

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ORGAN VE DOKU TİCARETİ
SUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Atacan KÖKSAL

Ankara-2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ORGAN VE DOKU TİCARETİ
SUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Atacan KÖKSAL

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara-2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ORGAN VE DOKU TİCARETİ
SUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMA CETVELİ.....	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKLİNDE TEMEL KAVRAMLAR, TARİHSEL GELİŞİM, ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ, HUKUKUMUZDA ORGAN VE DOKU NAKLİNİN ŞARTLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR	5
A. HÜCRE	5
B. DOKU.....	6
C. ORGAN.....	8
D. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE	9
E. GREF	12
F. TRANSPLANTASYON.....	13
G. ORGAN VE DOKU REDDİ.....	14
H. ALICI - VERİCİ.....	16
II. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	17
III. ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ.....	24
A. SAĞLARARASI ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ.....	26

B. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ.....	38
C. HAYVANLARDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN ORGAN VE DOKU NAKİLLERİ	48
IV. TÜRK HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNİN ŞARTLARI.....	51
A. GENEL HÜKÜMLER	51
B. SAĞLARARASI ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI.....	61
1. Uygun Vericinin Seçilmesi	62
2. Üstün Amaç.....	68
3. Uygun Sağlık Kurumunun Bulunması	73
4. Bilgi Verme ve Aydınlatma Yükümlülüğü	76
a. Genel Olarak.....	76
b. Organ ve Doku Nakillerinde Aydınlatma Yükümlülüğü	86
5. Rıza.....	90
a. Vericinin Rızası	90
b. Alıcının Rızası.....	98
C. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI	101
1. Vericinin Ölmesi	102
a. Ölümün Tarifi.....	103
b. Ölümün Tespiti.....	107
2. Rıza.....	111
a. İrade Modeli	112
b. İtiraz Modeli.....	115

c. Zaruret Modeli.....	117
d. Hukukumuzda Kabul Edilen Model.....	118

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE TİCARETİNE

İLİŞKİN SUÇLAR

I. GENEL OLARAK.....	145
II. KİŞİDEN ORGAN VEYA DOKU ALMA SUÇU.....	147
A. HUKUKİ KONU.....	147
B. MAĞDUR VE MADDİ KONU.....	148
C. FAİL.....	151
D. SUÇUN UNSURLARI.....	152
1. Fiil.....	152
2. Hukuka Aykırılık.....	156
3. Kusurluluk.....	159
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	161
1. Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler.....	161
a. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi.....	161
b. Neticesi İtibariyle Ağırlaştırıcı Suç.....	165
2. Teşebbüs.....	168

3. İştirak.....	170
4. İçtima.....	172
F. SUÇUN MUHAKEMESİ.....	178
III. ÖLÜDEN ORGAN VEYA DOKU ALMA SUÇU.....	181
A. HUKUKİ KONU.....	181
B. MAĞDUR VE MADDİ KONU.....	181
C. FAİL.....	183
D. SUÇUN UNSURLARI.....	183
1. Fiil.....	183
2. Hukuka Aykırılık.....	187
3. Kusurluluk.....	189
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	192
1. Teşebbüs.....	192
2. İştirak.....	193
3. İçtima.....	195
F. SUÇUN MUHAKEMESİ.....	198
IV. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU.....	200
A. HUKUKİ KONU.....	200
B. MAĞDUR VE MADDİ KONU.....	201
C. FAİL.....	204
D. SUÇUN UNSURLARI.....	205

1. Fiil	205
2. Hukuka Aykırılık.....	210
3. Kusurluluk.....	210
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	215
1. Cezayı Ağırılaştıran Neden	215
2. Teşebbüs.....	216
3. İştirak.....	218
4. İçtima.....	220
F. SUÇUN MUHAKEMESİ	222
V. ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME VEYA AŞILAMA SUÇU.....	227
A. HUKUKİ KONU.....	227
B. MAĞDUR VE MADDİ KONU	228
C. FAİL	228
D. SUÇUN UNSURLARI.....	229
1. Fiil	229
2. Hukuka Aykırılık.....	233
3. Kusurluluk.....	233
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	234
1. Teşebbüs.....	234
2. İştirak.....	235
3. İçtima.....	236

F. SUÇUN MUHALEMESİ.....	238
VI. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK OLARAK İLAN VEYA REKLAM VERME VEYA YAYINLAMA SUÇU	239
A. HUKUKİ KONU.....	239
B. MAĞDUR VE MADDİ KONU	240
C. FAİL	240
D. SUÇUN UNSURLARI.....	241
1. Fiil	241
2. Hukuka Aykırılık.....	244
3. Kusurluluk.....	245
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	245
1. Teşebbüs.....	245
2. İştirak.....	246
3. İçtima.....	247
F. SUÇUN MUHALEMESİ.....	248
SONUÇ	249
ÖZET.....	259
ABSTRACT	260
KAYNAKÇA	262

KISALTMA CETVELİ

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
ASCM.	:	Asliye Ceza Mahkemesi
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	:	Bası
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CGK.	:	Ceza Genel Kurulu
CHD.	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:	Çeviren
E.	:	Esas
ERÜHFD.	:	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD.	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:	Hukuk Dairesi
İBD.	:	İstanbul Barosu Dergisi
İCK	:	İtalyan Ceza Kanunu
İDDK	:	İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İDHY	:	İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik
İKUD.	:	İyi Klinik Uygulamalar Dergisi

in.	:	İçinde
Iss.	:	Issue
İÜHFM.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
KHukA	:	Kamu Hukuku Arşivi
m.	:	Madde
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
ODNHY	:	Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
ODNK	:	Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
SD.	:	Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi
SÜHFD.	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:	Tarih
TBBD.	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TıpHD.	:	Tıp Hukuku Dergisi
TODS	:	Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi
vd.	:	Ve Devamı
Y.	:	Yıl
YD.	:	Yargıtay Dergisi
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Organ ve doku nakli; organ vericisi tarafından verilen sağlam organ ve doku parçasının ya da organ ve dokunun tamamının, alıcının hasarlı veya işlev görmeyen organ ve dokusunun yerine koymak için bir vücuttan diğerine nakledilmesidir. İnsan yaşamını kurtarma, yaşamı uzatma ve tedavi etme amaçlarına yönelik olarak gerçekleştirilen organ ve doku nakilleri, günümüzün gelişen teknolojisinin, tıp alanındaki önemli bir yansımasını oluşturmaktadır.

Geçmişte organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak yapılan girişimler, zaman zaman başarısız olsa da; bilim ve teknolojideki ilerlemeler, belirli durum ve koşullar altında organ ve doku nakillerinin, uygulanması zorunlu bir yöntem olduğunu göstermiştir. Tıbbın son yıllardaki gelişimiyle, organ ve doku naklinin uygulanma sahası çeşitlenmiş ve bu saha içindeki haklı beklentiler önemli ölçüde artmıştır. Yapılan çalışmalar neticesinde geçmişten günümüze, insandan insana deri, gözün saydam tabakası, böbrek, karaciğer, pankreas, ince bağırsak, dalak ve kalp aktarmaları yapılmıştır. Yaşanan organ hastalıkları sonucu meydana gelen fonksiyon kayıpları dikkate alındığında organ ve doku nakilleri, hem sağlıklı bir yaşam için başvurulabilecek tek yöntem olması hem de ekonomik yönden çok daha uygun olması bakımından önemli bir tedavi metodu olarak kabul görmüştür. Günümüzde, hasta kişilerin hayatının devamı için elzem olan organ ve dokuların nakli, yaşanan bu gelişmeler paralelinde çoğunlukla başarıyla sonuçlansa da; bu başarı çizgisine ulaşılmasında nakle katılan kişilerin, konunun teknik gereklerini yerine getirmeleri çok önemlidir.

İnsanın hem fiziki hem de manevi yönünü ilgilendiren; dolayısıyla çözümü ve aşılması son derece nazik ve güç bazı sorun ve engelleri beraberinde getiren organ ve doku aktarma işlemlerinin, tedavi edici tıpta giderek daha fazla uygulama alanı bulması, söz konusu işlemlerle ilgili sorunların çözümü ve engellerin ortadan kaldırılmasını zorunlu kılmıştır. Bu konudaki hukuki engeller kaldırılmadıkça ve nakli gerçekleştirecek hekimlerin müdahalelerinin, hangi şartlar altında hukuka uygun olduğu noktasındaki tereddütler giderilmedikçe organ ve doku nakillerinden beklenen yararlar sağlanamayacaktır.

Organ ve doku nakilleri, tıp bilimi açısından çözüme kavuşturulmayı bekleyen; ölümün tarifi, ölüm anının tespiti, organ naklinde izlenmesi gereken yollar, nakilden sonra görülen komplikasyonlar, ölüm sebepleri, organ ve dokunun ölüden ne zaman alınması gerektiği ve yalancı ölümler gibi birçok meseleyi içinde barındırmaktadır.

Organ ve doku nakillerinde toplumsal kaygıların da bulunduğu ve bu durumun organ ve doku teminini olumsuz yönde etkilediği görülmektedir. Zira organ ve dokunun kaynağı insan olduğu için, kan gibi kendini yenileyebilen insan kökenli biyolojik maddelerin temini dışında kalan ve alındığı zaman vericide eksikliği hissedilen organların temininde güçlükler yaşanmaktadır. Bu durum, ekonomik yönden güçlü durumda bulunanların veya organ satışına aracılık eden suç örgütlerinin, organ ve doku ticaretini gerçekleştirmelerine neden olmuştur.

Tıbbi yönünün yanı sıra; sosyal, etik ve dini boyutları da olan bu alana, hukukun kayıtsız kalması mümkün olmadığı için, konunun hukuki sınırlarını belirleyen normlar ulusal hukuk düzenlerinde ihdas edilmiştir. Konunun ulusal düzeydeki hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmesinin mümkün olmadığını gören

ve bu yöndeki yoğun çalışmalarını sürdüren ülkeler, uluslararası düzeyde de sorunları çözümlene yoluna gitmiştir. Dinamik ve gelişmeye açık bir alan olması ve zaman içinde pek çok yeniliğin yaşanması nedeniyle, konu uluslararası toplum nezdinde her zaman güncelliğini korumuş ve düzenlenen birçok toplantı, kongre ve sempozyumda organ ve doku naklinin tıbbi, hukuki ve etik yönleri tartışılmıştır.

Türk hukuk sisteminde, organ ve doku nakillerini düzenleyen en temel kanun, 29.05.1979 tarihinde kabul edilip, 03.06.1979 tarih ve 16655 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’dur. 2238 sayılı ODNK, yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasının şartlarıyla birlikte ölüden organ ve doku alınmasının şartlarını düzenlemekte; bu hükümlere aykırı davrananlara ceza yaptırımını öngörmektedir. ODNK’ya dayanılarak Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 01.02.2012 tarih ve 28191 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, nakilleri gerçekleştirecek olan organ ve doku nakli merkezleriyle doku tipleme laboratuvarlarının açılması çalışması ve denetimiyle, organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esasları düzenlemektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, tıbbi müdahale niteliğindeki organ ve doku nakilleri konusundaki temel kavramlar ile organ ve doku nakillerinin tarihsel gelişimi açıklanacak, hem sağlararası hem de ölüden organ ve doku naklinin etikle olan ilişkisi incelenecek ve organ ve doku nakillerinin şartları ODNK ve ODNHY bağlamında değerlendirilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 91’de düzenlenen organ ve doku nakli ile ticaretine ilişkin suçların unsurları doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları bağlamında

açıklanacak ve bu suçlar için m. 92'de öngörülen zorunluluk hali ile m. 93'te yer alan etkin pişmanlık hükümleri incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
ORGAN VE DOKU NAKLİNDE TEMEL KAVRAMLAR, TARİHSEL
GELİŞİM, ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ,
HUKUKUMUZDA ORGAN VE DOKU NAKLİNİN ŞARTLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR

Organ ve doku nakliyle ilgili açıklamalardan önce, bu konudaki temel kavramların ortaya konulması yerinde olacaktır.

A. HÜCRE

Hücre; çekirdek, sitoplazma ve onu çevreleyen zardan oluşan ve dokuyu oluşturan en küçük canlı birimdir.¹ Hücreler, canlı dokuların yapısal ve fonksiyonel birimi ya da yapıtaşlarıdır.² Bu kavram, 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m. 4/1-i’de, “*Herhangi bir bağ dokusu ile birlikte olmayan tek insan hücresi veya insan hücreleri topluluğu*” olarak tanımlanmıştır. Hücrelere örnek olarak, eritrosit (alyuvar), lökosit (akyuvar) ve trombosit olmak üzere üç farklı yapıda kendini gösteren kan hücreleri; sperm ve

¹ Bkz. Arif Barış **ÖZBİLEN**, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, B. 1, İstanbul 2011, s. 10.

² İsmet **DÖKMECİ** – Handan **DÖKMECİ**, Büyük Tıp Sözlüğü, B. 4, İstanbul 2014, s. 420.

yumurtadan oluşan üreme hücreleri ve “nöron” olarak adlandırılan sinir hücreleri gösterilebilir.³

B. DOKU

Doku, çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen, anatomik olarak bir bütünlük gösteren ve anatomi unsurlarından meydana gelen yapıdır.⁴ Bu açıdan benzer nitelikteki hücrelerin, belli bir fonksiyonu yerine getirmek üzere bir araya gelmesiyle oluşan bu canlı küme, vücuttaki örgütlenmenin hücreden sonraki bir üst aşamasıdır.⁵ İDHY m. 4/1-ğ’de, “*Doku: Hücrelerden ve hücre dışı elemanlardan oluşan ve insan vücudunun bütününi oluşturan parçaları*” şeklinde tanımlanmıştır.

Doku nakilleri bakımından özellik arz eden kompozit doku ise, insan alıcıya nakledilmek üzere insan vericiden alınan, anatomik ve yapısal birimlerden oluşan ve birden fazla doku içeren, nakil sonrası işlev görebilmesi için kan damarlarının birleştirilmesi ile kanlanması sağlanan, sinirlerin birleştirilmesi ile hareket ve duyu kazandırılan, kan dolaşımına ihtiyacı olan ve kan dolaşımının olmadığı sürenin kısa olması gereken, alıcı tarafından reddedilme olasılığı olan ve bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçların kullanılmasını gerektiren vaskülarize kompozit allogref⁶ olarak tanımlanır. Bu dokulara örnek olarak yüz, el, ayak, gırtlak, karın ön duvarı, ince

³ ÖZBİLEN, İnsan Kökenli, s. 11.

⁴ Bkz. Murat **AYDIN**, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli, B. 1, Ankara 2008, s. 3.

⁵ Bkz. ÖZBİLEN, İnsan Kökenli, s. 10.

⁶ Vaskülarize kompozit doku kavramı, Sağlık Bakanlığı’nın Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi m. 3/1-k’da “*Tipik olarak ektoderm ya da mezodermden köken almış; deri, yağ dokusu, kas, sinir, lenf nodu, kemik ve kırıldaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği alıcıda damar anastomozları ile yaşatılan dokular*” şeklinde tanımlanmıştır.

bağırsak gibi birden fazla doku içeriği olan yapılar verilebilir.⁷ Bir kompozit doku olan yüz, ülkemizde son dönemlerde yapılan başarılı nakillerle dikkat çekmiştir.⁸ Bütün bu kompleks doku yapıları mikro cerrahi müdahalelerle nakledilerek iyileştirici ve tamir edici bir fonksiyon taşır.⁹

Tıp bilimi, insan vücudundaki dokuları, fonksiyon ve özelliklerine göre değişik gruplara ayırmaktadır. Tıbbi açıdan doku olarak kabul edilen anatomi unsurlarının başlıcaları; kemik iliği, kıkırdak, sinir, kirişlerdeki esnek dokular, kas dokusu, iç salgı dokuları, duyu dokuları ve bağ dokularıdır. Göz, bir organ olduğu halde, gözün saydam tabakası olan kornea, doku olarak kabul edilmektedir. Benzer şekilde iskelet, kemiklerden oluşan bir sistemken; kemik bir dokudur. ODNK kapsamı dışında tutulmuş olmasına rağmen, kan da bir doku olarak kabul edilmektedir.¹⁰

Organlar, dokuların birleşmesiyle oluşsa da, organ ile dokular arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, organların sınırları ve fonksiyonları kesin

⁷ Bkz. **Türk Tabipleri Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu**, B. 1, Ankara 2012, s. 6-7. (Erişim: <http://www.tb.org.tr/kutuphane/kompozitrpr.pdf>) (23.04.2015) Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin "Nakil türleri ve endikasyonlar" başlıklı 10. maddesinde, tıbbi nakil merkezlerinin izin belgelerinde yer alacak nakil türleri; ekstremiten nakli, yüz ve saçlı deri nakli, üst solunum-üst sindirim yolları nakli ve bağırsak nakli olarak sayılmıştır.

⁸ Ahmet **GÖKCEN** – Murat **BALCI**, Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları, B. 2, Ankara 2015, s. 422; Burcu **GÖRKEMLİ**, "Kompozit Doku Nakli", in. Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, ERÜHFD., C. 8, S. 2, Y. 2013, s. 799. Kompozit doku nakillerinin, kişinin vücudunu kullanmasına kolaylaştırmasından öte daha çok psikolojik etkiyi amaçladığı, yapılacak cerrahi müdahalelerin yaşamsal değeri olmayıp alıcının kendisini daha iyi hissetmesini amaçladığı ve bu yönleriyle diğer nakillerden farklı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Hayrunnisa **ÖZDEMİR**, "Kompozit Doku Nakilleri Sonucu Oluşan Yeni Yüz ve Parmak İzlerimizin Hukuki Durumu", in. V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi 8-9 Kasım 2013), Ankara 2014, s. 219; Eva Cuallado **MARTORELL**, "Yüz Naklinin İspanya'daki Hukusal Görünümü" (Çev. Prof. Dr. Yener Ünver), in. TıpHD., C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 145-146.

⁹ MARTORELL, s. 137.

¹⁰ Bkz. Şahin **AKINCI**, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, B. 1, Ankara 1996, s. 10-11.

olarak belirlenebilirken; dokuların sınır ve fonksiyonları kesin olarak bilinemez. Ayrıca, vücut dokuları yenileyebilirken; deri hariç organlar yenilenemez.¹¹ Yine organlar, dokuların birleşmesinden meydana gelirken; dokular, özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeye hücre ve liflerden meydana gelir.¹²

C. ORGAN

Organ, canlı organizmaların, dolaşım, solunum, sindirim ve üreme gibi farklı sistemleri içinde yer alan ve vücutta belli bir işlevi görmek üzere farklılaşmış olan kısım, anatomik yapı ya da oluşumdur.¹³ Organ, bir organizmada belirli bir görevi olan, dokulardan oluşan ve sınırları tespit edilebilen kısımlar olarak da tanımlanır.¹⁴

Her organın, bağlı bulunduğu organizmanın yaşamını sağlıklı şekilde sürdürebilmesi için üstlendiği görevler bulunur. Örneğin, böbrekler, idrar oluşturmak suretiyle, metabolizmada yer alan atıkların vücuttan uzaklaştırılmasına hizmet etmekte; kalp, pompaladığı kanın bütün vücutta dolaşmasını sağlayarak yaşamsal bir görev üstlenmekte; mide ise vücuda alınan besinlerin öğütülerek sindirilmesi işlevini görmektedir.¹⁵ Deri ise, dokunma organı durumundadır.¹⁶

Mevzuatta organın tanımı konusunda bazı hükümler mevcuttur. ODNK m. 2/1'de, *“Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını*

¹¹ Doğan **SOYASLAN**, *“Organ Nakilleri”*, in. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 333.

¹² Ahmet **TAŞKIN**, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, B. 1, Ankara 1997, s. 1.

¹³ Bkz. ÖZBİLEN, *İnsan Kökenli*, s. 10.

¹⁴ Bkz. AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 10.

¹⁵ Bkz. ÖZBİLEN, *İnsan Kökenli*, s. 10.

¹⁶ SOYASLAN, *“Organ Nakilleri”*, s. 333.

oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır” hükmü yer almaktadır. Hükmün düzenleniş biçiminden, insan organizmasını oluşturan parçaların hangilerinin organ veya doku olduğunun tespiti mümkün değildir. Zira bu maddeye göre, insan organizmasını oluşturan her türlü vücut parçasının ya organ ya da doku olduğu sonucu çıkmaktadır.¹⁷ Bunun haricinde, İDHY m. 4/1-s’de, “Organ: Özerk olarak fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesi olan, damarlanmış ve yapısını muhafaza eden çeşitli dokulardan oluşan insan vücudunun farklılaşmış hayati bir bölümü” şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda organ tanımını, “Uzuv (Organ) vücutta belli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısımdır” şeklinde yapmıştır.¹⁸

Tanım ve açıklamalar dikkate alındığında; böbrek, kalp, pankreas, karaciğer, akciğer, bağırsak, dalak, mide, rahim (uterus) ve derinin birer organ olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁹

D. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE

İnsan kökenli biyolojik madde, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddelerle insan vücudundan, cerrahi müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri açıklamak amacıyla kullanılan bir terimdir. İnsan kökenli biyolojik maddelerin kaynağını insan oluşturduğundan, hayvan ya da bitkilerden elde edilen biyolojik maddeler ile

¹⁷ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 11.

¹⁸ Yargıtay CGK., E. 1978/4-350, K. 1978/387, T. 23.10.1978. (Erişim: <http://www.kazanci.com>) (08.04.2015)

¹⁹ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 10.

bağımsız olarak yaşama yeteneğine sahip olan mikroorganizmalar, bu kavrama dahil değildir.²⁰

Biyolojik madde kavramından, canlı organizmasına ait olan her türlü madde anlaşıldığından; kalp, böbrek, karaciğer ve mide gibi organlarla; kan, kemik iliği, kas ve sperm gibi hücre ve dokuların tamamı, hatta vücuttaki kıllar ve tırnaklar da birer insan kökenli biyolojik maddedir.²¹ Buna karşılık, protez bacak, takma kirpik, diş dolgusu, sentetik peruk gibi yapay maddelerden imal edilerek kişilerin hizmetine sunulan, hatta vücut bütünlüğü değerine dahil olan yapay uzuv ve materyaller, insan bedeni içinde ve bu bedene bağlı olarak varlık göstermelerine rağmen, canlı bir organizma olan insan bedeninden kaynaklanmamaları nedeniyle, insan kökenli biyolojik madde sayılmazlar.²² Yapılan açıklamalar neticesinde, insan kökenli biyolojik madde kavramının, organ, doku ve hücre kavramlarını içine aldığı söylenebilir.²³

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı mevzuatımıza, 14.11.1990 tarihinde Türk Kanunu Medenisi'nde değişiklik yapan 3678 sayılı Kanunla girmiştir. Türk Kanunu Medenisi'nin 23. maddesine, “*Ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi maddi ve manevi tazminat davası da açılmaz*” hükmü eklenmiştir. Benzer hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 23/3'te, “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli*

²⁰ ÖZBİLEN, İnsan Kökenli, s. 7.

²¹ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 12.

²² ÖZBİLEN, İnsan Kökenli, s. 8.

²³ Selin **SERT** – Ali Hulki **CİHAN**, Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, B. 1, İstanbul 2013, s. 7.

mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz” şeklinde yer almıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin organ ve doku nakli konusunu incelemekle görevli bir hazırlık komitesinin, 17-19 Mart 1975 tarihleri arasında Strasbourg’da yapılan ilk toplantısında, “organ” ve “doku” kavramları yerine daha geniş kapsamlı olan “insani kökenli biyolojik madde” kavramının kullanılması kararlaştırılmıştır.²⁴

“Organ” ve “doku” kavramları yerine, daha geniş bir içeriğe sahip olan “insan kökenli biyolojik madde” kavramının kullanılmasının, bir vücut bölümünün organ veya doku mu olduğunun kesin olarak tespit edilemediği durumlarda belirliliği sağlama açısından daha elverişli olduğu ifade edilmiştir.²⁵ Ancak bu noktada ileri sürülen karşı görüş uyarınca, ODNK’da düzenlendikten 11 yıl sonra, Medeni Kanun’a eklenen bir fıkra ile “organ” ve “doku” kavramı yerine “insan kökenli biyolojik madde” kavramının kullanılmış olması; bu kavramların içerik olarak farklılığını ifade eder. Her iki yasa hükmü de göz önüne alındığında, “insan kökenli biyolojik madde” kavramından, 2238 sayılı ODNK’nın kapsamı dışında kalan kan, sperm, yumurta gibi bedenden ayrıldıktan sonra yine beden tarafından kendiliğinden yenilenebilen maddeler anlaşılmalıdır.²⁶ Kanaatimizce, insan kökenli biyolojik madde kavramının içinin, 2238 sayılı ODNK’nın kapsam hükmünden yola çıkılarak doldurulması ve ODNK kapsamında olmayan biyolojik maddelerle sınırlanması

²⁴ Salim **ÖZDEMİR**, “Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler”, in. YD., C. 2, S. 1-4, Y. 1976, s. 103-104.

²⁵ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 12.

²⁶ Osman Berat **GÜRZUMAR**, “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, in. ABD., S. 3, Y. 1991, s. 379-380; Timur **GÜRSOY** – Ayla **YILMAZ** – Dilek **ÖZCAN**, “Organ ve Doku Nakli”, in. YD., C. 23, S. 4, Y. 1997, s. 571.

isabetli değildir. Bu açıdan insan kökenli biyolojik maddeden, ODNK kapsamında olmayan oto-gref, saç, deri ve kan ile birlikte kapsam dahilindeki bütün insan hücre, doku ve organları anlaşılmalıdır.

E. GREF

Gref, nakledilen veya aşılana organ ya da dokunun kendisidir.²⁷ Bu kavram; “transplant” kavramıyla eş anlamlı olup, vücuda nakledilen sentetik, plastik, metalik araçlar için kullanılamaz ve yalnızca insanlar ve hayvanlar için kullanılabilir.²⁸

Greflerin çeşitli türleri bulunmaktadır. Alıcı ile vericinin tek yumurta ikizi olmaları durumunda, bunlar arasındaki nakle konu organ veya doku izogref olarak adlandırılır. İzogrefler, alıcıda immünolojik reaksiyon uyandırmaz ve nakledilen organ, alıcının vücudu tarafından reddedilmez.²⁹ Aynı türün farklı fertleri arasındaki greflere, homogref veya allogref denir. İnsandan insana ya da köpekten köpeğe yapılan nakiller buna örnek olarak verilebilir. Vericiyle alıcının farklı türlerden oluşan canlılar olmaları halinde, bunlar arasında nakle konu olan greflere, ksenogref veya heterogref denir.³⁰ Maymundan insana ya da köpekten domuza yapılan nakiller buna örnek olarak verilebilir.³¹ Kişinin kendi vücudunda başka bir yere nakledilmesi

²⁷ Fikri ALACAN, *Transplantasyon*, B. 1, İstanbul 1993, s. 5.

²⁸ Ömer TÜREL, *Organ Transplantasyonları*, B. 1, İstanbul 1985, s. 1.

²⁹ ALACAN, s. 4; Asuman MÜFTÜOĞLU, “*Organ Transplantasyonlarında İmmüno-Biyolojik Olaylara Genel Bakış*”, Rapor I-2-A, XXI. Milli Türk Tıp Kongresi (20-26 Eylül 1970 Bursa), İstanbul 1970, s. 4.

³⁰ TÜREL, s. 2.

³¹ ALACAN, s. 5.

amacıyla, kendi vücudunda bulunan organ ve dokulara otogref denir.³² Otogrefler de immünolojik reaksiyon uyandırmazlar.³³

F. TRANSPLANTASYON

Fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmiş hücre, doku veya bir organın çıkartılması ve yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesi işlemine transplantasyon denir. Başka bir ifadeyle, herhangi bir eksikliği ya da işlevsel bozukluğu düzeltmek amacıyla hücre, doku ya da organların bir canlıdan başka bir canlıya ya da aynı canlının bir bölümünden başka bir bölümüne nakledilmesidir.³⁴ Transplantasyon, yalnızca tıbbi müdahale³⁵ yoluyla gerçekleştirilebilir.³⁶

ODNHY m. 4/1-ğ bendinde, “transplantasyon” kavramı yerine, “organ ve doku nakli” kavramı kullanılmış ve bu kavram, “*Terminal dönemdeki hastalarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulaması*” şeklinde tanımlanmıştır.

³² SERT – CİHAN, s. 9.

³³ MÜFTÜOĞLU, s. 3.

³⁴ Bkz. TAŞKIN, s. 1.

³⁵ “Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun biçimde gerçekleştirilen bir girişim olarak ifade edilebilir.” Bkz. Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, Tıbbi Müdahaleye Rıza, B. 1, İstanbul 1993, s. 15. “Literatürde yapılan tanıma göre, tıbbi müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel (örneğin belli dereceye kadar şaşılık) ya da psikolojik bozuklukları, yine hastalık niteliğini taşımayan şikayetleri (örneğin, hamilelik esnasındaki şikayetler) önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan tüm müdahalelerdir.” Bkz. Zarife ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, in. AÜHFD., C. 50, S. 4, Y. 2001, s. 66.

³⁶ DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 1001; Enis SARIAL, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, B. 1, İstanbul 1986, s. 5.

Transplantasyon kavramı, bir organ veya dokunun aynı ya da ayrı bir birey üzerinde yer değiştirmesini ifade etmek amacıyla kullanılır.³⁷ Bu açıdan transplantasyon, “hayvanlardan insanlara yapılan transplantasyon”, “insandan insana yapılan transplantasyon” ve “aynı insan üzerinde yapılan transplantasyon” olmak üzere 3’e ayrılır.³⁸ Hayvanlardan insanlara yapılan transplantasyonda, alıcı ile verici iki ayrı ve birbirinden bağımsız organizma teşkil etmekte; fakat alıcı insan, vericiyse hayvan olmaktadır. Bu türden nakillerde, hayvanlardan alınan doku ve organlar, insan alıcılara nakledilir. İnsandan insana yapılan transplantasyonda, hem canlı hem de ölü vericilerden alınan doku ve organlar, söz konusu organ ve dokulara ihtiyaç duyan insan alıcılara nakledilmekte ve böylece naklin iki tarafını oluşturan verici ve alıcı insan olmaktadır. Aynı insan üzerinde yapılan transplantasyonda, nakle konu teşkil eden iki farklı organizma olmamakta, vericiyle alıcı aynı kimse olmakla birlikte, vücudun kendine ait olan dokusu aynı vücut içinde ihtiyaç duyulan başka bir kısma nakledilmektedir.³⁹

G. ORGAN VE DOKU REDDİ

İnsanlar, bağışıklık sistemleri olgunlaşmış olarak doğarlar.⁴⁰ Vücudun bağışıklık sistemi, mikrop ve diğer yabancı maddeleri tanıyarak yok etme işlevini görür. Organ ve doku transplantasyonlarında da, vücudun transplante edilen organ ve dokuları yabancı madde olarak kabul edip, vücuttan atmaya çalışmasına organ ve

³⁷ TÜREL, s. 1.

³⁸ TAŞKIN, s. 3.

³⁹ SARIAL, s. 4.

⁴⁰ TÜREL, s. 7.

doku uyumsuzluğu denir.⁴¹ Esas itibariyle organ ve doku uyumsuzluğu, nakli yapılan doku ya da organın reddine yol açabilecek antijenler arasındaki genetik farklılıklardan kaynaklanır.⁴² Başka bir ifadeyle, vericide bulunan eritrositer ya da trombositler antijenler alıcıda bulunmaz.⁴³ Yabancı grefte bulunup alıcıda bulunmayan histokompatibile antijenleri, alıcının lenfoid sistemini uyararak özel olarak görevli lenfoid hücrelerin doğmasına yol açar. Bu hücreler de grefi ortadan kaldırmak için hareket ederler.⁴⁴ Transplantasyonda, vericiyle alıcı arasındaki organ veya doku uyumsuzluğu nedeniyle, vericiden alınan organ veya dokunun alıcının organizması tarafından atılmasına ise organ ve doku reddi denir.⁴⁵

Bir allotransplantasyondan alınacak sonuç için, alıcı ile verici arasındaki genetik ilişki çok önemlidir. Dokuların antijen etkileri, alıcıyla verici arasındaki genetik farklara bağlıdır. Memeli hayvanlarda, bir türün bireylerinin genetik yapıları

⁴¹ TAŞKIN, s. 3.

⁴² Gen tiplerindeki bu farklılık nedeniyle, alınan 500 böbrekten birinin alıcı için uygun olabileceği, bu engelin günümüz tıbbında da kesin olarak aşılamadığı belirtilmektedir. Bkz. SARIAL, s. 2.

⁴³ DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 410.

⁴⁴ MÜFTÜOĞLU, s. 4. Deri grefleri, immünolojik reaksiyonların tespitinde çokça kullanılan, hazırlanmaları ve gözlemlenmeleri kolay olan greflerdir. Bir deri allogrefi alıcı bir hayvana nakledildiğinde, gref 2 hafta veya daha uzun bir zaman içinde, ani olarak bölgede şiddetli iltihaplanmanın gerçekleştiği, grefte solmanın ve gref dokusunun atıldığı gözlemlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Rasim CİCİOĞLU, “*Transplantasyon İmmünolojisinin Temel İlkeleri ve Doku Uygunluk Testleri*”, Rapor I-1, XXI. Milli Türk Tıp Kongresi (20-26 Eylül 1970 Bursa), İstanbul 1970, s. 4-5.

⁴⁵ TAŞKIN, s. 2. “*Bağışık yanıtın ilk fazına afferent yol fazı denmektedir. Bu fazda vücut yabancı antijeni tanır ve ilgili lenfosit kümesi uyarılır. Bu antijene hassas lenfositler hücreler ürer. Allogref yerleştirildikten sonra, bu organın hücrelerinin yüzey antijenleri; alıcının bağışık sistemi tarafından algılanmaya hazır hale gelir... Lenfositler, yabancı bir antijenle karşılaştığında, aralarında bu antijene karşı ön eğitim almış olanlar iki türde yanıt verirler:*

1. *Çoğalarak duyarlı hücrelere dönüşür ve aktif olarak antikor imal ederler.*

2. *Yabancı grefe saldırarak hücreleri direkt olarak tahrip edecek T hücrelerine dönüşürler.”* Bkz. TÜREL, s. 9.

“*Bir organizmadan ötekine yapılan transplantasyonlarda tek yumurta ikizleri dışında birtakım immünolojik olaylar başlar ve transplantı nekroza uğratıp iş yaramaz hale getirinceye kadar sürer. Transplantın başına gelen bu olaya rejeksiyon denir. Allotransplantasyon ve ksenotransplantasyonlardaki başarısızlığın nedeni budur.”* Bkz. ALACAN, s. 5.

birbirinden çok farklıdır; genetik eşitlik sadece tek yumurta ikizlerinde bulunur.⁴⁶ Bu açıdan organ transplantasyonlarında, immünoloğun rolü alıcı için en uygun vericiyi seçmek⁴⁷ ve greft nakledildikten sonra alıcının immün reaksiyonlarını modifiye ederek⁴⁸, minör genetik farkların red reaksiyonuna sebep olmasını önlemektir.⁴⁹

H. ALICI - VERİCİ

İnsan kökenli biyolojik maddelerin naklini konu alan sözleşmelerde, taraf olarak genellikle alıcıyla verici bulunmaktadır. Bu kapsamda verici ya da donör, kendisinden organ ya da doku alınan kimsedir.⁵⁰ Vericinin tanımı, İDHY m. 4/1-aa'da “*Doku ve hücrelerin elde edildiği, yaşayan veya ölü her türlü insan kaynağı*” olarak yer almıştır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, verici, ölü ya da yaşayan bir kimse olabilir.

⁴⁶ ALACAN, s. 12.

⁴⁷ İmmün cevabın fazlalığını ve hızını hafifletmek için vericinin ve alıcının doku uygunluğunun tiplendiriminin ve en az farklı antijen kombinasyonlarına sahip olan alıcı seçiminin önem taşıdığı ifade edilmiştir. Bkz. CİCİOĞLU, s. 13. Canlı verici tercihinde biyolojik bağın çok önemli olduğu, aile içerisinde birinci veya ikinci derece verici adaylarının bulunmasının her zaman mümkün olmadığı, birden fazla adayın varlığı halinde majör histokompatibilite testlerinin yapılması gerektiği hakkında bkz. Nevzat BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, in. Doku ve Organ Transplantasyonları, B. 1, Ankara 1993, s. 12.

⁴⁸ Bağışıklık sisteminin tepkileri ve “*Cyclosporine*” adı verilen bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçların geliştirilmesi üzerine yapılan modern çalışmalar, alıcı vücudunda gerçekleşen organ ve doku reddi vakıalarının çözümlenmesinde önemli basamaklar olmuştur. Bkz. Jayapaul AZARIAH, “*Future: Sustainable Bioethics of Policy and Governance Amidst Ethical Dilemmas in Organ Transplantation Through Human Enhancement*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 24; Yeşim ATAMER, “*Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*”, in. MHB, C. 19, S. 1-2, Y. 1999-2000, s. 122-123.

⁴⁹ MÜFTÜOĞLU, s. 3.

⁵⁰ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 53.

Alıcı ise, kendisine organ veya doku nakledilen ya da aşılanaan kişidir.⁵¹

II. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Vücudun bir veya birkaç organının diğere bir vücuda aktarılmasına ilişkin düşünceler asırlardır zihinleri meşgul etmiştir. Yunan mitolojisinde, Mede isimli bir sihirbazın Anchise adlı yaşlı bir adama kan nakliyle gençlik ve kuvvet aşıladığı anlatılmaktadır.⁵² Konuya ilişkin ilk yazmalara, M.S. 300'lerde rastlanmıştır.⁵³

Otogref naklinin en önemli örneklerinden birini, 16. Yüzyıl'da yaşamış İtalyan cerrah Tagliacozzi gerçekleştirmiştir. Son derece ağırlı olan bu ameliyatla tahrip olmuş burun, koldan hazırlanan pediküllü⁵⁴ bir fleple birleştirilmiş ve koldaki

⁵¹ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 56.

⁵² Köksal **BAYRAKTAR**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, B. 1, İstanbul 1972, s. 169.

⁵³ M.S. 348'de Silisy'a'nın Egea kentinde gerçekleştirildiği rivayet edilen ve "siyah bacak mucizesi" olarak adlandırılan anlatı şu şekildedir: "*Cosmas ve Damian ikiz kardeşlerdi. Anadolu'da M.S. 3. Yüzyılda dünyaya geldiler. İlk hıristiyanlardan olan babaları dinsel kökenli bir katliamda öldürüldü. Anneleri Teodata, çocuklarını sevgi ve şefkat dolu bir ortamda büyüttü. Okuma yazma öğrendikten sonra tıp öğrenmek için Suriye'ye gittiler. Cosmas pratisyen, Damian ise cerrah oldu. Silisy'a'da, Egea kentine yerleştiler. Hekimliğe başladılar. Ünlere Egea dışına da yayıldı. Hastalara şifa vermek için şehirler boyunca gezmeye başladılar. Bölge sakinleri, yaptıkları tedavileri mucize olarak kabul etti. Örnek insanlar olarak tanındılar... Azizlere yapılan duadan sonra, kilise fertleri uyudular. Hastalardan bacağı gangrene olmuş biri vardı. Cosmas ve Damian gelerek bacağı kestiler. Cosmas sordu: 'Bu çürümüş bacağı kestik, yerini ne ile dolduralım?' Damian cevap verdi: 'St. Peter kilisesinde ölen bir Etiyopyalı var. Yeni gömüldü. Vücut hala tazedir. İstedığımızı o vücuttan alalım.'* Söylenen yapıldı. Ölen Etiyopyalının bacağı kesildi ve hastaya takıldı. Cosmas ve Damian hastaya bazı yağlar sürdüler. Hasta uyandı, hiç ağrı duymadı. Bacağının eskisi gibi sağlıklı olduğunu gördü. Neşe içinde kalkıp dua etmeye gitti ve Etiyopyalının mezarı başında kendi hastalıklı bacağıını buldu." Bkz. TÜREL, s. 2-3.

⁵⁴ "Pedikül: İki organı ya da beyin bölgelerini birbirine bağlayan beyaz madde içcikleri" şeklinde tanımlanır. Bkz. DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 753.

bağlantı ayrılarak burun rekonstrüksiyonu tamamlanmıştır. Bu yöntemin, günümüzde de kullanıldığı belirtilmektedir.⁵⁵

Literatüre geçen ilk dış nakli, 1771’de John Hunter tarafından yapılmıştır.⁵⁶ Hunter bunun dışında, organ naklini hayvanlar üzerinde denemiş ve bir horozun husyelerini çıkarıp tekrar karnına dikmiştir. Bir başka deneyinde de çıkarttığı bir salgı bezini bir tavuğa nakletmiş ve nakledilen greflerin canlılığını koruduğunu gözlemlemiştir. Hatta bir horozun ibiğine bir insan dişini transplante ettiği ve başarılı olduğu Hunter’in kitabında yer almıştır.⁵⁷ 1770 yılında Misa, ilk tendon⁵⁸ transplantasyonunu gerçekleştirmiştir. 1863 yılında Paul Bert, allogref ve ksenogreflerin otogreflerden farklı olduğunu ileri sürmüştü; 1870 yılında Reverdin, deri greflerinde başarılı olan ilk cerrah olmuştur. Uygulamada deri allogreflerin başarısızlığı üzerine yeni deneyler yapılmış; II. Dünya Savaşı’nda yanık tedavisi gören pilotlara uygulanan kadaverik deri greflerinin neden tutmadığını araştıran Medawar, birincil ve ikincil red yanıtının⁵⁹ bağışık tepkiler olduğunu bulmuştur.⁶⁰ Medawar’ın tavşanlarda yaptığı ve 1944 yılında yayımladığı basit fakat mükemmel planlanmış deneyleri, allogreflere karşı alıcı organizmada uyanan reaksiyonu açıkça

⁵⁵ TÜREL, s. 3.

⁵⁶ GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 558.

⁵⁷ Bkz. Arslan **TERZİOĞLU**, “Organ Transplantasyonu ve Etik”, in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 51.

⁵⁸ Tendon, “Kas iskeletini saran beyaz fibröz şerit olup, bir kası kemiğe tutturun bağ dokudan oluşan bağlantıdır.” Şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 976.

⁵⁹ Aynı alıcıya aynı vericiden alınan başka bir grefin, alıcıda diğer bir bölgeye nakledilmesi durumunda, ilk nakilden olduğundan çok daha çabuk şekilde (5-6 gün) ikinci greft vücuttan atılır. Bu hızlanmış atılım verici için özeldir ve ikinci takım reaksiyonu olarak adlandırılır. Bkz. CİCİOĞLU, s. 5.

⁶⁰ TÜREL, s. 3.

gösterdiği gibi, bu reaksiyonun immünolojik bir olay olduğunu da ortaya koyarak bir çığır açmıştır.⁶¹

20. Yüzyılda en çok uygulanan aktarmalar, kan aktarmaları olmuş ve Landsteiner'in 1911'de önce kan gruplarını sonra da Rh faktörünü bulması ile kan dolaşımı arasındaki bağlantı çözümlenerek, nakillerde daha yüksek oranda başarı sağlanmıştır.⁶² I. ve II. Dünya Savaşları'nda kan aktarmaları çok uygulanmış ve "Rh" faktörünün⁶³ bulunmasıyla nakiller yaygınlaşmıştır.⁶⁴

Cerrahi tekniğin gelişiminde, Alexis Carrel'in 1912'de yaptığı çalışmalar çok önemli olmuştur. Carrel'in damar anastomoz⁶⁵ tekniğinde yaptığı başarılı çalışmalar, vasküler pediküllü greflerin naklini kolaylaştırmış ve daha başarılı sonuçlar elde edilmiştir.⁶⁶

Günümüzde yaygın şekilde gerçekleştirilen böbrek nakilleri konusunda, Macar cerrah Ullman tarafından Viyana'da 1902 yılında hayvanlar üzerinde ilk denemeler yapılmıştır.⁶⁷ Daha sonra 1933 yılında Voronoy tarafından Sovyetler Birliği'nde, ölüden böbrek nakli gerçekleştirilmiştir.⁶⁸ Akrabalar arası ilk başarılı

⁶¹ ALACAN, s. 6.

⁶² BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 170.

⁶³ Rh faktörü, *Rhesus* cinsi maymunların alyuvarlarındaki aglutinojenin keşfiyle, kandaki antijenlerin sınıflandırılmasına dayanan sistemdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 855.

⁶⁴ GÜRİSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 559; şefik GÜNER, "*Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü*", in. AD., S. 5-6, Y. 1975, s. 584; TERZİOĞLU, s. 51.

⁶⁵ Anastomoz tıp literatüründe, "*Aynı yapıda iletim sistemi, özellikle iki damar ya da iki sinir arasındaki bağlantı; iki oluşumun ağız ağıza birleştirilmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 45.

⁶⁶ TÜREL, s. 4.

⁶⁷ Mehmet HABERAL, "*Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları*", in. Doku ve Organ Transplantasyonları, B. 1, Ankara 1993, s. 3.

⁶⁸ SERT – CİHAN, s. 1.

böbrek nakli ise 1953'te Murray tarafından gerçekleştirilmiş ve Murray bundan dolayı 1990 yılında Nobel Ödülü'ne layık görülmüştür.⁶⁹

İlk karaciğer nakli 01.06.1963'te James D. Hardy tarafından Jackson'da; pankreas nakliyse 17.12.1966'da Richard C. Lillehei tarafından Mineapolis'te gerçekleştirilmiştir.⁷⁰ Kalp transplantasyonu 1960'lı yıllarda ABD ve Sovyetler Birliği'nde önce köpekler üzerinde yoğun bir şekilde denenirken, insandan insana ilk kalp nakli 1967 yılında Cape Town'da, Güney Afrikalı cerrah Chris Barnard tarafından Louis Washansky isimli hasta üzerinde denenmiş;⁷¹ bu tarihten sonra insandan insana yapılan kalp nakilleri birbirini izlemiştir.⁷²

Ülkemizdeki organ nakillerinin seyri de diğer ülkelerdeki gelişmelere paralel olarak ilerlemiştir. İlk kalp nakli ameliyatı, 22.11.1968'de gerçekleştirilmiş fakat hasta sadece 18 saat yaşayabilmiştir. İlk nakilden 4 gün sonra da ikinci kalp ameliyatı yapılmış; hastanın durumu ilk başlarda iyi olmasına rağmen, 39 saat sonra hasta yaşamını yitirmiştir.⁷³ İlk başarılı organ nakli ise, 03.11.1975 tarihinde Prof. Dr. Mehmet Haberal ve ekibi tarafından Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nde bir anneden oğluna yapılan sağlararası böbrek nakli olmuştur.⁷⁴ Ölüden ilk böbrek

⁶⁹ TERZİOĞLU, s. 52. Dr. Joseph Murray tarafından Boston'da yapılan ameliyatta, 23 yaşındaki tek yumurta ikizlerinden birinin böbreği diğerine başarılı olarak aktarılmış ve bu operasyon, organ nakli tarihindeki ilk başarılı nakil sayılmıştır. Bkz. ATAMER, s. 121.

⁷⁰ SARIAL, s. 2.

⁷¹ Kendisine nakil yapılan Louis Washansky ancak 19 gün yaşayabilse de; ikinci olarak kalp nakli yapılan hasta Philip Blaiberg 594 gün yaşamıştır. Bkz. TERZİOĞLU, s. 52.

⁷² Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 3. Gerçekleştirdiği bu kalp ameliyatının ardından Barnard, 1973 yılında İtalya'nın Varese şehrinde yapılan bir kongrede o güne kadar 13725 böbrek, 213 kalp, 130 karaciğer ve 32 pankreas naklinin gerçekleştiğini ifade etmiştir. Bkz. SARIAL, s. 2.

⁷³ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 3

⁷⁴ SERT – CİHAN, s. 2. "*Kasım ayı başında adliyede başkatip olan Mehmet Emin Çalışkan'ın 14 yaşındaki oğlu Bahtiyar Çalışkan, 'nefrit' teşhisiyle Hacettepe'ye yatırılmıştır. Hacettepe'de Bahtiyar Çalışkan'ın iki böbreğinin de çalışmadığı görülmüştür. Hasta gencin babası, daha önce üç çocuğunun aynı hastalıktan öldüğünü söyleyerek bu çocuğunun kurtarılmasını istemiştir. Bunun üzerine, Dr.*

nakliyse, Avrupa Transplantasyon Birliği “Europlant” tan getirilen kadavra böbrekle 10.10.1978’de; ilk yerli ölüden böbrek nakli ise aynı ekip tarafından 27.07.1979’da Hacettepe Üniversitesi Transplantasyon Ünitesi’nde gerçekleştirilmiştir.⁷⁵ Ölüden ilk defa karaciğer nakli, 09.12.1988 tarihinde gerçekleştirilmişken; çok az sayıda yapılabilen, akrabalar arası kısmi karaciğer nakli ise 1990 yılında yapılmaya başlanmıştır. Yetişkin hastalara başarıyla uygulanmış olan bu yöntem, halihazırda kronik karaciğer hastaları için alternatif bir tedavi yöntemi niteliğindedir.⁷⁶ İlk defa kornea nakli, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde Prof. Dr. Joseph Igersheimer tarafından 1935 yılında gerçekleştirilmiştir; ilk göz bankası ise Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Cahit Örgen tarafından kurulmuştur.⁷⁷ Gelişen teknikler sayesinde ölkemizde böbrek, kalp, kornea, kemik iliği, deri ve karaciğer ile diğer insan kökenli biyolojik madde nakilleri başarıyla yapılabilmektedir.⁷⁸ Öyle ki geçmişten günümüze ölkemizde yaklaşık 4800 böbrek,

*Haberal harekete geçmiş ve çocuğun annesi Mürüvvet Çalışkan, bir böbreğini vermeyi kabul edince, 3 Kasım tarihinde ameliyat yapılmıştır. Üç saat süren ameliyatın yönetimini Dr. Haberal yapmış, ameliyatta çalışan transplantasyon ekibinde ise, Prof. Yılmaz Sanaç ve Doç. Ümit Saatçı da bulunmuştur. Ameliyat sırasında Bahtiyar Çalışkan’ın iki böbreği çıkarılmış, bunların yerine annesi Mürüvvet Çalışkan’dan alınan bir böbrek takılmıştır. Ameliyattan bir gün sonra takılan böbrek çalışmaya ve kanı süzmeye başlamıştır. Bahtiyar Çalışkan mikroptan arındırılmış özel bir bölüme alınmıştır. Halen bu özel bölümde bulunmaktadır. Çalışkan, devamlı olarak doktor denetimi altında tutulmaktadır. Bahtiyar Çalışkan’ın vücudunun takılan yeni böbreği atıp atmayacağı bir ay içinde belli olacaktır. Ancak, sonucun şimdiden başarılı olduğu, Hacettepe yetkililerince belirtilmektedir. (Milliyet, 20.11.1975) Bkz. **Basında Transplantasyonun 20 Yılı**, B. 1, Ankara 1996, s. 3-4.*

⁷⁵ HABERAL, “Dünden Bugüne”, s. 4.

⁷⁶ HABERAL, “Dünden Bugüne”, s. 6.

⁷⁷ Erdal YÜZBAŞIOĞLU, “Kornea Naklinde Hukuki Sorunlar”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 233.

⁷⁸ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 3.

320 karaciğer, 75 kalp, 1 pankreas, 6000 kornea⁷⁹ ve 600 kadar kemik iliği nakli yapıldığı belirtilmiştir.⁸⁰

Kompozit doku nakillerinin Dünya’da ve ülkemizdeki uygulamaları ise çok daha yenidir. İlk olarak 1998 yılında Fransa’da ve ABD’de gerçekleştirilen el nakillerinden sonra, 27.11.2005 tarihinde Fransa’da ilk kez yüz nakli yapılmış ve uyurken köpeğinin saldırısına uğrayan Isabelle Dinoire isimli hastaya; burun, ağız ve çene nakli yapılmıştır. Kendisine yüz nakli yapılan ikinci kişi, Çin’de bir ayının saldırısında yüzünden ağır yaralanan Li Gouxing olmuştur. Hastaya 2006 yılında burun, üst dudak, yanaklar ve göz kapaklarından bir yüz kısmı nakledilmiş; nakilden sonra vücut direncini artıran ilaçları almaması nedeniyle hasta kaybedilmiştir.⁸¹ Ülkemizde de ilk olarak Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde 25.09.2010 tarihinde ölü vericiden alınan çift kol nakledilmiş; 09.08.2011 tarihinde ise rahim nakledilmiştir. 21.01.2012 tarihinde aynı vericiden iki ayrı hastaya eş zamanlı olarak ilk yüz nakli ile çift kol ve tek bacak nakli yapılmıştır. Bu ameliyatın hemen ardından, hastanın nakledilmiş bacağı tıbbi gerekçelerle alınmak zorunda kalınmış; 03.05.2012 tarihinde ise hasta kaybedilmiştir. 24.02.2012’de Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde, bir hastaya yüz nakli ile bir diğer hastaya iki kol, iki bacak nakli yapılmış; ancak iki kol ve iki bacak nakli yapılan hasta ameliyattan üç gün sonra

⁷⁹ 2012 yılında Türkiye’de toplam 27 göz bankasında 1866 kornea alınmış, bunların 163 tanesi uygun olmadığı gerekçesi ile imha edilmiş, 210 kornea yurtdışından ithal edilmiş, 1913 tane kornea nakli gerçekleştirilmiştir. Nakil için sıra bekleyen 4444 hasta bulunmaktadır. 2013 yılının ilk altı aylık diliminde ise; kornea bankası sayısı 28’e ulaşmış, göz bankaları tarafından alınan kornea sayısı 1834, nakledilen kornea sayısı 1656’ya ulaşmıştır. Nakil sırası bekleyen 4850 hasta mevcuttur. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, s. 232.

⁸⁰ SERT – CİHAN, s. 2.

⁸¹ Bkz. MARTORELL, s. 137-138.

kaybedilmiştir.⁸² 17.03.2012 tarihinde Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde de yüz nakli gerçekleştirilmiştir.⁸³

Tarihsel süreç içerisinde organ ve doku naklinde karşılaşılan en büyük tıbbi sorun organ ve doku uyumsuzluğu olmuştur. Zira naklin başarılı olabilmesi için alıcı vücudunun doku yapısıyla nakledilen greftin yapısının birbirine uygun olması; başka bir ifadeyle, alıcı ile verici arasındaki doku antijenlerinin birbirine benzemesi gereklidir.⁸⁴ Zaman içerisinde uyum sorunlarının giderilmesini sağlamaya yönelik birtakım immünoşüpresif⁸⁵ ilaçlar geliştirilerek, bağışıklık sisteminin greft karşı cevabı bastırılmaya çalışılmıştır.⁸⁶ Ancak, immünoşüpresyon neticesinde beklenmedik bazı yan etkiler ortaya çıkmış ve özellikle aşırı immünoşüpresyon bağışıklık sisteminin çökmesine⁸⁷ neden olmuştur.⁸⁸ Ortaya çıkan başlıca yan etkiler; enfeksiyon, kötü huylu tümör⁸⁹ oluşumu, büyümenin ve yara iyileşmesinin

⁸² Hastanın kaybedilmesinde, alıcı ile verici arasındaki yaş farkının 23 olmasının önemli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Selahattin ÖZMEN, “Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 162.

⁸³ Bkz. ÖZDEMİR, “Kompozit Doku”, s. 219-220. Söz konusu nakilde, orta yüz, burun, 10 tane diş, üst dudak, üst çene nakledilmek üzere alınmış ve alıcının sağlıklı olan yüz kısımları korunmak suretiyle deforme olmuş kısımlar nakil suretiyle onarılmıştır. Yapılan müdahale, Türkiye'deki ilk kemikli ve üç boyutlu nakil olmuştur. Bkz. ÖZMEN, s. 162-163.

⁸⁴ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 4.

⁸⁵ Tıp literatüründe immünoşüpresyon, “Antijene karşı bir organizmanın immünolojik reaksiyonlarının azaltılması ya da ortadan kaldırılması” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 438.

⁸⁶ TÜREL, s. 30.

⁸⁷ Alıcıya grefti zorla kabul ettirmeye yönelik yöntemler olan immünoşüpresyonda, bugün için klinikte nonspesifik immünoşüpresyon metodların uygulandığı, organ ve doku reddini önlerken bütün immün gücünün azaltıldığı, en doğru yöntemin bütün bağışıklık sistemine değil sadece greft karşı olan immün gücünü kaldıracak olan spesifik immünoşüpresyon yöntemlerinin uygulanması olduğu ancak spesifik immünoşüpresyonun henüz klinikte yeterince gelişmediği tıp literatüründe ifade edilmiştir. Bkz. ALACAN, s. 17.

⁸⁸ TÜREL, s. 40.

⁸⁹ “Tümör: Yeni oluşan bir dokudan ve inflamasyondan ayrı nitelikte meydana gelen patolojik oluşumlara verilen ad. Tümörler normal dokulara uyum göstermezler ve kendilerini oluşturan

gecikmesi olarak sıralanabilir.⁹⁰ Sonuç olarak, transplantasyondaki ilerleme, allogref reddindeki bağışık mekanizmanın anlaşılabilmesi nedeniyle uzun süre istenen seviyeye ulaşmamış; cerrahi riskler 1970 yılında %5'e kadar düşürebildiği halde, immünolojik sorunlar önemli bir engel teşkil etmeye devam etmiştir.⁹¹

Organ nakli çok önemli bir konu olmakla birlikte, bugün itibariyle ülkemizde nakillerin yeterince gerçekleştiğini iddia etmek mümkün değildir. Dünya Transplantasyon Birliği'nin 2000 yılında Roma'da kabul ettiği karara göre milyon nüfusa düşen verici sayısı 25'tir. Dünya ortalamasına ilişkin veri bu olmakla birlikte, 2004 yılı rakamlarına göre milyon nüfus başına düşen ölü verici sayıları İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da 13.8 iken; Türkiye'de 2.0'dir.⁹²

III. ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ

Etik, belirli bir toplumda belirli bir zamanda geçerli olan ve kişi eylemlerinin dayanak noktasını oluşturan değerler ve kurallar bütünüdür. En genel anlamıyla, iyinin, iyi olanın ve iyi yaşamın anlamı, iyi ve doğru davranışların doğası ve kaynağı, en iyiye ulaşma yolunda yaşam süren insanlar için iyi yaşamın ne olduğu, doğru ve iyi olan yaşam için hangi seçimlerin yapılması gerektiği konularında cevaplar arayan

uyarının yok olması durumunda bile aşırı seyrine devam eden doku kitleleridir.” Bkz. DÖKMECİ – DÖKMECİ, s. 1017.

⁹⁰ TÜREL, s. 41-43.

⁹¹ TÜREL, s. 6.

⁹² Bkz. Şafak **PARLAK**, “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, in. TBBD., S. 83, Y. 2009, s. 189. Uygulamada bu sayının düşük olmasının hem doktorlar tarafından beyin ölümü bildirimiminin az olması hem de ölenin yakınlarından onay alma oranının düşük olmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa **PAÇ**, “Ülkemizde Organ ve Doku Nakli, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 210.

bir felsefe dalıdır. Ancak etik, tüm insan eylemlerini değil, ahlakilik niteliği taşıyan insan eylemlerini inceleme konusu olarak alır.⁹³ Organ aktarma işlemi ve bunun için gerekli olan organların sağlanması, her şeyden önce önemli ve çözümü zor ahlaki sorunlar ve güçlüklerle karşı karşıyadır.⁹⁴ Bu sorunların çözümü amacıyla⁹⁵ geçmişten günümüze biyo-etik disiplininin ortaya koyduğu ilkeler, konumuz açısından önem arz eder. Sözlük anlamıyla “canlı etiği” anlamına gelen biyo-etik, canlı bilimleri alanında insan tutum ve davranışlarının iyi ya da kötü yönden değerlendirilmesi üzerine yapılan çalışmalardır. Bu açıdan biyo-etik; tıp, sağlık hizmetleri, genetik, biyoloji, araştırma gibi alanlarda ahlak felsefesinin temel kurallarını ifade ederken; tıp etiği ve gen etiği biyo-etikin alt başlıkları olarak ortaya çıkar.⁹⁶ Biyo-etikin alt dalı olan tıp etiği, insan sağlığı alanındaki tutum ve davranışların iyi ya da kötü şeklinde değerlendirilmesi etkinliği olup; doğada mevcut olan tüm organizmaların hayatıyla değil sadece insan hayatıyla ilgilenir.⁹⁷ Bu yönüyle tıp etiği, tıbbi uygulama ve tutumların iyi ya da kötü, doğru ya da yanlış olarak değerlendirilmesi ve bu değerlendirmelerin belirli ilkelere oturtulmasını konu alır.⁹⁸

⁹³ Bkz. SERT – CİHAN, s. 85.

⁹⁴ Nevzat **TOROSLU**, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, in. AÜHFD., C. 35, S. 1-4, Y. 1981, s. 92.

⁹⁵ Belirtilmelidir ki, etiğin sunmuş olduğu çözüm yolları hukuki uyumsuzluklarda bağlayıcı olmayıp, etik ilkelerin bağlayıcı olabilmesi için, pozitif düzenlemelerin içine aktarılması gereklidir. Kanunların yapımında dikkate alınan etik ilkeler, etik davranış kodları haline dönüşerek hukuki uyumsuzluklarda bağlayıcı nitelik kazanır. Bkz. Yener **ÜNVER**, “Türk Tıp Ceza Hukuku’nda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları”, in. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu (17-19 Nisan 2008 İstanbul), İstanbul 2008, s. 337 vd.

⁹⁶ Bkz. Tuğrul **KATOĞLU**, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, in. AÜHFD., C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 158.

⁹⁷ Sevtap **METİN**, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, B. 1, İstanbul 2010, s. 1.

⁹⁸ SERT – CİHAN, s. 86.

Biyo-tıp etiğinin önemli sorunları olarak; kürtaj, ötenazi, kalıtım malzemesinin manipülasyonu, insan üzerinde deneyler, yapay yaşamı üretme, organ nakli, bilgilendirme yükümlülüğü, etik kurullar ve tıbbi kaynakların dağıtımındaki adalet problemi gösterilmektedir.⁹⁹

Organ ve doku nakilleriyle etik arasındaki ilişki belirlenirken, sağlararası nakiller ile ölüden gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin ayrı ayrı incelenmesi ve hayvanlardan gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin de değeriendirilmesi gereklidir.

A. SAĞLARARASI ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ

Geçmişten günümüze sağlararası organ veya doku alınmasının tedavi niteliği taşımasından veya alınan organ veya dokunun kendini yenileyemiyor olmasından hareket eden bazı düşünürler¹⁰⁰ ve yazarlar, organ ve doku naklinin karşısında durmuşlardır. Ayrıca alıcı açısından bağışıklık sisteminin neden olduğu organ ve doku reddinin gerçekleşme riskinin yüksek olması, suni organ ve dokuların geliştirilme imkanı, organ ve doku naklinin karşısında olan görüşlerin önemli gerekçeleri olarak ileri sürülmüştür.¹⁰¹

⁹⁹ METİN, s. 2.

¹⁰⁰ Immanuel Kant'ın özgürlüğe, insanın değerine, ahlaki yükümlülüğün temelini Tanrı dahil herhangi bir dış otoriteye veya insanın arzularına değil de akla dayandığına ilişkin görüşlerinin etkisi, herkesin kendi vücuduna zarar vermemek ve onu korumak yükümlülüğü altında bulunduğunu, insanın onur sahibi bir varlık olduğunu, vücudu ile onun uzantısı olan uzuvlarının da bu onura sahip olduğunu gösterir niteliktedir. Bu esastan yola çıkılarak, organ nakli konusunda Kant'ın, organ satışına karşı olduğu ve kendini yenileyemeyen organların yaşayan kişiler arasındaki naklini insan onuruna aykırı bulduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. METİN, s. 64 vd.

¹⁰¹ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 173-174.

Ancak günümüzün gelişen teknolojisi ve değişen ihtiyaçları, biyo-etğin organ ve doku aktarımlarına olan bakış açısını değiştirmiş ve gelişmelere paralel olarak bu alandaki ilkeler devamlı sorgulanmıştır. Öncelikli olarak, yaşayan bir kimsenin hayati organının transplantasyon için kullanılması, etik açıdan hekimin sağlıklı organa dokunmaması anlamına gelen, “*primum non nocere*” prensibine aykırı olması nedeniyle kabul edilmemektedir.¹⁰² Bu nedenle, özellikle, canlı vericiden organ ve dokuların alınmasında hekimin etik sorumluluğu tartışmaların odağında olmuştur.¹⁰³ Canlıdan organ ve doku aktarımında gönüllülük, naklin, bir başka insana yardım etme ve hayat verme amacıyla yapılması anlamına gelir. Ancak, bir başka yaşamı kurtarmak amacıyla canlı bedene dokunmak yerine kök hücre araştırmaları gibi yeni tıp teknolojilerinden yararlanılması da önemli görülmektedir.¹⁰⁴ Canlı vericinin ne maksatla ameliyat olduğunu bilmesi, yapılan cerrahi işlemin kendisine değilse bile, bir başka insana yarar sağlayacağına inanması, nakillerin etik olarak uygunluk nedenini oluşturur.¹⁰⁵ Bunun haricinde, organ ve

¹⁰² TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 56; David PRICE – Hans AKVELD, “*Living Donor Organ Transplantation in Europe: Re-evaluating its Role*”, in. European Journal of Health Law, Vol. 5, Iss. 1, 1998, s. 22. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015) Yaşayan kişilerden elde edilebilecek organların çoğunlukla karaciğer ve böbrek olması, diğer organların nakle elverişli olmaması gibi nedenler, yaşayan kişiler arasında organ ve doku naklinin kısıtlı bir uygulama olmasında etkindir. Bkz. Ahmet Nezih KÖK, “*Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 212; Ekrem KURT, “*Organ Naklinde Modeller*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 240.

¹⁰³ BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 9.

¹⁰⁴ Bkz. “*Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (24.03.2012)*”, s. 2. (Erişim: http://iris-interaktif.com/Biyoetik/files/raporlar/TBD_OrganNakli_Raporuu.pdf) (23.04.2015)

¹⁰⁵ BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 10. Bu itibarla özellikle sağlararası organ ve doku nakillerinde, hekimin organ veya dokuya mutlak anlamda ihtiyacın bulunduğunu ve naklin başarı ihtimalinin kabul edilebilir düzeyde olduğunu saptaması gerekli olup; diğer bütün tedavi yöntemlerinin organ veya dokuya ihtiyacı olan hasta üzerinde nakilden önce denenmesi ve bunların bir sonuç vermemesi durumunda sağlararası organ ve doku nakline başvurması zorunludur. Bu öngörüde bulunmadan ve mantıklı bir gerekçe sunmadan sağlararası organ ve doku naklini

doku nakilleri, insan varlığının değeri önde tutularak ve insan onur ve kişiliği korunarak; ırk, din, dil, cinsiyet gibi hiçbir ayırım gözetilmeksizin insan temel hak ve özgürlüklerine saygılı biçimde gerçekleştirilmelidir.¹⁰⁶

Aydınlatılmış onam bağlamında gönüllülük, bir hasta hakkı olarak sağlık bakımı ile ilgili, hastanın özgürce ve herhangi bir baskı altında olmaksızın karar vermesi olarak ifade edilebilir.¹⁰⁷ Nakillerde aranan gönüllülük, hastalığın doğası gereği kısıtlanmış seçim, ağrı, duygusal ve psikolojik etmenlerden etkilenebileceği gibi sağlık ekibi ve aile üyelerinden kaynaklanabilecek baskı ve manipülasyonlardan da etkilenebilir.¹⁰⁸ Hekimin, vericinin, organ veya dokularının alınması yönünde aile üyeleri ya da toplumdan baskı gördüğü kanaatine ulaşması halinde, nakli gerçekleştirmemesi önemli olduğu kadar; naklin gerçekleşmeme nedenini ifşa etmemesi ve vericinin kişilik haklarını gözetmesi de çok önemlidir.¹⁰⁹ Bütün bu etkilerden ari olarak, başkalarının ya da bütün olarak insanlığın iyiliğini, mutluluğunu sağlamayı eylemlerinde ilke haline getirmek, kişinin kendi çıkarlarıyla ilgili hususların belirlenmesine izin vermemek olarak ifade edilen altruizm

gerçekleştiren ancak başarılı bir sonuç alamayan hekimin, hem etik hem de hukuki açıdan sorumluluğu bulunur. Bkz. PRICE – AKVELD, s. 23.

¹⁰⁶ Bkz. “Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (24.03.2012)”, s. 2-3; SERT – CİHAN, s. 95.

¹⁰⁷ Ömer **ELÇİOĞLU**, “Böbrek Naklinde Canlı Vericiler: Gönüllülüğü Belirlemede Puanlama ve Derecelendirme Modeli Önerisi”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 36.

¹⁰⁸ ELÇİOĞLU, s. 37; PRICE – AKVELD, s. 28; Hafize **ÖZTÜRK TÜRKMEN**, “Toplum Temelli Etik Yaklaşık Açısından Organ Aktarımları”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 91; Bülent **OKTAY**, “Organ ve Doku Naklinde Etik ve Hukuksal Sorunlar”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 151; Yıldız **ABİK**, “Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 113.

¹⁰⁹ SERT – CİHAN, s. 93.

(özgecilik), nakillerde önem taşır.¹¹⁰ Organ ve doku bağışları, gerçekleştirilen nakillerin en önemli kaynağı olduğu için, bağışın gönüllülük esasıyla ve hiçbir maddi çıkar beklenmeden yapılması gereklidir. Organ nakillerinde, organların ticari amaçla kullanılması tıbbi etik açısından kabul edilmemekle birlikte, özellikle böbrek nakillerinde böbreğe olan büyük gereksinim günümüzde organ ve doku ticareti girişimlerine neden olmakta; bunun bir uzantısı olarak geçmiş yıllarda az gelişmiş veya gelişmekte olan ülke vatandaşlarının organlarının, ticari amaçla kullanılarak gelişmiş ülke vatandaşlarına aktarıldığı bilinmektedir.¹¹¹ Organ nakillerinde, bağışlanan organların alınması, saklanması, kullanılması amaçlarıyla sınırlı olarak yapılan masraflar haricinde, organ veya dokuların ticari satıma konu edilmesi etik

¹¹⁰ Ahmet **ACIDUMAN** – Berna **ARDA**, “*Etik ve Hukuğun Kavşağında Bir Konu: Organ ve Doku Aktarımları*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 83; ELÇİOĞLU, s. 38 vd. Sağlık Bakanlığı nakillerde özellikle akraba olmayan kişiler arasında gerçekleşen organ ve doku nakillerinde altruizm yerine ticari kaygıların ön planda olduğu ifade edilmiştir. Bkz. PRICE – AKVELD, s. 33.

