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

4.3. Organ ve Doku Ticareti Suçu (Organ ve Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu)

4.3.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Organ ve dokunun ticarete konu kılınması, bu suretle alım/ satım yahut bu nitelikteki eylemlere tabi tutulması Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile suç olarak düzenlenmiştir. Bahse konu düzenlemeye göre:

“Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkra da belirtilen cezalara hükmolunur.”

Organ ve doku nakline konu olabilecek nitelikte organ veya doku temininde yaşanan zorluklar ile organ bağışına ilişkin bilincin yaygınlaşmaması, bu alandaki ihtiyacın hayatiyeti karşısında bazı neticelere sebep olmaktadır. Bu bağlamda günümüz itibariyle organ bağışının yeterince yaygınlaştırılamamış olması ile kadavradan organ temininin yetersiz olması, ihtiyaç sahibi bireylerin yasadışı yollara tevessül etmesine sebep olmakta ve özellikle üçüncü dünya ülkesi olarak nitelendirilebilen az gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkelerde maddi menfaat karşılığında insanlar organ ticaretine kurban edilebilmektedir⁸⁸⁴.

Tüm bu endişelerin neticesi olarak uluslararası sözleşmeler ile organ ticaretinin önlenmesi yönünde adımlar atıldığı görülmektedir. Bu kapsamda 1987 yılı itibariyle, Dünya Sağlık Örgütü'nün en üst seviyede karar organı olan Dünya Sağlık Asamblesi'nin 40. Toplantısı ile insan organlarının ticarete konu kılınması ele alınmış ve bazı kılavuz ilkeler yayımlanmıştır. İnsan vücudu ile vücut parçalarının ticari alım/satımlara konu kılınmasının yasaklanmasına dair Kılavuz İlke 5 hükmüne göre;

“İnsan vücudu ve parçaları ticari işlemlere konu edilemez. Dolayısıyla, organlar için ödeme yapmak veya almak (herhangi bir diğer tazminat veya bedel de dâhil olmak üzere) yasaklanmalıdır.”

Dünya Sağlık Örgütünce ilk olarak 1991 yılı itibariyle deklare olunan Kılavuz İlkeler ile insan vücudu ile vücut parçalarının ticari işlemlere tabi kılınamayacağı

⁸⁸⁴ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 23.

yönündeki ilke, ilerleyen zamanlarda detaylandırılarak başkaca ilkelerle de desteklenmiştir⁸⁸⁵.

Bunun yanında başkaca hukuken bağlayıcı özelliği olan uluslararası hukuk belgelerinde de organ ticaretine ilişkin yasaklar ifade olunmuştur. Mesela Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 3 ile insan vücudunun ve vücut bölümlerinin maddi kazanç kaynağı olarak değerlendirilmesinin önlenmesi ve yasaklanmasının gerekliliği ifade olunmuştur⁸⁸⁶.

Organların bir meta gibi maddi menfaat karşılığı satışa konu kılınması etik açıdan farklı yaklaşımlar ile değerlendirilmiştir. İktisat ve ekonomi bilimlerinin temeli olarak görülen “ talep, arzı belirler” ilkesi; bağışlanan organ sayısının azlığı, organ nakline ihtiyaç duyan birey sayısının fazlalığı ile ihtiyacın hayatiyeti karşısında meşru ve hukuki temelleri olan bir organ pazarının tesis edilmesi yönündeki ihtiyaç ve talepleri gün geçtikçe fazlalaştırmaktadır. Diğer yandan, organların ticari yahut iktisadi faaliyetlere konu kılınması yönündeki bu isteklere uluslararası sözleşmeler tarafından kesin yasaklar öngörülmüştür. Gerçekten de en yüce ve tartışılmaz değer olan insan olduğu göz önüne alındığında, insan vücudunun parçaları hüviyetindeki organların maddi menfaat karşılığında satılmasına, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi 21. maddesi ile ticari kazanç yasağı hükmü ile karşı çıkmıştır. İnsanın ve insan bedeninin parçalarının ticari faaliyet konusu olarak ele alınamayacağına hükmeden bu maddeye göre, insan vücudu ve parçaları, ticarî kazanç edinilmesine konu olmayacaktır⁸⁸⁷.

Biyo-Tıp Sözleşmesi’nin 21. maddesi ile düzenlenen ve aynı sözleşmenin m. 26 f.2 hükmü uyarınca sınırlamaya tabi tutulamayacak nitelikte olan hüküm, insan vücudunun ve vücut parçalarının ticari kazanç konu olmayacağına işaret etmektedir. Bahse konu hüküm ile ihdas olunan açık yasak, esasında insanın bir meta yahut nesne olarak addedilmesini önleme amacı taşımakta ve bu vesileyle insan onurunu koruyup gözetmektedir⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ Özgenç/Genç, *a.g.m.*, 2020, s. 4.

⁸⁸⁶ Özgenç/Genç, *a.g.m.*, 2020, s. 4.

⁸⁸⁷ Demir, R. (2019). *Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 33.

⁸⁸⁸ Ertem, *a.g.e.*, 2015, s. 528.

İnsan bedeninin ve parçalarının finansal ve ticari kazançla konu kılınmayacağına dair yasak, ulusal hukukumuz içerisinde de ceza hukuku bakımından yaptırıma bağlanmıştır. Bu bağlamda ODNK m. 7 bent “e” uyarınca herhangi bir maddi çıkar yahut bedel karşılığında organ veya doku almak yahut satmak yasaklanmış olup bu hüküm ile organ yahut doku ticareti yasaklanmıştır⁸⁸⁹. Yine Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile organ yahut doku satın almak, satmak ve satılmasına aracılık etmek fiilleri hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür.

4.3.2. Korunan Hukuki Değer

Organ ve doku ticareti suçu vasıtasıyla korunması amaçlanan hukuksal yararların başında “*insan onuru*” olduğu söylenebilir. İnsan onuru günümüz itibarıyla kültürler arası mahiyeti ile ulusal toplumsal değerlerin üzerinde addolunan niteliği haizdir. Bu niteliği gereği insan onuru, Ceza Hukuku tarafından öncelikli olarak korunması gereken en asli değerlerdendir⁸⁹⁰. Gerçekten de organ ve doku ticaretinin yasaklanması ile bireylerin vücutlarının bütünü yahut parçalarının ticari meta gibi algılanmasının önüne geçilmiştir⁸⁹¹.

Diğer yandan Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin fıkralarının tamamı ile sağlıklı çevrede yaşama hakkının korunduğu yönünde görüşler de mevcuttur⁸⁹². Bu bağlamda organ veya doku ticareti suçu ile insanın üstün birey olarak kabul edilmesine uygun toplumsal düzenin devamının temini olduğundan toplumsal menfaatin korunduğu söylenebilir.

⁸⁸⁹ Aksaray, *a.g.m.*, 2012, s.157.

⁸⁹⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, 2003, s.937.

⁸⁹¹ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.148.

⁸⁹² Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 177.

4.3.3. Suçun Unsurları

4.3.3.1. Tipikliğin maddi unsurları

4.3.3.1.1. Fail

Organ veya doku ticareti suçunun fiil unsurunu teşkil eden “almak”, “satmak” ve “satılmasına aracılık etmek” özel bir nitelik gerektirmeyen, herkes tarafından işlenebilen eylemlerdir. Bu gerekçeyle suç, faili bakımından özgü suç niteliği taşımayıp herkes tarafından işlenebilen suçlardandır⁸⁹³.

Organ veya doku ticareti suçu fail bakımında özellik arz etmekte olup; “**Çok failli suç**” olarak nitelenebilir⁸⁹⁴. Çok failli suç, zorunlu olarak birden fazla kişinin katılımı ile işlenebilen ve zorunlu iştirak gerektiren suçlardır⁸⁹⁵. Organ veya doku ticareti suçu bakımından da mutlak surette organı satan bir kimse ile birlikte organ veya dokuyu satın alan bir kimsenin varlığı gerektiğinden, mahiyeti gereği zorunlu iştirake dayanan çok failli bir suç niteliği mevcuttur. Gerçekten de suçun fiil unsurunu teşkil eden “almak”, “satmak” ve “satılmasına aracılık etmek” tek bir kimse tarafından icra edilemez niteliktedir.

Birden fazla kimsenin fail olarak katılımının zorunlu olduğu çok failli suçlar “Yakınsama Suçları” ve “Karşılaşma suçları” olarak ikiye ayrılmaktadır⁸⁹⁶. *Yakınsama suçlarında* zorunlu olarak suçun işlenişine iştirak eden failler aynı yönde hareket etmekte ve aynı amacın gerçekleşmesi için çabalamaktadırlar. *Karşılaşma suçlarında ise* failler aynı amacın gerçekleşmesine yönelik olarak ve fakat farklı yönlerde hareket etmektedirler.

Bu izahatlar ışığında çok failli bir suç olan organ veya doku ticareti suçunun faillerin aynı amaca yönelik olsa da farklı yönlerde (bir fail satın alan, diğer fail satan

⁸⁹³ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 79, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 177.

⁸⁹⁴ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 238, Gökçen/ Balcı, *a.g.m* , 2013, s.140, Ç. K. Aydın, *a.g.e.*, 2011, s. 147. Ayrıca bkz. Türk Ceza Kanunu madde 91 fıkra 3 gerekçesi.

⁸⁹⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.527-528, Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 444-445.

⁸⁹⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.528, Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 445.

ve nihayet bir diğeri satışa arz eden niteliğinde olabilir)hareket ettikleri göz önüne alındığında “Karşılaşma şeklinde çok faili suç” olduğu söylenebilir⁸⁹⁷.

4.3.3.1.2. Mağdur

Mağdur, genel tanımı itibariyle suçun konusunun ait olduğu kişidir⁸⁹⁸. Organ veya doku ticareti suçunun mağduru, yaşayan kişiden organ veya doku almak suçunda olduğu gibi suçun konusu olan organ yahut dokunun ait olduğu kişi değildir. Nitekim organ yahut dokusunu ticarete konu kılmak üzere tedavüle çıkaran kimse, suçun çok faili suç olma niteliği gereğince; suçun mağduru değil faili niteliğindedir⁸⁹⁹.

Bu durumda suçun mağdurunun kim olacağın tayin ve tespiti gerekmektedir zira hiçbir suç mağdursuz değildir⁹⁰⁰. Suçun mağdurunun tespiti noktasında suçun konusunun ait olduğu kişi ölçütünden yola çıkamadığımız için suçla korunan hukuki yarardan hareket edilebileceğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda inceleme konumuz suç bakımından mağdurun suçla korunan hukuki menfaatin sahibi olacağı yönünde görüşler mevcuttur⁹⁰¹. Biz, daha önce de ifade olunduğu üzere hukuki değer kavramının bireylere ait olmayacağını benimsediğimizden ötürü “hukuki değerlerin ilişkili olduğu kimseler” ölçütünden yola çıkmayı daha uygun bulmaktayız. Bu bağlamda organ veya doku ticareti ile korunan toplumsal menfaatlerin bir bütün olarak toplumun tamamıyla ilişkili olduğu da göz önüne alındığında suçun mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu kanaatindeyiz⁹⁰².

⁸⁹⁷ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.143, Hakeri, *Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*, 2007, s. 364, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 176-177.

⁸⁹⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.223, Koca/Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 2019, s. 114.

⁸⁹⁹ Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 2017, s. 238, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 177.

⁹⁰⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.224.

⁹⁰¹ Zafer, *Genel Hükümler*, 2017, s. 151.

⁹⁰² Aynı yönde görüş için bkz. Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 81. Suçun mağdurunun tüm toplum olduğu yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 102. Diğer bir görüşe göre suçun mağduru kamu düzenini bozulması gerekçesiyle “Devlet” olarak belirlenmiştir. (Arslan/ Azizoğlu, *a.g.e.*, 2004, s. 414. Ancak devletin suçun mağduru olabileceği yönündeki görüş devleti hak süjesi kabul eden eski bir anlayışın ürünü olduğundan (Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 225.) kanımızca isabetli değildir.

4.3.3.1.3. Suçun Konusu

Organ ve doku ticareti suçu bakımından suçun maddi konusunun almak, satmak yahut satışa arz etmek suretiyle ticari faaliyete esas kılınan organ veya dokudur⁹⁰³.

Suçun konusu bakımından önem arz eden husus şudur: organ veya doku ölüden yahut yaşayan bir kimseden elde edilmiş olabilir. Bunun yanında hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olabileceği gibi hukuka aykırı yollarla da elde edilmiş olabilir. Nitekim bu husus Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesinde şu şekilde ifade olunmuştur:

“Söz konusu suçun oluşabilmesi açısından kişiden veya ölüden organ veya dokunun, hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur.”

Her ne suretle ve kimden elde edilmiş olursa olsun organ veya dokunun para yahut sair bir menfaat karşılığında tedavüle sokulmuş olması halinde organ veya doku ticareti suçunun konusunu oluşturacaktır⁹⁰⁴.

Ticari faaliyete konu kılınmak amacıyla tedavüle sokulan organ yahut dokunun bizzat satıcıya ait olması da şart değildir. Diğer bir deyişle ister hukuka uygun ister hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsun yaşayan ya da ölmüş kimseden elde edilmiş olduğu önemli olmaksızın bizzat satıcıya ait olsa da olmasa da satışa arz olunan organ veya doku, inceleme konumuz olan suçun konusunu teşkil edebilecektir.

Suçun konusu bağlamında yapılan tasnifler çerçevesinde organ veya doku ticareti suçunun tehlike suçu olduğu söylenebilir. Diğer yandan suçun kanuni tarifinde yer alan filin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu, suçun konusu üzerinde somut bir tehlikenin ortaya çıkması şart olarak öngörülmediği için suç; soyut tehlike suçu niteliğindedir.

⁹⁰³ Gökçen/ Balcı, **a.g.m.**, 2013, s.141, Koca/Üzülmez, **Özel Hükümler**, 2017, s. 237, Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, 2017, s. 103.

⁹⁰⁴ Koca/Üzülmez, **Özel Hükümler**, 2017, s. 237, Hafızoğulları/Özen, **a.g.e.**, 2017, s. 103, Aydın, **Tıbbi Müdahale**, 2008, s.133, Üzülmez, **a.g.e.**, 2013, s. 132.

4.3.3.1.4. Fiil

Organ veya doku ticareti suçunun fiil unsuru Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile organ veya dokuyu “Satmak”, “Almak” ve “Satılmasına Aracılık Etmek” olarak belirlenmiştir.

Organ veya doku ticareti suçunun fiil unsurunu teşkil eden davranışlar niteliği itibariyle belli bir şekilde davranma yasağı öngördüğünden bu yasağın ihlal edilmesi ile yani icrai surette gerçekleştirilebilirler. Bu sebeple bahse konu suç, icrai-ihmalî suçlar ayrımında *icrai suç* olarak nitelenmesi mümkündür⁹⁰⁵.

Diğer yandan satmak, almak yahut satılmasına aracılık etmek şeklindeki fiillerin ne suretle gerçekleştirileceği yönünde kanunda net bir belirleme yapılmış değildir. Bu gerekçeyle suçun bağlı hareketli suç-serbest hareketli suç ayrımında *serbest hareketli suç* olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz⁹⁰⁶. Buna ilave olarak suç tipinde belirlenmiş olan fiillerin icra olunmasıyla suç tamamlanmış olacağından bir diğer deyişle suçun işlenmesi ile gerçekleşmesi gereken bir neticenin varlığı öngörülmediğinden suçun *sırf hareket suçu* olduğu görüşünderiz⁹⁰⁷.

Kanun koyucunun organ veya doku ticareti suçu bakımından öngördüğü davranışlar “almak”, “satmak” yahut “satılmasına aracılık etmek” şeklinde alternatifli olarak belirlenmiş olduğundan ve bu alternatiflerden birinin icrasıyla suç tamamlanmış olacağından bahse konu suçun “*seçimlik hareketli suç*” olarak nitelenmesi gerekmektedir⁹⁰⁸. Bahse konu seçimlik hareketler aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

a) Satmak

Satmak fiilinden anlaşılması gereken, organ veya dokunun belirlenmiş yahut belirlenebilir bir maddi değer karşılığında alıcıya verilmesidir⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 179.

⁹⁰⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 179. Aksi görüş yani suçun bağlı hareketli suç olduğu yönündeki görüş için bkz. Hafızogulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 103.

⁹⁰⁷ Doktrinde fiil unsurunu teşkil eden organ veya dokunun “satılmasına aracılık etmek” eylemi yönünden suçun *sırf hareket suçu* niteliğinde olduğu ancak “almak” ve “satmak” fiilleri yönünden *sırf hareket suçu* nitelenmesinin yapılamayacağını belirten görüş için bkz. Hafızogulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 103-104.

⁹⁰⁸ Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 2017, s. 238, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 271.

⁹⁰⁹ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.141.

Satmak fiilinin ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceğine ilişkin Doktrinde tartışmalar mevcut olup bu bağlamda iki görüş söz konusudur.

Birinci görüşe göre satmak fiilinin varlığından bahsedebilmek için alıcı ve satıcının bedel üzerinde anlaşması yeterli olup, bu kapsamda bedelin temin edilmiş olmasının yahut organ veya dokunun teslim edilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁹¹⁰. Bu görüşe göre satış sözleşmesinin düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 207. Maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme” dir.

Bu tanıma göre tarafların bedel karşılığında anlaşmaları yeterli görülmekte, sözleşme konusu organ yahut dokunun teslim edilmesi ya da bedelin ödenmesi önem arz etmemektedir⁹¹¹.

Diğer görüşe göre ise her ne kadar satış sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu ile tanımlanmış olsa da Türk Ceza Kanunu ile düzenlenmiş bulunan organ veya doku ticareti bakımından satış işlemine başkaca bir anlam yüklenilmiştir. Türk Ceza Kanunu anlamında yüklenen mananın tespiti bakımından kanunun sistematigi içerisinde suçun düzenlendiği yer nazara alınmalıdır. Bu durumda organ veya doku ticareti suçu “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olduğundan ne organ veya dokuya ilişkin bir bedel belirlenmesi ne de tespit olunan bedelin devredilmesi tek başına suçun oluşması için yeterli olmayacaktır. Satış işleminin tamamlanmış kabul edilebilmesi için suçun konusu olan organ yahut dokunun devredilmesi ve buna ilişkin fiili hâkimiyetin alıcıya geçmesi gerekmektedir⁹¹². Bu görüşe göre suçla korunan hukuki yararın ihlal edildiğinden bahsedebilmek için organ yahut dokunun devredilmiş olması gerekmektedir⁹¹³.

Kanımızca hukuk düzeninin bir bütün olduğu hususu da dikkate alındığında ilk görüşe üstünlük tanımak gerekmektedir. Bu bağlamda satmak fiilinin varlığından bahsedebilmek için alıcı ve satıcının bedel üzerinde anlaşması yeterli olup, bu kapsamda bedelin temin edilmiş olması yahut organ veya dokunun teslim edilmiş

⁹¹⁰ Mermut, *a.g.m.*, 2010, s. 1477.

⁹¹¹ Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s. 1314, Parlar/Hatipoğlu, *a.g.e.*, 2008, s. 1562.

⁹¹² Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.140, Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.133, Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 103.

⁹¹³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 181.

olması şart değildir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesinde belirtildiği şekliyle esas olanın organ yahut dokunun herhangi bir menfaat karşılığında tedavüle tabi kılınmasıdır. Yani suçun oluşması için ödeme yapılıp yapılmadığı yahut organın devredilip devredilmediğinin önem arz etmediğinin hükme bağlandığı kanaatindeyiz.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde; eski tarihli bir karar ile⁹¹⁴ ikinci görüşün benimsenerek organ ticaretinin taraflarının satış konusunda ve bedel üzerinde anlaşmaları suçun oluşması bakımından yeterli sayılmayarak organın devrinin gerçekleşmesi aranmıştır. Ancak daha yeni tarihli kararlar ile birinci görüşün benimsenerek satmak fiilinin varlığından bahsedebilmek için alıcı ve satıcının bedel üzerinde anlaşması yeterli olup, bu kapsamda bedelin temin edilmiş olması yahut organ veya dokunun teslim edilmiş olmasının şart olmadığı hükme bağlanmıştır⁹¹⁵.

Satmak fiilinin kapsamının tespiti de önem arz etmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile *“bir bedel ya da başkaca bir menfaat karşılığı”* organ veya doku alınıp verilmesi yasaklanmıştır. Ancak doktrinde bazı tazminat taleplerinin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği hatta bu meblağların satış olarak değerlendirmekten ziyade *“ödüllü bir bağış”* olarak nitelendirilebileceği savunulmuştur⁹¹⁶. Bu görüşe göre hiçbir zorunluluğu olmamasına rağmen organ bağışlamak erdemini gösteren verici bakımından muhtemel hastane masrafları ile

⁹¹⁴ **Yargıtay 12.CD'nin 10.12.2013 tarihli ve 2012/32970 E. 2013/28517 K. sayılı kararı:** *“Tüm dosya kapsamına göre, sanıklardan A.Ö'nün diyaliz hastası olup böbrek nakline ihtiyacı olduğu, sanık N.Y.'nin ise borçları nedeniyle böbreğini satmak istediği, aynı yerde çalışan sanık L.S'nin internet aracılığı ile böbrek aradığını öğrendiği, A.Ö'yü arayıp onu Antalya'ya çağırdığı, yanında bir akrabasına ait kimlik getirmesini istediği, buluştuklarında L.'in belgeleri A.Ö'ye teslim ettiği ve A.Ö'nün oğluna ait olan nüfus cüzdanına sanık N.'in fotoğrafını yapıştırıp diğer işlemleri yaptıktan sonra sanıklar N. ve A.'nin hastaneye yatmalarını sağladığı, N. ve A.'nin yargılama aşamasındaki ifadeleri ve hazırlık aşamasında müdafî huzurunda verdikleri birbirlerini doğrular beyanlarına göre organ nakli sonrasında A.Ö'nün 45.000 TL vermeyi vaat ettiği, N.'in ise bundan 17.000 TL alacağını düşündüğü hastanedeki tahliller sırasında her iki sanığın birbirleri ile akraba olmalarının tıbben mümkün olmadığına anlaşıldığı ile durumun ortaya çıktığı, sanık L.'in organ ticaretine aracılık etme eyleminin tamamlandığı, diğer sanıkların eylemlerinin ise teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmıştır.”*

⁹¹⁵ **Yargıtay 12.CD'nin 23.12.2014 tarihli ve 2014/3632 E. 2014/26400 K. sayılı kararı:** *“Organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı Türk Ceza Kanunu'nun 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...”* Benzer şekilde bir başka karar için bkz. **Yargıtay 12.C.D., 17.02.2015 Tarihli ve 2014/2281 E., 2015/2805 K. Sayılı kararı**

⁹¹⁶ Aydın, *“Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler”*, 2009, s. 168.

geçirilecek cerrahi girişimin iş kaybına neden olabileceği ihtimaline binaen ortaya çıkabilecek kazanç kayıplarının telafisi anlamına gelebilecek bazı meblağların suç kapsamında değerlendirilmemesi hakkaniyetli bir çözüm sunacaktır⁹¹⁷. Kanımızca da bu görüş isabetlidir.