¹¹¹ Şefik **GÖRKEY**, “*Organ Naklinde Organların Ticari Amaçla Kullanılması ve Tıbbi Etik*”, in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 95; METİN, s. 279. “*Ancak bazı ülkelerde (Hindistan, Irak gibi) organ ticaretini engelleyen yasalar yoktur, ya da yeterli değildir. Bu ülkelerde, para karşılığında sağlanan canlı donör kaynaklı böbreklerle yapılan transplantasyonlara sosyal ve etik açıdan bakıldığında, ekonomik sıkıntı içerisinde bulunan fakir insanların, zengin ya da varlıklı alıcılar tarafından istismar edildiğini açıkça görmek mümkündür. Ayrıca bu donörler, kötü yaşam koşullarında ameliyat sonrası dönemde ölüme kadar varan risklere maruz kalmaktadırlar. Maalesef bu insanlar iş bittikten sonra adeta kaderleriyle başbaşa bırakılmaktadırlar. Bu donörlerin pek çoğunda immünolojik çalışmaların yapılmadığı; hatta hepatit, sıtma, tüberküloz, AIDS gibi hastalıkların araştırılmadığı, alıcılarda rejeksiyon oranının komplikasyon ve mortalitenin son derece yüksek olduğu, AIDS nedeniyle ölümlerin görüldüğü bildirilmiştir.* Bkz. BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 18. Kuşkusuz ki bu durumda, insan organlarına duyulan ihtiyacın, organların arzına göre çok daha fazla olması rol oynar. Arz ile talep arasındaki bu dengesizliğin etik olmayan birçok uygulamaya yol açtığı, organ temininin kimileri için bir kazanç yolu olduğu, yakınların verici olmaması halinde, fakir kişilerin organ ticareti yoluyla sömürüldüğü, bu bağlamda Hindistan’ın dünyanın en önemli organ pazarı konumunda olduğu ve bu ticaretin “tıbbi turizm” adı altında gerçekleştirildiği ifade edilmiştir. Bkz. AZARIAH, s. 24; Murat Volkan **DÜLGER**, “*Yasa Dışı Sınır Ötesi Sağlık Sektörü: Organ Ticareti, Taşıyıcı Anelik ve Sperm Bağışı*”, in. SD., İlkbahar 2013, s. 68.

açından kabul edilmemektedir.¹¹² Sağlararası nakillerde aile ve akrabalar arasında dahi¹¹³ gönüllülüğün sağlanmasında güçlükler yaşanabileceği dikkate alındığında, öncelikle ölüden nakillere¹¹⁴ ağırlık verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁵ Nitekim,

¹¹² TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 63. Öğretide, organ ve doku bağışını teşvik amacıyla verici ve verici yakınlarına iş bulunması ve eğitim öğretim kolaylıkları sağlanması ileri sürülmüştür. Bkz. Ayşegül **YILDIRIM KAPTANOĞLU**, “*Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 227-228.

¹¹³ Akraba olmayan kişilerden organ ve dokuların alınmasını Türk Kanunu Medenisi m. 23’ün engellediği, kişinin doğuştan sahip olduğu yaşam ve beden bütünlüğü değerlerinin kişiye karşı da korunması gerektiğinin bu madde kapsamında olduğu; ancak 14.11.1990 tarihinde kabul edilen 3678 sayılı Kanunla, bu maddeye ek fıkra eklendiği ve akraba olmayan kişiler arasında da gönüllülük esasıyla organ naklinin mümkün kılındığı görüşü için bkz. TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 57. Yakın akraba harici kimseler arası gerçekleşen organ ve doku bağışlarının, ticari kaygılarla yapılma ihtimalinin çok yüksek olması nedeniyle, genel olarak kabul görmediği hakkında bkz. Orhan **ARIOĞUL**, “*Türkiye’de Organ Nakli ve Getirdiği Deontolojik Sorunlar*”, in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 93; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 113; Ali Kemal **YILDIZ**, “*Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları*”, in. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu (17-19 Nisan 2008 İstanbul), İstanbul 2008, s. 293; KÖK, s. 215; Cemal Ata **BOZOKLAR**, “*Organ Alma Hakkı ve Hukuk*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 255. Anne, baba, kardeş ya da diğer yakınların organ nakli konusunda fedakarlıkta bulunmadıkları takdirde, hastalarının ölümü nedeniyle kendilerini huzursuzluk ve suçluluk duygusu içinde bulacakları ve bu kişiler için organ bağışının gönüllülük esası içinde gerçekleşeceği hakkında bkz. BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 10-11.

¹¹⁴ Avrupa ülkelerinde organ nakillerinin % 80’inin ölülerden, % 20’sinin yaşayanlardan; Türkiye’de ise nakil için temin edilecek organların % 75’inin yaşayanlar, % 25’inin ölülerden gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Bkz. YILDIZ, s. 277; ABİK, s. 96. Nakil için gerekli olan organ ve dokuların ölülerden daha yüksek oranda karşılanması gerektiği yönünde bkz. KÖK, s. 214; KURT, s. 243; TAŞKIN, s. 61; PRICE – AKVELD, s. 22.

¹¹⁵ Bkz. “*Türk Tabipleri Birliği Organ Aktarımlarına İlişkin Etik Bildirge Sonuç Raporu*”, in. Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeler Çalıştay Sonuç Raporları, B. 1, Ankara 2008, s. 38. (Erişim: http://www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bildirgeler.pdf) (26.04.2015); ÖZTÜRK TÜRKMEN, s. 92; BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 12-13. Sağlararası nakillerin, bu yöntemin sağlık kazandırma konusunda ancak ara bir çözüm olabileceğinin anlatılması gerektiği, bireylerin sağlık sorunlarının toplum yerine akrabaları tarafından çözümlenmeye çalışılmasının çağdaş bir çözüm olmadığı, yapay organların ya da hayvan organlarının güvenle kullanılabilmesi döneme kadar ölülerden yapılacak nakillerin sorunun çözümü için tek yol olabileceği düşünülmektedir. Bkz. ARIOĞUL, s. 93. Karşılaştırmalı olarak elde edilen sonuçlar ışığında, ölülerden veya akraba vericilerden alınan organ ve dokuların nakillerinde, ölüm oranının daha düşük olduğu; ancak akraba olmayan sağlararası nakillerde komplikasyon oranının arttığı, bu gibi sonuçlarla karşılaşmamak için ölülerden gerçekleştirilen nakilleri artırmanın zorunluluk olduğu ve akraba olmayan canlı vericilerden yapılan transplantasyonlar için etik bir düzenlemenin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Ahmet **ÇOKER** – Ercan **OK** – Yaman **TOKAT** – Cüneyt **HOŞCOŞKUN** – Hasan **KAPLAN** – Özdemir

ABD, İsrail, Avusturalya gibi ülkelerde akraba olmayan canlı vericilerden böbrek aktarımının yasaklanması, Avrupa Nefroloji Diyaliz Aktarım Kılavuzunda vericilerin evli olması, yakın arkadaş olması veya üvey anne baba ile altsoyu olması halleri dışında akraba olmayan kişiler arasında naklin kabul edilmemesi, organ ve dokuların ticarete konu olmasının önlenmesi için etik kaygılarla oluşturulmuş kurallardır.¹¹⁶

Hastaya yararlı olmak ve zarar vermemek ilkesi bakımından, sağlararası nakillerde hastanın maruz kalacağı riskler en aza indirilmeye çalışılmalı, riskler hastanın sağlayacağı yararın üstünde olmamalı, insan sağlığı ve esenliği en üstte tutulmalıdır.¹¹⁷ Zarar vermeme ilkesinin sadece verici açısından değerlendirilmesi etik açıdan organ ve doku nakline dar bir çerçeveden bakılması anlamına geleceğinden, bu ilkenin aynı zamanda alıcı açısından da düşünülmesi gereklidir.¹¹⁸ Organ aktarımlarının yapılabilir olmasının şartları ve yaşam hakkının hangi koşullarda zedelenmeyeceği konusunda iki temel ilke önem kazanmaktadır. Bunlar, insanları araç olarak değil, amaç olarak görmek ilkesi ve hiç kimseyi öldürmeden ölecek olan birisini kurtarma ilkesidir. Felsefi açıdan sözü edilen iki ilkeye ters düşen her organ aktarımı, amacı ve sonucu ne olursa olsun insan değerine ve yaşama hakkına aykırı olacaktır.¹¹⁹ Bu kapsamda, kalp, karaciğerin tamamı gibi yaşamı sona

YARARBAŞ, “Ülkemiz Dışında Yapılan Renal Transplantasyonlar”, in. Transplantasyon ve Sorunları, Kongre Tebliğler Kitabı Türkiye Organ Nakli Derneği Birinci Bilimsel Kongresi ve Dünya Yapay Organ, İmmünoloji ve Organ Derneği İkinci Uluslararası Toplantısı (Hacettepe Üniversitesi 20-23 Ekim 1993), Ankara 1994, s. 74.

¹¹⁶ ACIDUMAN – ARDA, s. 86.

¹¹⁷ Bkz. Türk Tabipleri Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu, s. 21; SERT – CİHAN, s. 96. Hastaya yararlı olmak ve zarar vermeme ilkesine, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 59/1-g’ye dayanılarak hazırlanan, Türk Tabipler Birliği’nin Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının “Etik ilkeler” başlıklı 6. maddesinde, “Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir” şeklinde yer verilmiştir.

¹¹⁸ SERT – CİHAN, s. 88-89.

¹¹⁹ ÖZTÜRK TÜRKMEN, “Toplum Temelli Etik Yaklaşık Açısından Organ Aktarımları”, s. 90-91.

erdirecek tek organların alınması etik olarak kabul edilemez. Canlı vericinin, böbrek, karaciğer veya pankreasın bir kısmı gibi organların alınmasına yönelik bir ameliyatın risk ve sonuçlarını göze alması durumunda, tıbbi açıdan da uygun görülmesi durumunda, hekimin tarafların isteğine uygun olarak transplantasyonu gerçekleştirmesi etik açıdan uygundur.¹²⁰ Operasyon öncesi, sırası ve sonrasında hastaya en üst düzeyde tıbbi bakım verilmeli; hem ameliyat esnası hem de ameliyat sonrasında operasyonun başarısı değerlendirilirken; post-operatif tıbbi bakım, organ reddi olasılığı, organların fonksiyonlarının kazanılması gibi etkenler göz önüne alınarak yarar-zarar dengesi kurulmalı ve riskler ağır basıyorsa müdahaleden kaçınılmalıdır.¹²¹

Kişi özerkliği ve aydınlatılmış onam ilkesi, hastanın süreç hakkında tümüyle bilgilendirilmesi, aydınlatılması, hastanın karar sürecine katılması ve bundan sonra yasal izninin alınmasını kapsar. Aydınlatılmış onam alınırken; operasyonun yapısı, muhtemel riskler, beklenen yararlar, bu uygulamaya seçenek oluşturabilecek diğer tedavi yolları, ameliyat sonrası hastayı bekleyen süreç, tedavinin uygulanmaması durumunda ortaya çıkacak muhtemel sonuçlar hastaya açık ve anlaşılır biçimde anlatılmalı ve bunların hasta tarafından doğru biçimde anlaşıldığından emin olunmalıdır. Örneğin, organ nakline seçenek oluşturabilecek protez uygulamaları, varsa kök hücre tedavisi veya diğer teknolojik olanaklar, ameliyat sonrası organ naklini önlemek için bağışıklığı baskılayan ilaç tedavisinin özellikleri anlatılmalı, bu tip tedavilerin insan bünyesinde enfeksiyon ve kanser gibi hastalıklara neden

¹²⁰ BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 11.

¹²¹ Bkz. “*Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (24.03.2012)*”, s. 3.

olabileceği bilgisi verilmelidir.¹²² Aydınlatılmış onam alınırken hastanın özgür ve özerk karar verme hakkına saygı duyulmalı¹²³, herhangi bir baskı ve zorlama söz konusu olmamalı, hastanın önerilen tedaviyi ya da operasyonu reddetme ya da vazgeçme hakkı olduğu, kendisine açıklanmalıdır. Yasal olarak izin verme yeteneğine haiz olmayan vericiler söz konusu olduğunda; onam veya izin yasal temsilcilerden alınmalı ve bu iznin hastanın yararına olması göz önünde bulundurulmalıdır. Organ nakli bekleyen hastaların uzun hastalık dönemi ve toplumsal dışlanma yaşayan bireyler olarak incinebilir olabileceği ya da savunmasız gruplardan veya karar verme yetisi örselenmiş hastalardan olabileceğine dikkat edilmelidir. Bu tür hastaların bilgilendirilmesi ve aydınlatılmasında hekimlerin sorumluluklarının daha da arttığı, daha koruyucu ve kollayıcı davranılması gerektiği unutulmamalıdır.¹²⁴

Sağlararası organ ve doku nakillerinde mahremiyet, tıbbi gizlilik ve özel yaşama saygı ilkesi gereğince, organ ve doku vericisi ve alıcısının bütün kişisel verileri gizli tutulmalı; yazılı ve görsel kitle iletişim araçlarında hasta mahremiyetini çiğneyen, özel yaşamı sergileyen, hasta ve yakınlarının korunmasını zedeleyen beyanlardan kaçınılmalıdır. Hastanın mahremiyetini ilgilendiren bu konuyla ilgili olarak kamuoyunu, bilim çevrelerini ve toplumu bilgilendirme, hastanın izniyle ve

¹²² Bkz. Türk Tabipleri Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu, s. 21-22; BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 12.

¹²³ Uygulamada, hekimlerin daha fazla hastayı tedavi etmesi karşılığında daha fazla gelir elde ettikleri ve özellikle aydınlatılmış onam hakkıyla birlikte hastanın özerkliğine dikkat etmedikleri belirtilmekte ve bu durum eleştirilmektedir. Bkz. ÜNVER, “*Çatışma Alanları*”, s. 364. Organ mafyası, organ ticareti, aile baskısı ve yalnızca organ nakli amacıyla evlenmiş olan eşler arasındaki “eş nakillerinin”, vericinin özerkliğini etkilediği belirtilmiştir. Bkz. Serap ŞAHİNOĞLU, “*Organ Nakli ve Etik Sorunlar*”, in. Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-5 Mayıs 2013 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Ankara 2014, s. 203.

¹²⁴ Bkz. “*Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (24.03.2012)*”, s. 3; BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 12.

bilgisi dahilinde yapılmalıdır.¹²⁵ Basın yayın organları, haberlerde ve basına yapılan açıklamalarda organ bağışını özendiren, kamuoyunu aydınlatan, hasta mahremiyetine saygı gösteren ifadeler kullanılmalı; açıklamalar, nakli gerçekleştiren merkezin reklamına yönelik veya ekipler arası rekabet izlenimi veren ve hasta yararını göz ardı eden biçimde olmamalıdır.¹²⁶

Pek çok ülkede hazırlıkları tamamlanarak uygulamaya geçmiş olan biyobankalar, etik açıdan birtakım sorunları doğurmaktadır. Tanım olarak, veren veya kendisinden alınan kişinin veri ve bilgileriyle bağlantılı olan veya bunlarla ilişkilendirilebilecek bilgilerin taşıyıcısı olarak insan bedeni parçalarından organ, doku, DNA, protein, kan veya başka bir vücut sıvısının toplandığı bankalara biyobanka denir.¹²⁷ Biyobankalar, biyomedikal araştırmalar için yeterli sayıda örneğin elde edilmesine, yeniden örnek alınmaksızın aynı örnekte çeşitli testlerin uygulanabilmesine ve yıllar boyunca gerektiğinde analizlerin tekrarlanabilmesine olanak sağlar. Genetik hastalıklarda tanı ve klinik takip, genetik epidemiyolojik çalışmalar, işlevsel genombilim çalışmaları, tanı ve tedavi araçlarının geliştirilmesi, farmakogenomik ve ilaç tasarımı, hücresel ve gen tedavileri gibi çalışmalar; kişiler, aileler veya toplumdan elde edilen ve biyobankalarda bulunan sağlıklı veya patolojik örnekler üzerinde yürütülebilir.¹²⁸ Bu önemli işlevlerine rağmen, kişilerden alınan ve biyobankalarda muhafaza edilen biyolojik maddelerden, kişilerin sağlığı ve yaşam

¹²⁵ Bkz. Türk Tabipleri Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu, s. 22; SERT – CİHAN, s. 96. Uygulamada her ne kadar organ ve doku bağışını özendirmek amacıyla yapılsa da, organ ve doku nakline ilişkin medyada yer alan bazı haberlerin; sır saklama ve özel yaşama saygı ilkesini zedelediği ve alıcının vericiye karşı manevi olarak ezilebileceğinin göz ardı edildiği ifade edilmektedir. Bkz. ŞAHİNOĞLU, s. 204.

¹²⁶ Bkz. “Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (24.03.2012)”, s. 3-4.

¹²⁷ ÜNVER, “Çatışma Alanları”, s. 369-370.

¹²⁸ Meral ÖZGÜÇ – Ayşe YÜZBAŞIOĞLU, “Biyobankalar ve Etik”, in. İKUD., S. 22, Y. 2009, s. 13.

biçimi hakkında bilgiler edinilebilmesi mümkün olduğu gibi; kişilerle ilişkilendirilebilecek genetik, biyokimyasal, psikolojik ve morfolojik bilgilerin de ele geçirilme tehlikesi mevcuttur.¹²⁹ Özellikle genetik örnek ve bilgilerin saklandığı biyobankalarda, hassas veri niteliğindeki kişisel verilerin¹³⁰ ayrımcılığa yol açmaması, kişilerin işveren veya sigortacılar gibi üçüncü şahıslar nezdinde korunması önemlidir.¹³¹ Bu itibarla öncelikli olarak kötüye kullanmaların önüne geçilebilmesi için veri yönetimi, gizlilik ve kişilerin mahremiyetinin korunmasına yönelik olarak düzenlenmeli; kişisel verilerin ele geçirilmesi tehlikesine karşı, organ ve doku ticareti, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, göreve ilişkin sırrın açıklanması, özel hayatın gizliliğini ihlal, görevi kötüye kullanma gibi suç tipleriyle bağlantılı olarak konuya ilişkin normlar oluşturulmalıdır.

Nakillerde etik kurulların da rolleri önemsenmelidir. Etik komisyonların oluşturulması ve işletilmesi yeni bir uygulama olmakla birlikte, Hipokrat'ın yemininde belirttiği gibi bu komisyonların, “*en iyi bilgi ve vicdan*”a sahip olarak hastayı zararlardan koruma amacı ve işlevi vardır.¹³² Zira sadece biyomedikal bir olgu olarak nitelendirilemeyecek konunun; psikolojik, sosyal ve etik boyutları da göz önünde bulundurularak bütünsel ve doğru bir değerlendirmenin yapılmasında etik kurullar çok önemli rol oynamaktadır. Tıbbi uygulamalar nedeniyle ortaya çıkan etik

¹²⁹ Bkz. ÜNVER, “Çatışma Alanları”, s. 370.

¹³⁰ Belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanan kişisel veriler içinde, “hassas kişisel veri” olarak adlandırılan ve özel koruma gerektiren bazı veri türleri bulunur. Hassas kişisel verilerin özel olarak korunmasındaki hareket noktası, bu verilerin hukuka aykırı ve keyfi bir şekilde toplanmasının, saklanması, işlenmesinin ve yayılmasının doğurabileceği zararın daha büyük olduğu düşüncesidir. Kişilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin de hassas veri olduğu ve özel olarak korunması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Elif KÜZECİ, Kişisel Verilerin Korunması, B. 1, Ankara 2010, s. 102-103.

¹³¹ ÖZGÜÇ – YÜZBAŞIOĞLU, s. 15.

¹³² Bkz. ÜNVER, “Çatışma Alanları”, s. 366.

ikilemleri ve sorunları, evrensel ilkeler ve normlar ışığında ele alarak çözümlenmesine ilişkin öneriler getiren, farklı disiplinlerde çalışmalar yapan uzmanlardan¹³³ oluşan, olguları sistemli ve sürekli biçimde inceleyerek görüş oluşturan, tavsiye niteliğinde kararlar alan etik kurullar; klinik ortamda sağlık çalışanları için olguların çok yönlü değerlendirilmesi, önceliklerin saptanması ve etik çözümlemenin yapılabilmesinde vazgeçilmez danışma organlarıdır. Organ ve doku nakillerinde gerek araştırma etik kurullarından gerekse hastane etik kurullarından, sağlık çalışanlarının bilimsel ve etik yönden doğru kararlar almasına ışık tutacak yapılar olarak yararlanılması önemli ve değerlidir.¹³⁴

Sağlararası organ ve doku nakillerinde etik açıdan özellik arz eden transplantasyonlardan ilki, fetal doku ve hücre transplantasyonudur. Diyabet tedavisinde, fetal pankreatik hücre transplantasyonu ve Parkinson, Alzheimer gibi nörodejeneratif hastalıkların tedavisinde, dopamin sentezleyen fetal nöronal hücre transplantasyonu gerçekleştirilmektedir. Fetal hücreler, terapötik ya da medikal abortus endikasyonları içerisinde düşünülen 14-32 haftalık fetüslerden sağlanmaktadır. Fetal doku ve hücrelerinin elde edilmesinin çok hızlı ve kolay olmasının yanı sıra, alıcıda herhangi bir red yanıtı yaratmaması bir başka olumlu tarafıdır.¹³⁵ Bu hücre ve dokuların transplantasyon amaçlı kullanılmasında etik açıdan bir sorun olmamakla birlikte, bir çıkar karşılığında fetal dokuların sağlanması

¹³³ Konularına göre etik kurullarda; klinisyen doktor, klinik farmakolog, tıp doktoru farmakolog, eczacı, biyokimya uzmanı, patalog, tıbbi deontoloji uzmanı ve hukukçuların bulunmasının önemli olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER, “Çatışma Alanları”, s. 365.

¹³⁴ Bkz. Türk Tabipleri Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu, s. 23.

¹³⁵ Maria **CANELLOPOULOU-BOTTIS**, “A New Law on Organ Donation in Greece: One More Effort to Advance Transplants”, in. European Journal of Health Law, Vol. 7, 2000, s. 431. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

amacıyla, elektif olarak gebeliğin sonlandırılması etik yönden¹³⁶ kabul edilemez. Bunun haricinde, elektif kürtaj kaynaklı fetüs dokularının nakil amaçlı kullanılmasının, elektif kürtaj sayısını artırma ihtimalinin çok fazla olduğu, yapılan müdahalenin annenin aleyhine olabilecek değişikliklere yol açabileceği düşünülmektedir.¹³⁷ Fetal doku transplantasyonları tek başına alındığında, tıbbi bir ihtiyaçla yapılması şartıyla etik açıdan kabul edilebilir olmakla birlikte; elektif kürtaj konusu toplumların çoğunda tartışmalıdır. Etik dışı kürtajlara meydan vermemek adına, fetal dokuların kullanılmasına ilişkin bilgilerin verilmesinde elektif kürtajı özendirici ifadelerden kaçınılması, tedavi edici veya tıbbi endikasyonlu kürtajlarda, fetal doku bağışının kürtaj için verilen muvafakat belgesinden sonraya bırakılması, elektif kürtajlar için ileri sürülen nedenler arasında fetal doku bağışının yer alması halinde kürtaj izninin verilmemesi ve elektif kürtaj için düzenlenen muvafakat belgesinde hamile kadının fetal doku bağışı amacıyla kürtaj yapmadığını beyan etmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁸

Sağlararası nakillerde önem arz eden diğer bir nakil türü ise anensefalik vericilere ilişkin etik sorunlardır. Bu kimseler, doğuştan büyük beyin ve onun bazı kısımları olmadan doğmakta, fizyolojik anlamda beyinleri olmadığı için bu kişilerden organ veya doku alınmasının etik açıdan uygun olup olmadığı

¹³⁶ Kısırlık tedavisi tekniklerinin uygulanmasıyla ilişkili olarak ortaya çıkan çoğul gebeliklerde bir ya da birden fazla fetüsün, kalanların gelişimine izin verilerek çocuk düşürme suretiyle sonlandırılması fetal (embriyo) redüksiyonu olarak tanımlanır. Çoğul gebeliklerin bu şekilde kısmi olarak sonlandırılmasıyla ilgili etik ve hukuki tartışmalar için bkz. Tuğrul **KATOĞLU**, “*Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması*”, in. Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. 2 Kamu Hukuku, GÜHFD., Y. 3, S. 2, 2004, s. 272 vd.

¹³⁷ BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 23; TAŞKIN, s. 96.

¹³⁸ BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 24.

tartışılmaktadır.¹³⁹ Anensefalik yeni doğanlarda durum kürtajla elde edilen fetüslerden farklı olup; burada % 50 oranında canlı doğum olduğu, canlı doğanların üçte ikisinin birkaç saat, geri kalanlarının ise birkaç gün içinde öldüğü bilinmektedir.¹⁴⁰ Salt tıbbi etik yönünden, anensefalik yeni doğanların da beyin ölümü kriterlerine göre değerlendirilmeleri gerektiği savunulmakla birlikte¹⁴¹, anensefalik vericiler konusunda yeknesak bir değerlendirme mevcut değildir.¹⁴²

B. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE ETİK İLİŞKİSİ

Kalp, karaciğer gibi hayat için gerekli olan ve çift olmayan organlar yalnızca ölümlerden alınarak, bunların nakli gerçekleştirilebilir.¹⁴³ Bugün için organ ve doku nakilleri, daha çok tıbbi endikasyonun¹⁴⁴ bulunması dolayısıyla hastaları iyileştirme amacına yönelik olarak ölümlerden gerçekleştirilmektedir.¹⁴⁵

¹³⁹ TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 64. “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, ancak hastane bebeğin beyin hücreleri olup olmadığı, dolayısıyla organ bağışının söz konusu olup olmayacağı konusunda tereddüt etmiştir. Hastanenin başvurduğu mahkeme, ölümün yakın ve kaçınılmaz bir sonuç olduğu gerçeğine rağmen nakle izin vermemiştir.” Bkz. Hakan **HAKERİ**, Tıp Hukuku, B. 10, Ankara 2015, s. 373.

¹⁴⁰ BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 24.

¹⁴¹ Bkz. ATAMER, s. 141.

¹⁴² BİLGİN, “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, s. 25.

¹⁴³ TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 58. Günümüz tıp uygulamasında; böbrek ve karaciğer hem canlı kişilerden hem de ölümlerden alınabilirken; kalp, akciğer, pankreas, ince bağırsak ve kornea yalnızca ölümlerden alınabilmektedir. Bkz. KAPTANOĞLU, s. 224.

¹⁴⁴ Tıbbi müdahalenin, tıp bilimine göre zorunlu olması şartına “tıbbi endikasyon şartı” denilmektedir. Bkz. Hakan **HAKERİ**, Tıp Hukuku El Kitabı, B. 8, Ankara 2014, s. 188.

¹⁴⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 69.

Tıbbi etik ve hukuk açısından en önemli hususlardan biri, sağlığında yazılı veya sözlü olarak organının bağışlanması yönünde rıza gösterenlerden organ alınmasıdır. Yaşamı esnasında organ bağışına karşı olanlardan kesinlikle organ alınmaması gereklidir.¹⁴⁶ Kişinin olumlu ya da olumsuz beyanına rağmen, öldükten sonra organ veya doku alınmasına ilişkin kararın ölenin ailesine ya da üçüncü kişilere bırakılması özerkliğe saygı ilkesine aykırıdır. Kişinin, ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına yönelik olarak herhangi bir irade beyanı yoksa, yakınlarının izniyle organ ve doku alınabilmesi mümkün olmalıdır.¹⁴⁷ Bununla birlikte uygulamada, kişinin ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmasına yönelik bir irade beyanı bulunmasına rağmen, sağlık çalışanlarının sorumluluk altına girmek istememeleri veya psikolojik etkenlerden dolayı, ivedi olarak karar verilmesi gereken organ veya doku alımı hususunda çekingen kaldıkları veya ölenin yakınlarından izin alma yoluna gittikleri görülmektedir.¹⁴⁸

Herhangi bir yakını olmayan, doğal afetler veya trafik kazalarında ölenlerden, o anda başka bir kişinin hayatını kurtarmak için herhangi bir ölüme bağlı tasarruf ya da irade beyanı aranmaksızın, organ ve doku alınması etik açıdan tartışmalıdır. Bu

¹⁴⁶ TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 58.

¹⁴⁷ Bkz. “*Türk Tabipleri Birliği Organ Aktarımlarına İlişkin Etik Bildirge Sonuç Raporu*”, s. 39.

¹⁴⁸ Bkz. Mark NADEL – Carolina NADEL, “*Using Reciprocity to Motivate Organ Donations*”, in. Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics, Vol. 1, 2005, s. 297-298. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015) Ölüden organ bağışı konusunda aile ya da yakınlardan izin gerekliliğinin, uygulamada “aile üyelerine sorma hatası” olarak adlandırıldığı, Fransa’da hekimlerin yasal olarak, ölenin yakınlarının rızasını almaksızın organ veya doku alma konusunda yetkilendirildikleri ancak uygulamada hiçbir hekimin bu inisiyatifi almadığı, ölenin yakınlarına sorulduğunda ise çoğu defa organ ve dokuların alınmasına rıza göstermedikleri belirtilmektedir. Bkz. Maxwell MEHLMANT, “*Presumed Consent to Organ Donation: A Reevaluation*”, in. Case Western Reserve University School of Law Faculty Publications, Vol. 1:31, 1997, s. 40 (Erişim: <http://heinonline.org>) (25.02.2015); ÖZTÜRK TÜRKMEN, s. 93; OKTAY, s. 152. Ülkemizdeki kanuni düzenlemeler bu yönde olmasa da; Belçika, İngiltere gibi ülkelerde aksine beyan olmadıkça tüm bireylerin potansiyel bağışçı olduğuna dair kanunların çıkarılmasının, aile kararının önemini kaldırdığı ifade edilmektedir. Bkz. OKTAY, s. 151

konuda yapılan bilimsel tartışmalarda; her ne kadar başkasının hayatını kurtarma amacıyla bu tür müdahaleler gerçekleştirilse de, ölenin kendi vücudu üzerinde hak iddia edememesinin, bireysel otonomi ilkesiyle bağdaşmadığı görüşü ileri sürülmüştür.¹⁴⁹ Bunun karşısında yer alan görüş ise, kişinin ölümünden sonra organlarını bağışlamama yönünde açık bir itirazı olmadıkça, başka yaşamların kurtarılması için organların kullanılmasının haklı olabileceği yönündedir. Ayrıca devletin, ölen kişinin ya da akrabalarının isteğini dikkate almaksızın ölen kimseler üzerinde otopsi gerçekleştirebildiği, otopsiyle elde edilmek istenen amacın organ nakliyle ulaşılmak istenen amaca göre daha önemli olmadığı, ölüm sebebini ortaya çıkarmak için otopsinin zorunlu olduğu dikkate alındığında binlerce insanın hayatını kurtaracak olan organ ve dokuların kullanıma açılmasının etik açıdan uygun olabileceği ifade edilmiştir.¹⁵⁰

Ölüden organ ve doku alınmasında en tartışmalı konulardan biri de, ölümünün belirlenmesi noktasındadır. Tıbbi müdahale ve tedaviye izin verme hakkı gibi, “hayatın sürdürülmesini amaçlayan tedaviyi reddetme hakkı” da bireyin kendisi hakkında karar hakkının bir görünümüdür. Böylece, herkesin, başka insanların müdahalesi olmaksızın insan onuruyla ölme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁵¹ Biyoloji ve tıp biliminin ortaya koyduklarının aksine, nakil amaçlı organ alımının yapılabilmesi için ölüm zamanının bir “an” olarak belirlenmesi zorunluluğu karşısında, hukukta bir insan ya sağ ya da ölü olarak kabul edilebilir ve

¹⁴⁹ TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 59.

¹⁵⁰ Adnan ATAÇ – Muharrem UÇAR, “*Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar*”, in. *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları*, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 677.

¹⁵¹ Ergun ÖZSUNAY, “*Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*”, in. Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 36.

ara kademelerin düzenlenmesi olanaksızdır. Bu noktada, hukuk açısından ölüm; hayatın geri dönülemez, mutlak, nihai ve manipüle edilemeyecek bir şekilde sona ermesidir. Oysaki biyolojik anlamda ölümün bir “an” değil; süreç olduğu kabul edilen bir gerçekliktir.¹⁵² İlk zamanlarda “ölüm” kavramı, ruhun bedeni terk etmesi şeklinde tanımlanarak; bilimsel açıdan ispatı imkansız bir içerikte olmuştur. Yalnızca son nefes verilmesiyle hayatın sona ereceğine ilişkin açıklamalar, insanlık tarihinin başından beri dokunulmaz ve tartışılmaz bir kabul olarak tekrarlanmıştır.¹⁵³ Aktarma işlemleri için gerekli olan organ ve dokuların çoğunlukla ölümlerden sağlandığı dikkate alındığında¹⁵⁴, aktarma işleminin başarıya ulaşmasında kendisinden organ ve doku alınanın ölmüş olmasına rağmen, alınan organ ve dokunun canlılığını muhafaza etmesi zorunludur. Yani organ ve doku alma işleminin, ölümün hemen ardından ve geri döndürülemez şekilde öldüğü kabul edilen ve suni şekilde yaşatılan birisi üzerinde gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Bu durum, her şeyden önce ölümün ne olduğu ve bunun nasıl tespit edileceği sorunlarını ortaya çıkarır.¹⁵⁵ Ölüm konusunda literatürde iki farklı anlayışın bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki klasik ölüm anlayışıyken; diğer beyin ölümü anlayışıdır. Önceleri klasik ölüm anlayışının etkisiyle ölüm, kişinin canlılığını sağlayan ve dolaşım, solunum ve sinir sistemi

¹⁵² METİN, s. 263; Hans-Ludwig **SCHREIBER**, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”(Çev. Dr. Ali Kemal Yıldız), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2 Tıp ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2004, s. 152-153; ATAMER, s. 134-135. “Ölüm ancak adım adım oluşmaktadır. Bir kısım dokular en önce ölür; diğerleri en son ölür. Öyle ki, ölüm bir an değil, fakat bir periyoddur.” Bkz. TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 107.

¹⁵³ Arif **BİLGİN**, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul Barosu Mecmuası, B. 1, İstanbul 1968, s. 7; Esin **KAHYA**, “Tarih ve Etik Açısından Canlı Anlayışının Değerlendirilmesi”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 74; Cemal Ata **BOZOKLAR**, “Beyin Ölümünün Anlamı”, in. TıpHD., C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 70.

¹⁵⁴ Bkz. ARIOĞUL, s. 92.

¹⁵⁵ TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 104.

fonksiyonlarından meydana gelen büyük hayat fonksiyonunun durması şeklinde tanımlanmaktaydı.¹⁵⁶ Bu anlayışta; solunum, dolaşım ve beyin fonksiyonlarının kalıcı olarak durmasıyla birlikte başlayan ölüm, hücrelölümle sonlanır ve bu süreç bedenin değişik bölge ve organlarında farklılıklar gösterir.¹⁵⁷ Öncelikle kalp atışının sona ermesine bağlı olarak vücutta kan dolaşımının durması ve solunumun durması sonucunda oksijenin hücrelere taşınmaması klasik ölüm anlayışına göre ölüm tanısının konmasında önem arz eder.¹⁵⁸ Ancak zaman içerisinde ölümün solunum, kalp durması veya dolaşım sistemi yoluyla tanımlamanın yanlışlığı¹⁵⁹ ve güvenilir olmadığı anlaşılmış ve beyin ölümü anlayışı kabul edilmiştir. Beyin ölümü anlayışına göre, ölüm beyin hücrelerinin ölmesi anından itibaren yavaş yavaş başlamakta ve devam etmektedir. Burada, beynin ölümü değil; beynin vücudu

¹⁵⁶ BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 183; ÖZSUNAY, s. 37.

¹⁵⁷ METİN, s. 263.

¹⁵⁸ Jeffrey **BAKER**, “*Liability and the Hearth Transplant*”, in. Houston Law Review, Vol. 6, 1968-1969, s. 91.

¹⁵⁹ Solunumun durmasından itibaren 4 dakika kadar bir sürede, beynin canlılığını koruduğu; chlorpromazin, phenergan, thiouracil gibi ilaçların kullanımıyla organizmanın oksijen kullanma ihtiyacının kısıldığı, bu sayede hücrelerde depolanan enerjinin bir süre daha yeterli olduğu gerekçeleriyle solunumun ölümü tanımlamada yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Kalbi değiştirilen veya yeni kalp takılan hastanın ölü sayılamayacağı, soğuk suda boğulan bir kişinin kalbinin durmasından itibaren 10 dakikalık süre içerisinde hayatta kaldığının görüldüğü, kişinin kalbi yeniden çalıştırılmasa dahi kalp durması ile beyin faaliyetlerinin sona ermesi arasındaki sürede ölü sayılamayacağı nedenleriyle ölümü kalp durmasıyla da tanımlamanın uygun olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde kan dolaşımı, hücrelerin canlılığını korumada önemli bir mekanizma olmasına rağmen, kan dolaşımının durmasının hemen sonrasında beyin faaliyetlerinin sürmesi, dolaşımın devamına rağmen hücrelerin yaşamını yitirdiği zehirlenme gibi vakıaların olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. BİLGİN, Hayat İçin, s. 10 vd. Son zamanlarda ilerleyen imkanlarla kalbin çalıştırılabilmesi veya solunumun yapay olarak gerçekleştirilebilmesinin beyin ölümü anlayışının kabul edilmesinde önemli olduğu hakkında bkz. Nurhan **AVMAN**, “*Ölümün Tarifi, Ölüm Kriterlerinin ve Şahsın Ne Zaman Feda Edilebileceğinin Tespiti*”, in. Türkiye Transplantasyon Derneği, Ankara 1. Transplantasyon Simpoziumunda Sunulacak Tebliğ Özetleri (Ankara 26-28 Mart 1970), Ankara 1970, s. 11. Tıp alanındaki gelişmelerin neticesinde hastaların; ilaçlar, elektrik şok, açık veya kapalı kalp masajı ve suni solunum gibi reanimasyon yöntemleri sayesinde hayata döndürülebilme imkanı karşısında klasik ölüm anlayışının sorgulandığı hakkında bkz. METİN, s. 263.

yönetim yeteneğini kaybedip kaybetmediği önem arz eder.¹⁶⁰ Zira insan vücudundaki fonksiyonların devam etmesi kadar bu fonksiyonların birbirleriyle koordinesi; beynin yönetim yeteneğiyle mümkün olduğu için, ölümü bu kritere göre tanımlamak daha doğrudur.¹⁶¹ Bundan hareketle insan beyninin, yönetim imkan ve kabiliyetini tamamen ve irreversibl olarak kaybetmesi beyin ölümü olarak tanımlanmıştır.¹⁶² Organ aktarımıyla birlikte gündeme gelen ve nispeten yeni bir klinik kavram olan “beyin ölümü” kavramı, 1968’de Harvard Tıp Fakültesinde özel bir transplantasyon komitesince tanımlanmış ve birtakım ölçütler oluşturulmuştur.¹⁶³ 1970’li ve 1980’li yıllarda, ABD ve diğer ülkelerde, beyin ölümüne ilişkin ölçütler ve standartlar açıkça belirlenmiş ve bütün ölçütlerde beyinsel ölüm bakımından üç klinik bulgu üzerinde uzlaşıya varılmıştır. Bunlar; koma, soluk alıp vermenin kaybolması ve beyin sapı reflekslerinin yokluğudur.¹⁶⁴ Yıllarca süren tartışma ve çalışmalardan sonra ulaşılan bu kriterlere uygun hareket edildiğinde ölümün tam ve kesin olarak saptanabilir bir

¹⁶⁰ BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 184.

¹⁶¹ BİLGİN, Hayat İçin, s. 16.

¹⁶² BİLGİN, Hayat İçin, s. 19; GÜRZUMAR, s. 375; TERZİOĞLU, “Organ Transplantasyonu ve Etik”, s. 60; BOZOKLAR, “Beyin ölümünün”, s. 70.

¹⁶³ Nuket Örnek **BÜKEN** – Erhan **BÜKEN**, “Brain Death in Organ Donation: Its Jurisprudence and Bioethics in Turkey”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 7 vd. Ortaya konan başlıca ölçütler; bilincin tam kaybı, kendiliğinden görülen hareket ve kasılmaların yokluğu ve tüm ağırlı uyaranlara yanıt almamaması, kendiliğinden solunumun bulunmayışı ve spontan solunumun olmadığının apne testi uygulaması yapılarak solunum aleti 3 dakika süre ile kapatıldığında hastanın spontan solunumunun geri dönmemesi, beyinsapı ve omurilik reflekslerinin tamamen kaybolması, teknik olarak iyi kayıt edildiğine emin olunan bir EEG (Beyin Grafisi) cihazında on dakika boyunca düz çizgi alınarak hiçbir aktivitenin olmayışının teyidi ya da daha sağlıklı olarak beyin sapı elektrik aktivitesinin kaydedilmesidir. Bkz. METİN, s. 264-265. Ülkemizdeki tıp uygulamasında, bilgisayarlı beyin tomografisi, beyin sintigrafisi, EVOK ve EEG, farklı aralıklarla klinik bulgular yoluyla ölüm tanısının konulduğu belirtilmektedir. Bkz. BİLGİN, “Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü”, s. 16.

¹⁶⁴ ÖZSUNAY, s. 38.

olgu olduğu; bu ölçütler dahilinde, uzun süreli koma hastaları, bitkisel hayata¹⁶⁵ girmiş kişiler ve neokortifikal fonksiyonları kaybolan kişileri ayırmanın mümkün olabileceği ifade edilmiştir.¹⁶⁶ Ancak beyin ölümü anlayışına karşı getirilen birtakım eleştiriler olmuştur.¹⁶⁷ Öncelikle ortaya konan kriterler gereğince, beyin ölümü tanısının konabilmesi çok zordur. Örneğın, koma halinde hastaneye getirilmiş bir hastanın bu durumunun ilaçlara bağlı olmadığıın kesin olarak gösterilebilmesi zaman alıcıdır. Bu olasılık tam olarak dışlanmadan, bütün beyin fonksiyonları durmuş olsa dahi, kişi ölmüş olarak kabul edilemez. Ayrıca ölüm tanımında beyne bu kadar ayrıcalıklı bir yer vermenin haklı nedenleri olsa da; nabızı atan, soluk alan, sıcak tenli bir insanın ölü olarak kabul edilmesi hem bazı hekimler¹⁶⁸ hem de hasta

¹⁶⁵ Beyin ölümü ile bitkisel hayat kavramlarının birbirlerinden farklı olduğu, bitkisel hayattaki hastaların beyin sapının kanlanmasının bozulmadığı ve bu sayede solunumun devam ettiği, bitkisel hayata girmiş hastaların ender de olsa iyileşebildikleri; beyin ölümünde ise beyin sapındaki kanlanmanın bozulması nedeniyle geriye dönmenin mümkün olmadığı, solunumun ancak destek makineleriyle sürdürülebildiği, beyin ölümü tanısı konmuş kişilerin yaşamlarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. KAPTANOĞLU, s. 226; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 115-116; Şahin AKINCI, “Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 138-139. Bitkisel hayata girmiş kişilere, yaşamı devam ettirici tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağıın tartışmalı olduğu belirtilmekle birlikte; bu tür durumlarda hastanın yakınlarının iznini almak suretiyle tedaviyi sonlandırmanın, hekimin hastayı *a priori* ölü kabul edip tıbbi desteği sona erdirmesine göre daha doğru bir uygulama olacağı ifade edilmiştir. ATAMER, s. 140.

¹⁶⁶ BÜKEN – BÜKEN, s. 9.

¹⁶⁷ ÜNVER, “Çatışma Alanları”, s. 358.

¹⁶⁸ Almanya’da 1992 yılında bir trafik kazası sonucunda tıbbi açıdan beyin ölümünün gerçekleştiği tespit edilen dört aylık hamile bir kadının, dölütün gelişmesini tamamlayıp sezaryenle doğurtulmasına kadar yaşamsal fonksiyonlarının suni olarak sürdürülmesinin denendiği, bunun beş haftalık süre boyunca başarıyla devam ettirildiği, daha sonra annenin ateşinin çıkması ve akciğer iltihabına bağlı komplikasyonlar sonucu çocuğun öldüğü görülmüştür. Ancak nüfus memuru, beyin ölümü gerçekleşen anneyi ölü olarak kaydetmeyi reddetmiştir. Aksi takdirde doğma ihtimali olan çocuğun bir ölüden doğduğunu kabul etmek gibi çelişkili bir sonuca düşülmesi söz konusu olmuştur. Çocuk doğmamış olsa da, yaşanan bu olay üzerine, hukuk çevrelerinde kadının ölü kabul edilip edilemeyeceği tartışılmaya başlanmış ve beyin ölümü kriterleri de sorgulanır olmuştur. Bkz. ATAMER, s. 116-117.

yakınları için oldukça güçtür.¹⁶⁹ Biyolojik ölümle beyin ölümünün ardı ardına gerçekleşen vakalar olduğu, kalbin durmasından 4 ile 10 dakika arasında bir süre içinde beyin ölümünün gerçekleştiği, kişilere sağlanan tıbbi destek cihazlarıyla birlikte dolaşım ve solunumun yapay olarak gerçekleştirilmesinin ve beyin ölümü tanısının konulmasının “geciktirilmiş ölüm” olarak değerlendirileceği ve bu çözüm tarzının pratik gerekçelerle benimsendiği ifade edilmiştir.¹⁷⁰ Getirilen bir diğer eleştiri de, tüm insanların hayatının başlangıcında yani zigot veya genç fetüs halindeyken beyinsiz olduğu ve canlı sayıldığı kabulüyle, beyin fonksiyonlarının yitirilmesinin ölüm olarak sayılmasının çelişki oluşturmasıdır. Başka bir ifadeyle, organizmanın yaşam süreci, beyne sahip olmaktan önce geliyorsa, organizmada bir beyin geliştiğinde bu beynin ölümünü organizmanın ölümü için yeterli görmek yanlıştır.¹⁷¹ Gelişen tıp ve bilim, “canlı” ve “ölüm”ün ne olduğunu belirlemeye yönelik yenilikler getirmekle birlikte, etik açısından bu soruların cevapları aranmaya çalışılmakta; değişen toplumsal şartlar ve değerlerin etkisiyle çözümler dönüşüme uğramakta ve cevap vermek imkansız hale gelmektedir.¹⁷² Bu durumdayken, ölüden

¹⁶⁹ BÜKEN – BÜKEN, s. 8; ŞAHİNOĞLU, s. 202; BOZOKLAR, “*Beyin ölümünün*”, s. 71; Adrian SCHMIDT RECLA, “*Ölü Daha Uzun Yaşar: Beyin Ölümü Organ Bağışı İçin Yeterli Bir Kriter midir?*” (Çev. Arş Gör. Koray Doğan), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, B. 1, Ankara 2009, s. 155. Batı felsefesi açısından beynin, bedenin en önemli organı olduğu ve beyin işlevinin geri dönülemez bir biçimde kaybı sonucunda kişinin varlığının sona erdiği düşüncesinin, birçok kültürde kabul görmediği ve beyin ölümü gerçekleşmiş kimseden organ veya doku alınmasının onu öldürmekle eşdeğer olduğu yönünde bir kabulün olduğu ifade edilmektedir. Birçok araştırmacı tarafından yapılan araştırmalarda, insanların soyut olarak organ bağışına yüksek oranda destek verdiği, ancak kişiler özelinde yapılan çalışmalarda ortak kültürel dirençlere rastlandığı, bu konuyla ilgili insanların kafalarında soru işaretlerinin bulunduğu, organ temini için vaktinden önce beyin ölümünün açıklanabileceği ya da donör kartı taşıyanların bir kaza ya da ağır yaralanma dolayısıyla gerekli tedaviyi görememe endişesi taşıdıkları görülmüştür. Bkz. METİN, s. 281 vd; ATAÇ - UÇAR, s. 676; KURT, s. 246.

¹⁷⁰ Bkz. SCHMIDT RECLA, s. 152. Yazara göre beyin ölümünü, ölüme eşdeğer görmek; bunu organ alımı için izin verme koşulu olarak anlamaktır. Bkz. SCHMIDT RECLA, s. 159.

¹⁷¹ METİN, s. 273.

¹⁷² KAHYA, s. 77.

organ ve doku alınması hukuken geçerli olsa da; konuyla ilgili etik tartışmalar devam edecektir.

Nakillerde yaşanan bir diğer etik sorun ise, organ paylaşımının nasıl yapılacağı hususudur. Zira organ ve doku nakli gibi insan hayatını doğrudan ilgilendiren bir konuda büyük değerler çatışmasının söz konusu olması ile organ ve doku nakli bekleyen hasta sayısının çok olması; nakle rıza gösteren verici sayısının az olması, az sayıda olan ve nakil için temin edilen bu organ ve dokuların hangi ilkelere dayanılarak dağıtımının yapılacağı sorununu beraberinde getirir.¹⁷³ Eşitlik ilkesi, her hastanın eşit şekilde tedavi edilmesini gerektirirken; aktarımı yapılacak organ sayısının az olmasının etkisiyle, organın kime aktarılacağı ve sınırlı kaynakların paylaşılmasında adalet ilkesinin nasıl işletileceği önemli bir problemdir. Bu konuda liyakatçı yaklaşım, öznel bir tercihi içinde barındırırken, eşitlikçi yaklaşım piyango yöntemiyle çözümü öngörür. Faydacı yaklaşım ise, soruna çözüm sunarken, aktarılan her organdan en iyi sonucu almayı hedeflemekte ve organları en iyi biçimde kullanacak olanlara bu hakkı tanımaktadır.¹⁷⁴ Sınırlı sayıdaki organın dağıtımında, acil ihtiyaç ve tıbbi koşulların tek başına esas alınması yeterli olmayıp, bu konuda tıp biliminin değişen verileri ışığında bir güncellenme gerekir. Eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak, bekleme sırası esas alındığında, tek başına adil bir paylaşım ortaya çıkmamakta; alıcının durumunun aciliyeti göz ardı edilmektedir.¹⁷⁵ Faydacı yaklaşımın bir sonucu olan organdan en fazla yararı elde

¹⁷³ SERT – CİHAN, s. 87. Uygulamada, özellikle ulusal böbrek bekleme listelerindeki alıcılar açısından organ dağıtımının nasıl yapılacağı hususu ile yapılan dağıtımın adil olup olmadığı konusundaki etik tartışmaların önemli olduğu belirtilmiştir. Bkz. ŞAHİNOĞLU, s. 203.

¹⁷⁴ ACIDUMAN – ARDA, s. 83.

¹⁷⁵ Örneğin, durumu acil bir hasta varken, bekleme listesinin üst sıralarında yer aldığı halde yıllarca diyalizle yaşayabilecek bir böbrek hastasına nakil yapılması etik açısından tartışmalı olacaktır. Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 185.

etme düşüncesi ise kendi içinde bir göreceliliği barındırmakta ve bu yönüyle eleştirilmektedir.¹⁷⁶ Doktrinde bu ilkelerin tamamının belirli bir sıra dahilinde uygulanması ve en objektif çözümün bulunmasının önemli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, alıcının seçiminde ilk olarak, doku ve kan grubu testlerinin yapılması, birden fazla uyumlu alıcının bulunması halinde, ikinci aşamada hastaların iyileşme olasılıkları ve naklin acil olup olmamasının dikkate alınması, en son aşamadaysa hastaların bekleme listelerindeki sıralarının organ veya doku dağıtımında esas alınması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁷⁷

Organ dağıtım kurallarıyla bağlantılı bulunan ve uygulamada “talimatlandırılmış bağış” olarak adlandırılan model, etik açısından tartışmalıdır. Vericinin, organlarını vereceği alıcıyı belirleme olanağına sahip bulunduğu bağış, talimatlandırılmış bağış olarak adlandırılır. Bu kapsamda, verici veya vericinin ailesi, belirli özelliklere sahip bir alıcıya veya somut bir bireyi hedeflemeksizin belirli birey gruplarına tamamen özgecil bir yaklaşımla organ veya doku naklinin gerçekleştirilmesini sağlar. Örneğin, İngiltere’de 1998 yılında, bir organ nakli merkezi, yalnızca beyaz olanlara verilmek suretiyle talimat verilmiş bir organ naklini gerçekleştirmiştir.¹⁷⁸

¹⁷⁶ OKTAY, s. 152. Faydacı yaklaşımın gözetilerek en uygun alıcının tespitinde, aday alıcıların yaşı, medeni durumu, yaşam biçimi ve kişiyle ilgili diğer sosyal değişkenlerin önemli olduğu belirtilmiştir. Bkz. TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 65. Benzer konumda bulunan iki alıcıdan, genel sağlık durumu daha iyi olanın tercih edilerek naklin gerçekleştirilmesi ve nakle konu organ ve dokunun daha fazla yarar sağlayacağı düşüncesinin de etik açıdan sorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ŞAHİNOĞLU, s. 203-204.

¹⁷⁷ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 186.

¹⁷⁸ METİN, s. 285.

C. HAYVANLARDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN ORGAN VE DOKU NAKİLLERİ

Son yıllarda transplantasyonun farklı bir türü olarak daha popüler hale gelen hayvandan insana organ nakli (xenotransplantasyon), “yabancı” anlamına gelen Yunanca kökenli “xeno” kelimesinden türetilmiş olup; günümüzde farklı türler arasında özellikle de hayvandan insana hücre, doku ya da organların naklini ifade eder.¹⁷⁹ Organ ve doku nakli konusunda çalışan bilim insanları, hayvanlardan gerçekleştirilecek nakillerin yakın bir zamanda başarıyla sonuçlanacağını ileri sürmüş olsalar da¹⁸⁰, konuyla ilgili tıbbi ve etik engeller aşılabilmiş değildir. Özellikle nakledilen hayvan dokusunun kısa vadede reddedilme olasılığının yüksek olması, uzun vadedeyse kronik sorunlara neden olup olmayacağını belirsiz olması tıbbi açıdan tereddütlere yol açmaktadır.¹⁸¹ Ayrıca farklı türler arasında doku uyumsuzluklarının bulunması, organların fonksiyonlarında farklılıkların bulunması da önemli engellerdendir.¹⁸² Bağışıklık sisteminin tepkileri haricinde en önemli risklerin başında enfeksiyonlar gelmektedir. Gerçekleştirilen bütün nakillerde organ ve doku

¹⁷⁹ Bkz. Esin **KARLIKAYA** – İnci **HOT**, “Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin (Xenotransplantasyon) Etik Boyutu”, in. Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi, C. 16, S. 4, 2007, s. 169. Suni organların insan vücuduna yerleştirilmesi işleminin de “xenotransplantasyon” kavramı altında ele alınabileceği ifade edilmiştir. Bkz. ATAMER, s. 118.

¹⁸⁰ Organ ve doku nakli alanında çalışmış olan Peter Medawar öngörüsünü şu şekilde ifade etmiştir: “Bundan böyle yeni çözümümüz heterogreftlerin kullanımı –bir başka deyişle- hayvanlardan insanlara organ naklidir. Heterogreftlerin kullanımı içinse salt şunları söyleyebilirim. Bugün laboratuvarında türler arası greftlerde 15 yıl öncesine oranla daha büyük bir başarı sağlamaktayız. Eğer yeterince çok çalışırsak, sorunu heterogreft kullanımıyla 15 yıldan daha kısa bir süre içerisinde çözebiliriz.” Bkz. Ergun **VELİDEDEOĞLU** – Mehmet **HABERAL**, “Zenotransplantasyon”, in. Doku ve Organ Transplantasyonları, Ankara 1993, s. 563.

¹⁸¹ VELİDEDEOĞLU – HABERAL, s. 563-564; KÖK, s. 210, dn. 3.

¹⁸² Cahid **DOĞAN**, “Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ ya da Doku Nakli)”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 244.

reddini engellemek için kullanılan bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçların, enfeksiyon riskini daha da artırdığı bilinmektedir. Hayvanlardan insanlara geçebilecek enfeksiyonlar için duyulan en büyük endişenin, bilinmeyen bir hastalığın ya da bilinen bir hastalığın yeni bir formunun gelişerek yayılması ve toplumların sağlıklarını tehdit edebilecek noktaya gelmesi olduğu dile getirilmiştir.¹⁸³ İnsan sağlığı bakımından önem arz eden enfeksiyon tehlikesi bir kenara bırakıldığında dahi, gerçekleştirilen müdahalenin insan onuruyla bağdaşıp bağdaşmayacağı ayrı bir tartışma konusudur.¹⁸⁴

Yapılan çalışmalar, nakil için primatlar yerine domuzların daha elverişli olduğunu, özellikle maymunların yüksek enfeksiyon riski taşıdığını ortaya koymuştur. Ayrıca daha zeki hayvanlar olmaları nedeniyle, primatların laboratuvar ortamında kullanılmalarının etik açıdan uygun olmadığı, bunların yerine daha kolay üretilen ve anatomik açıdan daha uygun olan domuzların kullanılmasının daha

¹⁸³ KARLIKAYA – HOT, “*Hayvandan İnsana*”, s. 171; Hans-Ludwig **SCHREIBER**, “*Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş*”(Çev. Yrd. Doç. Dr. Veli Özer Özbek), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2 Tıp ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2004, s. 95; DOĞAN, “*Ksenotransplantasyon*”, s. 246. Hayvandan insana yapılan nakillerin tarihçesinde ilk defa 1905 yılında Fransa’da böbrek yetmezliği olan bir çocuğa tavşan böbreği dilimleri yerleştirilmiş; ilk dönemde sonuç olumluysen, 16. günde pulmoner konjesyon nedeniyle alıcı kaybedilmiştir. 1910 yılında Almanya’da ilk defa bir primattan insana böbrek nakli denenmiş ancak ameliyattan 32 saat sonra hasta ölmüştür. 1963 yılında ise, kronik böbrek hastalığı olan ve diyaliz tedavisi gören hastalara şempanzelerden renal transplantasyon yapılmış hastalardan biri 63 gün sonra akciğer apsesi nedeniyle, diğeri 9 ay sonra akut elektrolit imbalansına bağlı olarak kaybedilmiştir. Bkz. VELİDEDEOĞLU – HABERAL, s. 564-565. 1984 yılında bir babunun kalbi bebeğe nakledilmiş ancak birkaç hafta içinde red yanıtı alınmış; 1993’te HIV ve Hepatit B’ye bağlı kronik aktif hepatitli bir hastaya babundan nakledilen karaciğerle 70 gün boyunca belirgin bir red cevabının alınmadığı kaydedilmiş, 1994’te nakledilen domuz pankreas hücreleriyle diyabetli 10 hastanın yaşam süresi uzatılmıştır. Bkz. Esin **KARLIKAYA** – İnci **HOT**, “*Xenotransplantasyon: Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin Etik Boyutu*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 905.

¹⁸⁴ Hans-Ludwig **SCHREIBER**, “*Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi (Ulusal ve Uluslararası)*”(Çev. Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2 Tıp ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2004, s. 102-104.

doğru olacağı ileri sürülmüştür.¹⁸⁵ Hayvanlardan gerçekleştirilecek nakillerde, hayvan haklarının korunması, güçlü ve sağlıklı bir organ elde etmek için hayvanların genetik yapılarının nereye kadar değiştirilebileceği gibi etik sorunlar da çözümlenebilmiş değildir.¹⁸⁶ Ayrıca sadece bilimsel deney amacıyla hayvan organlarının insana nakledilmesinin sorunlu olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁷

Bu riskler ve ikilemler bir tarafa bırakıldığında, hayvanlardan gerçekleştirilecek organ ve doku nakillerinin klinik uygulamada yaygınlaşmasıyla organ temininin kolaylaşması, organ ve dokuların ticareti kapsamında gerçekleşen sömürülerin azalması, hastaların nakil için bekleme sürelerinin kısalması gibi avantajlar sağlanacaktır.¹⁸⁸ Hatta hayvanlardan gerçekleştirilecek nakillerin uzun dönemde sonuçları yeterli bulunmasa dahi, yaşama şansı yüksek olmayan hastalarda allogref temin edilene kadar bu nakillerin geçici bir yöntem olarak uygulanması düşünülebilir.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Bkz. KARLIKAYA – HOT, “*Hayvandan İnsana*”, s. 172. Primatların organ ve doku nakillerinde kullanılmaması konusunda, bu hayvanların antropomorfik görünüşleri ve insanlarla olan genetik yakınlıkları nedeniyle enfeksiyon riskinin yüksek olmasının önemli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. SCHREIBER, “*Hayvandan İnsana Hukuksal Düzenleme Çerçevesi*”, s. 108-109.

¹⁸⁶ KARLIKAYA – HOT, “*Xenotransplantasyon*”, s. 908. Hayvanlardan insanlara gerçekleştirilecek organ ve doku nakillerinde, bağışıklık sisteminin tepkilerini en aza indirmek için öncelikle insana ait gen parçasının uygun yöntemle hayvanın vücuduna ekleneceği, bu eklemeye ulaşılmak istenen değişikliklerin kalıtsal ve kopyalanabilir hale geleceği, bu sayede çok küçük değişikliklerin gerçekleştirildiği yeni bir tür yaratılacağı, hem hayvan hem de insanın kendi bünyesinde farklı bir türe ait genleri taşıması nedeniyle melez varlıklar olarak adlandırılacağı ifade edilmektedir. Bkz. SCHREIBER, “*Hayvandan İnsana Hukuksal Görünüş*”, s. 91-92.

¹⁸⁷ TERZİOĞLU, “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, s. 64; ATAMER, s. 120, dn. 15. Hayvandan organ ve doku naklini savunan bir görüş, hayvanın vücudundan beslenme ve diğer amaçlarla yararlanılabilmesi karşısında, organ ya da dokularının nakil amaçlı kullanılmasında bir sakınca bulunmayacağı yönündedir. DOĞAN, “*Ksenotransplantasyon*”, s. 248.

¹⁸⁸ KARLIKAYA – HOT, “*Xenotransplantasyon*”, s. 907.

¹⁸⁹ VELİDEDEOĞLU – HABERAL, s. 564.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNİN ŞARTLARI

A. GENEL HÜKÜMLER

Hukukumuzda organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak temel düzenlemeler, Anayasa'nın 17. maddesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun hükümleridir. “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında, tıbbi zorunluluklar ve¹⁹⁰ kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında ise, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğu ve biyolojik madde verme borcu altına girmiş kişilerden bu edimin yerine getirilmesinin talep edilemeyeceği, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı¹⁹¹ hükmüne yer verilerek genel çerçeve çizilmiştir.

¹⁹⁰ Doktrinde, Anayasa m. 17/2'deki “ve” bağlacının yerine “veya” bağlacının kullanılmasının daha doğru olacağı, tıbbi zorunluluk halinin bir genel hukuka uygunluk nedeni olmasından dolayı özel bir kanuni düzenlemeye gerek duyulmadığı, kanuni bir düzenleme bulunması halindeyse zorunluluk haline gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Yener **ÜNVER**, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, in. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu (1 Haziran 2007), İstanbul 2007, s. 58.

¹⁹¹ Öğretide, vericinin organ ve doku verme ediminin bir eksik borç olduğu, nakil sözleşmesiyle biyolojik madde verme borcu altına giren bir kimse aleyhine ifa davası açılmayacağı ancak vericinin borcunu kendiliğinden ifa etmesi durumunda bunun geçerli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. Reşat **ATABEK**, “İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar”, in. İÜHF., C. 1, S. 2, Y. 1935, s. 189; Bilge **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, B. 1, Ankara 1987, s. 117; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 80; Bkz. Doğan **SOYASLAN**, “Organ Nakilleri”, in. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (17 Kasım 2006), İstanbul 2007, s. 127; Nuşin **AYİTER**, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, in. AÜHFD., C. 25, S. 1-2, Y. 1968, s. 142; SERT –

ODNK ise, kendisinden organ ve doku alınan yaşayan kişinin kişilik haklarını koruma amacına hizmet ettiği gibi; ölünün cesedine organ ve doku nakli amacıyla yapılacak müdahaleleri de belli koşullara bağlamakta ve bu konudaki menfaatleri dengelemeyi amaçlamaktadır. Kanun, ayrıca sağlık personellerinin de nakillerde gözetmesi gereken kuralları ortaya koyarak mesleki bir standart oluşturma hedefindedir.¹⁹²

Nakil türlerine göre organ ve doku nakli koşullarının açıklanmasından önce, ODNK'nın amaç ve kapsam hükümlerinin incelenmesi, bütün nakil türleri için bir temel oluşturmak bakımından önemlidir. ODNK'nın "*Amaç*" başlıklı 1. maddesinde, "*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir*" denilerek organ ve doku nakillerinin hangi amaçlarla yapılabileceği kanunda yer bulmuştur. Maddede belirtilen amaçların dışındaki eylemler yasa dışı kalmaktadır.¹⁹³ Tedavi amacı takip eden operasyonlar; ameliyat, iğne yapma veya diğer bedensel müdahaleler şekli içinde, bir tedavi amacına bağlı olarak yürütülen operasyonlardır. Genel olarak, organ ve doku nakillerini konu alan operasyonlar, alıcı bakımından tedavi edici nitelikte olmakla birlikte; vericinin vücudu açısından tedavi edici nitelikte değildir.¹⁹⁴

CİHAN, s. 34; Zafer ZEYİN, "*Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı*", in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 254. Karşı görüş için bkz. ÖZBİLEN, İnsan Kökenli, s. 143 vd. Biyolojik madde verme borcu altına giren kişinin daha sonra bu rızasından dönmesi karşısında; aynen ifa davası açılmamasının doğru olduğu ancak maddi ve manevi tazminat davası açılmamasının yerinde olmadığı görüşü için bkz. Ahmet KILIÇOĞLU, "*Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuki Yönleri*", in. TBBD., Y. 1991, S. 2, s. 256.

¹⁹² GÜRZUMAR, s. 378; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 570.

¹⁹³ Faruk EREM, "*Organ Nakli Hakkında Kanun*", in. YD., C. 5, S. 4, 1979, s. 708.

¹⁹⁴ Nakilde esas alınan amacın, "insanı sağlığına yeniden kavuşturma amacı" olarak tanımlanması durumunda, verici bakımından da bu operasyonun tedavi edici nitelikte olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Bkz. SARIAL, s. 74; Ünal ER, Sağlık Hukuku, B. 1, Ankara 2008, s. 101; Gönül BALKIR, "*Organ Nakillerinde Tıbbi Müdahaleye Uygunluk ve Rıza Ehliyeti*", in. Türk Tıp Etiği ve

Doktrinde 1. maddede yer alan “bilimsel amaç” ifadesi eleştirilmektedir. Hukukumuzda teşhis ve tedavi amacıyla nakillerin yapılabileceği konusunda kuşku bulunmamasına karşın, bilimsel amaçla organ ve doku nakillerinin gerçekleştirilebilmesi insanın tıbbi denemelere konu olabilme tehlikesini beraberinde getirir.¹⁹⁵ Organ ve doku naklinin tıpta yeni bir uygulama olması itibariyle böyle bir uygulamanın ancak insan sağlığı amacıyla yapılabileceği ve “bilimsel amaç” ifadesinin tedavi amacını ortadan kaldırmaması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁹⁶ ODNK, hem yaşayan kişilerden hem de ölülerden organ ve doku alınmasını düzenlediği için maddede yer alan “bilimsel amaç” ifadesinin yalnızca ölülerden gerçekleştirilecek organ ve doku nakillerinde geçerli olacağına yönelik çıkarımlar¹⁹⁷, kanaatimizce kanunilik ilkesinin sınırlarını aşmaktadır. Ayrıca ODNK; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla olmak şartıyla hem yaşayan insanlardan hem de

Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, S. 2-3, Ekim 2009-2010, s. 147; Çağrı Kan **AYDIN**, “*Organ veya Doku Ticareti Suçu*”, in. ABD., S. 1, Y. 2011, s. 141. Kanaatimizce, verici bakımından tedavi edici nitelikte bulunmasa da, ODNK’nın yaşayan kişiden insancıl düşünceler ve üstün amaçla organ ve doku alımına cevaz vermesi ve alıcının nakle rıza göstermesi, organ ve doku nakillerini verici açısından hukuka uygun hale getirir. Benzer yönde görüş için bkz. Özlem **YENERER ÇAKMUT**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, B. 1, İstanbul 2003, s. 163; ÇİLİNGİROĞLU, s. 22.

¹⁹⁵ Köksal **BAYRAKTAR**, “*Organ Nakli ve Hukuk*”, in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 101. Madde gerekçesi, “*Kanun sadece tedavi amacına yönelik organ ve doku nakillerini değil, teşhis ve bilimsel amaçlı organ ve doku alınması, aşılması konularını da amaçlamaktadır*” şeklindedir.

¹⁹⁶ TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 98; Köksal **BAYRAKTAR**, “*Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler*”, in. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 1979, s. 15-16; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 169.

¹⁹⁷ Bkz. SERT – CİHAN, s. 14; ER, s. 101; TAŞKIN, s. 86; ATAMER, s. 119; Murat **AYDIN**, “*Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler*”, in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, B. 1, Ankara 2009, s. 163; Buse **AKSARAY**, “*Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu*”, in. Sağlık Hukuku Makaleleri II (İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi), İstanbul 2012, s. 157. Canlı vericilerden bilimsel amaçlarla yapılacak organ ve doku nakillerinin Medeni Kanun m. 23’e aykırılık nedeniyle batıl olacağı belirtilmiştir. Bkz. PARLAK, s. 193.

ölülerden alınan organ ve dokuların saklanabileceğini de kabul ederek, yaşayan insanları kaynak olarak öngören bir organ bankasının da kurulması neticesini ortaya çıkarmıştır. Ancak bu durumun şüpheyle karşılanması ve milletlerarası uygulamanın da dikkate alınarak yalnızca belirli bir hastalığın tedavisi için ilgili organ veya dokunun naklinin teminat altına alınması gereklidir.¹⁹⁸

ODNK kapsamındaki organ ve doku nakilleri ise, “*Kapsam*” başlığıyla ODNK’nın 2. maddesiyle sınırlanmıştır. Kanunun, “*Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto-greftler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir*” şeklindeki hükmünden, otogref, saç ve deri nakilleri¹⁹⁹ ve kan transfüzyonlarının²⁰⁰ ODNK kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Kan transfüzyonları ile kan teminlerini gerçekleştirecek olan merkezlerin kurulmasına ilişkin esaslar özel olarak 11.04.2007 tarih ve 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu ile 04.12.2008 tarih ve 27074 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. ODNK’nın kapsam hükmünde yer almamakla birlikte, üremeye yardımcı ve esas itibariyle kısırılık tedavisine yönelik olarak doğal yöntemlerden çocuk sahibi olamayanlara yardım amacı taşıyan yapay dölleme uygulamaları 30.09.2014 tarih ve 29135 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan

¹⁹⁸ TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 98-99.

¹⁹⁹ Deri nakilleri ODNK kapsamında olmamakla birlikte, kompozit doku nakli niteliğindeki yüz nakillerinde, deriyle birlikte kasların da nakli söz konusu olduğu için bu tür nakillerde ODNK hükümlerinin de uygulanacağı ifade edilmiştir. Bkz. Murat **AYDIN**, “*Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış*”, in. TıpHD., C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 106.

²⁰⁰ Derinin bir organ; kanın ise doku olduğu dikkate alındığında ODNK’nın bütün organ ve doku nakillerini kapsamadığı öğretilde ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 126.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine tabidir. Bu itibarla, embriyonal veya cenine ait organ ve dokular da kanunun kapsamı dışındadır.²⁰¹ Hayvanlardan yapılan organ ve doku nakilleri ODNK kapsamında²⁰² değildir.²⁰³ İnsan vücudunda çeşitli hastalıklar nedeniyle görev yapamayacak durumda olan bazı vücut kısımları yerine yapay parçaların eklenmesi mümkünse de, yapay parçaların nakilleri de ODNK kapsamında değildir.²⁰⁴ Kürtaj sonucunda ana rahminden tahliye edilen embriyon ya da düşük sonucu kaybedilen ceninden gerçekleştirilecek organ ve doku nakilleri de ODNK kapsamında değildir. Zira ODNK, yaşayan kişiler ve ölülerden organ ve doku nakillerini düzenlediği için; sağ ve tam olarak doğmaksızın canlılığı sona ermiş embriyon ya da ceninler başka bir düzenlemenin konusu olabilir.²⁰⁵ Kök hücreler, elde edildikleri kaynaklar itibariyle embriyonik kök hücre, fetal kök hücre ve erişkin kök hücre olarak 3'e ayrılır.²⁰⁶ Kök hücrenin organ veya doku olarak kabul edilip

²⁰¹ Hakan **HAKERİ**, “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 242; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 369.

²⁰² Belirtilmelidir ki 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 8/2’de, “Hayvanların, yaşadıkları sürece, tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez” hükmü bulunmakta; hükme aykırı fiiller aynı Kanunun 28/e maddesi uyarınca idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Konuyla ilgili olarak, ölü hayvanlarla ilgili herhangi bir kısıtlama bulunmadığı, yaşayan hayvanlardan hem insanlara hem de diğer hayvanlara tıbbi amaçlarla organ veya doku naklinin mümkün olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. SERT – CİHAN, s. 24; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 392-393; PARLAK, s. 194; Gökhan **TANERİ**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2014, s. 483; AKSARAY, s. 164.

²⁰³ DOĞAN, “Ksenotransplantasyon”, s. 257; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 368, dn. 8.

²⁰⁴ EREM, “Organ Nakli”, s. 708; AYDIN, “Suçu”, s. 132.

²⁰⁵ Bkz. ATAMER, s. 119.

²⁰⁶ Üreme hücreleri olan yumurta ve spermin birleşmesiyle doğal ya da invitro koşullarda döllenmiş canlı varlık olan embriyo, döllenmeyi takiben oluşan ve “zigot” denilen 2 hücreli oluşumdan gelişir. Döllenmeden sonraki 5 gün içerisinde yaklaşık 150 hücreli blastosit denilen içi boş bir küre meydana gelir ve embriyonik kök hücreler bu iç hücre küresinde bulunur. Fetal kök hücrelerse, genellikle 5-10 haftalık gelişmekte olan fetüsün primordial germ tabakasından elde edilir. Erişkin kök hücreler ise, embriyo ve fetüsten alınan hücrelerden farklıdır ve doğumdan sonra insanda gelişen dokularda

edilemeyeceği ve ODNK kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide, embriyonik kök hücre çalışmalarında, henüz dokuya dönüşmemiş hücreler kullanıldığı için, söz konusu deney ve denemelerin ODNK kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, bir kök hücrenin erişkin kök hücrelerde olduğu gibi organ veya dokudan elde edilmeleri durumunda ODNK kapsamında olacağı ve bunun bir doku parçası olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.²⁰⁷ Bunun haricinde, insanın kendisinden elde edilen ve embriyonik olmayan kök hücreler, hücrel tedavi yöntemlerinde çeşitli işlemlerden sonra çoğunlukla yine hastanın kendisine aşılandığı için ODNK kapsamında değildir.²⁰⁸ İnsandan elde edilen erişkin kök hücrelerin alınması ve bunların bir başka insana nakledilmesi süreciyse ODNK ve ODNHY'ye tabidir.²⁰⁹

Organ ve doku nakillerinde ticaret yasağı, ODNK'nın 3. maddesinde, “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*” hükmüyle öngörülmüştür.²¹⁰ ODNK m. 7/e hükmü, organ ve doku alacak hekimlere, bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetme zorunluluğu getirmiştir. Bu itibarla etik açıdan insan organ ve dokularının satılabilir bir mal olarak

bulunur. Bkz. Ezgi **AYGÜN EŞİTLİ**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, B. 1, Ankara 2012, s. 204-205.

²⁰⁷ AYGÜN EŞİTLİ, s. 205-206.

²⁰⁸ Bkz. Güneş **OKUYUCU ERGÜN**, “*İnsan Üzerinde Deney-Tedavi Amaçlı Deneme ve Kök Hücre Nakli*”, in. Türkiye Biyoetik Derneği Biyoetik Araştırmaları, İstanbul 2012, s. 153; AYGÜN EŞİTLİ, s. 207; Murat **AYDIN**, “*Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu*”, in. Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 217.

²⁰⁹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 207.

²¹⁰ Organ ve dokuların verilmesinin karşılığında bir bedelin taahhüt edilmesi durumunda, taahhüt edilen bu bedelin dava yoluyla elde edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, söz konusu yasağa rağmen bedelin ödenmiş olması durumunda, yapılan ifanın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle bedelin iadesinin talep edilemeyeceği özel hukukta kabul edilmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 257.

görülmemesindeki temel ilke, pozitif hukukta da karşılığını bulmuştur. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesindeki, “*İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla ticari kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır*” hükmüyle de organ ve doku nakline ilişkin müdahalelerden ticari kazanç elde edilmesi yasaklanmıştır.²¹¹ Öğretide, ticari ilişkiye dönüşmemesi kaydıyla, insan organ ve dokularının nakillerinin, ödüllendirilmiş bağış yoluyla yapılabileceği savunulmuştur. Bu kapsamda, vericinin Devlet ya da ilgili kurumlarca ödüllendirilmesi, bu masraflarının organ alıcısına yansıtılması ya da beyin ölümü gerçekleşmiş kimselerden organ veya doku alınması halinde, cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması organ ve doku bağışını teşvik edici nitelikte görülmüştür.²¹² Özellikle kendini yenileyebilen kan için söz konusu olan nakillerde, nakledilebilir

²¹¹ Bkz. KATOĞLU, “*Biyotıp Sözleşmesi*”, s. 188; DÜLGER, s. 69.

²¹² Yener ÜNVER, “*Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu (Konu Bağlamında 8 Somut Vaka/Sorunun Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre Cevaplandırılması ve Ülkemizle İlgili Bazı Öneriler)*”, in. CHD., Y. 3, S. 7, Ankara 2008, s. 218; Şahin AKINCI, “*Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri*”, in. Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, s. 75. Sağlararası organ ve doku nakillerinde, İran'ın benimsediği modelin ödüllendirilmiş bağış sistemine yaklaştığı, vericilere böbrek bağışı karşılığında yaklaşık 1090 dolar verildiği, sosyal bir hediye olarak tanımlanan bu maddi bedelin temininden devlete bağlı olmayan Özel Hastalıklar İçin Hayırseverlik Kurumu'nun sorumlu olduğu, resmi prosedürün ilk kısmında verici ile alıcının bir hayır kurumu olan Böbrek Hastalarına Destek Derneği'ne başvurdukları, vericinin alıcıdan laboratuvar testleri boyunca ya da nakil sonrasında bir bedel istemeyeceğine dair sözleşme imzaladığı, aynı şekilde alıcının da vericiye herhangi bir kazandırmada bulunmayacağına dair taahhütte bulunduğu, söz konusu bedelin vericiye ödendiği, nakil işleminin yalnızca özel olmayan üniversite hastanelerinde gerçekleştirildiği ve işlem maliyetinin devlet tarafından karşılandığı ifade edilmiştir. Ancak İranlı olmayan kişilerin bu sistemden yararlandırılmadığı ve bu sayede ülkenin organ ticaret merkezine dönüşmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bu modelle İran'da böbrek naklinin yıllık milyonda 24 düzeyine kadar yükseldiği görülmektedir. Bkz. Hakan ERTİN – Fatih Selami MAHMUTOĞLU – İbrahim BAŞAĞAOĞLU, “*Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 927-929. Bazı yazarlarca, söz konusu ödüllendirilmiş bağış sistemi, yasal organ pazarı olarak da adlandırılmış ve bu sistemin geliştirilerek organ veya doku satımlarının, regüle edilmiş bir pazarda gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Sara Naomi RODRIGUEZ, “*No Means No, Silence Means Yes? The Policy and Constitutionality of the Recent State Proposals for Opt-Out Organ Donation Laws*”, in. FIU Law Review, Vol. 7, No. 1, 2011, s. 177-179. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

kana olan ihtiyacın sürekli arttığı ve bu artan ihtiyacın parasal teşvikle kapatılabileceği belirtilmiştir.²¹³ Bazı yazarlar, ödüllü bağış uygulamasının nakle konu olabilecek diğer organ ve dokular için de yapılabileceğini, bu tür durumlarda söz konusu bedelin satım sözleşmesinin bir unsuru olmak yerine vericinin zararlarının tazmini kapsamında değerlendirilmesini ve tazminat olarak verilen bu bedelin ahlaka aykırılık oluşturmayacağını savunmuşlardır.²¹⁴ Bu görüşe karşı olan yazarlar ise, organ veya dokular üzerinde sadece “bağış” işleminin yapılabileceğini, nakiller için öngörülen bedel yasağının, mükellefiyetli bağışı da içerdiğini ve menfaat niteliğinde olabilecek her türlü edimin yasaklandığını ileri sürmektedirler.²¹⁵ Kanaatimizce ödüllendirilmiş bağışın sınırlarını çizebilmek çok zor olduğundan ve pek çok tartışmayı beraberinde getireceğinden; kan bağışları için mümkün görülen bu sistemin diğer organ ve dokular için genişletilmemesi ve verici açısından maddi kazanç elde etme sonucunu ortaya çıkaracak bir uygulamanın yaygınlaşmaması yerinde olacaktır. Ancak, nakil işlemi sırasında edim niteliğinde olmayan ve vericinin tıbbi müdahale dolayısıyla ilgili sağlık kurumuna ödemesi gereken ücret, hastanede bulunduğu süre içerisinde ekonomik faaliyetini sürdürememesinden ötürü uğradığı zararlar ve nakil gerçekleşikten sonra rutin olarak yapılacak muayeneler için ilgili sağlık kurumuna ödenmesi gereken ücretin, taraflar arasında sözleşmeyle

²¹³ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 179-180.

²¹⁴ SARIAL, s. 15-16; Ahmet GÖKCEN, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, in. SÜHFD. Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1-2, Y. 2000, s. 69.

²¹⁵ Aziz TAŞDELEN, “Türkiye’de Mali Hukuk Açısından Organ Nakilleri”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 158; TAŞKIN, s. 54-55; DÜLGER, s. 70.

belirlenmesinde ahlaka aykırılık olmadığı ve bu masrafların ödenmesinin yasaklanmadığı düşünülmektedir.²¹⁶

ODNK m. 4'te organ ve doku alınması ve verilmesinde reklam yasağına yer verilmiştir. Buna göre, “*Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır*” hükmüyle bu yasak ortaya konulmuştur. Hükmün gerekçesi, “*Amaç insan yaşamına ve dolayısıyla insanlığa hizmet olduğuna göre, böylesine kutsal bir hizmete konu teşkil edecek olan insan organlarının ve dokularının herhangi bir eşya gibi reklamının yapılması toplum vicdanında derin yaralar açabilecektir*” şeklindedir.²¹⁷ 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/1-n’de ticari reklam, “*Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkıldığında, modern anlamda ticari reklamda, bir tanıtımın olması, tanıtımın kişisel olmayan; mal, hizmet ve düşüncelerle ilgili mesajlar barındırması, reklamın ticari açıdan yarar sağlamak amacıyla ve bir bedel karşılığı yapılması, reklam yapma iradesinin varlığı ile reklam verenin kim olduğunun reklamdan açıkça anlaşılması unsurlarının bulunması

²¹⁶ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 181; SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 127; ÜNVER, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 220-221; Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKCEN – Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Ankara 2015, s. 441. Karşı görüş için bkz. ZEYTİN, “*Geleceğini Belirleme Hakkı*”, s. 263-264.

²¹⁷ EREM, “*Organ Nakli*”, s. 718.

gereklidir.²¹⁸ Yaşam hakkı ve insan sağlığıyla ilgili hizmet ve üretim sektörlerinde, herhangi bir mal ve hizmet pazarlamasından farklı olarak ticarileşme yasağı ve buna bağlı olarak reklam kısıtlamaları kabul edilmiştir. Bu kısıtlamaların kabulünde, insanın en temel haklarından olan sağlık hakkının istismar edilmesi ve bunun kazanç faaliyetlerine konu edilmesinin önlenmesi etkilidir.²¹⁹ Bununla birlikte, organ ve doku naklinin faydaları, başarılı şekilde sonuçlanmalarına ilişkin bilimsel ve istatistiki çalışmalar reklam olarak değerlendirilmemelidir.²²⁰

Organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak yapılan bu genel açıklamalardan sonra, sağlararası organ ve doku nakilleri ile ölüden gerçekleştirilen organ ve doku nakillerini ayrı ayrı incelemek ve iç hukukumuz bağlamında şartlarını değerlendirmek gereklidir. Bu koşullar değerlendirilirken hukukumuzun bir parçası olan ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin bir biyoetik sözleşme hazırlanmasına ilişkin 1160 sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" nin konumuzla ilgili olan hükümleri de göz önünde bulundurulacaktır.

²¹⁸ Ezgi **AYGÜN**, Sağlık Sektöründe Reklam, B. 1, Ankara 2007, s. 30.

²¹⁹ Bkz. Yahya **DERYAL**, "Organ ve Doku Nakli Hizmetlerinde Reklam Yasağı", in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 290.

²²⁰ **SOYASLAN**, "Nakilleri", s. 126; Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 10, Ankara 2014, s. 197.

B. SAĞLARARASI ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI

Organ ve doku nakli, bir tıbbi müdahale olması itibariyle tıbbi müdahalenin genel kurallarına tabidir. Ancak normalde tıbbi müdahalelerde bir hasta bulunurken, organ ve doku nakillerinde bir hastanın yanı sıra bir de sağlıklı kimse bulunur. Bu durum, organ ve doku nakline ilişkin özel düzenlemeler yapılmasını gerekli kılar. Zira, bir kimsenin kendisinin yararına olmamasına rağmen, kendi organ veya dokusunu bir başkasına vermesi kural olarak kişilik haklarına aykırıdır. Verici açısından endikasyon bulunmadığından rıza, eylemi tek başına hukuka uygun kılmaz. Bu itibarla sağlararası organ ve doku nakillerine ilişkin özel düzenlemeler 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "*Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınması*" başlıklı ikinci bölümünde yer almıştır.²²¹ Sağlararası organ ve doku nakillerinde karşılaşılan en önemli sorunların başında; vericinin müdahaleye ilişkin olarak nasıl aydınlatılacağı ve rızasının nasıl alınacağı, reşit olmayanların verici olup olmayacağı ve olabileceksen bu rızanın nasıl alınacağı, verici ile alıcı arasında akrabalık ilişkisinin aranıp aranmayacağı, canlı vericiden organ ticaretini engellemek için ne tür önlemlerin alınabileceği, vericinin ve alıcının kimliklerinin nasıl gizli tutulacağı gelir.²²² Yaşayan kişilerden organ ve doku alınabilmesi için gerekli olan şartlar; uygun vericinin seçilmesi, üstün amaç, uygun sağlık kurumunun bulunması, bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü ile rızadır.

²²¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 367-368.

²²² ATAMER, s. 115, dn. 1.

1. Uygun Vericinin Seçilmesi

Yaşayan kimselerden gerçekleştirilecek organ ve doku nakilleri, ölülerden gerçekleştirilecek organ ve doku nakillerinden alıcının belirli olması noktasında ayrışır. Zira, ölülerden gerçekleştirilecek organ ve doku nakilleri mevzuatta belirlenmiş olan dağıtım kurallarına tabiyken; yaşayan kimselerden gerçekleştirilecek olan nakillerde verici, doğrudan belirli bir kimseye²²³ yönelik olarak organ ve dokularını bağışlar. Bu nedenle sağlararası nakillerde Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesinin organ veya doku dağıtımına ilişkin esasları uygulama alanı bulmamaktadır.²²⁴

Sağlararası organ ve doku nakillerinde uygun vericinin belirlenmesinde karşılaşılan en büyük tıbbi sorun, yukarıda da açıklandığı üzere uyum sorunudur. Naklin başarılı olabilmesinde alıcının organ ve dokularıyla nakledilecek organ ve dokuların birbiriyle uyumlu olması gereklidir. Uyum sorununu aşabilmek amacıyla nakilden önce kan grupları, deri ve lenfosit testlerinin yapılması çok önemlidir.²²⁵ Bunların dışında öğretilerde, nakledilecek olan organ veya dokunun işlevini sürdürür

²²³ Karşılaştırmalı hukukta da, sağlararası organ ve doku nakillerinde, vericinin karşısında muayyen bir alıcının bulunmasının gerektiği ve bir kimsenin sağlığında organ ve dokularını satışa ya da topluma sunmasının kabul görmediği ifade edilmektedir. Bkz. TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 96. Bir kimsenin ilgili sağlık kurumuna başvurarak bir organını bağışlamak istediği ancak alıcıya ilişkin bir belirlemesinin bulunmadığı durumlarda, bağışın ölüden bağışmış gibi değerlendirilmesi ve organ dağıtım sistemine göre sırada olan kişiye organın verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 386.

²²⁴ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 386; HAKERİ, *Tıp Hukuku El Kitabı*, s. 78; ABİK, s. 101.

²²⁵ Bkz. AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 162; EREM, “*Organ Nakli*”, s. 715; TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 109.

durumda olmasının da tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²²⁶ Nakilden önce gerekli tahlil ve incelemelerin yapılmasıyla ilgili olarak ODNK m. 9’da bir hüküm düzenlenmiştir. “*Tahlil ve inceleme yapma zorunluluğu*” başlıklı hükme göre, “*Organ ve doku alınması, aşılması ve nakilden 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*” denilerek²²⁷, muhtemel uyum sorunlarının öngörülebilmesi ve naklin buna göre gerçekleştirilmesi aranmıştır. Yaşayan kimselerden sadece belirli bir alıcı için biyolojik madde alınabilmesi mümkün olduğu için, ölülerden gerçekleştirilecek organ ve doku nakillerinin aksine, belirtilen bu uyum testlerinin organ veya dokunun alınmasından önce yapılması, yapılan araştırmaların bir olurluluk raporuyla sonuçlandırılması zorunludur.²²⁸ Ayrıca hekim²²⁹, sadece yaşayan kişilerden organ veya doku alırken değil; aynı zamanda alınan organ veya dokuyu alıcıya aşılardan veya nakletmeden önce de, her türlü araştırma ve incelemeyi yapmak durumundadır.²³⁰ Bu sayede, nakil tedavi amacına hizmet edecek ve alıcı ile

²²⁶ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 189.

²²⁷ Maddenin gerekçesinde de bu husus, “*Organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporuyla saptanması zorunludur*” şeklinde ifade edilmiştir.

²²⁸ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 163.

²²⁹ Hükümde olurluluk raporunun hangi hekim tarafından düzenleneceğine dair bir belirleme olmamakla birlikte, organ ve doku naklini gerçekleştirecek olan hekimin söz konusu raporu düzenlemesinin uygun olacağı ifade edilmiştir. Bkz. TAŞKIN, s. 114-115.

²³⁰ Ahmet **GÖKCEN** – Murat **BALCI**, “*Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)*”, in. Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 123; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 193; Aydın **ZEVKLİLER**, “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, in. DÜHFD., C. 1, S. 1, Y. 1983, s. 27. Uygun alıcı ile vericinin eşleştirilmesi için hekimin uygulaması gereken testlere ilişkin bkz. Adnan **ÖZTÜREL**, “*Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri*”, in. AÜHFD., C. 30, S. 1-4, Y. 1973, s. 460-464.

vericinin uğrayabilecekleri zararlar önlenebilecektir.²³¹ Organ ve doku naklinin bu inceleme ve tetkikler yapılmaksızın gerçekleştirilmiş bulunması, tıbbi müdahalenin, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir müdahale olması sonucunu doğuracaktır.²³²

Almanya gibi bazı ülkelerde organ ve doku ticaretini önlemek amacıyla, sağlararası organ veya doku nakillerinin yalnızca belli dereceye kadar olan akrabalar²³³ arasında yapılabilmesine yönelik düzenlemeler mevcuttur.²³⁴ Hukukumuzda sağlararası organ ve doku naklinin yalnızca akrabalar arasında yapılabilmesine yönelik kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamakla birlikte²³⁵; akraba dışı kişiler arasındaki nakillerin mevzuata uygun gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğini kontrol amacıyla naklin yapılacağı ilde bir Etik Komisyonun oluşturulması öngörülmüştür. ODNHY m. 16/1’de, “*Canlıdan organ nakli; alıcının en az yıldan beri filen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil)*

²³¹ Mustafa **DURAL** – Tufan **ÖĞÜZ**, Kişiler Hukuku, B. 9, İstanbul 2009, s. 110.

²³² **ABİK**, s. 129.

²³³ Alman Organ Nakli Kanunu’na göre yeniden oluşması mümkün olmayan organların ancak birinci ve ikinci derecede akrabalara, eşe, nişanlıya ve bağışlayan ile özel bir kişisel bağılılık içinde bulunan kimselere nakledilebilmesi mümkündür. Bkz. **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 389.

²³⁴ **HAKERİ**, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 80. Sağlararası organ ve doku nakillerinin belirli derecedeki akrabalar arasında yapılmasına imkân tanıyan Alman Transplantasyon Kanunu’nun düzenlemesinin isabetsiz olduğu, her zaman ölü vericinin bulunmasının mümkün olmadığı ve söz konusu Kanunun beklenen hukuki yararı taşımadığı gerekçeleriyle eleştirisi için bkz. Barış **ERMAN**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, B. 1, Ankara 2003, s. 221; **ABİK**, s. 136. Sağlararası organ ve doku naklinin belirli derecedeki akrabalar arasında yapılmasına yönelik sınırlamanın doğru olmadığı ancak bu tür durumlarda hekimin, daha dikkatli davranarak organ ticaretinden şüphelenmesi durumunda nakil talebini reddetmesi gerektiği hakkında bkz. **AKINCI**, “*Organ Nakillerini Güçleştiren*”, s. 67.

²³⁵ Sağlararası nakillerin, yalnızca akrabalar arasında yapılmasına yönelik bir hüküm bulunmamakla birlikte uygulamada 4. dereceye kadar akrabalığın arandığı belirtilmektedir. Bkz. **ÜNVER**, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 212.

kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Alıcı, verici ve nakil sonuçlarının TODS²³⁶'a kaydı yapılır” hükmü, maddede sayılan kimseler arasındaki nakillerin serbest olduğu kuralını getirmiştir. ODNHY m. 16/2’de ise, “Akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilecek akraba dışı kişilerden yapılır” hükmü düzenlenmiştir. Nakil için alıcı ve verici il sağlık müdürlüğü aracılığıyla; il sağlık müdürü yardımcısı, valilikçe görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da kaçakçılık ve organize suçlarla mücadele şube müdürü, naklin yapılacağı hastane haricindeki kamu hastanesinden bir tabip, naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat, valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanından teşekkül eden Etik Komisyon’a başvuracaklardır. Etik Komisyon, sunulan bilgi ve belgelerin doğru olduğu ile alıcı ve verici arasında etik ve yasal olmayan bir durumun bulunmadığı kanaatine varırsa naklin etik açıdan uygunluğuna karar verir ve bu sayede nakil gerçekleştirilebilir. Ancak başvurunun Etik Komisyonca uygun görülmemesi durumunda, nakil yapılamaz ve bir komisyonun uygun görmediği başvuru için başka bir komisyon karar alamaz.²³⁷ Belirtilmelidir ki, akraba olmayan sağlararası organ ve doku nakillerinde ODNK m. 7/f, organ ve doku alacak hekimlere, “*Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut*

²³⁶ Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi (TODS) ODNHY’nin 4/1-j maddesinde, “*Bakanlıkça oluşturulan, ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile nakil bekleyen hasta bilgilerini, verici kayıtlarını ve gerçekleşen nakillere ait alıcı ve verici izlem bilgilerini içeren veri tabanı sistemi*” olarak tanımlanmıştır.

²³⁷ Kişinin hayatı ve vücut bütünlüğüyle ilgili olan söz konusu düzenlemenin yönetmelik yerine kanunla yapılması gerektiği eleştirisi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 389; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 81. Akraba olmayan kimseler arasındaki sağlararası nakillerde tek bir kurulun yetkili olmasının önemli olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 214.

olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak” yükümlülüğünü getirmiştir. Bu hükümlerle, akraba olmayan kişiler arasındaki organ ve doku nakillerinin ticari ya da mevzuata aykırı diğer amaçlarla yapılabilmesinin önüne geçilmek istenmiş ve naklin gönüllülük esası içinde gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Belirtilmelidir ki söz konusu yasak, yalnızca hekimlere getirilmiş olup; organ ve doku alacak hekimin haricinde alıcı, verici ya da üçüncü kişilerin isim açıklamasına ilişkin bir yasak mevcut değildir.²³⁸

Sağlararası organ naklinde çapraz nakillerin de ele alınması gereklidir. Çapraz bağış, akrabalarına organ bağışına hazır bulunan kişilerin, organ uyumsuzluğu nedeniyle bağış yapamaması; buna karşılık organ bekleyen akrabası olmayan bir başka kişiye organının uyması; bu kimsenin akrabalarının da organını veren bu kişinin organ bekleyen yakınına organını bağışlamasıdır.²³⁹ Karşılıklı rıza esasına dayanan çapraz nakillerde, bir tarafın rızasını geri alması halinde, diğer taraf nakilden vazgeçebileceği gibi rızasını geri almayarak naklin gerçekleşmesini de sağlayabilir. Ancak bir tarafın rızasını geri alması ve diğer tarafın, naklin gerçekleşmesine devam etmesi halinde bu işlem çapraz nakil olarak adlandırılmayacaktır.²⁴⁰ Çapraz nakil kavramı, ODNHY m. 4/1-ç’de, “*Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türü*” olarak tanımlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 16. maddesinin 6. fıkrasındaki, “*Bakanlık gerektiğinde çapraz nakillere yönelik düzenleme yapabilir*” hükmü, çapraz nakille ilgili Yönetmelikte bulunan tek hükümdür. Konuyla ilgili olarak, Etik Komisyon kararına gerek olmaksızın çapraz

²³⁸ KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 257.

²³⁹ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 391; HAKERİ, *Tıp Hukuku El Kitabı*, s. 81.

²⁴⁰ SERT – CİHAN, s. 78.

bağışın gerçekleştirilebileceği ancak gerektiğinde Sağlık Bakanlığı'nın konuyla ilgili düzenleme yapabileceği ifade edilmiştir.²⁴¹

Yaşayan kimselerden nakil amacıyla organ ve doku alınmasına ilişkin olarak Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesi, yaşayan kimselerden organ veya doku alınabilmesinde bunun bir anlamda son çare olmasını aramış ve ölülerden organ ya da doku nakli imkânının bulunmadığı ya da başka bir tedavi yöntemi olmadığı durumlarda yaşayan kimseden organ veya doku nakline olanak tanımıştır.²⁴² Bu itibarla Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin, sağlararası organ veya doku nakli yerine ölüden gerçekleştirilen organ veya doku naklini teşvik ettiği anlaşılmaktadır. ODNK'da ise ölüden organ ve doku naklinin, sağlararası organ ve nakline göre öncelik taşıdığına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, ölüden organ naklinin mümkün olup olmadığı araştırılmaksızın doğrudan sağlararası organ ve doku nakli gerçekleştirilebilmektedir.²⁴³

²⁴¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 391; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 82.

²⁴² KATOĞLU, “Biyotıp Sözleşmesi”, s. 187; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 370; ERMAN, s. 221; ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 257; BALKIR, s. 150; AKSARAY, s. 157. Alman Hukuku bakımından da yaşayan kişilerden organ ve doku alınabilmesi bakımından “ikincilik prensibinin” geçerli olduğu ve ölülerden uygun bir organ ve doku temin edilemediği durumlarda yaşayan kişilerden organ ve doku alınabileceği kabul edilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 386, dn. 74; AYDIN, “Hukuksal Problemler”, s. 161-162; ABİK, s. 134. Organ ve doku nakilleri konusunda Yunanistan'da geçerli olan kanunda da, öncelikli olarak ölüden organ veya doku temininin mümkün olup olmadığı ile organ ve doku nakli haricinde hastaya uygulanabilecek başkaca bir tedavi yönteminin bulunup bulunmadığı araştırılmak zorundadır. Bkz. CANELLOPOULOU-BOTTIS, s. 433.

²⁴³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 386; ABİK, s. 100; AYDIN, “Ceza Sorumluluğu”, s. 238.

2. Üstün Amaç

Organ ve doku nakillerinde yapılan işlemin hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığı hususu özellikle verici açısından gündeme gelebilecektir. Yaşayan bir kişiden organ alınması, o kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik bir saldırı olduğundan, hukuka aykırı sayılması da düşünülebilir.²⁴⁴ Zira Türk Medeni Kanunu'nun m. 23/2'deki, "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz*" hükmü ile m. 24/2'deki "*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*" hükmü birlikte değerlendirildiğinde, vericinin kendi rızasıyla ya da rızası olmaksızın üçüncü kişilerden gelen davranışla kişilik hakkını ihlal eden bütün müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.²⁴⁵ Müdahalenin kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ya da sağlığını korumak amaçlarıyla yapılması hukuka aykırılığın ortadan kalkması için yeterli değildir.²⁴⁶ Bu itibarla, organ ve doku nakillerinde, yapılan müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için üstün amacın varlığı gereklidir.²⁴⁷

Üstün amaç, vericiden biyolojik madde alınmasını haklı gösterecek amaçtır. Organ ve doku nakillerinde bu amaç, başkasının yaşamını kurtarma ve o kişiyi

²⁴⁴ Bkz. ERMAN, s. 216-217; AYİTER, "*Organ Nakli*", s. 142. Vericinin bir böbreğinin alıcıya nakledilmesinden sonra, kalan tek böbreğin fonksiyonunu yerine getirememesi ve buna bağlı olarak vericinin ölmesi durumunda; böbreğin alınması ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağı bulunması şartıyla nakli gerçekleştiren doktorun sorumluluğunun doğacağı savunulmuştur. Bkz. AYİTER, "*Organ Nakli*", s. 142.

²⁴⁵ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 164; ZEVKLİLER, s. 20.

²⁴⁶ DURAL – ÖĞÜZ, s. 100.

²⁴⁷ GÜRZUMAR, s. 371; ERMAN, s. 217.

sağlığına kavuşturma amacı olarak ortaya çıkar.²⁴⁸ Biyolojik madde alındığı zaman vericinin uğrayacağı zararlar, elde edilecek yarar birbiriyle karşılaştırıldığında, elde edilecek yararın, vericinin zararını ikinci plana itmesi ve bu zarara katlanmasını haklı göstermesi halinde üstün amacın varlığından söz etmek mümkündür.²⁴⁹ Başka bir ifadeyle, organ ve doku nakillerinde üstün amacın varlığından söz edebilmek için alıcının yararının vericinin yararından daha üstün olması gerekir. Bu iki menfaat birbirine denkse ya da vericinin yararı alıcıya göre daha fazla korunmaya layıkta, rıza olsa dahi vericiden organ veya doku alınmaz.²⁵⁰ Örneğin, bir hastayı kurtarmak üzere vericiye zarar vermeyecek bir insan kökenli biyolojik maddenin alıcıya nakli halinde üstün amaç mevcuttur. Buna karşılık, olumlu sonuçlanıp sonuçlanmayacağı kesinlik kazanmamış bir tedavi yönteminin uygulanması halinde, söz konusu müdahale kişilik hakkına aykırı bir nitelik taşır.²⁵¹

Doktrinde, alıcı açısından tıbbi zaruret bulunması halinde organ veya doku naklindeki menfaatin, vericinin uğrayacağı zarardan fazla olacağı kabul edilmektedir.

Başka bir ifadeyle, alıcı açısından organ veya doku naklinin, müracaat edilebilecek

²⁴⁸ ZEVKLİLER, s. 26; Handan **YOKUŞ SEVÜK**, “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”, in. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (17 Kasım 2006), İstanbul 2007, s. 240, dn. 112; GÖKCEN - BALCI, “Organ ve Doku Ticareti”, s. 121. Organ ve doku nakillerinde üstün amacın, tedavi amacı veya tıp biliminin ilerlemesi amacı olduğu görüşü için bkz. PARLAK, s. 202.

²⁴⁹ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 164.

²⁵⁰ GÖKCEN, s. 67-68.

²⁵¹ Bkz. ZEVKLİLER, s. 22; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 573. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 27. maddesi, “Klinik veya laboratuvar muayeneleri bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde کافی derecede tecrübe edilmek suretiyle tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağı mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir” şeklinde düzenlenmiş olup; alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması konusundaki şartları ortaya koymuştur.

tek ve en son çare olması ve alıcının hastalık durumunun, nakli zorunlu kılması üstün amacın varlığı için önemlidir.²⁵² Türk Tabipleri Birliği Tıbbi Etik Komite'nin 1968 yılında organ nakliyle ilgili kararında da bu husus vurgulanmış; alıcının organ nakli bakımından tıbbi bir zaruret hali içinde olması ve bu tıbbi zarurete konuyla ilgili en az 3 kişilik bir hekim kurulu tarafından karar verilmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.²⁵³

Üstün amaçla ilgili olarak doktrinde, böbrek gibi vücutta çift olan ve alındığı zaman vericinin yaşamını sona erdirmeyen insan kökenli biyolojik maddelerin alınıp alınmayacağı tartışılmıştır.²⁵⁴ Konuyla ilgili olarak bir görüş, çift olan organlardan birisinin nakledilmesinin, verici açısından devamlı bir eksilmeye neden olması durumunda verilen rızanın geçerli olmadığı yönündedir. Buna karşın, vücutta sürekli bir eksilmeye neden olmayacak organ ve dokuların alınması halinde rıza geçerli olacaktır.²⁵⁵ Öğretide baskın olan karşı görüş uyarınca, çift organlardan birisinin alınması mümkün olup; verici açısından çok büyük bir zararın doğmaması, alıcının hayatının bu organa bağlı olması ve nakil sonrası kalan tek organın fonksiyonunu gerçekleştirebilecek durumda olması koşullarıyla üstün amacın bulunduğu ve yapılan

²⁵² Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 194; GÜNER, s. 586; TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 109; ZEVLİLER, s. 28. Organ veya doku naklinde alıcı için tıbbi zorunluluğun bulunması gerektiği ifade edilmekle birlikte, bu zorunluluğun, hastalığın son aşamasında olması anlamına gelmediği ifade edilmiştir. Örneğin, böbrek hastalığı nedeniyle diyalize giren bir hastaya, uygun böbrek bulunduğu zaman naklin yapılması ve hastalığın son evresinin beklenmemesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 187. Özellikle böbrek yetmezliği olan hastalar açısından diyaliz; bölge, coğrafya ve diğer biyolojik nedenlerden dolayı farklı sonuçlar verebildiği, ancak diyaliz süresinin uzadığı hallerin çoğunluğunda uygun bir böbreğin elde edilemediği ve hastanın durumunun daha kötüye gittiği belirtilmektedir. Bkz. PRICE – AKVELD, s. 25.

²⁵³ ÖZTÜREL, s. 477.

²⁵⁴ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 165.

²⁵⁵ AYİTER, “*Organ Nakli*”, s. 142.

naklin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.²⁵⁶ Ancak, vericinin çift olan organlarından sadece birinin işlev görmesi durumunda, bu organın nakil amaçlı alınabilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, vericinin uğrayacağı zararlar alıcının elde edeceği yarar karşılaştırıldığında üstün amacın bulunmadığı ve vericinin alınan organ dolayısıyla hayati tehlikeyle karşı karşıya geleceği kabul edilmelidir.²⁵⁷ Kanaatimizce, çift olan organlardan birinin nakil amacıyla yaşayan vericiden alınması, organ nakli için aranan diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla mümkündür. Aksi görüşün kabulü halinde, günümüzde çoğunlukla gerçekleştirilen sağlararası böbrek nakli uygulamalarını tamamen ortadan kaldıracak ve halihazırda yeterli olmayan organ sayısının daha da azalmasına yol açacaktır. Çift organlardan birinin alınması durumunda, tek bulunan organla vericinin yaşamının tehlikeye girmeyeceği tıbbi açıdan tetkik edilmeli ve nakilden önce bu işlem, verici üzerinde gerçekleştirilmelidir. Bunun haricinde, çift organlardan birinin fonksiyonunu gerçekleştirebildiği vericiler açısından, işlevini sürdüren bu tek organın alınabilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira ODNK m. 8’de yer alan, *“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır”* hükmü ile nakil için gerekli tahlil ve incelemelerin yapılması gerektiğini öngören ODNK m. 9 hükmü birlikte değerlendirildiğinde de bu sonuca ulaşılmalıdır. Öğretide savunulduğu üzere²⁵⁸, vericinin yaşamını mutlak

²⁵⁶ DURAL – ÖĞÜZ, s. 107; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 165; ZEVKLİLER, s. 25-26; TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 99; BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 191; Fahrettin **KIYAK**, “İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Ceza Sorumluluğu”, in. YD., C. 1, S. 3, Y. 1975, s. 57.

²⁵⁷ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 166.

²⁵⁸ Nevzat **TOROSLU** – Haluk **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 21, Ankara 2015, s. 179; Selahattin **KEYMAN**, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, in. AÜHFD., C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 71; DURAL – ÖĞÜZ, s. 107; GÜNER, s. 586; ZEVKLİLER, s. 25; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 567; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 170. Kişinin mutlak surette yaşamını sona erdiren ya da

surette sona erdirecek organ ve dokuların alınması yasak olduğu gibi verici açısından organ aktarmasının ya da vücuttan alınacak parçanın, o kişinin topluma, ailesine karşı ödevlerini yerine getirmesini güçleştirici bir bünye eksikliği ya da sürekli bir sakatlık yaratmaması da gereklidir.

Yaşayan bir kimseden, bilimsel araştırma ve deney amacıyla organ veya doku alınması durumunda üstün amacın bulunup bulunmadığı da önem arz eder. Doktrinde, alıcının tedavi edilmesi haricindeki amaçlarla yaşayan bir kişiden organ veya doku alınması veya bilimsel araştırma için yaşayan bir kimseye organ veya doku nakledilmesi, üstün amacın bulunmaması nedeniyle genel olarak kabul görmemektedir.²⁵⁹ Her ne kadar bilimsel araştırmalar için yaşayan bir kişiden alınacak bu organ ve dokular, tıbbın gelişmesi, diğer insanların sağlıklarına kavuşmaları veya yaşam sürelerinin uzaması bakımından önem arz etse de; yaşayan bir kişinin sağlığına zarar verilmesi kabul edilemez.²⁶⁰ Yaşayan vericinin, yaşam süresinin çok kısa olduğu durumlarda dahi, insanın araç olarak kullanılmaması ve bilimsel meraka kurban edilmemesi günümüz insan anlayışının bir gereğidir.²⁶¹ Bilimsel araştırmalar bakımından, alınmaları halinde, vericiye zarar vermeyecek kan, sperm ve yumurta hücresi gibi insan kökenli biyolojik maddelerin alınması öğretide

tehlikeye sokan organ ve dokuların vericiden alınması yasak olduğu gibi alıcıya nakledilmesinin de yasaklandığı ileri sürülmüştür. Bkz. Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 7, İstanbul 1981, s. 69. Yaşayan insandan alınamayacak organ ve dokuların yalnızca hayati organ ve dokularla sınırlanmasının doğru olmadığı, ODNK m. 8'in; vericinin kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkansız kılacak veya zorlaştıracak organ ve dokuların alınabilmesini mümkün kılar biçimde düzenlendiği ifade edilmiş ve bu durum eleştirilmiştir. Bkz. TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 100.

²⁵⁹ Bkz. TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 97-98; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 167; TANERİ, s. 485.

²⁶⁰ AYİTER, “*Organ Nakli*”, s. 141.

²⁶¹ TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 98.

kabul görmektedir.²⁶² ODNK m. 2/2’de sayılan insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasının, verici açısından bir sakınca yaratmayacağı ve bu nedenle Kanunun kapsamı dışında tutulduğu da öğretide savunulmaktadır.²⁶³

3. Uygun Sağlık Kurumunun Bulunması

Organ nakli cerrahi bir tıbbi müdahale niteliği taşıdığından bu müdahaleyi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da sayılanlardan sadece hekimlerin ve diş hekimlerinin gerçekleştirebilecekleri kabul edilmelidir. Müdahaleyi gerçekleştirecek hekim ve diş hekimlerinin bu tür cerrahi müdahaleler bakımından uzman olması ve yardımcı personelin de bu konuda yetişmiş ve deneyimli olması gereklidir.²⁶⁴

“Organ ve doku almaya, saklamaya, aşılamaya ve nakline yetkili sağlık kurumları” başlıklı ODNK m. 10 hükmü, 02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 40. maddesiyle değiştirilmiştir. Değişiklikten önce söz konusu hüküm, *“Organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur”* şeklinde iken; değişiklikle birlikte, *“Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılır”* şeklinde düzenlenmiştir.

²⁶² AYİTER, “Organ Nakli”, s. 142; TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 98, dn. 23.

²⁶³ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 168.

²⁶⁴ Bkz. PARLAK, s. 197-198; ABİK, s. 128; KÖK, s. 212.

Değişikliğin gerekçesi²⁶⁵, kanun hükmünü aynen tekrarlar niteliktedir. Düzenlemeler karşılaştırıldığında, madde hükmüne organ ve dokuların “taşınması” ile “yurt dışından temin edilmesinin” eklendiği; bu işlemlerin ise yetkilendirilmiş uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. İlgili personel ve sağlık kurumları için gerekli olan yetkilendirmenin ise Sağlık Bakanlığı tarafından yapılması²⁶⁶ hükmüne bağlanmıştır.

Organ ve doku nakli merkezlerinin ve doku tipleme laboratuvarlarının açılması, çalışması ve denetimine ilişkin esaslar ODNHY'nin 17 ile 21. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, organ ve doku nakli merkezleri, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından, bunlara ait genel ve özel hastaneler bünyesinde bir ünite biçiminde kurulabilirken; göz bankalarının yalnızca

²⁶⁵ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss480.pdf> (Erişim: 12.09.2015)

²⁶⁶ Madde değişmeden önce de uygun sağlık kurumlarının Sağlık Bakanlığı tarafından saptanmasının isabetli olacağı belirtilmekteydi. Bkz. EREM, “Organ Nakli”, s. 715. “Yukarıda yer verilen hükümlere göre, Sağlık Bakanlığınca organ nakli konusunda faaliyet izni verilmeyen hiçbir sağlık kuruluşunda organ nakli işlemi yapılamayacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla bu tür izin almayan ve fakat cerrahi faaliyet ruhsatı bulunan sağlık kuruluşlarında organ nakli yapılması mümkün değildir. Organ naklinin sıradan bir cerrahi faaliyet olmadığını ve insan sağlığı bakımından önemini dikkate alan ve uluslararası kuruluşlarca da mücadele edilen organ ticareti faaliyetlerinin engellenmesi amacıyla hareket eden Sağlık Bakanlığı sözü edilen kamu hizmetinin özelliğine uygun olarak organ naklini izin şartına bağlamış olup, anılan Bakanlığın bu yetkisi, 2238 sayılı Yasanın 10 uncu, 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü ve 3359 sayılı Yasanın 3 üncü ve 9 uncu maddelerinden kaynaklandığından, sözü edilen Yönetmeliğin organ nakli konusunda izin verme usulünü düzenleyen maddelerinde belirtilen yasa hükümlerine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul ili 15 yataklı özel ... Hastanesine 06.03.1992 tarihli olurla Genel Cerrahi, Nöroşirürji, Ortopedi, Üroloji, Göz, KBB, Kadın Doğum Hastalık vakalarını tedavi etmek faaliyetine izin verildiği, ... yapılan denetimlerde İsrail vatandaşı üç hastaya yine aynı ülke vatandaşı üç şahıstan böbrekleri alınmak suretiyle yasa dışı organ nakli yapıldığının tespit edildiği, ... anılan özel hastane bünyesinde organ nakli faaliyetinde bulunabilmek için Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 17 inci maddesinde belirtildiği şekilde Bakanlıktan alınması zorunlu olan açılma onayının alınmadığı, ... 19.03.2001 tarihli dava konusu işlemle de ruhsatın iptal edildiği anlaşılmıştır... Yukarıda belirtilen yasa ve yönetmelik hükümlerine açıkça aykırı olarak hastane mesul müdürünün Sağlık Bakanlığından izin alınmaksızın böbrek nakli yapılmasına göz yummak suretiyle hastanenin nezahat ve şerefini bozan bu yasak faaliyetten haberdar olduğunun anlaşılması nedeniyle hastanenin ruhsatının iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmüştür. (Danıştay 10. Daire, E. 2002/4524, K. 2004/4288, 30.04.2004) Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10d-2002-4524.htm> (19.11.2015)

Sağlık Bakanlığı hastaneleri ve devlet üniversiteleri hastaneleri bünyesinde kurulabileceği ODNHY m. 17’de kabul edilmiştir. Organ ve doku nakli merkezlerinin, yapılacak nakillere ilişkin raporlamalarını TODS üzerinden Sağlık Bakanlığı’na bildireceği hususu ODNHY m. 18’de düzenlenmişken; ODNHY m. 19’da, organ ve doku alınabilecek potansiyel vericilerin saptanıp izlenebildiği hastaneler olarak tanımlanan organ ve doku kaynağı merkezlerinin, organ ve doku alım operasyonunu gerçekleştirebilecek altyapı koşullarını, potansiyel vericilerin izlenmesine imkan veren araç gereci ve tıbbi ölüm durumunu saptayacak hekimleri bulundurmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Doku tipleme laboratuvarlarının yapısal ve fonksiyonel koşullarını belirleme yetkisi Sağlık Bakanlığı’na verilmişken; organ bağışının ülke düzeyinde gelişmesini sağlayıcı faaliyetleri destekleyerek halkın organ nakliyle ilgili çalışmalara katılımını sağlayacak gönüllü kuruluşların, faaliyetlerini Sağlık Bakanlığı’ndan izin alarak yürütebileceği hususları ODNHY m. 20 ve 21’de düzenlenmiştir.

Bunun haricinde; kalp, karaciğer, akciğer, kalp-akciğer, böbrek ve pankreas nakli yapan merkezlerde çalışacak personel, oluşturulacak birimler ve merkezlerin sahip olacağı donanımlara ilişkin usul ve esaslar 13.02.2012 tarihli ve 6157 sayılı Sağlık Bakanı Onayı ile yürürlüğe giren Organ Nakli Merkezleri Yönergesinde²⁶⁷ düzenlenmiştir. Örneğin, böbrek nakli faaliyetinin yapılacağı merkezin bulunduğu hastanede; nakil ekibinde bulunan cerrah, nakil ekibinde bulunan nefroloji uzmanı, pediatrik hastalarda, ayrıca nakil ekibinde bulunan pediatrik nefroloji uzmanı, anestezi ve reanimasyon uzmanından teşekkül edecek bir böbrek nakli konseyinin bulunması Yönergenin 24. maddesinde; genel cerrahi birimi veya üroloji birimi,

²⁶⁷ Bkz. <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-16042/organ-nakli-merkezleri-yonergesi.html> (12.09.2015)

anesteziyoloji ve reanimasyon birimi, iç hastalıkları birimi, çocuk böbrek nakli merkezlerinde çocuk sağlığı ve hastalıkları birimi, yoğun bakım birimi gibi birimlerle ilaç düzeylerini ölçebilecek kapasitede laboratuvara haiz biyokimya laboratuvarı, her türlü mikrobiyolojik, moleküler ve serolojik tetkiki yapma olanağına sahip mikrobiyoloji laboratuvarı, en az iki adet hemodiyaliz cihazı, böbrek nakli cerrahisi yapılabilecek yeterliliğe sahip donanım ile ekipman, renkli doppler ve anjiyografi gibi donanımların bulunması Yönergenin 26. maddesinde öngörülmüştür.

4. Bilgi Verme ve Aydınlatma Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Hastanın vücudu üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelerde, hastanın rızasının bulunması gerektiği dikkate alındığında hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın²⁶⁸ geçerliliği önem taşır.²⁶⁹

Kişinin rızasının hukuken geçerli kabul edilebilmesi için zorunlu koşullardan biri, rızanın hekim tarafından yapılacak bir aydınlatmadan sonra açıklanmış olmasıdır. Aydınlatmanın gerçekleştirilmemesi halinde, müdahaleyle ilgili bilgi sahibi olmaksızın, kişi tarafından açıklanan rızanın, daha sonra gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi mümkün değildir.

Bu nedenle, aydınlatma, kişi tarafından açıklanan rızanın geçerli olarak kabul

²⁶⁸ Sağlararası organ ve doku nakillerinde, alıcı açısından zaruret hali söz konusu olduğunda, rızanın aranmasının gerekli olmadığı düşünülse dahi, verici açısından zaruret hali hükümlerine dayanılmasının mümkün olmadığı, ölmek üzere olan bir insanın kurtarılması amacıyla yapılmış olsa bile rıza alınmadan naklin gerçekleştirilmesi durumunda hekimin sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 101.

²⁶⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 126.

edilebilmesinde en önemli unsurlardan biridir.²⁷⁰ Zira sağlıklı bir iradeden söz edilebilmesi için iradesini rıza veya rızasızlık yönünde açıklayan kişinin, açıkladığı iradenin konusu ve sonuçları üzerinde tam anlamıyla bilgi sahibi olması gereklidir.²⁷¹

Bu noktada “aydınlatma” kavramı ve “hekimin aydınlatma ödevi” ortaya çıkmaktadır.²⁷² Hastanın aydınlatılması, muayene edildiğinde elde edilen bulguların kendisine bildirilmesi, ona uygulanacak tedavinin ya da gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler, zararlı sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi ve bu şartları değerlendirerek serbestçe karar vermesinin sağlanmasıdır.²⁷³ “Aydınlatılmış onam”, riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim

²⁷⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 57-58; KEYMAN, s. 69-70. “Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibardır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değerli olan bir rızadır.” (Yargıtay 4. HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541, 07.03.1977) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-1976-6297.htm>) (17.09.2015)

²⁷¹ ERMAN, s. 99.

²⁷² Hekimin söz konusu aydınlatma ödevinin, özel hukukta bir “yüküm” mü yoksa “yükümlülük” mü olduğu tartışma konusudur. Aydınlatmanın, bir yüküm (kulfet) olarak kabul edilmesi durumunda özel hukuk açısından belirli haklardan yararlanma olanağı ortadan kalkarken; bir yükümlülük olarak kabul edilmesi durumunda, yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde tazminat sorumluluğunun oluşacağı kabul edilmektedir. Genel görüş, bu ödevin bir yükümlülük olduğu yönündedir. Bkz. ERMAN, s. 101; Veysel BAŞPINAR, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 194; Hasan Seçkin OZANOĞLU, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, in. AÜHFD., C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 60; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 217; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 152. Aydınlatma ödevini yüküm olarak nitelendiren görüş için bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 58; DURAL, s. 102. Kanaatimizce de hekimin aydınlatma ödevi bir “yükümlülük” olarak değerlendirilmeli; yükümlülüğün yerine getirilmemesi ve sorumluluğun diğer şartlarının da gerçekleşmesi halinde hekimin tazminat sorumluluğu gündeme gelebilmelidir.

²⁷³ Bkz. Özlem YENERER ÇAKMUT, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, in. Tıbbi Müdahalede Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (16-17 Ocak 2009 Mersin Barosu), Ankara 2009, s. 8-9.

tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, hasta tarafından gönüllülükle kabulü olarak tanımlanmıştır.²⁷⁴ Yukarıda da açıklandığı üzere, aydınlatılmış onam, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkının bir yansıması olarak tıp etiği ilkeleri açısından da önem arz eder.²⁷⁵

Aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanaklarından ilkinin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin ilk cümlesi oluşturmaktadır. Hüküm, "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar*" şeklindedir. Rızanın hukuken geçerliliğinde, aydınlatmanın bir zorunluluk olduğu dikkate alındığında; tıbbi müdahale öncesinde hastanın rızasının alınması gerektiğini ifade eden madde hükmünden aynı zamanda hastanın aydınlatılması gerektiği sonucu da çıkarılmaktadır.²⁷⁶ Aynı şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin m. 14/2'deki, "*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur*" hükmü, hastayı kesin olarak ölüme götüren ve tıbbın engelleyemediği hastalıkların açıklanmasının gerekli olmadığı kuralını koymuştur.²⁷⁷ Söz konusu hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesinin 1. fıkrasında da, "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak*

²⁷⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 126.

²⁷⁵ Bkz. OZANOĞLU, s. 59.

²⁷⁶ YENERER ÇAKMUT, "*Aydınlatılmış Onam*", s. 9.

²⁷⁷ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 126.

suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması caizdir” şeklinde tekrarlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası, bu tür durumlarda hastanın yakınlarına bilgi verilir verilmemesi hususunu hekimin takdirine bırakmıştır. Madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hastalığın teşhis ve tedavisi hakkında hekimin hastaya tam bir açıklama yapmasının kural olduğu; açıklama yapılması halinde hastanın ruh hali ve bedensel zarara uğrama ihtimalinin bulunmasının aydınlatma yükümlülüğü açısından bir istisna teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Zira bu durumda, hastanın serbestçe karar verme ve aydınlatılmaktaki kişisel menfaati; hekimin aydınlatma yapmamasındaki menfaate göre daha hafif kalacak ve arka planda bulunacaktır.²⁷⁸ Tedavinin uygulanabilmesi için aydınlatmanın sınırlandığı bu hallerde hekimin, hastanın tedavi edilmesine yönelik sorumluluğunun ön plana geçtiği ve varsayılan rızayla hastanın aydınlatılmasından vazgeçildiği savunulmuştur.²⁷⁹

Hasta Hakları Yönetmeliğinin “*Bilgilendirmenin kapsamı*” başlıklı 15. maddesinde ise, hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı²⁸⁰ ile tahmini süresi, diğer tanı²⁸¹ ve tedavi seçenekleri²⁸² ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve

²⁷⁸ SARIAL, s. 59. Hekimin, hastasının menfaati söz konusu olduğunda, onu ruhi bakımdan çökertmemek ve açıklamada bulunarak hayati bir tehlikeye neden olmamak için açıklamada bulunmaması haricinde yanlış bilgi verebileceği de ifade edilmiştir. Bkz. SARIAL, s. 60.

²⁷⁹ Bkz. ERMAN, s. 117.

²⁸⁰ Tıbbi müdahalenin yürütülmesiyle ilgili hastaya yapılan aydınlatmada, her işlem hakkında ayrıntılı bilgi vermenin gerek olmadığı ve hastanın, müdahalenin yürüyüşü üzerinde genel bir bilgi sahibi olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ERMAN, s. 108; BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 126.

²⁸¹ Tanı konusunda bir kesinlik bulunmadığında ise, hekimin aydınlatma konusunda temkinli olması ve o anki bilgi ve görüş düzeyinin geçici olduğunun hastaya bildirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. ERMAN, s. 107.

riskler²⁸³ ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri²⁸⁴, kullanacak ilaçların önemli zellikleri²⁸⁵, hastanın sağlığı için kritik olan

²⁸² Alternatif tedavi yöntemleri arasında hastanın gerçek bir seçme imkanı varsa, hangisinin seçileceği hususunun hastaya bırakılması gerektiği; bu tür durumlarda hekimin yapması gerekenin, bütün müdahale olasılıklarının avantaj ve dezavantajlarını ifade etmek ve yöntemlerin lehine ve aleyhine olan hususların hastanın bilgisine sunmak olduğu ileri srlmstr. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 138-139.

²⁸³ Tıbbi müdahale sonucunda, ortaya çıkabilecek olan ve istenmeyen sonuçlar olarak tanımlanan risklerin, ortaya çıkış yoğunluğuna göre yoğun riskler ve uzak riskler olmak üzere bir ayrıma tabi tutulduğu, doğrudan ortaya çıkacak riskler ile ortaya çıkması muhtemel olan riskler konusunda aydınlatmada bulunulması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ERMAN, s. 109. Ancak uzak ve nadir olarak ortaya çıkan ve hastanın vereceği kararda ve bu karar sonucu göstereceği rızada önemli bir ağırlığa sahip olmayacak riskler bakımından aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, “Aydınlatılmış Onam”, s. 12. Az rastlanan riskler durumunda hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 138.

²⁸⁴ “nemle vurgulanmalıdır ki, kesik yaranın tedavisi için kendisine başvuran hastayı tedavi etmeyi üstlenen bir doktorun; nerede ve hangi ortamda olduğu bilinmeyen bu kesik yara nedeniyle tetanoz mikrobu almış olabileceğini, bu halde hasta sağlığının ve giderek yaşamının çok ciddi bir şekilde tehlikeye atılmış olduğunu bilmesi mesleğinin gereğidir. O nedenle, doktor, bu gibi hallerde derhal tetanoz açısının yapılmamasının ağır ve tehlikeli sonuçları hakkında, hastasını uyarmak, onu bilgilendirmekle yükümlüdür. Davacı, köyde çiftçilikle iştigal eden bir kimsedir. Sağlığı ve yaşamı için bu ağır ve tehlikeli sonuçları bilen veya bilmesi gereken bir hasta olarak kabul edilemez. Bu durumda davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yereine getirdiğinin kabulü için aşı yapılması değil, yapılmamasının sonuçlarını hastaya varsa yakınlarına anlatması bütün çabalarına rağmen aşı yapılmasına karşı konulması halinde de hastanın açıklayıcı yazılı beyan ve imzasının alınmış olmasını gerektirir. Davada, davacıdan tetanoz açısının yapılmaması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen davacının tetanoz açısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacıyı bağlayacağı imzalı bir belge ibraz edilmemiştir. Davada dayanılan protokol defteri davacı dışında davalı Hastane yetkilileri tarafından düzenlenmiştir. Oradaki bilgilerin davacıyı bağlayacağından da söz edilemez. Hastane personeli olarak dinlenen tanıklar savunmayı kısmen doğrular şekilde beyanda bulunmuş ise de davalı doktorun ısrarla tehlikeli ve ağır sonuçları anlatmış olmasına rağmen davacının yine de aşı yapılmasını istemediği şeklinde beyanda bulunmamışlar, dahası bu gibi karşı koyma olaylarda imza alındığını, ancak davacıdan imza alınmadığını işaret etmişler, bunların aksine davacı tanıkları da davacıya aşı yapılmak istenmesi ve davacının karşı koyması gibi bir durumun olmadığını bildirmişlerdir. Kaldı ki, ufak bir parmak kesiği ile köyünden kalkıp şehir merkezine kadar gelerek hastaneye tedavi için müracaat eden, lokal anestezi için iğne yapılmasına, yaraya dikiş atılmasına, müsaade eden, bu denli sağlığına zen gösteren bir hastanın, tehlikeli ve ağır sonuçlarının kendisine anlatılmasına, ısrar edilmesine rağmen tetanoz açısının yapılmasına karşı koyması hayatın doğal akışına da uygun düşmemektedir.” (Yargıtay 13. HD., 8582/10298, 20.11.2000) (Erişim: <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=40&cat=18>) (19.09.2015)

²⁸⁵ İlaçların yan etkileri konusunda hekimin, hastayı aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğuna ilişkin Yargıtay kararları bulunmaktadır. “Davalı, davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan ‘Exen Forte Tablet’ adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini, ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bilmediğini savunmuştur. Davacı, davalı

yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği konularında bilgi verileceği düzenlenmiştir. Öğretide aydınlatmanın kapsamıyla ilgili olarak genel geçer ve soyut belirlemeler yapmak yerine, her somut olayın ve hastanın özelliklerini dikkate almak suretiyle kapsamın belirlenmesi gerektiği, hastanın anlama kabiliyeti ile kültürel toplumsal ve psişik durumunun göz önünde bulundurulmasının önemli olduğu ifade edilmiştir.²⁸⁶ Tıbbi müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5.

tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir... Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bilmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir...” (Yargıtay 13. HD., E. 2006/10057, K. 2006/13842, 19.10.2006) Bkz. YKD., C. 33, S. 7, Temmuz 2007, s. 1307-1310. “... davacının duyu kaybının, en az 5 yıl önce meydana gelen kulak zarı delinmesinden kaynaklandığı, ...'daki muayenede enfeksiyon bulunmadığının tesbit edildiği, davalı idarede yapılan gerek poliklinik muayenesinde ve gerekse ilacın damlatılmasından sonraki muayenede mantarla ilgili bir bulgu yer almadığı, sadece adı geçen ilacın uygulamasını yapan doktor tarafından düzenlenen poliklinik kartında mantar teşhisi yazıldığı, iç kulak zarı delik olan davacıya iç kulağa, sirayet edeceği kesin ve giderilmesi mümkün olmayan yan etkilere sahip olan bir ilacın uygulandığı ve önceden aynı etkileri konusunda bilgi verilip onayının alınmadığının davacının samimi beyanlarından anlaşıldığı ve davalı idarenin de bunun aksini öne sürmediği, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde ‘Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatini alırlar’ hükmü öngörülmüş ve böylece uygulanacak işlem veya ilacın yan etkileri konusunda hastanın uyarılarak onayının ve gerekli tedbirlerin alınmasının amaçlanmış bulunduğu, öte yandan idarelerin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödeyeceklerinin Anayasamızın 125. maddesinde hükme bağlandığı, olayda da davalı idarece yapılan uygulama sonucunda davacının bir kulağının tamamen ve tedavisi mümkün olmayacak şekilde, diğer kulağının da ancak işitme cihazıyla duyabilecek ölçüde duyu kaybına uğradığı, başlangıçta bu riskin dikkate alınıp davacının bilgilendirilmediği, hatta kullanılan ilacın isminin dahi gizlendiği dikkate alındığında duyu kaybının hizmet kusuru sonucu oluştuğu ve davacının sürekli, ağır elem ve ızdırap duymasına yol açtığı kanısına varıldığı, her ne kadar Danıştay kararında Castellani solüsyonunun mantar tedavisi için uygulandığı, sağlık hizmetlerinin riskli bir nitelik taşıdığı ve davacının hizmetten yararlanan konumda olduğu, zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu oluşmadığı belirtilmiş ise de; davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gereği özenin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu gerekçesiyle ... ısrar kararının onanmasına karar verildi.” (Danıştay İDDK., E. 2002/716, K. 2003/91, 07.03.2003) (Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/>) (04.10.2015)

²⁸⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 144; BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 128; SARIAL, s. 57; ERMAN, s. 102; YENERER ÇAKMUT, “Aydınlatılmış Onam”, s. 11.

maddesinin 2. fıkrasındaki “...kişiyeye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler” verilmesini öngören hüküm de, bilgilendirmenin kapsamının somut olayın koşullarına göre belirlenmesini ve hastanın tedaviden kaçınmasına neden olacak bilgilendirmelerin önüne geçilmesini amaçlamıştır.²⁸⁷

Aydınlatmanın kapsamının genişlemesinde, planlanan tıbbi müdahalenin ivediliği, tıbbi müdahalenin beraberinde getireceği rizikoların ağırlığı, tıbbi müdahaleyle ortaya çıkacak sonuçların sonradan ortadan kaldırılıp kaldırılamaması ve hasta tarafından talep edilmesi hallerinin önemli olabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre, planlanan tıbbi müdahalenin ivediliği azaldıkça, tıbbi müdahalenin beraberinde getireceği rizikoların ağırlık derecesi arttıkça, tıbbi müdahale geri dönülemez nitelikteki sonuçların içerdikçe ve hasta, hekimden daha fazla açıklama talep ettikçe hekimin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı da genişlemektedir.²⁸⁸

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. maddesinde, bilgi vermenin usulü hükme bağlanmıştır. Buna göre bilgi, mümkün olduğunca sade bir şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilmelidir. Ayrıca hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık mesleği mensubu tarafından²⁸⁹ tıbbi müdahale konusunda sözlü²⁹⁰ olarak

²⁸⁷ KATOĞLU, “Biyotıp Sözleşmesi”, s. 172.

²⁸⁸ Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 65-66; OZANOĞLU, s. 70; ER, s. 89.

²⁸⁹ Aydınlatma yükümlüsünün kural olarak tedaviyi uygulayan ve müdahaleyi yapan müdavi hekim olduğu; hekimin bu görevi bizzat yerine getirememesi ve bir başka meslektaşına bırakması durumunda meslektaşının yükümlülüğünü yerine getirdiği konusunda müdavi hekimin emin olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 143. Tıbbi müdahalenin, birden fazla hekim tarafından ayrı ayrı fakat birbirine bağlantılı aşamalarda yürütülmesi durumunda hekimlerden her birinin, tıbbi müdahalenin kendisi tarafından yürütülmesi gereken aşamayla sınırlı bir aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu; tıbbi müdahalenin tamamının birden fazla hekim tarafından birlikte yürütülmesi halinde, hekimlerden her birinin hastayı diğerlerinden bağımsız olarak kendi uzmanlık alanı dahilinde aydınlatması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bir hekim tarafından yapılmış olan

bilgilendirilmeli, aksi hasta tarafından yazılı olarak talep edilmedikçe bilgilendirilme bizzat hastaya²⁹¹ yapılmalı, acil durumlar dışında makul süre içerisinde²⁹², uygun

aydınlatma, diğer hekimlerce yapılması gereken aydınlatmayı kapsamakta ise, diğer hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 70. Bununla birlikte hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmanın, hemşire, teknik personel, hasta bakıcı veya diğer yardımcı personel tarafından yapılabilmesi mümkün olmadığı gibi hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi de buna engeldir. Bkz. Zafer ZEYTİN, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, in. VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 7-8 Ekim 2011), Ankara 2012, s. 15.

²⁹⁰ Aydınlatmanın yapılmasında kuralın, şekil serbestisi olduğu belirtilmekle birlikte; hekim ile hasta arasındaki güven temeline dayalı ilişkiye en uygun düşecek aydınlatma şeklinin sözlü şekil olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 145. Aydınlatma yükümlülüğü konusundaki ispat külfeti hekime ait olduğu için, uygulamada yazılı aydınlatma formlarının kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın, ispat külfetinin hekime ait olduğuna ilişkin kararları mevcuttur: “Davacı, davalı hastanede yapılan ameliyat sonucunda platin takıldığını ve 10 gün sonra taburcu edildiğini ancak ağrı ve şikayetleri artınca müracaat ettiği hastanede enfeksiyon nedeniyle platinlerin çıkartıldığını, davalının kusuru nedeni ile zarara uğradığını ileri sürerek, maddi ve manevi zararının tahsili istemi ile eldeki davayı açmıştır. Hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davalı tarafça davacıya uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ya da belge bulunmamaktadır.” (Yargıtay 13. HD., E. 2013/17487, K. 2014/794, 16.01.2014) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2013-17487.htm>) (17.09.2015) “Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasil olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Davalıların, davacı Safiye’yi kolon yaralanması hususunda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği, bu tür bir müdahalenin ne tür komplikasyonları olduğu izah edilmemiştir. Davacı Safiye’nin aydınlatıldığına dair bir bilgi ve belge de bulunmamaktadır. O halde mahkemece, bu konuda ispat külfetinin davalılarda olduğu hususu dikkate alınarak aydınlatma külfeti gözetilmek sureti ile taraf delillerini toplayıp sonucuna göre karar vermek gerekir.” (Yargıtay 13. HD., E. 2013/26330, K. 2014/27050, 15.09.2014) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2013-26330.htm>) (17.09.2015) Bununla birlikte hastaya yapılacak işleme ilişkin hiçbir bilgi içermeyen ve müdahaleye özgülenmiş bulunmayan form ve tutanakların tek başına hastaya imzalatılmasının, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucunu yaratmayacağı açıktır. Bkz. ERMAN, s. 105; OZANOĞLU, s. 73; ZEYTİN, “Aydınlatma Yükümlülüğü”, s. 19.

²⁹¹ Hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın münhasıran hastanın kendisine yapılması kural olmakla birlikte, bazı durumlarda hastanın kişiliğine bağlı bulunan sebeplerden dolayı aydınlatmanın mümkün olmadığı ve hasta yakınlarına açıklamada bulunma mecburiyetinin ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Özellikle alıcının rızasının alınmasına imkân olmaması ve muhtemel rızanın tespiti hususunda alıcının yakınlarına başvurulması durumu buna örnek gösterilmektedir. Bkz. SARIAL, s. 61. Bu tür durumlarda hasta yakınlarından kimlerin aydınlatılacağı hususunda, ODNK m. 14 hükmünün kıyasen uygulanması ve sırasıyla eş, reşit çocuklar, anne veya baba veya kardeşlerden birisi ya da yanında bulunan herhangi bir yakınının aydınlatılmasının gerektiği ve hastanın muhtemel rızasının bu şekilde

ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Bazı hallerde ise hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkabilir. Bunların başında, hastanın bilgilendirilmeden feragat ettiği haller gelir.²⁹³ Hasta Hakları Yönetmeliğinin “*Bilgi verilmesini yasaklama*” başlıklı 20. maddesinde bu husus, “*İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi’nin 10. maddesinde de kişilerin sağlıklarına ilişkin kişisel verilerin korunması ve kişilerin sağlıklarına ilişkin verileri öğrenme haklarına yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, herkesin kendi sağlığıyla ilgili bilgileri öğrenme hakkı düzenlendikten sonra, bireylerin bilgilendirilmeme isteklerinin de gözetilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.²⁹⁴

tespit edilebileceği belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 143. Hastanın temyiz kudretine sahip küçük veya kısıtlı olması durumunda; aydınlatmanın, küçük veya kısıtlıyla birlikte bu kişilerin kanuni temsilcilerine de yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; ERMAN, s. 106; OZANOĞLU, s. 72; ZEYTİN, “*Aydınlatma Yükümlülüğü*”, s. 17.

²⁹² Hekimin aydınlatmayı zaman baskısı altında yapmaması, hastaya düşünme ve karar verme konusunda makul ve uygun bir süre tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 144. Bu itibarla, hastanın operasyonun fayda ve zararlarını tartabileceği, güvendiği kişilerle konuşabileceği ve düşünerek karar verebileceği bir zaman diliminin operasyon öncesinde hastaya tanınması uygun olacaktır. Bkz. SARIAL, s. 62; ERMAN, s. 104; YENERER ÇAKMUT, “*Aydınlatılmış Onam*”, s. 21; OZANOĞLU, s. 73.

²⁹³ DURAL, s. 103; YENERER ÇAKMUT, “*Aydınlatılmış Onam*”, s. 16. Bu durum aynı zamanda aydınlatmadan vazgeçme veya aydınlatmanın içeriğini makul oranda sınırlama hakkı olarak nitelendirilmekte ve bir hekim hakkı olarak görülmektedir. Bkz. Hakan HAKERİ, “*Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları*”, in. TıpHD., C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 3.

²⁹⁴ KATOĞLU, “*Biyotıp Sözleşmesi*”, s. 174; ÖZSUNAY, s. 6-7.

Bununla birlikte, hastanın her türlü aydınlatmadan kayıtsız olarak vazgeçmesinin geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Zira hastanın belirli bir bilgi düzeyine ulaşmaksızın daha fazla bilgilenmemeyi seçmesinin olanaklı olmadığı ve hastanın en azından durumunu genel hatları ile anlaması gerektiği ve bu ölçüdeki aydınlatmadan vazgeçemeyeceği ifade edilmiştir. Bu itibarla, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi durumunda aydınlatma yükümlülüğü içerisinde bulunan noktaların hepsi olmasa dahi bir bölümünün kapsam dışına çıkacağı kabul edilmektedir.²⁹⁵ Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı bir başka hal olarak, hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleyle ilgili bilgisinin bulunması gösterilmektedir. Örneğin, hastanın aynı zamanda o konuda uzman bir hekim olması halinde tedavide bulunacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.²⁹⁶ Bu durumun haricinde, aydınlatmanın hasta bakımından bir öneminin kalmadığı kimi durumlarda insani ve tıbbi nedenlerden dolayı aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçmenin mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Örneğin, ölmekte olan bir hastanın acısını dindirmek için yapılan tıbbi müdahalelerde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçebileceği kabul edilmektedir.²⁹⁷ Son olarak, hastanın acil bir şekilde tedavi edilmesi gereken ve hekimin aydınlatılmış bilgilendirme yapabilmesinin mümkün olmadığı hallerde, varsayılan rıza temeline dayanılarak, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir. Zira,

²⁹⁵ Bkz. ERMAN, s. 117. Hastanın aydınlatılma hakkından genel olarak vazgeçmesinin mümkün olmadığı ve bu türden bir vazgeçmenin; hastanın kendi geleceği, yaşam hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki belirleme hakkını ihlal edeceği ve temel hak ve özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanması anlamına geleceği belirtilmiştir. Bkz. ZEYTİN, “*Aydınlatma Yükümlülüğü*”, s. 24-25.