Diğer yandan doktrinde organ bağışçısı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel kazanç kayıpları ile doğabilecek hastane masrafı vb. bazı maddi kayıpların devlet tarafından ödenmesi gerektiği savunulmuştur⁹¹⁸.

Yargıtay da ödüllü bağış olarak nitelenebilecek bazı maddi menfaat teminlerinin organ veya doku ticareti suçundan dolayı cezai sorumluluğa sebep olmayacağına hükmetmiştir⁹¹⁹.

b) Almak

Satın almak bir nesnenin bedelinin ödenmesi suretiyle o şeyin mülkiyetinin edinilmesi olarak tanımlanabilir. Organ veya doku ticareti suçu bakımından ise ticarete konu kılınan organ yahut dokunun bir bedel karşılığında devralınmasıdır⁹²⁰.

Satmak fiilinde açıklandığı üzere ticarete konu kılınan organ yahut dokunun bizzat teslim edilmesi yahut satış bedelinin tevdi edilmesi şart değildir. Bu bağlamda organ satıcısının organ yahut doku verme taahhüdü ile organ alıcısının organ yahut dokuyu satın almak üzere bir bedel ödemeyi üstlenmesi ile satış sözleşme kurulmuş olacak diğer yandan suç tamamlanacaktır⁹²¹.

c) Satılmasına Aracılık Etmek

⁹¹⁷ Akıncı, *İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı*, 1996, s. 179, Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.123.

⁹¹⁸ Ünver, *Organ Nakli ve Hukusal Boyutu*, 2008, s. 221.

⁹¹⁹ **Yargıtay 12.CD'nin 14.01.2014 tarihli ve 2012/32443 E. 2014/337 K. sayılı kararı:** "... Öncelikle sanık G. böbreğini vermesi karşılığında 7000 TL para aldığı yönündeki beyanını yargılama sırasında düzeltmiş ve böbreğini **karşılıksız olarak verdiğini**, ancak nakil işleminden sonra maddi durumum bozuk dediğinde sanık A. 'in bu parayı kendi gönül rızası ile verdiğini belirtmiştir ... 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 kanıtlanmadığından ve sanık G. ile tanık S. arasındaki böbrek nakli olayının sanık G'nin rızası dahilinde 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 karar verilmesi gerekmektedir."

⁹²⁰ Gökçen/Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.141.

⁹²¹ Almak fiilinin tamamlanmış sayılması için ticarete konu kılınan organ yahut dokunun devredilip teslim alınması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 185-186.

Organ veya doku ticareti suçunun fiil unsuruna ilişkin olarak tayin olunan son eylem satışa aracılık etmektir. Organ yahut doku ticaretine aracılık etmekten anlaşılması gereken alıcı ve satıcının bir araya getirilmesi, pazarlık ortamının tesisi, tarafların bedelde anlaşması anlamında arabuluculuk yapılmasıdır. Diğer yandan alıcı ve satıcının bir araya gelip anlaşmasını temin eden aracının bahse konu faaliyeti nedeniyle komisyon niteliğinde maddi çıkar temin etmesi şüphesiz ki suçun kanuni tanımındaki aracılık faaliyetinden sayılacak ise de bir maddi menfaat temin edilmemiş olsa dahi belirlenen davranışlar yahut benzerlerinin icrasıyla suç tamamlanacaktır.

Aracılık faaliyeti çerçevesinde tartışılması gereken bir husus ticari amaçla organ alan ve satan taraflardan organı cerrahi müdahale ile alan yahut alınmış organı tıbbi müdahale ile nakleden hekimin fiilinin “aracılık etmek” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Nitekim ODNK’nin 7. maddesinin 1. fıkrası “e” bendi ile öngörülen düzenleme uyarınca organ veya doku alacak hekimlerin herhangi bir çıkar yahut insancıl amaç ile izahı kabil olmayan başkaca bir düşünce ile organ veya doku verilmesi söz konusu ise bu işlemin icrasını reddetmek yükümlülüğü mevcuttur. Bu vesileyle organ alma yahut nakletme fiilinin bir bedel karşılığında icra edilmesi durumunda aracılık faaliyeti kapsamında değerlendirilebileceğine dair görüşler mevcuttur⁹²².

4.3.3.2. Tipikliğin manevi unsuru

Organ veya doku ticareti suçunun manevi unsuru kasttır. Kast, Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesindeki tanımıyla suçun kanuni unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

Bu kapsamda faillerin, satışa arz eden bakımından organ yahut dokusunu sattığını; satın alan bakımından ise organ yahut dokuyu satın aldığını bilmesi gerekmektedir. Diğer yandan ticarete aracılık eden kimse bakımından ise organ yahut dokunun metalaştırılmak suretiyle ticari faaliyete esas kılındığını, kendisinin de ticaretin tarafı haline geldiğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir⁹²³. Bu hususlardan birinin bilinmemesi halinde kastın varlığından bahsedilemeyecektir. Örneğin

⁹²² Mermut, *a.g.m.*, 2010, s. 1478.

⁹²³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 186.

tarafların gönüllü olduğu zannıyla bir araya gelmelerini temin eden failin diğer kişiler arasındaki ticari anlaşmadan haberdar olmaması halinde bilme unsuru gerçekleşmediğinden kastın varlığından söz edilemeyecektir. Ancak bu durumda aracılık faaliyeti yapan kimse bakımından olası kastla sorumluluk söz konusu olabilir. Zira somut olay bakımından bir araya getirilen tarafların maddi menfaat temini konusunda anlaşmış olabilecekleri olgusu mümkün/muhtemel iken bu durum göz ardı edilerek fiilin icra edilmesi ile suçun olası kastla işlenebileceği savunulmaktadır⁹²⁴.

4.3.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru

Doktrinde organ veya doku ticareti suçu bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin uygulanma kabiliyetinin söz konusu olamayacağı savunulmaktadır⁹²⁵. Gerçekten de herhangi bir kanun hükmü ile organ veya dokunun ticari faaliyete konu kılınabileceği yönünde hüküm tesis edilmesi olanaklı değildir. Bu gerekçeyle Türk Ceza Kanunu’nu 24. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenmiş bulunan “Kanun Hükmünün İcrası” (Görevin İfası) hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelmesi mümkün değildir.

Diğer yandan Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 1. fıkrası ile ihdas olunan meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin de organ veya doku ticareti suçu bağlamında gündeme gelmesi mümkün değildir.

Hukuka uygunluk nedenlerinden olan “Hakkın Kullanılması” müessesinin organ veya doku ticareti suçu için uygulanma kabiliyeti mevcut değildir. Nitekim organ yahut dokunun bir meta olarak tedavüle tabi tutulması hiçbir hakkın kullanımı mahiyetinde değildir.

Türk Ceza Kanunu’nun 26. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenen “İlgilinin Rızası” hukuka uygunluk nedenine ayrıca değinmek gerekmektedir. Bu kapsamda ticari faaliyete konu kılınacak organ yahut dokunun sahibinin göstereceği rıza hukuka uygunluk nedeni sayılmayacaktır. Nitekim kanun koyucu organ yahut dokunun ister hukuka uygun olarak elde edilsin ister hukuka aykırı olarak elde

⁹²⁴ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 187.

⁹²⁵ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.142.

edilsin tedavüle sokulmasını engellemeyi amaç edinmiştir. Nitekim bu irade Kanun'un gerekçesinde şu ifadelerle açıkça ortaya koyulmuştur:

“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 maddî menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır.”

Bu vesileyle bireylerin organ veya doku ticaretine gösterecekleri rıza da fiili hukuka uygun hale getiremeyecektir⁹²⁶.

4.3.4. Suçun Nitelikli Halleri

Organ veya doku ticareti suçu bakımından öngörölmüş bulunan tek nitelikli hal suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmiş olması durumudur. Gerçekten de kanun koyucu organ veya doku almak, satmak yahut organ veya dokunun satılmasına aracılık etmek yönündeki fiillerin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesini daha ağır yaptırıma bağlamıştır. Bu husus Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 4. fıkrasında:

“Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

şeklinde hükme bağlanmış haldedir.

Organ veya doku ticareti suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda bahse konu örgütün Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi kapsamında öngörülen koşulları karşılaması halinde her iki suçun gerçek içtiması gündeme gelecek ve failer her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bu durumda bileşik suç hükümlerinin uygulanmayacağı bizzat Kanun'un gerekçesinde şu şekilde hükme bağlanmıştır:

“Dördüncü fıkra göre, bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, 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.”

⁹²⁶ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 188.

4.3.5. Kusurluluk

Kusur, gerçekleştirdiği haksızlık bağlamında failin haksızlığa ilişkin iradesinin oluşum koşullarının tespiti ile bu tespit ışığında failin gerçekleştirdiği haksızlık ile ilgili olarak kınanıp kınanamayacağına ilişkin yargıdır⁹²⁷. Bu kapsamda kusurluluk, suç teşkil eden fiilin bir vasfı yahut unsuru niteliğinde olmayıp, fail hakkında edinilen bir yargıdan ibarettir⁹²⁸.

Organ veya doku ticareti suçu bakımından kusurluluğu etkileyen durumlardan “zorunluluk hali” özellik arz etmekte olup bunun haricinde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir yahut tehdit altında suç işlenmesi gibi durumlar özel bir nitelik göstermemektedir.

Organ veya doku ticareti bağlamında Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiş bulunan genel zorunluluk halinin yanında Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile organ veya dokusunu/dokularını satan kimse bakımından özel bir zorunluluk hali de ihdas olunmuştur⁹²⁹. Çalışmamızın bu kısmında genel hükümler bağlamında düzenlenmiş bulunan zorunluluk hali ile organ veya doku ticareti suçu bakımından özel hüküm olarak ihdas olunmuş bulunan özel zorunluluk hali değerlendirilecektir.

4.3.5.1. Zorunluluk hali

Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin yapılan değerlendirmelerde kimi yazarlarca zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü savunulmakta⁹³⁰ ise de Yeni Türk Ceza Kanunu’na göre zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebidir⁹³¹.

Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde “*maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir.*” hükmü ile zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir hal olduğu açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında Ceza

⁹²⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 400.

⁹²⁸ Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 2019, s. 309 vd., Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 400.

⁹²⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 438.

⁹³⁰ Özbek, V. Ö. (2008). “*Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi*”, Seçkin: Ankara, s. 322 vd., Centel/ Zafer/ Çakmut, a.g.e., 2017, s. 348.

⁹³¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 435, Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 2019, s. 344.

Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 3. fıkrasının “b” bendi ile somut olay bağlamında zorunluluk halinin söz konusu olması halinde failin kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Zorunluluk halinin varlığından bahsedebilmek bazı şartların varlığı zorunludur. Bu şartlar “tehlikeye ilişkin şartlar” ve “korunmaya ilişkin şartlar” olarak gruplanabilir. Tehlikeye ilişkin olarak; Tehlikenin ağır ve muhakkak nitelikte olması, Tehlikenin kişinin kendisine yahut bir başkasına ait bir hakka yönelik olması ve tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olması gerekmektedir. Korunmaya ilişkin koşullar ise; tehlikeden başka şekilde korunma olanağının söz konusu olmaması ve tehlike ile korunma arasında konu ve araç bakımından oran bulunması olarak özetlenebilir⁹³².

Organ veya doku ticareti bakımından zorunluluk halinin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Zira Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesinde özel bir zorunluluk hali öngörülmüştür. Doktrinde kimi yazarlar bu özel düzenleme gereğince artık Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasındaki genel zorunluluk halinin uygulanma kabiliyetinin kalmadığı görüşündedir⁹³³. Ancak bu görüş kanımızca yerinde değildir. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesindeki düzenleme yalnızca organlarını yahut dokularını satışa arz eden kimseler bakımından öngörülmüş olup organ satın alan yahut satış işlemine aracılık eden kimseler bakımından Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasındaki genel zorunluluk halinin uygulanmasına engel teşkil eden bir durum bulunmamaktadır⁹³⁴.

Bu bağlamda örneğin böbrek yetmezliği nedeniyle hayatını kaybetmenin eşğinde olan evladı için böbrek satın alan kimsenin Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasındaki genel zorunluluk halinden faydalanması gerektiği zira Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesindeki düzenlemenin buna engel olmayacağı kanaatindeyiz. Doktrinde genel zorunluluk halinin de yalnızca organ satın almak bakımından uygulanabileceği, organ satışına aracılık etmek fiili bakımından genel

⁹³² Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 347 vd.

⁹³³ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.136-140.

⁹³⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Şen, E. (2017). “İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı”, <https://www.hukukihaber.net/internet-uzerinden-organ-ve-doku-satisi-makale,5409.html> (Erişim Tarihi: 11/11/2020), Algan, *a.g.e.*, 2018, s.188 dipnot: 691.

zorunluluk halinin uygulanamayacağı görüşü savunulmuştur⁹³⁵. Ancak kanımızca genel zorunluluk haline ilişkin koşulların, özellikle de tehlikeden başka türlü korunmanın mümkün olmaması koşulunun vücut bulması halinde organ satışına aracılık etmek fiili bakımından da genel zorunluluk halinin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Netice olarak organ veya doku ticareti bakımından failin bizzat neden olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeye karşı korunmak amacıyla organ satın alması yahut organ satışına aracılık etmesi halinde genel zorunluluk haline ilişkin hükmün uygulanabilecek ve failin kusuru olmadığından bahisle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir.

4.3.5.2. Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile İhdas Olunan Özel Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile organ veya doku ticareti bakımından kişinin kendine ait organ veya dokuları tedavüle sokması halinde söz konusu olabilecek bir özel zorunluluk hali ihdas olunmuştur. Bu düzenlemeye göre:

“Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

Doktrinde bahse konu düzenleme ile kanun koyucunun organ yahut dokusunu satabilecek kadar zor duruma düşmüş bir kimse için Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrası ile öngörülmüş bulunan genel zorunluluk haline ilişkin ağır koşullardan ayrılarak özel bir zorunluluk hali öngörüldüğü değerlendirilmiştir⁹³⁶. Bahse konu hüküm ne 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nda ne de 2238 sayılı ODNK’da bulunmayan bir hüküm olduğundan yeni Türk Ceza Kanunu ile mevzuatımıza dâhil olmuştur⁹³⁷.

Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk hali ile cezayı kaldıran yahut azaltan şahsi sebep niteliğinde bir

⁹³⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s.189.

⁹³⁶ Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s. 1182, Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.138.

⁹³⁷ Hakeri, *Tip Hukuku*, 2020, s. 1182. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2018, s. 261.

düzenleme yapıldığı görüşü⁹³⁸ mevcut ise da kanımızca bu görüş isabetli değildir. Nitekim cezayı kaldıran yahut azaltan şahsi sebepler, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşen⁹³⁹ bazı koşulların varlığı halinde ortaya çıkan, faile hiç ceza verilmemesini yahut cezada indirim yapılmasını gerektiren hallerdir. Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesindeki düzenlemeye göre failin suç işlemeden yahut suç işlediği anda içerisinde bulunduğu maddi koşullar gerekçesiyle zorda kalarak suç işlemesi gerekmektedir. Bu vesileyle suç işlendikten sonra ortaya çıkan bir durumun varlığı aranmadığından bu düzenlemeye “*cezayı kaldıran yahut azaltan şahsi sebep*” hukuki niteliğinin atfedilemeyeceği kanaatindeyiz. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk hali, Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasındaki genel zorunluluk hali gibi “kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi” niteliğindedir⁹⁴⁰.

Diğer yandan Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk hali bazı eleştirilere muhatap kılınmaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak organ veya doku ticareti suçu bağlamında organlarını satan kimseler bakımından cezalandırmayı engelleyecek bir düzenleme olduğu görüşü savunulmuştur⁹⁴¹. Bu görüşe göre hiçbir birey gerçekten zor durumda kalmadan organlarını satışa arz etmiş olmayacağından her halükarda zorunluluk halinin söz konusu olabileceği ve organları satan failer bakımından Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile öngörülmüş bulunan yaptırımın hiçbir zaman uygulanamayacağı öne sürülmüştür⁹⁴².

⁹³⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1183.

⁹³⁹ Akbulut, B. (2018). “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*.” 5. Baskı, Adalet Yayınevi:Ankara, s. 235 vd., Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 376.

⁹⁴⁰ Doktrinde Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk halinin faile ceza verilmemesini netice vermesi durumunda mazeret sebebi, cezada indirim yapılmasını netice vermesi durumunda yine kusurluluğu etkileyen bir neden olarak hukukumuzda yeni katılan “*istenemezlik ilkesi*” nin özel bir hali niteliğinde olacağı dile getirilmiştir. (Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, s. 109.)

İstenemezlik İlkesi, kişiden, içinde bulunduğu koşullar gereğince yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının istenememesi veya beklenememesini ifade etmekte olup kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu düşünülmektedir. (Hafizoğulları, Z. (2008). “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi [Nichtzumutbarkeit/L’inessigibilität]. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), s. 337.

⁹⁴¹ Ünver, Y. (2005). “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri*”, *Kamu Hukuku Dergisi Arşivi*, s.191.

⁹⁴² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1183, Ünver, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri*”, 2005, s.192. Süren, *a.g.m.*, 2007, s. 191, Ç. K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 151.

Bahse konu cezasızlık hükmünün suiistimallere kapı aralayabileceği, organ mafyaları bakımından maddi sıkıntı içerisinde olan kimselerin ikna edilmesinde kullanılabileceği ve hatta organ ve doku ticaretine ilişkin mücadeleyi akamete uğratabileceği öne sürülmektedir⁹⁴³.

Kanımızca bu yöndeki eleştiriler yersizdir. Nitekim kanun koyucun öngördüğü özel zorunluluk hali ile yalnızca gerçekten zorda kalmış kişiler bakımından bireylerin kınanamaz addedileceği haller için cezasızlık durumu öngörülmüştür. Nitekim Yargıtay'ın da bu koşulların gerçekten oluşup oluşmadığının titizlikle araştırılmasına ve bu bağlamda ancak gerçekten zorunluluk halinden başka türlü kurtulma imkânının bulunmadığı hallerde Türk Ceza Kanunu'nun 92. maddesinin uygulanması gerektiğine hükmettiği kararları mevcuttur⁹⁴⁴.

Türk Ceza Kanunu'nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk hali hakkında ortaya koyulan diğer bir eleştiri mezkûr kanun maddesinin ODNK m. 3'te yer alan *“Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.”* hükmü ile çelişki içerisinde olduğu yönündedir. Ancak Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 26.05.2015 tarihli ve 2015/3906 E. ve 2015/8955 K. sayılı ilamı⁹⁴⁵ ile hukuk düzeninin kendi içerisinde çelişmediği açıkça belirtilerek şu şekilde karar verilmiştir:

“Organ ticareti suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden Türk Ceza Kanunu'nun 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 Türk Ceza Kanunu'nun 25/2. maddesindeki ağır şartlardan ayrılarak özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde başlığında

⁹⁴³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2011, s. 1183, Ç. K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 151.

⁹⁴⁴ Yargıtay 12.C.D.'nin 17.02.2015 Tarihli ve 2014/2281 E., 2015/2805 K. Sayılı kararında bu durum açıkça görülmektedir: *“Sanığın savunmalarında da belirttiği üzere, işleri dolayısıyla bankalardan almış olduğu kredi borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, başka bir kişi aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan diğer sanık ile irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçun 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 imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, cezada Türk Ceza Kanunu'nun 92. maddesinin uygulanmasına yeterli şartlar oluşmamıştır.”*

⁹⁴⁵ <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> (Erişim Tarihi: 11.11.2020)

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 Kanunu'nun 3. maddesindeki yasaklama hükmü gözetilmelidir**. Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, internet aracılığıyla tanıştığı organ alıcısı olan diğer sanıkla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçun işlendiği olayda, ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında **başka bir yolla giderebilme imkânının** 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**, atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmıştır” (mıdır.)

Hukuk düzenini birliği ilkesinden hareket eden bazı görüşler Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesindeki özel zorunluluk halinin Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi ile düzenlenen “Kişiliğin Korunması” ilkesine⁹⁴⁶ aykırılık oluşturduğunu, bu yönüyle de Anayasa’ya aykırı olduğunu savunmaktadır⁹⁴⁷. Bu görüşe göre Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesindeki düzenleme ile “organ ticaretine” izin verilmektedir⁹⁴⁸. Kanımızca bu görüş hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran yahut azaltan nedenlerin suç teorisindeki yerine ilişkin eksik bilgiye dayanmakta olduğundan yersizdir. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile bir hukuka uygunluk nedeni değil bireylerin kusurluluğunu etkileyen bir mazeret sebebi ihdas olunmuştur. Bu vesileyle organ veya doku ticaretine izin verilen bir düzenleme ihdas edildiği yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz.

Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk hali için getirilen eleştirilerden bir diğeri “sosyal ve ekonomik

⁹⁴⁶ Bahse konu hüküm şu şekildedir:

“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”

⁹⁴⁷ Taşkın, Ş. Cankat. (2005). “5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Yasası’nın Anayasaya ve Hukuka Aykırılık Yönünden İncelenmesi” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 57 (1), s. 227.

⁹⁴⁸ Taşkın, Ş. C., a.g.m., 2005, s. 227.

koşullar” ifadesinin muallâk bir niteliğe sahip olduğuna ilişkindir. Bu yöndeki görüşlere göre net olarak tespit olunabilecek somut kıstaslar öngörülmemiş olması “belirlilik ilkesi”ne aykırılık teşkil etmektedir⁹⁴⁹. Bu vesileyle uygulamada eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan neticeler doğabileceği savunulmaktadır⁹⁵⁰. Kanımızca kanun koyucunun sosyal koşullara ve ekonomik olarak zorda kalma durumlarına ilişkin kanuni düzenleme ile tespitte bulunması, değişen ekonomik koşullar gerekçesiyle yersiz olabileceğinden ötürü bu hususun tespitini uygulamacıların takdirine bırakması ve hâkimin takdir yetkisine havale etmesi yersiz değildir. Kısacası kanunda öngörülen zorunluluk haline ilişkin koşulların varlığının tespitinde kullanılacak kıstasların Yargıtay İçtihatları ile belirlenebileceği ve hatta bu şekilde tayin olunan kriterlerin somut olaylar ile değişen ekonomik koşullar bağlamında daha adil çözümler sunabileceği kanaatindeyiz.

Türk Ceza Kanunu’nun 92. maddesi ile öngörülmüş bulunan özel zorunluluk hali hakkında getirilen son eleştiri, zorunluluk halinin yalnızca “organlarını/dokularını satan” kimseler bakımından öngörülmüş olmasıdır. Bu görüşlere göre organ yetmezliği nedeniyle hayatını kaybetmenin eşiğinde olan kimselerin para karşılığında organ temin ederek hayata tutunması kimi zaman etik olarak dahi mazur görülebilir mahiyettedir. Ancak kanun koyucu tarafından yalnızca organ satıcısının ekonomik zorluk içerisinde kaldığı durum nazara alarak zorunluluk hali ihdas etmiş iken ölümün eşiğinde olup kendisi yahut evladı için organ satın almaktan başka çaresi kalmayacak kimselerin göz ardı edilmesi eleştirilmiştir⁹⁵¹. Bu vesileyle özel zorunluluk halinin yalnızca organını/organlarını satan kimse bakımından değil organ satın alan kimse bakımından da düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur⁹⁵².

4.3.6. Etkin Pişmanlık

İzlenen suç politikası gereğince kanun koyucu tarafından bazı suçlar için suç tamamlandıktan sonra ve fakat henüz soruşturma başlamadan, soruşturma evresi

⁹⁴⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1083, Yıldız, *a.g.m.*, 2008, s.289, Ünver, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri*”, 2005, s.192, Soyaslan, *Organ Nakilleri*, 2007, s. 138, Ç.K Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 151.

⁹⁵⁰ Soyaslan, *Organ Nakilleri*, 2007, s. 138, Ç.K Aydın, *a.g.m.*, 2011, s. 151.

⁹⁵¹ Yıldız, “*Organ ve Doku Ticareti*”, 2008, s. 290, Yıldız, “*Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuki Sorunlar*”, 2008, s. 290.

⁹⁵² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 271.

içerisinde, kovuşturma evresinde henüz hüküm verilmeden yahut hükmün infazı esnasında gösterilen pişmanlığa özel önem atfedilmiştir. Bu kapsamda etkin göstererek suçun neticelerini ortadan kaldıran ya da azaltılmasını sağlayan faile hiç ceza verilmemesi yahut cezanın indirilmesi yönünde hükümler ihdas etmiştir⁹⁵³. Bu hükümler niteliği itibariyle cezayı kaldıran yahut cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri mahiyetindedir.

Etkin pişmanlık durumunda, işlenmiş ve tamamlanmış bulunan suç işlenmemiş hale irca etmemekte, fiilin suç niteliği yahut haksızlık muhtevasından herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir⁹⁵⁴. Ancak kanun koyucunun tercihi nedeniyle failin cezası indirilmekte yahut hiç ceza verilmemektedir.

Cezayı kaldıran yahut azaltan şahsi sebeplerin bir diğer özelliği, iştirak halinde işlenen suçlarda şahsi sebebin yalnızca ilgili fail bakımından sonuç doğurması yani diğer fail yahut şeriklere sirayet etmemesidir⁹⁵⁵. Bu durum iştirakte bağlılık kuralının bir neticesi olup Türk Ceza Kanunu’nun 40. maddesinde şu şekilde ifade olunmuştur:

“Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”

Türk Ceza Kanunu’nun 93. maddesi ile organ veya doku ticareti suçu bağlamında “organ yahut doku satan” kimseler bakımından bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca organ yahut dokusunu satan kimse, adli merciler yahut ilgili resmi makamlarca konu haber alınmadan evvel durumu bahse konu mercilere bildirmesi durumunda cezaya hükmolunmayacaktır. Ancak yalnızca resmi mercilerin haberdar edilmesi yeterli görülmemiş olup, suçluların yakalanmasının sağlanması gerektiği de hükme bağlanmıştır. Bu vesileyle salt pişmanlık göstermek yeterli olmamakta; pişmanlığın “etkin” olarak kabulü için ticarete katılan sair kimselerinin yakalanmasının temini aranmaktadır.

Doktrinde “suçluların yakalanmasının sağlanması” ifadesinden yalnızca organ ticaretinin taraflarının anlaşılması gerektiği, Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin diğer fıkraları ile öngörülmüş bulunan fiilleri icar eden kimselerin de bu

⁹⁵³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 686-687.

⁹⁵⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 690.

⁹⁵⁵ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 377.

kapsamda değerlendirilebileceği öne sürülmüştür⁹⁵⁶. Örneğin organ veya doku ticaretinin konusunu teşkil eden organı satan kimsenin organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vererek organ satışını kolaylaştıran kimseleri ihbar etmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 93. maddesindeki etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilecektir. Ancak doktrindeki diğer bir görüşe göre etkin pişmanlık hükmünde “suçluların yakalanması” ibaresinden kastın organ veya doku ticaretinin diğer tarafları olduğu öne sürülmüştür⁹⁵⁷. Bu vesileyle etkin pişmanlık hükmü yalnızca Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrasındaki suç bakımından öngörülmüş olup fiil bakımından sınırlandırılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 93. maddesinin ilk fıkrası bakımından cezayı kaldıran, ikinci fıkrası bakımından ise cezayı azaltan nitelikte bir şahsi sebep ihdas olunmuştur⁹⁵⁸. Gerçekten de ikinci fıkra düzenlemesi uyarınca resmi makamlar tarafından suç haber alındıktan sonra etkin pişmanlık gösteren ve suçun ortaya çıkması ile faillerin yakalanması bağlamında fayda sağlayan failin cezasında indirim yapılacağı öngörülmüştür.

Etkin pişmanlık düzenlemesi organ veya doku ticareti suçu bakımından yalnızca organlarını satan kimse bakımından uygulanacaktır. Bu husus madde gerekçesinde “*madde metninde organ veya dokularını satan kişi açısından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.*” şeklinde açıkça ifade olunmuştur. Bu vesileyle etkin pişmanlık hükmü yalnızca Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 3. fıkrasındaki suç bakımından ve yalnızca organlarını satan fail bakımından öngörülmüş olduğundan hem fiil hem de fail bakımından sınırlandırılmış olduğu söylenebilir⁹⁵⁹.

Doktrinde etkin pişmanlık hükmünün yalnızca organlarını satan fail bakımından uygulanması eleştirilmektedir⁹⁶⁰. Bu kapsamda organ yahut doku satın

⁹⁵⁶ Yıldız, “**Organ ve Doku Ticareti**”, 2008, s. 305.

⁹⁵⁷ Baba, Y.(2013) “**Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık**”, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul, s. 35.

⁹⁵⁸ Mermut, **a.g.m.**, 2011, s. 1484.

⁹⁵⁹ Baba, **a.g.e.**, 2013, s. 34.

⁹⁶⁰ Ünver, “**Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri**”, 2005, s. 192, Ö. Bayraktar, **a.g.m.**, 2011, s. 1327, Yıldız, “**Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuki Sorunlar**”, s. 290, Mermut, **a.g.m.**, 2011, s. 1484.

alan ve satılmasına aracılık eden kimselerin ihbarlarına da değer atfedilmesinin suçla mücadelede olumlu neticeler sağlayabileceği öne sürülmektedir⁹⁶¹.

4.3.7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.3.7.1. Teşebbüs

Organ veya doku ticareti suçu her ne kadar sırf hareket suçu niteliğinde olsa da suçun fiil unsurunu teşkil eden “almak”, “satmak” yahut “satın alınmasına aracılık etmek” eylemleri bölünebildiğinden ötürü teşebbüse elverişlidir⁹⁶².

Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde teşebbüse ilişkin hükümler göz önüne alındığında organ veya doku ticareti suçunun icrasına elverişli hareketler ile başlanmalı ancak failin elinde olmayan sebeplerle suç tamamlanmamalıdır⁹⁶³.

İnceleme konumuz suçun fiil unsurlarından olan “satmak” eyleminden ne anlaşılması gerektiği, suça teşebbüs anlamında suç yolunda hangi aşamanın hazırlık hareketi hangi aşamanın suçun icrasına yönelik doğrudan hareketler olarak niteleneceği ile doğrudan ilişkilidir.

Fiil başlığında da açıklandığı üzere bizim de katıldığımız birinci görüşün kabulü durumunda satmak fiilinin varlığından bahsedebilmek için alıcı ve satıcının bedel üzerinde anlaşması yeterli olup, bu kapsamda bedelin temin edilmiş olması yahut organ veya dokunun teslim edilmiş olması zorunlu değildir.

Bu düşünceden hareketle organ veya doku ticareti suçu, organ yahut dokunun maddi menfaat elde edilmek amacıyla tedavüle tabi tutulmasıyla tamamlanmakta olup, bu bağlamda menfaatin temin edilip edilmediği yahut organın verilip verilmediği önem arz etmemektedir. Yargıtay da yeni tarihli kararlarında bu görüşü benimsemiştir.⁹⁶⁴

⁹⁶¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1183.

⁹⁶² Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 238, Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.140, Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.143, Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 103.

⁹⁶³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 198.

⁹⁶⁴ **Yargıtay 12.C.D., 17.02.2015 Tarihli ve 2014/2281 E., 2015/2805 K.** Sayılı kararında bu husus açıkça ortaya konulmuştur: “Organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı Türk Ceza Kanunu 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**

Tüm bu açıklamalar ışığında örneği bir kimsenin böbrek nakline ihtiyaç duyan başka bir kimseye böbreğini bir bedel karşılığında satmaya hazır olduğunu beyan etmesi durumunda suç yoluna girilmiş olsa da henüz hazırlık hareketleri aşamasında olduğundan suça teşebbüs nedeniyle cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁹⁶⁵.

Ancak bu iki kimsenin organ satışına ilişkin anlaşmanın yapılması için aralarında doku uyumsuzluğunun bulunup bulunmadığını tespit etmeye yönelik tıbbi testlerden sonra bedel üzerinde pazarlık yaptıkları esnada suçun doğrudan doğruya icrasına başlandığı kabul edilmelidir. Zira bu halde suçun doğrudan doğruya icrasının yönelik eylemler başlamıştır. Yine satışa aracılık etme unsuru bakımından tarafların bir araya gelmesini sağlayan kimsenin alıcı ile satıcının anlaşmasını temine yönelik tabiri caizse orta yolu bulmaya yönelik davranışları suçun doğrudan doğruya icrasına yönelik hareketler olarak kabul edilebilir.

Suçta teşebbüsten bahsedebilmek için faillerin ellerinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamamaları gerekmektedir. Bu bağlamda taraflardan birinin herhangi bir sebeple henüz suç tamamlanmadan icrai hareketlerden vazgeçmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca "Gönüllü Vazgeçme"ye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Örneğin böbreklerinden birini satmak isteyen kimsenin nakle ihtiyaç duyduğunu öğrendiği bir kimse ile anlaşmak amacıyla bir araya gelmek üzere sözleştiği ancak buluşma yerine giderken ihtiyaç sahibinin uygun bir donörden böbrek bulunduğunu öğrenmesi gerekçesiyle buluşmaya iştirak etmediği olayda, organ almak niyetinde olan kimse bakımından gönüllü vazgeçmenin koşullarının oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

4.3.7.2. İştirak

Organ veya doku ticareti suçunun çok failli suç olduğunu belirtmiş bulunmaktayız. Suçun bu niteliği gereğince suça zorunlu iştiraki bünyesinde barındırdığı söylenebilir⁹⁶⁶. Bu vesileyle satışa aracılık etmek yönündeki fiil esasında Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddesi kapsamında yardım etme niteliğinde ele

organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmelidir."

⁹⁶⁵ Doktrinde bu nitelikteki fiillerden satıcının fiilinin "satışa arz etmek" şeklinde yorumlanabileceği gerekçesiyle icrai hareket olarak niteleneceği yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 103.

⁹⁶⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.527-528, Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 444-445.

alınacak iken⁹⁶⁷ kanun koyucu tarafından organ ticaretine atfedilen öneme binaen suç politikası gereğince aracılık eden kimselerin de fail olarak cezalandırılması takdir olunmuştur.

Tüm bunların yanında organ veya doku ticareti suçuna gerek fail olarak gerek şerik olarak iştirakin mümkün olduğu söylenebilir. Örneğin maddi darlık yaşayan bir kimseye hiç aklında yokken bir böbreğini satmayı teklif eden kimsenin davranışı Türk Ceza Kanunu’nun 38. maddesi kapsamında azmettirme şeklinde şerik sıfatıyla iştirak bağlamında değerlendirilecektir⁹⁶⁸. Aynı şekilde organ yahut dokunun ticaretine yardım eden kişinin fiili de yardım eden sıfatıyla şeriklik kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak bu durum özellik arz etmekte olup, organ veya doku ticaretine yardım etme niteliğindeki fiillerin “satışa aracılık etme” olarak vasıflandırılabilmesi hallerde “failliğin şerikliğe göre asliliği” ilkesi gereği yardım eden olarak değil fail olarak sorumluluk doğabileceği belirtilmelidir⁹⁶⁹. Organ ticareti suçu bağlamında yardım eden olarak şerikliğin, organ ticaret yapma kararı alan kişinin bu kararının kuvvetlendirilmesi suretiyle Türk Ceza Kanunu’nun 39. maddesinin 2. fıkrasının a bendi bağlamında gündeme gelebileceği kanaatindeyiz.

Diğer yandan organ veya doku ticareti bakımından Türk Ceza Kanunu’nun 93. maddesi ile öngörülmüş bulunan “Etkin Pişmanlık” hükmü, cezayı kaldıran şahsi sebep niteliğindedir⁹⁷⁰. Etkin pişmanlığa ilişkin koşulların oluşması durumunda işlenen fiil suç olması vasfını ve haksızlık muhtevasını korumaya devam edecek ve fakat izlenen suç politikası gereğince bu hükümden faydalanan fail cezalandırılmayacaktır. Ancak bahse konu cezasızlık nedeni suça iştirak eden diğer kimselere sirayet etmeyecek ve diğer fail yahut şerikler bu cezasızlık durumundan faydalanamayacaktır.

4.3.7.3. İçtima

Organ veya doku ticareti suçuna uygulanacak yaptırım bakımından Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapılmıştır. Atıf yapılan madde ile yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu bağlamında

⁹⁶⁷ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.144.

⁹⁶⁸ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 202.

⁹⁶⁹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 202.

⁹⁷⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.689.

suçun konusuna göre uygulanacak yaptırım bakımından ikili ayırım yapılmıştır. Doktrinde kimi yazarlar tarafından bu ikili ayırım, aynı fıkra ile iki farklı suç ihdas olunduğu şekilden yorumlanmış olup ilgili başlık altında detaylı olarak ele alınmıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapılması gerekçesiyle, 3. fıkra ile de “*organ ticareti*” ve “*doku ticareti*” şeklinde iki farklı suç tipi ihdas olunduğu görüşünü savunan yazarlar mevcuttur⁹⁷¹. Ancak daha önceden de belirttiğimiz üzere TCK’nın 91. maddesinin 1. fıkrası ile iki farklı suç tipi ihdas olunduğunu kabul etmediğimiz gibi TCK’nın 91. maddesinin 3. fıkrası ile de “*organ ticareti*” ve “*doku ticareti*” şeklinde iki farklı suç tipi ihdas olunduğu görüşüne iştirak etmiyoruz.

Bu vesileyle failin aynı anda hem organ hem de dokuyu ticarete konu kılması durumunda tek suç oluşacağı görüşündeyiz. Aynı şekilde failin tek bir pazarlık esnasında birden fazla organı satışa tabi tutması halinde de tek suç oluşacak, suçun konusunun birden fazla olması birden fazla suç oluşmasına sebebiyet vermeyecektir.

Diğer yandan organ veya doku ticareti suçu, suça konu organ yahut dokuyu “almak”, “satmak” ve organ yahut dokunun “satılmasına aracılık etmek” fiillerinden birinin gerçekleşmesi ile tamamlanan seçimlik hareketli bir suçtur. Ancak failin seçimlik hareketlerin birden fazlasını icra etmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği tartışılabilir. Bu bağlamda öncelikle organ satın alan kimsenin sonrasında bu organı satması durumunda iki farklı seçimlik hareket icra edilmiş olacaktır. Doktrinde bu durumlarda birden fazla seçimlik hareket icra edilmiş olsa da tek suç oluşacağı savunulmuştur⁹⁷². Bir diğer görüşe göre ise almak ve satmak fiilleri arasına uzun bir zaman diliminin girmesi durumunda tek suçtan bahsedilemeyeceği, bu durumda koşullarının oluşması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği savunulmuştur⁹⁷³.

Organ veya doku ticareti suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu bağlamda böbreğini satan kimsenin sonrasında karaciğerinin bir kısmını satması durumunda, suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı olduğu göz önüne alındığında zincirleme suç hükümleri

⁹⁷¹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 204-205.

⁹⁷² Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.130, Yıldız, “*Organ ve Doku Ticareti*”, 2008, s. 310.

⁹⁷³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 204.

uygulanabilecektir. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesindeki “*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*” hükmü gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Organ veya doku ticareti suçunun konusunu oluşturan organ yahut dokunun hukuka aykırı olarak yahut hukuka uygun olarak elde edilmiş olması suçun oluşumu bakımından önemsizdir. Ancak suçun Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrasında öngörüldüğü şekliyle “yaşayan kimseden hukuka aykırı olarak” elde edilmesi yahut 2. fıkra ile öngörülen “ölüden hukuka aykırı olarak” elde edilmesi durumunda bahse konu suçlardan cezai sorumluluk söz konusu olacaktır. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere kanun koyucu hukuka aykırı olarak organ alma ve organ ticareti fiillerini yaptırıma bağlamış olduğundan bu tarz bir durumda gerçek içtima ilişkisi söz konusu olmalıdır.

4.3.8. Yaptırım ve Kovuşturma

Organ veya doku ticareti suçuna karşılık olarak öngörülen yaptırım Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapılmak suretiyle belirlenmiştir. Buna göre beş yıldan dokuz yıla hapis cezası öngörülmüştür. Ancak burada önem arz eden bir husus söz konusudur. Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 1. fıkrası ile suçun konusunun organ olması durumunda belirlenen ceza beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası iken suçun konusunun doku olması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun konusu noktasında yapılan bu ayrımın Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrası ile düzenlenen organ veya doku ticareti bakımından da uygulanacak olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilir.

Konuyla ilgili doktrindeki ilk görüşe göre organ veya doku ticaret suçu bağlamında suçun konusu belirlenecek ceza bakımından önem arz etmeyecektir⁹⁷⁴. Diğer bir görüş ise Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. Fıkrasındaki “... *birinci fıkra*da belirtilen cezalara hükmolunur.” hükmü gereğince organ veya doku ticareti suçu bakımından da suçun konusuna göre farklılaşan bir yaptırım tespitinin

⁹⁷⁴ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s.145.

söz konusu olması gerektiği savunulmaktadır⁹⁷⁵. Kanımızca ikinci görüşe üstünlük tanınması gerekmektedir.

Suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda öngörülen yaptırım sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve onbin güne kadar adli para cezası olarak öngörülmüş olup; suçun bir tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Organ veya doku ticareti neticesinde elde edilen gelirin TCK'nın 55. maddesi kapsamında "kazanç müsadere"ne konu olacağı şüphesizdir. Ancak organ veya doku ticaretine konu kılınan organ yahut dokunun TCK'nın 54. maddesi kapsamında "eşya müsadere"ne tabi tutulmaması gerektiği zira suça konu organ yahut dokunun aktarıldığı kişinin bir parçası haline geldiği savunulmaktadır⁹⁷⁶. Kanımızca Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin 3. fıkrası hükmü gereğince suça konu kılınan organ yahut dokunun müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı göz önüne alındığında bu düşünce isabetlidir.

Organ veya doku ticareti suçu şikâyetle bağlı suçlardan olmayıp re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Diğer yandan suça öngörülen hapis cezasının sût sınırı on beş yıl olduğundan TCK'nın 66. maddesi uyarınca dava zamanaşımı süresi on beş yıldır. Suçun basit şeklinin yargılamasında görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi iken, nitelikli şekli olan örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ise Ağır Ceza Mahkemesi görevli olacaktır.

4.4. Organı veya Dokuyu Saklama, Nakletme ve Aşılama Suçu

4.4.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Hukuka aykırı şekilde temin edilen organ yahut dokunun saklanması, nakledilmesi yahut aşılması suçu Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 5. fıkrası ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre:

“Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile

⁹⁷⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 207.

⁹⁷⁶ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.130, Yıldız, *“Organ ve Doku Ticareti”*, 2008, s. 313.

cezalandırılır.”

Kanun koyucu, organ veya dokuların ticari bir meta gibi tedavüle sokulmasını önlemek amacıyla organ veya dokunun bireylerin rızasına aykırı şekilde alınmasını ve hukuka uygun yollarla alınmış olsa dahi ticaretini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu düşünceden hareketle hukuka aykırı şekilde elde edilen organ yahut dokunun saklanıp nakledilmesi ile aşılmasını da cezai yaptırıma bağlamıştır.