²⁹⁶ Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 68; BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 129; SARIAL, s. 58; ZEYTİN, “*Aydınlatma Yükümlülüğü*”, s. 28.

²⁹⁷ YENERER ÇAKMUT, “*Aydınlatılmış Onam*”, s. 18.

müdahale edilmediği takdirde doğabilecek olan zarar riski, müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskinden fazla ise müdahalede bulunmak hukuka uygundur.²⁹⁸

b. Organ ve Doku Nakillerinde Aydınlatma Yükümlülüğü

Hekimin, hastaya aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili olarak yapılan bu genel açıklamaların ardından, özel olarak organ ve doku nakillerinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ele alınması önemlidir. Organ ve doku naklinin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi ve istenilen sonuca ulaşılmasında; alıcı, verici ve doktor arasındaki ilişkinin doğru biçimde yürütülmesi gereklidir. Bu anlamda hekimin organ ve doku nakillerinde aydınlatma yükümlülüğü, hem alıcının hem de vericinin aydınlatılması anlamına gelir.²⁹⁹ Çünkü, organ ve doku nakillerinde hem alıcının hem de vericinin vücut bütünlüklerine müdahale edilmekte ve alıcıyla vericinin menfaatleri dengelenmektedir.³⁰⁰

Konunun önemine binaen ODNK m. 7'nin (a) ve (b) bentlerinde organ ve doku alacak hekimlerin, nakil işleminden önce vericiyi aydınlatmalarına ilişkin özel hükümler mevcuttur.³⁰¹ Buna göre, organ ve doku alacak hekimler, "*Vericiye, uygun*

²⁹⁸ Feridun **YENİSEY**, "*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*", in. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 875-876; GÖKCEN - BALCI, "*Organ ve Doku Ticareti*", s. 125; ZEYTİN, "*Aydınlatma Yükümlülüğü*", s. 27; Mehmet Nihat **KANBUR**, "*Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme*", in. Türkiye Acil Tıp Dergisi, Mart 2009, s. 50.

²⁹⁹ SERT – CİHAN, s. 53; PARLAK, s. 204.

³⁰⁰ BAŞPINAR, s. 204.

³⁰¹ OZANOĞLU, s. 62, dn. 23.

*bir biçimde*³⁰² ve *ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek*” ve “*Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak*” zorundadırlar. Öğretide kabul edildiği üzere hekim, vericiye, müdahalenin niteliği, tehlikeleri ile ileride meydana gelebilecek olumsuz durumları açıklamak durumundadır.³⁰³ Örneğin, vericinin bir böbreğini alan hekimin, ileride diğer böbreğini kaybetmesi durumunda gerçekleşebilecek sonuçlar hakkında vericiyi aydınlatması gereklidir.³⁰⁴ Hekimin vericiyi aydınlatırken, yapılacak müdahalenin tehlikesi nispetinde aydınlatma kapsamının genişlediği veya daraldığı belirtilmiştir. Örneğin, kan naklindeki aydınlatma ile böbrek naklindeki aydınlatma kapsamının birbirinden farklı olduğu ancak müdahalenin doğuracağı bütün olumlu ve olumsuz sonuçların vericiye anlatılarak sağlıklı bir iradenin oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁵

Diğer tıbbi müdahaleler açısından aydınlatmadan vazgeçilmesi mümkün olmakla birlikte, vericinin söz konusu ODNK hükümleri karşısında aydınlatmadan vazgeçebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.³⁰⁶ Vericiye yapılacak olan bütün bu açıklamaların, vericiyi kararından caydırıcı nitelikte olmaması gerektiği³⁰⁷

³⁰² ODNK m. 7'nin (a) bendinde, bilgi vermenin “uygun bir biçimde” olması gerektiği ifade edilmekle birlikte, bu ifadenin belirsiz olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir. Bkz. Erdem **AYDIN**, “*Regulations and Organ Transplantation in Turkey*”, in. European Journal of Health Law, Vol. 7, 2000, s. 328. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

³⁰³ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 190.

³⁰⁴ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 218-219.

³⁰⁵ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 190.

³⁰⁶ HAKERİ, “*Suçtu*”, s. 245.

³⁰⁷ EREM, “*Organ Nakli*”, s. 714.

ve nakil sonrasında alıcıya sağlanacak yararların vericiye açıklanmasının, vericiyi nakle teşvik edici olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁸

Alıcının aydınlatılması konusunda ise ODNK’da herhangi bir hüküm mevcut değildir. Doktrinde, hekimin alıcıya yapılacak aktarmanın olumlu ve olumsuz yönlerini genel olarak açıklaması gerektiği, açıklamanın kapsamının vericiye yapılan açıklama kadar geniş olmaması gerektiği ve hekimin, alıcının psikik durumunu bozmamak adına gerçeği bütün ayrıntılarına kadar söylemeyebileceği belirtilmiştir.³⁰⁹ Bununla birlikte, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygun olacağı yönündeki Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hükmünün alıcı açısından değerlendirilmesi sonucunda, organ ve doku nakli gibi önemli tıbbi müdahaleler karşısında müdahaleye maruz kalacak olan alıcının gerçeği bütün açıklıkla bilmesi ve ona göre karar vermesi gerektiği doktrinde savunulmuştur.³¹⁰

Kompozit doku nakilleri özelinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü ise, nakil türünün belirlenmesi, naklin yapılabilirliği ve uygulanabilirliği, yapılacak nakille birlikte hastanın hayat boyu bağışıklık sisteminin baskılanması gerekliliği, hastanın kendisi ve çevresiyle yaşayabileceği etik, sosyal ve psikolojik endişelerin tespiti noktalarındadır.³¹¹ Diğer nakil türlerinden endikasyon açısından farklılık gösteren³¹² kompozit doku nakillerinde, hastayı aydınlatma yükümlülüğü özel olarak Sağlık

³⁰⁸ BAŞPINAR, s. 205.

³⁰⁹ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 193.

³¹⁰ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 219; GÖKCEN, s. 71; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 442.

³¹¹ Bkz. GÖRKEMLİ, s. 805; MARTORELL, s. 154; AYDIN, “Yüz Nakline”, s. 102-103.

³¹² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 393.

Bakanlığı Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nde düzenlenmiştir.³¹³ Doktrinde bir kompozit doku nakli olan yüz nakillerinde, yüzün hangi kısmının alınacağı ve bunun vericinin görünümünü nasıl etkileyeceği, yüz dokularının alıcıya nasıl nakledileceği, alıcının muhtemel görünüşünün nasıl olacağı ve vericiye ne ölçüde benzeyeceği³¹⁴, başarısızlık risklerinin neler olabileceği konularında aydınlatmanın yapılması gerektiği belirtilmiştir.³¹⁵

Hekim, organ nakliyle ilgili açıklamalarını yaparken, tıbbi kavram ve deyimlerden mümkün olduğunca kaçınmalı; verici ve alıcının anlayabileceği bir dili tercih etmelidir. Zira, herhangi bir tıbbi eğitim almamış kimselerin, organ alınması

³¹³ Sağlık Bakanlığı'nın Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin "*Personelin görev, yetki ve sorumlulukları*" başlıklı 13. maddesinin 2. fıkrasında, "(2) Sorumlu uzman:

a) *Nakil işleminin yaşam kurtarıcı olmayan özelliğinden, alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara bağlı yan etkilere ve nakil işlemlerine bağlı diğer tüm komplikasyonlara maruz kalacağı konularının hastaya bildirilmesinden ve hastadan bilgilendirilmiş onamın alınmasından,*
b) *Nakle hastanın hazırlanması, naklin gerçekleştirilmesi ve nakil sonrasında hastanın tedavilerinin düzenlenmesi, izlenmesi ve nakil işlemine faydalı olacak diğer tedbirlerin alınmasından,*

c) *Sorumluluğunda yapılmış olan nakillerin sonuçlarının Bakanlığa iletilmesinden, sorumludur*" hükmü yer almaktadır. Yönergenin, "*Kompozit doku bağışi ve kompozit doku alıcısının onamı ile ilgili hususlar*" başlıklı 28. maddesinde, "(1) *Bir kadavradan kompozit dokunun alınabilmesi için potansiyel donörün sağlığında imzalamış olduğu veya donör ölümü sonrasında bağış yapmaya yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmalıdır.*

(2) *Kompozit doku nakil işleminin yaşam kurtarıcı olmayan özelliği ve alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara ve buna bağlı komplikasyon ve yan etkilere maruz kalacağı göz önüne alındığında;*

a) *Kompozit doku alıcı adayını nakil işlemi yapılmadan önce mekanik ve myoelektrik protez veya ortez gibi mevcut diğer alternatifleri kullanmış olmasına rağmen veya doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik yapılan ameliyatlara rağmen tatmin olmadığı kendisi veya yasal temsilcisi tarafından yazılı olarak beyan edilmiş olmalıdır.*

b) *Ekstremité veya kompozit doku alıcı adayına veya yasal temsilcisine yapılacak naklin türüne göre EK-1'de yer alan bilgilendirilmiş onam formu verilir. Adaya bu formu incelemesi için süre tanınır*" hükmü, kompozit doku nakillerinde aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir.

³¹⁴ Kompozit doku nakillerinin ardından, kimlik ve parmak izi gibi verilerin değişmesi durumunda ne yapılacağı hususu Yönergenin 27. maddesinde, "*Kompozit doku nakli işlemi neticesinde alıcının parmak izleri veya yüz görünümü gibi teşhis bilgilerinin değişmesi halinde, hastane idaresince, nakil tarihinden itibaren 30 (otuz) gün içerisinde ilgili valilik ve emniyet müdürlüğüne değişiklik bildirilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

³¹⁵ Bkz. AYDIN, "*Yüz Nakline*", s. 107-108.

ve nakli öncesi, sırası ve sonrasında; teşhis, müdahale, tedaviyle ilgili riskler ve alternatif tedavi usulleri gibi teknik konularda aydınlatılmaları çok zor olacağından, bu hususa dikkat edilmesi önem arz eder.³¹⁶

Sonuç olarak, organ ve doku alma ile aşılama işlemlerinin muhtemel sonuçlarından alıcının ve vericinin önceden haberdar edilmeleri; vericinin organ veya doku alınmasına rıza göstermeden önce organ veya doku alma işleminin kendi vücudunda sebep olabileceği olumsuz sonuçlar hakkında; alıcının da nakil veya aşılama işleminin ne ölçüde gerekli olduğu ve bunun olumsuz yönleri hakkında anlayabilecekleri biçimde aydınlatılması gerekir.³¹⁷

Organ ve doku nakillerinde alıcı ve vericinin aydınlatılmasında; aydınlatmayı yapacak kişi, aydınlatmanın zamanı, aydınlatmanın kapsamı ve şekli konularında özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yukarıda açıklanan esaslar, organ ve doku nakillerindeki aydınlatma bakımından da geçerlidir.

5. Rıza

a. Vericinin Rızası

Yaşayan bir kimseden organ veya doku alınabilmesi için gerekli olan şartlardan sonuncusu rızadır. Tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınmasıyla ilgili olarak, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5/d'de "*Tıbbi zorunluluklar ve*

³¹⁶ BAŞPINAR, s. 204.

³¹⁷ Bkz. TOROSLU, "*Organ Aktarma*", s. 101-102.

kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz” hükmü, m. 22/1’de “Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz” hükmü ve m. 24/1’deki “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bütün tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.³¹⁸ Organ ve doku nakilleri, alıcı ve verici olarak iki tarafı bulunan tıbbi müdahalelerden olduğu için bu tıbbi müdahalelerde hem alıcının hem de vericinin rızasının bulunması şarttır. Hem alıcının hem de vericinin organ ve doku nakline göstereceği rızanın geçerli bir rıza olması gerekmektedir; genel olarak hukuki sonuç yaratabilecek bir rıza beyanında bulunabilmek için beyanda bulunanın sahip olması gereken şartlardan ayrı olarak, organ ve doku aktarma işlemlerinin gerektirdiği bazı özel şartlar da bulunmaktadır.³¹⁹

Önemine binaen, ODNK’da sağlararası organ ve doku nakillerinde vericinin rızasına, rızaya ilişkin irade beyanının şekline ve rıza ehliyetine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. “Yaş ve nitelik” başlıklı ODNK m. 5 hükmü, “Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla ODNK, vericinin hem 18 yaşını doldurmasını³²⁰

³¹⁸ Organ ve doku nakillerinde, hasta alıcının kurtarılması için zorunluluk halinden yararlanılmasının mümkün olmadığı, bir kişinin yaşamının kurtarılması için bir başka kişinin beden bütünlüğüne rızası olmaksızın müdahale edilmesi durumunda “orantılılık” koşulunun sağlanmadığı, bu durumun organ ve doku naklinin hasta alıcının yaşamak için tek şansı olduğu durumlarda da geçerli olduğu, dolayısıyla organ ve doku nakillerini hukuka uygun kılacak tek nedenin alıcının iyileştirilmesi amacına bağlı olarak aydınlatılmış verici tarafından gösterilmiş rıza olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ERMAN, s. 217-218; ERTİN – MAHMUTOĞLU – BAŞAĞAOĞLU, s. 930; Meral EKİCİ ŞAHİN, Ceza Hukukunda Rıza, B. 1, İstanbul 2012, s. 338; BALKIR, s. 147.

³¹⁹ TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 101.

³²⁰ Kişinin 18 yaşını doldurmamakla birlikte evlenme suretiyle erginlik kazanması durumunda, organ veya dokusunu bağışlayamayacağı kabul edilmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle, vericinin

hem de temyiz kudretine haiz olmasını³²¹ aramıştır.³²² Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Organ ve doku alınmasında rıza*” başlıklı 29. maddesindeki, “*18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir*” hükmüyle, ehliyetle ilişkin kurallar tekrar edilmiştir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için³²³, onsekiz yaşından küçüklerin veya temyiz kudretine sahip olmayan kimselerin organ veya dokuları,

belirli bir fiziksel olgunluğa ulaşmasını da aradığı belirtilmiştir. Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 178; DURAL – ÖĞÜZ, s. 108; TAŞKIN, s. 98; KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 250; AYDIN, “*Hukuksal Problemler*”, s. 163; ABİK, s. 102. Diğer yollarla erginlik kazanmamış ve 18 yaşını doldurmamış küçüklerden organ veya doku alınmasının yasaklanmasının temel nedeninin ise bu kişilerin aile baskısına maruz kalmalarının engellenmesi olduğu ifade edilmiştir. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 79. Reşit olma yaşı ile rıza verme yaşının farklı kavramlar olmasından hareketle, ODNK'da muvafakat yaşının 16 olarak düzenlenmesi ve Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ndeki güvencelerin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 219.

³²¹ Vericinin temyiz kudretine haiz olması, akli başında hareket edebilme iktidarına sahip olması anlamına gelip; bu iktidarın akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi sürekli bir nedenle ya da sarhoşluk gibi geçici bir nedenle ortadan kalkmamış olması gereklidir. Bkz. PARLAK, s. 205, dn. 48.

³²² Kanun hükmünün düzenleniş biçimi nedeniyle, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz kısıtlıların organ ve doku nakillerine verici olarak rıza gösterip gösteremeyeceği de tartışılmıştır. Bir görüş, Kanundaki saymanın sınırlı olması nedeniyle, 18 yaşını doldurmuş kısıtlıların verici olmalarının mümkün olduğu yönündedir. Bkz. DURAL – ÖĞÜZ, s. 107-108; AYDIN, “*Suç*”, s. 142. Diğer görüş ise, hükümde kısıtlı olmama durumunun da öngörüldüğü gerekçesiyle, tam ehliyetli olmayan kimselerin organ veya doku nakillerinde verici olamayacakları yönündedir. Bkz. BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 17; SERT – CİHAN, s. 15; ABİK, s. 103. Kanaatimizce, hükümde “18 yaşını doldurma” ve “temyiz kudretine haiz olma” şartları dışında ayrıca bir şart öngörülmediği için bu kimselerin kısıtlı olmaları durumunda da organ veya doku vericisi olabilecekleri kabul edilmelidir. Ancak bu durumdaki kişilerin yasal temsilcilerinin de onayını almak uygun olacaktır. Aynı yönde görüş için bkz. KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 251-252.

³²³ Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerle yapılacak tıbbi müdahalelere verilecek rızanın, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve bu hak bakımından temsil yasağının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ŞENOCAK, s. 73. Bazı yazarlarca, ayırt etme gücü bulunan küçüklerin, kategorik olarak organ veya doku vericisi olamayacakları kabulünün doğru olmadığı ve bu konuda daha esnek ilkelerin benimsenmesi gerektiği eleştirisi yapılmıştır. Bkz. PRICE – AKVELD, s. 36.

yasal temsilcilerinin rızasıyla dahi alınmaz.³²⁴ Vericinin temyiz kudretine sahip olup olmadığı konusunda ODNK m. 7/c, organ ve doku alacak olan hekimlere, “Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek” yükümlülüğü getirmiştir.

Vericinin 18 yaşını doldurması ve temyiz kudretine sahip olması şartı, bu kimselerin organ nakilleri konusundaki rıza ehliyetleriyle ilgilidir.³²⁵ Avrupa Biyotıp Sözleşmesi’nin 20. maddesinde rıza yeteneği bulunmayanlardan organ ya da doku alınmamasını kural olarak düzenlemekle birlikte, aynı maddenin 2. fıkrasında bu

³²⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 387; HAKERİ, “Suçu”, s. 246; EKİCİ ŞAHİN, s. 335; SOYASLAN, “Nakilleri”, s. 127; ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 256; AKSARAY, s. 158; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 571. Organ ve doku nakillerinin, doğrudan doğruya tedavi amacı taşıyan tıbbi müdahalelerden olmaması nedeniyle mümeyyiz küçüklerin tek başına ya da yasal temsilcilerinin izniyle dahi verici olamayacakları ifade edilmiştir. Bkz. ŞENOCAK, s. 79. Bu hususun ODNK m. 7/c’de de yer aldığına ilişkin bkz. BAYRAKTAR, “Kanuna İlişkin Düşünceler”, s. 16. ODNK’nın yürürlüğe girmesinden önce de, küçüklerin organ veya doku nakli için rıza ehliyetlerinin olmadığı ve yasal temsilcilerinin de küçük yerine organ veya doku vermeye rıza gösteremeyecekleri kabul edilmekteydi. Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 190-191; ÖZDEMİR, “Organ ve Doku”, s. 110. Yargıtay bir kararında, kısıtlının vasisine organ nakli konusunda izin ve yetki verilmesini kabul etmemiştir: “Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; T.Y’nin Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesinin ... sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi Ş.Y’ya vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan D.Y’a, kısıtlı Ş’den organ nakli yapılabilmesi için vasi tarafından Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’ne başvurulduğu, mahkemece Adli Tıp’tan ‘bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına’ ilişkin rapor doğrultusunda söz konusu iznin verildiği... anlaşılmaktadır. Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izinden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir... Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin ... hükmü ile kısıtlı Ş.Y’dan kardeşi E.Y’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y’ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 18. HD., E. 2013/16178, K. 2014/3998, 06.03.2014) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/18hd-2013-16178.htm>) (15.11.2015) Bununla birlikte, herhangi bir transplantasyon amacı güdülmeksizin bir kişinin sağlığının korunması amacıyla belli organlarının alınıp alınamayacağı hususunda ehliyetle ilişkin sınırlamanın uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Örneğin, sağlığın korunması amacıyla mümeyyiz küçüğün apandisitinin alınabileceği; aksi halde bu kişinin yaşamının tehlikeye atılacağı ve bu sonucun kabul edilemez olduğu belirtilmiştir. Bkz. GÜRZUMAR, s. 381; TAŞKIN, s. 100.

³²⁵ BAYRAKTAR, “Kanuna İlişkin Düşünceler”, s. 17.

durumun istisnası ve istisnaya ilişkin koşullara³²⁶ yer vermiştir. Hükme göre, uygun bir verici bulunmadığında ve yaşam kurtarıcı bir operasyon söz konusu olduğunda, alıcının rıza gösterme ehliyeti bulunmayan kardeşinden organ ve dokuların alınabilmesi mümkündür. Ancak bunun için, yasal temsilcinin yazılı izni ve rıza açıklama ehliyetine sahip olmayan vericinin aktif bir direniş içinde bulunmaması ve 6. maddenin 2 ve 3. fıkralarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmesi gereklidir.³²⁷ Ülkemiz, istisna da olsa, özellikle küçüklerden organ alınmasını mutlak anlamda yasakladığından bu maddeye çekince koymuştur.³²⁸

³²⁶ “Örneğin, Sözleşme'nin 20/2-ii maddesi ilik naklini yalnızca kardeşlerin yararına (kardeşler için) olanaklı kılmamakta, bunun yanında ilik nakline istisnai olaylarda ebeveynlerden birisi veya bizatihi kendi çocuğu için de izin vermektedir. Bu düzenleme karşısında, organ ve doku nakli ile ilgili mevzuatımızın da gözden geçirilmesi gerekmektedir.” Bkz. Yener ÜNVER, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri”, in. KHUKA, Kasım 2005, s. 197. (Erişim: <http://eresearchm.ozyegin.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/10679/861/Avrupa%20Biyo-Hukuk%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%E2%80%99nin%20T%C3%BCrk%20Hukuku%E2%80%99na%20Etkileri.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) (21.09.2015) Her ne kadar Anayasa'nın 90. maddesi, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaları kanun hükmünde saysa da, uygulamada ortaya çıkacak tereddütlerin ortadan kaldırılması için ODNK'nın Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. YILDIZ, s. 280; Hakan HAKERİ, “Hekimlerin Cezai Sorumluluğu”, in. Tıbbi Müdahalede Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (16-17 Ocak 2009 Mersin Barosu), Ankara 2009, s. 105; ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 257.

³²⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 369-370; EKİCİ ŞAHİN, s. 335; BALKIR, s. 150; AYDIN, “Ceza Sorumluluğu”, s. 219.

³²⁸ Bkz. KATOĞLU, “Biyotıp Sözleşmesi”, s. 87. Konulmuş olan bu çekincenin yersiz olduğu, organ ve doku nakillerine ilişkin özel kanun hükümlerinin Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. ÜNVER, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi”, s. 188; ÜNVER, “Hukuksal Boyutu”, s. 219; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 387; HAKERİ, “Suçu”, s. 242; AYDIN, “Hukuksal Problemler”, s. 162. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinde yaş sınırlaması olmamakla birlikte, hukukumuz için öngörülen yaş sınırının canlı vericiyi koruma amaçlı getirildiği ve yerinde olduğu görüşü için bkz. ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 255-256. Rıza gösterme ehliyeti olmayan kişiler açısından organ nakline cevaz veren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin belirsiz ve sakıncalı olduğu, başkalarının yararına olacak şekilde bu kimselerden organ ve doku alınmasının Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin öncelikli değerleriyle çeliştiği de ifade edilmiştir. Bkz. BALKIR, s. 151.

Rızanın şekli ve geçerliliği konusunda Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28/1, “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir” hükmüyle, tıbbi müdahaleler için gerekli olan rıza beyanı için, şekil serbestisinin kural olduğunu ortaya koymaktadır. 1219 sayılı Tababet Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun m. 70’teki “Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır” hükmü, büyük cerrahi ameliyatlar için rızanın yazılı olarak alınması gerektiğini kural olarak koymuştur. “Muvafakat” başlıklı ODNK m. 6’da, 5. maddedeki şartlara haiz olan vericinin, organ veya doku nakline göstereceği rızanın hangi biçimde olması gerektiği düzenlenmiştir. “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur” şeklinde düzenlenen söz konusu hüküm, irade beyanının şeklini göstermektedir. Maddede irade beyanının şekli konusunda iki farklı seçenek söz konusudur. Bunlardan kural olanı ve ilki, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz vericinin, en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı³²⁹ ve imzalı irade beyanıdır. Diğer seçenek ise, vericinin en az iki tanık huzurunda sözlü olarak iradesini beyan etmesi, bunun bir tutanakla tespit edilmesi ve söz konusu tutanağın verici tarafından imzalanmasıdır.³³⁰ Bu durumda

³²⁹ Maddede yer alan yazılılığın, el yazısı, daktilo ya da yabancı dilde yazımla da sağlanabileceği ancak üçüncü kişilerin yazdıkları yazının sadece imzalanması veya bu yazıya parmak basılması hallerinde yazılılık şartının gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir. Bu varsayımın ancak sözlü beyanın tutanakla tespit edilerek imzalanması halinde geçerli olabileceği savunulmuştur. Bkz. BAYRAKTAR, “Kanuna İlişkin Düşünceler”, s. 17. Karşı görüş için bkz. TAŞKIN, s. 101.

³³⁰ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 181. Sözlü beyanın en az iki tanık huzurunda tutanak altına alınarak rıza beyanının verilmesine imkân tanıyan bu hükmün, okuma yazma bilmeyenler için getirildiği ve bu kimselerin imza atamamaları durumunda ilgili tutanağa parmak basmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. AKINCI, “Organ Nakillerini Güçleştiren”, s. 68.

tutanağın iki tanık huzurunda düzenlenmesi şarttır.³³¹ Belirtilmelidir ki her iki seçenekte de vericinin irade beyanını ihtiva eden belgenin hekim tarafından onaylanması zorunludur.³³² Organ ve doku nakilleri için öngörülen bu hükmün, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklini mümkün kılan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası ile de uyumlu olduğu ileri sürülmüştür.³³³

Rıza ile ilgili olarak ODNK m. 7/d'de evli olan vericiler için bir koşul daha öngörülmüştür. Buna göre organ ve doku alacak hekim, "*Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek*" zorundadır. Aile bireylerinin organ veya doku vermesinden diğer aile bireylerinin de etkileneceği düşüncesiyle söz konusu hükmün düzenlendiği ifade edilmiştir.³³⁴ Doktrinde maddenin yazılış biçiminden, eşin yalnızca organ ve doku naklinden haberdar olmasının mı arandığı yoksa bununla birlikte eşin rızasının da mı arandığı

³³¹ BAYRAKTAR, "*Kanuna İlişkin Düşünceler*", s. 17. Tanıkların söz konusu tutanağa imza atmaları ODNK'da aranmamakla birlikte; ispat açısından tanıkların da yazıyı imzalamalarının uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. KILIÇOĞLU, "*Organ Nakli*", s. 252. Hükümde, tanıkların ehliyetine ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Öğretide, yaşayan vericinin rıza verme ehliyetine ilişkin ODNK m. 5 hükmünden yola çıkılarak, tanıkların "reşit ve mümeyyiz olması" gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. TAŞKIN, s. 106.

³³² AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 181; YOKUŞ SEVÜK, s. 240; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 440. Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, hekimin onay anında vericinin bilinçli ve tesirden uzak olup olmadığını saptayabilmesi için belirli bir bilgi düzeyine sahip olması ve bu nedenle de tutanağı onaylayacak hekimin organ ve doku naklini gerçekleştirecek hekim olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. TAŞKIN, s. 102.

³³³ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 181; ÇİLİNGİROĞLU, s. 74; PARLAK, s. 208; ABİK, s. 116. Bir görüş, rızanın yalnızca yazılı şekilde açıklanmasına cevaz veren Türk Medeni Kanunu'nun 23/3. maddesindeki düzenleme karşısında, ODNK m. 6'daki, iki tanık önünde sözlü olarak rızanın açıklanması ve bunun hekim tarafından onaylanması şeklini geçersiz bulmaktadır. Bkz. DURAL – ÖĞÜZ, s. 108. Kanaatimizce, sözlü beyanın en az iki tanık huzurunda tutanağa bağlanmasıyla birlikte yazılılık şartı gerçekleşmekte olduğundan, rızanın bu şekilde de gösterilebilmesi mümkündür.

³³⁴ SOYASLAN, "*Nakilleri*", s. 127.

tartışılmaktadır.³³⁵ Bu konuda bizim de katıldığımız ve baskın olan görüş; nakilden haberdar edilen eşin, organ veya doku nakline rıza göstermemesi halinde de yapılacak aktarımların geçerli olduğu yönündedir.³³⁶ Ancak hekimin, organ veya doku naklinden eşin haberdar olmadığını tespit etmesi halinde, vericiden organ veya doku almaması gerekir.³³⁷

ODNK uyarınca rıza verme ehliyetine sahip olan kişilerin, iradelerinin sakatlanmamış olması da gereklidir. Bu itibarla verici ve alıcı, rızalarını hür iradeleriyle açıklamalıdır.³³⁸ Kişiler rızalarını açıklarken hekim dahil kimsenin baskısı altında olmamalı ve iradeleri hata, hile ya da korkutma ile sakatlanmamalıdır.³³⁹

Organ ve doku naklinin, özgür iradeye dayalı rızayla gerçekleştirilmesi gereğinin bir sonucu olarak; vericinin, organ veya doku nakline göstermiş olduğu rızayı nakil gerçekleşinceye kadar her zaman geri alabilmesi mümkündür.³⁴⁰ Bu husus, Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde "*Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla verici, organ veya doku nakline göstermiş olduğu rızayı

³³⁵ BAYRAKTAR, "*Kanuna İlişkin Düşünceler*", s. 17; EREM, "*Organ Nakli*", s. 715.

³³⁶ Bkz. ERMAN, s. 219; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 69; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 182; KILIÇOĞLU, "*Organ Nakli*", s. 254; GÜRZUMAR, s. 382; ZEYTİN, "*Aydınlatma Yükümlülüğü*", s. 20, dn. 49; TAŞKIN, s. 110; YILDIZ, s. 286, dn. 55; AKSARAY, s. 159; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 574; ABİK, s. 110-111; Hasan GERÇEKER, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, B. 2, Ankara 2014, s. 1940.

³³⁷ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 182; KILIÇOĞLU, "*Organ Nakli*", s. 254.

³³⁸ BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 191.

³³⁹ DURAL – ÖĞÜZ, s. 102. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdikten sonra hata ve hilenin uygulanma alanının oldukça daralmış olacağına ilişkin bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 75.

³⁴⁰ DURAL – ÖĞÜZ, s. 109-110; ZEVLİLİLER, s. 25; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 572.

her zaman geri alabileceği gibi, bu vazgeçme nedeniyle vericiye maddi ve manevi tazminat taleplerinin yöneltilebilmesi veya aynen ifa davası açılabilmesi mümkün değildir.³⁴¹ Yazılı şekilde açıklanmış olsa dahi, verilmiş bulunan rızanın geri alınması herhangi bir şekle bağlı değildir.³⁴²

Organ ve dokuların ticarete konu olmamasıyla ilgili açıklamalar da göz önünde bulundurulduğunda, sağlararası organ ve doku nakillerine gösterilen rızanın geçerli olabilmesi için ticari bir amaç güdülmemesi gerekir.³⁴³ Bu konuyla ilgili olarak ODNK m. 7/e, organ ve doku alacak hekimlere, “*Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*” yükümlülüğünü yüklemiştir.

b. Alıcının Rızası

Organ ve doku nakillerinde rıza iki yönlü bir görünüm arz ettiğinden, naklin gerçekleşebilmesi için yalnızca vericinin rızası yeterli değildir. Aynı şekilde alıcının da organ ve doku nakline rıza göstermesi gerekir.³⁴⁴ Organ ve doku naklinin, bir tıbbi müdahale olması dolayısıyla, kendisine biyolojik madde nakledilecek veya aşılacak olan alıcının rızasıyla genel olarak bir tıbbi müdahaleye gösterilen rıza arasında önemli farklılıklar bulunmamaktadır. Bu nedenle, tıbbi müdahaleler konusundaki genel ilkeler göz önünde bulundurularak alıcının rızasının açıklanması

³⁴¹ KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 256.

³⁴² ÇİLİNGİROĞLU, s. 74.

³⁴³ Bkz. TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 101; ÇİLİNGİROĞLU, s. 77.

³⁴⁴ SERT – CİHAN, s. 60.

gerekir.³⁴⁵ Organ ve doku nakillerinde alıcının rızası, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre yazılı olarak alınacaktır.³⁴⁶ Alıcının yazılı rızasının alınması, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 23/3'ün de bir gereğidir. Alıcı tarafından bu rıza, herhangi bir baskı altında bulunulmaksızın verilmeli ve iradeyi sakatlayacak herhangi bir neden bulunmamalıdır.³⁴⁷

Tam ehliyetli olan alıcıların, organ ve doku nakillerine tek başlarına rıza gösterebilecekleri açıktır. Her ne kadar organ ve doku nakline ilişkin müdahalelere rıza gösterme yetkisi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olsa da, bu tür tıbbi müdahalelerde sınırlı ehliyetsiz konumdaki alıcının yasal temsilcisinin de rıza göstermesi gerektiği belirtilmektedir.³⁴⁸ Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/1'in 2. cümlesinde konu, "*Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır*" şeklinde düzenlenerek, küçükler ve kısıtlılar bakımından yalnızca yasal temsilcinin rızası yeterli görülmüştür. Kanaatimizce, somut olaydaki ruhsal gelişimi itibariyle kavrama ve karar verme yeteneği bulunan küçük veya kısıtlıların da, organ ve doku nakillerine rıza göstermeleri gerekir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. bendinde, küçüğün rıza gösterme ehliyetine sahip olmaması

³⁴⁵ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 190.

³⁴⁶ TOROSLU, "*Organ Aktarma*", s. 102; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 69; DURAL – ÖĞÜZ, s. 108-109; YILDIZ, s. 287.

³⁴⁷ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 193-194; SOYASLAN, "*Nakilleri*", s. 127.

³⁴⁸ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 191. Doktrinde, organ ve doku nakillerinde alıcı yararına bir işlem gerçekleştirildiği ve vücuttan bir parça eksilmediği için, kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu ve küçük ya da kısıtlının rızasına ihtiyaç bulunmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bkz. SOYASLAN, "*Nakilleri*", s. 127; SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 198. Kanaatimizce, nakil alıcı yararına da olsa organ ve doku nakledilmeden önce mutlaka küçük veya kısıtlı alıcının da rızasının alınması gerekir. Zira Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/2. maddesinde bu durum, "*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlar*" şeklinde düzenlenmiş ve yalnızca kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi alıcının sürece dahil edilmesi ve kendisiyle ilgili kararlara katılımının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

durumunda, tıbbi müdahalenin ancak temsilcisi veya yasal bir kişi veya kurumun izniyle gerçekleştirilebileceği ancak küçüğün iradesinin de göz önünde bulundurulması ve bunun yaş ve olgunluk durumuyla orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.³⁴⁹ Alıcının, temyiz kudretinin bulunmaması durumunda ise rızanın yasal temsilci tarafından açıklanması gerekir.³⁵⁰

Tıbbi müdahalenin yapılmasının hastanın sağlığı açısından zorunlu olduğu ve hastanın rızasının alınmadığı bazı durumlarda, varsayılan rıza gereğince müdahalenin gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.³⁵¹ Ancak organ ve doku nakillerinde alıcı açısından bu türden durumlara kolay kolay rastlanmayacağı, ani bir hastalık ya da kaza sonucu acilen hastaneye getirilen bir hastanın organ veya doku nakline ihtiyaç duyması, o anda kendi bünyesine uygun organ veya dokunun bulunması ve alıcının rızasının alınmaması gibi istisnai hallerde varsayılan rıza ve tıbbi müdahaleye rıza konusundaki hükümler göz önünde bulundurularak nakil yapılabilir.³⁵² Hasta Hakları Yönetmeliğinin m. 24/5'teki, "*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır*" hükmü ve aynı maddenin 7. fıkrasındaki, "*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda*

³⁴⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 161; BALKIR, s. 150.

³⁵⁰ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 191; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 158.

³⁵¹ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 191; EKİCİ ŞAHİN, s. 338. Bu tür durumlarda zaruret halinin koşullarının aranması gerektiği görüşü için bkz. KEYMAN, s. 72.

³⁵² AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 192.

hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, rızasını açıklayamayacak durumdaki alıcının, yakınına veya kanuni temsilcisine bilgi verilmek suretiyle, organ veya doku nakledilebilecektir.

Son olarak alıcı, organ ve doku nakli gerçekleşmeden önce nakle vermiş olduğu rızasını her zaman geri alabilecektir. Vericinin tıbbi müdahaleye göstermiş olduğu rızayı her zaman geri alabileceğine ilişkin Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrasının, kıyasen alıcı için de uygulama alanı bulacağı öğretide kabul edilmektedir.³⁵³

C. ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU NAKLİNİN KOŞULLARI

ODNK’nın “*Ölüden organ ve doku alınması*” başlıklı 3. bölümünde, 11 ile 14. maddeleri arasında ölülerden organ ve doku alınmasının şartları düzenlenmiştir. Buna göre, ölüden organ veya doku alınabilmesinin şartları; vericinin ölmesi ile rızadır. Ölülerden yapılacak organ ve doku nakillerinde, sağlararası nakillerde olduğu gibi, vericinin yaşı³⁵⁴ ve temyiz kudretine sahip olması önemli değildir.³⁵⁵

³⁵³ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 193; GÜRZUMAR, s. 382.

³⁵⁴ Baki HACIÖMEROĞLU, “Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon)”, in. ABD., S. 4, Y. 1991, s. 541.

1. Vericinin Ölmesi

Ölülerden organ veya doku alınabilmesi için ilk şartı vericinin ölmesi oluşturur. Dünya genelinde, organ ve doku nakilleri için gerekli olan organ ve dokuların çoğunluğunun ölülerden sağlandığı ve ölülerin nakle konu olan organ ve dokularının canlılığının korunması gerektiği göz önüne alındığında, ölüm için ortaya konulacak ölçütler ile ölüm anının tespiti önem kazanır.³⁵⁶ Ölüm için ortaya konulan kriterler ve ölüm anının tespiti, tıbbın verilerine göre hekimlerin karar verecekleri konular olmasına rağmen, bunlara bağlanan birtakım hukuki sonuçlar bulunduğundan, bu hususların hukukta da yansımaları bulunur.³⁵⁷ Özellikle vücutta tek olan ve kişinin yaşamı bunların varlığına bağlı bulunan organların yalnızca ölülerden alınabileceği dikkate alındığında, ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı ve bunun nasıl ve kim tarafından tespit edileceği çok önemlidir.³⁵⁸ Ölüm ve kabul edilen ölüm kriterlerinin etik açıdan değerlendirilmesi yukarıda yapılmış olduğu için, konu, bu bölümde yalnızca pozitif hukukta yer alan kurallar çerçevesinde hukuksal açıdan ele alınacaktır.

³⁵⁵ Hakan **HAKERİ**, “Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 189; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 69; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 370.

³⁵⁶ Bkz. TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 104; ATAMER, s. 123.

³⁵⁷ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 102; ÖZDEMİR, “Organ ve Doku”, s. 107. Bu yansımalarından bazıları için bkz. Çağlar **ÖZEL**, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, in. AÜHFD, C. 51, S. 1, Y. 2002, s. 47.

³⁵⁸ TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 105; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 103.

a. Ölümün Tarifi

Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde kişiliğin ölümle sona ereceği kuralı yer almakla birlikte, hangi ölüm anlayışının anlaşılması gerektiğine ilişkin bir belirleme mevcut değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere ölümün tarifi konusunda, klasik ölüm anlayışı ve beyin ölümü anlayışı olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır. Klasik ölüm anlayışında ölüm; insanın dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin işleyişinin durması halinde gerçekleşir. Bu anlayışta özellikle kalp atışlarının durması ve soluk alıp verme ölçü alınır.³⁵⁹ Dolayısıyla beyin kabuğunun tahrip olmasıyla bilincin tamamen yitirilmesi söz konusu olsa dahi, kişi ölmüş kabul edilemez. Zira kişiliğin tamamı kalp, karaciğer, mide ve diğer kasların tamamının işbirliğinden oluştuğuna göre; bu entegrasyonun sona ermesi için dolaşımın durması gereklidir. Ölüm de buna bağlı olarak vücutta fonksiyonel entegrasyonun yok olması halidir.³⁶⁰ Nispeten basit yöntemlerle tespit edilebilen klasik ölüm, kısa sürede oluşan ölü morlukları, vücut ısısının kaybı, vücudun sertleşmesi, korneada puslanma gibi belirtilerle algılanabilir hale gelir.³⁶¹ Ancak tıpta reanimasyon yöntemleri ve cihazlarının geliştirilmesi, solunumu ve dolaşımı durmuş olan kimselerin vücut fonksiyonlarının bu cihazlar vasıtasıyla sürdürülebilmesi tıpta yeni bir ölüm kıstası

³⁵⁹ Bkz. ÖZSUNAY, s. 37.

³⁶⁰ Bkz. EREM, “*Organ Nakli*”, s. 711.

³⁶¹ Bkz. BAKER, s. 87; ATAMER, s. 123-124. Ölüm morluklarının, suni olarak destek verilen ve mevcut durumu muhafaza edilen kanın dolaşımının olmadığı durumlarda, ölümden yaklaşık 15-45 dakika sonra ortaya çıkan belirtiler olduğu ve bu morlukların belirmesinin organların kullanılmamasını sonuçlayabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Marcus **PARZELLER** – Reinhard **DETTMEYER**, “*Ölümden Sonrası İçin Organ Bağışında Ölümün Tespiti: Eksik ve Uygulamaya Elverişsiz Bir Olgu mu?*” (Çev. Prof. Dr. Yener Ünver), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 12 Adli Tıp ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2012, s. 201.

koyma zorunluluğunu beraberinde getirmiş ve beyin ölümü anlayışı ortaya çıkmıştır.³⁶²

Beyin ölümü, insan beyninin vücudu idare etme imkân ve kabiliyetini tamamen ve geri dönüşsüz olarak kaybetmesi halidir.³⁶³ Beyin ölümünde, insana insan olma özelliği veren en önemli organ olan beyin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini, tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesi aranır.³⁶⁴ Beyin ölümü anlayışının hukuk tarafından desteklenmesi gerektiği, zira insanın kişiliğini sağlayan esas organın beyin ve beyne bağlı olarak gerçekleştirilen davranışlar olduğu, beyinin fonksiyonlarını kaybetmesi ve bilincin ortadan kalkması halinde vücuttaki dolaşım ve solunumun suni olarak devam ettirilmesinin görünüşte bir hayat niteliğinde bulunduğu belirtilmiştir.³⁶⁵ Beyin ölümü anlayışının benimsenmesinin faydasının, dolaşım sistemi çalışan ancak beyni vücudunu idare edemeyen ve idare edemeyecek kişilerden hayatiyetini ve fonksiyonunu sürdüren organ ve dokuların alınmasına imkan vermesi olduğu ifade edilmiştir.³⁶⁶ Ayrıca beyin ölümü anlayışının klasik ölüm anlayışına göre daha kesin olduğu ve yaşamın geriye döndürülemez şekilde son bulmasının bu anlayışın benimsenmesiyle birlikte saptanması mümkün olmuştur.³⁶⁷

³⁶² Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 183-184; ÖZEL, s. 49-50.

³⁶³ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 102-103.

³⁶⁴ ER, s. 104.

³⁶⁵ Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 185.

³⁶⁶ SOYASLAN, “Nakilleri”, s. 129; TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 105. Örneğin, kalp gibi yaşamsal bir organın çalışmasının hangi anda duracağı tam olarak kestirilememekle birlikte, naklin kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durumda, kalp nakli bakımından ölüm anının öne alınmasında tıbbi açıdan zorunluluğun bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz. GÖKCEN, s. 73.

³⁶⁷ SCHREIBER, “İnsan Ne Zaman Ölüdür?”, s. 154. Usulüne uygun olarak beyin ölümü tanısı konulduktan sonra, yaşama geri dönen tek bir hastanın dahi tıp literatüründe bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. BOZOKLAR, “Beyin ölümünün”, s. 71; HAKERİ, “Kadavradan”, s. 184.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokol ölümün ne olduğunu açıklamamış; Protokolün 16. maddesinde, ölümlerden organ alımının, bu kimsenin kanuna göre ölü olduğunun belgelenmesi halinde mümkün olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu sayede her ülkenin kendi ölüm kriterini belirlemesine imkan tanınmıştır.³⁶⁸ ODNK'da hangi ölüm anlayışının kabul edildiğine ilişkin açık bir belirleme yer almamaktadır.³⁶⁹ “Ölüm halinin saptanması” başlıklı ODNK m. 11'de, “beyin ölümü” ya da “klasik ölüm” kavramları yerine “tıbbi ölüm” kavramı kullanılmıştır. Doktrinde bazı yazarlarca, tıbbi ölüm kavramı hem klasik hem de beyin ölümü kavramlarını içine alan bir üst kavram³⁷⁰ olarak değerlendirilmiş ve Kanunda hangi anlayışın benimsendiğine açıkça yer verilmesi

³⁶⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 375.

³⁶⁹ ODNK'nın yürürlüğe girmesinde önce Yüksek Sağlık Şurası'nın 24.11.1969 tarih ve 6293 sayılı, “ölüm ... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamen durması halinin tesbiti şeklinde kabul olunmuştur” şeklindeki kararında beyin ölümü kriterinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 186. Türk Tabipler Birliği'nin de 18.04.1968 tarihli bir kararında ölüm, “Beynin fonksiyon yapmaması, solunum ve dolaşımın ancak suni araçlarla devam ettirilebilmesi ve araçlar kullanılmadığı takdirde bu fonksiyonların tamamının durması olarak belirlenen fizyolojik ölümün vuku bulması” olarak tanımlanmıştır. Bkz. GÜRZUMAR, s. 375. Karar metninde her ne kadar “fizyolojik ölüm” ifadesi kullanılmış olsa da, kararın içeriği beyin ölümü anlayışını kabul eder niteliktedir. Yargıtay, bir kararında ölüm anı konusunda bütün organların durduğu anı esas almıştır. “Olay günü bahçe duvarından atlayarak sanığın o sırada oğlu ve kardeşi sanık A ile birlikte bulunduğu eve girmek için pencereyi tıkırdattığı, sanık Pakize kapıyı açınca da içeride Rıza ve A'yı görünce bir komplodan şüphelenerek bıçağına davrandığı, bunun üzerine sanık Pakize'nin duvardan aldığı baltayı maktulün başına arkadan indirdiği, yere düşmesi üzerine de elindeki bıçağı almaya muvaffak olan A'nın da maktulü bıçakladığı, Rıza'nın bu şartlar altında cesedi sakladığı... öldürme suçunun da bundan sonra meydana gelmiş olması göz önünde tutularak sanığın cezasından TCK'nun md. 51 ile indirme yapılmaması ...” (Yargıtay 1. CD., E. 1971/2697, K. 1972/3634, 11.08.1972) Bkz. İBD., C. 46, S. 9-10, Y. 1972, s. 978. Olayda, sanık Pakize'nin maktulün başına arkadan baltayla vurması ve beyin ikiye ayrılmasının ardından, maktulün kalbinin atmaya devam ettiği ve bu sırada sanık A'nın bıçakla maktule darbe vurduğu görülmüş; Yargıtay ise bütün organların durması ölçütünü esas alarak öldürme suçu bakımından sanık A'nın işlenemez suç yönündeki savunmasına itibar etmemiştir. Bu kararlar Yargıtay'ın ölüm için, kalbin durma anını esas aldığı anlaşılmaktadır. Aynı yönde görüş için bkz. EREM, “Organ Nakli”, s. 713.

³⁷⁰ Tıbbi ölüm kavramının, beyin ölümü anlayışını ifade ettiğine ilişkin bkz. TOROSLU, “Organ Aktarma”, s. 108; Veli Özer ÖZBEK, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C. 2, Ankara 2008, s. 203.

gerektiği ifade edilmiştir.³⁷¹ Tıbbi ölüm kavramına ilişkin diğer bir görüşse, ölüm halinin tanımlanmasının gelişen bilim karşısında giderek zorlaştığı, ölümün tanımının ODNK’da açıkça yapılması durumunda ilerleyen bilimsel gelişmelere ket vurulacağı, ODNK’da ölüm halinin yasal tanımı yapılmayarak maddenin zamana ayak uydurabilmesinin sağlandığı ve kullanılan “tıbbi ölüm” kavramının bilinçli bir tercih olduğu yönündedir.³⁷² Ölüm konusunda hukukumuzda hangi anlayışın benimsenmiş olduğu ODNK’dan çıkarılamamakla birlikte, ODNHY’nin ek 1. maddesinden anlaşılmaktadır. “*Beyin ölümü tanısı*” başlıklı madde, “*Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır*” şeklinde beyin ölümünü tanımlamış ve bu tanı için gerekli olan önkoşulları³⁷³ ve beyin ölümünün nasıl saptanacağını³⁷⁴ düzenlemiştir. Bu çerçevede

³⁷¹ BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 18-19; ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 191; AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 111; YILDIZ, s. 281; EKİCİ ŞAHİN, s. 342; ÜNVER, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 217.

³⁷² Bkz. EREM, “*Organ Nakli*”, s. 712; ERMAN, s. 222; HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 190; HAKERİ, “*Hekimlerin Cezai Sorumluluğu*”, s. 102; GÜRZUMAR, s. 383; ÖZEL, s. 56. Benzer şekilde, Yunanistan’da organ ve doku nakilleri hakkında uygulanan kanunda, beyin ölümünün tanımı veya nasıl saptanacağına ilişkin kurallar düzenlenmemiş ve tıp biliminin sürekli gelişen yapısı karşısında beyin ölümünün nasıl tespit edileceği hususu hekimlere bırakılmıştır. Bkz. CANELLOPOULOU-BOTTIS, s. 434.

³⁷³ “(1) ... 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 oC 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*”

³⁷⁴ “(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) Oküloşefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu, 3) Kornea refleksi yokluğu, 4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu. c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.*

(3) *Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂’nin 35-45 mmHg ve PaO₂’nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg*

düşünüldüğünde, kanaatimizce ODNK’da kullanılan “tıbbi ölüm” kavramının içeriğinin düzenleyici işlemlerle doldurulması,³⁷⁵ Kanunun gelişen tıp bilimine ayak uydurabilmesinin bir gereğidir. Konunun tıbbi açıdan da son derece tartışmalı olduğu ve teknik detayları içerdiği de göz önüne alındığında, ODNHY ile getirilen düzenlemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz.³⁷⁶

b. Ölümün Tespiti

Ölümün tespiti konusunda, “Ölüm halinin saptanması” başlıklı ODNK m. 11’de, “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri*

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) Yüzeysel reflekslerin alınması, c) Babinski işaretinin bulunması, ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması, d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması, e) Diabetes insipitus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir. b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir. c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz.”

³⁷⁵ Beynin bütün fonksiyonlarının yitirilmiş olup olmadığının saptanmasının, birçok ülkede ayrıntılı yönergelerle düzenlendiği, uygulanan yöntemlerin genel itibariyle aynı olduğu ve 3 aşamada ele alındığı ifade edilmiştir. Buna göre, ilk aşamada beyin ölümü teşhisinin konulabilmesi için bazı ön koşullar gerektiği, ikinci aşamada beyin ölümünü teyit edecek klinik bulguların teşhis edildiği, son aşamada ise bu klinik bulguların belirli bir süre için devamının arandığı belirtilmiştir. Bkz. ATAMER, s. 129-133.

³⁷⁶ Konunun yönetmelikle düzenlenmesinde hukuksal bir engel olmamakla birlikte, önemine binaen kanunla düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı görüşü için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 372; HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 70; HAKERİ, “Kadavradan”, s. 191.

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” hükmü mevcuttur. Hüküm, 02.01.2014 tarih ve 6541 sayılı Kanun’un 41. maddesiyle değişmeden önce, “Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır” şeklindedir. Değişikliğin gerekçesi, “Madde ile tıbbi ölümün gerçekleştiğine hangi uzmanlık dalındaki hekimler tarafından karar verileceği düzenlenmektedir” şeklinde yer almıştır. Hükümün değişiklikten önceki halinde de ölüm halinin hangi alandaki hekimler tarafından belirleneceği açıkça düzenlenmişken; söz konusu değişikliğin gerekçesinin yetersiz olduğunu düşünüyoruz. Yeni düzenlemenin önceki düzenlemeden ayrıldığı ilk nokta, tıbbi ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer alan hekim sayısının 4’ten 2’ye indirilmesidir.³⁷⁷ Söz konusu hekimler kurulunda eski düzenlemede kardiyolog, nörolog, nöroşirürjiyen ile anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanı bulunmakta iken; yeni düzenlemede nörolog veya nöroşirürjiyen hekiminden bir kişi ile anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanı veya yoğun bakım uzmanından bir kişi bulunacaktır. Son farklılık ise, önceki hekimler kurulunda tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı

³⁷⁷ Uygulamada karşılaşılan sorunları aşmak amacıyla, Organ ve Doku Nakillerine İlişkin Yasa Tasarısı’nda da 4 kişilik hekimler kurulunun 2 kişiye indirildiği ifade edilmektedir. Bkz. ERTİN – MAHMUTOĞLU – BAŞAĞAOĞLU, s. 932, dn. 28. Uygulamada 4 kişilik hekimler kurulunun beyin ölümü tanısında uzlaşma sağlamanın zor olduğu hekimlerce dile getirilmiştir. Bkz. PAÇ, s. 211. Önceki düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde, beyin ölümünün en fazla 2 hekim tarafından tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER, “Hukuksal Boyutu”, s. 217; TAŞKIN, s. 123.

düzeydeki kuralları ve yöntemleri³⁷⁸ uygulanmak suretiyle saptanmaktayken; yeni düzenlemede bu saptama, kanıta dayalı tıp kurallarına³⁷⁹ uygun olarak yapılacaktır.

Söz konusu hekimler kuruluna bir hekimin katılmaması halinde beyin ölümü tanısı konulamayacağı gibi; onay vermeyen hekim yerine bir başka hekim de çağrılmayacaktır. Hekimler kurulunda yer alan hekim, beyin ölümünün gerçekleşmediği konusundaki kanaatini değiştirmede müddetçe beyin ölümü tanısı konulamayacaktır.³⁸⁰ Adli bir olay olsa dahi, beyin ölümünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti hekimler kurulunca yapılacağı için, hekimlerin Cumhuriyet savcısından izin almalarına gerek yoktur.³⁸¹ Zira ODNK ve ODNHY’de beyin ölümü tespitine ilişkin yer alan düzenlemeler, beyin ölümü tanısı konulurken hata yapma ihtimalini ortadan kaldırmaya yöneliktir ve yapılması zorunludur.³⁸² Bu nedenlerle, vericinin hayatının koruma altına alınması, geri dönülemez şekilde beyinsel ölümün ciddi biçimde denetlenmesini gerektirir.³⁸³

ODNK m. 12’de ölüm halini saptayacak hekimlere ilişkin yasak işlemler düzenlenmiştir. “*Hekimlere ilişkin yasak işlemler*” başlıklı madde, “*Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini*

³⁷⁸ Doktrinde ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemlerinin uygulanması suretiyle saptanmasına ilişkin kuralın sakıncalı olduğu, tıbbi uygulamalarda tıp meslek ve sanatının gerektirdiği şekilde hareket edilmesinin daha objektif bir ölçüt olacağı belirtilmişti. Maddenin bu yazılış biçimiyle, tıbbın daha ileri aşamalarında, yeni bulgu ve bilgilerin henüz ülkeye gelmediği durumlarda eski yöntem ve kuralları uygulama haklılığı gibi ters bir durumu meşru kılacağı ifade edilmişti. Bkz. BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 19.

³⁷⁹ Kanun koyucunun, “kanıta dayalı tıp kurallarına göre” tıbbi ölüm halinin belirlenmesini öngörmesinin, tıbbın benimsediği ölüm kriterinin hukuken de benimsendiğinin bir göstergesi olduğu ifade edilmiştir. Bkz. HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 371.

³⁸⁰ HAKERİ, *Tıp Hukuku El Kitabı*, s. 70; HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 192.

³⁸¹ HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 197.

³⁸² BOZOKLAR, “*Beyin ölümünün*”, s. 72.

³⁸³ TOROSLU – TOROSLU, s. 179.

gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır” şeklindedir. Söz konusu yasağın nedeninin, alıcının doktorlarının organ ve doku naklinde acele etmelerinin önlenmesi ve alıcıyı kurtarma saikiyle subjektif davranmalarının engellenmesi olduğu belirtilmiştir.³⁸⁴ Başka bir ifadeyle, bu hükümle, tıbbi ölüm halinin tespitinde tarafsızlığı temin etmek, spekülasyonları önlemek, bir başkasının hayatını kurtarma uğruna ölüm halinin tespitinde keyfi kararlar verilmesi önlenmek istenmiştir.³⁸⁵

“Tutanak düzenleme” başlıklı ODNK m. 13’te, *“11 inci maddeye göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır”* hükmü düzenlenmiştir. Öğretide hükmün, ölümün hangi anda gerçekleştiğinin tespiti bakımından çok önemli olduğu belirtilmekle birlikte; ölüm saati olarak hangi anın esas alınması gerektiği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre³⁸⁶ ölüm anı, ODNK m. 11’e göre teşekkül etmiş 2 kişilik hekimler heyetinin, beyin ölümünün gerçekleştiğine ilişkin düzenlemiş oldukları raporu imzaladıkları an olmalıdır. Eğer imzalar farklı zamanlarda atılmışsa, 2. imzanın atıldığı an itibariyle beyin ölümünün gerçekleştiği kabul edilmeli ve bu

³⁸⁴ SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 130; ATAMER, s. 134. ODNK’nın yürürlükte bulunmadığı dönemde de aynı gerekçelerle, nakli gerçekleştirecek olan heyetin dışında, uzman hekimler tarafından ölüm halinin saptanması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 187.

³⁸⁵ KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 259; GÜRZUMAR, s. 384.

³⁸⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 373; HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 192.

rapora beyin ölümü saati de yazılmalıdır. Ölüm saptama tutanağının, uygulamada ispat sorunlarının aşılmasında önemli olabileceği ifade edilmiştir.³⁸⁷

ODNHY m. 14/2, organ ve doku nakli koordinatörlerinin beyin ölümü sürecindeki sorumluluğunun çerçevesini çizmiştir. Hüküm, “*Ulusal Koordinasyon Sistemi içindeki birimler arasında koordinasyonu, organ ve doku kaynağı merkezlerinde görev yapacak olan organ ve doku nakli koordinatörleri sağlar. Organ ve doku nakli koordinatörleri beyin ölümü tutanağının EK-1’de yer alan beyin ölümü kriterlerine göre ve kurallara uygun biçimde düzenlenip düzenlenmediğinin kontrolünden, Kanuna göre gerekiyorsa verici adayının ailesinden organ ve doku bağıışı için izin alınmasından ve alınan organ ve dokunun ilgili merkeze naklinden sorumludur*” şeklinde düzenlenerek, organ ve doku nakli koordinatörlerine, beyin ölümü tespitinin mevzuata göre yapılıp yapılmadığını kontrol etme yükümlülüğü getirmiştir.³⁸⁸

2. Rıza

Vericinin ölüm anının saptanmasından sonra, organ veya doku alınabilmesi için vericinin, ölümünden önce kendisinin ya da ölümünden sonra yakınlarının kural olarak rızasına ihtiyaç vardır. Zira herkes, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, öldükten sonra kendisinden organ ya da doku alınmasına rıza gösterip göstermeme konusunda hak sahibidir.³⁸⁹ Kişinin bu hakkını sağlığında kullanmaması

³⁸⁷ EREM, “*Organ Nakli*”, s. 713; KIYAK, s. 68.

³⁸⁸ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 374; HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 193; KÖK, s. 219.

³⁸⁹ GÖKCEN, s. 75; ZEYTİN, “*Geleceğini Belirleme Hakkı*”, s. 258.

durumunda, öldükten sonra ölüden organ ya da doku alınabilmesi konusunda ölünün yakınlarının rıza gösterebileceği genel olarak kabul edilmektedir.³⁹⁰

Dünya üzerinde ihtiyaç duyulan organ ve doku ile bulunan organ ve doku sayısı arasındaki büyük fark, aşılması gereken önemli bir sorun olarak varlığını sürdürmüş ve bu sorunun üstesinden gelebilmek amacıyla özellikle ölülerden organ ve doku alınması hususunda, ülkeler farklı yöntemler aramış ve uygulamaya koymuştur.³⁹¹ Gerçekleştirilecek nakillerde başarı şansının, organ ve dokunun kısa sürede alınması ve alıcıya nakledilmesine bağlı olduğu göz önüne alındığında, benimsenecek modelin önemi bir defa daha artmaktadır. Ölülerden organ ve doku alınmasında rızanın gösterilmesiyle ilgili olarak hukuk sistemleri incelendiğinde; irade modeli, itiraz modeli ve zaruret modeli olmak üzere 3 farklı modelin benimsenmiş olduğu görülür. Bu kısımda, uygulanmakta olan söz konusu modeller ayrı ayrı ele alındıktan sonra, hukukumuzda geçerli olan model, ODNK hükümleri çerçevesinde açıklanacaktır.

a. İrade Modeli

“Rıza ve anlaşma modeli” olarak da adlandırılan bu modele göre, kişinin ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınıp alınmayacağı konusunda,

³⁹⁰ Ölenin vücudundan organ ve doku alınmasında yakınların rıza gösterip gösteremeyeceği konusu, yakınların ölenin vücudu üzerindeki hakkının hukuki niteliğiyle ilişkilidir. Konuyla ilgili olarak, insan vücudu ticari satıma konu bir mal olarak kabul edilemeyeceği için mirasçılarının ölenin vücudu üzerindeki hakkının mülkiyet hakkı olmadığı; ölümle kişilik sona erdiği için de ölenin kendi vücudu üzerinde bir kişilik hakkının bulunmadığı belirtilmiştir. Bundan hareketle, ölenin vücudu üzerinde mirasçılarının, nev'i şahsına münhasır bir mutlak haklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. AYİTER, “*Organ Nakli*”, s. 143; ZEVKLİLER, s. 7; GÖKCEN, s. 76; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 153; GÜRZUMAR, s. 377; ÖZTAN, s. 118; Sulhi DÖNMEZER, “*Organ Nakli*”, in. İÜHF.M., C. 41, S. 1-2, Y. 1975, s. 376-377.

³⁹¹ ERTİN – MAHMUTOĞLU – BAŞAĞAOĞLU, s. 925.

sağlığında müspet bir irade beyanında bulunup bulunmadığı araştırılır. Eğer böyle bir irade beyanı varsa artık kişinin yakınlarının rızası araştırılmaz. Ancak, ölenin sağlığında açıklamış olduğu bir irade beyanı mevcut değilse, bu durumda yakınların irade beyanına ihtiyaç duyulur.³⁹² Zira bu sistemde, bireyin organlarını bağışlayıp bağışlamayacağı yönünde açık bir irade yoksa yakınlar bir tasarruf olanağı verilebilmektedir.³⁹³ Belirtilmelidir ki kişinin sağlığında, ölümünden sonra organ ve dokularının alınmaması yönünde bir iradesi söz konusuysa, bu halde de yakınların nakle rıza gösterip göstermediği araştırılmayacak ve kişinin sağlığında göstermiş olduğu irade dikkate alınarak; ölüden organ veya doku alınamayacaktır.

İrade modelinin tercih edilmesinin en önemli nedeninin, açık bir rızayı teminat altına alması ve nakle ilişkin rızanın bulunması nedeniyle hukuki ihtilafların oluşmasını engellemesi olduğu belirtilmiştir.³⁹⁴ Ayrıca kişinin organ ve doku nakline ilişkin iradesinin, öldükten sonra doğrudan uygulamaya geçmesini sağlamak bakımından da bu model öne çıkmakta ve birey otonomisiyle bağdaşmaktadır. Bununla birlikte, insanların günlük yaşamlarında ölümü düşünerek hareket etmedikleri ve bağış konusunda da çoğunlukla bir irade ortaya koymadıkları, bağış

³⁹² AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 125; ATABEK, s. 195.

³⁹³ ERTİN – MAHMUTOĞLU – BAŞAĞAOĞLU, s. 926. Bu modelin katı olarak uygulandığı ülkelerde, ölenin yakınlarına söz hakkı tanınmadığı ve yalnızca vericinin ölmeden önceki irade beyanının esas alındığı da belirtilmektedir. Bkz. AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 33. Gelenekleri gereği organ bağışının çok az olduğu Japonya’da, irade modelinin katı şeklinin uygulandığı, ölümden sonra ölenin yakınlarına, nakle rıza gösterme hakkının tanınmadığı; buna karşın sağlığında organ bağışına rıza göstermiş olan kişilerin ölümünden sonra, yakınlar bağışa itiraz etme hakkının tanındığı ifade edilmektedir. Bkz. ATAMER, s. 144, dn. 99. Beyin ölümü anlayışı yerine klasik ölüm anlayışının benimsenmesinin pratikteki sonuçlarından birinin; organ nakli konusunda ölünün sağlığında göstermiş olduğu iradenin esas alınması ve yakınlar nakil konusunda herhangi bir söz hakkı tanınmaması olduğu savunulmuştur. Bununla birlikte, beyin ölümü bir insanın ölümü olarak kabul edilmeyecekse, kişinin sağlığında organ nakline gösterdiği rıza, hala ölmediği kabul edilen kişinin ölümü neticesini ortaya çıkaracak ve gösterilen muvafakat organ alımını hukuka uygun kılmayacaktır. Bkz. SCHREIBER, “İnsan Ne Zaman Ölüdür?”, s. 156 vd.

³⁹⁴ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 125.

yönünde bir irade koysalar dahi bağışı belgeleyen evrakı yanlarında bulundurmadıkları ve bu nedenlerle irade modelinin, organ ve doku bekleyen alıcıdan ziyade vericiyi koruyucu bir sistem olduğu ifade edilmiştir.³⁹⁵ Ayrıca, kişinin yaşamının sona erdiği durumlarda, yakınların çoğu kez ölümden duydukları acı nedeniyle psikolojik baskı altında buldukları, sağlıklı bir karar verme süreci içinde olmadıkları ve bütün bu etkenlerin organ nakline rıza gösterme konusunda yakınların olumsuz bir tutum sergilemelerine neden olacağı eleştirisi getirilmiştir.³⁹⁶ Son olarak kişinin sağlığında herhangi bir irade beyanında bulunmadığı ve kişinin yakınlarının rızasına ihtiyaç duyulduğu hallerde; bu kimselerin ulaşılamaz olması söz konusu olabileceği gibi yakınların izin verme eğiliminde oldukları durumlarda dahi bir süre kararsız kalmaları ya da pasif davranmaları halinde naklin gerçekleştirilemeyeceği dile getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, vericinin yakınlarının nakle rıza göstermemeleri haliyle birlikte olumlu ya da olumsuz bir açıklamada bulunmamaları da alıcının aleyhine sonuç doğuracaktır.³⁹⁷

³⁹⁵ SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 131. İrade modelinin benimsendiği ülkelerde, kişilerin kendilerinden organ veya doku alınmasına yönelik irade beyanını taşıyan bağış kartlarının çoğunlukla ölenin yanında olmadığı, bağış kartını yanında taşıyan vericilerin % 3’ü geçmediği, bunun haricinde sürücü belgesi gibi organ veya doku bağışına yönelik iradeyi ortaya koyan belgelerin de çoğunlukla fonksiyonel olmadığı, bu itibarla irade modelinde istenen sayıda organ veya doku temininin gerçekleştirilemediği ifade edilmiştir. Bkz. Jason **ALTMAN**, “*Organ Transplantations: The Need for an International Open Organ Market*”, in. *International Law Review*, Vol. 5, 1994, s. 165-166. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

³⁹⁶ Bkz. AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 126.

³⁹⁷ Bkz. GÖKCEN - BALCI, “*Organ ve Doku Ticareti*”, s. 132-133.

b. İtiraz Modeli

İtiraz modelinde, sağlığında organ aktarması ile ilgili bir açıklamada bulunmayan bir kişinin, ölümünden sonra organ ve doku alınabilmesi mümkündür.³⁹⁸ Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya, Yunanistan³⁹⁹ ve İsviçre'nin bazı kantonları tarafından benimsenmiş olan bu modelde, kişinin ya da yakınlarının organ ve doku nakline karşı herhangi bir itirazları olmadığı takdirde, ölüden organ ve doku alınabilecektir. Olumlu bir irade beyanı olmaksızın organ alımını meşrulaştıran itiraz modeli alıcının menfaatini üstün tutmakta; ancak vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle organ ve doku alınmasını engelleme imkânı tanımaktadır.⁴⁰⁰ İrade modelinin aksine söz konusu modelde, ölenin olası iradesi hakkındaki belirsizlikler alıcı lehine sonuç doğurur ve organ naklini mümkün kılar.⁴⁰¹

Bu modelde, ölüden organ ve doku alınmasının ölenin yakınlarının şahsiyet haklarıyla ilgisinin bulunmadığı, ölenin rızası yerine bu kimselerin rızasının ikame edilemeyeceği ve bu nedenle ölenin yakınlarının itiraz haklarının bulunmadığı ileri sürülmüştür. Yakınlara itiraz hakkı tanınmaması durumundaysa, ölenin sağlığındaki iradesinin yeteri kadar dikkate alınmama tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu nedenle Almanya'da hazırlanan kanun tasarılarında yakınların da iradelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰² İtiraz modelinde, ölenin yakınlarına

³⁹⁸ Bkz. ERMAN, s. 223.

³⁹⁹ Bkz. CANELLOPOULOU-BOTTIS, s. 434.

⁴⁰⁰ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 127.

⁴⁰¹ ATAMER, s. 145.

⁴⁰² Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 127-128. İtiraz modelinin, 1979 tarihli Alman Transplantasyon Kanunu tasarısında da kabul edildiği ancak kişilik haklarını zedelediği ve Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirildiği belirtilmektedir. Bkz. ERMAN, s. 223. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, kişilik hakları ile organ bekleyenlerin yaşam hakkı arasındaki çatışmanın bu

başvurulmasındaki amacın, yakınların onayını almak olmadığı ve sadece ölenin iradesini tespit etmek olduğu da ifade edilmiştir.⁴⁰³

İtiraz modelinin kabul edilmesi durumunda, gönüllülük esasına dayalı olarak organ veya doku bağışının azalacağı, irade modeline göre itiraz modelinde daha fazla organ veya doku bağışlanmayacağı⁴⁰⁴, bilgilendirme ve aydınlatmanın gerçekleşmeyeceği⁴⁰⁵ ve bu modelin birey otonomisiyle⁴⁰⁶ bağdaşmayacağı eleştirileri ortaya konulmakla birlikte; bu modeli savunan yazarlar, itiraz modelinin gönüllülük esasını ortadan kaldırmadığı, yapılan anketlerden yola çıkıldığında

modelle giderilebileceğini, kişilerin hayattayken organ nakli konusundaki iradesini beyan etmesinin potansiyel vericiden beklenebilecek bir fedakarlık olduğunu belirterek; vericilerin itiraz konusunda bilgilendirilmeleri kaydıyla İsviçre'nin bazı kantonlarında benimsenmiş olan itiraz modelinin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Bkz. ATAMER, s. 149-150. Benzer şekilde ABD'de teorisi geliştirilen itiraz modellerinden ilki, kişinin öldükten sonra kendisinden organ veya doku alınması konusunda açık bir itirazı ya da bunun bulunmaması durumunda yakınların itirazını ortaya koymasını aramış ve buna "varsayılan rıza modeli" denmiştir. Ancak ABD kamuoyunda bu modelin kabul görmemesi üzerine, ölüm gerçekleşikten sonra hekimin yakınları, ölüden organ veya doku alınmasına karşı bir itirazlarının olup olmadığını sorması esasını getirilerek itirazın, ölenin yakınları tarafından ortaya konulması yerine, organ veya dokuyu alacak hekim tarafından saptanması gerektiği yönünde bir model geliştirilmiş ve söz konusu model "talep edilen izin" modeli olarak adlandırılmıştır. "Talep edilen izin" modelinin, irade modelinden farkıysa, sağlık görevlilerine, ölünün yakınlarının organ veya doku alınması yönündeki itirazlarının varlığını saptama konusunda yükümlülük getirmesi olduğu belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle irade modelinde sağlık çalışanları, psikolojik birtakım nedenlerle, yakınların organ veya doku alınması konusundaki iradelerini araştırmak zorunda değilken; talep edilen izin modelinde sağlık çalışanlarının, yakınların itirazlarını araştırma zorunluluğu bulunur. Bkz. MEHLMANT, s. 32-37; NADEL – NADEL, s. 304-305.