4.4.2. Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, kanuni tipte tanımlanmış bulunan fiilin icra edilmesiyle yahut ihmali surette işlenen suçlar bakımından bunun gerçekleşmesiyle ihlal edilecek olan ve hukuki himaye tanınmış bulunan soyut menfaatleri ifade etmektedir⁹⁷⁷.

Bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanmasıyla bir veya birden çok hukuki değer koruma altına alınmaktadır⁹⁷⁸. Bu bağlamda suç teşkil eden her fiil, aynı zamanda bir hukuki değer ihlali niteliğindedir⁹⁷⁹.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunda korunan hukuki değer *kişinin vücut bütünlüğüdür*⁹⁸⁰.

Bir suçla korunan hukuki değer belirlenmesinde, o suçun kanunda hangi bölümde düzenlendiği önem taşımaktadır⁹⁸¹. İnceleme konusu suç da Türk Ceza Kanunu’nda **“Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar”** başlığı altında düzenlenmiştir. Kişinin doğumundan ölümüne kadar vücuduna, sağlığına yönelen saldırılar ceza kanunları ile yaptırım altına alınarak bireylerin vücut bütünlüğü korunmak istenmiştir⁹⁸².

Vücut bütünlüğünün yanında bireylerin *irade özgürlüğünün* de korunduğu savunulmaktadır⁹⁸³. Nitekim Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunda kişilerin gösterecekleri rızaları

⁹⁷⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.38; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s.32; Hamide Zafer, *Genel Hükümler*, 2019, s.145.

⁹⁷⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 177

⁹⁷⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, 2003, s. 147.

⁹⁸⁰ Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 114

⁹⁸¹ Koca/ Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 6.

⁹⁸² Gökçen/ Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 115.

⁹⁸³ Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s.128-129; Ç.K. Aydın, *a.g.m.*, 2011, s.146.

dışında hukuka aykırı olarak elde edilen organ yahut dokunun saklanması, nakli yahut aşılması ile suç oluşacağından irade özerkliğine ilişkin değer yok sayılmak suretiyle irade hürriyetinin ihlal edileceği yönündeki görüş kanımızca isabetlidir.

Organ ve Doku Ticareti başlığı altında düzenlenen Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi bütün olarak ele alındığında öncelikle kişinin *yaşam hakkının* korunmak istendiği şüphesizdir.

Tüm bu açıklamalar ışığında Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunda korunan hukuki değer, bireylerin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü ve insan onurudur. Bunun yanında suça konu organ yahut dokunun ölmüş insandan elde edilmiş olması durumunda ise, ölüye saygı ile kamu düzeni ve disiplininin sağlanmasıdır⁹⁸⁴.

4.4.3. Suçun Unsurları

4.4.3.1. Tipikliğin maddi unsurları

4.4.3.1.1. Fail

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun faili saklama, nakletme yahut aşılama fiilini icra eden kimsedir. Bu fiillerin icrası anlamında faile dair özel bir nitelik aranmadığından suçun özgü suç niteliğinde olmadığı, herkes tarafından işlenebilen suçlardan olduğu kanaatindeyiz.

Doktrinde bir görüşe göre suçun faili herkes olabilmekte ise de tipikliğin maddi unsurlarından olan fiiller niteliği gereği daha çok tıp mesleği mensupları tarafından gerçekleştirilebilecektir⁹⁸⁵.

Diğer bir görüşe göre ise fiil unsurları bakımından bir ayrıma gidilmelidir. Bu bağlamda organ aşılama fiilinin tıbbi bilgisi olmayan bir kimse tarafından icra edilmesi neredeyse olanaksızdır. Buna karşılık, organ yahut dokunun saklanması ve

⁹⁸⁴ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 94.

⁹⁸⁵ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 105.

nakledilmesi bu denli teknik ve özel bilgi gerektirmediğinden fail bakımından bir özelleştirmeden bahsetmek güçtür⁹⁸⁶.

4.4.3.1.2. Mağdur

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun mağdurunun tespiti noktasında, mağdurun ne şekilde tanımlandığı önem arz etmektedir.

Mağdurun suçla korunan hukuki değer ait olduğu kişi olarak tanımlanması durumunda, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından öncelikli korunan hukuki değer bireylerin sağlıklı bir toplumda yaşama hakkı olduğu da göz önüne alınarak suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı olduğu söylenebilir⁹⁸⁷.

Ancak önceki bölümlerde de ifade olunduğu gibi soyut bir kavram olan hukuki değer bireylere aidiyetinden ziyade bireylerle ilişkisi tabirini daha doğru bulmaktayız. Bu vesileyle suçun mağdurunun, suçun konusunun ait olduğu kişi⁹⁸⁸ olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız. Bu çıkarımdan hareketle hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun mağduru; suçun konusu olarak saklamaya, nakledilmeye, aşılarmaya konu kılınan organ yahut dokunun ait olduğu kişi şeklinde düşünülebilir. Diğer yandan suçun konusu olan organ yahut dokunun ölüden hukuka aykırı şekilde elde edilmesi halinde suçun mağduru ölenin yakınları⁹⁸⁹ olarak kabul olunabilir.

Son bir görüşe göre hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ yahut dokunun elde edilişi esnasında Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. veya 2. fıkralarında düzenlenen yaşayan kimseden yahut ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu işlenmiş olacaktır. Bu vesileyle suçun konusu olan organ yahut dokunun sahibi olan kimselerin Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. veya 2. fıkralarında düzenlenen suçların mağduru olacağı, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ

⁹⁸⁶ Yılmaz, *a.g.e.*, 2008, s. 227.

⁹⁸⁷ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 210-211.

⁹⁸⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 223.

⁹⁸⁹ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 89.

veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun mağdurunun ise toplumu oluşturan herkes olacağı yönünde de görüşler mevcuttur⁹⁹⁰.

4.4.3.1.3. Suçun konusu

Suçun konusu, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır, bünyesidir⁹⁹¹. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun konusunu organ veya doku teşkil etmektedir.

Suç konu organ yahut dokunun yaşayan kimseden ya da ölüden elde edilmiş olması önem arz etmemekte ise de hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir⁹⁹². Hukuka aykırı yollardan elde edilmeden maksat, suç konu organ yahut dokunun Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. , 2. yahut 3. fıkralarında tanımlanan fiillerin icra edilmesi neticesinde elde edilmiş olmasıdır⁹⁹³. Bu vesileyle usulüne uygun olarak rıza gösteren canlı kimseden yahut ölüden alınan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi yahut aşılması ile inceleme konumuz olan suç oluşmayacaktır.

Suçun konusunun hukuka aykırı olarak elde edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ortaya çıkabilecek bir sorun da şudur: İran'da organ nakline duyulan ihtiyacın fazlalığı nedeniyle vericiye bağış için maddi bir bedel verilmesini hukuka uygun kabul eden yasal düzenlemeler yapılmıştır⁹⁹⁴. Bu bağlamda bir nevi bedel karşılığında organ satışına izin verilmiş olup, donörler tarafından devlet denetiminde olan “Diyaliz ve Transplant Hastaları Derneği”ne başvuru yapılarak ihtiyacı olan kimselere organ bağışlanabilmekte⁹⁹⁵, bunun karşılığında devlet tarafından donöre bir bedel ödenmektedir. İran'dan bu yöntemle elde edilmiş bir organın Türkiye'de saklanması, nakledilmesi yahut aşılması durumunda inceleme konumuz olan suçun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmelidir. Nitekim organın alınması bakımından İran yasalarınca hukuka uygun bir durum söz konusu iken ülkemiz hukuku bakımından

⁹⁹⁰ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 210-211.

⁹⁹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 219.

⁹⁹² Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239.

⁹⁹³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 211.

⁹⁹⁴ Altıntaş, K. N., Özgüç, H.N., Kekeç, S. N., Akbulut, B., Erdal, A., Fırat, B. (2015). “Organ Bağışı ve Nakli” Konak Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, 4 (1), s. 8.

https://konakdergisi.hayatvakfi.org.tr/2019/06/14/organ-bagisi-ve-nakli/#G_IRAN_MODELI (E.T: 04.12.2020)

⁹⁹⁵ Koçak Süren, *a.g.m.*, 2007, s. 190-191.

hukuka aykırı olarak gerçekleşmiş bir alma fiili mevcut olacaktır. Bu bağlamda ülkemiz hukukuna aykırı şekilde alınmış organ yahut dokunun Türkiye sınırları dâhilinde saklanması, aşılması yahut nakledilmesi durumunda inceleme konumuz olan TCK'nın 91. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun oluşup oluşmadığı tartışılmalıdır.

Meselenin çözümü bağlamında öncelikle Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulama alanına dair hükümler göz önüne alınmalıdır. TCK'nın 8. maddesindeki mülkilik (ülkesellik) ilkesine⁹⁹⁶ dair düzenleme ile Türkiye'de işlenen suçlar bakımından Türk kanunlarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda suçun işlendiği yerin belirlenmesi aşamasında fiilin kısmen yahut tamamen Türkiye'de işlenmesi ya da neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılmaktadır.

Mülkilik ilkesi bağlamında yapılacak değerlendirmede her ne kadar saklama, nakletme yahut aşılama fiilleri Türkiye'de gerçekleşmiş ise de suçun konusunun hukuka aykırı olarak alınmış olması şartının karşılanmadığını düşünmekteyiz. Nitekim alma fiili İran'da gerçekleştirmiş ve gerçekleştiği yerin hukukuna uygun şekilde icra olunmuştur. Bu vesileyle kanımızca bu durumda hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun oluşmayacaktır.

Göz önüne alınması gereken bir diğer husus ise TCK'nın 13. maddesinde düzenlenen koruma ve evrensellik ilkelerine⁹⁹⁷ dairdir. Bu bağlamda bahse konu madde kapsamında bazı suçların vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunlarının uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak inceleme konumuz olan suçun, TCK m. 91 ile düzenlenmiş olduğu ve TCK'nın İkinci Kitap İkinci Kısımında yer aldığı göz önüne alındığında TCK m. 13 kapsamına alınan suçlardan değildir. Bu vesileyle hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi yahut aşılması suçunun konusunu teşkil eden organ yahut dokunun alınması yönündeki fiilin yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk hukukunun uygulanacağı söylenemez.

Son olarak TCK'nın 11. maddesi ile düzenlenen faile göre şahsılık ilkesinin ele alınması gerekmektedir. Bu ilke kapsamında bir değerlendirme yapılabilmesi için

⁹⁹⁶ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 759.

⁹⁹⁷ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 778 vd.

öncelikle yurt dışında hukuka aykırı olarak alınan organın Türkiye’de saklanması, nakledilmesi yahut aşılması suçu bağlamında, alma fiilinin de bir Türk vatandaşı tarafından, yurt dışında icra edilmesi gerekmektedir. Faile göre şahsılık ilkesinin söz konusu olabilmesi için suçun, yurt dışında bir Türk vatandaşı tarafından işlenmiş olması gerekmektedir⁹⁹⁸. Buna ilave olarak yurt dışında işlenen ve Türk kanunlarına göre suç sayılan fiilin ayrıca işlendiği devlet kanunlarına göre suç sayılması şart değildir⁹⁹⁹. Bu vesileyle alma fiilinin İran hukukuna uygun olarak icra edilmiş olması önem arz etmeyecektir. Diğer yandan işlenen suça karşılık öngörülen cezanın alt sınırının bir yıldan az olmayan hapis cezası olması gerekmektedir. Organ yahut doku satın almak fiiline karşılık olarak TCK’nın 91. maddesinin 3. fıkrası ile öngörülen hapis cezası bu koşulu da sağlamaktadır. Bu halde, İran’da İran hukukuna uygun ve fakat ülkemiz hukukuna aykırı olarak organ yahut doku alan kimsenin fiili, faile göre şahsılık ilkesi bağlamında ülkemizde cezalandırılabilir mahiyettedir. Dolayısıyla bu nitelikteki organ yahut dokunun Türkiye’ye sokularak saklama, nakletme yahut aşılama fiillerine konu kılınması halinde, suçun konusuna dair hukuka aykırı olarak alınma koşulunun gerçekleşeceği ve TCK’nın 91. maddesinin 5. fıkrası ile düzenlenen suçun oluşacağı söylenebilir.

4.4.3.1.4. Fiil

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun fiil unsurunu “saklama”, “nakletme” ve “aşılama” eylemleri oluşturmaktadır. Bu fiillerden herhangi birisinin icrasıyla suç tamamlanmış sayılacağından bahse konu suç **seçimlik hareketli** suçlardandır¹⁰⁰⁰.

Diğer yandan saklamak, nakletmek yahut aşılama eylemleri kanun koyucu tarafından belirlenmiş ise de fiillerin ne suretle gerçekleştirileceği yönünde net bir tespit yapılmış değildir. Bu gerekçeyle suçun bağlı hareketli suç-serbest hareketli suç ayrımında **serbest hareketli suç** olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak doktrinde bahse konu fiillerin belli bir cerrahi bilgi ve tecrübe gerektirdiği ve ancak tıbbi usullerle nakletme, aşılama ve saklama yapılması gerektiği

⁹⁹⁸ Koca/Üzülmez, **Genel Hükümler**, 2019, s. 773.

⁹⁹⁹ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 985.

¹⁰⁰⁰ Koca/Üzülmez, **Özel Hükümler**, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, 2017, s. 272, Halıcı, **a.g.e**, 2009, s. 88.

düşüncesinden hareketle suçun bağlı hareketli suç olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur¹⁰⁰¹. Buna ilave olarak suç tipinde belirlenmiş olan fiillerin icra olunmasıyla suç tamamlanmış olacağından bir diğer deyişle suçun işlenmesi ile gerçekleşmesi gereken bir neticenin varlığı öngörülmediğinden suçun *sırf hareket suçu* olduğu görüşündeyiz¹⁰⁰².

Son olarak suçun fiil unsurunu teşkil eden saklama, nakletme ve aşılama şeklindeki hareketler icrai surette gerçekleştirilebilecek niteliktedir. Diğer bir deyişle bahse konu fiiller, failin “yapma” şeklindeki davranışları ile gerçekleştirilebilir. Bu vesileyle Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun *icrai hareketli suçlardan* olduğunu düşünmekteyiz. Ancak doktrinde suçun ihmali hareketle işlenebileceği savunulmuştur¹⁰⁰³. Örneğin cerrahi bölüm şefi olarak görev yapan hekimin, hukuka aykırı olarak elde edilip saklandığını bildiği organa/organlara göz yumması halinde suçun ihmali hareketle işlenmiş olabileceği görüşü dile getirilmektedir. Ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ihmali davranışla işlenen suçların ayrıca tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır. Buna rağmen “ihmali surette hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu” sebebiyle cezai sorumluluğun söz konusu olacağının kabulü kanımızca gerek suçta ve cezada kanunilik ilkesine gerekse de kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir.

Bu açıklamalardan sonra suçun seçimlik hareketlerini izah etmek yerinde olacaktır.

a) Saklamak

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bağlamında saklamaktan kasıt, organ veya dokunun nakle elverişli niteliğini kaybetmeyecek koşullar altında muhafaza edilmesidir¹⁰⁰⁴.

Örneğin yaşayan bir kimseden rızasına aykırı olarak alınmış olan böbreği tesis ettiği elverişli ortamda potansiyel bir alıcıya satmak için hazır tutan hekimin fiili

¹⁰⁰¹ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 105, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 212.

¹⁰⁰² Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 272, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 88.

¹⁰⁰³ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 88.

¹⁰⁰⁴ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 105.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 5. fıkrası anlamında saklamak niteliğinde sayılacağından bu suç nedeniyle cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir.

b) Nakletmek

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bağlamında nakletmekten kastın; bir bireyden alıp bir başka bireyin vücuduna tıbbi yöntemlerle koymak olduğu yönünde görüşler mevcuttur¹⁰⁰⁵. Ancak kanımızca bu yöndeki tanımlama isabetli değildir. Nitekim bu husus suçun kanuni tarifinde “Aşılama” olarak belirlenmiş olan unsurdur.

Kanımızca nakletmek fiili ile kast olunan bir bireye aşılama üzere bir başka bireyden alınmış olan organ yahut dokunun iki yer arasında taşınmasının icrasıdır¹⁰⁰⁶. Bu yöndeki kabul organ yahut dokunun ticari meta olarak tedavüle sokulması konusunda kanun koyucunun göstermiş olduğu hassas yaklaşım ile uyum arz edecek, bu yöndeki her hukuka aykırı fiilin yaptırıma bağlanmış olmasını temin edecektir.

c) Aşılama

Doktrindeki bir görüşe göre aşılama fiilinden kasıt, organ yahut dokunun kendini yenileme kabiliyetini haiz bir kısmının bir başka organ veya dokuyla birleştirilmesidir¹⁰⁰⁷. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bağlamında aşılama kasıt; hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ yahut dokunun bir başkasının vücuduna tıbbi usuller ile aktarılmasıdır¹⁰⁰⁸.

4.4.3.2. Tipikliğin manevi unsuru

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu kasten işlenebilen suçlardan olup¹⁰⁰⁹, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bunun yanında “*hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel*

¹⁰⁰⁵ Kıyak, *a.g.m.*, 1975, s. 65; Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 88.

¹⁰⁰⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 105, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 213.

¹⁰⁰⁷ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 105.

¹⁰⁰⁸ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 88, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 214.

¹⁰⁰⁹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s.239, Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 106,

olarak vurgulandığı hal” gerekçesiyle inceleme konusu suç yalnızca *doğrudan kastla* işlenebilir¹⁰¹⁰.

İnceleme konusu hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun manevi unsuru olan kastın kapsamının tespiti yapılmalıdır. Kast, Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesinde düzenlendiği haliyle bilmek ve istemek şeklinde iki unsurdan müteşekkildir. Bu bağlamda suçun konusunu teşkil eden organ yahut dokunun kastın kapsamında olduğu şüphesizdir.

Diğer yandan kastın kapsamının tayin ve tespitinde önem arz eden bir diğer husus ise Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 5. fıkrası hükmü ile ihdas edilmiş bulunan *“hukuk aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hal”* bağlamında ortaya çıkmaktadır. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda bazı suç tanımlarında *“hukuka aykırı olarak”*, *“hukuka aykırı bir davranışla”*, *“hukuka aykırı yollarla”* gibi ifadeler yer verilerek fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir¹⁰¹¹. Bu tarz düzenlemelerin mevcut olduğu suç tipleri bakımından hukuka aykırılık ifadesinin suçun tamamını mı yoksa suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan birini mi nitelediğinin tespiti önem arz etmektedir.

İnceleme konumuz olan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından hukuka aykırılık ifadesi, tipikliğin unsurlarından olan suçun konusunun bir özelliğidir. Diğer bir deyişle hukuka aykırılık ifadesi yalnızca organ veya dokunun elde edilmesini nitelemektedir¹⁰¹². Bu gerekçeyle failin organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bilmesi kastının varlığı bakımından zorunludur¹⁰¹³.

Hukuka aykırılık halinin kastın kapsamına girmesinin önemli bir neticesi de hata hükümleri bağlamında ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda hukuka aykırılık durumunun kastın kapsamında kabul edilmesi ile bu konuda düşülecek hata Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilecektir. Bu gerekçeyle saklanan, nakledilen yahut aşılana organ yahut dokunun hukuka aykırı

¹⁰¹⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Göktürk, *“Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”*, 2016, s. 427.

¹⁰¹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 320

¹⁰¹² Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, 2005, s. 66.

¹⁰¹³ Göktürk, *Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon*, 2016, s. 427.

olarak elde edildiği noktasında hataya düşen failin kastı bulunmadığından¹⁰¹⁴ ötürü cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda naklettiği böbreğin geçerli bir rıza ile organ bağıışı kapsamında elde edildiğini zanneden hekim, gerçekte organ ticareti yöntemiyle bedel karşılığı satın alınmış bulunan nakle konu organın bu niteliğini bilmediğinden hata hükümlerinden faydalanacak, kastın söz konusu olmaması gerekçesiyle suç oluşmayacaktır¹⁰¹⁵.

4.4.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından suçun kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade “*hukuka aykırılığın suçun kanuni tarifinde özel olarak vurgulandığı hal*” teşkil etmekte ise de suçun konusu olan organ yahut dokunun temin edilme şeklini nitelediğinden ötürü tüm suçu değerlendiren bir unsur mahiyetinde kabul edilemez. Bu gerekçeyle hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu açısından Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçunda olduğu şekliyle hukuka uygunluk nedenlerine özel bir atıfta bulunulduğundan söz edilemez¹⁰¹⁶.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu için meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin vücut bulması mümkün gözükmemektedir. Buna ilaveten ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni de özellik arz etmemektedir. Nitekim ilgilinin rıza göstermesi neticesinde elde edilecek organ yahut dokunun saklanması, nakledilmesi yahut aşılması durumunda “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş” bir suç konusu söz konusu olmayacağından failin fiili tipik bir fiil olarak nitelenemeyecektir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeninin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. 2238 sayılı ODNK’nin 1. maddesi ile tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar ile organ ve doku alınabileceği, saklanabileceği, aşılatabileceği ve nakledilebileceği hükme

¹⁰¹⁴ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Üzülmez, *a.g.e.*, 2013, s. 133, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 216.

¹⁰¹⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 216.

¹⁰¹⁶ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 217.

bağlanmıştır. Bu bağlamda organ veya doku naklini icra edecek hekimler açısından bir mesleki hak ihdas olunduğu düşüncesiyle Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hukuka uygunluk sebebinin gündeme gelebileceği düşünülebilir. Ancak hekimlerin ister yaşayan kimseden olsun ister ölüden olsun organ veya doku alması ODNK ile bazı usullere tabi kılınmıştır. Bu anlamda mesleki hakkın kullanılabilmesi için uyulması zorunlu olan kurallar aynı zamanda fiili tipik olmaktan çıkarır nitelikte olacaktır. Netice olarak tipiklik koşulu gerçekleşmemiş bir fiil bakımından hukuka aykırılık/hukuka uygunluk bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmeyecektir.