⁴⁰³ ATAMER, s. 148.

⁴⁰⁴ Örnek olarak itiraz modelinin kabul edildiği Fransa'da, 1982 yılında gerçekleştirilen böbrek nakli oranlarının, aynı yıl ABD'de gerçekleştirilen böbrek nakli oranlarından biraz daha yüksek olduğu ve organ veya doku nakli konusunda benimsenen modele göre organ veya doku nakli oranlarının farklılaşmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ALTMAN, s. 167. Benzer şekilde milyonda 34.2 verici sayısına ulaşan ve itiraz sisteminin uygulandığı İspanya'da söz konusu yüksek oranın elde edilmesinde, itiraz sisteminin bir payı olmadığı, bireylerin öldükten sonra organ veya dokularının alınmaması için itirazlarını ilgili mercilere sunabileceklerinin farkında dahi olmadıkları ileri sürülmüştür. Bkz. RODRIGUEZ, s. 163-164.

⁴⁰⁵ Bkz. RODRIGUEZ, s. 171.

⁴⁰⁶ ABD'nin genelinde birey otonomisinin üstün bir değer olarak tanınmasının bir neticesi olarak, itiraz modelinin kamuoyundan tepki gördüğü, verici olma konusundaki karar verme sürecinin yalnızca kişilere ait olduğu ve bu süreçte devletin ya da sağlık çalışanlarının müdahale etmelerinin kabul görmediği ifade edilmiştir. Bkz. RODRIGUEZ, s. 165.

bireylerin çoğunluğunun organ ve doku bağışını olumlu bulduğu, ancak birtakım psikolojik engellerden dolayı destekledikleri organ ve doku bağışını gerçekleştiremedikleri, bu engeli aşabilmek için de itiraz modelinin önemli bir basamak olduğu düşüncesindedirler.⁴⁰⁷ Bununla birlikte, itiraz modelinin kabul edilmesi durumunda, potansiyel vericinin kolay ve erişilebilir bir sistem üzerinden organ veya doku bağışlamaktan vazgeçmesini sağlayacak bir sistemin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰⁸

İtiraz modelinde her ne kadar ölmeden önce kişinin ya da öldükten sonra yakınların olumsuz irade beyanı aranmaktaysa da; bu kimselerin organ ve doku alınması hususunda olumlu irade beyanında bulunmaları mümkündür. Söz konusu müspet beyanın da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰⁹

c. Zaruret Modeli

Zaruret modeline göre, ölünün ya da yakınlarının iradesi olmaksızın veya onların açıklamış oldukları iradelerinin aksine ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkündür. Bu modelde ölüden organ ve doku alınabilmesi için, nakil konusu organ ve dokuya acilen ihtiyaç duyan bir hastanın bulunması gereklidir. Ancak alınan organın nakledileceği hastanın durumu acil değilse ve organ nakli yapılmadan

⁴⁰⁷ MEHLMANT, s. 46. Pasif altruizm olarak adlandırılan ve olumlu ya da olumsuz yönde bir irade beyanında bulunulmamasının, diğer insanları kurtarma iradesi olarak yorumlanabileceğine ilişkin varsayım, bazı yazarlarca eleştirilmiş ve bu türden bir düzenlemenin yapılmasının kanun koyucunun yetkisinde olmadığı belirtilmiştir. Bkz. RODRIGUEZ, s. 166.

⁴⁰⁸ MEHLMANT, s. 65.

⁴⁰⁹ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 128.

uzun yıllar yaşayabilecekse bu halde zaruretin varlığından söz edilemez.⁴¹⁰ Bu modelin ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermesi nedeniyle, alıcının menfaatini en üstte tuttuğu ve nakli kolaylaştırdığı ifade edilmiştir.⁴¹¹ Bununla birlikte, başka kişilerin yaşamlarını kurtarmak amacıyla da olsa, vericinin iradesi, inançları, hayat görüşü dikkate alınmaksızın ölenin organ ve dokularının bu şekilde kullanılabilmesinin kabul edilemez olduğu ve ölçülü olmadığı belirtilmiştir.⁴¹² Zira bu model, kişilerin ölümlerinden sonra kişilik haklarının korunmasından feragat etme gibi bir yükümlülüklerinin olduğu temeli üzerine kurulmuştur.⁴¹³

d. Hukukumuzda Kabul Edilen Model

“Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası” başlıklı ODNK m. 14’te, ölüden organ ve doku alınmasında hukukumuzda benimsenen model düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında, *“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa*

⁴¹⁰ PARLAK, s. 215.

⁴¹¹ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 129. Yazar, daha sonraki bir eserinde, bu modelde vericinin aleyhine sınırsız müdahaleye izin verilmediğini çünkü kişinin sağlığında ya da yakınların ölümünden sonra nakle yönelik itirazlarının olması durumunda, ölenin vücudundan organ ya da doku alınamayacağını ifade etmiştir. Bkz. AKINCI, *“Organ Nakillerini Güçleştiren”*, s. 73.

⁴¹² Bkz. ATAMER, s. 144.

⁴¹³ Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 129.

yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle⁴¹⁴ ölüden organ ve doku alınabilir” hükmü; 3. fıkrasında ise, “Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz” hükmü yer almakta ve hukukumuzda kural olarak irade modelinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, öncelikli olarak kişinin ölmeden önceki iradesi araştırılacak ve eğer organ alınması konusunda olumlu bir beyan söz konusu ise yakınların izni aranmadığı gibi onların itirazları da dikkate alınmayacaktır.⁴¹⁵ Kişinin, öldükten sonra kendisinden organ ve doku alınmasına sağlığında karşı çıkması durumunda da⁴¹⁶ yakınların nakil konusundaki olumlu iradeleri dikkate alınmayacak ve nakil gerçekleştirilmeyecektir. Kişinin öldükten sonra tüm vücudunu ya da belirli organlarını bağışlayabilmesi mümkün olup, belirli organların nakline rıza gösterilmemesi durumunda sınırlama içeren bu beyanın dikkate alınması önemlidir.⁴¹⁷

Sağlararası nakillerde olduğu gibi burada da kişinin sağlığında gösterdiği irade beyanı şekil şartına bağlanmıştır. Kişi, kendisinden organ veya doku

⁴¹⁴ Vasiyet veya açıklama bulunmayan hallerde, yakınların muvafakatinin geçerli ve yeterli sayılabileceği madde gerekçesinde, “Kişilik, ölümle sona erer. Ceset ise, herhangi bir malvarlığı gibi mirasçılara intikal eden bir şey değildir, ceset res extra commercium dur. Diğer bir deyişle maddi değerler dışında tutulması gereken manevi bir değerdir. Bu nedenle ceset üzerinde mirasçılarının tasarruf hakkı yoktur. Ancak, ölenin yakınlarının cesede karşı manevi bağlarını ve duygularını da toplumlarda var olan ve var olacak olan bir olgu olarak kabul etmek gerekir” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. EREM, “Organ Nakli”, s. 716. Ölünün vücudunun res extra commercium olmadığı görüşü için bkz. ATABEK, s. 193.

⁴¹⁵ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 129; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 578.

⁴¹⁶ ODNK m. 14/1’in aksine ODNK m. 14/3’te, kişinin sağlığında, ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmaması yönündeki iradesini hangi şekilde açıklayacağına ilişkin bir kural öngörülmemiştir. Bkz. HACİÖMEROĞLU, s. 541. ODNK m. 14/3’ün şekle ilişkin herhangi bir kural getirmemesinin eleştirisi için bkz. BAYRAKTAR, “Kanuna İlişkin Düşünceler”, s. 21-22. Hükmün lafzından, rızasızlık için herhangi bir şekil şartının öngörülmediği ve bu nedenle organ ve doku alınmamasına yönelik iradenin herhangi bir şekilde açıklanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. TANERİ, s. 482.

⁴¹⁷ ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 261.

alınabilmesi ya da vücudu üzerinden bilimsel araştırma yapılabilmesi için rızasını resmi⁴¹⁸ ya da el yazısı⁴¹⁹ ile vasiyetnameyle veya sağlığında iradesini iki tanık önünde açıklamak⁴²⁰ durumundadır. Medeni Kanun m. 502'ye göre, kişinin vasiyet yapabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması ve 15 yaşını doldurması gereklidir. Kişinin, öldükten sonra kendisinden organ ve doku alınması yönündeki rızasını sonradan geri alması durumunda, ODNK m. 14'te sayılan yakınların izniyle ölüden organ ve doku alınıp alınamayacağı ise somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Eğer geri alma, cesede hiçbir surette dokunulmaması yönünde yorumlanırsa, bu takdirde söz konusu iradenin ODNK m. 14/3 çerçevesinde değerlendirilmesi ve yakınların iradelerine başvurulmaması gerekir.⁴²¹

⁴¹⁸ Resmi vasiyetname; vasiyetçi, resmi memur ve iki tanığın katılımıyla düzenlenen ve resmi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı olan vasiyettir. Resmi vasiyetnamenin düzenlenme biçimine ilişkin kurallar, vasiyetçinin okuma yazma bilip bilmemesine göre, Medeni Kanun'un 532 ile 537. maddeleri arasında yer almaktadır. Resmi vasiyetnamenin düzenlenme şekline ilişkin açıklamalar için bkz. Ahmet **KILIÇOĞLU**, Miras Hukuku, B. 4, Ankara 2012, s. 110-113.

⁴¹⁹ Medeni Kanun'un 538. maddesinde düzenlenen el yazısı ile vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için, vasiyetname başından sonuna kadar vasiyetçinin el yazısıyla yazılmalı, tarih konulmalı ve vasiyetçi tarafından imzalanmalıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinden farklı olarak, vasiyetnamenin düzenlendiği yerin vasiyetnamede yer alması şartı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras Hukuku, s. 114-117.

⁴²⁰ ODNK'da açıkça resmi ve el yazısı ile vasiyetnameden bahsedilmekle birlikte; sözlü vasiyetname veya miras sözleşmesiyle bu rızanın açıklanıp açıklanamayacağı belirli değildir. Bir görüş, ODNK'da açıkça yer almamakla birlikte, bir kimseyi sağlığına kavuşturma üstün amacı karşısında sözlü vasiyetname veya miras sözleşmesi ile rıza açıklamasını geçerli saymaktadır. Bkz. **DURAL – ÖĞÜZ**, s. 111, dn. 335; **ÖZTAN**, s. 118. Bir diğer görüş, hükümde yer alan “*bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklama*” ibaresinden, sözlü vasiyetnamenin anlaşılması gerektiği, kişinin sözlü açıklamasına dayanılarak ölüden organ ve doku alınabilmesinde en azından tarafsız iki tanık huzurunda bu iradenin açıklanması ve tanıkların da bu iradeyi bir zapta geçirip imzalamaları gerektiği yönündedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, “*Organ Nakli*”, s. 260; **BAYRAKTAR**, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 19; **AKINCI**, Türk Özel Hukukunda, s. 142; **AKINCI**, “*Ölüden Organ Alınması*”, s. 139; **AKINCI**, “*Organ Nakillerini Güçleştiren*”, s. 70. Konuya ilişkin son görüş, iki tanık önündeki açıklamanın yeterli olduğu ve sözlü vasiyetname koşullarının hükümde aranmadığı yönündedir. Bkz. **TAŞKIN**, s. 128; **SERT – CİHAN**, s. 18. Kanaatimizce, ODNK m. 14/1'de yer alan bu ibareden sözlü vasiyetnamenin anlaşılması gerekir. Zira tutanağa geçirilmemiş bir irade beyanına, organ ve doku nakli gibi önemli bir sonuç bağlamak mümkün olmamalı ve ispat sorunlarına yol açacak bir uygulamaya neden olunmamalıdır.

⁴²¹ **DURAL – ÖĞÜZ**, s. 111.

Kişinin öldükten sonra kendisinden organ ve doku almasına ilişkin iradenin şekle bağlanmış olduğu dikkate alındığında, uygulamada karşılaşılan bağış kartlarının geçerli olup olmadığı da tartışılmıştır. Konuyla ilgili ilk görüş⁴²², ODNK'daki şekil şartlarını sağlamayan ve resmi ya da el yazılı vasiyetname niteliğinde olmayan bağış kartlarının geçersiz olduğu yönündedir. Diğer görüş ise, kişinin öldükten sonra kendisinden organ ve doku alınması yönündeki iradesini organ bağış kartıyla açıklayabileceği yönündedir.⁴²³ Uygulamada ODNK'da öngörülen şekil kurallarına uyulmaksızın matbu halde düzenlenmiş olan bağış kartlarının bulunduğu görülmekle birlikte; vericinin el yazısıyla doldurulan kısımlar ile “2238 sayılı yasaya uygundur” ibaresine yer verilmiş olsa da bu kartların el yazılı vasiyetnamenin şartlarını taşımadığı düşüncesindeyiz.⁴²⁴ Bu itibarla pratik gerekçelerle uygulamada bulunsa da⁴²⁵, bağış kartlarının şekle ilişkin koşulları sağlamadığı ve organ bağışı için geçerli olmadığı kanaatindeyiz.

Kişi, ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınması konusundaki iradesini beyan etmemişse bu takdirde ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit

⁴²² AKINCI, “Ölüden Organ Alınması”, s. 140; EKİCİ ŞAHİN, s. 344; ÜNVER, “Hukuksal Boyutu”, s. 204; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 35; AYDIN, “Ceza Sorumluluğu”, s. 235; AKINCI, “Organ Nakillerini Güçleştiren”, s. 71; PARLAK, s. 212; AKSARAY, s. 162. Bağış kartlarının ODNK'da öngörülen şekil şartlarını taşımadığı doğru olmakla birlikte, bağış kartlarına dayalı olarak yapılan organ ve doku nakli işlemlerinin iptalinin söz konusu olmaması nedeniyle “favor testamenti” ilkesine göre hukuka uygun olduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 260.

⁴²³ SOYASLAN, “Organ Nakilleri”, s. 342; KÖK, s. 219.

⁴²⁴ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 140. Bağış kartları haricinde, sürücü belgeleri de düzenlenirken kişilerin organ bağışı yapmak isteyip istemediği sorulmakta ve bu husus sürücü belgelerine işlenmektedir. Bağış kartları için söz konusu olan şekli eksikliklerin sürücü belgeleri için de geçerli olduğu ve vasiyetnamenin şartlarını taşımadığı belirtilmiştir. Bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 140-141; AKINCI, “Organ Nakillerini Güçleştiren”, s. 71. ODNK'nın değişen koşullara uyarlanarak, sürücü belgesi, kaptan ve pilot belgeleri gibi belgelerin düzenlenişi sırasında kişilerin organ ve doku alınmasına verdikleri rızanın geçerli sayılmasının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. HACIÖMEROĞLU, s. 544.

⁴²⁵ Öğretide bağış kartlarının pratik bir tanıtım ve hatırlatma aracı olmak dışında bir işlevi bulunmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. BOZOKLAR, “Organ Alma Hakkı”, s. 257.

çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunların olmaması durumunda da herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ ve doku alınabilmesi mümkündür. Maddede sayılmış olan yakınların, ölüm anında ölenin “yanında bulunmalarının” aranması, öncelikli olarak iradesine müracaat edilmesi gereken bir yakının bulunmaması durumunda diğer sıradaki yakının iradesine başvurulmasını ve bu sayede nakil öncesi gerçekleşebilecek muhtemel gecikmelerin önlenmesini amaçlar niteliktedir.⁴²⁶ Yakınların rızası, ODNK’da belirtilen bu sıra dahilinde⁴²⁷ alınmalıdır. Örneğin, ölüm anında eşin bulunması durumunda diğer yakınların görüşünün sorulmasına gerek yoktur. Bu itibarla eşin organ ve doku alınmasını onaylaması durumunda diğer yakınların bunu reddetmesinin veya eşin nakle onay vermemesi durumunda diğer yakınların onay vermesinin hukuken bir değeri bulunmayacaktır.⁴²⁸ ODNK gereğince, eşin ölüm anında bulunmaması durumunda reşit çocukların⁴²⁹ organ ve doku alımına rıza gösterip göstermeyeceği araştırılmalıdır. Ölenin birden fazla çocuğunun olması durumunda, nakle bütün çocukların mı yalnızca bir çocuğun mu rıza göstermesinin yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır.⁴³⁰ Bir görüş, ölüden naklin gerçekleştirilebilmesi için çocuklardan

⁴²⁶ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 157; GÜRZUMAR, s. 385; AKINCI, “*Organ Nakillerini Güçleştiren*”, s. 72.

⁴²⁷ Ölüden organ ve doku alınmasında ODNK’da sayılan yakınlar arasında herhangi bir sıranın öngörülmediği görüşü için bkz. BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 19. Maddede sayılan yakınların tamamının organ ve doku alınması konusunda muvafakat göstermesi gerektiği görüşü için bkz. ZEVKLİLER, s. 8-9. Kanaatimizce, ODNK m. 14/1’de açıkça “sırasıyla” ifadesinin kullanılması nedeniyle, Kanunda belirtilen yakınlar arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi mevcuttur.

⁴²⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 73; AKINCI, “*Organ Nakillerini Güçleştiren*”, s. 72; ÜNVER, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 214.

⁴²⁹ Medeni Kanun hükümlerine göre evlatlığın, evlat edinenin yasal mirasçısı olmasına karşın; ölüden organ ve doku alınması konusunda iradesinin dikkate alınmaması ve ODNK m. 14/1’de sayılmaması eleştirilmiştir. Bkz. SERT – CİHAN, s. 20-21.

⁴³⁰ EREM, “*Organ Nakli*”, s. 716.

birinin dahi muvafakatinin yeterli olduğu yönünderken;⁴³¹ diğer görüş, nakil için çocukların tamamının muvafakatinin aranması gerektiği yönündedir.⁴³² Kanaatimizce, ODNK’da “reşit çocuklar” şeklinde düzenlenmiş olan ifadeden, reşit çocukların tamamının ölüden organ ve doku alınması konusundaki muvafakatlerinin aranması gerektiği anlaşılmalıdır. Zira hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, reşit çocuklardan sonra gelen yakınlar için yalnızca bir kişinin muvafakati, “veya” bağlacı ve “birisi” ifadesiyle yeterli görülmüş; ancak reşit çocuklardan yalnızca birisinin muvafakatinin yeterli görülebilmesi için bu anlamdaki bir ifadeye fıkrada yer verilmemiştir. Reşit çocuklardan birisinin muvafakatiyle ölüden organ ve doku alınabileceğinin kabulü, organ ve doku alınmasına muvafakat vermeyen çocukların kişilik haklarının göz ardı edilmesini de beraberinde getireceğinden, çocukların tamamının ölüden organ ve doku alınmasına yönelik muvafakatlerinin arandığını düşünüyörüz.

Ölüm anında ölüden yanında eş ve reşit çocuklarının bulunmaması durumunda ana veya babanın, ölüden organ ve doku alınmasına muvafakat gösterebilmesi mümkündür. ODNK’da “ana veya baba” ifadesi kullanıldığı için, ölen kişinin yanında hem ana hem de baba bulunuyorken; yalnızca birinin organ ve doku alınmasına izin vermesi durumunda ölüden organ ve doku alınabilecektir.⁴³³

⁴³¹ AKINCI, “*Organ Nakillerini Güçleştiren*”, s. 72; GÖKCEN, s. 77; AYDIN, “*Hukuksal Problemler*”, s. 165; PARLAK, s. 213. ODNK m. 14/1 hükmünün düzenlenişi itibariyle bu sonuca ulaşmakla birlikte; çocukların oyçokluğuyla nakle muvafakat göstermeleri durumunda, muvafakat vermeyenlerin kişilik haklarının ihlal edileceği ileri sürülmüştür. Bkz. AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 158.

⁴³² HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 377; HAKERİ, *Tıp Hukuku El Kitabı*, s. 73; HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 195; BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 20.

⁴³³ AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 158.

Ölüden organ ve doku alınmasında muvafakat gösterebilecek olan yakınlardan bir diğerini kardeşler oluşturur. ODNK burada da, “kardeşlerinden birisinin” ifadesini kullanarak, organ ve doku alınmasında kardeşlerin tamamının muvafakat göstermesini aramamış ve organ veya doku alınmasına yönelik olumsuz beyanların dikkate alınmamasını öngörmüştür.⁴³⁴ ODNK’nın anne veya baba ile kardeşler açısından getirdiği bu düzenlemeyle, ölüden organ veya doku alınmasını kolaylaştırmayı amaçladığı ileri sürülmüştür.⁴³⁵

Hükümde son olarak “herhangi bir yakının” muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak herhangi bir yakın kavramının hangi kişileri kapsadığı belirsiz olup, bu kavram doktrinde eleştirilmiştir.⁴³⁶ Zira söz konusu belirsizlikle, ölüden organ ve dokularından yararlanma olanakları kişilik haklarını zedeleyebilecek biçimde genişletilmiştir.⁴³⁷ Öğretide, herhangi bir yakından kastedilenin, ölenin bir arkadaşı veya herhangi bir şekilde ölüden yanında olan tanıdık bir kimse olabileceği ifade edildiği⁴³⁸ gibi; ölenle arasında duygusal bağı olan nişanlı, birlikte yaşanan kişi, tedavi için devamlı maddi ve manevi yardımda bulunan kişi olabileceği de ileri sürülmüştür.⁴³⁹ ODNK m. 14/1’in düzenlenme şekli

⁴³⁴ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 159.

⁴³⁵ Bkz. GÖKCEN, s. 77.

⁴³⁶ GÖKCEN, s. 77; YILDIZ, s. 283; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 158; EKİCİ ŞAHİN, s. 344-345; DURAL – ÖĞÜZ, s. 111, dn. 336; KÖK, s. 220.

⁴³⁷ BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 20. “Herhangi bir yakın” kavramı belirsiz olduğu için eleştirilmekle birlikte; kavramın geniş olması nedeniyle organ ve doku teminini kolaylaştırabileceği de ifade edilmiştir. Bkz. AYDIN, “*Hukuksal Problemler*”, s. 165.

⁴³⁸ SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 131; SOYASLAN, “*Organ Nakilleri*”, s. 343, ÖZTAN, s. 119; AYDIN, “*Hukuksal Problemler*”, s. 165; AKSARAY, s. 163.

⁴³⁹ Bkz. TAŞKIN, s. 130.

dikkate alındığında “herhangi bir yakın” kavramıyla, yalnızca ölenle hısımlık ilişkisi içinde bulunan kimselerin belirtilmediği sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁴⁰

Kişinin sağlığında organ alınması konusunda herhangi bir iradesinin bulunmaması ve ölüm anında ölenin yanında eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerden biri ya da herhangi bir yakınının bulunmaması durumunda, ölüden organ veya doku alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, hekimin zaruret hali içinde olmasından hareketle, ölüden organ ve doku alınabileceği yönündedir.⁴⁴¹ Buna karşın, öğretide çoğunlukta olan görüş, bu durumda ölüden organ veya doku alınmasının mümkün olmadığı yönündedir.⁴⁴² Kanaatimizce de kişinin sağlığında herhangi bir irade ortaya koymaması ve ölümünden sonra ODNK m. 14/1’de sayılan yakınların bulunmaması durumunda, ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkün değildir. Hukukumuzda geçerli olan modelin irade modeli olduğu ve ODNK m. 14/4 hükmünün bir istisna olarak öngörüldüğü dikkate alındığında da, bu sonuca ulaşılabacaktır.

ODNK m. 14/1’de sayılan yakınların ehliyetlerine ve muvafakatlerini hangi şekilde göstereceklerine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Hükümde yer alan yakınlardan, yalnızca çocukların ergin olması aranmış ancak kardeşlerin ya da diğer yakınların ergin olup olmayacaklarına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bizim de katıldığımız görüş⁴⁴³ uyarınca, ölüden organ ve doku alınması için yakınların gösterecekleri muvafakat kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu için, maddede sayılan

⁴⁴⁰ PARLAK, s. 213.

⁴⁴¹ SOYASLAN, “*Organ Nakilleri*”, s. 343; SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 131.

⁴⁴² TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 104; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 378; HAKERİ, *Tıp Hukuku El Kitabı*, s. 74; HAKERİ, “*Kadavradan*”, s. 196; YILDIZ, s. 283; EKİCİ ŞAHİN, s. 346; KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 261; GÜRSOY – YILMAZ – ÖZCAN, s. 578; ATABEK, s. 195; AYDIN, “*Suç*”, s. 143.

⁴⁴³ AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 160.

yakınların tamamının temyiz kudretine sahip olması gereklidir. Ancak hükümde yalnızca çocukların ergin olması arandığından, kardeşlerin ya da diğer yakınların muvafakat gösterebilmeleri için ergin olmaları gerekmez.

Muvafakatin şekli konusunda yakınlar, iradelerini yazılı ya da sözlü olarak açıklayabilecekleri gibi; zımnî irade beyanının dahi geçerli olacağı ifade edilmiştir. Hatta yakınların tek taraflı irade beyanları dışında sözleşme yoluyla da muvafakatlerini ortaya koyabilecekleri de belirtilmiştir.⁴⁴⁴ Kanaatimizce de ölünün yakınlarının gösterdiği muvafakatin, hukuki niteliği gereği bir irade beyanı olduğu, muvafakatin gösterilmesi konusunda ODNK’da şekle ilişkin herhangi bir kuralın öngörülmediği ve kanunda aksi öngörülmedikçe şekil serbestisinin geçerli olduğu dikkate alındığında, yakınların ölüden organ ve doku alınması yönünde göstereceği muvafakat herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak ispat sorunlarını engelleyebilmek adına muvafakatin tutanak altına alınması ve yakınlarla imzalatılmasının isabetli olacağını düşünüyoruz.

ODNK m. 14/1 ve 14/3’ün bir arada değerlendirilmesi neticesinde, ölüden organ ve doku alma konusunda kural olarak irade modelinin benimsendiği anlaşılrsa da, ODNK m. 14/2’de itiraz modelinin de kurala istisna olarak kabul edildiği görülmektedir. ODNK m. 14/2, “*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*” şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁴⁵ Söz konusu dokuların alınmasında vericinin ya da yakınların

⁴⁴⁴ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 160.

⁴⁴⁵ Hükümün 02.01.2014 tarih ve 6514 sayılı Kanunla değişmeden önceki hali, “*Aksine bir vasiyet ya da beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*” şeklindeyken; maddede yapılan değişiklikle “veya beyan” ibaresi “ibraz edilmedikçe” şeklinde değiştirilmiştir. Hüküm bu haliyle dilbilgisi yanlışlığı içermekte olup; maddede yer alan “yoksa” ibaresinin kaldırılması unutulmuştur. Kanaatimizce maddeden “ya da beyan” ibaresinin kaldırılmasının amacı, cesette değişiklik yapmayacak dokuların alınıp alınmamasında, yakınların beyanına hukuken değer atfedilip

rızaları aranmadığı gibi, tıbbi zorunluluk ya da ivediliğin bulunması da şart değildir.⁴⁴⁶ Hükümde, açıkça ölenin aksine bir vasiyeti arandığı için, kornea⁴⁴⁷ gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınmasına ölenin yakınlarının karşı çıkmaları durumunda dahi ilgili dokular alınabilecektir.⁴⁴⁸ Başka bir ifadeyle, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik meydana getirmeyecek dokuların alınmasına, yalnızca kişinin sağlığında düzenlemiş olduğu ve bu nitelikteki dokuların alınmamasını konu olan vasiyet⁴⁴⁹ engel olabilir.

atfedilmeyeceğine ilişkin tereddütleri gidermektir. Belirtilmelidir ki değişiklik öncesinde de, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınmasında, aksine beyanı yalnızca vericinin gösterebileceği kabul edilmekteydi. Bkz. SERT – CİHAN, s. 21.

⁴⁴⁶ BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 21. ODNK m. 14/2 düzenlemesinin bu haliyle kişilik haklarına aykırı olduğu görüşü için bkz. BAYRAKTAR, “*Kanuna İlişkin Düşünceler*”, s. 21.

⁴⁴⁷ Korneanın yerine bütün gözün alınması durumunda ise, kişinin ölmeden önceki rızası ya da yakınların rızalarının alınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 74. “*Dosyanın incelenmesinden, şikayetçinin kızı olan ...'ın ... 24.05.2005 tarihinde kalp yetmezliği nedeniyle vefat ettiği, hastane morguna getirilen cenazenin ... sadece kornealarının alındığı, ... 30.05.2005 tarihinde korneaların iki ayrı hastaya nakledildiği olayda, ... şüpheliler hakkında men-i muhakeme kararı verilmiş ise de, cenazenin defnedilmesi aşamasında gözlerinin tamamen alındığının farkedilmesi üzerine ... Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı'na müracaat edildiği, ... polis memurlarınca Yeni Kozlu Gasilhanesine gidilerek, cesedin sol göz kapağının kaldırıldığında sol gözün tamamen boş olduğunun, sağ göz kapağının ise dikili olduğunun ... saptandığı, bu tutanakla ölünün gözünün alındığının tespit edildiği anlaşılmıştır... Yetkili Kurulun ... men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanunu'nun 91 inci maddesi ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 15 inci maddesi gereğince yargılanmalarına ... karar verildi.*” (Danıştay 1. Daire, E. 2006/1270, K. 2007/101, 07.02.2007) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2006-1270.htm>) (15.11.2015)

⁴⁴⁸ TOROSLU, “*Organ Aktarma*”, s. 104; SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 132; SOYASLAN, “*Organ Nakilleri*”, s. 345; PARLAK, s. 215-216. Ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların, yakınların buna razı olmaması durumunda da alınamayacağı görüşü için bkz. KILIÇOĞLU, “*Organ Nakli*”, s. 261.

⁴⁴⁹ Kişinin ölümünden sonra korneasının alınmasında, aksine bir vasiyetin araştırılması zorunluluğunun kornea nakillerini zorlaştırdığı ileri sürülmüştür. Bu durumu önleyebilmek adına 6514 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, ODNK m. 14/2'de aksine bir vasiyetin “ibraz edilmesi” aranmış ve uygulamada Cumhuriyet savcılarının aksine bir vasiyetin araştırılması gerektiği yönündeki talimatlarının bertaraf edilmesi amaçlanmıştır. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, s. 239-240; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 378, dn. 55.

ODNK m. 14/4'te, “Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir” hükmüyle, istisnaen zaruret modeline de yer verilmiştir.⁴⁵⁰ Bu fıkra uyarınca vasiyet ve rıza aranmaksızın ölüden organ ve doku alınabilmesinin koşulları; ölüm olayının kaza ve doğal afet sonucunda gerçekleşmesi, ölenin sağlığında açıklamış olduğu bir iradenin veya rızasına başvurulacak yakınların bulunmaması, hekimler kurulu raporuyla ölüm halinin belirlenmesi ve organ ve doku alınması zaruretinin bulunmasıdır.

Maddede yer alan kaza ve doğal afetler kapsamına trafik kazası, iş kazası, deprem, yangın, su basması gibi haller dahildir.⁴⁵¹ Öğretide zaruret modelinin münhasıran kaza ve doğal afet halleriyle sınırlandırılmış olması eleştirilmiş ve kaza

⁴⁵⁰ Madde gerekçesi, “Böyle bir kişinin yanında yakınları yoksa ve bir başka kişinin yaşamı da bunun organ ve dokusunun nakline bağlı ve bu durum ivedi ise, yakınlarının muvafakatını sağlamak zaman alabileceğinden, bu gibi durumlarda ölüden, rıza ve vasiyet aranmadan organ ve doku alınması, insancıl düşünce açısından yerinde görülmüştür” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. EREM, “Organ Nakli”, s. 717.

⁴⁵¹ KILIÇOĞLU, “Organ Nakli”, s. 261. Fıkroda, kaza ve doğal afetlerin gerçekleşmesinin aranmasının temelinde, doğal afet veya kaza sonucu parçalanmış ya da harap olmuş cesede yapılacak müdahalenin naaşa saygısızlık oluşturmadığı düşüncesi ve doğal afet ile kaza sırasında genellikle ölüm anında ölenin yakınlarının bulunmayacağı varsayımı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. GÜRZUMAR, s. 385. Fıkroda “doğal afet” de dendiğinden, büyük çapta ölümlerin gerçekleşmesi ve geniş kitlelerin organ ve dokuya ihtiyaç duyması durumunda ODNK m. 14/4’ün uygulama alanı bulacağı, bu tür durumlarda vasiyet, bağış kartı ya da yakınların rızalarının aranmasının gerekmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. HAKERİ, “Kadavradan”, s. 187.

ile doğal afet dışındaki sebeplerle ölen kişiler açısından da fıkranın uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁵² Kaza ve doğal afetler neticesinde, “vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona erme” halinin ise hangi ölüm anlayışının benimsendiğine ilişkin bir tercihi yansıtmaması diğer bir eleştiri konusudur.⁴⁵³

İkinci koşul olarak, kişinin sağlığında kendisinden organ ve doku alınması konusunda irade ortaya koymaması ve ölüm anında ölenin yanında yakınlarının bulunmaması gereklidir. Yakınların olmamasıyla kastedilen, ölenin kimsesiz olması değil, ölüm anında ODNK m. 14/1’de sayılan yakınların bulunmamasıdır.⁴⁵⁴ Eğer yakınlar ölüm anında mevcutsa, bu halde yakınların iradelerine göre organ ve doku nakli konusunda hareket edilmelidir.⁴⁵⁵ Ölüden organ ve doku alınmasında irade modelinin kabul edildiği hukukumuz bakımından, öncelikle kişinin sağlığında beyan etmiş olduğu olumlu ya da olumsuz⁴⁵⁶ irade göz önünde bulundurulacak; herhangi

⁴⁵² GÜRZUMAR, s. 385-386; AKINCI, “Ölüden Organ Alınması”, s. 143.

⁴⁵³ BAYRAKTAR, “Kanuna İlişkin Düşünceler”, s. 20.

⁴⁵⁴ AKINCI, “Organ Nakillerini Güçleştiren”, s. 74. Bu durumda hekimin, ölenin yakınlarının olup olmadığı veya nerede olduğu yönündeki bir araştırmayı yapmasının gerekmediği, bunun hastane için de yapılacak bir anonsla anlaşılabilceği, yakınlar buna rağmen bulunamamışsa hastane idaresi ve polislerin birlikte düzenleyecekleri bir tutanakla durumu tespit edip hekime organ alımı için yetki verilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. AKINCI, “Organ Nakillerini Güçleştiren”, s. 74.

⁴⁵⁵ GÖKCEN, s. 80; AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 130.

⁴⁵⁶ Bir görüş, ODNK m. 14/3’te kişinin, ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına karşı çıktığı hallerin, kaza ve doğal afet neticesinde meydana gelen zorunluluk halleri bakımından da uygulama alanı bulacağı yönündedir. Bkz. EREM, “Organ Nakli”, s. 717; SERT – CİHAN, s. 21. Konuyla ilgili diğer görüş ise, ölüm anında hiçbir yakının bulunmaması durumunda, kişinin sağlığındaki aksi yöndeki iradesine rağmen organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesinin ODNK’ya uygun olduğu ancak söz konusu hükmün değiştirilmesi gerektiği yönündedir. Bkz. ZEYTİN, “Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 262. Kanaatimizce, ODNK m. 14/3’e göre kişinin ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasını yasakladığı hallerde, ODNK m. 14/4’e dayanılarak organ ve doku alınması mümkün değildir. İrade modelinin kural, zaruret modelinin ise istisna olduğu göz önüne alındığında bu sonuca ulaşılması daha isabetlidir.

bir iradenin olmaması durumunda ise, organ ve doku nakli gerçekleştirilebilecektir.⁴⁵⁷

ODNK m. 14/4'e dayanılarak ölüden organ ve doku alınabilmesinin üçüncü koşulu, tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olmadığına hekimler kurulu raporuyla belgelenmesidir. Öğretide, tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olmaması şartı çelişkili bulunmaktadır.⁴⁵⁸ Zira kaza ve doğal afetler neticesinde beyin ölümünün halihazırda gerçekleştiği dikkate alındığında, ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olması düşünülemez. Söz konusu hükümler, ölüden alınacak organın sağlam olduğu ancak ölümün başka organ ya da dokulardan kaynaklandığının belgelenmesi amaçlanıyorsa, ifadenin bu anlama gelecek şekilde düzenlenmediği belirtilmelidir.⁴⁵⁹ Yukarıda açıklandığı üzere, hekimler kurulu, ODNK m. 11 uyarınca, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, diğeri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanı olan iki hekimden oluşacak ve kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oybirliğiyle karar verecektir.

Fıkıradaki öngörülen son koşul ise, organ ve doku alınması zaruretinin bulunmasıdır. Bu itibarla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı ve hayati tehlike içinde olan bir kişi bulunmalı ya da organ ve doku naklinde tıbbi zorunluluk mevcut olmalıdır.⁴⁶⁰ Derhal nakil yapılmazsa hayati tehlikeye maruz kalacak olan hastalara

⁴⁵⁷ Kural olarak kişinin sağlığında kendisinin ya da öldükten sonra yakınlarının, ölüden organ ve doku alınması konusundaki iradeleri dikkate alınırken; kaza ve doğal afet durumlarına özgü olarak bu iradenin dikkate alınmamasının mirasçılarının kişilik hakkına aykırılık teşkil ettiği görüşü için bkz. SERT – CİHAN, s. 22.

⁴⁵⁸ SERT – CİHAN, s. 22.

⁴⁵⁹ SERT – CİHAN, s. 22. Öğretide, kaza sonucu yaralanan ve ölüm nedeni kafa travması ya da kan kaybı olan bir hastadan böbreğin alınmasının mümkün olduğu; ancak kişinin ölümünün böbrek yetmezliğinden kaynaklanması durumunda böbreğinin alınamayacağı örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, "Organ Nakli", s. 262.

⁴⁶⁰ KILIÇOĞLU, "Organ Nakli", s. 262.

nakledilmek veya aşılacak üzere, ölüden organ ve doku alınması bir gereklilikse, zorunluluğun varlığı kabul edilmelidir.⁴⁶¹ Maddede yer alan “zorunluluğun”, bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali olmadığı, yasa tarafından öngörülmuş ve sınırları farklı olarak çizilmiş özel bir durum olarak nitelendirilmesi gerektiği, ODNK m. 14/4’te öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması durumunda organ ve doku naklini gerçekleştiren hekimin kanunun hükmünü yerine getirmiş sayılacağı ifade edilmiştir.⁴⁶²

ODNK m. 14/4’ün bu şartlarının gerçekleşmesi durumunda, adli otopsinin ne zaman yapılacağına ilişkin kuralı, ODNK m. 14/4’ün son cümlesi koymaktadır. Bu hüküm, “*Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir*” şeklinde düzenlenmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 18.10.2011 tarih ve “Ölü muayene ve otopsi işlemleri” konulu genelgesinde, “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

⁴⁶¹ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 134; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 445. Ülkemiz açısından kalp, karaciğer ve böbrek yetmezliklerinin sayısı göz önünde bulundurulduğunda, hasta alıcılar için organ naklinin tıbbi zorunluluk haline geldiği ve organ nakline duyulan ihtiyaç nedeniyle zorunluluğun her zaman mevcut olduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. HACİÖMEROĞLU, s. 540. Kanaatimizce ODNK m. 14/4’te yer alan zorunluluk koşulu, organ ve dokuya genel olarak duyulan ihtiyacı ifade etmemekte ve her somut olayda ayrıca takdir edilmesi gereken bir şartı öngörmektedir. Zorunluluğun her zaman bulunduğu yönündeki kabul, ODNK m. 14/4’teki istisnanın ölçüsüz biçimde genişletilmesi anlamına gelecektir. Aynı yönde görüş için bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 134.

⁴⁶² ERMAN, s. 223-224. Fıkra da öngörülen zorunluluğun, hukuki anlamda da zorunluluk haline vücut verdiği görüşü için bkz. AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 133; AKINCI, “Ölüden Organ Alınması”, s. 143.

da alınmasının sağlanması, adli otopsinin bu işlemler tamamlandıktan sonra 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” şeklindeki düzenlemeyle, nakil işlemine öncelik tanınması gerektiği Cumhuriyet savcılarına açıkça bildirilmiştir.⁴⁶³ Ancak söz konusu genelgenin münhasıran kaza ve doğal afetlere ilişkin olduğu belirtilmelidir.⁴⁶⁴

Uygulamada ceset üzerinde otopsi yapılmasını gerektiren bir adli vakanın gerçekleştiği ancak beyin ölümü gerçekleşmiş olan ölünün yakınlarının, organ ve doku nakline izin verdikleri hallerde otopsiye mi yoksa nakle mi öncelik verilmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Zira harici bir etki dolayısıyla meydana gelen bu tür doğal olmayan ölümlerde, organ ve doku alınırken iki menfaat çatışır haldedir. Bunlardan ilki, alınacak olan organ ya da dokunun görev yapma kabiliyetini kaybetmemesi için bir an önce çıkarılması; diğeryse nakil yapılırken ölünün vücudundan elde edilecek suç delillerinin kaybolmamasıdır.⁴⁶⁵ Konuyla ilgili ilk görüş, önceliği otopsiye vererek organ ve doku naklini ikinci plana almaktadır.⁴⁶⁶

⁴⁶³

Erişim:

<https://organ.saglik.gov.tr/web/yonetim/mevzuat/OTOPS%C4%B0%20C4%B0LE%20C4%B0LG%C4%B0LC4%B0%20GENELGE.pdf> (15.11.2015)

⁴⁶⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 382.

⁴⁶⁵ Bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 438-439; GÖKCEN, s. 65.

⁴⁶⁶ Bkz. <http://www.milliyet.com.tr/2001/06/20/guncel/gun08.html> (17.11.2015) Uygulamada, otopsiyi gerektiren adli olaylarda Cumhuriyet savcısının kararının beklendiği ve zamanında organ ve dokunun alınmaması nedeniyle naklin gerçekleştirilemediği görülmektedir: “Örneğin, Adana’da gerçekleşen bir olayda, bıçaklanma sonucu gece yarısı vefat eden kişinin yakınları nakle izin vermiş; hekimler organları almadan savcıyı aramış; ancak savcı, en erken ertesi sabah 09.00’da hastaneye gelebileceğini söylemiştir. Gece yarısı adli tıp uzmanına da ulaşılamayınca, hekimler, polislin savcıya ulaşmasını istemiş, ancak savcının cevabı değişmemiştir. Organların bir saat içinde alınması zarureti karşısında, hekimler, organları savcı olmaksızın almışlar ve organlar, nakil bekleyen üç hasta için

Diğer görüşü savunanlar ise, suç için delil teşkil eden organları almamak gerektiğini ifade etmekle birlikte, organ nakliyle korunan yararın otopsiyle korunan yarardan üstün olduğunu ve Cumhuriyet savcısının iznini beklemeden ölüden organ ve doku alınabileceği ileri sürmektedirler.⁴⁶⁷ Kanaatimizce, organ ve doku naklinden elde edilen faydanın otopside daha fazla olduğu ve otopsi yapılması halinde dahi mutlaka bir delil elde edilemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, ölü muayenesi yapıldıktan sonra tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokuyla ilgisi olmaması

Ankara'ya gönderilmiştir. Ertesi sabah 09.00'da hastaneye gelen savcı, hekimler hakkında soruşturma başlatmış ve bilahare kamu davası açmıştır.” Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 380-381. “Malatya Başsavcılığı, geçen yıl ateşli silah yaralanması sonucu ölen Münevver Genç'in organlarını savcılığın izni olmaksızın aldıkları gerekçesiyle, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalı Öğretim üyeleri Vedat Kırımlioğlu, Cüneyt Karaalp, Cengiz Ara, Gökhan Söğütü, Mehmet Yılmaz ve Burak Işık hakkında, soruşturma yürütmek için üniversite yönetiminden izin istedi. Üniversite yönetimi 10 Ekim 2006'da bu istemi reddetti. Dosyanın gittiği Danıştay 1'nci Daire ise, savcıdan izin almaksızın, sadece aile yakınlarından izin alınarak organ nakli yapılmasının suç oluşturduğu kararına vararak doktorların yargılanmasına hükmetti. Kararda, doktorların, Organ ve Doku Alınması Hakkında Kanun ile TCK'nın, 'Kanuna aykırı organ alınması' hükümleri ile 'görevi kötüye kullanmak' suçundan yargılanmaları gerektiği vurgulandı. Genç'in ölümünün adli olarak soruşturulması gereken bir olay olduğu vurgulanan kararda, 'Savcının bu konudaki suç unsurlarını araştırması gerekir. Bu önemli işlevi nedeniyle ceza soruşturmasının, diğer kamusal yükümlülüklere göre öncelik taşıyacağı tartışmasızdır' denildi.” Erişim <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=12862> (19.11.2015)

⁴⁶⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 381; HAKERİ, “Kadavradan”, s. 196; ÜNVER, “Hukuksal Boyutu”, s. 211-212; SOYASLAN, “Nakilleri”, s. 130; EKİCİ ŞAHİN, s. 347; YÜZBAŞIOĞLU, s. 240; KIYAK, s. 79; YILDIZ, s. 284. “Adana'da cinayete kurban giden 19 yaşındaki Hüncar Gök'ün organlarını Cumhuriyet Savcısı'nı beklemeden alıp 2 hastaya naklettikleri için haklarında dava açılan Başkent Üniversitesi Hastanesi Adana Merkez Müdürü Dr. Mustafa Turgut Noyan, doktorlar Sedat Yıldırım ve Tarık Zafer Nursal 2 yıl önce Yüksek Sağlık Şurası'nın 'adli vakalarda organ naklinin yapılmasının etik kurallarına aykırı olmadığı' yönünde belirttiği rapor üzerine beraat etmişti. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 15'inci maddesi uyarınca 4'er yıl hapis cezası istemiyle Adana 3'ncü Asliye Ceza Mahkemesi'nde yargılanan doktorlar hakkında mahkeme hakimi karar verebilmek için organ naklinin yasal olup olmadığını Yüksek Sağlık Şurası'na sormuştu ... Şura kararının sonuç bölümünde şöyle denilmişti: 'Beyin ölümünün kesin belirtisi olduğu, tıbbi ölüm halinin gerçekleştiği, ölümün alınan organlara bağlı olmadığı, ölen kişinin babası tarafından yazılı belge ile organ nakline izin verildiği, bunun üzerine 2238 Sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak alınan organlardan dalağın organ naklinde doku tiplmesi için, böbreklerin uygun hastalara kullanıldığı, savcıdan kaynaklanan zaman kaybından dolayı karaciğerin kullanılamaz hale geldiği cihazları ile Mustafa Turgut Noyan, Sedat Yıldırım, Tarık Zafer Nursal hakkında 2238 Sayılı Kanun hükmü ve etik kurallarına aykırı bir fiilin olmadığı şuramızca oy birliği ile karara varıldı.' Mahkeme hakimi, bu rapor doğrultusunda 3 doktorun adli vakada organ alınmasında bir kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle beraatlarına karar vermişti.” Erişim <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=12862> (19.11.2015)

durumunda otopside önce organ ve doku naklinin yapılması daha yerindedir. Konuyla ilgili olarak ODNK m. 14/4'ün son cümlesinin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmekle birlikte, açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır.⁴⁶⁸

Kişinin ölümünden sonra vücudunu, bilimsel araştırma ve inceleme faaliyetlerinde faydalanılmak üzere bırakmasının şartları, ODNK m. 14/5'te düzenlenmiştir. Söz konusu fıkradaki, *“Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”* hükmü uyarınca, ölümden sonra vücutları bilimsel araştırmalarda kullanılacak kişiler iki gruba ayrılmıştır. İlk grupta, ölümden sonra vücutlarının bilimsel araştırmalar için kullanılmasını açıkça vasiyet eden kişiler bulunur. Fıkroda vasiyetin türüne ilişkin bir sınırlama yer almadığı için kanaatimizce Medeni Kanun'da yer alan ve geçerlik şartlarını taşıyan bir vasiyet türüyle bu konudaki iradenin açıklanabilmesi mümkündür.⁴⁶⁹ Diğer grupta ise, konuyla ilgili herhangi bir vasiyeti bulunmayan kişiler bulunur. Bu kişilerin öldükten sonra vücutlarının bilimsel araştırmalar için

⁴⁶⁸ HAKERİ, “Kadavradan”, s. 199-200; BOZOKLAR, “Organ Alma Hakkı”, s. 259. Öğretide, önceliğin organ ve doku nakline verilmesi gerektiği belirtilmekle birlikte, bir adli tıp uzmanının vericiden organ alınması aşamasında tıbbi ekip içinde yer almasının adli işlemler açısından da yararlı olacağı, Cumhuriyet savcılarıyla koordinasyonun çok büyük önem arz ettiği, Cumhuriyet savcılarıyla tıbbi ekip arasındaki koordinasyonun organ ve doku nakli koordinatörleriyle sağlanması gerektiği de ifade edilmiştir. Bkz. KÖK, s. 221.

⁴⁶⁹ Aynı yönde görüş için bkz. KILIÇOĞLU, “Organ Nakli”, s. 263.

kullanılabilmesi için kümülatif olarak 4 şartın bulunması gerekir. Bu şartlardan ilki bu kimselerin yataklı tedavi kurumlarında ölmeleri ya da bu kurumların morglarına getirilmeleri, ikincisi bu ölümlere kimsenin sahip çıkılmaması,⁴⁷⁰ üçüncüsü ölü muayenesi veya otopsi işlemlerinin tamamlanmış olması⁴⁷¹ ve sonuncusu da bu kimselerin aksine bir vasiyette⁴⁷² bulunmamalarıdır. Bu şartları taşıyan cesetler en fazla 6 ay süreyle korunabilecek ve sadece bilimsel araştırmalar için kullanılabilir. Bu süre içinde bilimsel araştırmalar amacıyla kullanma yetkisi yükseköğretim kurumlarına aittir.⁴⁷³

ODNK m. 14'e, tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt dışından temini için, 02.01.2014 tarih ve 6514 sayılı Kanun ile yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra, *“Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi halinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir”* şeklindedir. Düzenlemeyle birlikte, tıp eğitimi için gerekli kadavra sayısının artırılması için bunların yurtdışından temin edilebilmesi

⁴⁷⁰ Hükmün lafzi yorumundan, cesedin bilimsel araştırmalarda kullanılması için kişinin sağlığında bir vasiyetinin olmaması ancak ölünün yakınları tarafından buna izin verilmesi durumunda, ceset sahipsiz olmayacağı için cesedin bilimsel araştırmalarda kullanılabilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, “Organ Nakli”, s. 263.

⁴⁷¹ “Ölü muayenesi veya otopsi işlemlerinin tamamlanmış olması” şartı, 02.01.2014 tarihli 6514 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce “ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan” şeklindeydi. Kanun koyucu söz konusu değişiklikle birlikte, adli kovuşturmayla ilgisi olsa dahi ölü muayenesi veya otopsi işlemleri tamamlanmış olan cesetlerin bilimsel inceleme ve araştırmalar için kullanılabilmesini amaçlamıştır. Maddenin gerekçesi ise, söz konusu Kanun hükmünü tekrarlamaktadır.

⁴⁷² Hükümde yer alan vasiyetten, Medeni Kanun'da düzenlenen vasiyet türlerinin değil, kişinin sağlığında bu yönde açıklamış olduğu herhangi bir beyanın anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, “Organ Nakli”, s. 263.

⁴⁷³ KILIÇOĞLU, “Organ Nakli”, s. 263.

öngörölmüş ancak ölüm nedeninin soykırım ya da insanlığa karşı işlenmiş suçlardan olmaması şartı getirilmiştir. Madde gerekçesi, “Diğer taraftan tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurtiçinden yeteri kadar temin edilememesi halinde yurtdışından kadavra veya kadavra parçası temin edilebilmesine yönelik düzenleme yapılmaktadır” şeklindedir.

Sonuç itibarıyla, hukukumuzda organ ve doku nakilleri için kural olarak irade modelinin benimsendiği; ancak kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularda itiraz modelinin geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kaza veya doğal afetler neticesinde gerçekleşen ölümlerde, ölüden organ veya doku alınmasında istisnai olarak zaruret modeline de yer verildiği görölmektedir.

Son olarak ölüden alınan organ ve dokuların hangi kriterlere göre ve kimlere dağıtılacağı hususu incelenmelidir. Sağlararası nakillerden farklı olarak, ölüden yapılan organ ve doku nakillerinde verici, bağışın yapılacağı kişiyi ismen belirleyemez ve dağıtım, konuyla ilgili mevzuatta öngörölmüş kurallara göre yapılır.⁴⁷⁴ Bu önemli konu ODNK’da düzenlenmemekle birlikte, dağıtıma ilişkin temel kriterler dahi Kanunla belirlenmemiştir.⁴⁷⁵ 01.02.2012 tarihli ODNHY’nin “Organ ve doku dağıtım esasları” başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında, “Organ dağıtımını elektronik ortamda yapılır. Nakil merkezleri kendilerinde sıra bekleyen hastalara ait listeleri güncelleştirmek zorundadır. Organ ve doku dağıtımını, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre yapılır” hükmü, Sağlık Bakanlığınca belirlenen kriterlere göre dağıtımın yapılmasını öngörmüştür. Maddenin 2. fıkrası, “Sosyal

⁴⁷⁴ BOZOKLAR, “Organ Alma Hakkı”, s. 256-257.

⁴⁷⁵ Öğretide, ölüden alınan organ ve dokuların nasıl dağıtılacağı konusunun, önemine binaen kanunla düzenlenmesi gerektiği, temel haklara ilişkin düzenlemelerin yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerle yapılmasının Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 384.

Güvenlik Kurumu ile sözleşmesi bulunmayan organ ve doku nakli merkezlerine Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi dâhilinde kadavradan organ ve doku dağıtımı yapılmaz. Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmesi olan organ ve doku nakli merkezleri ise Sosyal Güvenlik Kurumunca ilgili mevzuatına göre belirlenen geri ödeme ücretleri haricinde ücret talep edemez ve hastalardan ilave ücret alamaz. Aksine davranan organ ve doku nakli merkezleri, ilgili Bilimsel Danışma Komisyonunun önerisi de dikkate alınarak, altı aydan az, iki yıldan fazla olmamak üzere, Ulusal Koordinasyon Sistemi dâhilindeki kadavradan organ ve doku dağıtımının dışında tutulur. Aynı fiilin tekrarlanması halinde ise merkezin faaliyeti süresiz olarak durdurulur” şeklinde düzenlenmiş olup; organ ve doku nakli merkezlerinin, mevzuata göre belirlenen ücretlerin haricinde herhangi bir ücret talep edemeyeceğini ve bu kurala aykırılık halinde uygulanacak olan yaptırımları belirlemiştir. Maddenin 3. fıkrasında, “Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmesi bulunmayan organ ve doku nakli merkezleri ile bu maddeye göre müeyyide uygulanan merkezler, kendi yoğun bakım servislerinde beyin ölümü gerçekleşip de organ ve doku bağıışı yapılan kadavra vericilerin organ ve dokularını Ulusal Koordinasyon Sistemi içinde kullanılmak zorundadır” hükmü düzenlenmişken; son fıkrada, “Bakanlık, tercihli bağıış ve aile puanı sistemi ile ilgili dağıtıma yönelik düzenlemeler yapar” hükmü yer almıştır. ODNHY’nin bu hükümleri ölüden alınan organ ve dokuların hangi esaslara göre dağıtılacağı konusunda bir belirleme yapmamış ve kriterlerin Sağlık Bakanlığınca belirleneceğini öngörmüştür.

ODNHY’ye dayanılarak hazırlanan, 28.05.2008 tarih ve 19735 sayılı onay ile yürürlüğe giren “Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi” m. 5/1, “Organ ve doku dağıtımı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara,

tıbbî-etik anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirilir” kuralını getirmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasındaki, *“Organ ve doku dağıtımında acil organ talepleri öncelikle değerlendirilir ve acil talepler için Acil Bekleme Listesi oluşturulur”* hükmü, acil organ talepleri için acil bekleme listelerinin oluşturulmasını öngörmüştür. 3. fıkrada, *“Organ ve dokular 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen usul ve esaslara göre kullanılır. Yeni açılan veya ruhsatı iptal edilen nakil merkezi olması halinde Bakanlıkça Ulusal Sistemden Organ Ve Doku Alım ve Çıkarım Sırasındaki (Ek 3) listede ekleme ya da çıkarma yapılır”* hükmü, her organ ve doku için Yönergede ayrıntılı olarak belirlenen dağıtım ilkelerine uyulması kuralını getirmiştir. 4. fıkradaki, *“Bakanlık tarafından her organ için Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi oluşturulduğunda, nakil merkezleri kendi organ nakli bekleme listelerindeki hasta bilgilerini Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kaydetmekle yükümlüdür”* hükmü organ ve doku nakli merkezlerine hasta bilgilerini Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine kaydetmeleri yükümlülüğünü getirmiştir. Organ ve doku nakli merkezlerinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ise 5. fıkra, *“Organ bekleyen hastalarını Ulusal Bekleme Listesine kaydetmeyen merkezlere kadavra organ dağıtımı yapılmaz. Ancak, bu merkezler kendilerinde çıkacak kadavra vericileri UKS’ne (Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemine) sunmak zorundadır”* hükmü öngörülmüştür. Organın taşınması ve ulaşımıyla ilgili olarak 6. fıkra hükmü, *“Organın şehir içi taşınmasında veya havaalanına ulaştırılmasında refakat etmekle görevli personeli BKM (Organ ve Doku Nakli Bölge Koordinasyon Merkezi) veya UKM (Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Merkezi) belirler”* şeklindedir. Son fıkra olan 7. fıkra ise, *“Kornea dağıtımı, Göz Bankası ve Kornea Nakli Merkezleri Yönergesine göre yapılır”* hükmüyle, kornea dağıtımının bu

Yönergeye tabi olmadığını düzenlemiştir. Yönergenin 6. maddesinde⁴⁷⁶ kalp ve akciğer dağıtım ilkeleri, 7. maddesinde⁴⁷⁷ karaciğer dağıtım ilkeleri, 8.

⁴⁷⁶ **Madde 6-** (1) Kalp ve akciğer greftlerinin dağıtım ilkeleri şunlardır:

a) Kalp dokularının dağıtım sırayla; Bölgesel Acil, Bölgesel Sıra, Ulusal Acil, Ulusal Sıra olacak şekilde BKM ve /veya UKM tarafından yapılır.

b) Acil kalp nakli bekleme listesine alınacak hastalar, “status 1” kriterlerine uyan; mekanik pompa desteği alan hastalar, intraaortik balon pompa desteği altında olan hastalar ve devamlı inotropik ilaç desteğine ihtiyaç duyan hastalardır. Acil bildirimleri yapılmış aynı şartlara sahip olan hastalar arasında öncelik, bildirim en erken yapılmış hastaya verilir.

c) Nakil merkezleri acil bildirimlerini Acil Hasta Bildirim Formu (Ek 8-A) ile UKM’ne bildirir. Acil bildirimlerinin geçerli olabilmesi için UKM tarafından, Kalp, Akciğer, Kalp Kapağı Bilimsel Danışma Kurulu’nun belirlediği konuyla ilgili üç uzman hekimin olurunun alınması gereklidir (görüşler faks ile teyit edilecektir). Acil hastaların aciliyetleri 24 saatte bir hastanın bulunduğu nakil merkezince yapılacak yeni bildirimlerle teyit edilir. Nakil merkezinin teyit işlemini gerçekleştirmemesi halinde, daha önce acil bildirim yapılmış olan hasta acil listesinden çıkarılır.

ç) Kalp ve akciğer dağıtımında verici ve alıcı kan grupları arasında kan transfüzyonu kuralları dikkate alınır; Rh uyumu şartı aranmaz.

d) Bir kalp ve/veya akciğer nakli merkezi, kendisine UKM tarafından verici bildirim yapılmasını takip eden süre içerisinde en geç 30 dakika içinde kadavra kalbi veya akciğeri alıp almayacağını UKM’ne bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde, kadavradan alınacak kalp veya akciğer UKM tarafından sıradaki kalp ve/veya akciğer nakli merkezine teklif edilir.

(2) UKM’ne kayıtlı acil kalp ve akciğer nakli bekleyen hasta bulunmuyor veya bulunuyor ve fakat kalp ve akciğer greftinin organ koruma süresi içinde, hastanın bulunduğu merkeze ulaştırılabilme imkanı yok ise;

a) Verici, kalp ve/veya akciğer nakli uygulayan hastanelerin birinden çıkıyorsa öncelikle o merkezdeki uygun hastaya nakledilir. O merkezde nakledilmiyorsa (Ek 3-A)’daki Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formunda belirtilen sıraya göre bölgede bulunan diğer kalp ve/veya akciğer nakli merkezlerine teklif edilir.

b) Verici, kalp ve/veya akciğer nakli uygulanmayan hastanelerin birinden çıkıyorsa, (Ek 3-A)’daki Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formunda belirtilen sıraya göre bölgede bulunan diğer kalp ve/veya akciğer nakli merkezlerine teklif edilir.

c) BKM’ne o bölgenin herhangi bir hastanesinden bildirilmiş ve klinik olarak beyin ölümü teşhisi konulmuş ve fakat beyin ölümü kararı verecek Kanun’da belirtilen uzmanların bulunmadığı hallerde veya başka sebeplerle beyin ölümü teşhisi konulamamış potansiyel vericilerin aynı bölgedeki kalp ve/veya akciğer nakli yapan merkezlerden birine veya başka bir organ nakli merkezine sevk edilmesi halinde, kazanılacak kalp ve akciğer greftlerinin dağıtımını bu maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde belirtilen usul ile dağıtır.

ç) Bölgesinde kullanılmayan kalp ve akciğer greftleri BKM tarafından UKM’ne bildirilerek (Ulusal Acil Bildirim yoksa) (Ek 3-A)’daki Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formunda belirtilen sıraya göre kalp ve/veya akciğer nakli merkezlerine teklif edilir.

(3) Greft alım sırası gelen merkezler, BKM veya UKM tarafından teklif edilen grefti, uygun kan grubunda alıcı hasta olmaması, fizikî şartlar ve insan gücü ile ilgili sorunlar gibi zorunlu sebeplerle nakledemeyecek durumdaysa bir sonraki teklif edilecek greft için aynı sıralarını muhafaza ederler.

(4) Greft alım sırası gelen merkezler BKM veya UKM tarafından teklif edilen grefti naklettikleri takdirde, greft alım sıraları, greft BKM den teklif edilmişse BKM listesinde, UKM tarafından teklif edilmişse UKM listesinde en sona geçer. BKM, kendi greft alım listesi değiştiğinde UKM’ne listenin son halini bildirir.

⁴⁷⁷ **Madde 7-** (1) Karaciğer greftlerinin dağıtım ilkeleri şunlardır:

- a) Acil karaciğer greftlerinin dağıtımı UKM tarafından yapılır.
- b) UKM'ne bildirilmiş, herhangi bir bölgede acil karaciğer nakli gerektiren fulminan ve subfulminan hepatitli veya acil retransplantasyon gerektiren hasta var ise, ülkede çıkan ilk karaciğer grefti, kan grubu uyumuna bakılmaksızın bu hastaya nakledilmek üzere ilgili merkeze UKM tarafından teklif edilir.

Fulminan ve subfulminan hepatitli hastalarda transplantasyon endikasyonu koymak ve bu suretle acil karaciğer grefti talep edebilmek için aşağıdaki kriterlerin tamamının bulunması gerekir:

- 1) Daha önce bilinen bir karaciğer hastalığı olmamalıdır.
- 2) İkter ve ansefalopati arası geçmesi gereken süre, fulminan hepatitliler için en fazla 15 gün, subfulminan hepatitliler için ise, en fazla iki ay olmalıdır.
- 3) Ansefalopati grade iki ve üzerinde olmalıdır.
- 4) Protrombin zamanı 20 saniye ve üzerinde olmalıdır.

Acil retransplantasyon için greft talebi, transplantasyondan sonraki ilk 8 gün içinde primer non-fonksiyon, hepatic arter ve / veya portal ven trombozu gelişmesi halinde yapılmalıdır.

Nakil merkezleri acil bildirimlerini Acil Hasta Bildirim Formu (Ek 8-B) ile UKM'ne bildirir. Acil bildirimini geçerli olabilmesi için UKM tarafından, Karaciğer Bilimsel Danışma Kurulu'nun belirlediği konuyla ilgili üç uzman hekimin olurunun alınması gereklidir (görüşler faks ile teyit edilecektir).

Acil karaciğer greft taleplerinin, hastanın klinik durumunun yukarıdaki kriterler doğrultusunda tekrar değerlendirilerek her 48 saatte bir UKM'ne tekrar bildirilmesi gerekir. Acil greft talebi aynı hasta için en fazla 5 kez tekrarlanabilir.

Acil bildiri ile karaciğer almış olan merkez, UKS ile kendine sunulan (kendi merkezinde çıkan veya kendine bölgesel/ulusal sıradan sunulan) ilk karaciğeri, aldığı merkeze geri ödemek zorundadır. Bir merkez alacaklı olduğu merkezden gelecek karaciğer ile bir başka merkeze olan borcunu ödeyemez. Geri ödemeler ile ilgili liste UKM tarafından yapılır.

- c) UKM'ne kayıtlı acil karaciğer nakli bekleyen hasta yok ise, bir bölgede, merkez veya bağlı illerin bütün hastanelerinde beyin ölümü teşhisi konulmuş ve bağış yapmış vericilerden çıkacak karaciğer greftleri;

- 1) Verici, karaciğer nakli uygulayan hastanelerin birinden çıkıyorsa, karaciğer grefti öncelikle o merkezde nakledilir. O merkezde nakledilemiyorsa, BKM tarafından (Ek 3-B)'de düzenlenen Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formundaki sıraya göre aynı ilde veya o bölge illerindeki diğer merkezlerine teklif edilir.

- 2) Verici, karaciğer nakli uygulanmayan bir hastaneden çıkıyorsa, karaciğer grefti o bölge içerisinde karaciğer nakli uygulayan merkezlere BKM tarafından (Ek 3-B)'de düzenlenen Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formundaki bölgesel sıraya göre dağıtılır.

- ç) BKM'ne o bölgenin herhangi bir hastanesinden bildirilmiş, klinik olarak beyin ölümü teşhisi konulmuş ve fakat Kanun'da belirtilen uzmanlar bulunamadığı veya başka sebeplerle teşhisi konulamamış potansiyel vericilerin, aynı bölgedeki karaciğer veya başka bir organ nakli yapan merkezlerin birine sevk edilmesi durumunda kazanılacak karaciğer greftlerinin dağıtımı, o bölge içerisinde karaciğer nakli uygulayan merkezler arasında, BKM tarafından (Ek 3-B)'de düzenlenen Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formundaki bölgesel sıraya göre dağıtılır.

- d) Bölgesinde kullanılmayan karaciğer greftleri, BKM tarafından UKM'ne bildirilir. UKM bu grefti, (Ek 3-B)'deki Ulusal Sistemden Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırası Formundaki Ulusal sıraya göre diğer bölgelerde bulunan karaciğer nakli merkezlerine teklif eder ve nakledilmesini sağlar.

- e) Karaciğer alım sırası gelen merkezler, BKM veya UKM tarafından teklif edilen grefti, uygun kan grubunda alıcı hasta olmaması, fizikî şartlar ve insan gücü ile ilgili sorunlar gibi zorunlu sebeplerle nakledemeyecek durumda ise, bir sonra teklif edilecek greft için aynı sıralarını muhafaza ederler.

maddesinde⁴⁷⁸ ise böbrek dağıtım ilkeleri belirlenmiştir. Dağıtıma ilişkin teknik hususlar Yönergede ayrıntılı olarak düzenlenmekle birlikte; bu dağıtımın Sağlık

f) *Greft alım sırası gelen merkezler BKM veya UKM tarafından teklif edilen grefti naklettikleri takdirde, greft alım sıraları, greft BKM den teklif edilmişse BKM listesinde, UKM tarafından teklif edilmişse UKM listesinde en sona geçer. BKM, kendi greft alım listesi değiştiğinde UKM'ne listenin son halini bildirir.*

g) *Karaciğeri alacak merkez, crossklemp işlemini takip eden 1 saatlik süreyi aştıktan sonra karaciğeri almaktan vazgeçer ise, karaciğeri kullanmış sayılacağından Bölgesel veya Ulusal Organ ve Doku Alım/Çıkarım Sırasında son sıraya geçer.*

ğ) *Kadavra karaciğer, gönderildiği merkezde split yapılarak birden fazla hastaya nakledilebilir. Split yapılan ancak kullanılmayan karaciğer dokusu Bölgesel veya Ulusal sıraya göre bir başka merkeze sunulabilir.*

⁴⁷⁸ **Madde 8-** (1) *Böbrek dağıtım ilkeleri şunlardır:*

a) *Böbrek dağıtımı UKM tarafından Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesinde yapılan eşleştirme ve puanlamaya göre yapılır. (Nakil merkezi tespitine yönelik yapılan puanlamada, merkezler, en yüksek puanlı 3 hastanın toplam puanına göre en yüksekte en düşüğe doğru sıralanırlar).*

b) *Her alıcı, kendisiyle aynı kan grubundan olan vericiden böbrek alır.*

c) *Acil böbrek bildirim için:*

1) *Herhangi bir diyaliz yöntemi ile tedavisi mümkün olmayan (damar yolu girişi olmayan, periton diyalizi uygulanamayan, vb.) hastalar için nakil merkezleri acil bildirimlerini Acil Hasta Bildirim Formu (Ek 8-C) ile UKM'ne bildirir.*

2) *Söz konusu talebin kabul edilmesi için UKM tarafından Diyaliz Bilim Kurulundan üç üyenin olurunun alınması gereklidir (görüşler faks ile teyit edilecektir). UKM, gerektiğinde hastanın ve dosyanın Bakanlığın belirleyeceği bir nefrolog ve/veya kalp-damar cerrahisi uzmanı tarafından yerinde görülmesini sağlar.*

3) *Olumlu görüş alındıktan sonra böbrek, acil bildirim yapılan hastaya (birden fazla acil hasta varsa puan sırasına göre) yönlendirilir.*

ç) *Acil bildirim olmadığı hallerde sıfır mismatch alıcılarda uygulanacak kurallar şunlardır:*

1) *Aynı kan grubundan sıfır mismatch olan alıcı var ise böbrek şartsız olarak o alıcıya gider.*

2) *Birden fazla sıfır mismatch alıcının olması halinde, sırasıyla vericinin çıktığı nakil merkezi, bölgesel ve ulusal sıralamaya göre yapılan puanlama neticesinde, böbrek en yüksek puanlı alıcıya gider.*

d) *Böbrek dağıtımında uygulanacak genel kurallar ve yükümlülükler şunlardır:*

1) *Nakil merkezleri, kadavradan böbrek nakli olmayı bekleyen hastalarını Ulusal Böbrek Bekleme Listesine kayıt yapmakla yükümlüdür. Ulusal Böbrek Bekleme Listesinde kaydı olmayan hastaya kadavradan böbrek nakli yapılamaz.*

2) *Nakil merkezleri, böbrek veya böbrek ile birlikte pankreas naklini gerçekleştirecekleri hastalarını seçerken UKM tarafından kendilerine sunulmuş olan eşleştirme ve puanlama sonuçlarını dikkate alırlar.*

3) *Böbrekle birlikte pankreas nakli bekleyen hastalara böbrekle birlikte pankreas nakli yapmak üzere puanlama sırasına uymak kaydıyla öncelik verilebilir.*

4) *Nakil merkezleri, nakil yapma kararı verdikleri hastalarının isim ve T.C. kimlik numaralarını nakil işlemi gerçekleştirilmeden hemen önce UKM'ne bildirir.*

5) *Böbrek naklinin puan sırasına uyulmadan gerçekleştirilmesi halinde, nakil merkezleri, bu durumun gerekçelerini bildiren, kendi merkezlerinde bekleyen ve nakil yapılan hastadan daha yüksek puanlı olduğu halde nakil yapılamayan her hasta için ayrı açıklama yapmak üzere hazırlanacak ayrıntılı bir raporu en geç nakil işleminin gerçekleştirilmesini takip eden iki iş günü içerisinde*

UKM'ne iletir. Nakil merkezi, (Ek 6-C)'deki Alıcı İzleme Formunu nakil işleminin gerçekleştirilmesinden sonra derhal UKM'ne iletir. UKM, Alıcı İzleme Formundaki bilgiler doğrultusunda nakil olan hastayı bekleme listesinden çıkarır.