Aynı şekilde 2238 sayılı Kanun ile belli koşulların varlığı dâhilinde organ veya doku alınması ve saklanması, nakledilmesi ile aşılması mümkündür. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kanun hükmünün yerine getirildiğinden bahisle hukuka uygunluk nedeni gündeme gelebilir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere ODNK ile belirlenen kuralların varlığı dâhilinde gerçekleşen saklama, aşılama ve nakil faaliyetleri esasen tipik eylem olmaktan çıkacaklarından ötürü hukuka uygunluk nedeni bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır.

4.4.4. Kusurluluk

Kusurluluk, failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olup, suçun unsuru değil, fiilin cezalandırılabilmesi için zorunlu bir koşuldur¹⁰¹⁷.

Kusurluluğu etkileyen hallerden, inceleme konumuz olan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından haksız tahrik dışında tüm haller uygulama alanı bulabilecektir¹⁰¹⁸.

Bu bağlamda örneğin organ yetmezliğinden muzdarip bir kimsenin hekimi tehdit etmesi, karşı koyamayacağı, kurtulamayacağı cebir, şiddet veya muhakkak ve ağır nitelikli bir korkutma altında hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organı saklamasını, nakletmesini yahut aşılması temin ettiği bir olayda hekimin irade yeteneğinin etkilendiği ve kusurlu addedilemeyeceği açıktır. Her ne kadar hekim

¹⁰¹⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 401.

¹⁰¹⁸ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 218.

kınanabilir olmadığı gerekçesiyle hakkından cezaya hükmolunmayacak ise de cebir, tehdit veya korkutmayı uygulayan kimsenin fail olarak cezai sorumluluğu doğacağı açıktır.

Yine bu kapsamda bir kamu hastanesinde hastane başhekiminin hukuka aykırı emrini yerine getirmek zorunda kalan ve bu suretle hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organı saklamayan, nakleden yahut aşıl原因an hekimin de hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi nedeniyle koşulların mevcudiyeti halinde kusurlu addedilemeyeceği düşünülebilir. Ancak somut olayımız bağlamında başhekim tarafından hekime verilen emrin konusu suç teşkil etmektedir. Bu vesileyle bahse konu emrin hiçbir suretle yerine getirilmemesi gerekmektedir. Emrin yerine getirilmesi durumunda hekim, sorumluluktan kurtarmayacaktır¹⁰¹⁹.

Son olarak kusurluluğu etkileyen hallerden zorunluluk hali üzerinde durulmalıdır. Zorunluluk hali Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda:

“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 faile ceza”

verilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Bu kapsamda hukuka aykırı yollarla elde edilmiş ve bu niteliği bilinen bir organ yahut dokunun ağır, muhakkak ve başka türlü korunma olanağı söz konusu olmayan bir tehlikeye karşılık olarak saklanması, nakledilmesi yahut aşılması durumunda failin kusurlu addedilemeyeceği kabul edilebilir. Benzer şekilde doktrinde verilen bir örnekte; organ naklini icra edecek olan hekim, nakle konu organın hukuka uygun olarak elde edildiğini zannıyla cerrahi girişime başlayıp

¹⁰¹⁹ Bu husus Anayasa'nın 137. Maddesi ve TCK'nın m. 24 f. 3 hükmü ile düzenlenmiştir:

Kanunsuz emir

Madde 137 – Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

TCK'nın m. 24 f. 3 hükmü ise şu şekildedir:

“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”

vericiden organı aldıktan sonra, organın bedel karşılığında satın alındığını öğrenirse, esasında nakil işlemine devam etmemesi gerekmektedir. Fakat bu halde, hekimin, hayatının devamı organ nakline bağlı olan alıcının ölümünü önlemek gayesiyle nakli gerçekleştirirse, zorunluluk halinden faydalanacağı söylenebilir¹⁰²⁰.

4.4.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.4.5.1. Teşebbüs

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu teşebbüse elverişlidir¹⁰²¹. Suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilmesi için failin elverişli hareketler ile doğrudan doğruya suçun icrasına başlaması ve fakat elinde olmayan nedenlerle suçun icrasını tamamlayamaması gerekmektedir¹⁰²². Bu bağlamda failin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak, aşılama yahut nakletmek fiillerinin icrası nevinden hareketler ile suçun icrasına başlaması gerekmektedir.

Hukuka aykırı şekilde organ temin edip uygun koşullarda saklamayı, müşteri buldukça satmayı amaç edinen failin uygun koşulların temini anlamında tıbbi cihaz ve soğutucu makineler temin etmesi hazırlık hareketi niteliğindedir. Ancak tesis ettiği laboratuvarı saklamak üzere temin ettiği organları henüz buraya ulaştıramadan yakalanan failin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçuna teşebbüs dolayısıyla sorumluluğu cihetine gidilmelidir.

Suçta teşebbüsten bahsedebilmek için failin, suçun icrai hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması gerekmektedir. Bu anlamda suçun icrasını kendi iradesiyle sona erdiren failin Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi anlamında gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanması gerekmektedir.

¹⁰²⁰ Diettrich S. (2003) Organentnahme und Rechtfertigung durch Nottand Diss Frankfurt a.M. Aktaran: Nuhoglu, A. (2008). *Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, s. 58.

¹⁰²¹ Hafızoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 106, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 93. Aksi yönde görüş için bkz. Taneri, *a.g.e.*, 2014, s. 492.

¹⁰²² Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 220.

4.4.5.2. İştirak

Türk Ceza Kanunu sistematğinde suçlar, genellikle tek kişi tarafından işlenebilen nitelikte suçlar¹⁰²³ olmasına karşın suçun işlenişine birden fazla kişinin katılım gösterdiği belli durumlar gündeme gelebilecektir. Bu durumda suça iştirak söz konusu olacaktır. Birden fazla kişinin katılımının söz konusu olduğu durumlarda her bir kimsenin suçun işlenişine bulundukları katkı göz önüne alınarak sorumluluk statüleri belirlenmektedir¹⁰²⁴.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 37 ila 41. maddelerinde düzenlenmiş bulunan iştirak türlerinin tamamının görülmesi söz konusu olabilir.

Öncelikle inceleme konusu suç bakımından müşterek failliğin söz konusu olabileceği söylenebilir. Bu bağlamda nakle ihtiyaç duyan bir kimse için hukuka aykırı yollardan elde edilmiş böbreği saklayan hemşire, bu böbreği nakil bekleyen hastaya nakil işleminin icra edileceği kliniğe taşıyan hasta yakını ve son olarak bu böbreği nakil bekleyen kimseye nakleden hekim müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Nitekim suç işleme kararı etrafında birleşen üç kişi, üç farklı seçimlik hareketi aynı suçun icrası amacıyla gerçekleştirerek suçun icrası anlamında müşterek hâkimiyet tesis etmişlerdir. Nakil işleminin icra edileceği bir operasyona katılan bir hekim ile iki hemşirenin de fiil üzerinde müşterek hâkimiyet tesis etmesi halinde müşterek fail sıfatıyla sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçuna şerik sıfatıyla iştirak etmek de mümkündür. Bu bağlamda maddi sıkıntılar yaşadığını bildiği ameliyathane personeline, otopsi yapılan kişilerden genç yaşta olanların böbreklerini uygun koşullarda saklaması fikrini aşilayarak suç işleme iradesi oluşturan kimse Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesi anlamında azmettiren sıfatını alacak ve suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Diğer yandan Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddesinin 1. ve 2. fıkraları anlamında yardım etme şeklinde şeriklik de söz konusu olabilir. Bu bağlamda örneğin yaşayan kimseden hukuka aykırı yollarla organ veya doku alan hekim, bahse

¹⁰²³ Öztürk/Erdem, *a.g.e*, 2019, s. 380; Centel/Zafer/Çakmut, *a.g.e*, 2019, s.511 vd.

¹⁰²⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 562.

konu organ yahut dokuyu nakledilmek üzere bir başka hekim arkadaşına temin etmiştir. Bahse konu olayda Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 5. fıkrası ile düzenlenmiş bulunan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun konusunu temin ettiği göz önüne alınarak yardım eden sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olmalıdır¹⁰²⁵.

4.4.5.3. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nda suçların içtima bakımından benimsenen kuralın “*Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır.*” olduğunu belirtmiş bulunmaktayız. Dolayısıyla kural, gerçek içtima¹⁰²⁶ ise de; bu kurala tanınan bazı istisnalar ile çeşitli içtima müesseseleri ihdas olunmuştur.

İçtima hükümleri bakımından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda suçun seçimlik hareketli¹⁰²⁷ suçlardan olduğunu belirtmiş bulunmaktayız. Dolayısıyla seçimlik hareketler olan saklama, aşılama ya da nakletme fiillerinde birinin işlenmesi ile suç tamamlanacaktır. Birden fazla seçimlik hareketin icra edilmiş olması durumunda da tek suç oluşacak ancak bu husus temel cezanın tayini anlamında hâkim tarafından takdir edilecektir¹⁰²⁸.

İçtima bağlamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus şudur: Suçun konusunu teşkil eden organ yahut dokunun hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda suçun konusunu teşkil eden organ yahut doku, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 1. yahut 2. fıkrası anlamında yaşayan kimseden yahut ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçlarından birinin icrası ile elde edilecektir. Elde edilen organ yahut dokunun inceleme konumuz olan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçuna konu kılınması durumunda nasıl bir çözüm üretilmesi gerektiği tartışılmalıdır.

¹⁰²⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 222.

¹⁰²⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 601.

¹⁰²⁷ Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 272, Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 88.

¹⁰²⁸ Suçun seçimlik hareketli olarak düzenlenmediği, bu vesileyle saklama, nakletme ve aşılama fiillerinin gerçekleşmesi halinde üç ayrı suç oluşacağı yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 106

Doktrinde yer bulan bir görüşe göre yaşayan kimseden yahut ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alan kimse devamında söz konusu organ yahut dokuyu saklar, nakleder veya aşılsa iki ayrı suç oluşacaktır¹⁰²⁹. Bu görüşe göre bahse konu fiiller her ne kadar Türk Ceza Kanunu’nun aynı maddesi altında farklı fıkralar olarak düzenlenmiş iseler de bağımsız suç olma vasfı taşıdıklarından her bir suç için ayrı ayrı cezalandırma yapılarak gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir¹⁰³⁰.

Ancak kanımızca bu görüş isabetli değildir. Nitekim TCK m. 91’in gerekçesinde “*madde metninde, hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiilleri, suç olarak tanımlanmıştır.*” ifadesi mevcuttur. Bu suretle esasında Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin beş farklı fıkrası (birinci, ikinci, üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralar) ile beş farklı fiil cezai yaptırıma tabi kılınmış ise de kanun koyucunun aslen “organ veya dokuyu hukuka aykırı şekilde almak” ve “organ veya dokunun ticaretini yapmak” suçlarını ihdas ettiği görüşündeyiz.

Bu görüşün neticesi olarak;

yaşayan kimseden yahut ölüden hukuka aykırı olarak alınan organın, alma fiilini icra eden kimse tarafından TCK’nın 91. maddesinin 5. fıkrası anlamında saklaması, nakletmesi yahut aşılması durumunda iki farklı suç oluşmayacağı görüşündeyiz. Kanımızca bu durumda failin yalnızca “hukuka aykırı olarak organ veya doku almak” suçu bağlamında cezai sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Gerçekten de organ yahut doku alan bir kimsenin bunları en azından kısa bir süre de olsa saklaması yahut alma fiilini icra ettiği yerden bir başka yere nakletmesi gerekecektir.

Yine aynı şekilde TCK’nın 91. maddesinin 3. fıkrası kapsamında organ yahut doku ticareti suçunu işleyen failin, suça konu organ yahut dokuyu saklaması, nakletmesi yahut aşılması durumunda da iki farklı suç oluşmayacağı kanaatindeyiz. Bu durumda failin organ veya doku ticareti suçu nedeniyle cezai sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Ancak almak fiilini icra eden kimse ile saklamak, nakletmek yahut aşılacak fiillerinden birini icra eden kimsenin başkaca kimseler olması durumunda

¹⁰²⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 272.

¹⁰³⁰ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 223.

birden fazla suç oluşacaktır. Aynı şekilde organ yahut doku ticaretini işleyen kimse ile saklamak, nakletmek yahut aşılama fiillerinden birini icra eden kimsenin farklı kimseler olması halinde birden fazla suç oluşacaktır.

4.4.6. Yaptırım, Kovuşturma ve Zamanaşımı

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bağlamında öngörülen yaptırım iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Suçun konusunun organ yahut doku olması durumunda farklı cezai müeyyideler öngörülmemiştir. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun bir tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 7. fıkrası uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Gerçekten de kusur ehliyeti bulunmayan tüzel kişiler suçun faili olamayacaktır¹⁰³¹. Bu durumda tüzel kişiler hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 60. maddesi ile öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir¹⁰³².

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu şikâyeteye bağlı suçlardan olmayıp, re’sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Suçun failinin kamu görevlisi olması ve suçun görevin icrası sırasında görevin icrasıyla alakalı olarak işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması “izin” şartının varlığına bağlı olacaktır. Soruşturma ve kovuşturma şartı olan iznin alınması, 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde belirlenen usuller kapsamında gerçekleşecektir.

¹⁰³¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 213.

¹⁰³² *Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*

Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından dava zamanaşımı Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca sekiz yıldır¹⁰³³.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bağlamında görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleridir.

4.5. Organ veya Doku Teminine Yönelik Olarak İlan veya Reklam Verme veya Yayınlama Suçu

4.5.1. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Organ veya dokunun ticari meta gibi tedavüle tabi tutulmasını önlemek isteyen kanun koyucu, ticari faaliyete hazırlık hareketi olarak nitelenebilecek ilan veya reklam verme fiillerini¹⁰³⁴ cezai yaptırıma bağlamıştır. Bu suç Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 6. fıkrası ile şu şekilde düzenlenmiştir.

“Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu, ister kendisine ait ister bir başkasına ait organ veya dokuyu satmak yahut organ veya doku satın almak amacıyla çevrimiçi erişilebilen mecralar ile sosyal medya veya internet sitelerine ilan vermek veya buna aracılık etmek fiillerini yaptırıma bağlamaktadır¹⁰³⁵.

Kanun koyucu, bu suçu ihdas ederek organ veya doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin herhangi bir şekilde maddi menfaate konu olmasının önüne geçmeyi amaçlamış, organ ticaretine dair söz konusu olabilecek tüm suistimalleri

¹⁰³³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 123.

¹⁰³⁴ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239.

¹⁰³⁵ Şen, “İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı”, 2017, s. 4.

önlemek gayesiyle henüz reklam aşamasında organ ve/veya dokunun ticari faaliyete tabi kılınarak alınıp satılmasını önlemeyi amaçlamıştır¹⁰³⁶.

4.5.2. Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, kanuni tipte tanımlanmış bulunan fiille ihlal edilen ve hukuk tarafından himaye edilen soyut menfaatleri ifade etmektedir¹⁰³⁷.

Bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanmasıyla bir veya birden çok hukuki değer koruma altına alınmaktadır¹⁰³⁸. Bu bağlamda suç teşkil eden her fiil, aynı zamanda bir hukuki değer ihlali niteliğindedir¹⁰³⁹.

Bir suçla korunan hukuki değer belirlenmesinde, o suçun kanunda hangi bölümde düzenlendiği önem taşımaktadır¹⁰⁴⁰. İnceleme konusu suç da Türk Ceza Kanunu'nda **“Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar”** başlığı altında düzenlenmiştir. Kişinin doğumundan ölümüne kadar vücuduna, sağlığına yönelen saldırılar ceza kanunları ile yaptırım altına alınarak bireylerin vücut bütünlüğü korunmak istenmiştir¹⁰⁴¹. Gerçekten de organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu ile korunan hukuki değerlerden biri **kişinin vücut bütünlüğüdür**¹⁰⁴².

“Organ ve Doku Ticareti” başlığı altında düzenlenen TCK'nın 91. maddesi bütün olarak ele alındığında öncelikle kişinin **yaşam hakkının** korunmak istendiği şüphesizdir. Ancak özele indirgeyerek 91. maddenin 6. fıkrasının da yaşam hakkını korumak istediği söylenebilir. Buna ilave olarak yine TCK'nın 91. maddesinin bütünü ile korunan “çatı hukuki değer”in bireylerin **sağlık hakkı** olduğu, bu vesileyle sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının temininin amaçlandığı da söylenebilir¹⁰⁴³.

¹⁰³⁶ Şen, “İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı”, 2017, s. 4.

¹⁰³⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.38; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s.32; Hamide Zafer, *Genel Hükümler*, 2019, s.145.

¹⁰³⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 177.

¹⁰³⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, 2003, s. 147.

¹⁰⁴⁰ Koca/ Üzülmez, *Özel Hükümle*, 2017, s. 6.

¹⁰⁴¹ Gökçen/ Balci, *a.g.m.*, 2013, s. 115.

¹⁰⁴² Gökçen/ Balci, *a.g.m.*, 2013, s. 114.

¹⁰⁴³ Algan, *a.g.e*, 2018, s. 81-82.

4.5.3. Suçun Unsurları

4.5.3.1. Tipikliğin maddi unsurları

4.5.3.1.1. Fail

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun faili belli bir bedelin sağlanması amacıyla organ veya doku teminine yönelik olarak ilan yahut reklam veren ya da yayınlayan kişidir¹⁰⁴⁴. Bahse konu fiillerin icra edilmesi anlamında failin özel bir niteliğe sahip olması aranmadığından, suç herkes tarafından işlenebilen suçlardan olup özgü suç özelliği taşımamaktadır.

Maddi menfaat temin etmek amacıyla sair iletişim vasıtaları kullanarak organ veya doku temin edebileceğini duyuran kişi ilan veya reklam verme fiilini icra ederek suçun faili olacaktır.

Diğer yandan kanun koyucu reklam veya ilanın yayınlanmasını da cezai yaptırıma bağlamıştır. Bu vesileyle örneğin bir gazete yahut dergi gibi basım organın sahibi ile yazı işleri müdürü yahut radyo, televizyon gibi görsel veya işitsel iletişim vasıtasının sahibi ile yayın sorumlusu, bir internet sitesinin sahibi ile editörünün sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bahse konu kimseler her ne kadar organ veya doku teminine yönelik ilanın sahibi olmasa da bu ilanın yayınlaması durumunda bahse konu suçun faili olabilecektir¹⁰⁴⁵.

4.5.3.1.2. Mağdur

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir¹⁰⁴⁶.

Bahse konu suç ile organ veya dokuların satışa arz edilmesinin engellenmesi ve bu vesileyle bireylerin insan onuruyla bağdaşmaz şekilde vücut parçalarının meta haline getirildiği bir düzenden korunması amaçlanmıştır. Diğer bir deyişle suçla

¹⁰⁴⁴ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Üzülmez, *a.g.e.*, 2013, s. 134, Yılmaz, *a.g.e.*, 2008, s. 227.

¹⁰⁴⁵ Ö. Bayraktar, *a.g.m.*, 2011, s.1315-1316.

¹⁰⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 107.

korunan hukuki değer toplumsal bir nitelik arz etmektedir. Netice olarak suçun bireysel değil toplumsal bazı değerleri korumaya yöneldiği göz önüne alındığında bahse konu suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu yönündeki görüşe iştirak etmekteyiz.

Doktrinde suçun mağdurunun devlet¹⁰⁴⁷ olduğu yönünde görüşler mevcut ise de devletin suç mağduru olarak kabul eden görüş, devleti hak süjesi olarak kabul eden eski bir anlayışın¹⁰⁴⁸ ürünü olduğundan ötürü kanımızca isabetli değildir.

4.5.3.1.3. Suçun konusu

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun konusu ilan, reklam yahut yayına konu kılınarak temin edilmesi vaat olunan organ veya dokudur.

Belli bir çıkar maddi değer teminini vaat olunarak ilan veya reklam verilen yahut yayınlanan suç konusu organ ya da dokunun hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak elde edilmesi önem arz etmemektedir. Bu bağlamda ister hukuka aykırı isterse hukuka uygun olarak elde edilmiş olsun maddi menfaat karşılığında organ veya doku temini vaat eder mahiyette reklam veya ilan verilmiş ve yayınlanmış olması durumunda suç oluşmaktadır. Suçun konusunu teşkil eden organ veya dokunun ölüden yahut canlı bir kimseden elde edilmiş olması da suçun oluşumu açısından önem arz etmemektedir¹⁰⁴⁹. Gerçekten de kanun koyucu insanların organ veya dokuların belli bir bedel uğruna ticari bir metaymışcasına reklam ve ilanlara konu kılınması ile ticaret aracı gibi değerlendirilmesini engellemek istemiştir¹⁰⁵⁰.

Son olarak suçun konusu bağlamında yapılan zarar suçu- tehlike suçu ayrımında inceleme konusu suçun tehlike suçu olduğu söylenebilir. Nitekim ilan veya reklam vermek yahut ilan veya reklamın yayınlanması neticesinde bir zararın meydana gelmesi şart olmadığı gibi suçun kanuni tanımında belirlenen fiilin

¹⁰⁴⁷ Yılmaz, *a.g.e*, 2008, s. 227.

¹⁰⁴⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 225.

¹⁰⁴⁹ Halıcı, *a.g.e*, 2009, s. 98.

¹⁰⁵⁰ Soyaslan, *Organ Nakilleri*, 2008, s.334, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273.

işlenmesi ile bir tehlikeye sebebiyet verilip verilmediğinin de araştırılması gerekmediğinden bahse konu suç soyut tehlike suçu niteliğindedir¹⁰⁵¹.

4.5.3.1.4. Fiil

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun fiil unsurunu reklam ya da ilan vermek ile belli bir bedel karşılığında organ veya doku temin edilebileceğinin duyurulması amacıyla yapılan faaliyetler oluşturmaktadır. Bu kapsamda suçun fiil unsurunda reklam veya ilan vermek ile reklam veya ilanı yayınlamak şeklinde iki farklı fiil mevcuttur.