6) Nakil merkezleri canlı vericiden nakil olmuş hastasının kaydını Ulusal Böbrek Bekleme Listesinden çıkarır.

7) Puanlamada nakil merkezleri veya aynı merkezdeki hastalar arasında eşitlik olması halinde, HLA antijenlerinden önce DR, sonra B, daha sonra A uyumu dikkate alınarak merkeze veya hastaya öncelik verilir.

8) Bir nakil merkezine teklif edilen böbreğin, o nakil merkezi tarafından herhangi bir nedenle reddedilmesi veya asgari doku uyumu şartının gerçekleşmemesi halinde, puanlamaya göre sıradaki nakil merkezine böbrek teklif edilir.

9) Vericiden alınacak kan, doku, vb. numunenin doku tiplene laboratuvarına taşınması ile böbreklerin uygun alıcıların bulunduğu nakil merkezine ulaştırılması amacıyla il içi veya iller arası yapılması gerekli taşıma işlemleri UKM veya BKM'nin organizasyonunda, vericinin bulunduğu ildeki sağlık müdürlüğü veya böbrek nakli merkezlerince temin edilecek araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilir.

10) Böbrek bekleyen hastalar sadece bir nakil merkezinde kayıtlı olacağından, birden fazla nakil merkezine kayıt yaptırmış olan hastalar ile kaydını başka bir nakil merkezine aldirmek isteyen hastalar, böbrek nakli olmayı tercih ettikleri nakil merkezini Bakanlığa dilekçe ile bildirirler.

11) Diyalize girme sürelerinin puanlanması için hastaların diyalize ilk başlama tarihlerini belirten belgeyi kayıtlı oldukları nakil merkezine sunması ve nakil merkezinin bu belgeyi hastanın dosyasında saklaması gereklidir.

12) Bekleme süresinin tespitinde hastanın diyalize ilk giriş tarihi veya böbrek naklinden sonra diyalize yeniden girmeye başladığı tarih ilk gün olarak kabul edilir. Eğer hasta böbrek naklinden sonra 6 ay içinde böbreği kaybederse, bekleme süresi sıfırdan başlamaz, kaldığı yerden devam eder. Nakil merkezi hastayı tekrar bekleme listesine kaydederken diyalize başlama tarihini buna göre belirler.

13) UKM tarafından yapılan kontrollerde bekleyen hasta verilerinde yanlışlık olduğu tespit edilen merkezler Bakanlıkça uyarılır. Verilerindeki yanlışlık nedeniyle haksız olarak böbrek aldığı saptanan merkezler, her benzer vaka için iki defa olmak üzere, böbrek dağıtımından faydalanamazlar.

14) Nakil merkezleri vericinin doku tipinin belirlenmesini sağlamak, belirlenen doku tipini UKM'ne bildirmek ve nakil işlemini, acil durumlar hariç olmak kaydıyla, UKM tarafından yapılacak puanlama işlemi tamamlandıktan sonra gerçekleştirmekle yükümlüdür.

15) Nakil merkezleri, bekleyen hastalarının verilerini, T.C. kimlik numarası dahil, Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesine eksiksiz, doğru ve zamanında girilmesinden, hasta bilgilerinin doğruluğunun en az 6 ayda bir kontrol edilerek güncellenmesinden sorumludur.

16) Doku tiplene laboratuvarları, BKM veya UKM'nin koordinasyonu ile böbrek nakli merkezleri veya organ ve doku kaynağı merkezlerinden kendilerine ulaştırılan, beyin ölümü saptanmış bağışi sağlanan vericilerin doku tiplerini belirlemek üzere gerekli testleri, en hızlı şekilde, resmi tatil günleri de dahil olmak üzere, 24 saat yapmakla yükümlüdür.

17) Acil bildirim veya sıfır mismatch nedeniyle bir bölgeden başka bir bölgeye kadavra böbrek gönderilmesi halinde, böbreği alan nakil merkezi, çıkarım sırası nedeniyle veya vericinin kendi hastanesinde çıkması nedeniyle elde edeceği ilk böbreği kendisine daha önce böbrek gönderen nakil merkezine vermek zorundadır. Bu organ borçlanması ve geri ödeme durumu UKM tarafından takip edilir.

18) Ulusal Organ Nakli Bekleme Listesi Programının oluşabilecek herhangi bir teknik nedenle çalışmaması halinde, teknik sorun giderilene kadar Makamın 30/01/2001 tarih ve 950 sayılı Onayları ile yürürlüğe giren ve bu Yönerge ile yürürlükten kaldırılan Ulusal Organ Ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesinin ilgili hükümlerinde belirtilen böbrek dağıtım ilkelerine göre işlem yapılır.

Bakanlığınca oluşturulan, ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile nakil bekleyen hasta bilgilerini, verici kayıtlarını ve gerçekleşen nakillere ait alıcı ve verici izlem bilgilerini içeren TODS veri tabanı sistemi üzerinden elektronik olarak yapılacağı düzenlenmiştir.

e) *Kadavra vericinin böbrek nakli merkezlerinde çıkması durumunda aşağıdaki kurallar uygulanır:*

1) *Böbrek nakli merkezi vericinin doku tipinin belirlenmesini sağlar, belirlenen doku tipini UKM'ne bildirir.*

2) *UKM, kendisine bildirilen vericiye en uygun böbrek alıcılarını bulmak amacıyla eşleştirme ve puanlama işlemini gerçekleştirir.*

3) *UKM, asgari doku uyumu şartına uygun olmak kaydıyla bir böbreği vericinin çıktığı nakil merkezine verir. Nakil merkezi bu maddenin İnci fıkrasının (d) bendinin (2) ve (3) numaralı alt bentlerinde belirtilen hususları dikkate alarak nakil işlemini gerçekleştirir.*

4) *Diğer böbrek, eşleştirme ve puanlama işlemi neticesine göre saptanan nakil merkezine teklif edilir.*

f) *Kadavra vericinin böbrek nakli merkezi dışındaki bir organ ve doku kaynağı merkezinde çıkması durumunda aşağıdaki kurallar uygulanır:*

1) *Organ ve doku kaynağı merkezlerinde çıkan kadavra vericilerden böbrek çıkarımı, BKM'ne bağlı illerdeki (Ek 2) nakil merkezleri tarafından ve (Ek 3-C)'ye göre sıra ile gerçekleştirilir.*

2) *Böbrek çıkarımını yapacak nakil merkezi ile karaciğeri kullanacak nakil merkezi aynı hastane bünyesinde ise, böbrek çıkarımı karaciğeri kullanacak karaciğer transplant cerrahinin sorumluluğunda gerçekleştirilebilir.*

3) *Kadavradan böbrek çıkarımını gerçekleştiren nakil merkezi ekibi her iki böbreği kendi merkezine götürür ve vericinin doku tipinin belirlenmesine yönelik testlerin yapılmasını sağlar. Nakil merkezi, vericinin doku tipi sonuçlarını UKM'ne bildirir. Ancak, vericinin çıktığı merkeze yakın bir doku tiplene laboratuvarının mevcut olduğu hallerde, UKM, vericinin doku tipinin belirlenmesine yönelik testlerin söz konusu laboratuvarında yapılmasını sağlayabilir.*

4) *UKM, kendisine bildirilen vericiye en uygun böbrek alıcılarını bulmak amacıyla eşleştirme ve puanlama işlemini gerçekleştirir.*

5) *UKM, asgari doku uyumu şartına uygun olmak kaydıyla, bir böbreği çıkarımı gerçekleştiren nakil merkezine verir. Nakil merkezi bu maddenin İnci fıkrasının (d) bendinin (2) ve (3) numaralı alt bentlerinde belirtilen hususları dikkate alarak nakil işlemini gerçekleştirir.*

6) *Diğer böbrek, eşleştirme ve puanlama işlemi neticesine göre saptanan nakil merkezine teklif edilir.*

7) *Sıradaki nakil merkezinin organ çıkarımını yapamaması durumunda, bölgesel çıkarım sırasında bir sonraki böbrek nakli merkezi, çıkarımı gerçekleştirir. UKM, asgari doku uyumu şartına sahip hastası olmak şartıyla, bir böbreği bu merkeze verir.*

g) *Gerekli görülür hallerde yapılacak olan histopatolojik incelemede nefroskleroz saptanan marjinal kadavra vericilerden elde edilecek böbrekler blok olarak nakledilebilir.*

Ölüden yapılan organ ve doku nakillerinde şartlı bağışın mümkün olup olmayacağı tartışmalıyken;⁴⁷⁹ 01.02.2012 tarihli ODNHY m. 4/1-i’de bu bağış türü “tercihli bağış” olarak adlandırılmış ve “*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 dahil) kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türü*” şeklinde tanımlanmıştır. ODNHY m. 15/4’te, “*Bakanlık, tercihli bağış ve aile puanı sistemi ile ilgili dağıtımaya yönelik düzenlemeler yapar*” hükmü getirilerek, şartlı bağışa ilişkin diğer düzenleyici işlemlerin Sağlık Bakanlığı tarafından yapılması öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organın bağışlanması durumunda, beyin ölümü gerçekleşmiş vericinin bir başka organını dördüncü derece dahil kan ve kayın hısmına bağışlayabileceği kabul edilmiş; aile puanı sistemiyle⁴⁸⁰ de Ulusal Koordinasyon Sistemine organ bağışında bulunulması teşvik edilmiştir.

⁴⁷⁹ ÜNVER, “*Hukuksal Boyutu*”, s. 206-207; AKINCI, *Türk Özel Hukukunda*, s. 138; AKINCI, “*Ölüden Organ Alınması*”, s. 144; AKINCI, “*Organ Nakillerini Güçleştiren*”, s. 66.

⁴⁸⁰ ODNHY m. 4/1-a’da aile puanı sistemi, “*Beyin ölümü tanısı almış ve Ulusal Koordinasyon Sistemine organ bağışında bulunmuş kişinin bekleme listesindeki eşi ile ikinci dereceye kadar olan (ikinci derece dahil) kan hısımlarına verilen ek puan*” şeklinde tanımlanmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE TİCARETİNE İLİŞKİN SUÇLAR

I. GENEL OLARAK

Hukukumuzda organ ve doku nakli ile ticareti suçlarına ilişkin olarak ODNK ile 5237 sayılı TCK'da düzenlemeler yer almaktadır. “*Yasak eylemler*” başlıklı ODNK m. 15'teki, “*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*” hükmü konuyla ilgili cezai düzenlemelerden ilkinin oluşturur.

ODNK m. 15'te düzenlenen ve suç sayılan fiillerin bir kısmı, 5237 sayılı TCK'da da suç sayılmış⁴⁸¹ ve bu fiillere cezai yaptırımlar öngörülmüştür. “*Organ ve doku ticareti*” başlıklı TCK'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında, “*Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” hükmüyle, kişiden organ veya doku alma suçu; 2. fıkrasında, “*Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar*

⁴⁸¹ “TCK. nun TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde; İzzet Özgenç; ‘Bu konuda organ ve doku alınması ve saklanması ve nakline dair kanunda ceza hükümleri bulunmakta. Bu hükümler son derece yetersiz ve şu andaki şartlar itibarıyla ihtiyaca cevap vermeyen hükümlerdir. Bu eksikliği gidermek amacıyla Ceza Kanununa bu şekilde bir suç tanımının konulması uygun görülmüştür’ şeklinde beyanda bulunmuştur.” Bkz. GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 461, dn. 98.

hapis cezasıyla cezalandırılır” hükmüyle, ölüden organ veya doku alma suçu; 3. fıkrasında, “*Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrafta belirtilen cezalara hükmolunur*” hükmüyle, organ veya doku ticareti suçu; 5. fıkrasında, “*Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmüyle, organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşıl原因ama suçu; 6. fıkrasında, “*Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*” hükmüyle, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu düzenlenmiştir. Bu itibarla madde başlığının aksine, hükümde yalnızca organ ve doku ticareti suçu düzenlenmemiş⁴⁸² ve farklı fıkralarda farklı suç tiplerine yer verilmiştir. TCK m. 91/4’te, 1 ve 3. fıkralarda tanımlı suçların bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi haline; TCK m. 91/7’de, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine; TCK m. 91/8’de ise 1. fıkrafta tanımlı suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi haline ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

TCK m. 91’de düzenlenen bu 5 farklı suç tipinin yanında, 92. maddede “*zorunluluk hali*” başlıklı özel bir düzenlemeye ve 93. maddede etkin pişmanlığa ilişkin bir hükme yer verilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde, TCK m. 91’de düzenlenen suç tipleri sırasıyla incelenecek ve ODNK m. 15’te yer alan hükümle birlikte bu suç tiplerinin değerlendirmesi yapılacaktır. Belirtelim ki, hukuka uygun organ ve doku alınmasının

⁴⁸² Madde içeriği ile madde başlığının örtüşmediği eleştirisi için bkz. Veli Özer **ÖZBEK** – Mehmet Nihat **KANBUR** – Koray **DOĞAN** – Pınar **BACAKSIZ** – İlker **TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 7, Ankara 2014, s. 250; İlhan **ÜZÜLMEZ**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2013, s. 126; SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 135.

koşulları ayrıntılı olarak 1. bölümde ele alındığı için, suçların unsurları hakkında yapacağımız açıklamalarda tekrara düşmemek amacıyla, yeri geldiğinde daha önceki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetinilecektir.

II. KİŞİDEN ORGAN VEYA DOKU ALMA SUÇU

A. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu, suçla ihlal edilen ve ceza normunda yer alan cezayla korunan hukuki varlık veya menfaattir.⁴⁸³ 5237 sayılı TCK'da kanun koyucu suçları tasnif ederken pasif süje ölçütünün ardından hukuki konuyu esas almıştır.⁴⁸⁴ Hukuki konu ölçütünün, bir normun anlam ve kapsamının doğru bir şekilde tespiti ile yorumda önem taşıdığı ifade edilmelidir.⁴⁸⁵ Kişiden organ ve doku alma suçunun hukuki konusuyla ilgili olarak ilk görüş, kişinin vücut bütünlüğünün korunmasına

⁴⁸³ Ferrando **MANTOVANI**, *Diritto Penale Parte Generale*, Seconda Edizione, Padova 1988, s. 204-205; Francesco **ANTOLISEI**, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Undicesima Edizione, Milano 1989, s. 154; Giuseppe **BETTIOL** – Luciano Pettoello **MANTOVANI**, *Diritto Penale Parte Generale*, Dodicesima Edizione, Padova 1986, s. 227; Fabrizio **RAMACCI**, *Corso di Diritto Penale*, Quarta Edizione, Torino 2007, s. 26; Faruk **EREM**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. 1, B. 9, Ankara 1971, s. 253-254; Nevzat **TOROSLU**, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, B. 1, Ankara 1970, s. 87 vd.; **TOROSLU – TOROSLU**, s. 102; Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. 1, B. 8, İstanbul 1983, s. 379; Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Muharrem **ÖZEN**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, B. 8, Ankara 2015, s. 199; Yener **ÜNVER**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, B. 1, Ankara 2003.

⁴⁸⁴ Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Devrim **GÜNGÖR**, “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, in: *TBBD.*, S. 69, Y. 2007, s. 30-32; Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Muharrem **ÖZEN**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, B. 4, Ankara 2015, s. 10 vd.

⁴⁸⁵ **ANTOLISEI**, s. 156-157; **TOROSLU**, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 82; **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, *Kişilere Karşı*, s. 3. Hukuki konunun, pasif süje ve buna bağlı olarak şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi ile mağdurun rızası gibi konularda önemli yansımaları olduğu belirtilmiştir. Bkz. **MANTOVANI**, s. 233.

ilişkin ferdi kamusal yararı olduğu yönündedir.⁴⁸⁶ Konuyla ilgili diğer görüş ise, hukuki konunun kişilerin hayat hakkı, beden bütünlüğü, onuru ve irade hürriyeti olduğu yönündedir.⁴⁸⁷ Son görüşse, hukuki konunun insan organı ya da dokusu olduğu yönündedir.⁴⁸⁸ Kanaatimizce suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında, suçun hukuki konusunun kişilerin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin yarar olduğu kabul edilmelidir. Kanun koyucunun söz konusu suç tipini düzenlerken, kişilerin hayat hakkı, onuru ya da irade hürriyetini de dolaylı yoldan koruduğu ileri sürülebilse de, ceza hukuku açısından himaye altına alınan asıl menfaat kişilerin vücut bütünlüğüdür.

B. MAĞDUR VE MADDİ KONU

Suçun mağduru, ceza normu tarafından korunan ve suç fiili tarafından zarar gören veya tehlikeye düşen hukuki varlığın veya menfaatin hamilidir.⁴⁸⁹ Suçun mağdurunun belirlenmesi bakımından ceza normunun yorumu sonrasında hukuki

⁴⁸⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 422-423; Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKCEN – Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. 3, B. 2, Ankara 2014, s. 3472.

⁴⁸⁷ Bkz. AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 128-129; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 255; Osman YAŞAR – Hasan Tahsin GÖKCAN – Mustafa ARTUÇ, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 3, B. 2, Ankara 2014, s. 3146; Ali PARLAR – Muzaffer HATİPOĞLU, *Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 2, B. 3, Ankara 2010, s. 1555; Ömer ÖMEROĞLU, “*Organ ve Doku Ticareti Suçu*”, in. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, S. 42, Y. 5, Şubat 2010, s. 60; AYDIN, “*Suç*”, s. 146-147.

⁴⁸⁸ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 252; ÖZBEK, s. 532.

⁴⁸⁹ Giovanni FIANDACA – Enzo MUSCO, *Diritto Penale Parte Generale*, Seconda Edizione, Bologna 1989, s. 134; MANTOVANI, s. 231; ANTOLISEI, s. 163; TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 56; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 520; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 208; Tuğrul KATOĞLU, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, in. *AÜHF.D.*, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 661.

konunun doğru biçimde saptanması önemlidir.⁴⁹⁰ Bu itibarla suçun mağduru, vücudundan organ veya doku alınan ve yaşayan bir kimsedir.⁴⁹¹ Bu suçta, insan üzerinde deney suçunda olduğu gibi yetişkin ya da çocuk ayrımı yapılmadığından⁴⁹², suçun mağduru özellik arz etmez.⁴⁹³ Dolayısıyla beyin ölümü gerçekleşmemiş olan herhangi bir kimse bu suçun mağduru olabilecektir.⁴⁹⁴

Suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde işlendiği kişi veya şeydir⁴⁹⁵ ve suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlıktır.⁴⁹⁶ Suç teşkil eden fiile ilişkin hak ve yarardan zarar gören ile bu hak veya yararın sahibinin aynı kimseler olması durumunda suçun mağduru ile maddi konusu birleşebilir.⁴⁹⁷ Ancak bu durum haricinde suçun mağduru ile maddi konusu birbirine karıştırılmamalıdır.⁴⁹⁸ Kişiden organ veya doku alma suçunun maddi konusu, vücuttan alınan organ veya dokudur.⁴⁹⁹ Organ veya doku kapsamında olmayan insan kökenli biyolojik maddenin

⁴⁹⁰ KATOĞLU, “*Suçun Mağduru*”, s. 661.

⁴⁹¹ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1556; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3146; ÜZÜLMEZ, s. 128; ÖMEROĞLU, s. 61; GERÇEKER, s. 1938.

⁴⁹² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 98; OKUYUCU ERGÜN, s. 151.

⁴⁹³ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 252; ÖZBEK, s. 533; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3475; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 426; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 130.

⁴⁹⁴ Bitkisel hayatta ya da komada bulunan bir kişiden organ veya doku alınması durumunda da bu fikranın uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Bkz. AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 130; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 257.

⁴⁹⁵ MANTOVANI, s. 166; TOROSLU – TOROSLU, s. 103; KATOĞLU, “*Suçun Mağduru*”, s. 659.

⁴⁹⁶ FIANDACA - MUSCO, s. 134; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 209.

⁴⁹⁷ ANTOLISEI, s. 164; EREM, *Ümanist Doktrin*, s. 250; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 520-521.

⁴⁹⁸ MANTOVANI, s. 232; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 209; TOROSLU – TOROSLU, s. 109; Ayhan ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, B. 1, İstanbul 1992, s. 170; Kayıhan İÇEL – İzzet ÖZGENÇ – Adem SÖZÜER – Fatih Selami MAHMUTOĞLU – Yener ÜNVER, *İçel Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap*, B. 1, İstanbul 1999, s. 96.

⁴⁹⁹ Muharrem ÖZEN, “*Organ Ticareti Suçu*”, in. *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014)*, Malatya 2014, s. 22; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106;

alınması durumunda kişiden organ veya doku alınması suçu oluşmaz.⁵⁰⁰ Hayvanlardan organ veya doku alınması, mala zarar verme suçuna vücut verebileceği gibi⁵⁰¹ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununa aykırılık dolayısıyla idari para cezasını gerektiren bir kabahati de oluşturabilir. Ancak bu fiil, kişiden organ veya doku alma suçuna vücut vermez.

ODNK m. 2 kapsamında bulunmayan organ ve dokuların, kişiden organ veya doku alma suçunun maddi konusunu oluşturup oluşturmayacağı konusunda ise bir açıklık yoktur. Konuyla ilgili bir görüş, ODNK'nın kapsamında bulunan organ ve dokuların bu suçun maddi konusunu oluşturabileceği yönündedir.⁵⁰² Kanaatimizce, TCK m. 91/1 hükmünün, herhangi bir ayırım yapmaksızın yaşayan kimselerden her türlü organ veya dokunun alınmasını cezai yaptırıma bağlaması karşısında, suç kapsamına giren organ veya dokuları ODNK'nın kapsamıyla sınırlamak mümkün değildir. Ancak ODNK kapsamında bulunmayan organ veya dokuların alınmasıyla ilgili özel cezai bir norm bulunmaktaysa, söz konusu fiile bu düzenlemenin uygulanması gerekir.⁵⁰³ Bu türden bir düzenlemenin bulunmaması durumundaysa, kişiden organ veya doku alma suçuna ilişkin hüküm uygulama alanı bulacaktır.

YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3146; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1555; ÜZÜLMEZ, s. 127; ÖMEROĞLU, s. 61; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 426; Necati **MERAN**, Kişilere Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2008, s. 223.

⁵⁰⁰ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3475.

⁵⁰¹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3475.

⁵⁰² PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1556.

⁵⁰³ Örneğin, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6/8'deki, “*Bu Kanun kapsamındaki hizmetlerde kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde faaliyet gösterenler, derhal faaliyetten men edilerek bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu kişilere beş yıl süreyle ruhsat verilmez. Ayrıca teknik ve tıbbi şartları haiz olmadığı için tespit edilen kan ve kan ürünlerinin müsaderesine hükmolunur*” özel hükmü gereğince, TCK m. 91/1'e de vücut verebilecek olan fiiller, 5624 sayılı Kanunun söz konusu hükmüyle cezalandırılmalıdır.

C. FAİL

Öğretide kişiden organ veya doku alma suçunun faili konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, suç tipinde faille ilgili bir belirleme yapılmaması karşısında, suçun failinin herhangi bir kimse olabileceği yönündedir.⁵⁰⁴ Diğer görüşten yana olanlar ise, organ veya doku alma fiilinin niteliği gereğince, suçun failinin yalnızca hekimlik mesleğini icra eden kimseler olabileceğini ileri sürmekte ve suçun özgü suç⁵⁰⁵ olduğunu savunmaktadırlar.⁵⁰⁶ Organ ve doku alma fiilinin tıp bilgisini gerektiren teknik bir konu olması ve yalnızca uzman hekimler tarafından gerçekleştirilebilecek özel bir tıbbi müdahale türü olması karşısında kanaatimizce de bu son görüş üstün tutulmalı ve kişiden organ ve doku alma suçunun yalnızca hekimler tarafından işlenebilecek bir özgü suç olduğu kabul edilmelidir. ODNK hükümleri çerçevesinde organ veya doku alma fiillerinin, yalnızca hekimler açısından hukuka uygun olduğu dikkate alındığında da bu sonuca ulaşılmalıdır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3146; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3475; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1556; ÜZÜLMEZ, s. 127; ÖMEROĞLU, s. 61; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 252; MERAN, s. 222-223; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 425; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 129; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 256; GERÇEKER, s. 1938; AYDIN, “*Suç*”, s. 147. Suçun failinin herhangi bir kimse olabileceği ancak fiilin hekim veya diğer tıp mesleği mensuplarınca gerçekleştirilmesi durumunda, cezanın ağırlaştırılması yönündeki düzenlemenin maddeye eklenmesi gerektiği görüşü için bkz. ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 191.

⁵⁰⁵ Özgü suç, kanuni tipte öngörülen ve yalnızca belirli doğal veya hukuki nitelikleri taşıyan kimseler tarafından işlenebilen suçlardır. Bkz. MANTOVANI, s. 144; Devrim AYDIN, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, B. 1, Ankara 2009, s. 270.

⁵⁰⁶ ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 21; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 106; ÖZBEK, s. 533; AYDIN, “*Suç*”, s. 141. ODNK hükümlerinin yalnızca hekimlere yönelik olması karşısında, TCK m. 91/1’de “kişi” demek suretiyle failin genelleştirildiği, hekim olmayan bir kimsenin organ veya doku alıp alamayacağını kanun koyucu tarafından düşünülmediği ve bu fıkra kapsamına giren fiillerin yalnızca hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği ileri sürülmüş ve düzenleme bu yönüyle eleştirilmiştir. Bkz. Süheyl DONAY – Mahmut KAŞIKÇI, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, B. 1, İstanbul 2005, s. 144.

⁵⁰⁷ ÖZBEK, s. 533.

Belirtmelidir ki hekim olmayan kimseler tarafından organ veya doku alma fiillerinin gerçekleştirilmesi durumunda fiil, failin kastına göre, yaralama, neticesi itibariyle ağırlaşan yaralama veya öldürme suçuna vücut verebilecektir.⁵⁰⁸

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

TCK m. 91/1’de suçun maddi unsuru, “*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*⁵⁰⁹, *kişiden organ veya doku almak*” olarak gösterilmiştir. Organ veya doku almak, organı veya dokuyu cerrahi usullerle vücutta bulunduğu yerden çıkartmaktır.⁵¹⁰

Maddede belirtilen hukuken geçerli rızaya dayanmama durumu hem rıza olmadan zorla alınan organ veya dokuları hem de rızanın geçerlilik koşulları yerine getirilmeksizin alınan organ veya dokuları ifade eder.⁵¹¹ Organ veya doku almaya

⁵⁰⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106.

⁵⁰⁹ Fıkra da yer alan “*hukuken geçerli rızaya dayalı olmama*” ifadesi yerine, TCK m. 91/2’de olduğu gibi “*hukuka aykırı*” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı ve böylece ODNK ile TCK’nın uygulanma zorunluluğuna yol açan karmaşanın ortadan kaldırılabileceği görüşü için bkz. ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 255; ÖZBEK, s. 536.

⁵¹⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106.

⁵¹¹ Ersan ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, İstanbul 2006, s. 316-317; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3147; Onursal CİN, “*İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli*”. Kanun koyucunun, rızanın bulunmaması gerektiğini bazı suç tipleri bakımından açıkça öngörmüş olmasının ne anlama geldiği öğretide tartışılmıştır. Rızanın bulunmamasının, suç tipinin tümünü kapsar bir nitelik taşıması durumunda bunun hukuka uygunluk nedeni olduğu; ancak bu kavramın tipte yer alan unsurlardan birine işaret etmesi durumunda maddi unsura dahil olduğu ve kastın bu unsuru da kapsaması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu kapsamda, konut dokunulmazlığının ihlali, organ ve doku ticareti, kısırlaştırma veya çocuk düşürtme gibi suç tiplerinde “rızası olmadan” veya “rızasına aykırı olarak” ifadelerinin suç tipinin geneline işaret etmediği ve tipe uygun fiile yönelik olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla bu suç tipleri bakımından rızanın bulunmamasının, suç teşkil eden fiile işaret eden ve onun bir parçası haline gelen bir unsur niteliğinde olduğu ve fail tarafından bilinmesi

yönelik olarak geçerli rızanın şartları ODNK’da⁵¹² yer almaktadır. Bu kapsamda, ODNK’nın 5 ve 6. maddeleri yaşayan kişiden organ veya doku alınmasında vericinin göstereceği rızanın geçerlilik şartlarına; 7. maddesinin (a) ve (b) bentleri özel olarak organ ve doku naklinde aydınlatma yükümlülüğüne, (c) bendi ise vericinin rıza verme ehliyetine ilişkin olduğundan hukuken geçerli rızanın tespitinde önem arz eder. Organ ve doku nakline yönelik gösterilecek rızada, vericinin rıza ehliyetine sahip bulunması⁵¹³, rızanın ODNK’da öngörülmüş olan şekle uygun olması⁵¹⁴ ve vericinin iradesinin hata, hile, tehdit gibi nedenlerle sakatlanmamış olması

gerektiği savunulmuştur. Bkz. TOROSLU – TOROSLU, s. 174-175; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 21; EKİCİ ŞAHİN, s. 98-99. Kanaatimizce de, TCK m. 91/1’de yer alan, “*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*” ifadesi, suçun maddi unsuruna dahildir. TCK m. 91’in madde gerekçesinde de bu husus, “*Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli olması gerekir*” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla kişiden organ veya doku alma suçunda hukuken geçerli bir rızanın bulunması maddi unsurun oluşmasını engelleyecek ve failin kastının varlığı için organ veya doku alınmasının hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmadığına bilinmesi gerekecektir. Ayrıca, hukuken geçerli bir rızanın bulunduğu konusunda hataya düşen fail açısından, TCK m. 30/3’te düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinde hata hükümleri değil; TCK m. 30/1’de düzenlenen fiil üzerinde hata hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Aynı yönde görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 128; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 256; ÖZBEK, s. 537.

⁵¹² Maddenin gerekçesindeki, “*Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suç oluşturmaktadır. Fiili suç olmaktan çıkartan rızanın hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir*” ifadesinde, rızanın geçerlilik şartlarına ilişkin olarak ODNK’ya gönderme yapılmıştır. ODNK’da vericinin rıza verme ehliyeti ve rızanın şekline ilişkin düzenlemelerin bulunmasına karşın, TCK m. 91’de konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasının çelişki oluşturduğu ve Kanunların birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği öğretide ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 191.

⁵¹³ Özellikle 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerin rızalarının hukuken geçerli olmadığı dikkate alındığında, bu kimselerden organ veya doku alınması kişiden organ veya doku alma suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 135; ÖMEROĞLU, s. 63; CİN, “*Organ Nakli*”. Bu sonucun çok ağır olduğu ve ODNK m. 15 hükmünün uygulanmasının daha hakkaniyetli olacağı görüşü için bkz. HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 847-848; HAKERİ, “*Suçtu*”, s. 244. Söz konusu kişilerden organ veya doku alınması halinde failin, ODNK m. 15’e aykırılık oluşturacağı görüşü için bkz. AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 254. Kanaatimizce, organ veya doku alınması konusunda rıza gösterme ehliyeti olmayan kişilerden organ veya doku alınması halinde, TCK m. 91/1’deki suç oluşmakta ve ODNK m. 15’in uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

⁵¹⁴ MERAN, s. 224. Doktrinde vericinin önceden verilmiş yazılı ve imzalı tutanağın iki yerine bir tanık huzurunda imzalanmış bulunması durumunda, hukuken geçerli olmayan bir rızanın söz konusu olduğu, bu ağır sonucun kabul edilemeyeceği ancak ODNK hükümlerinin açık olduğu ve bu sonucu öngördüğü ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 136; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 847.

gereklidir.⁵¹⁵ Aydınlatma yükümlülüğünün, rızanın ön şartı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, organ ve doku alacak hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeksizin kişiden organ veya doku alması durumunda vericinin hukuken geçerli bir rızasının bulunduğu söz edilemez ve hareket, bu fıkra da yer alan suçta vücut verir.⁵¹⁶ Ayrıca vericinin mutlak surette yaşamını sona erdirecek, tehlikeye sokacak ya da kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkânsız kılacak veya zorlaştıracak organ veya dokuların alınmasına da rıza gösterebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda gösterilmiş bulunan rızanın da geçerli olmayacağı belirtilmelidir.

ODNK'nın yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasına yönelik 2. bölümünde yer alan diğer hükümlerden, tahlil ve inceleme yapma zorunluluğuna ilişkin 9. madde ile organ ve doku almaya, saklamaya, aşılamaya ve nakline yetkili sağlık kurumlarına ilişkin 10. madde, rızanın hukuken geçerliliğine ilişkin hükümlerden olmadığı için bu hükümlere aykırılık kişiden organ veya doku alma suçuna vücut vermeyecektir. Bunun haricinde, vericinin evli olması halinde vericinin eşinin organ veya doku verme kararından haberdar olmasına ilişkin ODNK m. 7/d hükmü⁵¹⁷ ile kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin haricinde alıcı ya da vericinin isimlerinin hekim tarafından açıklanmaması yükümlülüğüne ilişkin

⁵¹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 107.

⁵¹⁶ Aynı yönde görüş için bkz. ÖZEN, "*Organ Ticareti*", s. 24.

⁵¹⁷ Nakilden haberdar edilen eşin, organ veya doku nakline rıza göstermemesi halinde de yapılacak aktarımların geçerli olduğu yönündeki görüşümüzle paralellik göstermesi açısından, eşin organ veya doku nakline rıza gösterip göstermemesinin, hukuken geçerli rızayla ilgili olmadığını düşünüyoruz. Organ veya doku alacak hekimin, vericinin eşinin nakilden haberdar olup olmamasına yönelik tespit yükümlülüğüne aykırı davranışınınsa, ODNK hükümlerine aykırılık oluşturabileceği düşünülebilir. Hekimin ODNK m. 7/d'ye aykırı olarak organ veya doku alması biçimindeki davranışının, TCK m. 91/1'de düzenlenen suçu oluşturacağı yönündeki görüş için bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3148-3149.

ODNK m. 7/f hükmü hukuken geçerli rızaya ilişkin değildir. Belirtilmelidir ki ODNK’da hukuken geçerli rızayla ilgili olmayan söz konusu hükümlere aykırı davranış TCK m. 91/1’e vücut vermese de, ODNK m. 15’te yer alan suça vücut verecek ve ODNK’ya aykırı şekilde organ ve doku alma olarak nitelendirilecektir.⁵¹⁸

Yukarıda açıklanan ODNK hükümleri gereğince de, organ veya doku alınması sırasında yetkili sağlık kurumu tarafından yapılan gerekli inceleme ve tahlillerin ardından söz konusu organ ve dokunun özel cerrahi yöntemlerle alınması ve gerekli tıbbi desteğin sağlanması şarttır. Bir kişiden organ veya dokunun yalnızca tıbbi yöntemlerle alınması mümkün olduğu için bu suç bağlı hareketli bir suçtur.⁵¹⁹ Tıbbi ameliyat olarak nitelendirilmeyen bir hareketle organ veya dokunun alınması durumunda kasten yaralama ya da neticesi itibariyle ağırlaşan yaralama suçu gerçekleşecektir.⁵²⁰

Suçun tamamlanması için organ veya dokunun vücuttan çıkarılması gereklidir. Organ veya dokunun cerrahi usullerle bulunduğu yerden çıkarılması haricinde, güvenli bir yere götürülmüş olup olmamasının bir önemi yoktur.⁵²¹

⁵¹⁸ Organ veya dokunun yetkili olmayan sağlık kurumlarınca alınması durumunda TCK m. 91/1 yerine ODNK m. 15 hükmünün uygulanacağı yöndeki görüş için bkz. ÖZBEK, s. 535-536; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 255; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 252. ODNK’nın 5, 6, 7 veya 8. maddelerine aykırı hareketin TCK m. 91/1’e vücut vereceği görüşü için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 129; GERÇEKER, s. 1941.

⁵¹⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 25. Harekete göre suçlar tasnifinde bağlı hareketli suç, hareketin kanunda belirli şekillerde veya araçlarda yapılmasının öngörüldüğü suçlardır. MANTOVANI, s. 159; RAMACCI, s. 90; Uğur **ALACAKAPTAN**, *Suçun Unsurları*, B. 2, Ankara 1975, s. 46. Bu suçun serbest hareketli suç olduğu görüşü için bkz. ŞEN, *Yorumu*, s. 316; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3475; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 425; YAŞAR – GÖKCEN – ARTUÇ, s. 3149; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 131; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 257; GERÇEKER, s. 1941; AYDIN, “*Suç*”, s. 148.

⁵²⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106.

⁵²¹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3475; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 425.

Kişiden alınan organ veya dokunun alıcıya nakledilmesi, suçun tamamlanması bakımından önemli değildir.⁵²² Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, kişiden organ veya doku alma suçu neticesiz bir suçtur.⁵²³ Zira sonuca göre suçların ayrımında yer alan neticeli suçlarda, hareketin dış dünyada belirli bir etki yaratması arandığından,⁵²⁴ bu suçun basit şekli açısından organ veya dokunun kişiden bağımsız hale getirilmesi neticesinde herhangi bir sonucun ortaya çıkması aranmamıştır. Bununla birlikte, kişiden organ veya doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi halini düzenleyen TCK m. 91/8, neticesi itibariyle ağırlaşan bir suç biçimindedir ve mağdurun ölmesi kişiden organ veya doku alınması davranışına bağlı bir sonuçtur.

2. Hukuka Aykırılık

Fiil ile hukuk düzeni arasında çelişme hukuka aykırılık olarak tanımlanmıştır.⁵²⁵ Hukuk düzeninin yalnızca yasaklardan değil, aynı zamanda belli şartların varlığı halinde yasakların bertaraf edilebileceğine dair kurallardan oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda; yasakların yanında izin verilen bazı yetkilerin gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırı olan eylem, hukuka uygun hale gelir.⁵²⁶ Bundan hareketle hukuka aykırılığın tespiti, tipe uygun fiilin bir hukuka uygunluk

⁵²² ŞEN, Yorumu, s. 316.

⁵²³ ÜZÜLMEZ, s. 129; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 425; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 255; ÖZBEK, s. 536; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3474.

⁵²⁴ MANTOVANI, s. 167; ANTOLISEI, s. 199-200.

⁵²⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 194; Tuğrul KATOĞLU, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, B. 1, Ankara 2003, s. 19.

⁵²⁶ ÖNDER, Dersleri, s. 219-220.

nedeniyle örtüşüp örtüşmediğinin tespiti olup; fiili hukuka uygun kılan bir nedenin olup olmadığının belirlenmesidir.⁵²⁷

Kişiden organ veya doku alma fiilini hukuka uygun kılan nedenin ne olduğu tartışılmıştır. Bir görüş, vericiye yapılacak müdahalede müdahaleyi hukuka uygun hale getiren asıl nedenin alıcının iyileştirilmesi değil, vericinin insani amaçlarla hareket etmiş olmasından dolayı genel ahlak ve adap kurallarına uygun olan rızası olduğu yönündedir.⁵²⁸ Konuyla ilgili bir başka görüş, organ ve doku nakillerinin verici açısından tedavi edici nitelikte olmamasının tıbbi endikasyon şartının bulunmaması sonucunu beraberinde getirdiği; ancak konunun ODNK’da düzenlenmiş olması nedeniyle tıbbi endikasyonun yerini kanuni endikasyonun aldığı ve kanun hükmünü icra niteliğindeki hekimin müdahalesinin, hukuka uygunluğu sağladığı yönündedir.⁵²⁹ Konuyla ilgili son görüşse, ODNK’da belirtilen şartlara uyulması kaydıyla, bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdasının söz konusu olduğu, organ ve doku nakillerinin hukuka uygunluğunu sağlayan nedenin hakkın icrası olduğu yönündedir.⁵³⁰ Kanaatimizce, ODNK yaşayan kişiden insancıl düşünceler ve üstün amaçla organ ve doku alımına cevaz vererek mesleki bir hak ihdası yaratmış olduğundan; hekimin, gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahaleler bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlandığı kabul

⁵²⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 195.

⁵²⁸ EKİCİ ŞAHİN, s. 340; KIYAK, s. 60; SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 198; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 136; Mustafa ÖZEN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, in. TBBD., S. 63, Y. 2006, s. 99.

⁵²⁹ Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 195.

⁵³⁰ DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 68; Devrim GÜNGÖR, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, in. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014, s. 47; İÇEL – ÖZGENÇ – SÖZÜER – MAHMUTOĞLU – ÜNVER, s. 182; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 437; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3478; KANBUR, s. 45, dn. 15; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 430.

edilmelidir.⁵³¹ Bununla birlikte, hekimin hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmesi için kural olarak hastanın rızasının bulunması gerekir. Ancak geçerli bir rızanın varlığı halinde, müdahalede bulunan hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi ve hakkını mevzuata uygun şekilde kullanabilmesi mümkündür. Bu noktada, rıza hukuka uygunluk nedeni ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni arasında bir birliktelik değil, öncelik sonralık ilişkisi vardır. Hakkını mevzuata uygun kullanan ve ilgilinin rızasını alan hekimin yapmış olduğu müdahale, hakkın kullanılması veya özel olarak tıp mesleğinin icrası hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla suç oluşturmayacaktır.⁵³² Organ veya doku olarak hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanan hekimin, bu hakkı kullanmasına ilişkin ODNK’da öngörülen; uygun vericinin seçilmesi, üstün amaç, uygun sağlık kurumunun bulunması, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü ile rıza şartları ayrıntılı olarak sağlararası organ ve doku naklinin koşulları bölümünde incelenmişti.

Kişiden organ veya doku alma suçuyla zorunluluk halinin bağdaşık bağdaşmadığı tartışılmıştır. Konuyla ilgili kabul gören ve bizim de katıldığımız görüş, bir kişinin yaşamının kurtarılması için rızası olmayan bir diğer kimsenin beden bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği, böyle bir durumda zararlı davranışla tehlikenin ağırlığı arasında orantının bulunmadığı, organ aktarmasının hastanın tek kurtuluş şansı olması halinde dahi bu durumun geçerli olduğu, alıcının kurtarılması için zorunluluk durumundan yararlanılmasının mümkün olmadığı görüşüdür.⁵³³ Zira, yararların ağırlığı da göz önünde bulundurulduğunda zorunluluk halinin bu suçta

⁵³¹ Bkz. TOROSLU – TOROSLU, s. 185-186; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 228-229.

⁵³² BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 107-108; AYGÜN EŞİTLİ, s. 75-76.

⁵³³ Bkz. ERMAN, s. 217-218; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 855.

kabul edilemeyeceği, kişi otomisinin daha yksek bir değer olduğu ve amaç için başvurulan yntemin de uygun olmadığı belirtilmiştir.⁵³⁴ Bu duruma rnek olarak, çocuğunun yaşamının kurtulması için babadan rızası olmaksızın brbreğinin alınması verilmiş ve bu mtdahalenin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁵³⁵

Diğer hukuka uygunluk nedenlerinin kişiden organ veya doku alınması suçuyla bağdaşmayacağını dşişnuyoruz.

3. Kusurluluk

Suçta manevi unsuru ya da kusurluluğun esası, suçu oluşturan maddi fiile neden olan iradenin rdeve aykırı davranışıdır.⁵³⁶ Söz konusu kusurlu iradenin en tipik ve gerçek biçimini ise kast oluşturur.⁵³⁷ Kast, rngrlen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade olup;⁵³⁸ bu iradenin, hem hareketin hem de sonucun gerçekleştirilmesine yönelmiş olması gerekir.⁵³⁹ Bu itibarla kast, suç teşkil eden fiilin fail tarafından bilinmesi ve istenmesidir.⁵⁴⁰

Kişiden organ veya doku alma suçunun taksirli şekli Kanunda düzenlenmemiştir. Bu itibarla suç yalnızca kasten işlenebilir. Suçun oluşması için

⁵³⁴ Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 850.

⁵³⁵ HAKERİ, “Suçu”, s. 246.

⁵³⁶ ANTOLISEI, s. 283; TOROSLU – TOROSLU, s. 196; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 244.

⁵³⁷ MANTOVANI, s. 304; ANTOLISEI, s. 298-299; TOROSLU – TOROSLU, s. 203; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 252; Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil zerinde Hata, B. 1, Ankara 2007, s. 35; Hakan KARAKEHYA, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, B. 1, Ankara 2010, s. 7.

⁵³⁸ DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 264.

⁵³⁹ TOROSLU – TOROSLU, s. 204.

⁵⁴⁰ MANTOVANI, s. 304; ANTOLISEI, s. 299; GÜNGÖR, Hata, s. 35.

genel kast yeterli olup, failin özel bir amaç ya da saikle hareket etmiş olması aranmaz.⁵⁴¹ Bu suçta kast, failin, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın başkasının organ veya dokusunu aldığını bilmesi ve istemesidir.⁵⁴² TCK m. 91/8’de yer alan, kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hali hariç, bu suçun olası kastla işlenebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁴³

Suç teşkil eden fiilin esaslı unsurları⁵⁴⁴ üzerindeki fiili hata, kastı kaldırır. Suçun maddi unsuru kısmında da açıklandığı üzere, suç fiilinin esaslı unsurları “*hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmama*” ile “*yaşayan bir kimsenin organ veya dokusunu alma*”dan ibarettir. Fail, hukuken geçerli olmayan rızanın geçerli olduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerse kastı ortadan kalkar.⁵⁴⁵ Suçun taksirli biçimi Kanunda düzenlenmediği için, kişiden organ veya doku alma suçundan dolayı

⁵⁴¹ Aynı yönde görüş için bkz. ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 26; ÜZÜLMEZ, s. 129; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 256; ÖZBEK, s. 537; GERÇEKER, s. 1945; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3153; ÖMEROĞLU, s. 66.

⁵⁴² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 107.

⁵⁴³ SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 199; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1564; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3153; AYDIN, “*Suç*”, s. 148.

⁵⁴⁴ Suçun maddi unsuru içinde yer alan ve suçun varlığı için bulunması zorunlu olan unsurlar esaslı unsurlardır. Bu unsurların neler olduğu her suç tipinde ayrı ayrı tanımlıdır. Bkz. ANTOLISEI, s. 361-362; GÜNGÖR, *Hata*, s. 54.

⁵⁴⁵ Doktrinde bir görüş, suç tipinde yer alan “*hukuken geçerli bir rızayı*”, hukuka uygunluk nedeni olarak görmekte ve söz konusu unsur üzerindeki hatayı TCK m. 30/1’de düzenlenen fiil üzerindeki hata olarak değil; TCK m. 30/3’te düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hata olarak değerlendirmektedir. Bkz. AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 134-135; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 259-260. Kanaatimizce, suçun maddi unsuru içinde yer alan “*hukuken geçerli rıza*”, kişiden organ veya doku alma suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak değil; suçun tipikliğini ortadan kaldıran ve maddi unsur içine dahil olan bir unsur olarak görülmeli ve söz konusu unsur üzerindeki hata da TCK m. 30/1’de yer alan fiil üzerinde hata olarak değerlendirilmelidir.

sorumluluk ortadan kalkar. Doktrinde bu halde taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluğun bulunduğu ifade edilmiştir.⁵⁴⁶

Failin, organ veya doku aldığı mağdurun, ölü olduğu konusunda da hataya düşebilmesi mümkündür. Bu halde de esaslı bir hata mevcuttur; ancak fiil üzerinde hatanın niteliği gereği bir başka suçtan dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Zira, failin objektif ve sübjektif açıdan Kanundaki suç ipotezine uyan bir fiilinin bulunduğu ve failin gerçekleşen fiili de kapsayan bir kasta sahip olduğu kabul edilmelidir.⁵⁴⁷ Sonuç itibariyle failin fiili, kişiden organ veya doku alma suçuna değil; kastı doğrultusunda, ölüden organ veya doku alma suçuna vücut verecektir.⁵⁴⁸

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Cezayı Ağırlaştırın Nedenler

a. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

TCK m. 91/4'te, *“Bir ve üçüncü fıkrada tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur”* şeklinde düzenlenen hüküm, kişiden organ veya doku alma suçu bakımından cezayı ağırlaştırın hal olarak

⁵⁴⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 107; ÜZÜLMEZ, s. 129. Öğretide fiili hata sonucu gerçekleşen fiilden dolayı taksirli sorumluluk haline örnek olarak, bir doktorun gerekli dikkati göstermeyerek henüz yaşamakta olan birini kadavra sanıp kesip parçalaması verilmiştir. Bununla birlikte aynı hekimin, üç gün önce gömülen birisini otopsi için kesip parçalaması durumunda taksirli olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. GÜNGÖR, *Hata*, s. 84.

⁵⁴⁷ GÜNGÖR, *Hata*, s. 81.

⁵⁴⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108.

öngörülmüştür.⁵⁴⁹ Hükmün gerekçesi, “Dördüncü fıkraya göre, bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, daha ağır cezalara hükmedilecektir. Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir” şeklindedir.

Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, kişiden organ veya doku alma suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gereklidir. Bir topluluğun örgüt olup olmadığı ise TCK m. 220’ye göre saptanır. TCK m. 220/1’de, “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde” ifadesiyle aynı fıkranın son cümlesindeki, “Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir” ifadesi suç işlemek için kurulan örgütün şartlarını belirlemiştir. Bu hükümden hareketle doktrinde örgütün varlığı için; sürekli bir biçimde, sayısı belirsiz birden fazla suçu işlemek amacıyla bir birliktelik oluşturulması, hiyerarşik yapının bulunması, örgüt yapısının amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması ve üye sayısının en az üç kişi olması koşulları kümülatif olarak aranmaktadır.⁵⁵⁰ Yargıtay’ın konuyla ilgili verdiği kararlar da benzer yöndedir.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ Kişiden organ veya doku alma suçunun örgüt kapsamında işlenmesinin nitelikli hal olarak öngörülmesinin nedeninin, suçun işlenmesini kolaylaştırması ve suçla mücadeleyi zorlaştırması olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3476.

⁵⁵⁰ YAŞAR – GÖKCEN – ARTUÇ, s. 3154; GERÇEKER, s. 1944; SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 548 vd.; Zeki HAFIZOĞULLARI – Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2012, s. 267-268; ŞEN, Yorumu, s. 322; Ersan ŞEN, Suç Örgütü, B. 1, İstanbul 2013, s. 43-44; Ahmet Caner YENİDÜNYA – Zafer İÇER, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK m. 220, 221), B. 1, İstanbul 2014, s. 7; Durmuş TEZCAN – Mustafa Ruhan ERDEM – Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 10, Ankara 2013, s. 760.

⁵⁵¹ “TCK’nun 220. maddesi kapsamında bir örgütün varlığından söz edebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı olarak amaç suçları işlemeye elverişli

Doktrinde örgütün amaçladığı suçların, TCK m. 91 ile sınırlı olmadığı, örgütün başka amaç suçlar için de kurulabileceği ve bu amaç suçların yanında kişiden organ veya doku alma suçunun da işlenmesi durumunda söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağı ifade edilmiştir.⁵⁵² Faile verilecek cezanın, TCK m. 91/4 gereği artırılabilmesi için, kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmiş olması şarttır.⁵⁵³ Kanaatimizce TCK m. 91/4'te, suçun işlenmiş olması arandığı için, örgütün faaliyeti çerçevesinde kişiden organ veya doku alma suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda, söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Öğretide, örgütün faaliyeti çerçevesinde kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmesi durumunda faile hem bu suçtan dolayı hem de örgütteki konumuna göre TCK m. 220'de düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma, yönetme, örgüte üye olma suçlarından dolayı ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁵⁴ Ayrıca, her iki suçtan dolayı faile ceza verilmesinin “*ne bis in idem*” ilkesine aykırı olmadığı, suç işlemek için örgüt kurmanın ayrı bir fiil oluşturduğu ve failin bir fiilden dolayı iki defa cezalandırılmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁵⁵ Kanaatimizce, kişiden organ veya doku alma suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi TCK m. 42'de düzenlenen bileşik suça vücut vermektedir.⁵⁵⁶ Zira Kanunda bileşik suç hükmü, “*Biri*

araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir.” (CGK., E. 2012/6-1490, K. 2013/59, 19.02.2013) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2012-6-1490.htm>) (04.12.2015)

⁵⁵² ŞEN, Yorumu, s. 322; DONAY – KAŞIKÇI, s. 144.

⁵⁵³ ŞEN, Yorumu, s. 323.

⁵⁵⁴ ÜZÜLMEZ, s. 129; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3154; ÖMEROĞLU, s. 67; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1565.

⁵⁵⁵ ŞEN, Yorumu, s. 324.

⁵⁵⁶ Aynı yönde görüş için bkz. AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 146.

*diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz” şeklinde düzenlenmiş ve bu halde içtima hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu fıkra suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, kişiden organ veya doku alma suçunun ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğundan bileşik suç söz konusudur.⁵⁵⁷ Niteliği gereği bileşik suç kendini oluşturan suçlara bölünemeyen bir bütün olduğundan,⁵⁵⁸ suç örgütüne ilişkin hükümler uyarınca cezası ağırlaştırılan failin, aynı nedenden dolayı bir defa daha sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Kanunun gerekçesinin bağlayıcı olmadığı ve “*ne bis in idem*” ilkesinin her zaman geçerli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bileşik suç hükümlerinin uygulanması ve failin yalnızca TCK m. 91/4’te öngörülen ağırlaştırılmış yaptırımdan sorumlu olması gerektiğini düşünüyoruz.*

Bununla birlikte, kişiden organ veya doku alma suçunun basit şeklinde, suçun maddi konusunun organ veya doku olmasına göre farklı yaptırımlar öngören Kanunun, suçun örgüt kapsamında işlenmesi durumunda yaptırımları birleştirmesi eleştirilmiştir.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Biri diğerinin ağırlatıcı nedeni olarak öngörülen bileşik suçlarda, kendisinde ağırlatıcı sebep bulunan suçun niteliği değişmez ve kanuni adı aynı kalır. Bu halde suçun basit şekli değil, nitelikli şekli söz konusu olur. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 470.

⁵⁵⁸ ANTOLISEI, s. 468; Faruk EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C. 1, B. 1, Ankara 1993, s. 637; DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 475; Türkan YALÇIN SANCAR, Mütessesil Suç, B. 1 Ankara 1995, s. 37-38.

⁵⁵⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 107.

b. Neticesi İtibariyle Ağırlaşan Suç

TCK m. 91/8’de, “*Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır*” hükmü düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesi, “*Maddenin sekizinci fıkrasında, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlaşmış suç hali söz konusudur. Ancak, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür*” şeklindedir. Maddede neticesi itibariyle ağırlaşan bir suç tipi⁵⁶⁰ öngörülmeyle birlikte, söz konusu düzenlemenin TCK m. 23’te yer alan “*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*” düzenlemesiyle birlikte düşünülmesi gereklidir.⁵⁶¹

Doktrinde failin, gerçekleşen ölüm sonucunu doğrudan istemesi durumunda öldürme kastının sabit olduğu ve bu nedenle failin kasten insan öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁶² Buna karşın farklı görüşte

⁵⁶⁰ Suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlikeli bir netice gerçekleştiği zaman cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran suç tipine neticesi itibariyle ağırlaşan suç denir. Bkz. Muharrem ÖZEN, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, B. 1, Ankara 1998, s. 183; ALACAKAPTAN, s. 165.

⁵⁶¹ Doktrinde TCK m. 91/8 hükmünün bulunmaması durumunda, bu fıkra kapsamındaki bir fiille mağdurun ölmesi durumunda failin TCK m. 87/4’te düzenlenen neticesi itibariyle ağırlaşan yaralama sonucunda mağdurun ölmesi suçundan sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 849.

⁵⁶² ŞEN, Yorumu, s. 326. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde yer alan ve failin, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket ettiğinin kabulü halinde, kasten insan öldürmeden sorumlu tutulmasının isabetli olmadığı da belirtilmiştir. Bkz. ŞEN, Yorumu, s. 326.

olanlar, failin bu fıkradan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, gerçekleşen ölüm sonucu bakımından nedensellik bağının ve taksir derecesinde bir kusurun aranması gerektiğini ve cezaya yapılan atfın kusur türüne yapılmış gibi yorumlanmasının yanlış olduğunu ifade etmişlerdir. Zira, failin doğrudan kast ya da madde gerekçesinde öngörüldüğü gibi olası kastla hareket etmesinin aranacağına işaret halinde,⁵⁶³ TCK m. 91/8 hükmünün de gereksiz yere düzenlenmiş olacağına işaret edilmiştir.⁵⁶⁴ Bununla birlikte öğretide, maddenin gerekçesinden de yola çıkan bazı yazarlar, kişiden organ veya doku alma suçunu işleyen failin, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket etmesi durumunda bu fıkra hükmünün uygulanması gerektiğini düşünmektedirler.⁵⁶⁵ Kanaatimizce, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alan failin, ölüm sonucunu doğrudan istemesi durumunda, genel kast kurallarına göre hem kişiden organ veya doku alma suçundan hem de kasten insan öldürme suçundan dolayı sorumlu olması gerekir. Örneğin, geçerli bir rıza bulunmaksızın mağdurun kalbini alan ve bunun

⁵⁶³ Faile TCK m. 91/8 hükmünün uygulanabilmesi için, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından failin olası kastla hareket etmesi gerektiği görüşü için bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1564; MERAN, s. 228.

⁵⁶⁴ ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 191. Söz konusu hükümle kusursuz sorumluluk esasının terkedildiği, gerçekleşen neticede failin kastının dikkate alınmadığı ve “kast karinesi” öngörüldüğü eleştirisi için bkz. TANERİ, s. 490. Failin ağır netice bakımından taksirli olması durumunda TCK m. 91/8 hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu durumun hem kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle hem de neticesi itibariyle ağırlaşan suç yapısıyla bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ÖZBEK, s. 536-537; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 255-256.

⁵⁶⁵ AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 142; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 264-265; GERÇEKER, s. 1945; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3158; AYDIN, “*Suçtu*”, s. 153; MERAN, s. 229. Kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören TCK m. 90/5 hükmü açısından failin bu ağır netice bakımından olası kastla hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 102; AYGÜN EŞİTLİ, s. 150. Failin gerçekleşen sonuç bakımından olası kasıtlı değil taksirle hareket ettiği sabitse, bu takdirde taksirli sorumluluğun gündeme geleceği belirtilmiştir. Bkz. AYGÜN EŞİTLİ, s. 150.

neticesinde ölümüne neden olan fail, ölüm neticesini de doğrudan istemiş sayılmalıdır. Bu itibarla fail, hem kişiden organ veya doku alma suçundan hem de kasten insan öldürme suçundan dolayı sorumlu olmalıdır.⁵⁶⁶ Bununla birlikte ölüm neticesinin muhakkak olmadığı durumlarda, kişiden organ veya doku alma hareketi neticesindeki ölüm sonucunun fail tarafından kabul edilmesi, göze alınması ve bu sonuca rıza gösterilmesi durumunda, failin ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket ettiği sabit olduğundan, yalnızca TCK m. 91/8 hükmünden dolayı sorumlu olması gerekir. Örneğin, farklı hastalıkları olan mağdurun çift böbreğinden birinin alınması sonucunda, diğer hastalıkların etkisiyle tek böbreğiyle yaşamına devam edemeyeceğini öngören failin, öngörülen bu ağır sonucu göze alarak ve kabullenerek mağdurun böbreğini alması ve bunun etkisiyle mağdurun ölmesi durumunda, TCK m. 91/8 hükmünün uygulanarak, fail hakkında yalnızca kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Failin gerçekleşen ölüm neticesini doğrudan ya da dolaylı olarak istememesi ancak bu sonuç bakımından da basit veya bilinçli taksirle hareket ettiği sabitse, bu durumda da genel kast kurallarına göre uygulama yapılmalıdır. Bu itibarla, kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmesi nedeniyle ölüm neticesinin gerçekleşmesi ve failin söz konusu ölüm neticesi bakımından taksirle hareket ettiğinin sabit olması durumunda fail, kişiden organ veya doku alma suçuyla birlikte basit veya bilinçli taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır. Örneğin, kişinin rızası olmaksızın böbreğini alan failin, yanlış bir bıçak darbesi sonucunda mağdurun ölümüne istemeyerek neden olması durumunda, genel kast kuralları gereğince, kişiden organ veya doku alma suçuyla birlikte taksirli insan öldürme suçundan sorumluluğu bulunacaktır.

⁵⁶⁶ Bu halde hekimin talep üzerine öldürmeden sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 851.

Bunun haricinde, kişiden organ veya doku alma suçunun teşebbüs aşamasında kalmasıyla birlikte mağdurun ölmesi halinde, TCK m. 91/8'in uygulama alanı bulmayacağı; çünkü Kanunda suçun tamamlanmasının arandığı ifade edilmiş ve bu durum eleştirilmiştir.⁵⁶⁷ Bu halde, failin genel hükümler uyarınca TCK m. 87/4'ten sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁶⁸

Doktrinde, geçerli bir rızaya dayalı olarak kişiden organ veya doku alınması ancak buna rağmen istenmeyen bir yaralama veya ölüm neticesinin gerçekleşmesi durumunda; neticesi itibariyle ağırlaşan bir suçun bulunmadığı, zira neticesi itibariyle ağırlaşan suç kalıplarında kastla gerçekleştirilen bir suçun haricinde daha ağır veya başka bir sonucun gerçekleşmesinin gerektiği belirtilmiştir.⁵⁶⁹ Kanaatimizce bu halde, genel kurallara göre hareket edilmeli ve gerçekleşen ölüm veya yaralama sonuçlarıyla failin hareketi arasında nedensellik bağının bulunduğu ve bu sonuçlar bakımından failin taksirle hareket ettiği kabul edilebilirse, taksirle yaralama veya öldürme suçlarından dolayı sorumluluk söz konusu olmalıdır.

2. Teşebbüs

TCK m. 35/1'de suça teşebbüsle ilgili olarak, "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*" hükmü düzenlenmiştir. Kişiden organ veya doku almaya yönelik hareket, parçalara bölünebildiği için, kişiden organ veya doku alma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu

⁵⁶⁷ ÜNVER, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi", s. 191; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 849.

⁵⁶⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 849.

⁵⁶⁹ ÖZBEK, s. 536; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 255.

ifade edilmiştir.⁵⁷⁰ Fail, organ veya dokuyu almak için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış ancak elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamamışsa suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.⁵⁷¹ Doktrinde, failin organ veya doku almak için mağdura narkoz verdikten sonra, organ alma işlemine başlamadan yakalanması durumunda kişiden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu olduğu örnek olarak verilmiştir.⁵⁷²

Bu suçta gönüllü vazgeçme, TCK m. 36'daki "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*" hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Fail, icra hareketlerine başladıktan sonra bundan gönüllü olarak vazgeçer ve icra hareketlerini yarıda keserse, işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak tamam olan kısım bir başka suçu oluşturuyorsa bu suçtan dolayı sorumlu olur. Örneğin, fail organ veya dokuyu almak için mağdurun vücudunda bir kesi meydana getirmiş ancak sonra kendi iradesiyle eyleminden vazgeçmişse bu takdirde kişiden organ veya doku alma suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak tamam olan kısım kasten yaralama suçuna vücut verdiği için, bu suçtan sorumlu olacaktır.⁵⁷³

⁵⁷⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 107; ŞEN, *Yorumu*, s. 316; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1564; YAŞAR – GÖKCEN – ARTUÇ, s. 3153; ÖMEROĞLU, s. 67; TANERİ, s. 491; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 142; MERAN, s. 224.

⁵⁷¹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3484; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 437; GERÇEKER, s. 1945.

⁵⁷² AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 142; TANERİ, s. 491.

⁵⁷³ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3484; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 437; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 143.

3. İştirak

Özgü suçlara iştirakte, özel faillik sıfatı taşımayan, yani kanunun aradığı niteliklerde olmayan kimselerin asıl fail ya da iştirakçi olup olmayacağı ve eğer olabilirse sorumluluğun tayini konuları tartışılmıştır.⁵⁷⁴ TCK m. 40/2'deki, “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*” hükmü karşısında öğreti ikili bir ayrıma gitmiştir. Bu çerçevede, iştirake ilişkin normla özel kısımda suç yaratan norm birleşerek yeni bir çok failli suç türü oluşturursa, tek failli suç yönünden tipik olmayan davranışlar çok failli kanuni tip bakımından tipik hale gelebilir. Özgü suçun faili olmak için gerekli nitelikleri taşımayan kişi, tek başına özgü suçun faili olamasa da, gerekli nitelikleri taşıyan kişiyle birlikte hareketinin niteliğine göre müşterek fail, yardım eden veya azmettiren konumunda olabilir. Dolayısıyla özgü suçta, fiil üzerinde ortak hakimiyet kuran ancak özel faillik niteliği taşımayan iştirakçinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.⁵⁷⁵ Bununla birlikte, suçun faili olabilmek için gerekli nitelikleri taşımayan kimse, tek failli özgü suçun faili olamaz.⁵⁷⁶

Kişiden organ veya doku alma suçu bakımından, şeriklerin failin özgü suç failinin fiiline iştirak edebilmeleri mümkündür. Özellikle organ veya doku almanın genellikle bir ekip faaliyetini gerektirdiği dikkate alındığında, suçun işlenmesine

⁵⁷⁴ MANTOVANI, s. 516-518; ANTOLISEI, s. 499; TOROSLU – TOROSLU, s. 328.

⁵⁷⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 350; AYDIN, İştirak, s. 272-274; Faruk EREM, “Suça İştirak”, in. AÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 1946, s. 78.

⁵⁷⁶ TOROSLU – TOROSLU, s. 329.

katılan birden fazla fail olabilir.⁵⁷⁷ Organ veya doku alma eylemini, birden çok kişi fiil üzerinde hakimiyet kurarak gerçekleştirirse, her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur.⁵⁷⁸ Örneğin, hukuken geçerli bir rızası bulunmaksızın bir kimsenin böbreğini almak için ameliyata başlayan ekipte, böbreği cerrahi usullerle alacak olan hekim fail olmakla birlikte, ameliyatın gerçekleşmesi için zorunlu olan narkozu veren kişi de müşterek fail olarak sorumludur.

TCK m. 37/2’de yer alan, “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur*” hükmü, dolaylı faillğe ilişkindir. Bir kimsenin işlemeyi kastettiği suçu bir başkasına işletmesi olarak tanımlanan dolaylı faillik, tipik fiili gerçekleştiren doğrudan failin, dolaylı fail tarafından kontrol edilip yönlendirilmesi halinde ortaya çıkar.⁵⁷⁹ Kişiden organ veya doku alma suçunda, mağdurun hukuka uygun olarak rıza gösterdiğini sahte belgeler vasıtasıyla ortaya koyan ve bu sayede hekimin kişiden rızası olmadan organ veya doku almasını sağlayan kişinin dolaylı fail olabileceği örnek olarak verilmiştir.⁵⁸⁰

Kişiden organ veya doku alma suçuna azmettirme veya yardım etme kalıplarıyla iştirak de mümkündür. Örneğin, organ veya dokuyu almak için ameliyattan önce gerekli sağlık ekipmanlarını temin eden kişi yardım eden; organ veya dokunun alınması konusunda hiçbir düşüncesi olmayan hekime, bu yönde karar verdiren kişi azmettiren konumundadır.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106.

⁵⁷⁸ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3484; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 437-438.

⁵⁷⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 350; AYDIN, *İştirak*, s. 143.

⁵⁸⁰ AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 144.

⁵⁸¹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3484; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 438.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme halinde, TCK m. 41 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Şeriğin iştirak iradesinden gönüllü olarak cayması ve nedensel katkısını gidermesi durumunda, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi mümkündür. Örneğin, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmadan kişinin böbreğini alacak hekimin, anesteziye kişiyi uyutmasını söylemesi ve kişinin uyutulmasının ardından; anesteziistin bu yaptığından pişmanlık duyarak ameliyathaneyi terk etmesi ancak yine de kişiden organ veya doku alınması halinde anesteziistin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Ancak aynı olayda, pişmanlık duyan anesteziistin kişiyi uyandırarak organ veya doku alınmasına engel olması durumunda, anesteziist gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.⁵⁸²

4. İctima

Suçların tekliği ve çokluğu sorununu çözümlenebilmek için suçun neticesi olup olmamasına göre doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁵⁸³ Kişiden organ veya doku alma suçu, maddi unsur kapsamında da açıklandığı üzere neticesiz bir suç olduğu için, ihlal sayısı suç sayısını belirleyecektir.⁵⁸⁴ Bununla birlikte, bir hareketi oluşturan ve aynı kişiye yönelen davranışların çokluğu eğer davranışlar aynı amaca

⁵⁸² AYGÜN EŞİTLİ, s. 158-159.

⁵⁸³ Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. MANTOVANI, s. 443 vd.; YALÇIN SANCAR, Mütessesil Suç, s. 21 vd.; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 355-356.

⁵⁸⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 356.

yönelikse ve arada kayda değer bir zaman aralığı yoksa birden çok suça vücut vermez ve hareket tektir.⁵⁸⁵

Bir kimseden aynı ameliyatta bir böbrek bir de karaciğer alındığında norm birden çok defa ihlal edildiği için iki suç vardır.⁵⁸⁶ Zira, ilgili organ veya dokunun vücuttan bağımsız hale getirilmesiyle birlikte suç tamamlanmış ve norm ihlal edilmiş olduğundan, bu halde suçun tekliğinden bahsedebilmek mümkün değildir.

TCK m. 43/1’de, “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir*” hükmü karşısında, kişiden organ veya doku alma suçunun değişik zamanlarda aynı mağdura karşı, bir suç işleme kararının⁵⁸⁷ icrası kapsamında birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. TCK m. 43/3’te sayılmadığı için suçun zincirleme suç biçiminde işlenebilmesi mümkündür. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında olmak şartıyla, aynı mağdurdan önce organ sonra doku veya önce doku sonra organ alınabileceği gibi farklı organ ya da dokuların alınması durumunda da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Ancak bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olsa bile, farklı

⁵⁸⁵ Türkan YALÇIN SANCAR, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, in. TBBD., S. 70, Y. 2007, s. 249; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 355-356.

⁵⁸⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 106. Aynı operasyonda mağdurun rızası olmaksızın hem organ hem de dokusunun alınması durumunda; kişiden rızası olmaksızın organ almak ve kişiden rızası olmaksızın doku almak suçlarının oluşacağı; ancak aynı hukuki değeri koruyan iki suçun bulunması dolayısıyla tüketen norm tüketilen norm ilişkisinin bulunduğu ve failin yalnızca TCK m. 91/1’in 1. cümlesinden sorumlu olması gerektiği savunulmuştur. Bkz. ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 256-257. Failin önce doku sonra organ alınması durumunda geçitli suç kuralları gereği yalnızca organ almadan; önce organ sonra doku alması durumundaysa cezalandırılmayan sonraki hareket gereği yalnızca organ almadan sorumlu olması gerektiği de savunulmuştur. Bkz. AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 149-150; AYDIN, “*Ceza Sorumluluğu*”, s. 270-271; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 854.

⁵⁸⁷ Zincirleme suçun en önemli şartı olan ve subjektif şart olarak da adlandırılan suç işleme kararında birlik, zincirleme suçu oluşturan her bir suçun manevi unsurlarını birleştiren psikik şarttır. Bu şartın esası, önceden kurulması gereken bir plana dayanır. Bkz. YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 94 vd.; YALÇIN SANCAR, “*Zincirleme Suç*”, s. 253 vd.

kimselerden organ veya doku alınması durumunda mağdur sayısının suç vardır ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir.⁵⁸⁸ Bunun haricinde kişiden organ veya doku alma suçunun, TCK m. 43/2'deki bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla kimseye karşı tek bir hareketle işlenebilmesi de mümkün değildir.

İnsan ticareti suçunun düzenlendiği TCK m. 80/1 hükmü, “*Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi 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 çıkararak, tedarik 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 olup, mağdura organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla maddede öngörülen tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak seçimlik hareketlerinden sonra ayrıca mağdurun organlarının hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın alınması durumunda, fail

⁵⁸⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 107. Suç mağdurunun aynı veya farklı kişiler olmasının, zincirleme suçun bir unsurunu oluşturmadığı, zincirleme suçun omurgasında suç işleme kararında birlik ve bir suçu birden çok defa işleme unsurlarının bulunduğu, bu itibarla 5237 sayılı TCK'da zincirleme suça ilişkin aynı kişiye karşı suçun işlenmesinin aranmasının yanlış olduğu belirtilmiştir. Eleştiriler için bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, “5237 Sayılı Kanunun 43/1 Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen ‘Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır’ Hükmü Hakkında”, s. 1-2. (Erişim: [http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Magduru%20Belli%20Bir%20Kisi%20Olmayan%20Suçlar%20\(2\).doc](http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Magduru%20Belli%20Bir%20Kisi%20Olmayan%20Suçlar%20(2).doc)) (29.11.2015); YALÇIN SANCAR, “Zincirleme Suç”, s. 250.

hem insan ticareti suçundan hem de kişiden organ veya doku alma suçundan dolayı sorumludur.⁵⁸⁹ Ayrıca 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişiden rızaen veya rızası dışında organ veya doku alınmasından önce, TCK m. 80/3'te yer alan “Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir” hükmündeki fiilin gerçekleştirilmesi durumunda da her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilecektir.⁵⁹⁰

Kişiden organ veya doku alma suçuna vücut veren fiilin, ODNK m. 15'te yer alan, “Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan ... 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” şeklinde düzenlenen suçla da örtüştüğü dikkate alındığında, hangi hükmün uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Konuyla ilgili bir görüş, TCK m. 91/1 hükmünün yaptırımını daha ağır olduğu için TCK m. 91/1'in uygulanacağı ve özel yasa-genel yasa ilişkisinin aranmaması gerektiği yönündedir.⁵⁹¹ Bir diğer görüş, aynı fiilin kanunun farklı

⁵⁸⁹ Aynı yönde görüş için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 847; TANERİ, s. 493; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 147; AYDIN, “Suçu”, s. 146. 765 sayılı mülga TCK m. 201b'de, insan ticareti suçuna benzer biçimde düzenlenen “insan yağması” suçuyla birlikte, kişiden rızası dışında organ veya doku alınması durumunda, hem bu suçun hem de 5237 sayılı TCK m. 91 henüz yürürlükte olmadığı için ODNK m. 15'teki kanuna aykırı organ ve doku alma suçunun gerçekleştiği ve failin her iki suçtan dolayı sorumlu olması gerektiği kabul ediliyordu. Bkz. Mahmut KOCA, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b)”, in. AÜHFD., C. 52, S. 2, s. 163-164. Mülga TCK m. 201b'nin, organ veya doku ticareti kapsamında değerlendirildiği yönündeki görüş için bkz. ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 20-21; AYDIN, “Suçu”, s. 144.

⁵⁹⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 848; AYDIN, “Ceza Sorumluluğu”, s. 254.

⁵⁹¹ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1565; ŞEN, Yorumu, s. 318. Bu hükümler bakımından özel yasa-genel yasa ilişkisi yerine, önceki yasa-sonraki yasa ilişkisinden söz edilmesi gerektiği, yeni yasa olan TCK m. 91'in ODNK'nın benzer hükümlerini değiştirdiği görüşü de savunulmaktadır. Bkz. DONAY – KAŞIKÇI, s. 144.

hükümlerine vücut vermesinden dolayı TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima kurallarının uygulanacağı ve bu nedenle TCK m. 91/1'in uygulama alanı bulacağı yönündedir.⁵⁹² Üçüncü görüşten yana olanlar, TCK m. 91 ile birlikte getirilen düzenlemenin ODNK'nın ceza içeren bütün hükümlerini yürürlükten kaldırdığını ve bu nedenle TCK m. 91 hükümlerinin bütün durumlarda uygulama alanı bulacağını savunmaktadırlar.⁵⁹³ Kanaatimizce TCK m. 91 hükmü, ODNK hükümleriyle bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Bu doğrultuda, organ ve doku naklinin şartlarına ilişkin temel esaslar konusunda uygulanacak kanun hala yürürlükte olan ODNK'dır.⁵⁹⁴ Bunun haricinde ODNK m. 15'te yer alan "Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alma" fiiliyle TCK m. 91/1'de yer alan "hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alma" fiilinin birebir örtüştüğünü söyleyebilmek mümkün değildir. ODNK m. 15'te suç olarak düzenlenen fiilin kapsamı, TCK m. 91/1'e göre daha geniştir ve hukuken geçerli bir rızaya dayalı olan ancak ODNK'nın diğer hükümlerine aykırı olan organ veya doku alma fiilleri bakımından ODNK m. 15 uygulama alanı bulacaktır.

Konuyla ilgili asıl sorun, TCK m. 91/1 kapsamında bulunan bir fiilin gerçekleştirilmesi durumunda ODNK m. 15'in uygulanıp uygulanmayacağı ve eğer uygulanmayacaksa bu kabulün hangi metodolojik gerekçeye dayanacağıdır.

⁵⁹² YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3155; MERAN, s. 229. ODNK m. 15 hükmünün yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hüküm bulunmaması karşısında bunun hala yürürlükte olduğu, TCK m. 91'in düzenlemediği durumlar için ODNK m. 15'in uygulanacağı ancak her iki hükmü ihlal eden fiiller bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ve bu neticede yaptırım daha ağır olan TCK m. 91'in uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Bkz. ARTUK – GÖKCAN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3485; GÖKCAN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 438.

⁵⁹³ ÖMEROĞLU, s. 68; AYDIN, "Suçu", s. 145. Fiilin işlendiği tarihin de dikkate alınarak fail açısından lehe olan kanunun uygulanacağı görüşü için bkz. GERÇEKER, s. 1941. TCK'nın sonradan yürürlüğe girmesi karşısında, ODNK'nın suça ilişkin hükümlerinin kısmen ilga olduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. ÜNVER, "Çatışma Alanları", s. 358.

⁵⁹⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 846.

Kanaatimizce, iki veya daha fazla hükmün aynı olaya uygulanabilir görünüp, bunlardan yalnızca birinin uygulanabildiği ve “görünüşte normlar çatışması” olarak ifade edilen⁵⁹⁵ çatışma burada bulunmamaktadır. Çünkü çatışır gibi gözükten normlardan birinin uygulanmayacağı bizzat kanunda öngörüldüğü hallerde, gerçek anlamda normlar çatışması bulunmaz. Zira bu tür durumlarda kanunda yer alan, “fiil daha ağır bir suç teşkil etmiyorsa”, “maddede belirtilen haller dışında”, “suça iştirak halleri dışında” şeklindeki formüllerle hangi hükmün uygulanacağı bizzat kanun tarafından belirlenmiştir.⁵⁹⁶ ODNK m. 15’te yer alan “*fiil daha ağır cezayı gerektirmediği takdirde*” ifadesi de, aynı konuyu düzenleyen normlar arasında bir çatışma bulunduğunda, öncelikli olarak hangi hükmün uygulanacağına ilişkin kuralı koymuştur. Bu çerçevede, hem kişiden organ veya doku alma suçuna vücut veren hem de ODNK m. 15 kapsamındaki bir fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, fiiller için kanunlarda öngörülmüş olan cezalar karşılaştırılmalı ve hangi hükmün uygulanacağı sorunu buna göre çözümlenmelidir. TCK m. 91/1’de hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın hem organ hem de dokuların alınması durumunda öngörülmüş olan cezalar, ODNK m. 15’ten daha ağır olduğu için, bu tür durumlarda TCK m. 91/1 hükmü uygulanmalıdır.

⁵⁹⁵ TOROSLU – TOROSLU, s. 84.

⁵⁹⁶ TOROSLU – TOROSLU, s. 85. Görünüşte normlar çatışmasının bulunması durumundaysa sorunun özel normun önceliği ilkesi gereği çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. TOROSLU – TOROSLU, s. 85-86.

F. SUÇUN MUHAKEMESİ

Kişiden organ veya doku alınması suçunun takibi şikâyete bağlı olmayıp, re'sen yapılmaktadır.

Kanuni düzenlemede bu suçun yaptırımını belirlenirken, maddi konuya göre farklılık oluşturulmuştur. Bu kapsamda, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ alınması durumunda 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken; doku alınması durumunda 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Öğretide, cezai sorumluluk açısından öngörülen bu farklılığın, herhangi bir dayanağının olmaması eleştirilmiştir.⁵⁹⁷ Kanaatimizce de maddi konuya dayalı olarak yaptırımda bir farklılığa gidilmesi isabetli olmamış; aynı farklılığın maddenin diğer fıkralarında öngörülmemesi karışıklık yaratmıştır. Kişiden organ veya doku alma suçunun suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ve 10.000 güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Kişiden organ veya doku alma suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi durumundaysa, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Kanaatimizce, söz konusu fıkrada “kastan öldürme suçuna ilişkin hükümler” dendiği için, yapılan gönderme hem TCK m. 81 hem de TCK m. 82 hükmüdedir. Bu nedenle kasten öldürmeye ilişkin nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda, TCK m. 82 hükmünün de uygulanabilmesi mümkündür.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ ÖZEN, “*Düşünceler*”, s. 98-99; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 257; ÖZBEK, s. 537-538; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 151. Cezalandırma açısından fıkrada öngörülen farklılığın yerinde olduğuna ilişkin bkz. CİN, “*Organ Nakli*”.

⁵⁹⁸ Aynı yönde görüş için bkz. AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 152; GERÇEKER, s. 1945.

Doktrinde bir suçun işlenmesinden elde edilen eşyanın müsaderesine ilişkin olan TCK m. 54 hükmünün, kişiden organ veya doku alınması suçunda uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, söz konusu organ veya doku bir başka kimseye nakledilmişse, bu organ veya dokunun, işlenen fiilin suç olduğundan hareketle geri alınması ve alıcıya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mümkün değildir.⁵⁹⁹ Ancak, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın alınan organ veya doku henüz bir başka kişiye nakledilmişse bu halde müsadere mümkün olmalıdır.

TCK m. 91/7’de, “*Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” hükmü düzenlenmiştir.⁶⁰⁰ Bu çerçevede, kişiden organ veya doku alma suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda TCK m. 60’ta düzenlenen iznin iptali veya müsadere güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Örneğin suç, bir şirket bünyesindeki özel hastane veya klinikte işlenmişse, hastanenin ruhsatının iptaline karar verilebilecektir.⁶⁰¹

Kişiden organ veya doku alma suçunda madde itibariyle yetkili mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin

⁵⁹⁹ ŞEN, Yorumu, s. 318; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3159.

⁶⁰⁰ TCK m. 91/7 hükmünün gereksiz yere düzenlendiği ve bu hüküm olmasaydı da TCK m. 60 hükmünün tüzel kişilere doğrudan uygulanacağı ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, “*Nakilleri*”, s. 137.

⁶⁰¹ GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 439; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3486. Organ ve doku ticareti suçları açısından tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların yetersiz, koşulları belirsiz ve bazen de uygulanamayacağı için hatalı uygulamalara neden olacak şekilde düzenlendiği ifade edilmiş ve TCK m. 60/3’teki, “*Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda hakim, bu tedbire hükmetmeyebilir*” hükmünün sorunlu olduğu belirtilerek, tüzel kişilere hiçbir yaptırımın uygulanmayacak oluşunun caydırıcılıktan uzak olduğu eleştirisi haklı olarak getirilmiştir. Bkz. ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 193.

Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemeleridir. Yukarıda açıklanan nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda, 5235 sayılı Kanun m. 14'teki "*Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur*" hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılmalı ve ağır ceza mahkemelerinin madde itibariyle yetkili olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Yer yönünden yetkili mahkeme, 5271 sayılı CMK m. 12/1'deki "*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir*" hükmü çerçevesinde belirlenmelidir. Bundan hareketle yer yönünden yetkili mahkeme, kişiden organ veya dokunun alındığı yerdeki mahkeme olacaktır.

Hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya alınması suçu, neticesiz bir suç olduğundan, dava zamanaşımı hareketin gerçekleştiği günden itibaren⁶⁰² işlemeye başlayacaktır. Zamanaşımı süresi, organ alınması halinde, TCK m. 66/1-d gereğince 15 yıl; doku alınması halinde ise TCK m. 66/1-e gereğince 8 yıldır. TCK m. 66/3'teki, "*Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur*" hükmü çerçevesinde, bu suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda dava zamanaşımı 15 yıl; suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halindeyse 25 yıldır.

⁶⁰² Bkz. Fahri Gökçen **TANER**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, B. 1, Ankara 2008, s. 70.

III. ÖLÜDEN ORGAN VEYA DOKU ALMA SUÇU

A. HUKUKİ KONU

Ölenin vücudu üzerinde yakınların sahip olduğu hakka ilişkin açıklamalarımız da göz önünde bulundurulduğunda, ölüden organ veya doku alma suçunun hukuki konusu; ölenin yakınlarının, ölen kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmemesine ilişkin çıkarlarıdır.⁶⁰³ Söz konusu düzenlemeyle, hayatını kaybetmiş olsa da ölünün bedeni üzerinde tıbbi ihtiyaç ve maksatlarla da serbestçe tasarruf yapılamayacağı ve ölenin vücudu üzerinde de korunması gereken bir hukuksal yararın bulunduğu kabul edilmiştir.⁶⁰⁴

B. MAĞDUR VE MADDİ KONU

Suçun mağdurunun ölümler olamayacağı ve yaşayan kimseler olabileceği⁶⁰⁵ göz önünde bulundurulduğunda, ölüden organ veya doku alma suçunun mağduru, ölünün rıza açıklamaya hakkı olan yakınlarıdır.⁶⁰⁶ Bu kimseler ODNK m. 14/1’de,

⁶⁰³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 28. Söz konusu çıkarın, mirasçıların kişilik hakkı olduğu yönündeki görüş için bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1555. Özel olarak bu menfaatin mirasçılarının onur ve saygınlığı olduğu yönündeki görüş için bkz. TANERİ, s. 484. Kanaatimizce, mirasçılar yerine ölüden hukuka uygun olarak organ ve doku alınmasında ODNK m. 14/1’de sayılan yakınların menfaatlerinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi daha yerindedir. Zira ODNK m. 14/1’de sayılan kimselerle mirasçılarının kapsamı her zaman örtüşmeyebilecektir.

⁶⁰⁴ ŞEN, *Yorumu*, s. 317.

⁶⁰⁵ ANTOLISEI, s. 163; TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 179, dn. 222; TOROSLU – TOROSLU, s. 108; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 131.

⁶⁰⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 28; ÜZÜLMEZ, s. 130; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1556.

ölenin eşi, reşit çocukları, anne veya babası, kardeşleri ya da ölüm anında yanında bulunan herhangi bir yakını olarak sayılmıştır. ODNK’da rıza açıklamaya hakkı olan yakınların sınırlandırılması karşısında, hükümde sayılmayan yakınların ya da mirasçıların⁶⁰⁷ bu suçtan dolayı mağdur olabilmeleri mümkün değildir.

Ölüden organ veya doku alma suçunun maddi konusu, ölünün vücudundan alınan organ veya dokudur.⁶⁰⁸ Tanımı yapılan ve özellikleri açıklanan, organ veya doku niteliği taşımayan insan kökenli biyolojik maddelerin alınması bu suça vücut vermeyecektir.⁶⁰⁹ Fıkra da kendisinden organ veya doku alınan ölü ile ifade edilmek istenen, klasik ölüm değil, beyin ölümü gerçekleşmiş olanlardır.⁶¹⁰

Tıpkı kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi bu suçta da, herhangi bir ayırım yapılmaksızın ölüden her türlü organ veya dokunun alınması cezai yaptırıma bağlandığından, ODNK kapsamında bulunmayan organ veya dokuların hukuka aykırı olarak alınması halinde de suç oluşacaktır. ODNK kapsamında bulunmamakla birlikte, kendi kanununda özel olarak düzenlenen organ veya dokuların alınmasıyla ilgili özel bir cezai norm bulunmaktaysa, söz konusu fiile bu düzenlemenin uygulanması gerekir.

⁶⁰⁷ Ölenin mirasçılarının bu suçta mağdur olduğu görüşü için bkz. ÖMEROĞLU, s. 61; TANERİ, s. 484; GERÇEKER, s. 1938. Bu suçun mağdurunun ölenin mirasçılarıyla birlikte devlet olduğu görüşü için bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3146. Kanaatimizce ölüden organ veya doku alma suçunun hukuki konusu ve düzenlendiği yer dikkate alındığında suçun mağdurunun devlet olduğunun kabulü yerinde değildir.

⁶⁰⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 28; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3146; ÜZÜLMEZ, s. 130. Maddi konunun ölünün kendisi olduğu görüşü için bkz. AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 130.

⁶⁰⁹ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3495; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 450.

⁶¹⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108. Fıkranın, hem beyin ölümü gerçekleşenleri hem de bunun ötesinde klasik anlamda ölümü gerçekleşenleri kapsadığı yönünde bkz. HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 854.

C. FAİL

Ölüden organ veya doku alma suçunun faili konusu öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüş failin herhangi bir kimse olabileceği yönündeyken;⁶¹¹ buna karşı olan bir görüş, failin yalnızca hekimler olabileceği yönündedir.⁶¹² Kanaatimizce, kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi, ölüden organ veya doku alma suçu açısından da, yapılan müdahalenin uzmanlığı gerektirdiği dikkate alındığında, failin yalnızca tıp mesleği mensubu olan hekimler olabileceği kabul edilmelidir. Bu itibarla ölüden organ veya doku alma suçu da bir özgü suçtur.

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

TCK m. 91/2’de suçun maddi unsuru, “*hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku almak*” olarak gösterilmiştir.

ODNK ve ODNHY hükümleri uyarınca hukukumuzda beyin ölümü anlayışının kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, fıkrada beyin ölümü gerçekleşmiş olan ölüden organ veya doku alınması cezalandırılmaktadır. Bu itibarla, klasik ölümün gerçekleşmesi ve organ veya dokuların hayatiyetini kaybetmesinin

⁶¹¹ GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 450; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3495; ÜZÜLMEZ, s. 130; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 129; TANERİ, s. 484. Failin herhangi bir kimse olabilmesi mümkün olmakla birlikte, organ veya doku alma fiilinin hekim olmayan kimselere gerçekleştirilebilmesinin neredeyse imkansız olduğu görüşü için bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1556; ÖMEROĞLU, s. 61.

⁶¹² ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 28.

ardından bu organ veya dokuların alınması bu suça vücut vermez.⁶¹³ Sonuç olarak, ölüden organ veya doku alma suçunun işlenebilmesi için beyin ölümü gerçekleşmiş ancak solunum ve dolaşım faaliyetleri sürdürülen ölünün, canlılığını muhafaza eden organ veya dokularının alınması şarttır.⁶¹⁴ Beyni ağır hasarlı olsa dahi, beyin ölümü henüz gerçekleşmemiş olan bir kişiden kalp gibi yaşamsal bir organın alınması durumundaysa kasten öldürme suçunun oluşacağı ifade edilmiştir.⁶¹⁵

Fıkıradaki yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesi,⁶¹⁶ ölüden organ veya doku alınmasının hangi koşullarda hukuka uygun olacağı konusundaki ODNK hükümlerine gönderme yapmaktadır. Maddenin gerekçesi de, “*İkinci fıkrada ise, ölüden organ veya doku alınması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkararak rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir*” şeklinde olup; ölüden organ veya doku alınması konusunda ODNK hükümlerine işaret eder niteliktedir.⁶¹⁷ Bu itibarla, ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin ODNK m. 11 ile m. 14 arasındaki hükümlere aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması durumunda bu suç oluşacaktır. Başka bir ifadeyle, ölüm halinin hangi hekimler tarafından ve hangi yöntemle göre saptanacağına ilişkin

⁶¹³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108.

⁶¹⁴ ŞEN, *Yorumu*, s. 317.

⁶¹⁵ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 852; ÖMEROĞLU, s. 65.

⁶¹⁶ Fiilin hukuk düzeni ile çatışması durumunda kendiliğinden var olan hukuka aykırılığın açıkça kanunda dile getirilmesi gerekmezken; bazı suç tiplerinde yasa koyucunun açıkça ve özel olarak hukuka aykırılığa yer verdiği görülmekte ve bu durum “hukuka özel aykırılık hallerine” vücut vermektedir. Hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan durumların tümünün nitelik itibarıyla aynı olduğunu ifade etmenin zor olduğu belirtilmiş ve bu ifadenin yerine göre özel kasta, özel bir hukuka uygunluk nedenine ya da fiilin özel bir biçimine işaret ettiği savunulmuştur. Bkz. BETTIOL – MANTOVANI, s. 345-346; KATOĞLU, *Hukuka Aykırılık*, s. 122 vd.; GÜNGÖR, *Hata*, s. 40-41; ÖNDER, *Dersleri*, s. 216; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 194-195.

⁶¹⁷ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 851. Öğretide hukuka aykırılık kavramının kapsamının ODNK çerçevesinde belirlenmesinin belirsizlik yarattığı ifade edilmiş ve bu durum eleştirilmiştir. Bkz. ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 191, dn. 49; AYDIN, “*Suçtu*”, s. 149, dn. 82.

ODNK m. 11 hükmüne; alıcının müdavi hekiminin ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer alma yasağına ilişkin ODNK m. 12 hükmüne;⁶¹⁸ ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin tutanakla nasıl saptanacağına ve bu tutanağın düzenlenme koşulları ve saklama süresine ilişkin ODNK m. 13 hükmüne; ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin gösterilmesi zorunlu olan rızaya, rızanın şekline, bunun hangi yakınlar tarafından gösterileceğine ilişkin ODNK m. 14 hükmüne⁶¹⁹ aykırılık halleri, suçun oluşması için zorunlu olan “hukuka aykırılığı” oluşturacaktır. Belirtilmelidir ki söz konusu hükümlerin tamamına değil, yalnızca birine aykırı davranılması durumunda da ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alındığı kabul edilecektir. Örneğin, kişinin sağlığında kendisinden organ veya doku alınmamasına yönelik bir vasiyeti olmasına rağmen, öldükten sonra organ veya doku alınması;⁶²⁰ kişinin sağlığında herhangi bir beyanı olmaması halinde ODNK’da sayılan yakınlarla sorulmadan⁶²¹ veya yakınlar için ODNK’da öngörülen sıraya uyulmadan organ veya doku alınması; yakınların izin

⁶¹⁸ Öğretide ODNK m. 12 hükmüne aykırı davranan hekimin, ölüden organ veya doku alma suçundan dolayı sorumlu olup olmayacağı tartışılmıştır. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 852. Konuyla ilgili bir görüş, bu halde fiilin tipik olduğunu ancak hâkimin tipik bir eylemi önemsiz hareket olarak değerlendirip cezalandırmayabileceği yönündedir. Bkz. AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 131-132. Kanaatimizce, ölüden organ veya doku almanın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda ODNK’nın hükümleri arasında bir farklılık yaratılmadığından, konuya ilişkin ODNK’da öngörülen kurallara uyulmaması durumunda, fiilin hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiği kabul edilmeli ve failin ölüden organ veya doku alma suçunu işlediği sonucuna ulaşılmalıdır.

⁶¹⁹ Öğretide bir görüş, TCK m. 91/2’de öngörülen hukuka aykırılığı yalnızca ODNK m. 14 hükmüne aykırılıkla sınırlandırmaktadır. Bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1562; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3150; MERAN, s. 225. Kanaatimizce, ölüden organ veya doku alınması suçu açısından hukuka aykırılık, ODNK m. 14 hükmüne aykırılıkla sınırlı olmayıp; ölüden organ veya doku alınması konusunda ODNK’da öngörülen diğer kurallara aykırı davranış da bu suça vücut verecektir. Aynı yönde görüş için bkz. CİN, “Organ Nakli”.

⁶²⁰ ŞEN, Yorumu, s. 318.

⁶²¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 108; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 852.

vermedikleri organ veya dokuların alınması;⁶²² ölümü saptayacak hekimler kurulunda alıcının müdavi hekiminin bulunması; tek bir hekimle tıbbi ölümün gerçekleştiğine karar verilmesi gibi hallerde bu suç oluşacaktır. Ölüden organ veya doku alınması konusunda hukukumuzda kural olarak irade modelinin kabul edildiği dikkate alındığında, kişinin öldükten sonra kendisinden organ veya doku alınmasına ilişkin bir beyanının olmaması ve ölüm anında ölünün yanında hiçbir yakınının bulunmaması durumunda ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkün değildir.⁶²³ İtiraz modelinin bir yansıması olarak, aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe kornea gibi cesette değişiklik yapmayan dokuların alınması mümkün olmakla birlikte; aksine bir vasiyetin bulunması ya da aksine bir vasiyet ibraz edilmemesine rağmen yakınların rızaları alınmadan gözün tamamının alınması durumunda ölüden organ veya doku alma suçu oluşacaktır.⁶²⁴ Ölümden sonra kişinin vücudunun inceleme ve araştırma faaliyetlerinde kullanılmasına ilişkin şartları düzenleyen ODNK m. 14/5 hükmü ile tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurtdışından teminine ilişkin şartları düzenleyen ODNK m. 14/6 hükmü, ölüden organ veya doku alınmasıyla ilgili

⁶²² ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 31.

⁶²³ Aynı yönde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 108.

⁶²⁴ “*Dosyanın incelenmesinden, şikayetçinin kızı olan ...'ın ... 24.05.2005 tarihinde kalp yetmezliği nedeniyle vefat ettiği, hastane morguna getirilen cenazenin ... sadece kornealarının alındığı, ... 30.05.2005 tarihinde korneaların iki ayrı hastaya nakledildiği olayda, ... şüpheliler hakkında men-i muhakeme kararı verilmiş ise de, cenazenin defnedilmesi aşamasında gözlerinin tamamen alındığının fark edilmesi üzerine ... Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı'na müracaat edildiği, ... polis memurlarınca Yeni Kozlu Gasilhanesine gidilerek, cesedin sol göz kapağının kaldırıldığında sol gözüün tamamen boş olduğunun, sağ göz kapağının ise dikili olduğunun ... saptandığı, bu tutanakla ölünün gözünün alındığının tespit edildiği anlaşılmıştır... Yetkili Kurulun ... men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanunu'nun 91 inci maddesi ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 15 inci maddesi gereğince yargılanmalarına ... karar verildi.*” (Danıştay 1. Daire, E. 2006/1270, K. 2007/101, 07.02.2007) (Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2006-1270.htm>) (15.11.2015)

olmadığından bu hükümlere aykırılık ölüden organ veya doku alma suçuna vücut vermeyecektir.

Suçun tamamlanabilmesi için hukuka aykırı olarak ölüden organ veya dokunun alınması yeterli olup,⁶²⁵ bir başkasına nakledilmesine veya nakle teşebbüs edilmesine ya da naklin başarılı şekilde gerçekleşmesine gerek yoktur.⁶²⁶ Organ veya dokunun alınması, hukuka aykırı olarak ölünün vücudundan tıbbi yöntemlerle bağımsız hale getirilmesi anlamına gelir ve söz konusu davranışın tamamlanmasıyla birlikte suç da tamamlanır. Bu nedenle suç, bağlı hareketli⁶²⁷ ve neticesiz bir suçtur.

2. Hukuka Aykırılık

Kanuni tipte yer alan “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin, ODNK’da ölüden organ veya doku alınmasına yönelik şartlara bir gönderme niteliğinde olduğunu ve ODNK’daki bu şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi durumunda fiilin, hukuka aykırılığının ortadan kalkacağını düşünüyoruz. Bu itibarla ölüm halinin saptanması, alıcının müdavi hekiminin ya da organ veya doku alacak, saklayacak, aşılacak, nakli gerçekleştirecek hekimlerin ölümü saptama kurulunda yer almaması ve ölüm halinin ODNK’da öngörülen kurallar çerçevesinde saptanmasına ilişkin esaslara uyulmasıyla birlikte ODNK m. 14’te yer alan ölüden organ veya doku alınması için gerekli olan rızanın gösterilmesi halinde fiil hukuka uygun hale gelecektir.

⁶²⁵ ÜZÜLMEZ, s. 130; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3495; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 449; MERAN, s. 225.

⁶²⁶ ŞEN, Yorumu, s. 317.

⁶²⁷ Suçun serbest hareketli suç olduğu görüşü için bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3495; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 450.

ODNK m. 14'ün farklı fıkralarında, ölüden organ veya doku alınmasına yönelik olarak farklı modellerin yansımalarının bulunduğunu ifade etmiştik. Bu itibarla kişinin ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınması veya alınmaması yönündeki beyanı ile bu şekilde bir beyanın bulunmaması durumunda yakınların gösterecekleri rızanın geçerliliğine ilişkin değerlendirmeler, hukukumuzda kural olan irade modelinin düzenlendiği ODNK m. 14/1 ve ODNK m. 14/3 hükümleri çerçevesinde yapılmalıdır. Organ veya doku alınması konusunda gösterilen rızanın geçersiz olması, TCK m. 91/2'de yer alan hukuka aykırılığa vücut verecektir.

Bununla birlikte kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular bakımından itiraz modelinin kabul edilmesi karşısında, bu türden dokuların ölüden alınması kural olarak, hukuka aykırı değildir. Ancak, ODNK m. 14/3 uyarınca kişinin sağlığında, ölümünden sonra kendisinden korneasının ya da hiçbir organ veya dokusunun alınmayacağına yönelik bir iradesi bulunmaktaysa, bu iradenin göz ardı edilerek ölüden organ veya doku alınması, TCK m. 91/2'de yer alan hukuka aykırılığa vücut verecektir.

Zaruret modelinin bir yansıması olan ODNK m. 14/4'ün, TCK m. 25/2'de düzenlenen ve genel bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haliyle ilgili olup olmadığı tartışılmıştır. Konuyla ilgili bir görüş, ODNK m. 14/4'te hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin öngörülmediği; bunun yasa tarafından belirlenmiş ve sınırları farklı olarak çizilmiş özel bir durum olduğu yönündedir.⁶²⁸ Diğer görüş, söz konusu hükümde, “*nakilde ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” ifadesinin de kullanılması karşısında, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin öngörüldüğü

⁶²⁸ ERMAN, s. 223-224.

yönündedir.⁶²⁹ Kanaatimizce, zorunluluk halinin koşulları göz önünde bulundurulduğunda,⁶³⁰ ODNK m. 14/4 hükmünün, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin bir tezahürü şeklinde değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Ayrıca tıbbi müdahale niteliğinde olan ölüden organ veya doku alınması fiilinin hukuka uygunluğunun, sınırları çok daha dar olan zorunluluk haliyle açıklanabilmesi mümkün değildir.⁶³¹ Sonuç olarak, ODNK m. 14/4'teki şartların varlığı halinde ölüden organ veya doku alan hekim, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeninden değil, sınırları ODNK tarafından çizilmiş olan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.⁶³²

3. Kusurluluk

Ölüden organ veya doku alma suçunun taksirli hali Kanunda düzenlenmemiştir. Bu itibarla suç yalnızca kastla işlenebilir. Suçun oluşması için genel kast yeterli olup; failin herhangi bir amaç ya da saikle hareket etmesi aranmamıştır. Bu suçta kast, failin hukuka aykırı olarak⁶³³ ölüden organ veya doku aldığını bilmesi ve istemesidir.

⁶²⁹ AKINCI, Türk Özel Hukukunda, s. 133; AKINCI, “Ölüden Organ Alınması”, s. 143.

⁶³⁰ Bkz. Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, B. 1, Ankara 1968, s. 95 vd.; TOROSLU – TOROSLU, s. 164 vd.; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 223 vd.; ÖNDER, Dersleri, s. 251 vd.; ALACAKAPTAN, s. 113 vd.

⁶³¹ BAYRAKTAR, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 86.

⁶³² Bu takdirde hekimin, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı görüşü için bkz. ERMAN, s. 224; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1560.

⁶³³ Öğretide “özel hukuka aykırılık nedenleri” denilen bu hallerde, fiilin hukuka aykırılığı özel olarak bu suçların tanımı içinde yer aldığından, bu tür suçlarda kasttan söz edilebilmesi için, suçun tanımında özel olarak yer verilmiş olan ve hukuka aykırılığa işaret eden unsurların fail tarafından bilinmesi zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. EREM, Ümanist Doktrin, s. 36-37; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 258-259. GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 451; ARTUK –

Suç teşkil eden fiilin esaslı unsurları üzerindeki hata failin kastını kaldırır. Maddi unsur kısmında da açıklandığı üzere, suç teşkil eden fiilin esaslı unsurları, “*hukuka aykırılık*” ile “*ölüden organ veya doku almak*” tır. Failin, sağ kimseyi ölmüş sanması durumunda cezai sorumluluğu ortadan kalkmaz ve yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu yerine kastı doğrultusunda ölüden organ veya doku alma suçunu işlemiş olduğu kabul edilir.⁶³⁴

TCK m. 91/2’de yer alan “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi, ölüden organ veya doku alma suçu açısından ODNK’da öngörülen ve fiili hukuka uygun hale getiren hükümlere gönderme yaptığından, kanuni tipte yer alan özel bir hukuka uygunluk nedenine işaret etmektedir. Dolayısıyla, söz konusu nedenin varlığına ilişkin hata, genel hukuka uygunluk nedenleri üzerindeki hata gibi sonuç doğurmalı ve TCK m. 30/3’te düzenlenen “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” hükmü uygulama alanı bulmalıdır.⁶³⁵ Bu itibarla, ölüden organ veya doku alınması konusunda ölenin geçerli bir vasiyet düzenlediği veya ölenin üzerinde

GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3496. Suç tipinde “hukuka aykırı” kavramının arandığı hallerde söz konusu ifadenin, münferit kanuni tip unsurunun belirtisi olarak biçimlendirildiği hallerde bunun gerçek bir kanuni tip unsuru olarak failin kastına dahil olduğu; buna karşılık hukuka aykırılığın bütün suç tipiyle ilişkilendirildiği hallerde, bunun gereksiz bir referans olduğu ve failin kastına dahil olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Bernd **HEINRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım I Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı (Editör: Prof.Dr.Dr.h.c. Yener Ünver), B. 1, Ankara 2014, s. 205-206. Bu görüşten hareketle, ölüden organ veya doku alma suçunun kanuni tarifinde yer alan bu ifadenin tüm suçun değerlendirmesiyle ilgili olduğu, hakimi somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı noktasında araştırmaya sevk etmeyi amaçladığı, suçun kanuni tarifinde belli bir unsuru nitelemeyen ve tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olan bu tür hukuka aykırılık hallerinin kastın kapsamına dahil olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ÜZÜLMEZ, s. 131. Kanaatimizce, ölüden organ veya doku almanın hukuka aykırı olması kanuni tanım içinde yer aldığından, failin kastının varlığı için hukuka aykırılığın da bilinmesi şarttır. Örneğin kişinin, ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmaması yönünde bir vasiyet düzenlemesi durumunda, ölüden organ veya doku alan hekimin kastla hareket etmesi için, söz konusu vasiyete rağmen organ veya dokuyu aldığı bilmesi ve bunu istemesi gereklidir.

⁶³⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 108; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 32.

⁶³⁵ GÜNGÖR, Hata, s. 41.

bağış kartı bulunması halinde bu karttaki rızanın geçerli olduğu⁶³⁶ konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail, bu hatasından yararlanmalıdır. Failin kaçınılmaz olarak hataya düşmesi, fiili işlediği sırada söz konusu hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu konusunda yaptığı hata nedeniyle kınanamamasını ve dikkatsiz ve özensiz davranmış olmamasını ifade eder.⁶³⁷ Failin, hukuka uygunluk nedenine ait koşulların gerçekleştiği konusundaki hatası kaçınılmaz değilse ve fail hataya düşmede kusurluysa bu takdirde cezai sorumluluğun nasıl tayin edileceği hususu tartışmalıdır. Konuyla ilgili ilk görüş, failin hataya düşmede kusurunun bulunması durumunda hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı yönündedir.⁶³⁸ Bir diğer görüş genel ilkelerden hareketle, hataya düşmede failin kusurlu olması durumunda, eğer kanunda düzenlenmişse failin taksirli şeklinden dolayı sorumlu olması gerektiği yönündedir.⁶³⁹ Kanaatimizce son görüş üstün tutulmalı ve hukuka

⁶³⁶ AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 134-135.

⁶³⁷ TOROSLU – TOROSLU, s. 189; GÜNGÖR, Hata, s. 69.

⁶³⁸ AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 135. TCK m. 30'un gerekçesi de, “Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır” şeklinde olup, kaçınılabilir hatanın varlığı durumunda failin kastının kalkmayacağını kabul etmektedir.

⁶³⁹ TOROSLU – TOROSLU, s. 190; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel Hükümler, s. 300; GÜNGÖR, Hata, s. 71; ÖNDER, Dersleri, s. 226; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 556; Veli Özer ÖZBEK – Mehmet Nihat KANBUR – Koray DOĞAN – Pınar BACAKSIZ – İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Ankara 2014, s. 454. 765 sayılı mülga TCK döneminde hukuka uygunluk nedenlerinde hataya ilişkin özel bir hüküm Kanunda yer almadığı için, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin koşulların gerçekleştiği konusunda failin kusurlu olması halinde bunun cezai sorumluluğa etki etmeyeceği ileri sürülmüştür. İCK m. 59/3'te yer alan, “fail cezayı ortadan kaldıran nedenlerin varlığını hata ile var sanmışsa, bu nedenler daima onun lehine olarak dikkate alınırlar. Ancak taksirden doğan bir hata söz konusu ise, kanunun fiili, taksirli bir cürüm olarak öngördüğü hallerde cezalandırma imkanı ortadan kalkmış olmaz” hükmün benzeri niteliğindeki bir hükmün düzenlenmiş olması durumundaysa, failin taksirli hatası halinde suç kastının ortadan kalkarak failin suçun taksirli biçiminden sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur. Bkz. TOROSLU, Zaruret Hali, s. 160; Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, B. 1, Ankara 1995, s. 151.

uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği konusunda kusurlu olarak hataya düşülmesi durumunda, failin kastının ortadan kalktığı ve düzenlenmesi durumunda suçun taksirli şeklinden dolayı sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Ölüden organ veya doku alınması suçunun taksirli şekli düzenlenmediğinden, failin hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği konusunda taksirli olarak hataya düşmesi durumunda, kastının kalkacağı ve cezai açıdan sorumluluğunun bulunmayacağı kanaatindeyiz.

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Ölüden organ veya doku alma suçuna, kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi teşebbüs mümkündür.⁶⁴⁰ Suç, beyin ölümü gerçekleşmiş bulunan ölüden organ veya dokunun alınmasıyla tamamlandığına göre; fail ölüden organ veya doku almak için müdahaleye başladığında ancak organ veya doku vücuttan bağımsız hale getirilmeden yakalandığında suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Örneğin, kendisine beyin ölümü tanısı konulan ancak cihazlarla birlikte suni olarak dolaşım ve solunumu sürdürülen ölüden, böbreğini almak için kesi oluşturan ancak henüz böbreği vücuttan çıkaramayan hekimin fiili, ölüden organ veya doku alınmasına teşebbüs olarak nitelendirilecektir.

⁶⁴⁰ Aynı yönde görüşler için bkz. AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 142; YAŞAR – GÖKCEN – ARTUÇ, s. 3153; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 453; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3497.

Ölüden organ veya doku alma konusunda icra hareketlerine başlayan fail, gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçerse bu halde gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Organ veya dokunun beyin ölümü gerçekleşmiş olan ölülerden alındığı göz önüne alındığında bu halde, hekimin tamam olan fiilinin kasten yaralama olabilmesi mümkün değildir. Failin tahkir kastıyla hareket etmediği göz önünde bulundurulduğunda, tamam olan kısmın TCK m. 130/2’de düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturabilmesi de mümkün değildir.⁶⁴¹ Bu itibarla, ölüden organ veya doku alma suçundan gönüllü vazgeçen failin, tamam olan fiilinin başka bir suça vücut vermediğini düşünüyoruz.

2. İştirak

Kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi, ölüden organ veya doku alma suçu da özgü suç olduğundan özgü suça iştirake ilişkin esaslar burada da geçerlidir. Ölüden organ veya doku alınması, genellikle birden çok kişinin katılımını gerektiren bir ameliyatla gerçekleştirilebildiği için, tipik fiili gerçekleştirilmemekle birlikte tipik fiili gerçekleştiren failin fiiliyle hem zaman olan ve tipik fiilin gerçekleştirilebilmesi için zorunlu olan diğer kimselerin fiilleri, bu kimselerin müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını gerektirir. Örneğin, kişinin sağlığında veya öldükten sonra yakınlarının gösterdiği herhangi bir rıza bulunmamasına rağmen, beyin ölümü gerçekleşmiş bulunan ölünün kalbini alan ekipte, kalbi bulunduğu yerden alan cerrahla birlikte, kalbin canlılığının korunabilmesi için gerekli ilaçları

⁶⁴¹ Ölüden organ veya doku alma suçundan gönüllü vazgeçene failin, kişinin hatırasına hakaret suçundan sorumlu olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 453; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3497.

enjekte eden kimse de müşterek fail olarak bu suçtan sorumludur. Asli failin organ veya doku naklini gerçekleştirmeye yetkili bir hekim olması ve özgü suç failinin niteliklerini taşıması durumunda, suça katılan diğer kişilerin de aynı niteliğe sahip hekimler olmaları gerekmez.⁶⁴²

Ölüden organ veya doku alma suçunun, dolaylı faillik yoluyla işlenebilmesi mümkündür. Nitekim bu kimseler, özgü suç olması nedeniyle ölüden organ veya doku alma suçunu doğrudan işleyemeseler de, fiilin gerçekleştirilmesinde organ veya doku almaya yetkili olan hekimi araç olarak kullanabilirler. Dolaylı faillik, aracının hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusundaki hatadan yararlanma ya da bizzat bu hataya düşürme şeklinde olabilir.⁶⁴³ Örneğin, kendisini, ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınması yönünde bir vasiyeti bulunmayan ölünün bir yakını gibi tanıtan ve ölüden organ veya doku alınması için hekimleri araç olarak kullanan kimse ölüden organ veya doku alma suçundan TCK m. 37/2'ye göre sorumludur.

Bununla birlikte suça iştirak iradesini taşıyan ve ölüden organ veya doku alınmasında verilen rızanın hukuka aykırı olduğunu bilen sağlık ekibinin, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku almaları halinde, hukuka aykırı olarak rıza gösteren kimse somut olaya göre azmettiren veya yardım eden sorumlu tutulabilecektir.

⁶⁴² AYGÜN EŞİTLİ, s. 158.

⁶⁴³ Bkz. AYGÜN EŞİTLİ, s. 157.

3. İçtima

Ölüden organ veya doku alınması suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması kolay olmamakla birlikte teorik açıdan mümkündür. Bunun için aynı ölüden bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması gereklidir. Örneğin, kişinin ölümünden sonra kendisinden bütün organ veya dokularının alınmaması yönünde bir vasiyetinin bulunmasına rağmen, failin beyin ölümü gerçekleşmiş ölünün önce korneasını daha sonra da kalbini alması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Bununla birlikte, bir suç işleme kararının icrası kapsamında olsa da farklı ölülerden organ veya doku alınması zincirleme suça vücut vermez.⁶⁴⁴ Ölüden organ veya doku alma suçunun, kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi, tek bir hareketle birden fazla kimseye karşı gerçekleştirilebilmesinin mümkün olmadığını ve TCK m. 43/2'nin bu suç bakımından da uygulanamayacağını düşünüyoruz.

ODNK m. 15'teki, *“Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan ... hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur”* hükmü ile TCK m. 91/2 hükmü, aynı fiili cezalandıran iki farklı kanun niteliğindedir. Bu itibarla ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma fiiline hangi hükmün uygulanacağı öğretide tartışmalıdır. İlk görüş, ODNK'nın yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hükmün bulunmaması karşısında her iki Kanunun da yürürlükte olduğu sonucundan hareketle, sorunun TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtimayla çözümlenmesi ve daha ağır yaptırım öngören ODNK hükmünün uygulanması

⁶⁴⁴ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3497; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 454.

gerektiği yönündedir.⁶⁴⁵ İkinci görüş, TCK m. 91 hükmü, ODNK'nın ceza içeren bütün hükümlerini yürürlükten kaldırdığı için bu fiillere ilişkin TCK hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği yönündedir.⁶⁴⁶ Konuyla ilgili son görüşse, her iki Kanunun da yürürlükte olması ve ODNK m. 15'te öngörülen yaptırımların TCK m. 91/2'den daha ağır olması nedeniyle, ölüden organ veya doku alma fiilleri için ODNK m. 15 hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir.⁶⁴⁷ Kanaatimizce, ODNK m. 15'te öngörülen yaptırımın TCK m. 91/2'den daha ağır olması ve normlar çatışmasının ODNK m. 15'teki "*fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*" ifadeyle çözümlenmesi karşısında, ODNK m. 15'teki yaptırımların uygulanması gerekir. Bu itibarla, TCK m. 91/2 hükmünde öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için ya ODNK m. 15 hükmünün açıkça ilga edilmesi ya da TCK m. 91/2 hükmü için öngörülen yaptırımın ODNK m. 15 hükmüne nazaran daha ağır şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Ölüden organ veya doku alma suçuna vücut veren fiilin, aynı zamanda TCK m. 130/2'de yer alan kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturup oluşturmayacağı da hem 765 sayılı mülga TCK⁶⁴⁸ hem de 5237 sayılı TCK döneminde tartışılmıştır.

⁶⁴⁵ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3498; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 454; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3155; MERAN, s. 229.

⁶⁴⁶ ÖMEROĞLU, s. 68; DONAY – KAŞIKÇI, s. 144.

⁶⁴⁷ ŞEN, Yorumu, s. 318, 326.

⁶⁴⁸ 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay kararına konu olan bir olay ve karar şu şekildedir: "*Sanıklar Ankara Dışkapı Sosyal Sigortalar Hastanesi Göz Kliniği şefi doktor C.S.U ile aynı hastanede asistanlarından doktor O.D'in eylemleri, bu hastanede 27.02.1974 tarihinde kanserden ölen Y.I'nun cesedinden ertesi sabah gözünü alarak 20 yıldan beri görmeyen ve hastanede beklemekte olan H.Y adındaki hastaya ameliyatla nakledilmiş bulunmalarından ibaret olup ... sanık doktorlar hakkında TCK nun 178/2. maddesi uyarınca cezalandırılmaları isteği ile açılan kamu davası sonunda mahkeme müsnet suçun kanuni unsurlarının tekevvün etmediği ve hırsızlık kastı da bulunmadığını belirterek sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir... Konunun ceza safhasına gelince: Bazı ülkelerde doktorların yapmakta oldukları organ nakli (Transplantasyon) hakkında kanunlar çıkartılmış ve bunun şartları tesbit edilmiştir. Türkiye'de yıllardan beri doktorlar tarafından bu konuda çalışmalar ve ameliyatlar yapılmakta ise de mevzuatta organ nakline ait gerekli hükümler bulunmadığı gibi*

Kişinin hatırasına hakaret suçu TCK m. 130/2’de, “*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 cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Konuyla ilgili bir görüş, ölüden organ veya doku alma suçuna vücut veren fiilin aynı zamanda kişinin hatırasına hakaret suçuna da vücut verdiği, bir fiille Kanunun farklı hükümlerinin ihlal edildiği, bu nedenle de fikri içtima hükümlerinin uygulanarak cezası daha ağır olan kişinin hatırasına hakaret suçundan dolayı fail hakkında hüküm kurulması gerektiği yönündedir.⁶⁴⁹ Bir diğer görüşten yana olan yazarlara göre, kişinin hatırasına hakaret suçunda failin tahkir edici bir fiili ve tahkir kastı arandığı için, ölüden organ veya doku alınması suçuna vücut veren fiiller, kişinin hatırasına hakaret kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla failin tahkir kastı yerine ölüden organ veya doku alma amacıyla hareket ettiği hallerde, ölüden

*teessüs etmiş içtihat da yoktur. Konuyu TCK 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 naaşını tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa ... cezalandırılır) hükmü konulmuştur. Mevaz kanun yapıldığı veya dilimize çevrildiği zamanlarda organ nakli diye tıbbi bir mevzu yoktu. Kanun koyucunun mevcut olmayan organ nakli konusunu da bu maddenin 2. fıkrasıyla müeyyide altına aldığı düşünülemez. Maddenin bu fıkrasını incelerken TCK nun 2. babının 2. fıkrasındaki başlığı da göz önünde tutmak lazımdır. Başlıkta (din hürriyeti aleyhine cürümler) denmektedir... 178. maddedeki hükümlerle mezara ve ölüye tecavüz önlenmek istenmiştir. Doktorların, yaptıkları tıbbi çalışmaların din hürriyeti veya ölüye tecavüzle alakası ve münasebeti yoktur. 178. maddenin 2. fıkrasını yorumlarken dar mana vermeyerek geniş ve ilerletici yorum yapmak zorunluluğu vardır... Kanun koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dar bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmalarını ve fennin ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazunca bir an evvel organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukuki yönlerini tayin ve tesbit etmektir.” (Yargıtay 4. CD., E. 1975/2433, K. 1975/3150, 03.06.1975) Bkz. DÖNMEZER, *Organ*, s. 373-375. 765 sayılı mülga TCK döneminde öğretilde de, ölüden organ veya doku alınması suçuna vücut verebilecek fiillerin, hırsızlık veya ölünün vücut parçalarına tahkir edici fiillerde bulunma suçu kapsamında olmadığı ifade edilmekteydi. Bkz. Sulhi DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, B. 11, İstanbul 1981, s. 299; DÖNMEZER, *Organ*, s. 375 vd.; KIYAK, s. 67 vd.; Faruk EREM, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. 2, B. 1, Ankara 1993, s. 1175; Ayhan ÖNDER, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 4, İstanbul 1994, s. 22 vd.*

⁶⁴⁹ AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 146.

organ veya doku alma suçuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁶⁵⁰ Kanaatimizce, failin tahkir kastıyla hareket etmediği durumlarda, ölüden organ veya doku alma suçuna vücut veren fiillerin, kişinin hatırasına hakaret suçuna vücut verebilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku aldığını bilen ve bunu isteyen fail tahkir kastıyla hareket etmediğinden, fiil kişinin hatırasına hakaret suçuna vücut vermeyecektir. Bunun haricinde bu maddede yer alan ölülerden, beyin ölümü gerçekleşmiş olan ve organ veya dokuları canlılığını sürdürenlerin kastedildiğini kabul ettiğimiz için, kişinin hatırasına hakaret suçuyla ölüden organ veya doku alma suçu arasında bir farklılık da bu noktada ortaya çıkabilecektir. Zira beyin ölümü gerçekleşmiş olanlar üzerinde, failin kastına göre, kişinin hatırasına hakaret veya ölüden organ veya doku alma suçunun işlenebilmesi mümkünken; klasik ölüm anlayışına göre ölümü gerçekleşmiş olanlar üzerinde ölüden organ veya doku alınması suçunun işlenebilmesi mümkün değildir.⁶⁵¹ Ayrıca, ölünün organ veya dokularının mal olarak sayılabilmesi mümkün olmadığı için, bunların ölünün yakınlarının rızası olmaksızın alınması durumunda fiil, hırsızlık suçunu da oluşturmayacaktır.

F. SUÇUN MUHAKEMESİ

Ölüden organ veya doku alınması suçunun takibi şikâyete bağlı olmayıp, re'sen yapılmaktadır.

⁶⁵⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 855; TANERİ, s. 493; SOYASLAN, “Nakilleri”, s. 136.

⁶⁵¹ Kişinin hatırasına hakaret suçu ile ölüden organ veya doku alma suçunda, Kanunda aranan ölülerin farklılık arz etmediği ve bu açıdan maddelerde fark olmadığı görüşü için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 854-855; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 136.

Bu suçta, kişiden organ veya doku alma suçundan farklı olarak, maddi konunun organ veya doku olmasına göre yaptırımında bir farklılığa gidilmemiştir. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması durumunda, TCK m. 91/2'deki 1 yıla kadar hapis cezası hükmü yerine; ODNK m. 15'teki 2 yıldan 4 yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası⁶⁵² hükmünün uygulanacağını düşünüyoruz.

Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, kişiden organ veya doku alma suçunun aksine, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak öngörülmemiştir.⁶⁵³ Bununla birlikte, ölüden organ veya doku alma suçunu işlemek amacıyla TCK m. 220 anlamında bir suç örgütü kurulmuşsa, gerçek içtima kuralları gereği örgütteki konumuna göre örgütü kuran, yöneten, üye olan, üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden veya örgütün propagandasını yapan kişiler bu fiillerinden dolayı sorumlu olacaklardır.

Ölüden organ veya doku alma suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda TCK m. 91/7 hükmü gereği tüzel kişilere özgü olan iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Ölüden organ veya doku alma suçunda madde itibarıyla yetkili mahkeme, asliye ceza mahkemeleridir. Yer yönünden yetkili mahkeme ise, ölüden organ veya dokunun alındığı yerdeki mahkemedir.

⁶⁵² 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasındaki, “*Kanunlarda öngörülen ‘ağır para’ cezaları, ‘adli para’ cezasına dönüştürülmüştür*” hükmü gereğince söz konusu ifadeden adli para cezasının anlaşılması gereklidir. Aynı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası ise, “*Bu kanunlarda Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapıncaya kadar alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dörtyüzmilyon, üst sınırı yüz milyar Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz*” şeklindedir.

⁶⁵³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 848.

Bu suç için dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-e hükmü gereği 8 yıldır.

IV. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU

A. HUKUKİ KONU

TCK m. 91/3'te düzenlenen suç, madde başlığını da karşılar tarzda organ veya dokunun satılması, satın alınması ve satıma aracılık edilmesini cezalandırmaktadır. Bu itibarla insani ve vicdani gerekçeler dışında organ veya dokuların menfaate konu edilmesi, organ veya doku satın alınması, gerek alan ve satan gerekse organ veya doku satımına aracılık eden kişiler bakımından suç sayılmıştır.⁶⁵⁴ Bir görüşe göre bu suçun hukuki konusu, insanın vücudunun, organ veya dokularının ticarete konu yapılmamasına ilişkin kamusal yarardır.⁶⁵⁵ İkinci görüş uyarınca suçun hukuki konusu, kişinin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, irade hürriyeti, insan onuru ve ekonomik çaresizliğinin sömürülmemesidir.⁶⁵⁶

Kanaatimizce insan organ veya dokularının ticaretinin yapılmamasına ilişkin kamusal bir yararın bulunduğu kabul edilerek suçun hukuki konusunun, insan organ veya dokularının ticarete konu olmamasına ilişkin kamusal yarar olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Zira karşılaştırmalı hukukta da insan organ veya dokularının ticarete konu edilmesinin ahlaka aykırı görülmesi, hastalıklı organ veya dokuların nakledilmesinin sağlık açısından önemli riskleri barındırması gibi kamusal

⁶⁵⁴ ŞEN, Yorumu, s. 319.

⁶⁵⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 109; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 34.

⁶⁵⁶ AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 128-129; TANERİ, s. 484.

menfaatlerden dolayı, organ veya doku ticaretine yönelik fiillerin genel olarak cezai yaptırım altına alındığı görülmektedir.⁶⁵⁷

B. MAĞDUR VE MADDİ KONU

Organ veya doku ticareti suçu için en tartışmalı konulardan biri, bu suçta mağdurun belirlenmesidir. Konuyla ilgili ilk görüşü savunanlar, aynı kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olamayacağına yönelik ceza hukukunda geçerli olan ilkeyle çelişen bazı düzenlemelerin TCK’da yer aldığına işaret ederek; söz konusu düzenlemelerden birinin organ veya doku ticareti suçu olduğunu, aynı kişinin suçun hem faili hem de mağduru olamayacağını gözden kaçırıldığını ifade etmişlerdir. Buna göre, vücut dokunulmazlığına karşı işlenen bir suç olan organ veya doku ticareti suçunda, mağdurun, organ veya dokuları satılan kimse olduğu belirtilmiş ve bu fıkroda organ veya dokusunu satan kimseler açısından fail ile mağdur sıfatının birleştiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, söz konusu suçun topluma karşı suçlar arasında “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmesinin daha doğru olacağı da ifade edilmiştir.⁶⁵⁸ Konuyla ilgili diğer görüş, bu fıkroda düzenlenen suçun çok failli bir suç olmasından hareketle, organ veya dokusunu menfaat karşılığında satan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı yönündedir.⁶⁵⁹ Bir diğer görüş, bu suçun mağdurunun devlet olduğu yönündedir.⁶⁶⁰ Son görüşse, her ne kadar kişilere karşı suçlar arasında düzenlense de, organ veya

⁶⁵⁷ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1555.

⁶⁵⁸ KATOĞLU, “*Suçun Mağduru*”, s. 663-664; TOROSLU – TOROSLU, s. 106, dn. 1.

⁶⁵⁹ ÜZÜLMEZ, s. 132. Bununla birlikte, kişinin kendi organ veya dokusunu satması durumunda kimin mağdur olarak sayılması gerektiğine yönelik bir açıklama bulunmamaktadır.

⁶⁶⁰ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3146; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1556.

doku ticareti suçunun belirli bir mağduru olmadığı yönündedir. Doktrinde, mağduru gayri muayyen suçlar⁶⁶¹ olarak adlandırılan bu tür suçlarda, ilk görüşe benzer şekilde, toplumun kendisinin mağdur kabul edildiği ve suçların düzenlenme yerinin “Topluma Karşı Suçlar” kısmı olması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁶² Fiil unsuru kısmında da açıklayacağımız üzere, bu fıkra da kişinin kendi organ veya dokusunu satması da cezalandırıldığı için, kişinin kendi organ veya dokusunu satması halinde bu suçun mağduru olmayacağına yönelik çıkarımların isabetli olmadığını düşünüyoruz. Zira TCK m. 92’de düzenlenen zorunluluk hali hükmü ile TCK m. 93’te düzenlenen etkin pişmanlık hükmü de, kendi organ veya dokusunu satan fail açısından düzenlenmiş hükümlerdir. Bunun haricinde, özel hukuki varlık veya menfaatlerin ihlalinin, aynı zamanda devletin bu varlık veya menfaatlerin korunmasına ilişkin genel menfaatinin ihlali olmasından dolayı, devletin her suçun genel pasif süjesi olarak sayılabilmesi mümkün olsa da,⁶⁶³ organ veya doku ticareti suçunun mahsus mağdurunun devlet olduğunun ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Organ veya doku ticareti suçunun düzenlenme yerine ilişkin eleştirilere katılmakla birlikte; bu suçta mağdurun toplum olduğunu düşünüyoruz. Zira, kişilerin organ veya dokularını alım satıma konu etmesi, herhangi bir satım sözleşmesi niteliğinde olmayıp; toplumdaki kişileri ilgilendiren bir fiildir ve söz konusu organ veya

⁶⁶¹ Organ veya doku ticareti suçu bağlamında da tartışılan ve TCK’nın zincirleme suçla ilişkin 43/1. maddesinin son cümlesine eklenen, “mağduru belli olmayan suç” kavramı doktrinde tartışılmaktadır. Bkz. KATOĞLU, “Suçun Mağduru”, s. 679 vd.; YALÇIN SANCAR, “Zincirleme Suç”, s. 256-257; HAFIZOĞULLARI, “Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda”. İtalyan Hukukunda “*I Delitti Vaghi*” olarak adlandırılan ve doğası gereği belirsiz sayıdan birden fazla bireye yönelen bazı suçlar, mağduru gayrimuayyen suç olarak kabul edilmektedir. Bunlar arasında toplumun güvenliğine karşı suçlardan, yangın çıkarma, gemi, tren kazası gibi suçlar örnek gösterilmiştir. Bkz. ANTOLISEI, s. 163; FIANDACA – MUSCO, s. 134-135.

⁶⁶² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 109-110.

⁶⁶³ FIANDACA – MUSCO, s. 134; TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 56; TOROSLU – TOROSLU, s. 107-108.

dokuların satıma konu edilmemesinde toplumun çıkarının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Organ veya doku ticareti suçunun hukuki konusu başlığı altında yaptığımız açıklamalarla da tutarlılık arz etmesi açısından, mağdurun bu şekilde belirlenmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Suçun maddi konusunun, yukarıda açıkladığımız suçlarda olduğu gibi alınan organ veya dokular olduğunu⁶⁶⁴ düşünüyoruz. Söz konusu organ veya doku, yaşayan bir kimseden alınabileceği gibi ölüden de alınabilir.⁶⁶⁵ Aksi yönde özel bir düzenleme bulunmaması halinde, ODNK kapsamında bulunmayan organ veya dokuların satılması, satın alınması veya satımına aracılık edilmesi fiilleri için de TCK m. 91/3 hükmü uygulanacaktır. Organ veya doku niteliği taşımayan insan kökenli biyolojik maddelerin, bu suçun maddi konusunu oluşturabilmesi mümkün değildir.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 34; ÜZÜLMEZ, s. 132; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 457; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3501.

⁶⁶⁵ ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 33; ÜZÜLMEZ, s. 132; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1562; GERÇEKER, s. 1943; ŞEN, Yorumu, s. 319; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 853.

⁶⁶⁶ Benzer yönde görüş için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 848. “Sanıklardan M.S.K suç tarihlerinde Özel ... Antalya Hastanesinde sanık S.Ö’de ... tüp bebek merkezinde uzman doktor olarak görev yapmaktadır. Sanıklar hakkındaki iddia, doku ticaretine aracılık yapmak ve bilinçli taksirle yaralanmaya neden olunması eylemidir. Dosyamız Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kuruluna gönderilerek 2 kez rapor alınmıştır. Kurulun 4.8.2010 tarihli raporunda ovum (yumurta) kadın üreme hücresi mahiyetindedir denilmektedir... Organ veya doku ticareti bu suçta aracılık yapmak eylemi yönünden, öncelikle dava konusunun doku veya organ olup olmadığının saptanması gereklidir. İddianamenin konusu kadın yumurtasının ‘organ-doku sayıldığı’ adli tıp kurumu raporunda açıkça belirtilmediği gibi bu durum herkes tarafından da kolaylıkla bilinebilecek bir husustur. Tıbben organ veya doku sayılmayan ‘yumurta’ hakkında söz konusu TCK maddesinin uygulanması mümkün değildir... Kaldı ki sanıkların doktor olarak tıbben yumurta bağıışı olayı dışında maddi çıkar sağlayarak ‘ticaret’ anlamında bu işi yaptıklarına veya aracılık ettiklerine dair iddia dışında somut hiçbir delil mevcut değildir... Katılan ve vekili tarafından da bu yönde delil veya operasyon belgeleri sunulmadığı için dosyadaki iddia ve beyanlarla sanıkların tıbbi kusurlarının tespit edilmesi mümkün olmayacağından bu yönde araştırma yapılmaksızın sanıkların bu eylemleri de sabit görülmemiştir.” (Antalya 8. ASCM., E. 2008/436, K. 2011/210, 18.04.2011) Bkz. TANERİ, s. 495-496. Söz konusu hüküm, Yargıtay 12. CD.’nin E. 2013/7704, K. 2013/17915 numaralı ve 01.07.2013 tarihli kararıyla onanmıştır.

C. FAİL

Organ veya doku ticareti suçunda herkes suçun faili olabilir. Bu suçta zorunlu olarak organ veya dokuyu satan ve satın alan bulunduğu için, bu karşılıklılık bağıntısından ötürü suç çok failli bir suçtur.⁶⁶⁷ Özel kısımda yer alan normda, suçun varlığı için birden çok failin bulunmasının gerekli görüldüğü hallerde çok failli suçtan söz edilir ve bu durumda kanuni tip, failin birden çok olmasını suçun kurucu unsuru haline getirir. Dolayısıyla burada tek kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir bağımsız suç kategorisi söz konusudur.⁶⁶⁸ Organ veya doku ticareti suçunda, faillerin hareketlerinin karşılıklı yönere sahip olması arandığı için⁶⁶⁹ bir karşılaşma suçudur. Aynı zamanda hareketlerin cezalandırılmasında açıklanan iradelerin karşılaşması ve bir sözleşmenin bulunması gerektiği için bu suçun, karşılaşma suçlarının bir alt kategorisi olan sözleşme suçu⁶⁷⁰ olarak nitelendirilmesinin doğru olacağını düşünüyoruz.

Söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesiyle birlikte, failler buna bağlı olarak adlandırılırlar. Başka bir ifadeyle, satma fiilini gerçekleştiren kimse satan; satın alma fiilini gerçekleştiren kimse satın alan; aracılık yapan kimseyse aracı sıfatını kazanır. Failler bu sıfatları almakla birlikte suç özgü suç niteliği kazanır.⁶⁷¹ Her fail kendi fiili

⁶⁶⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 109; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 33; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 853; TANERİ, s. 484; ÜZÜLMEZ, s. 132; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1562; ŞEN, *Yorumu*, s. 319; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 129; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 455.

⁶⁶⁸ MANTOVANI, s. 523-524; ANTOLISEI, s. 510; FIANDACA – MUSCO, s. 356-357; Türkan YALÇIN SANCAR, *Çok Failli Suçlar*, B. 1, Ankara 1998, s. 27-28; TOROSLU – TOROSLU, s. 335; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 325; ÖNDER, *Dersleri*, s. 433; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 532.

⁶⁶⁹ YALÇIN SANCAR, *Çok Failli*, s. 120.

⁶⁷⁰ YALÇIN SANCAR, *Çok Failli*, s. 125.

⁶⁷¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 109; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 33.

olan satmak, satın almak ve aracılık yapmak fiilinden sorumludur.⁶⁷² Satan, satın alan veya aracı konumunda birer kişi olabileceği gibi birden fazla kimse de olabilir. Birden çok satan, satın alan ya da aracı varsa bu kimselerin her biri TCK m. 37 anlamında faildir.⁶⁷³

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

Organ veya doku ticareti suçunun fiil unsuru, TCK m. 91/3'te, organ veya dokunun “*satın alınması*”, “*satılması*” ve “*satılmasına aracılık edilmesi*” şeklinde düzenlenmiştir.

Farklı görüşler bulunmakla birlikte,⁶⁷⁴ öğretide organ veya dokunun satılmasından, hem bir kimsenin kendi organ veya dokularını satması hem de bir kimsenin diğer bir kimseden aldığı organ veya dokuyu satmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷⁵ Maddenin gerekçesinde⁶⁷⁶ de yer aldığı üzere, satım

⁶⁷² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 109.

⁶⁷³ ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 33; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 109; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 457; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3500.

⁶⁷⁴ Organ veya doku satmanın, yalnızca kişinin kendi organ veya dokusunu satması olarak anlaşılması gerektiği ve başkasının organ veya dokusunun satılmasının aracılık etme olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 260; ÖZBEK, s. 541.

⁶⁷⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 110; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 34. TCK m. 91'in getirdiği en önemli sonuçlardan birinin cezaların artırılmasının yanı sıra, kendi organını satana da ceza öngörmesi olduğu görüşü için bkz. HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 846.

⁶⁷⁶ Maddenin gerekçesi, “*Üçüncü fıkrada, organ ve doku ticareti, suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi açısından kişiden veya ölüden organ veya dokunun, hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur. Burada önemli olan, organ veya dokunun para veya*

konusu olan organ veya dokunun hukuka uygun veya hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olması önemli olmadığı gibi; organ veya dokunun yaşayan bir kimse ya da ölüden alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.⁶⁷⁷ Organ veya dokusunu satan kişinin buna mecbur kalması satma fiilinin oluşumu bakımından önemli olmayıp; aşağıda inceleyeceğimiz üzere, failin kusurluluğuyla ilgili bir sorundur.⁶⁷⁸

Satma fiili, organ veya dokunun bir bedel veya ivaz karşılığında sözleşmeye konu edilerek teslim edilmesini ifade ederken; satın alma fiili de, satım sözleşmesine konu edilen organ veya dokunun bedel veya ivaz karşılığında teslim alınmasını ifade eder.⁶⁷⁹ Herhangi bir bedel ya da ivaz olmaksızın organ veya dokuların başkasına teslim edilmesi hali, bağış niteliğinde olduğu için, bu halde organ veya doku ticareti suçu oluşmayacaktır.⁶⁸⁰ Bu itibarla, fıkra da yer alan satma ve satın alma hareketleri bakımından suç; bağlı hareketli, ani ve neticeli bir suçtur.⁶⁸¹ Buna göre, organ veya dokunun satımı konusunda icapta bulunularak satışa arz edildiğinde satma hareketi

sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır. Bu bakımdan, söz konusu suç, çok failli bir suç özelliği taşımaktadır” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶⁷⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 34; ÜZÜLMEZ, s. 132; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1562.

⁶⁷⁸ ÜZÜLMEZ, s. 132.

⁶⁷⁹ Benzer yöndeki tanım için bkz. GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 455, 457; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3499-3500; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 133.