Doktrinde organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilan verilmesi ile bu reklam veya ilanın yayınlanmasının belli bir maddi menfaat teminine yönelik olması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁵². Ancak kanımızca amaçlanan çıkar, reklam veya ilan verilen ve ilanı yayınlanan organ yahut dokunun temini sayesinde elde edilecek maddi menfaattir.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu “ilan/reklam vermek” ve “ilan/reklamı yayınlamak” eylemlerinin icrasıyla gerçekleşmektedir. Bu fiillerden herhangi birisinin icrasıyla suç tamamlanmış sayılacağından bahse konu suç *seçimlik hareketli* suçlardandır¹⁰⁵³. Doktrinde bahse konu fiilleri ile seçimlik hareketli suç ihdas olunmadığı, ilan şartına bağlı olarak gerçekleşen “reklam vermek” ve “ilan vermek” şeklinde iki farklı suç tipi düzenlendiği görüşü mevcuttur¹⁰⁵⁴. Ancak alternatif olarak belirlenen eylemlerden birinin icrasıyla suçun tamamlandığı hususu ile iki fiil için aynı yaptırımın öngörülmüş olduğu hususu bir arada göz önüne alındığında bu görüşe katılmamaktayız. Kanımızca bahse konu suç seçimlik hareketli suçlardandır.

Diğer yandan suçun fiil unsurunu teşkil eden “ilan/reklam vermek” ve “ilan/reklamı yayınlamak” eylemleri kanun koyucu tarafından belirlenmiş durumdadır. Bu gerekçeyle suçun bağlı hareketli suç-serbest hareketli suç ayrımında

¹⁰⁵¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273.

¹⁰⁵² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1175, Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273, Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 107, Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 134.

¹⁰⁵³ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273.

¹⁰⁵⁴ Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 106.

bağlı hareketli suç olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz¹⁰⁵⁵. Doktrinde suçun serbest hareketli suç olduğu görüşünde olan yazarlar da mevcuttur¹⁰⁵⁶. Bu görüşe göre kanun koyucu tarafından reklam ve/veya ilanın nasıl yapılması gerektiği ile yayınlamanın şekli belirlenmemiş olduğundan suç serbest hareketlidir. Ancak kanımızca kanun koyucu tarafından organ veya dokunun online mecralarda satışa arz edilmesine yönelik ilan veya reklam verilmesi ve ilan veya reklamın yayınlanması şart koşulmuş olduğundan bu yöndeki görüşe iştirak etmemekteyiz.

Buna ilave olarak suç tipinde belirlenmiş olan fiillerin icra olunmasıyla suç tamamlanmış olacağından bir diğer deyişle suçun işlenmesi ile gerçekleşmesi gereken bir neticenin varlığı öngörülmediğinden suçun *sırf hareket suçu* olduğu görüşündeyiz¹⁰⁵⁷.

Son olarak suçun fiil unsurunu teşkil eden “ilan/reklam vermek” ve “ilan/reklamı yayınlamak” eylemleri icrai surette gerçekleştirilebilecek niteliktedir. Diğer bir deyişle bahse konu fiiller, failin “yapma” şeklindeki davranışları ile gerçekleşebilecektir. Bu vesileyle organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu *icrai hareketli suçlardandır*¹⁰⁵⁸.

Bu açıklamalardan sonra suçun seçimlik hareketlerini izah etmek yerinde olacaktır.

a) Reklam veya İlan Vermek

Reklam vermekten kasıt, organ veya dokunun satışa arzının tanıtılması ile insanların organ veya doku satmaya yahut almaya ikna eden, teşvik eden, yönlendiren, temin usullerini anlatan ve/veya temin vaadi içeren duyuru olarak tanımlanabilir¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273.

¹⁰⁵⁶ Öztezel, A. (2014). “*Organ ve Doku Nakli Suçları*”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 16-17 Ekim 2014, Lefkoşa Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, ed: Hakan Hakeri, Cahid Doğan, Türkiye Barolar Birliği, s. 228.

¹⁰⁵⁷ Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273.

¹⁰⁵⁸ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 228.

¹⁰⁵⁹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 230.

İlan vermek ise bireylerin organ vermek ya da organ satın almak konusunda açık bildirim veya açık duyurma anlamına gelebilecek, organ teminin duyurulması ve tanıtımı amacıyla icra edilen çalışmalardır¹⁰⁶⁰.

Bunlara ilave olarak bir görüşe göre ilan veya reklam verme fiillerinin belli bir maddi çıkar teminine yönelik olması gerekmektedir¹⁰⁶¹. Ancak kanımızca amaçlanan çıkarın, reklam veya ilan verilen ve ilanı yayınlanan organ yahut dokunun temini sayesinde elde edilecek maddi menfaattir¹⁰⁶².

b) Reklam veya İlanı Yayınlamak

Reklam veya ilanın yayınlanmasından kasıt, organ veya doku temin vaadi yahut tanıtımı amacıyla hazırlanan reklam yahut ilanın gazete, dergi gibi basılı yayın organları ile televizyon, internet gibi görsel yahut radyo gibi işitsel kitle iletişim araçları ya da aleniyet sağlamaya elverişli herhangi bir mecra kullanılarak duyurulmasıdır¹⁰⁶³.

Bu bağlamda failin organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilanı şahsi sosyal medya hesabından yayınlamış olması suçun oluşumu bakımından yeterlidir¹⁰⁶⁴.

4.5.3.2. Tipikliğin manevi unsurları

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun manevi unsuru kasttır¹⁰⁶⁵. Bahse konu suçun olası kast ile işlenmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur¹⁰⁶⁶. Ayrıca suçun taksirli hali kanunda öngörülmesi bulunmadığından suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kanunda yer alan suç tiplerinde çoğu zaman failin hangi amaç ya da saikle hareket ettiği hususu önem arz etmese de bazı suçların kanuni tarifinde failin amaç

¹⁰⁶⁰ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 231.

¹⁰⁶¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1175, Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 239, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273, Hafizoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 107, Aydın, *Tıbbi Müdahale*, 2008, s. 134.

¹⁰⁶² Yıldız, *a.g.e.*, 2008, s. 300, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 235.

¹⁰⁶³ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 231.

¹⁰⁶⁴ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 232.

¹⁰⁶⁵ Şen, “İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı”, 2017, s. 5.

¹⁰⁶⁶ Şen, “İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı”, 2017, s. 5.

ya da saikine özel önem atfedildiği görülmektedir¹⁰⁶⁷. Bu suç tipleri bakımından belirlenmiş amaç gözetilerek hareket edilmesi suçun manevi unsuru olarak zorunlu unsurdan birini teşkil edebileceği gibi; kimi zaman da cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak karşımıza çıkabilir.

Suçun kanuni tarifinde gerek suçun temel şekli bakımından gerekse de nitelikli hal bakımından öngörülmüş bulunan “amaç” unsuru “özel kast” olarak ifade edilmiş ise de yeni Türk Ceza Kanunu ile genel kast- özel kast ayrımı terk edilmiştir¹⁰⁶⁸.

Belli bir amacın arandığı suç tipleri bakımından ayrı bir sübjektif unsurun arandığından bahsedilebilir. Bu durumun bazı neticeleri söz konusudur.

İlk olarak failin suçun kanuni tanımından belirtilen amaç, maksat yahut saikle hareket etmemiş olması durumunda suçun haksızlık niteliğinin gerçekleştiğinden bahsedilemez¹⁰⁶⁹. Aynı zamanda belli bir amaç yahut saikle işlenmesi gereken suçların olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁰. Son olarak bu tip suçlarda failin; suçun kanuni tarifinde yer verilen amaç ya da saik doğrultusunda hareket etmiş olması yeterlidir, bununla birlikte belirlenen amacın gerçekleşmiş olması suçun oluşması bakımından şart değildir¹⁰⁷¹.

Bu bağlamda organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun “belli bir çıkar karşılığında organ temini” ne yönelik olarak işlenmesi suçun manevi unsuruna ilave bir sübjektif unsurdur. Bu vesileyle suçun olası kastla işlenmesi söz konusu değildir.

Doktrinde kimi yazarlar inceleme konumuz olan suç bakımından ilanın veya reklamın verilmesi ile elde edilecek gelirin amaçlanması gerektiğini diğer bir deyişle ilan, reklam ve yayının çıkar karşılığı olması gerektiğini savunmuştur¹⁰⁷². Bu görüşe göre, yalnızca belli çıkar karşılığında verilen reklam veya ilanların cezalandırılacağı yönündeki düzenleme suçla mücadeleyi zorlaştıracaktır¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.310.

¹⁰⁶⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s.310.

¹⁰⁶⁹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, 2017, s. 251.

¹⁰⁷⁰ Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s. 278, Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a.g.e.*, 2014, s. 369.

¹⁰⁷¹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 243, Demirbaş, *Genel Hükümler*, 2017, s. 373.

¹⁰⁷² Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 243, Hakeri, *Tıp Hukuku*, 2020, s. 1175.

¹⁰⁷³ Ünver, *Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri*, 2005, s. 193.

Ancak kanımızca belli bir çıkar sağlanmasının amaçlanmasına dair sübjektif unsur, reklam veya ilan verilen ve ilanı yayınlanan organ yahut dokunun temini sayesinde elde edilecek maddi menfaattir. Gerçekten de reklam veya ilan verilmesi ve reklam veya ilanın yayınlanması fiillerinin “ *belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin edilmesi*” amacına yönelmiş olması gerekmektedir¹⁰⁷⁴.

4.5.3.3. Suçun hukuka aykırılık unsuru

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin vücut bulması mümkün gözükmemektedir. Buna ilaveten ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni de özellik arz etmemektedir. Nitekim suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı olduğu ve suçla korundan değer toplumsal nitelikli olması gerekçesiyle ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin de uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeni de bahse konu suç bakımından uygulanma kabiliyetini haiz değildir. Nitekim 2238 sayılı ODNK’nin 4. maddesi uyarınca haber amaçlı, bilimsel ya da istatistikî amaçlı olmayan organ veya doku alınmasına ve verilmesine dair reklamlar yasaktır. Bahse hüküm gereğince herhangi bir kanun hükmü ile organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilan verilmesi yahut reklam veya ilanın yayınlanması yönündeki fiillerin hukuka uygun hale gelmesi söz konusu değildir.

Ancak ODNK’nin 4. maddesi ile bilimsel amaçlı yapılan yayınlar ile istatistikî çalışmalara esas olmak üzere ortaya koyulan ilan yahut reklamlar ve bilgi dağıtım halleri ayırık tutulmuştur. Bu durumda Hakkın Kullanılması hukuka uygunluk nedeni gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda Anayasa’nın 26. maddesi ile düzenlenmiş bulunan “düşünce ifadeyi yayma hakkı” ile 28. madde ile düzenlenen “basın özgürlüğü” kapsamında değerlendirme yapılabilecektir. Örneğin organ veya doku bağışısı konusunda toplumda bilinç oluşturmak amacıyla organ bağışısını teşvik eden, nakil bekleyen kimselere hayat umudu olunmasını öğütleyen kamu spotu nitelikli

¹⁰⁷⁴ Yıldız, *a.g.e.*, 2008, s. 300, Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 235.

ilan veya reklamların suç oluşturmayaacağı görüşü dile getirilmiştir¹⁰⁷⁵. Ancak kanımızca bu durumda “belli bir maddi menfaat temini amacıyla reklam veya ilan verilmesi veya yayınlanması” koşulu gerçekleşmiş olmadığından fiilin tipik olmaktan uzak olduğu göz önüne alındığında meselenin hukuka uygunluk bağlamında değerlendirilmesine gerek bulunmayacaktır.

4.5.4. Kusurluluk

Kusurluluk, failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olup, suçun unsuru değil, fiilin cezalandırılabilmesi için zorunlu bir koşuldur¹⁰⁷⁶.

Kusurluluğu etkileyen hallerden, inceleme konumuz olan Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bakımından haksız tahrik ile hukuka aykırı ve fakat ağlayıcı emrin yerine getirilmesi halleri dışında tüm haller uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁷⁷.

Bu bağlamda örneğin organ yetmezliğinden muzdarip bir kimsenin gazete sahibini tehdit etmesi, karşı koyamayacağı, kurtulamayacağı cebir, şiddet veya muhakkak ve ağır nitelikli bir korkutma altında ilan veya reklam verilmesini yahut yayınlanmasını sağladığı olayda gazete sahibinin irade yeteneğinin etkilendiği ve kusurlu addedilemeyeceği açıktır.

Bunun yanında kusurluluğu etkileyen hallerden zorunluluk hali üzerinde durulmalıdır. Zorunluluk hali Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda koşulların varlığı halinde faile ceza verilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Bu bağlamda organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu ağır, muhakkak ve başka türlü korunma olanağı söz konusu olmayan bir tehlikeye karşılık olarak işlenmesi durumunda failin kusurlu addedilemeyeceği kabul edilebilir. Ancak bu durumda zorunluluk haline dair koşullardan olan “tehlike ile korunma arasında konu ve vasıta bakımından oran” koşulunun gerçekleştiğinden bahsetmek güçtür. Örneğin organ yetmezliği olan bir

¹⁰⁷⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 238.

¹⁰⁷⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 401.

¹⁰⁷⁷ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 218.

kimsenin hayatını kaybetmenin eşiğine gelmesi ve son çare olarak sosyal medyadan bedeli mukabilinde organ arayışında olduğuna dair ilan vererek yayınladığı olayda, bahse konu fiilin tehlike ile korunma arasında konu ve vasıta bakımından orantılı olduğunu söylemek güçtür¹⁰⁷⁸.

4.5.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.5.5.1. Teşebbüs

Suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilmesi için failin elverişli hareketler ile doğrudan doğruya suçun icrasına başlaması ve fakat elinde olmayan nedenlerle suçun icrasını tamamlayamaması gerekmektedir¹⁰⁷⁹.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu sırf hareket suçudur. Bu bağlamda bahse konu suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Suçun teşebbüse elverişli olabileceği yönündeki görüşlere göre organ yahut doku teminine dair maddi menfaat temin edilmiş ve fakat henüz ilan yayınlanmamış ise suç teşebbüs aşamasında kalacaktır¹⁰⁸⁰.

Diğer yandan organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu, “ilan veya reklam verme” ve “ilan veya reklamı yayınlama” hareketlerinden birinin icrasıyla tamamlanacaktır. Bu bağlamda suçun oluşması için ilan yahut reklamın verilmesi yeterli olup ayrıca ilan veya reklamın yayınlanması gerekmemektedir¹⁰⁸¹.

İlan veya reklam verme ile ilan veya reklamın yayınlanması fiilleri nitelikleri itibarıyla parçalara bölünmemektedir. Bu vesileyle suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönündeki görüşlere iştirak etmekteyiz¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 240.

¹⁰⁷⁹ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 241.

¹⁰⁸⁰ Halıcı, *a.g.e.*, 2009, s. 102.

¹⁰⁸¹ Şen, “**İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı**”, 2017, s. 6.

¹⁰⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Özel Hükümler*, 2017, s. 273, Hafızoğulları/Özen, *a.g.e.*, 2017, s. 108. Doktrinde suçun teşebbüse elverişli olmadığı görüşünün izahı olarak suçun verme veya yayınlama ile tamamlanacağı öngörüldüğünden, neticesi harekete bitişik bir suçun varlığı gündeme gelmekle, bu suç teşebbüse elverişli olmadığı savunulmuştur. (Şen, “**İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı**”, 2017, s. 5.) Ancak Yeni Türk Ceza Kanunu’na hâkim olan teori ile her suçun mutlaka

4.5.5.2. İştirak

Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri uyarınca genellikle suçlar tek kişi tarafından işlenebilir niteliktedir¹⁰⁸³. Fakat bazı hallerde suçun işlenişine birden çok kimsenin katılım göstermesi gündeme gelebilir. Bu hallerde suça iştirak söz konusu olacak ve her bir kimsenin suçun işlenişine bulundukları katkı göz önüne alınarak sorumluluk statüleri belirlenecektir¹⁰⁸⁴.

Suça iştirak, Türk Ceza Kanunu'nun 37 ila 41. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda; organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bakımından fail veya şerik olarak iştirak mümkündür.

Çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilan veren yahut reklam veya ilanın yayınlayan kişi suçun faili olacaktır. Bu kapsamda örneğin bin dolar bedel karşılığında böbrek temin edilebileceğine yönelik broşür dağıtarak bu yönde tanıtım yapan kimselerden her biri suçun müsterek faili olacaktır¹⁰⁸⁵.

Örneğin böbrek arandığını belirterek belli bir bedel karşılığında böbrek temini amaçlayan gazete ilanını yayınlayan gazetenin yazı işleri müdürü suçun faili olacaktır. Bu durumda Basın Kanunu'nun¹⁰⁸⁶ 11. maddesi basılı yayınlar ile işlenen suçlarda cezai sorumluluk tayin olunmuştur. Buna göre süreli yahut süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlarda eser sahibinin sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Eser sahibinden ne anlaşılması gerektiği ise yine Basın Kanunu'nun 2. maddesinin "ı" bendi ile tanımlanmıştır. Bu tanıma göre organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklamın yayınlandığı içeriği teşkil eden yazıyı yahut haberi yazan, çeviri niteliği söz konusu ise çeviren veya resim ya da karikatür şeklinde ise resmi ya da karikatürü yapan kişi eser sahibi olacak, fail olarak sorumlu tutulacaktır. Diğer yandan Basın Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası gereğince eser sahibinin belli olmaması, yayı tarihi itibarıyla cezai ehliyetinin mevcut olmaması, yurt dışında olması gerekçesiyle ülkemizde yargılanamaması veya eser sahibinin başka bir suç gerekçesiyle kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde cezai

bir neticesi vardır yönündeki anlayış terk edilerek "neticesi hareket bitişi suç" ve "neticesi hareketten ayrı suç" ayrımı terk edildiğinden bu gerekçeye katılmamaktayız.

¹⁰⁸³ Öztürk/Erdem, *a.g.e.*, 2019, s. 380; Centel/Zafer/Çakmut, *a.g.e.*, 2019, s.511 vd.

¹⁰⁸⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 2019, s. 562.

¹⁰⁸⁵ Algan, *a.g.e.*, 2018, s. 243.

¹⁰⁸⁶ 26.6.2004 Tarihli ve 25504 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 9.6.2004 Kabul Tarihli ve 5187 Sayılı Kanun

sorumluluk sahibi olacak kimseler değişecektir. Bu durumda “*sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili*” nin sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda bahse konu kişiler bakımından objektif sorumluluk teşkil ettiği savunulmuştur¹⁰⁸⁷.

Belli çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilanın radyo veya televizyonlar aracılığıyla yayınlanması da söz konusu olabilir. Bu durumda yayının yapıldığı radyo/televizyon kanalının niteliği önem arz edecektir. Bahse konu yayının Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT) aracılığıyla yapılmış olması halinde sorumluluk TRT Kanunu’nun¹⁰⁸⁸ 28. maddesi kapsamında belirlenecektir. Bahse konu hükme göre:

*“Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, 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** sorumludur.”*

Yine aynı maddenin 2. fıkrası ile kendilerine verilen metni aynen okumakla görevli personelin kontrol yükümlülüğü olmadıkça sorumluluğunun söz konusu olmayacağı hükme bağlanmıştır.

Belirtilen nitelikte bir yayının TRT değil de özel bir televizyon yahut radyo kanalında yayınlanması durumunda ise Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un¹⁰⁸⁹ 46. maddesi ile tayin olunmuştur. Bu düzenlemeye göre:

*“Yayından doğan sorumluluk **yayını yöneten** veya **programı yapanla** birlikte **sorumlu müdüre** aittir. Bu hüküm yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.”*

Yine aynı maddenin 2. fıkrası ile sorumlu müdürün denetiminden geçmeden yahut denetim neticesinde rıza göstermemesine rağmen rızasına aykırı olarak yapılan yayınlar gerekçesiyle sorumluluğun yayına karar verenlere ait olacağı hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁸⁷ Algan, *a.g.e*, 2018, s. 242.

¹⁰⁸⁸ 14.11.1983 Tarihli ve 18221 (2.Mükerrer) Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 11.11.1983 Kabul Tarihli ve 2954 Sayılı Kanun.

¹⁰⁸⁹ 3.3.2011 Tarihli ve 27863 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 15.2.2011 Kabul Tarihli ve 6112 Sayılı Kanun.

Belli çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilanın internet ortamında yayınlanması da ihtimal dâhilindedir. Bu durumda sorumluluk İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un¹⁰⁹⁰ 4. maddesi uyarınca içerik sağlayıcıya ait olacaktır. İçerik sağlayıcıdan anlaşılması gereken aynı Kanun'un 2. maddesinin “f” bendi ile tanımlanmış olup; buna göre belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklamı yayınlayarak kullanıcılara sunan, bu yöndeki bilgiyi ve belgeyi üreten, değiştiren veya sağlayan gerçek veya tüzel kişidir.

Diğer yandan belli çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilanı yayınlamak için suç işleme kararı oluşturan kimse azmettiren, ilan ya da reklam verme yahut ilan ya da reklamı yayınlama yönünde verilmiş kararı kuvvetlendiren kimse yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

4.5.5.3. İçtima

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu seçimlik hareketli suçlardandır. Bu vesileyle suçun fiil unsurunu teşkil eden “ilan veya reklam verme” ile “ilan veya reklamı yayınlama” hareketlerinden herhangi birinin icrası ile suç tamamlanacaktır. Her iki seçimlik hareketin birden gerçekleştirilmesi durumunda tek bir suç oluşacak ve tek bir cezaya hükmolunacaktır.

Bahse konu suçun zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür. Örneğin böbrek temin etmek amacıyla sosyal medya hesabından belli zaman aralıklarıyla yayın yapan kimsenin eylemi Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesi anlamında zincirleme suç kapsamında mütalaa edilecek. Faile tek bir ceza verilerek cezanın arttırılması yoluna gidilecektir.

Diğer yandan tek bir ilan ile birden fazla organ yahut doku teminine yönelik ilan vermesi durumunda her ne kadar suçun konusu değişmekte ise de hukuki anlamda fiil tekliğinden bahsedilebilir. Çünkü bahse konu fiillerin tamamı doğal anlamda tek fiil değilse de aynı amaca yönelmiş olmaları ve aynı iradenin ürünü

¹⁰⁹⁰ 23.5.2007 Tarihli ve 26530 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4.5.2007 Kabul Tarihli ve 5651 Sayılı Kanun.

olmaları, zamansal ve mekânsal birliktelik arz etmeleri gerekçesiyle hukuki anlamda tek fiildir¹⁰⁹¹.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun belli bir bedel teminine yönelik olması gerektiğini savunan görüşleri suçun manevi unsuru bağlamında belirtmiş bulunmaktayız. Bu görüşlere göre belli bir bedel karşılığı olmayan ilan veya reklamların yayınlanması durumunda inceleme konumuz olan suç oluşmayacaktır. Ancak ODNK'nin 4. maddesi gereğince haber amaçlı olmayan yahut bilimsel gerekçelere ya da istatistiksel verilere dayanmayan organ veya doku teminine dair reklamlar yasaklanmıştır. Bu bağlamda belli bir bedel karşılığında olmayan ilan veya reklamların yayınlaması da Kanun'a aykırı olacaktır. Yine ODNK'nin 15. maddesi ile *“hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan... organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler”* hakkında cezai sorumluluğun doğacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda bahse konu suç bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 6. fıkrasına atıfta bulunulması gerekçesiyle manevi unsura ilave sübjektif unsur olan “belli bir çıkar karşılığında” organ veya doku teminine yönelik olmayan eylemler bakımından cezai sorumluluğun doğmayacağı görüşündeyiz.

4.5.6. Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bağlamında öngörülen yaptırım bir yıla kadar hapis cezasıdır. Suça karşı öngörülen yaptırım bağlamında bir alt sınır öngörülmemiş olduğundan Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bir aydır.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun bir tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda TCK'nın 91. maddesinin 7. fıkrası uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Gerçekten de kusur ehliyeti bulunmayan tüzel kişiler suçun faili

¹⁰⁹¹ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, 2019, s. 510 vd., Göktürk, N. (2013). *“Fikri İhtima (Suçların İhtimai”*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 101.

olamayacaktır¹⁰⁹². Bu durumda tüzel kişiler hakkında TCK m. 60'da öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir¹⁰⁹³.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu şikâyeteye bağlı suçlardan olmayıp, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Suçun failinin kamu görevlisi olması ve suçun görevin icrası sırasında görevin icrasıyla alakalı olarak işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması “izin” şartının varlığına bağlı olacaktır. Soruşturma ve kovuşturma şartı olan iznin alınması, 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde belirlenen usuller kapsamında gerçekleşecektir.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bakımından dava zamanaşımı TCK'nın 66. maddesi uyarınca sekiz yıldır¹⁰⁹⁴.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bağlamında görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleridir.

¹⁰⁹² Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 213.

¹⁰⁹³ *Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*

Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

¹⁰⁹⁴ Algan, **a.g.e**, 2018, s. 123.



5. SONUÇ

Organ ve doku naklinde tıbbın gelişen imkânları sayesinde tüm kamuoyunun ilgiyle takip ettiği kalp nakilleri, böbrek nakilleri, karaciğer nakilleri, kol ve bacak nakilleri, yüz nakilleri, deri nakilleri, ilik nakilleri gibi birçok alanda devasa ilerlemeler kaydedilmiştir. Ancak diğer yandan tüm bu nakil süreçlerinin karmaşık hukuki yapısı nedeniyle nasıl bir hukuki değerlendirmeye tabi kılınacağı sorununun da ortaya çıkarmaktadır.

Ceza hukuku hayatın her alanını, bilhassa bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği olan tüm hukuki durumları düzenlemek gayesindedir. Bu bağlamda organ veya doku nakli süreci hem verici hem de alıcı açısından cerrahi girişim ihtiva ettiğinden önem arz etmektedir. Dahası, organ bağışçısı açısından vücut üzerinde iyileştirme ve tedavi gayesi içermeyen bir girişim söz konusu olmaktadır. Bu vesileyle tarafların nakle göstereceği rıza önem arz etmektedir. Özellikle organ vericisinin nakle göstereceği rıza ile vücudundan bir organ yahut doku alınması yönündeki irade açıklaması, hukuken tasarruf edebileceği hukuki değerle ilişkili bir konu üzerinde olmalıdır.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi, kendi geleceğini belirleme hakkının neticesidir. Bu bağlamda her birey, belli hukuki değerlerle alakalı konular üzerinde bazı tasarruflarda bulunabilecek bu vesileyle hayatını kendi iradesi çerçevesinde şekillendirebilecektir. Ancak şüphesiz ki bireylerin her türlü tasarruflarına geçerlilik tanınması mümkün değildir.

Bireylerin üzerinde mutlak surette tasarruf yetkilerinin olduğu hukuki değerlerle alakalı konular söz konusudur. Bu kapsamda mal varlığı değerleri ile konut dokunulmazlığı ve özel hayata ilişkin değerler ile alakalı konular üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisinin varlığından bahsedilebilir.

Bireylerin tasarruf yetkisinin sınırlı olduğu hukuki değerlerle alakalı konular da mevcuttur. Bunun en bariz örneği de vücut dokunulmazlığı üzerinde gösterilen tasarruflardır. Son olarak bireylerin tasarruf yetkisinin söz konusu olmadığı konular ele alınmalıdır. Bu konular, bireysel hukuki değerlerle doğrudan ilişkili konular ve bireysel hukuki değerlerle doğrudan ilişkili olmayan, toplumsal yönü ağır basan hukuki değerlerle ilişkili konular olarak tasnif edilebilir. Birincisine örnek olarak

bireylerin yaşam hakkı üzerinde gösterecekleri tasarruflara geçerlilik tanınmaması gösterilebilir. Tasnifimizde ikinci duruma, topluma karşı suçlar (TCK m. 170-246), millete ve devlete karşı işlenen suçlar (TCK m. 247-343) örnek gösterilebilecek olup; ilgili kimseleri rızası, bu suçlarla korunan hukuki değerlerin alakalı olduğu konuların, bireysel tasarruf alanı dışında olması gerekçesiyle geçersiz olacaktır.

Bu vesileyle bireylerin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında beden üzerindeki tasarrufları da sınırlı surette tasarruf yetkisinin mevcut olduğu alanlardandır. Dolayısıyla vücut üzerinde kimi tasarruflara geçerlilik tanınacak ise de bu tasarrufların amaç ve konu bakımından belli sınırları söz konusu olacaktır.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin amaç bakımından sınırlarının başında insan onuru gelmektedir. Gerçekten de insan onuru ile bağdaşmaz niteliği olan beden üzerindeki tasarruflara geçerlilik tanınması, kendi geleceğini belirleme hakkı ile izahı kabil olan bir durum değildir. Bu noktada insan onuru, hem kendi geleceğini belirleme hakkı ile beden üzerindeki tasarruf yetkisinin düşünsel temelini teşkil etmekte hem de doğal sınırını tayin ve tespit etme ölçütü olarak kullanılmaktadır.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin amaç bakımından sınırlandırılması yönündeki bir diğer ölçüt ahlaka ve adaba uygunluk ölçütüdür. Buna göre bireylerin bedeni üzerindeki tasarrufları ahlaka ve adaba uygun düştüğü ölçüde geçerli kabul edilmelidir. Diğer bir ölçüt demokratik toplum kurallarına uygunluk ölçütüdür. Gerçekten de Anayasa'nın 13. maddesi ile düzenlenmiş bulunan temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlama ölçütlerden biri olan demokratik toplum kurallarına uygunluk ölçütü uyarınca bireylerin bedeni üzerindeki tasarrufları, demokratik toplum olmanın gereklerine uygun düştüğü ölçüde geçerli kabul olunmalıdır.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin amaç bakımından sınırlandırılması yönünde ortaya koyulan bir diğer ölçüt, tasarrufun üstün amacın varlığı halinde geçerli kabul edileceği yönündeki görüştür. Gerçekten de bir başka insanın yaşamının devamı amacıyla bir kimsenin vücudu üzerinde hayatiyet arz etmeyen belli girişimlerin yapılabilmesi gerekmektedir. Bu halde diğer bir kimsenin hayatının devamını temin gibi bir üstün amacın varlığı sayesinde vücut dokunulmazlığı üzerindeki tasarruf geçerli kabul olunmaktadır. Bu yöndeki son ölçüt bireyin ödevlerine uygun düşme ölçütüdür. Buna göre bireyin bedeni üzerindeki tasarruflar

ancak topluma ve ailesine karşı ödevlerini yerine getirmesine engel teşkil etmeyecek sonuçlar doğurduğu ölçüde geçerli kabul edilmelidir.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin konu bakımından da sınırları mevcuttur. Bu bağlamda ilk ölçüt kanunda yazılı haller ve kasten yaralama suçunun takibi şikâyeteye bağlı halleri dışında beden bütünlüğünün ihlal edilemeyeceği yönündeki ölçüttür. Buna göre belirtilenler dışında vücut üzerindeki tasarruflar geçersiz kabul edilmelidir.

Konu bakımından getirilen bir diğer ölçüt, tasarruf yetkisini özellik arz eden durumlar haricinde yalnızca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki müdahaleler bakımından uygun kabul eden görüştür. Bu görüşe göre basit tıbbi müdahale ile giderilme sınırını aşan ve özellik arz etmeyen durumlar bakımından tasarruf yetkisine geçerlilik tanınmayacaktır.

Sağ insanın bedeni üzerinde tasarruf yetkisi olduğu gibi ölen kimselerin de cesedi üzerinde tasarruf yetkisi mevcuttur. Ancak ölen kimsenin bedeni üzerindeki tasarrufların hukuken geçerli olup olmayacağı, kişilik haklarının ölümden sonra nasıl korunacağı sorusuyla doğrudan alakalıdır. Bu bağlamda doktrinde iki teori söz konusudur.

İlk teori olan hatırayı koruma doktrine göre, kişilik ölümle son bulmaktadır. Ölen bireyin kişiliğinin korunması, her ne kadar ölenin kişiliği artık hukuken söz konusu olmasa da bu kimsenin kişilik haklarına yönelik fiillerin, ölenin yakınlarının kişilik alanını zedelediği düşüncesinden ortaya çıkmaktadır. Bu teoriye göre her ne kadar ölümle kişilik sona ermekte ve ölümden sonra kişiliği korunması ancak ölenin yakınlarınca gerçekleştirilecek hukuki işlemlerle söz konusu olabilecek ise de ölenin, hayatta iken, ölümünden sonra gerçekleşmek üzere bedeni üzerinde ortaya koyacağı tasarruflara geçerlilik tanınacaktır.

İkinci teori, ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisidir. Bu teoriye göre her ne kadar ölümle birlikte kişilik son bulsa da insan kişiliğine ait değerler ölümden sonra bile korunmalıdır. Bu düşünceden hareketle ölenin kişilik hakkının ölümünden sonra devam edeceği benimsenerek; sınırlı olarak hak ehliyetinin süreceği kabul olunmuştur. Ölümden sonra kişiliğe ait değerlerin korunması gerektiği yönündeki düşünce, insan onurunun da ölüm sonrası varlığını sürdüreceği yönündeki kabulü beraberinde getirmektedir. İnsan onurunun doğal neticesi olan kendi geleceğini

belirleme hakkı ve bunun neticesi olarak kabul olunan ceset üzerindeki tasarruflara geçerlilik tanınması gerekmektedir.

Ceset üzerindeki tasarruflar her iki teori bağlamında da geçerli kabul olunmaktadır. Hukukumuzda da her ne kadar ceset üzerinde mülkiyet hakkı tesis olunabilecek bir eşya olarak kabul edilmese de hukuken korunmuştur. Bu bağlamda TCK m. 130 ile düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçu bağlamında ölenin cesedini tahkir amacıyla ceset veya kemiklerin alınması yahut bu yöndeki fiiller cezai yaptırıma tabi kılınmıştır. Diğer yandan bireylerin cesedi üzerindeki kimi tasarruflara değer atfeden kanuni düzenlemeler mevcuttur. Bu kapsamda 2238 sayılı kanun ile ölüden organ veya doku nakilleri bağlamında bireylerin sağlıklarında açıkladıkları irade beyanına değer atfedilmiştir. Diğer yandan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 224 ve 225 uyarınca bireylerin ölümünden sonra vücudunun yakılması yönündeki iradesine geçerlilik tanınmıştır.

Bireylerin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ve bu bağlamda organ veya doku nakli açısından açıklanan rıza beyanlarına geçerlilik tanınmasına dair Uluslararası hukuk metinlerinde yer alan hükümler söz konusudur. Bunlardan en önemlisi Biyotıp Sözleşmesi olarak gösterilebilir. Sözleşmenin giriş bölümünde, her insana sırf birey olmasından ve salt insan oluşundan dolayı saygı gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin 5. maddesiyle, kişilerin bedeni üzerinde icra edilecek tıbbi müdahaleler bakımından en önemli hususun bireylerin iradeleri ve bu kapsamda açıklayacakları rıza olduğu vurgulanmıştır. Bireylerin özerklik kapsamında alacakları kararlar ve bu kararlara hukuki değer atfedilmesi, bahse konu madde ile temellendirilmiştir.

Organ veya doku nakli, nakli konu kılınan organ yahut dokunun kaynağına göre tasnife tabi tutulabilir. Ölüden yapılan organ nakillerinde, ölüm zamanının tespiti önem arz etmektedir. Ölüm halinin belirlenmesi ve ölüm anının tespiti bağlamına klasik ölüm anlayışı ve beyin ölümü anlayışı olmak üzere iki farklı yaklaşım söz konusudur. Bugün için dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ülkemiz hukukunda da beyin ölümü anlayışı kabul edilmektedir.

Ölüden yapılacak organ nakli bağlamında bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında kişinin sağlığında açıkladığı rızasına geçerlilik tanınmaktadır. Bu kapsamda kişinin sağlığında vücudundan organ veya doku alınmasına gösterdiği rıza,

resmi veya yazılı bir vasiyetle ortaya koyulmalı yahut bu konudaki isteğin iki tanık huzurunda açıklanmış olmalıdır. Kişinin sağlığında herhangi bir irade beyanında bulunmaması durumunda ise ODNK m. 14 f. 1 ile sayılan yakınlarının muvafakatiyle organ veya doku alınabilmektedir. Diğer yandan ölen kimse vücudundan organ yahut doku alınmasına karşı olduğunu belirtmiş ise ODNK m. 14 f. 3 uyarınca organ veya doku alınamayacaktır. Bu durum ölüden yapılacak organ veya doku nakilleri bağlamında irade modelinin benimsendiğini göstermektedir. Bunun yanında ODNK m. 14 f. 2 ile itiraz modeline benzer bir düzenleme ihdas olunarak aksine bir irade açıklaması olmadıkça ceset üzerinde değişiklik meydana getirmeyen kornea gibi dokuların alınabileceği hükme bağlanmıştır. Son olarak ODNK m. 14 f. 4 ile zorunluluk hali modeline dair hüküm ihdas olunmuştur. Buna göre kaza veya doğal afet sonucu olarak vücutta meydana gelen ağır harabiyet hali sonucunda hayatını kaybetmiş bir kimsenin varlığı gerekmektedir. Hayatı son bulmuş olan bu kimseden, hayatta kalması organ veya doku nakline bağlı olan kimseler için “*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” söz konusu ise organ yahut doku alınabilecektir. Koşulların mevcudiyeti halinde rıza açıklaması yahut bu yönde bir vasiyet gerekmez organ veya doku nakli yapılabilir.

Canlılardan yapılan organ nakilleri bakımından en önemli konu vericinin rızasının özgür iradesine dayanması, herhangi bir maddi menfaat teminine bağlı olmaması ve nakil işlemi ile verici bakımından hayati bir tehlikenin doğmayacağını tespit edilmesidir.

Kompozit doku nakilleri diğer nakil türlerinden endikasyon yani tıbbi gereklilik ve zorunluluk koşulu bakımından ayrılmaktadır. Nitekim bu nakil türünde alıcı bakımından hayat kurtarma koşulu çoğulu zaman söz konusu değildir. Yüz nakli gibi estetik kaygılar yahut kol ve bacak nakli gibi hayat kalitesinin artırılması amaçlarına yönelik kompozit doku nakillerinde endikasyon koşulu özel olarak düzenlenmiştir.

Organ veya doku nakline ilişkin belirlenen koşullar söz konusu olmaksızın nakil yapılması örneğin vericinin hukuken geçerli rızasının olmaması yahut bir bedel karşılığında organ veya doku temin edilmesi hallerinde organ veya doku nakline dair cezai yaptırıma bağlanan suçlar gündeme gelmektedir.

TCK'nın 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yaşayan kimseden hukuken geçerli rıza söz konusu olmaksızın organ veya doku alınması durumunda suç oluşacaktır. Hukuken geçerli rızanın tayin ve tespitinde 2238 sayılı Kanun hükümleri esas alınacaktır. Yaşayan kimseden organ alınması ile doku alınması durumunda suçun konusunun hayatiyet üzerindeki etkisini gözetken kanun koyucu farklı yaptırımlar öngörmüştür. Yine TCK'nın 91. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bahse konu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal söz konusu olacaktır. Yaşayan kimseden hukuken geçerli rıza söz konusu olmaksızın organ veya doku alınması ile ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde netice sebebiyle ağırlaşmış suç gündeme gelecek ve fail kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

TCK'nın 91. maddesinin 2. fıkrası ile ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması fiili cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu fıkra ile 1. fıkradan farklı olarak suçun konusunun organ veya doku olması bağlamında öngörülen ceza bakımından ayrıma gidilmemiştir. Suçun kanuni tarifinde “hukuka aykırı olarak” ifadesi ayrıca vurgulandığı için bahse konu suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilen suçlardan olup, suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

TCK'nın 91. maddesinin 3. fıkrası ile organ veya doku ticareti suçu düzenlenmiştir. Bu kapsamda suçun seçimlik hareketleri organ veya doku satın almak, satmak ve organ veya dokunun satılmasına aracılık etmek olarak belirlenmiştir. Satın alınan, satılan yahut satılmasına aracılık edilen organ veya dokunun hukuka uygun yahut hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması önem arz etmemektedir. Nitekim kanun koyucu insan vücuduna dair biyolojik maddelerin bir ticari meta gibi tedavüle tabi kılınmasını engellemek istemiştir. Öyle ki organ veya dokunun satılmasına aracılık etmek şeklindeki seçimlik hareket esasında TCK m. 39 anlamında yardım etme şeklinde suça iştirak bağlamında ele alınabilecek nitelikte iken kanun koyucunun izlediği suç politikası gereğince bu fiil de suçun seçimlik hareketlerinden kabul olunarak aracılık faaliyeti yürüten kimselerin fail olarak cezalandırılması irade olunmuştur. Organ veya doku ticareti suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal söz konusu olacaktır.

Organ veya doku ticareti suçu bakımından önem arz eden bir diğ er husus TCK'nın 92. maddesi ile düzenlenen özel zorunluluk halidir. Bu hükme göre organ veya dokularını satan kimse bakımından içinde bulunan hal ve koşullara göre cezada indirim yapılabilerek yahut ceza verilmeyecektir. Bu  zel düzenleme ile kusurluluğ  etkileyen bir mazeret sebebi ihdas olunmuştur. Ancak bahse konu mazeret sebebinin yalnızca organını satan kimse bakımından değ il organ alıcısı kimseler bakımından da uygulanabileceğ  bir kanuni düzenlemenin daha isabetli olacağı yönünde görüşler mevcuttur.

Organ veya doku ticareti bağlamında TCK'nın 93. maddesi ile etkin pişmanlık hükmü ihdas olunmuştur. Buna göre organ veya dokularını satan kişi, bu durumun resmi makamlarca haber alınmasında önce yahut haber alınmasından sonra suçla mücadelede işlevsel olacak bilgileri sunarak durumu ihbar etmesi hallerinde cezayı kaldıran yahut azaltan şahsi sebep niteliğindeki etkin pişmanlık hükmünden faydalanacaktır.

TCK'nın 91. maddesinin 5. fıkrası ile hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ yahut dokuyu saklamak, nakletmek yahut a ılamak fiillerine karşı cezai yaptırım öngörülmüştür. Organ yahut dokunun ticari faaliyete konu kılınmasını engellemek niyetindeki kanun koyucu bahse konu fıkra ile bu yöndeki tüm fiilleri cezalandırmayı irade etmiştir. Yine bu niyetle TCK'nın 91. maddesinin 6. fıkrası ile organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilan vermek ile reklam veya ilanın yayınlanmasına karşı cezai yaptırım öngörülmüştür.



KAYNAKLAR

- Abik, Y. (2014). “*Canlıdan (Sağlararası) Organ Ve Doku Nakli*”, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara.
- Akbulut, B. (2018). “*Ceza Hukuku Genel Hükümler.*” 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Akıncı, Ş. (1996). *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akıncı, Ş. (1998). “*İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, s. 733-766.
- Akipek, Jale G. (1973). *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar: mülkiyet.)*. (ikinci baskı) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 329 (1).
- Aksaray, B. (2012). *Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 153- 166.
- Akünel, T. (1983). “*2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun*” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, İstanbul.
- Akyürek, G. (2014) “*İnsan Üzerinde Deney Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları*”, Terazi Hukuk Dergisi, 9 (1), s. 100
- Algan, H. (2018). *Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Ticareti Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Altıntaş, K. N., Özgüç, H.N., Kekeç, S. N., Akbulut, B., Erdal, A., Fırat, B. (2015). “Organ Bağışı Ve Nakli” Konak Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, 4 (1).
- Arslan, Ç. ve Azizağaoğlu, B. (2004). *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., & Yenidünya, C. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (On dördüncü Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aşıkoğlu, E. D. (2018). *Kişî Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbî Müdahaleler*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9 (35), s. 319-343.

- Atamer, Y. (1999). **Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 19 (1), s. 115-159.
- Ayan, M. (1991). **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara.
- Aydın, Ç. K. (2011). **Organ Veya Doku Ticareti Suçu**, Ankara Barosu Dergisi, (1).
- Aydın, D. (2006). **“Suça Teşebbüs.”** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55 (1).
- Aydın, M. (2008). “Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu” , *Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Tebliğler, Ankara.
- Aydın, M. (2008). **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli Ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, M. (2009). **“Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”**. Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi ISSN Yıl: 1 Sayı:1.
- Aygörmez Uğurlubay, G.A. ve Üstün, Ç. (2014). **“Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi”**. *Fasikül Hukuk Dergisi*, 6(53), s. 30.
- Aygörmez, G.A. (2009). **“Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”**. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2).
- Ayiter, N. (1968). **Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (1-2), s. 138.
- Baba, Y.(2013) **“Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul.
- Başpınar, V. (2007). **“Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”**, Organ Ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul.
- Batur Özçetin, A. (2014). **“Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması Ve Yasal Durumlar”**, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara.
- Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ MITSCH, Wolfgang. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Bazı, Bielefeld.
- Bayraktar, K. (1972). **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul: Sermet Matbaası.

- Bayraktar, K. ve diğerkleri (2017). *Özel Ceza Hukuku Cilt II*, İstanbul: On İki Levha yayıncılık.
- Bayraktar, Ö. (2011). **“Organ ve Doku Nakli”**, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1).
- Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, Anayasa Mahkemesi Yayınları (2019) https://www.anayasa.gov.tr/media/5769/2018_cilt_01.pdf (Erişim Tarihi: 21.11.2020.)
- Burra, P., De Bona, M., Canova, D. Et al. (2005). “*Changing attitude to organ donation and transplantation in university students during the years of medical school in Italy, Transplantstion Proceedings*”, 37 (2).
- Caplan A, Domínguez-Gil B, Matesanz R, Prior C. (2009). “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs.” *Joint Council of Europe and United Nations Study. Strasbourg*.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar** (4.Bası), İstanbul: Beta Yayınları.
- Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. (Onuncu Bası), İstanbul: Beta
- Cin, O. (2005). **Biyo-Tıp Sözleşmesi ve İnsan Üzerinde Deney**. In The Biomedicine Convention and Research on Human Beings), *Archive of Public Law*, İstanbul, s. 199 vd.
- Council of Europe. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. European Treaty Series - No. 186. Strasbourg. 2002.
- Council of Europe. Explanatory report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs. Council of Europe Treaty Series - No. 216. Santiago de Compostela. 2015.
- Council of Europe: Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. European Treaty Series No. 186, January 24, 2002.
- Çelik, E. (2019). **“İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü.”** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2): s. 282 – 310.
- Çilingiroğlu, C. (1993). **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- De Jong, J. (2017). “Human trafficking for the purpose of organ removal.” Dissertation, Utrecht University.
- Demir, R. (2019). **Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

- Demirbaş, T. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Demirhan, E. A. (1996). *Organ aktarmaları. Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi* (İkinci Baskı). Bursa, Güneş ve Nobel Yayınları.
- Diettrich S. (2003) Organentnahme und Rechtfertigung durch Nosttand Diss Frankfurt a.M.
- Doğan, C. (2014). “**Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ Ya Da Doku Nakli)**”, Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara.
- Doğan İ . (2005). “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş.” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 13(2): 51-59.
- Doğan, K. (2015). *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Dönmezer, S. (1975). “**Organ Nakli**”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 41 (1-2), s. 373-380.
- Dönmezer, S., Erman, S. (2019). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt 2)*, (On dördüncü Bası), İstanbul: Der Yayınları.
- Dreher, E. (1987). *Die Willensfreiheit*. s. 380
- Dural, M., Öğüz, T. (2017). *Tük Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, (on sekizinci baskı) Filiz Kitapevi: İstanbul.
- Dülger, M. V. "Tıptaki İlerlemelerin Getirisi Olan Uygulamaların Hukuk Açısından Görünümü-Özel Tedavi Yöntemlerinin Sınır Dışı Uygulamalarının İç Hukuk Açısından Değerlendirilmesi." https://www.academia.edu/5452707/Tıptaki_İlerlemelerin_Getirisi_Olan_Uygulamaların_Hukuk_Açısından_Görünümü_Özel_Tedavi_Yöntemlerinin_Sınır_Dışı_Uygulamalarının_İç_Hukuk_Açısından_Değerlendirilmesi
- Dülger, M. V. “**Organ ve Doku Nakli, Taşıyıcı Annelik ve Sperm Bağışına İlişkin Düzenlemeler Getiren Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirme**” <https://www.hukukihaber.net/organ-ve-doku-nakli-tasiyici-annelik-ve-sperm-bagisina-iliskin-duzenlemeler-getiren-kanun-teklifi-hakkinda-degerlendirme-makale,6223.html>.
- Ekici Şahin, M. (2012). *Ceza Hukukunda Rıza*, Ankara: On İki Levha Yayıncılık
- Erdoğan, O. (2019). *Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara
- Erman, B. (2003). “**Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**”. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Erman, B. (2005). *“Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- Erman, R. B. (2016). *İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçları*. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 23 (2), 20. Yılı armağanı, s. 2 vd.
- Eroğlu, F. (2009). “Avrupa Bakış Açısı: Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık.
- Ertem, B. (2015). *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Ertin, H. (2014). “Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları”, *Turkish Journal Of Business Ethics- İş Ahlakı Dergisi*, 7 (2).
- Ertin, H., Mahmutoglu, F. S. ve Başağaoğlu, İ. (2007). *“Organ Bağışında Modeller; Etik Ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması”*, 1.Uluslararası Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Kongresi Organ Ve Doku Naklinde Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Sorunları, Antalya.
- Eser, A., V.Lutterotti, M., Sporken, P. (1989). *Lexikon Medizin Ethik Recht Freiburg i.Br., Basel, Wien*.
- Gezder, Ü. (2007). *“Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini Ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 65 (1).
- Gökçen, A. (2000). “Organ Ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2 (Milenyum Armağanı)), s. 63-85.
- Gökçen, A., Balcı, M. (2013). *“Organ Ve Doku Ticareti Suçları”*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19 (2).
- Göktürk, N. (2013). *“Fikri İctima (Suçların İctimai”*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Göktürk, N. (2016). *“Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1).
- Göktürk, N. (2016). *“Yalan Tanıklık Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 272)”*. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20 (1), s. 347-410.
- Gören, Z. (2007). *“Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru.”* İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi; 6 (12): s.21-37.

- Gutman, Th, Daar, AS, Land, W. (2004) “Legal and Social Issues in Organ Transplantation” Lengerich and Berlin: Pabst Science Publishers.
- Gürbüz, M. (2011). **“Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”**. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), s. 113.
- Gürbüz, N. (2012). **“Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramı Tartışmaları.”** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 10 vd.
- Güzeldağ, S. (2020). **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukuku Açısından Yaşam Hakkı İhlalleri.”** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, s. 68.
- Hafizoğulları, Z. (2008). “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi [Nichtzumutbarkeit/L’inessigibilität]. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3).
- Hafizoğulları, Z. Ve Özen, M. (2017). **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar**, 6. Baskı: Us-A Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri, H. (2004). **“Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (Türk Ceza Kanunu 201/a ve 201/b)”**. *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 7 (1).
- Hakeri, H. (2007). Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler. *TBB Dergisi*, 69 (1), s. 55-96.
- Hakeri, H. (2014). **“Kadavradan Organ Nakli Ve Hukuki Sorunlar”**, Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara.
- Hakeri, H. (2017). **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (21.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi
- Hakeri, H. (2020). **Tıp Hukuku**, (On beşinci Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Halıcı, T. K. (2009). **Türk Ceza Kanunu’nda Organ Veya Doku Nakline İlişkin Suçlar**. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Hinderling, H. ve Yurtcan, E. (2011). **Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları**. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi; 3 (5).
- İçel, K. (2008). **“Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”**, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (14).
- İçel, K., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F. S. ve Ünver, Y. (1999). **Suç Teorisi 2.Kitap. 1. Baskı**, İstanbul.
- İnternet: <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (E. T.: 20.05.2020)

İnternet: <https://www.anayasa.gov.tr/media/5803/aihsnad2yasamhakki.pdf>

İnternet: <http://www.mehmethaberal.com.tr/anasayfa.php>

İnternet: <http://www.mehmethaberal.com.tr/anasayfa.php>

İnternet:

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{\"appno\":\[\"61243/08\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CLIN\"\],\"kupdate\":\[\"2015-01-13T00:00:00.0Z\"\],\"2015-01-13T00:00:00.0Z\"\],\"itemid\":\[\"002-10354\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{\)

İnternet: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{\"itemid\":\[\"002-9531\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{\)

İnternet: https://konakdergisi.hayatvakfi.org.tr/2019/06/14/organ-bagisi-ve-nakli/#G_IRAN_MODELİ

İnternet: <https://organ.saglik.gov.tr/ContentView.aspx?q=1>(Erişim Tarihi 30.07.2020)

İnternet: <https://organ.saglik.gov.tr/ContentView.aspx?q=1>(Erişim Tarihi 30.07.2020)

İnternet: <https://organ.saglik.gov.tr/ContentView.aspx?q=1>(Erişim Tarihi 30.07.2020)

İnternet: <https://sozluk.gov.tr>

İnternet: <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-7-bin-767-organ-ve-doku-nakli-yapildi/1634138>

İnternet: <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyedeki-kadavradan-rahim-nakli-bilimsel-literaturde-cigir-acacak/1900165>

İnternet: <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hacettepeyi-sevindiren-karar/343643>

İnternet:

https://www.academia.edu/5452707/Tıptaki_İlerlemelerin_Getirisi_Olan_Uygulamaların_Hukuk_Açısından_Görünümü_Özel_Tedavi_Yöntemlerinin_Sınır_Dışı_Uygulamalarının_İç_Hukuk_Açısından_Değerlendirilmesi

İnternet: <https://www.haberler.com/hacettepe-nin-kompozit-doku-nakli-ruhsatinin-3871420-haberi/>

İnternet: <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/akdeniz-universitesinde-dunyanin-ilk-rahim-nakli-yapildi-18446857>

İnternet: <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/saglik/hacettepe-universitesinin-nakil-ruhsati-iptal-edildi-20189947>

İnternet: <https://www.medipol.com.tr/tibbi-birimler/cerrahi-tip-birimleri/organ-nakli>

İnternet: <https://www.medipol.com.tr/tibbi-birimler/cerrahi-tip-birimleri/organ-nakli>
(Erişim Tarihi 20.03.2020)

İnternet: <https://www.medipol.com.tr/tibbi-birimler/cerrahi-tip-birimleri/organ-nakli>

İnternet: <https://www.nobelprize.org/prizes/physics/1990/summary/>

İnternet: <https://www.sabah.com.tr/gundem/2012/02/28/cifte-nakil-husranla-bitti?paging=2>

İnternet: <https://www.sabah.com.tr/gundem/2012/02/28/cifte-nakil-husranla-bitti?paging=2>

İnternet: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#>

İnternet: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#>

İnternet: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#>

İnternet: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> E. T. :
06.05.2020

İnternet: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> E. T.:
24.05.2020

İnternet: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6661#> Erişim Tarihi
(E.T.): 06.05.2020

İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>

İnternet: <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/kovid-19-nedeniyle-gecen-yil-azalan-organ-nakilleri-artmaya-basladi/2295506>

İnternet: <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-26-bin-894-kisi-organ-nakli-bekliyor/2412516> (Erişim Tarihi: 20/12/2021)

İpekçioğlu, P. A. (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kahraman, Z. (2016). “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), s. 479-510.

Kangal, Z. T. (2011). “*Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*: 15 (4), s.223 vd.

Kaptanoğlu, A. Y. (2011) “Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar”, *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul.

Karakul, S. (2017). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-II.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 17-58.

- Karauz, A. K. (2018). “**Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?**”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1).
- Katoğlu, T. (2006). “**Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), s. 157-193.
- Kaufman, A. (1961). *Das Schuldprinzip*. s. 116.
- Keçelioğlu, E. (2010). “**Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle Hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımın Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması bakımından pratik sonuçlar.**”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 87 (1).
- Kılıçoğlu, A. (1991). “**Organ Nakli Ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri**”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2, s. 246-265.
- Kıyak, F. (1975). “**İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli Ve Ceza Sorumluluğu**”, *Yargıtay Dergisi*, 1 (3).
- Knellwolf, Esther. (1990). *Postmortaler Persönlichkeits schütz -Andenkensschutz der Hinterbliebenen*, Diss. Zürich.
- Koca, M. ve Üzülmmez, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12.Baskı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Koca, M., Üzülmmez, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. (Dördüncü Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Koçak Süren, Ö. (2007) “**Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi**”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 73 (1), s. 175-195.
- Kök, A. N. (2011). “**Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler**”, *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Birinci Baskı) Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul*, s. 209- 222.
- Kriari-Catranis I. (2002). “The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.” *Eubios J Asian Int Bioeth*;12(3).
- Kurt, E. (2011). “**Organ Nakillerinde Modeller**”, *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (birinci baskı) Oniki Levha Yayıncılık: İstanbul*, s. 239- 252.
- Kurtoğlu, A., Arda, B. (2020). “Avrupa Konseyi ve Biyoetik”. *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 28(3), 384-402.
- Mahmutoğlu, F. S. (2007). “**Türk Ceza Kanunu ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar**”, *A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, İstanbul Barosu Yayınları*.

- Mantovani, F. (2001). Diritto Penale, Parte Generale; CEDAM.
- Maurer, S., Kersting, D. (2011). *Ist der Leichnam eine Sache?*, Jusletter.
- Mermut, S. M. (2010). “Organ ve Doku Ticareti Suçu”. Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2 (1).
- Meydan Larousse, C. 15, s.169 vd. Aktaran: Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 114.
- Meydan Larousse, C. 5, s.437 vd. Aktaran: Gökçen, Balcı, *a.g.m.*, 2013, s. 114.
- Nifosi-Sutton, Ingrid. (2010). “*The Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Relief: A Critical Appraisal from a Right to Health Perspective*”, Harvard Human Rights Journal, V. 23.
- NOLL, P. (1955). Übergesetliche Rechtsfertigungsgründe im besonrederen die Einwilligung des Verletzten, Basel.
- Nowak, Manfred. (2005). *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd rev. ed., Kehl Germany.
- Nuhoğlu, A. (2008). *Tip Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları. Türk-Alman Tip Hukuku Sempozyumu, Tip Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2016). *Kişiler Hukuku*, (on altıncı baskı) Filiz Kitapevi: İstanbul.
- Oral, T. (2011). “*Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü*”, Ankara Barosu Dergisi, 69 (2), s 185-210.
- Ott, Walter/Grieder, Thomas. (2001). “*Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz*”, AJP/PJA.
- Overcast, T. D., Merrikin, K. J., & Evans, R. W. (1984). *Malpractice Issues In Heart Transplantation*. Am. JL & Med., 10, 363.
- Ozanoğlu, H. S. (2003). “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (3).
- Önder, A. (1989). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II. (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Özbek, V. Ö. (2008). “*Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi*”, Seçkin: Ankara.
- Özbek, V. Ö. / Doğan, K. (2007). “*Zorunluluk Halinin (Türk Ceza Kanunu m.25/2) Hukuki Niteliği*”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (2).
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (Onuncu Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (On ikinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özdemir, Y. M. (2004). “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması*.” *Anayasa Hukuku Dergisi*, 3 (5): s. 413 vd.
- Özel, Ç. (2002) “*Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hak*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51 (1), s. 43-77.
- Özel, Çağlar, (2002) “*Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hak*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51 (1).
- Özen, M. ve Ekici Şahin, M. (2010). “*Ötanazi*”. *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (1), s. 17.
- Özgenç, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (On beşinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi
- Özgenç, İ. (2020). “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2020). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (2), s. 251-288.
- Özgenç, İ. (2020). *Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24 (1), 257-283.
- Özgenç, İ. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/otopsi-mi-oncelikli-organ-nakli-mi-5280320>
- Özgenç, İ. ve Genç, F. U. (2020). “Organ Nakli Turizmi ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, 5. Türk Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler, Cilt II, (Editörler: İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, Faruk Turhan), Seçkin Yayıncılık. s. 1457 vd.
- Özmen, S. (2004). “*Yüz Ve Kompozit Doku Nakilleri*”, *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara.
- Öztan, B. (1990). *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara.
- Öztan, B. (1997). *Şahsın Hukuku - Hakiki Şahıslar*, (Yedinci Baskı), Turhan Kitapevi: Ankara.
- Öztan, B. (2014). “*Medeni Hukukun Temel Kavramları*” (Otuz Dokuzuncu Bası) Ankara: Turhan Kitapevi.

- Öztezel, A. (2014). “**Organ ve Doku Nakli Suçları**”, Uluslar arası Sağlık Hukuku Sempozyumu 16-17 Ekim 2014, Lefkoşa Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, ed: Hakan Hakeri, Cahid Doğan, Türkiye Barolar Birliği.
- Öztürk, B., Erdem, M. R. (2019). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (On dokuzuncu Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Öztürkler, C. (2003). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlak, Ş. (2009). “*Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 83 (1), s. 189- 222.
- Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2008). **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, (dördüncü baskı) Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Price, D. (2005). “The Human Tissue Act”, Modern Law Review, 68 (5).
- Roagna, Ivana. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi, Strazburg, s. 24.
- Schreiber, M. (2004) Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main.
- Schroth, U. (2011). “*Fragwürdiger Paternalismus bei Organlebendspende*”, Die Organtransplantation- Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, Beitrage des 6. Deutsch- Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht (Hans Lilie / Henning Rousseau / Hakan Hakeri- Hrsg.) Baden- Baden, (s. 117- 131).
- Sengir, T. (1968). “**Organ Naklin Doğurduğu Hukuki Meseleler**”, Adalet Dergisi.
- Serozan, R. (1997) "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11 (14), s. 93-112.
- Soyaslan, D. (2007). “*Organ, Doku Nakli ve Zorla tedavi Etmenin Sağlık Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul.
- Soyaslan, D. (2008). “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”. *V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda sunulan tebliğ*, 28, s. 329-357.
- Soyaslan, D. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (onuncu baskı) Yetkin Yayınları: Ankara.
- Sözüer, A. (1994). **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yayınları, İstanbul.
- Şahin, C. (2018). **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, (9. Bası), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Şen, E. (2008). *İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları*. Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, s. 588-646.
- Şen, E. (2017). “**İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı**”, <https://www.hukukihaber.net/internet-uzerinden-organ-ve-doku-satisi-makale,5409.html>
- Şenocak, Z. (1998) “**Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Tacir, H. (2011). *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları
- Tacir, H. (2013). “**Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı.**” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 1301-1320.
- Tacir, H. (2016). “**Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**”. *III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme ve Ötanazi Hakkı” Sempozyumu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Taneri, G. (2014). *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Bilge Yayınevi: Ankara.
- Taşkın, A. (1997). *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Adil Yayınevi.
- Taşkın, Ş. Cankat. (2005). “**5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Yasası’nın Anayasaya Ve Hukuka Aykırılık Yönünden İncelenmesi**” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 57 (1).
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M. (2019). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. (On yedinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- The Ethics Comitte of the Transplantation Society: The Consensus Statement of Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor. (2004). 78: 491.
- Toroslu, N. (1978). “**Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk**”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35(1), s. 95.
- Toroslu, N., Toroslu, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. (Yirmi beşinci Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi
- Tress, P. (1977). *Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht*, Mainz
- Turanlı Özcan, A. M. (2018). *Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 16-17
- Uerpmann-Wittzack R. (2017). “Convention on human rights and biomedicine. In: Schmahl S, Breuer M, eds. The Council of Europe: Its Law and Policies. 1st ed. Oxford: Oxford University Press. s. 572- 588.

- United Network for Organ Sharing 1991 Ethics Committee: Ethics of Organ Transplantation from Living Donors. (1992). *Transp Proc*; 24:2236.
- Uzunoglu, C. (2009). “*Organ Bağıışı ve Organ Nakli: Avrupa Birliğı Düzeyinde Hükümet Eylemi. ”Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.*” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 466.
- Ünver, Y. (2005). “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri*”, *Kamu Hukuku Dergisi Arşivi*.
- Ünver, Y. (2006). “*Türk Tıp Hukukunda Rıza*”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2), s. 254 vd.
- Ünver, Y. (2009). “*Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu.*” *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.*
- Ünver, Y. (2014). “*İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçu*”. *Klinik Araştırmalar Kitabı*. Klinik Araştırmalar Derneğı, s. 465.
- Ünver, Y., “*Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu*”, *Transplant Ist 2008 Sempozyumunda sunulan Tebliğ Metni*, (Tarih ve Yer Yok)
- Üzülmez, İ. (2013). *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*. (1.Basım), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Vatanoğlu, E. (2009). “*Avrupa Birliğı Düzeyinde Organ Bağıışı ve Organ Nakli Politika Seçenekleri Konsültasyon Dokümanı: Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.*” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık.
- Vatanoğlu, E. (2009). “*Avrupa Birliğı İnsan Organlarının Nakli Raporu: Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, 10.*” Editörler: Ünver, Y., İçel, K., Seçkin Yayıncılık.
- Veatch, R.M. (2000). “*Transplantation Ethics.*” Georgetown University Press: Washington.
- Vural, A. (2017). *Türk Hukukunda Organ Ve Doku Nakli*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.
- Yaşar, O., Gökcan, H.T. ve Artuç, M. (2014). *Yorumlu ve Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu*, c: IV, 2. Baskı, Adalet, Ankara.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

- Yenisey, F. (2008). “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”. *Yayınlanmamış Makale, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, s. 871.
- Yıldız, A. K. (2008). “*Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuki Sorunlar*”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu.
- Yılmaz (Tosun), İ. (2011). *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı Ve Bununla İlgili Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.
- Yılmaz, B. (2007). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, E. (2012) “*Organ ve Doku Nakli*”, Sağlık Hukuku Digestası, 2 (2), Ankara Barosu Yayınları, s. 203- 230.
- Zevkliler, A. (1983). *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları* (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni). Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1).
- Ziroğlu, Ş. (2019). “*Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar*.” Ankara: Yetkin.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : EKİZ, Ömer Faruk
Uyruğu : T.C.

Eğitim

Derece Tarihi	Eğitim Birimi	Mezuniyet
Yüksek Lisans	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü	Devam ediyor
Lisans	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2017

İş Deneyimi

Görev	Çalıştığı Yer
Avukat	Ankara Barosu

Yabancı Dil

İngilizce





le.ahbv.edu.tr