⁶⁸⁰ GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 456; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3500; DONAY – KAŞIKÇI, s. 145. “Sanık T. B.’in sanık M. K.’a ait çiftlikte uzun zamandır hayvancılık ve çiftçilik yaptığı, sanık Mehmet’in böbrek hastası olması sebebiyle babası gibi sevdiğini söylediği sanık Mehmet’e böbreğini vermek amacıyla Mehmet’in oğlu sanık Teyfik’in kimliğine kendi fotoğrafını yapıştırarak birlikte Antalya Medikalpark Hastanesine müracaat ederek, Mehmet’in oğlu olduğunu beyanla Mehmet’e böbrek naklinin yapılmasını sağlamaları şeklinde gerçekleşen eylemde, dosya içindeki hiçbir maddi karşılık beklenmeden, hukuka uygun rızaya dayanılarak organ verildiğine ilişkin evraklar ve sanıkların bunu doğrulayan aşama savunmalarının aksine, mahkumiyetlerine yeterli başkaca delil bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatleri yerine, yazılı şekilde dosya kapsamına uygun düşmeyen, varsayım dayalı gerekçeyle mahkumiyetlerine hükmedilmesi...” (Yargıtay 12. CD., E. 2013/13718, K. 2014/6023, 11.03.2014) Erişim: <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (12.12.2015)

⁶⁸¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 34.

bakımından suçun icrasına başlanılmış sayılmalıdır. İlgili organ veya dokunun alıcıya teslimiyle birlikte suç tamamlanacaktır. Benzer şekilde satın alma hareketi bakımından da, alıcı kendisine yapılan icabı kabul etmekle birlikte suçun icrasına başlamış; organ veya dokuyu teslim almakla da suç tamamlanmış olmaktadır.⁶⁸²

Organ veya doku ticareti suçu kapsamında düzenlenen aracılık etme fiili, organ veya dokuyu satan ile satın alanı karşı karşıya getirmek ve buluşturmadır.⁶⁸³ Organ veya doku satılmasına aracılık etme, aracının, satıcıyla alıcıyı karşı karşıya getirmesiyle birlikte tamamlanacağı için, satma ve satın alma suçlarından farklı olarak bu suç neticesiz bir suçtur.⁶⁸⁴ Öğretide aracılık etme fiili bakımından satım sözleşmesinin yapılmış olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁸⁵

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, organ veya dokuların vücuttan çıkarıldıktan sonra bedel veya ivaz karşılığı satılması, alınması veya aracılık edilmesi mümkün olabileceği gibi; bedel veya ivaz karşılığında, organ veya dokuların

⁶⁸² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 34. Anlaşmanın kurulmasıyla birlikte suçun tamamlandığı ve para ya da sair menfaatin sağlanıp sağlanmamasının suçun oluşmasında önemli olmadığı ve suçun bu itibarla neticesiz suç olduğu görüşü için bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1562; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3152; ŞEN, Yorumu, s. 321; GERÇEKER, s. 1943; MERAN, s. 226. “Gazetecan.com adlı internet sitesinde 10.11.2010 tarihinde katılan sanık ile sanık arasında maddi menfaat karşılığı böbrek nakli ve akabinde çıkan anlaşmazlıkla ilgili olarak yapılan haberler neticesinde soruşturma başlatıldığı, katılan sanık M. T. içinde bulunduğu ekonomik koşullarının kötü olmasından dolayı sanığa ait fabrikada işçi olarak çalıştığı, hastalığı sebebiyle organa ihtiyacı bulunan sanık A. D. kendisine ev, araba ve maaş ödemesi karşılığında bir böbreğini vermeyi kabul ettiğine ilişkin aşama savunmaları, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin dosya içindeki bilgiler, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından, böbrek hastası olan sanık A. D.'e ait fabrikada işçi olarak çalışan katılan sanık M. T. ile Mehmed'e maddi menfaat sağlama hususunda aralarında sözlü olarak anlaşmalarını müteakiben, resmi yollarla uygun şekilde organ naklinin gerçekleştiği, yasada tanımlanan suçun bu şekilde oluştuğu anlaşılacakla hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı gerekçeyle beraatlerine hükmedilmesi...” (Yargıtay 12. CD., E. 2013/27794, K. 2014/18501, 23.09.2014) Erişim: <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (12.12.2015)

⁶⁸³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 111; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 35.

⁶⁸⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 111; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 35.

⁶⁸⁵ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1562; MERAN, s. 226.

vücuttan alınmasından sonra bunların satılması, satın alınması veya satımına aracılık edilmesi de mümkündür.⁶⁸⁶ Ancak, organ veya doku satımı için zorunlu olan bedel veya ivaz konusundaki anlaşmanın, organ veya dokunun naklinden veya tesliminden önce taraflar arasında yapılmış olması şarttır.⁶⁸⁷ Başka bir ifadeyle taraflar, organ veya dokunun naklinden önce bedel veya ivaz kararlaştırmaksızın, söz konusu nakli bağış esası içinde gerçekleştirmişlerse; naklin tamamlanmasından sonra alıcının kendi iradesiyle verici ya da aracıya menfaat sağlaması⁶⁸⁸ bu suça vücut vermeyecektir.⁶⁸⁹ Organ veya doku naklinin bağış esasıyla gerçekleştirilmesinden

⁶⁸⁶ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3152.

⁶⁸⁷ ŞEN, Yorumu, s. 319.

⁶⁸⁸ Organ veya doku satımı sözleşmesine konu olmamış menfaat temininin, TCK m. 91/3'e vücut vermeyeceği belirtilmekle birlikte, bu fiillerin ODNK m. 15 anlamında suç teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu kabulü, ODNK m. 3'te yer alan, "Bir bedel veya başkaca çıkar" ifadesinin gerektirdiği ve satım sözleşmesinin edimi niteliğinde olmayan "başkaca bir çıkar"ın temin edilmesinin ODNK anlamında cezalandırılması gerektiği savunulmuştur. Örneğin, bağışın ardından alıcının vericiye otomobil hediye etmesi durumunda, bu hediyein çıkar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 848. ODNK m. 15'te yasaklanan fiilin kapsamının, TCK m. 91/3'te düzenlenen organ veya doku ticareti suçundan daha geniş olması nedeniyle biz de bu görüşe katılmaktayız.

⁶⁸⁹ "Soruşturma ve yargılama sırasında elde edilen tüm delillere ve beyanlara göre; öncelikle sanık G böbreğini vermesi karşılığında 7000 TL para aldığı yönündeki beyanını yargılama sırasında düzeltilmiş ve böbreğini karşılıksız olarak verdiğini, ancak nakil işleminden sonra maddi durumum bozuk dediğinde sanık A'ın bu parayı kendi gönül rızasıyla verdiğini belirtmiştir. Resmi belgelere göre sanık G'in böbreğini hiçbir karşılık olmadan tanık S'ye nakil edilmesine rızası bulunmaktadır. İşlem karşılığında 7000 TL para alınması konusunda sanık G dışındaki sanıkların hiçbirisinin anlatımı yoktur. Bu durumu kanıtlayacak başka bir delil elde edilmemiştir. Kaldı ki yukarıda belirtildiği şekilde sanık G nakil karşılığı 7000 TL para alınması konusunda anlaşmadıkları, paranın işlemin tamamlanması sonrasında sanık A tarafından isteyerek verildiği yönünde savunmasını değiştirmiştir. Sanıklar A ve G'ün savunmaları ve tanık S'nin beyanlarının doğruluğunun teyidi bakımından yapılan kolluk araştırmasında G ile S arasında önceden yapılan ve bozulan nişanlılık durumu kanıtlanmıştır. Organ ve doku satın alınması, bunun için aracılık edilmesi suçunun oluşabilmesi için bu olaya konu taraflar arasında gerçek anlamda bir alım-satım ilişkisinin varlığı şarttır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, olayda bu anlaşmanın varlığı kanıtlanamadığından ve sanık G ile tanık S arasındaki böbrek nakli olayının sanık G'in 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 gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur." (Antalya 8. ASCM., E.

sonra; vericinin alıcıdan menfaat temin etmek amacıyla tehdit, şantaj veya yağma suçuna vücut verecek fiilleri, organ veya doku ticareti suçuna vücut vermez ve TCK'nın ilgili hükümleri uyarınca cezalandırılır.⁶⁹⁰

Organ veya doku ticareti suçu için öngörülen hareketleri birden çok defa gerçekleştirilmesi durumunda, kaç suçun gerçekleştiği konusu tartışmalıdır. Konuyla ilgili olarak bazı yazarlar, suçun seçimlik hareketli olduğundan hareket ederek, hareketlerin çokluğunun fiilin tekliğini değiştirmedığı ileri sürmektedirler.⁶⁹¹ Kanaatimizce, satma ve satın alma hareketleri bakımından organ veya doku ticareti suçunu neticeli suç olduğundan, netice sayısınca suçun oluştuğu sonucuna varılmalıdır. Bu itibarla bir satım sözleşmesinde alıcı olarak organ veya dokuyu bedel karşılığında satın alan failin, bu organ veya dokuyu başka bir satım sözleşmesiyle başka bir kimseye satması halinde ayrı iki ayrı fiil ve suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Bu suçun çok failli bir suç olduğu göz önünde bulundurulduğunda, fıkrafta sayılan hareketlerin, aynı satım sözleşmesi kapsamında aynı kişi tarafından gerçekleştirilebilmesi söz konusu olmaz. Başka bir ifadeyle, organ veya doku satımına yönelik sözleşmede, aynı kişi hem satan hem satın alan hem de aracı konumunda bulunamayacağı için, aynı suçun icrası kapsamında, hareketlerin birden fazlasının aynı kişi tarafından gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, çapraz nakle ODNHY izin verdiği için, bu tür nakillerde organ veya dokunun bedel veya ivaz karşılığı nakli söz konusu değildir ve

2009/561, K. 2010/769, 11.10.2010) Bkz. TANERİ, s. 501. Söz konusu hüküm, Yargıtay 12. CD.'nin E. 2012/32443, K. 2014/337 numaralı ve 14.01.2014 tarihli kararıyla onanmıştır.

⁶⁹⁰ ŞEN, Yorumu, s. 320.

⁶⁹¹ AYDIN, "Ceza Sorumluluğu", s. 270; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 854; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 260; ÖZBEK, s. 541; AYDIN, "Suçu", s. 150.

çapraz nakil kapsamındaki fiiller, organ veya doku ticareti suçuna vücut vermez ve hukuka uygundur.⁶⁹²

2. Hukuka Aykırılık

Organ ve doku ticareti suçuna vücut veren, organ veya dokunun satılması, satın alınması ya da satıma aracılık edilmesi fiillerinin hukuka uygunluk nedenleriyle bağdaşabileceğini düşünmüyoruz. Organ veya dokuların bedel veya başkaca çıkarlar karşılığında alınması ve satılmasını yasaklayan ODNK m. 3 hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, kişinin bedel veya ivaz karşılığında organ veya dokularının alınmasına rıza göstermesine Kanun, bir geçerlilik tanımamıştır.⁶⁹³

Bunun haricinde TCK m. 92’de düzenlenen zorunluluk halinin, TCK m. 25/2’de düzenlenen ve bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali olmadığını ve bu yönüyle hukuki niteliğinin farklı olduğunu düşünüyoruz.

Diğer hukuka uygunluk nedenlerinin ise bu suçla bağdaşabilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.⁶⁹⁴

3. Kusurluluk

Yukarıda açıkladığımız suçlarda olduğu gibi bu suçun da yalnızca kasten işlenebilmesi mümkün olup, Kanunda taksirli biçimine yer verilmemiştir. Aynı

⁶⁹² Aynı yönde görüş için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 854.

⁶⁹³ Aynı yönde görüş için bkz. ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 35.

⁶⁹⁴ Aynı yönde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 111; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3501; GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 458.

zamanda failin özel bir amaç veya saikle hareket etmesi aranmadığı için genel kast yeterlidir. Bu suçta kast, satıcının organ veya doku sattığını, alıcının organ veya doku satın aldığını, aracının ise organ veya doku satımına aracılık ettiğini bilmesi ve istemesidir.⁶⁹⁵

Niteliği ve yerindeliği doktrinde çokça tartışılan ve TCK m. 92’de, “Zorunluluk hali” başlığıyla düzenlenen hüküm, katıldığımız görüş uyarınca kusurluluk başlığı altında incelenmelidir. Hüküm, “*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*” şeklinde olup; organ veya dokularını sosyal ve ekonomik koşulları nedeniyle satan kimse hakkında cezadan indirim yapılmasını veya hiç ceza verilmemesini öngörmüştür.

Söz konusu hükmün hukuki niteliğiyle ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, TCK m. 25/2’de genel olarak düzenlenen zorunluluk haline göre, organ veya doku ticareti suçuyla ilgili özel bir zorunluluk haline yer verildiği ve bu halin, kusurluluğu ortadan kaldırdığı yönündedir.⁶⁹⁶ Bir diğer görüşse, bu hükmün bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı ve cezayı azaltan veya ortadan kaldıran şahsi sebep niteliğinde olduğu yönündedir.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 35; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 111.

⁶⁹⁶ GÖKCEN – BALCI, *Kasten Öldürme*, s. 461; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, *Şerhi*, s. 3503; AYDIN, *Organ ve Doku Nakli*, s. 138-139; TANERİ, s. 495.

⁶⁹⁷ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 856; HAKERİ, “*Suçtu*”, s. 249; ŞEN, *Yorumu*, s. 328; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 260; ÖZBEK, s. 541. TCK m. 25/2’de düzenlenen genel nitelikli zorunluluk halinin haricinde söz konusu bu özel hükmün düzenlenme sebebinin, kanun koyucunun genel nitelikli zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak istemesi olduğu da belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 855; HAKERİ, “*Suçtu*”, s. 248.

Bizim katıldığımız görüş; söz konusu halin, kaynağını beşeri kırılganlıktan alan ve kişiden beklenenin, içinde bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesinin, başka bir ifadeyle istenemezlik ilkesinin bir yansıması olduğu yönündedir.⁶⁹⁸ Bu ilke uyarınca failden içinde hareket ettiği koşullarda yapmış olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri olarak beklenememesi söz konusudur. Bundan hareketle de, iradenin oluşum sürecini bozan, hukuka uygun bir davranışta bulunulmasının istenebilir olmamasını doğuran istisnai belli dış koşulların bulunması halinde, kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilmektedir.⁶⁹⁹

Bu itibarla, bir hukuka uygunluk nedeni olan, TCK m. 25/2’de yer alan ve esasını kendini koruma içgüdüsünden alan⁷⁰⁰ zorunluluk hali ile TCK’nın özel hükümlerinde düzenlenen ve esasını beşeri kırılganlıktan alan zorunluluk hali birbirinden farklı nedenlerdir.⁷⁰¹ Organ veya doku ticareti suçu açısından öngörölmüş olan zorunluluk hali uyarınca failin, her somut olay bakımından kusuru araştırılırken, failin içinde bulunduğu koşullarda, failden beklenen davranış biçiminin kendisinden istenebilirliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Failin içinde bulunduğu koşullarda davrandığından daha farklı bir şekilde davranması kendisinden insani olarak istenemiyorsa, fail fiilinde kusurlu sayılmayacaktır.⁷⁰² Kanaatimizce, içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar dikkate alındığında faile kusur izafe edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, bu hüküm uyarınca, hiç ceza verilmemesi

⁶⁹⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 117; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 35.

⁶⁹⁹ MANTOVANI, s. 297; ANTOLISEI, s. 374; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 303; AYGÜN EŞİTLİ, s. 152.

⁷⁰⁰ RAMACCI, s. 329; TOROSLU, *Zaruret Hali*, s. 47-48; TOROSLU – TOROSLU, s. 165; ALACAKAPTAN, s. 113; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 157; ÖNDER, *Dersleri*, s. 249.

⁷⁰¹ Aynı yönde görüş için bkz. ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 35; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1567; MERAN, s. 233.

⁷⁰² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 303-304.

gerekirken; kusur atfının mümkün olduğu hallerde cezadan indirim yapılması söz konusu olacaktır.

Organ veya doku ticareti suçunda kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran zorunluluk hali, yalnızca kendi organ veya dokularını satan kimseler için öngörülmüştür. Bu itibarla suç tipinde öngörülen organ veya dokuyu satın alan, satıma aracılık eden ya da bir başkasının organ veya dokularını satan kişilerin bu nedenden yararlanabilmeleri mümkün değildir. Ayrıca, kendi organ veya dokularını satan kimselerin, bu nedenden yararlanabilmeleri için, içinde buldukları sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle satımı gerçekleştirmeleri gereklidir.

Doktrinde, söz konusu hüküm pek çok yönüyle eleştirilmiştir. Eleştirilerden ilki, bu hükmün yalnızca organ veya dokusunu satan kimseler için öngörülmesi ve organ veya doku satın alan kimselerin zorunluluk nedeniyle organ veya doku satın aldığı hallerde benzeri bir nedenin düzenlenmemesidir.⁷⁰³ Örneğin, böbrekleri görevini yerine getiremeyen ve derhal nakil yapılmazsa ölecek olan alıcının, bir başka kimseden böbrek satın alması halinde, organ veya doku satın alan kimsenin durumuna benzer bir durumda olduğu ve satın alanın içinde bulunduğu bu durumda başka türlü hareket etmesinin beklenemeyeceği ileri sürülebilir.⁷⁰⁴ Diğer bir eleştiriye hükmün, organ veya doku ticareti suçuyla mücadeleyi etkisiz hale getirmesi ve sosyal ve ekonomik yönden geri kalmış yerlerde yoksul insanları organ

⁷⁰³ DONAY – KAŞIKÇI, s. 145; ÜNVER, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi”, s. 192; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3156; GERÇEKER, s. 1947. Satma hareketi haricindeki hareketler için zorunluluk hali öngörülmemesinin isabetli olduğu ve aksi takdirde suçla mücadele edilemeyeceği de ileri sürülmüştür. Bkz. TANERİ, s. 491. Organ veya dokuya olan ihtiyacı nedeniyle yaşamı tehlikede olan ve sağlığına kavuşmak için organ ya da doku satın alan kimsenin fiili bakımından, TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk halinin koşullarının oluşabileceği hakkında bkz. ŞEN, Yorumu, s. 327-328.

⁷⁰⁴ ÖZBEK, s. 542; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 260.

veya dokularını satmaya özendirilmesi⁷⁰⁵ veya bu kimselerin organ mafyası tarafından sömürülme tehlikesidir.⁷⁰⁶ Zira, organ veya dokusunu satan kimselerin sosyal ve iktisadi durumları nedeniyle başka türlü hareket etmelerinin mümkün olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, bu kimselerin genellikle bu nedenden faydalanacakları söylenebilir.⁷⁰⁷ Bunun haricinde, maddede hakime cezadan indirim yapma veya ceza vermeme yönünde seçenekli bir yetki verilmesi ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin herhangi bir ölçütün maddede öngörülmemesinin keyfiliğe yol açacağı da ifade edilmiştir.⁷⁰⁸ Son olarak, maddede “*sosyal ve ekonomik koşullar*” ifadesinin yer alması karşısında, bu nedenin uygulanabilmesi için her iki koşulun da aynı anda gerçekleştiğinin aranıp aranmayacağı belirsiz olduğu, sosyal ve ekonomik koşulların bir arada değil seçenekli olarak yer alması gerektiği de belirtilmiştir.⁷⁰⁹

Organ veya doku ticareti suçunda, organ veya dokularını satmak zorunda kalan kimselerin, genellikle içinde buldukları sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle bu satımı gerçekleştirdikleri dikkate alındığında; organ veya doku satma fiilinin çoğu kez cezalandırılmayacağı, hükmün bu nedenle etkin bir şekilde uygulanamayacağı ve bu suçla mücadele edilebilmesinde engel teşkil edeceği eleştirilerine katılmaktayız. Ayrıca organ veya dokusunu satan kişiler açısından getirilen bu halin, organ veya doku ticareti suçunu işlemek amacıyla kurulmuş suç

⁷⁰⁵ DONAY – KAŞIKÇI, s. 145-146; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3155; GERÇEKER, s. 1947; ŞEN, Yorumu, s. 328. Düzenlemenin teşvikten öte insani yönünün ağır bastığı ve yerinde olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bkz. ÖMEROĞLU, s. 68.

⁷⁰⁶ Bkz. ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 191, dn. 50.

⁷⁰⁷ ŞEN, Yorumu, s. 327; ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 192.

⁷⁰⁸ HAKERİ, “*Suç*”, s. 248-249; ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 192.

⁷⁰⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 117.

örgütlerinin, sosyal ve ekonomik açıdan kötü durumda bulunan kimseleri sömürebilmesinin aracı olabileceğini de düşünüyoruz. Son olarak, maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, failin cezasından indirim yapılması ya da hiç ceza verilmemesi noktasında, herhangi bir kritere yer verilmemesini yerinde bulmuyoruz ve Kanunu uygulayan kimselere, herhangi bir somut kriter olmaksızın bu denli geniş bir takdir yetkisi tanınmaması gerektiğini düşünüyoruz.

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Cezayı Ağırlaştırın Neden

Kişiden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi organ veya doku ticareti suçunun da bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza artırılmaktadır. Organ veya doku ticareti suçuna konu organ veya doku yaşayan kimseden ya da ölüden alınması konusunda bir ayırım yapılmadığı için, suç örgütü faaliyeti kapsamında ölüden organ veya doku alınması halinde TCK m. 91/4 uygulanmayacaktır. Bununla birlikte ölüden alınan organ veya dokunun suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde ticaretinin yapılması durumunda söz konusu artırıcı neden uygulanacaktır.⁷¹⁰

Suç örgütüne üye olmak, failin organ veya doku ticareti suçundan dolayı sorumlu olmasında yeterli değildir. Failin TCK m. 91/4'ten dolayı sorumlu tutulabilmesi için, örgüt adına bu suçu işlemesi gereklidir. Bununla birlikte, örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca

⁷¹⁰ MERAN, s. 226.

fail olarak cezalandırılmasını öngören TCK m. 220/5 hükmü gereğince, işlenen suçlara katılmayan, bu konuda karar almayan ve hatta suçun işlenmesine karşı çıkan örgüt yöneticisi, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen organ veya doku ticareti suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir.⁷¹¹

Aynı ağırlaştırıcı neden, kişiden organ veya doku alma suçu bakımından da öngörüldüğü için, ilgili kısımda yaptığımız açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

2. Teşebbüs

Organ veya doku ticareti suçunun fiil unsuru kısmında yapılan açıklamalar doğrultusunda suçun teşebbüse elverişli olup olmayacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülebilecektir.⁷¹²

Öğretide genel olarak organ veya doku ticareti suçuna teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmiştir.⁷¹³ Bu suçun fiil unsurunda benimsediğimiz görüşten hareketle, satma ve satın alma hareketleri bakımından organ veya doku ticareti suçu neticeli bir suç olduğu için, suça teşebbüs mümkündür. Satma hareketi açısından, organ veya dokunun satışa arz edilmesiyle başka bir ifadeyle icapta bulunulmasıyla birlikte suçun icrasına başlanmıştır. Organ veya doku alıcıya teslim edilinceye kadar

⁷¹¹ ŞEN, Yorumu, s. 323-324. Suç işlemek amacıyla kurulan örgütün yöneticisi açısından, örgüt çerçevesinde işlenen her bir suçtan dolayı ayrıca sorumluluğun öngörülmesinin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle bağdaşmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir. ŞEN, Yorumu, s. 324.

⁷¹² Bu görüşler için bkz. ŞEN, Yorumu, s. 320-321.

⁷¹³ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3501; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 458; ÜZÜLMEZ, s. 133; TANERİ, s. 491; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 143; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3153. Suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. ÖMEROĞLU, s. 67.

suç teşebbüs aşamasında olup; organ veya dokuyu uygun koşullarda satışa sunmak için bulundurmak hazırlık hareketi niteliğindedir. Aynı şekilde alıcı açısından da, yapılan icabı kabulde birlikte organ veya doku satın alma suçunun icrasına başlanmaktadır. Alıcının organ veya dokuyu teslim almasıyla birlikte suç tamamlanmış olacağından, teslim almadan önceki evre, organ veya doku satın alma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilecektir.⁷¹⁴ Öğretide, organ veya doku satışı için gerekli anlaşmanın yapılması ancak para veya sair menfaatin temin edilemeden failin yakalanması durumunda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı örnek olarak verilmektedir.⁷¹⁵

Bununla birlikte, organ veya doku satımına aracılık etme suçu neticesiz bir suç olduğundan ve suç, alıcıyla satıcıyı karşı karşıya getirmekle tamamlanacağından

⁷¹⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 34-35. Suçun neticesiz bir suç olduğundan hareketle, alım satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte suçun tamamlanacağı; ancak bununla birlikte satım sözleşmesinden önce yapılan görüşmelerin hazırlık hareketi olduğu ve teşebbüse vücut vermeyeceği de ileri sürülmüştür. Bkz. ŞEN, Yorumu, s. 321. Yargı uygulamasında organ veya doku satımına ilişkin sözleşmenin kurulması durumunda, satma ve satın alma hareketleri bakımından suçun teşebbüs aşamasında kaldığı; aracılık hareketi açısından ise tamamlanmış olduğuna ilişkin kararlar mevcuttur: “Tüm dosya kapsamına göre, sanıklardan A.Ö’ün diyaliz hastası olup böbrek nakline ihtiyacı olduğu, sanık N.Y’in ise borçları nedeniyle böbreğini satmak istediği, aynı yerde çalışan sanık L.S’nin internet aracılığıyla böbrek aradığını öğrendiği, A.Ö’ü arayıp onu Antalya’ya çağırdığı, yanında bir akrabasına ait kimlik getirmesini istediği, bulduklarında L’in belgeleri A.Ö’den aldığı ve A.Ö’ün oğluna ait olan nüfus cüzdanına sanık N’in fotoğrafını yaptırtıp diğer işlemleri yaptıktan sonra sanıklar N ve A’nın hastaneye yatmalarını sağladığı, N ve A’nın yargılama aşamasındaki ifadeleri ve hazırlık aşamasında müdafî huzurunda verdikleri birbirlerini doğrular beyanlarına göre organ nakli sonrasında A.Ö’ün 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 olmadığını anlaşılması ile durumun ortaya çıktığı, sanık L’in organ ticaretine aracılık etme eyleminin tamamlandığı, diğer sanıkların eylemlerinin ise teşebbüs aşamasında kaldığı, sanık N yönünden ise TCK 92 maddesinin koşullarının kısmen oluştuğu anlaşılmıştır.” (Antalya 4. ASCM., E. 2010/340, K. 2011/150, 16.02.2011) Bkz. TANERİ, s. 496 vd. Söz konusu hüküm, Yargıtay 12. CD.’nin E. 2012/32970, K. 2013/28517 numaralı ve 10.12.2013 tarihli kararıyla onanmıştır.

⁷¹⁵ GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 458; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3501.

hareketin parçalara bölünemeyeceğini düşünüyoruz. Bu itibarla, organ veya doku satımına aracılık etme suçu bakımından suça teşebbüs mümkün değildir.⁷¹⁶

Organ veya doku satma ve satın alma hareketleri açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Bu itibarla organ veya doku satan fail, icapta bulunduktan sonra ancak organ veya dokuyu teslim etmeden önce gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlerse veya organ veya dokuyu satın alan fail, icabı kabul ettikten sonra ancak organ veya dokuyu teslim almadan önce gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlerse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilir. Bu aşamaya kadar tamam olan hareketlerin başka bir suça vücut vermesi halinde, fail bu suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Buna karşın, organ veya doku satımına aracılık etme suçu, yapısı itibariyle teşebbüse elverişli olmadığından bu hareket bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamayacağını düşünüyoruz.

Gönüllü vazgeçme hükümlerinden yalnızca gönüllü olarak vazgeçen failin yararlanabilmesi mümkün olup; diğer faillerin bundan faydalanabilmesi olanaklı değildir.⁷¹⁷

3. İştirak

Organ veya doku ticareti suçu çok failli bir özgü suç olmakla birlikte, suça iştirak edilebilmesi mümkündür. Zira bu suçta birden fazla failin yer alması, suçun varlığı için zorunlu olsa da, suça iştirakte, suçta bulunması zorunlu olan faillerin dışında en az bir kişiye daha ihtiyaç vardır.⁷¹⁸ Çok failli suça iştirakte özellik arz

⁷¹⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 111.

⁷¹⁷ ÜZÜLMEZ, s. 133.

⁷¹⁸ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 681; AYDIN, İştirak, s. 254.

eden başka bir husus, çok failli suçun zorunlu faillerinin tipik hareketlerine atipik ve harici hareketlerle katılmanın mümkün olmasıdır. Başka bir ifadeyle çok failli suçlara iştirak ancak azmettirme ya da yardım etme biçimlerinde söz konusu olabilir.⁷¹⁹ Bu durumun haricinde, suça iştirakin gerçekleşmesi açısından çok failli suçlar ile tek failli suçlar arasında esasa ilişkin bir fark yoktur. Başka bir ifadeyle, tek failli suçlara iştirak ile çok failli suçlara iştirak halinde uygulanacak ilke ve hükümler özünde aynıdır.⁷²⁰

Suç tipinde bulunması zorunlu olan satın alan, satan veya aracılık eden⁷²¹ kimselerle dışındaki bazı şahısların çok failli suçların işlenmelerine katılmaları halinde, suça iştiraki düzenleyen kurallar, bu kimselere de uygulanır.⁷²² Bu suçun varlığı için Kanunda bulunması zorunlu bulunan organ veya doku satan, satın alan veya satıma aracılık eden kimselerin, TCK m. 38 çerçevesinde suça azmettirilmesi mümkün olduğu gibi; TCK m. 39 çerçevesinde bu kimselerin işledikleri suça yardım edilebilmesi de mümkündür.

⁷¹⁹ YALÇIN SANCAR, Çok Failli, s. 230; AYDIN, İştirak, s. 255.

⁷²⁰ YALÇIN SANCAR, Çok Failli, s. 51.

⁷²¹ Organ veya doku satışına aracılık etmenin, TCK m. 39'daki yardım etme kalıbı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ancak kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği bu hali, tamamlanmış suç olarak kabul ettiği ifade edilmiştir. Bkz. GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 457; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3502. Yargı uygulamasında da, aracılık etme hareketinin, organ veya doku ticareti suçuna yardım etme suretiyle iştirak çerçevesinde değerlendirildiği hatalı kararlar mevcuttur. Ancak Yargıtay, aracılık etme hareketini TCK m. 37/1 çerçevesinde değerlendirmektedir: “Tüm dosya kapsamından sanık A.K'in diğer sanık D.K'in böbreğinin babası olan diğer sanığa nakledilmesi için aralarında anlaşılıktan sonra, hastaneye müraaat etmek suretiyle diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği ve olayda asli fail olarak kabul edilip hakkında TCK'nun 37/1. maddesi yollamasıyla TCK'nun 91/1. maddesi gereğince hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, olayda uygulanma yeri bulunmayan aynı Kanununun 39/2-c maddesi ile indirim yapılarak eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Yargıtay 12.CD., E. 2013/2410, K. 2013/24556, 05.11.2013) Bkz. TANERİ, s. 499-500.

⁷²² YALÇIN SANCAR, Çok Failli, s. 56.

4. İçtima

Organ veya doku ticareti suçuna vücut veren satma ve satın alma hareketleri açısından suç, neticeli bir suç olduğundan, suç sayısını da satılan veya satın alınan organ veya doku sayısı belirleyecektir. Bu itibarla bir kimsenin bir böbreğinin yanında bir de dokusunu satması halinde, iki ayrı suç oluşacaktır.⁷²³

Buna karşın, aracılık etme hareketi bakımından suç, neticesiz bir suç olduğundan, ihlal sayısı suç sayısını belirleyecektir. Bu açıdan organ veya doku satımı için satın alan ile satıcı arasında akdedilecek sözleşme için yapılan aracılık sayısı kadar suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Aynı organ veya dokunun satımını konu alan bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde satıcı ile satın alanın birden çok defa karşılaştırılması halinde de ihlal tek olduğu için, tek suçun varlığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, farklı organ veya dokunun satılmasını konu alan farklı sözleşmeler mevcutsa, her bir sözleşme için satın alanla satıcının karşı karşıya getirilmesi halinde ayrı suçlar oluşacaktır. Örneğin, böbreğini satan satıcı ile alıcıyı karşı karşıya getiren aracı, daha sonra bir başka organ veya doku satımı çerçevesinde tarafları karşılaştırırsa iki suçun işlendiği kabul edilmelidir.

Öğretide, TCK m. 43/1'in son cümlesi gereği olarak, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında organ veya doku ticareti suçunun bir defa işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁷²⁴ Kanaatimizce, TCK m. 43/1'in son cümlesine eklenen "mağduru gayrimuayyen suç"

⁷²³ Aynı yönde görüş için bkz. MERAN, s. 226. Aksi yöndeki görüş için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 854.

⁷²⁴ Mağduru gayrimuayyen suçların bir defa işlenmesi durumunda doğrudan doğruya zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olduğu belirtilmekte ancak bu uygulama eleştirilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110-111; KATOĞLU, "Suçun Mağduru", s. 689.

ifadesiyle, devlete ya da topluma karşı işlenen suçların tamamı kastediliyorsa, bu durumda tek bir suç fiilinin işlenmesi halinde dahi, kategorik olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacak ve zincirleme suç kurumunun özünüle bağdaşmayan bir uygulama ortaya çıkacaktır. Söz konusu eleştirilerin dikkate alınarak hükmün yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz.

Kişiden organ veya doku alma suçu ve ölüden organ veya doku alma suçu, organ veya doku ticareti suçundan bağımsız bir suç olduğundan; organ veya doku ticareti suçunun işlenmesinden önce failin bu fıkradaki suçlara vücut veren fiilinin bulunması halinde, fail bu fıkralardan dolayı ayrıca cezalandırılır.⁷²⁵ Örneğin, kişinin rızasını almaksızın böbreğini alan hekimin, böbreği para karşılığında bir başka kişiye satması veya satıma aracılık etmesi durumunda, hem kişiden organ veya doku alma suçundan hem de organ veya doku ticareti suçundan ayrı ayrı sorumlu olacaktır.

Organ veya doku ticaretine vücut veren fiillerin ODNK m. 15'te düzenlenen, *"...bunların alım ve satımına aracılık edenler ... 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 hükmolünür"* hükmüyle örtüşebilmesi mümkündür. ODNK m. 15'te bedel haricinde başkaca bir çıkar karşılığında organ veya dokuların alımı, satılması veya satıma aracılık edilmesinin yasaklandığı göz önünde bulundurulduğunda; ODNK'da suç sayılan fiilin kapsamı, yalnızca bedel karşılığında organ veya dokuların satılması, satın alınması veya satıma aracılık edilmesi fiillerini

⁷²⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 110; TANERİ, s. 492. Failin kişiden organ veya doku alma suçu ya da ölüden organ veya doku alma suçunu işlemesinin ardından, organ veya doku ticareti suçunu işlemesi durumunda cezalandırılmayan sonraki hareket nedeniyle, organ veya doku ticareti suçundan sorumlu olmayacağı ve aynı maddenin farklı fıkralarında düzenlenen fiillerin ayrı ayrı cezalandırılmayacağı görüşü için bkz. AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 147-148. Kanaatimizce, aynı maddenin farklı fıkralarında farklı suç tipleri düzenlendiğinden, failin farklı fıkralara vücut veren fiilleri ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

suç sayan TCK m. 91/3 hükmüne göre daha geniştir. Bununla birlikte, bedel karşılığında organ veya dokunun satılması, satın alınması veya satımına aracılık edilmesi durumunda, TCK m. 91/1'e müeyyide açısından gönderme yapan TCK m. 91/3 hükmünde öngörülen cezalar, ODNK m. 15'ten daha ağır olduğu olduğundan, bu tür durumlarda TCK m. 91/3 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Aynı nitelikteki tartışmalar, kişiden organ veya doku alma suçunda da söz konusu olduğu için, bu konuyla ilgili yukarıdaki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz.

F. SUÇUN MUHAKEMESİ

Kişiden organ veya doku alma suçu ve ölüden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi, organ veya doku ticareti suçunun da takibi re'sen yapılmaktadır.

Organ veya doku ticareti suçu kapsamında organ veya doku satan, satın alan ya da satımına aracılık eden kimseler bakımından, TCK m. 91/1'de düzenlenen kişiden organ veya doku alma suçuna ilişkin müeyyideler uygulanacaktır. TCK m. 91/3'te açık bir şekilde, *“birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur”* dendiğinden, suçun maddi konusunun organ veya doku olmasına göre yaptırım da farklılaşacaktır.⁷²⁶ Bu fıkra düzenlenmiş suçun maddi konusunun organ olması

⁷²⁶ Öğretide bir görüş, maddi konunun organ veya doku olmasına göre bir ayrıma gitmeyerek, organ veya doku ticareti suçunun işlenmesi durumunda failin 5 yıldan 9 yıla hapis cezasıyla cezalandırılacağını kabul etmekte ve buna gerekçe olarak TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde Prof. Dr. İzzet Özgenç'in, *“Birinci fıkrada organın veya dokunun kişiden alınması arasında bir ayırım gözetilmiştir; ama, üçüncü fıkrada bunun bir ticari faaliyet olarak icra edilmesi ve beşinci fıkrada da bu ticari faaliyetin yürütümüne bir katkı sağlanması söz konusudur. Bu nedenle, bu fıkralarda suçun konusunun organ veya doku olması açısından bir ayırım gözetilmemiştir, sadece belki cezanın alt ve üst sınırları arasında, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir”* şeklindeki açıklamalarını göstermektedir. Bkz. GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 462-463. Kanaatimizce

halinde faillere 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası verilirken; maddi konunun doku olması durumunda failler 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaklardır. Suçun, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumundaysa, failin 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ve 10.000 güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. TCK m. 91/7 hükmü gereğince, organ veya doku ticareti suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda, ilgili tüzel kişi hakkında TCK m. 60'ta düzenlenen izin iptali veya müsadere güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Organ veya doku ticareti suçu için TCK m. 93'te, cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiş⁷²⁷ ve etkin pişmanlıktan yalnızca kendi organ veya dokusunu satan satıcının yararlanabilmesi mümkün kılınmıştır. Etkin pişmanlık hükmünün amacı, organ veya dokusunu satan fail üzerinden diğer suç faillerini ve katılanlarını bulmak; suç, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmişse elde edilen bilgilerle örgütü zayıflatmak ve çöktürmektir.⁷²⁸ Bu itibarla kanun koyucu, organ veya dokusunu satan failin sosyal ve ekonomik durumunu dikkate alarak TCK m. 92'de düzenlediği bir neden haricinde, TCK m. 93'te de failin aktif olarak adli mercilere yardımıyla bağlantılı olarak cezasızlık ya da cezadan indirim yapılmasını gerektiren başka bir nedeni de düzenlemiştir.⁷²⁹ TCK'nın özel hükümlerinde bazı suç tipleri için öngörülen etkin pişmanlık hükümleri, suç sonrası pişmanlık niteliğinde olduğu

TCK m. 91/3'ün göndermesi, TCK m. 91/1'de yer alan cezaların her ikisine de olduğundan, suçun maddi konusuna göre cezaların da farklılaşacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

⁷²⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 856; GÖKCEN – BALCI, Kasten Öldürme, s. 462; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Şerhi, s. 3503; ÖMEROĞLU, s. 69; ÜZÜLMEZ, s. 133.

⁷²⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 117.

⁷²⁹ ŞEN, Yorumu, s. 330.

için,⁷³⁰ organ veya doku ticareti suçu açısından da organ veya dokunun teslim edilmesinden sonra, organ veya dokusunu satan failin cezasında indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini kapsamaktadır. Organ veya doku ticareti suçunda etkin pişmanlığın uygulanması için aranan şartlar, resmi makamların suçu haber almasından önce veya sonra olmasına göre farklı fıkralarda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Resmi makamlar tarafından haber alınmadan önceki etkin pişmanlık TCK m. 93/1'de, "*Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz*" şeklindedir. Madde metninde durumun mercilere haber verilerek suçluların yakalanmalarının kolaylaştırılması arandığı için, organ veya dokusunu satan failin gerekli ihbarda bulunması durumunda diğer failer hakkında soruşturma başlatılacak, diğer suçluların yakalanmalarının kolaylaştırılması söz konusu olacak ve fail de bu nedenden yararlanacaktır.⁷³¹ Failin verdiği haberin, az ya da çok soruşturmaya yararlı olması ve suçlulardan birinin dahi yakalanmasını kolaylaştırması durumunda, cezayı tamamen ortadan kaldıran söz konusu etkin pişmanlık hükmünden yararlanması gerektiği belirtilmiştir.⁷³²

⁷³⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 856. Etkin pişmanlık hükmünün yalnızca TCK m. 91/3 için öngörülmesi karşısında, ODNK m. 15'te düzenlenen suç için etkin pişmanlığın mümkün olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, "*Nakilleri*", s. 138.

⁷³¹ MERAN, s. 234. "*Tüm dosya kapsamından sanık A.K'in diğer sanık D.K'in böbreğinin babası olan diğer sanığa nakledilmesi için aralarında anlaşılıktan sonra, hastaneye müracaat etmek suretiyle diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği... Sanık D.K'in Cumhuriyet savcılığına başvurarak diğer sanıklar hakkında şikâyetçi olması sebebiyle soruşturmanın başladığının anlaşılması karşısında, hakkında TCK'nın 93. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması hususunda olumlu ya da olumsuz bir değerlendirme yapılmaması...*" (Yargıtay 12.CD., E. 2013/2410, K. 2013/24556, 05.11.2013) Bkz. TANERİ, s. 500.

⁷³² PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1567-1568; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 118.

Buna karşın suçun haber alınmasından sonraki etkin pişmanlık TCK m. 93/2’de, “*Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkradaki etkin pişmanlık hükmünden failin faydalanabilmesi için gönüllü olarak, suçu geniş ve ayrıntılı olarak anlatması ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi gereklidir.⁷³³ Gönüllü olmak, failin suçunu, diğer failleri ve delilleri açıklamaya zorlanmamış olmasıdır. Organ veya dokusunu satan failin CMK m. 148’de düzenlenen yasak yöntemlerle ifade ya da sorgusunun alınması zorlanmasını beraberinde getirir.⁷³⁴ Bunun haricinde organ veya dokusunu satan failin yakalanmasından sonra da suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına gönüllü olarak hizmet etmesi durumunda cezada indirim yapılmasını gerektiren söz konusu etkin pişmanlık hükmünden yararlanabileceği kabul edilmektedir.⁷³⁵ Bu itibarla failin ceza indiriminden yararlanabilmesi için sadece suçun açığa çıkmasını sağlaması yeterli değildir. Bununla birlikte fail, verdiği bilgilerle diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etmelidir. Failin davranışları, verdiği bilgi ve belgeler, diğer suçluların yakalanmasında elverişli ve yeterli değilse, yardımda bulunmuş sayılmaz. Bu çerçevede verilen bilgilerin elverişli ve yeterli olmasına göre, organ veya dokusunu satan failin cezası dörtte birden yarısına kadar indirilecektir.⁷³⁶ Belirtilmelidir ki, TCK m. 92’deki zorunluluk hali hükmünden faydalanan failin,

⁷³³ MERAN, s. 234.

⁷³⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 119.

⁷³⁵ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1568.

⁷³⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 119.

TCK m. 93'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünden de yararlanabilmesi mümkün olup, her iki maddenin organ veya dokusunu satan faile aynı olayda uygulanabilmesi söz konusu olabilecektir.⁷³⁷

TCK m. 91/3'te yalnızca organ veya dokusunu satan kimseler için düzenlenen söz konusu etkin pişmanlık hükmü, öğretide pek çok açıdan eleştirilmiştir. İlk olarak etkin pişmanlığın yalnızca organ veya dokularını satan failer için tanınması ve diğer failerin veya şeriklerin bu hükümden yararlanamamalarının isabetsiz olduğu ifade edilmiştir.⁷³⁸ Bir diğer eleştiri konusu da, maddenin ilk fıkrasında etkin pişmanlık için failin içten ve gönüllü olarak pişman olması gerekmezken; ikinci fıkrada etkin pişmanlığın gönüllü olmasının aranmasıdır.⁷³⁹ Etkin pişmanlık hükmüne getirilen son eleştiri ise, TCK m. 92 veya 93 hükmü doğrultusunda organ veya dokusunu satan faile ceza verilmediği hallerde, failin haksız olarak elde ettiği kazancın ne olacağının maddede düzenlenmemiş olmasıdır.⁷⁴⁰

Organ veya doku ticareti suçunda madde itibariyle yetkili mahkeme, asliye ceza mahkemeleriyken; bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda ağır ceza mahkemeleri yetkili olacaktır. Yer yönünden yetkili mahkeme, organ veya dokunun ticareti suçunun işlendiği yerdeki mahkeme olacaktır.

⁷³⁷ ŞEN, Yorumu, s. 330.

⁷³⁸ ÜNVER, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi", s. 192; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 856; DONAY – KAŞIKÇI, s. 146. Özellikle TCK m. 92'de yer alan zorunluluk halinden yararlanan organ veya dokusunu satan faile, bir de etkin pişmanlık imkânı tanımının doğru olmadığı, organ veya doku satın alan faile de etkin pişmanlık imkânının tanınması gerektiği ve bu sayede yaptırım tehdidi altında olan satın alanın, ihbarını elde etmenin daha olası olacağı ifade edilmiştir. Bkz. ŞEN, Yorumu, s. 329.

⁷³⁹ ÜNVER, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi", s. 193.

⁷⁴⁰ ÜNVER, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi", s. 193; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 856.

Suçun maddi konusunun organ olması durumunda dava zamanaşımı süresi, TCK m. 66/1-d gereğince 15 yıl; doku alınması halinde ise TCK m. 66/1-e gereğince 8 yıldır. Bu suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda dava zamanaşımı 15 yıl olacaktır. Zamanaşımı süresi, neticeli suçlar için suçun tüm kurucu unsurlarının gerçekleştiği günden ya da başka bir ifadeyle sonucun gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.⁷⁴¹ Bu itibarla dava zamanaşımı süreleri, neticeli suça vücut veren satma ve satın alma hareketleri bakımından organ veya dokunun teslim edildiği ve teslim alındığı andan; aracılık hareketi bakımından ise satıcı ile aracının karşı karşıya getirildiği andan itibaren başlayacaktır.

V. ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME VEYA AŞILAMA SUÇU

A. HUKUKİ KONU

TCK m. 91/5'te düzenlenen organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun hukuki konusu, organ veya doku ticareti suçunda olduğu gibi, insan vücudunun, organ ve dokularının ticaretinin yapılmamasına ilişkin kamusal çikardır.⁷⁴² Bu suçla birlikte kanun koyucu, organ veya doku ticareti faaliyetinin propaganda ve tanıtma dahil tüm aşamalarını yasaklamayı amaçlamış ve ticari faaliyetin en önemli aşamalarından biri olan hukuka aykırı şekilde elde edilen organ ve dokuları saklama, nakletme veya aşılama fiillerini suç saymıştır.⁷⁴³

⁷⁴¹ Bkz. TANER, s. 70.

⁷⁴² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 112; ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 37.

⁷⁴³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 112.

B. MAĞDUR VE MADDİ KONU

Organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun hukuki konusu kısmında yaptığımız açıklamalardan hareketle, suçun mağdurunun belirli bir kişi olmadığını ve toplum olduğunu düşünüyoruz.⁷⁴⁴ Organ veya doku ticareti suçunda olduğu gibi bu suçun da düzenlenme yerinin burası olmaması gerektiği kanaatindeyiz.⁷⁴⁵

Suçun maddi konusu ise saklanan, nakledilen veya aşılana organ veya dokudur.⁷⁴⁶ Yukarıda açıkladığımız diğer suçlarda olduğu gibi, bu suçta da maddi konu açısından TCK’da bir sınırlama yer almadığından, ODNK kapsamında bulunmayan organ veya dokular üzerinde de bu suçun işlenebilmesi mümkündür; meğerki ODNK kapsamında olmayan söz konusu organ veya dokularla ilgili özel bir düzenleme bulunsun.

C. FAİL

Organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçuna vücut veren hareketlerin niteliği gereği, bu suçun failinin daha çok tıp mesleği mensubu olan kişiler olabileceği düşünülmektedir.⁷⁴⁷ Zira ODNK m. 10’da bu husus, “*Organ veya doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından*

⁷⁴⁴ ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 36.

⁷⁴⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 112.

⁷⁴⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 112.

⁷⁴⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 112; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 36; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1563. Suçun herkes tarafından işlenebileceği yönündeki görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 133.

temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılır” şeklinde düzenlenmiş ve bu suça vücut verebilecek olan hareketlerin yalnızca Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş uzman personeller tarafından hukuka uygun biçimde gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Bu itibarla suç, özgü bir suçtur.

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

TCK m. 91/5’te bu suçun fiil unsuru, “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama*” olarak düzenlenmiştir. Fiil unsurunda yer alan “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş*” ifadesi, daha çok organ veya dokunun bağış esasına ve ODNK’nın koşullarına uyulmadan elde edilmiş olmasını ifade eder.⁷⁴⁸ Organ veya dokunun canlı ya da ölülerden hukuka aykırı olarak elde edilebilmesi mümkün olduğu için,⁷⁴⁹ TCK m. 91/1’de düzenlenen kişiden organ veya doku alma suçu veya TCK m. 91/2’de yer alan ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu neticesinde elde edilen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması bu suça vücut verecektir. Aynı şekilde organ veya doku ticareti suçu neticesinde teslim alınan organ veya doku üzerinde de bu fıkradaki suçun işlenebilmesi mümkündür. Belirtilmelidir ki, hukuka aykırı bir şekilde organ veya dokuyu elde eden failin, bu organ veya dokuyu saklaması,

⁷⁴⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 112.

⁷⁴⁹ ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 37.

nakletmesi veya aşılması durumunda, hem bu suçtan hem de hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması suçundan dolayı sorumluluğu olacaktır.⁷⁵⁰ Örneğin, aksi yöndeki vasiyete rağmen, ölünün korneasını alan ve bunu saklayan hekim hem TCK m. 91/2'den hem de TCK m. 91/5'ten sorumludur. Son olarak, sağlararası ve ölüden organ veya doku nakillerinin şartlarını düzenleyen ODNK hükümlerine aykırılık da hukuka aykırı biçimde organ veya dokunun elde edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecektir.⁷⁵¹ Örneğin, ODNK m. 9'de organ veya doku alacak, aşılacak veya nakledecek hekimlere yükümlülük olarak getirilen tahlil ve incelemeleri yapmaksızın vericiden böbrek alan hekimin, bunu alıcıya nakletmesi durumunda TCK m. 91/5'ten dolayı cezai sorumluluğu doğacaktır.

Bununla birlikte TCK m. 91/5'te düzenlenen suçun failinin, saklanacak, nakledilecek ya da aşılacak organ veya dokuyu hukuka aykırı olarak bizzat elde etmesi gerekmez. Başka bir kimse tarafından da hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokunun, hukuka aykırı olarak elde edildiğini bilen failin, bu organ veya dokuyu saklaması, aşılması veya nakletmesi durumunda, yalnızca TCK m. 91/5'te düzenlenen suçtan sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Örneğin, kişinin rızası olmaksızın böbreğini alan hekim A'nın, bu böbreği başka bir hastaya nakletmek üzere hekim B'ye vermesi ve B'nin böbreği hastaya nakletmesi durumunda, A, TCK m. 91/1'den sorumluyken; B, böbreğin rıza olmadan alındığını bilmesi durumunda TCK m. 91/5'ten sorumludur.

⁷⁵⁰ ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 37; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 261; ÖZBEK, s. 542.

⁷⁵¹ Aynı yönde görüş için bkz. ŞEN, *Yorumu*, s. 325; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1563.

Kanunda öngörülen kurallara uyulması suretiyle hukuka uygun şekilde elde edilen organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama bu fıkradaki suça vücut vermeyecektir.⁷⁵² Başka bir ifadeyle, bu fıkra hükmünde cezalandırılan fiil, organ veya dokunun hukuka aykırı olarak saklanması, nakledilmesi veya aşılması değil; hukuka aykırı biçimde elde edildiği fail tarafından bilinen organ veya dokunun, kurallara uygun olup olmadığına bakılmaksızın saklanması, nakledilmesi veya aşılmasıdır.⁷⁵³ Hukuka uygun olarak elde edilmiş organ veya dokunun hukuka aykırı olarak saklanması, nakledilmesi veya aşılmasının, ODNK m. 15'te, "*Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku ... saklayan, aşıl原因 ve nakleden*" şeklinde düzenlenen suça vücut vereceğini düşünüyoruz. Saklanan, nakledilen veya aşıl原因 organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması, TCK m. 91/5'te düzenlenen suçun ön şartı niteliğindedir.⁷⁵⁴

⁷⁵² Organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasının cezalandırılabilme şartı olduğu görüşü için bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1563. Suçun ihlal alanına tamamen yabancı olmakla birlikte, var olan ihlal edici bir fiilin cezalandırılmasını uygun ve elverişli hale getiren olaylar cezalandırılabilirlik şartlarıdır. Cezalandırılabilme şartlarının asıl fonksiyonu, bütün unsurları halihazırda tamamlanmış olan suç fiiline, cezanın uygulanabilmesinin sağlanmasıdır. Cezalandırılabilirlik şartlarının suçtan sonra ortaya çıkan veya en fazla suç ile hemzaman bir olay olması mantık gereğidir. Bu itibarla suçtan önceki bir olay, cezalandırılabilirlik şartını oluşturmaz. Objektif cezalandırılabilirlik şartları, kast ve taksirin kapsamında değildir. Bu şart, suçlunun davranış ve iradesinden bağımsız bir sebepten dolayı gerçekleşir. Dolayısıyla cezalandırılabilirlik şartı konusundaki hatanın önemi yoktur. Bu şartların objektif olarak gerçekleşmiş olması cezalandırılabilirlik için yeterlidir. Esasen bu şartlara, "objektif cezalandırılabilirlik şartları" denmesinin nedeni de budur. Bkz. ANTOLISEI, s. 659; MANTOVANI, s. 784; Nevzat **TOROSLU**, "*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*", in. Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1, B. 1, İstanbul 2008, s. 707; ALACAKAPTAN, s. 6-7; ÖNDER, Dersleri, s. 376; DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 364. Bu bilgiler ışığında; saklanan, nakledilen ya da aşıl原因 organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasının, cezalandırılabilme şartı olmadığını düşünüyoruz.

⁷⁵³ Aynı yönde görüş için bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1563.

⁷⁵⁴ Suçun ön şartlarının, suçun unsuru olmayan, fiilden önce meydana gelen, failin yalnızca bilmesinin yeterli olduğu ancak istemesinin gerekli olmadığı birtakım şartlar olduğu kabul edilmektedir. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 357-359; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, Genel Hükümler, s. 464. İtalyan hukukunda, fiilin ön şartları olarak ifade edilen unsurların hukuka aykırı fiilden önce geldiği ve ondan bağımsız olduğu, bazı suçların oluşması için gerekli olan unsurlar olduğu ifade edilmektedir. Çocuk düşürtme suçu için kadının hamile olması, birden çok evlilik

Maddede sayılan ilk hareket olan “saklama”, organ veya dokunun canlı muhafaza edilmesini ifade eder.⁷⁵⁵ Organ veya dokuların tıbben saklanması mümkün olması saklama hareketi açısından önemlidir. Örneğin, kornea uzun süre bozulmadan saklanabilen bir dokuyken; kalp, kısa süre içinde alıcıya nakledilmesi gereken bir organdır. Saklama hareketinin, organ veya dokuların elverişli koşullarda ve teknik imkânı bulunan yerlerde saklanması gerekir.⁷⁵⁶ Saklamanın kısa veya uzun süreli olması, suçun oluşumu bakımından önemli değildir.⁷⁵⁷

Nakil, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan organın alıcıya cerrahi yöntemlerle aktarılmasıdır.⁷⁵⁸

Diğer bir hareket olan aşılama ise, bir dokunun alıcıya cerrahi yöntemlerle aktarılması işlemidir.⁷⁵⁹

Söz konusu hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte suç da tamamlanmış olacağından, bu suç neticesiz bir suçtur ve suçun tamamlanması için herhangi bir sonucun ortaya çıkması aranmamaktadır.⁷⁶⁰ Ayrıca suç, bağlı hareketli ve ani bir suçtur.⁷⁶¹ Hukuka aykırı şekilde elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakli

suçunda önceden yapılmış olan evlilik ya da hırsızlık suçunda taşınırın başkasına ait olması fiilin ön şartlarına örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. ANTOLISEI, s. 188.

⁷⁵⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 113. Öğretide yalnızca hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuların saklanması suç olarak düzenlenmesinin; hukuka uygun olarak elde edilmiş organ veya dokuların belirli koşullarda saklanmasını düzenleyen Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesi karşısında eksik olduğu ifade edilmiş ve hukuka uygun olarak elde edilmiş organ veya dokunun saklanması açısından bir düzenleme getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER, “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi*”, s. 194-195.

⁷⁵⁶ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1563.

⁷⁵⁷ MERAN, s. 227.

⁷⁵⁸ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3152; ŞEN, *Yorumu*, s. 325.

⁷⁵⁹ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3153; ŞEN, *Yorumu*, s. 325.

⁷⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz. ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 262; ÖZBEK, s. 543; ÜZÜLMEZ, s. 134.

⁷⁶¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 113; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 37.

ya da aşılması sırasında organ veya dokunun hayatiyetini yitirmesi suçun varlığı açısından önem arz etmez.⁷⁶²

Bununla birlikte, maddede sayılan hareketler birbirinden bağımsız nitelikte olduğundan, seçimlik hareketli bir suçun bulunmadığını ve saklama, nakletme ve aşılama hareketlerinin aynı ya da farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda hareket sayısının suçun oluşacağını düşünüyoruz.⁷⁶³

2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırı şekilde elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması, her zaman hukuka aykırıdır. Organ veya doku ticareti suçunda olduğu gibi bu suçla da hukuka uygunluk nedenlerinin bağdaşabileceğini düşünmüyoruz. Zira, yalnızca mevzuata göre elde edilmiş olan organ veya dokuların saklanması, nakledilmesi veya aşılması hukuka uygun olabilir.⁷⁶⁴

3. Kusurluluk

TCK m. 91’de düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi bu suçun da yalnızca kasten işlenebilmesi mümkün olup; taksirli şekli Kanunda düzenlenmemiştir. Kusurluluk için failin özel bir amaç veya saikle hareket etmesi gerekli olmayıp, genel kast yeterlidir. Bu suçta genel kast, hukuka aykırı olarak elde edildiği bilinen

⁷⁶² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 113; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 38.

⁷⁶³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 113; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 37-38. Suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu görüşü için bkz. ŞEN, Yorumu, s. 325; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 261; ÖZBEK, s. 543.

⁷⁶⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 113.

organ veya dokuları sakladığını, naklettiğini veya aşıladığını bilme ve isteme iradesidir. Fiil unsuru başlığı altında yaptığımız açıklamalardan da hareketle failin, saklanılacak, nakledilecek veya aşılacak organ veya dokunun hukuka aykırı şekilde elde edildiğini bilmesi kastın varlığı için şarttır. Söz konusu organ veya dokuların hukuka aykırı şekilde elde edildiğini bilmemek ya da hukuka uygun elde edildiğini sanmak, TCK m. 30/1’de düzenlenen fiil üzerinde hataya vücut verir ve failin kastını kaldırır.⁷⁶⁵ Suçun taksirli halinin Kanunda düzenlenmemesi karşısında, failin bu durumda cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Organ veya doku saklama, nakletme veya aşılama suçunun fiil unsuru kısmında yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, suçun neticesiz bir suç olmasına rağmen, hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda teşebbüsün mümkün olabileceğini düşünüyoruz.⁷⁶⁶ Örneğin, hukuka aykırı olarak alındığı bilinen böbreği nakleden hekim, nakil için alıcıya narkoz vermiş ve alıcının vücudunda kesi oluşturmuş ancak böbreğin nakli esnasında yakalanmışsa bu halde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilecektir.

⁷⁶⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 113; ÜZÜLMEZ, s. 134; AYDIN, Organ ve Doku Nakli, s. 135.

⁷⁶⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 113. Bu fıkradaki suçun teşebbüse elverişli olmadığı görüşü için bkz. TANERİ, s. 492.

TCK m. 36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin de bu suç bakımından uygulanabilmesi mümkündür. Buna göre failin suçu icra hareketlerine başlaması ancak gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda, teşebbüs ettiği suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar gerçekleşen hareketler bir başka suça vücut veriyorsa bu suçtan sorumlu olacaktır. Örneğin, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan böbreği, alıcının rızası olmamasına rağmen alıcıya nakledecek hekim, ameliyat esnasında gönüllü olarak bundan vazgeçer ve nakli tamamlamazsa bu halde o ana kadar tamam olan suçtan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu itibarla hekim, kasten yaralama suçundan dolayı sorumludur. Bununla birlikte bu suç için, saklama, nakletme veya aşılama hareketlerinin mevzuatta öngörülen kurallara aykırı yapılması şart olmadığından, hukuka aykırı şekilde elde edildiğini bildiği bir dokuyu alıcının rızası dahilinde alıcıya aşılamanın hekim, suçun icrasına başladıktan sonra icra hareketlerini yarıda keserse bu ana kadar gerçekleştirilen hareketlerin bir başka suça vücut vermeyeceğini düşünüyoruz.

2. İştirak

Organ veya doku saklama, nakletme veya aşılama suçunun özgü bir suç olduğu göz önünde bulundurulduğunda; özgü suça ilişkin iştirak kuralları, bu suç bakımından da uygulanacaktır.

Saklama, nakil veya aşılama hareketlerinin, yetkilendirilmiş birden fazla personel tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, bu kimselerin her biri TCK m. 37/1'de yer alan müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Niteliği itibarıyla nakil veya aşılama hareketlerinin genelde birden fazla kişiyi gerektiren bir tıbbi müdahaleyle

gerçekleştirilebilmesi karşısında, tipik fiili gerçekleştirilmemekle birlikte tipik fiili gerçekleştiren failin fiiliyle hem zaman olan ve tipik fiilin gerçekleştirilebilmesi için önem taşıyan diğer kimselerin fiilleri, bu kimselerin müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını gerektirir. Örneğin, hukuka aykırı olarak elde edildiği bilinen bir böbreği, bir hastaya nakleden ekipte, nakli yapan cerrah dışında naklin tamamlanabilmesi için zorunlu olarak kişiye gerekli narkozu veren, anestezi ve reanimasyon uzmanı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Bunun haricinde, genel kurallar çerçevesinde suça azmettirme veya yardım etme suretiyle iştirak edilebilmesi mümkündür.

3. İçtima

Fiil unsuru bağlamında yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, organ veya doku saklama, nakletme veya aşılama suçuna vücut veren hareketler birbirinden bağımsız olduğundan, aynı failin birden fazla hareketi gerçekleştirmesi durumunda, gerçekleştirilen hareket sayısı kadar suç oluşacaktır.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı suçun birden çok defa işlenmesi durumunda, TCK m. 43/1’de yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür.⁷⁶⁷ Örneğin, gözleri görmeyen kardeşinin görebilmesini sağlamak amacıyla hukuka aykırı biçimde elde edilmiş olduğunu bildiği bir korneayı aşılaman ve aradan zaman geçtikten sonra hukuka aykırı şekilde elde edilmiş bir başka korneayı da kardeşine aşılaman hekimin, bir suç işleme kararının icrası

⁷⁶⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 113.

kapsamında hareket ettiği ve cezasının zincirleme suç hükümlerine göre ağırlaştırılması gerektiği söylenebilir.

Failin organ veya dokuyu hukuka aykırı olarak elde etmesinin ardından, bu organ veya dokuyu saklaması, aşılması veya nakletmesi durumunda, fail farklı eylemleri nedeniyle ayrı ayrı sorumludur. Örneğin, kendisinden organ veya doku alınması konusunda rıza gösterme ehliyeti olmayan 16 yaşındaki çocuktan bir böbrek alan hekimin, bu böbreği başka bir kimseye nakletmesi durumunda, hem kişiden organ veya doku alma suçundan hem de organ veya dokuyu nakletme suçundan dolayı cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilen organ veya dokunun, nakledilmesi veya aşılması durumunda hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ölüm veya yaralama sonuçları ortaya çıkarsa, fail ayrıca bu sonuçtan dolayı da sorumludur. Örneğin, kan ve doku gruplarına ilişkin testleri yapmadan hukuka aykırı olarak vericiden böbrek alan hekimin, bu böbreği alıcıya nakletmesinin ardından, organ reddi nedeniyle alıcının ölmesi halinde, hekim hem TCK m. 91/5'ten hem de kusur durumuna göre taksirli insan öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

Son olarak organ veya doku saklama, nakletme veya aşılama suçuna vücut veren fiillerin, ODNK m. 15'te, *“Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku ... saklayan, aşıl原因 ve nakleden”* şeklinde düzenlenen suçta vücut verip vermeyeceği konusu incelenmelidir. TCK m. 91/5'te düzenlenen suçta, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğu bilinen organ veya dokunun, kurallara uygun olup olmadığına bakılmaksızın saklanması, nakledilmesi veya aşılması cezalandırılmaktadır. Buna karşın, ODNK m. 15'te, organ veya dokunun ODNK'ya aykırı biçimde saklanması, aşılması veya nakledilmesi suç sayılmıştır. Suç olarak düzenlenmiş her iki fiil

arasında kısmi bir örtüşme söz konusudur. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan organ veya dokunun, ODNK'da öngörülen kurallara uygun biçimde saklanması, aşılması veya nakledilmesi durumunda failin, TCK m. 91/5'te düzenlenen suçtan; hukuka uygun olarak elde edilmiş organ veya dokunun ODNK'daki kurallara aykırı olarak saklanması, aşılması veya nakledilmesi durumunda failin, ODNK m. 15'te düzenlenen suçtan dolayı sorumluluğu söz konusudur. Bununla birlikte, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun ODNK'da düzenlenen kurallara aykırı olarak saklanması, nakledilmesi veya aşılması söz konusuysa, ODNK m. 15'te öngörülen içtima kuralı gereğince, faile yaptırımını daha ağır olan TCK m. 91/5'ten dolayı ceza verilecek ve ayrıca ODNK m. 15'ten dolayı ceza verilmeyecektir.

F. SUÇUN MUHAKEMESİ

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun cezası 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Bu fıkrada düzenlenen suçta da maddi konunun organ veya doku olmasına göre yaptırımda bir farklılığa gidilmemiştir. Bu suçun takibi şikayete bağlı olmayıp re'sen yapılmaktadır.

TCK m. 91/7 hükmü gereğince, bu suçun, bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda, ilgili tüzel kişi hakkında TCK m. 60'ta düzenlenen iznin iptali veya müsadere güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Madde itibariyle yetkili mahkeme, asliye ceza mahkemeleri iken; yer itibariyle yetkili mahkeme, hukuka aykırı yollarla elde edildiği bilinen organ veya dokunun saklandığı, nakledildiği veya aşıldığı yer mahkemesidir.

Son olarak bu suç için dava zamanaşımı süresi, TCK m. 66/1-e gereğince 8 yıldır.

VI. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK OLARAK İLAN VEYA REKLAM VERME VEYA YAYINLAMA SUÇU

A. HUKUKİ KONU

TCK m. 91/6’da belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler cezalandırılmaktadır. Bundan hareketle tek bir hükümle, birisi yayın şartına bağlı iki farklı suç düzenlenmiştir.⁷⁶⁸

ODNK m. 4’teki, “*Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır*” hükmüyle de organ veya doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır. Bundan hareketle, bu fıkra düzenlenmiş suçun hukuki konusu, insan vücudunun, organ ve dokularının ticaretinin yapılmasını özendiren davranışların önlenmesine ilişkin kamusal yarardır.⁷⁶⁹ Kanun koyucu, söz konusu hükümle birlikte, her ne maksatla olursa olsun organ ve doku alım satımı ile ticaretini daha ilan ve reklam aşamasında önlemeyi amaçlamıştır.⁷⁷⁰ Bu suretle, ihtiyacı olan kimselerin bir çıkar sağlamaksızın kamuoyuna müracaatı engellenmemekte ancak ticari ilanlar yaptırım altına alınmaktadır.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 114; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 38.

⁷⁶⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 114; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 39.

⁷⁷⁰ ŞEN, *Yorumu*, s. 326.

⁷⁷¹ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s. 849.

B. MAĞDUR VE MADDİ KONU

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun mağduru belirli bir kişi değil, toplumdur.⁷⁷²

Tipik fiilin üzerinde işlendiği kişi veya şey olmadığı için, bu suçun maddi konusu bulunmamaktadır.⁷⁷³

C. FAİL

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme suçunun faili herkes olabilir. İlan veya reklam yayınlama suçunda ise, yayın unsuru arandığından bu suçu ancak mevzuata göre ilan veya reklam yayımlayabilecek konumdaki kişiler işleyebilir.⁷⁷⁴ 5187 sayılı Basın Kanunu m. 2/b’de yayım, “*Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması*” şeklinde tanımlanmışken; m. 2/j’de yayımcı, “*Bir eseri basılmış duruma getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 2/ff’de yayın hizmeti, “*Medya hizmet sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticari iletişim ile radyo yayın*

⁷⁷² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 114.

⁷⁷³ Kural olarak neticesi olmayan suçlarda maddi konunun da bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. TOROSLU – TOROSLU, s. 104; ÖNDER, *Dersleri*, s. 216.

⁷⁷⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 114; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 38.

hizmeti” şeklinde, m. 2/ee’de yayıncı, “*Televizyon ve/veya radyo yayın hizmeti veren medya hizmet sağlayıcı*” şeklinde, m. 2/l’de medya hizmet sağlayıcı, “*Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu itibarla her iki Kanun hükümleri çerçevesinde, ilan veya reklam yayınlama suçunun ancak reklam veya ilan yayınlama yetkisine sahip olan kişiler tarafından işlenebilecek bir özgü suç olduğunu düşünüyoruz.

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

TCK m. 91/6’da düzenlenen suçun fiil unsuru, “*belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek*” ya da “*belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklamı yayınlamak*” olarak gösterilmiştir.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olmak, organ veya doku verebilecek muhtemel kimselere belli bir çıkar vaat etmek suretiyle organ veya doku temini yoluna gitmektir. Fıkra da yer alan çıkar, organ veya doku verebilecek muhtemel kişilerin iradelerine etki edebilecek maddi veya manevi çıkar olabilir.⁷⁷⁵ Ancak manevi çıkar söz konusu olduğunda, beşeri deney kurallarına göre bunun, en azından kişilerin iradeleri üzerinde etkili olması gerekir. Örneğin, böbrek

⁷⁷⁵ ÖZBEK, s. 543; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 262; GERÇEKER, s. 1945. Çıkar kavramının, yalnızca maddi çıkarı ifade ettiği yönündeki görüş için bkz. ŞEN, Yorumu, s. 326; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3153.

hastası şeyhin, müridi olduğu kişilerden birisinin böbreğini vermesi durumunda cennete gideceği yönündeki ilanı, bu kimselerin iradeleri üzerinde etkili olabilecek niteliktedir.⁷⁷⁶ Belli bir çıkar karşılığı olmayan ilan veya reklam verme ya da yayınlama hareketleri bu suça vücut vermeyecektir. Örneğin, bir babanın kızına böbreğini bağışladığına ilişkin haberin yayınlanması ya da aracı kurumların organ veya doku bağışına teşvik edici nitelikte ilanlar vermesi suç teşkil etmeyecektir.⁷⁷⁷

Fıkıradaki organ veya dokunun temininden söz edildiği için, organ satışına ilişkin ilan veya reklamların verilmesi ya da bunların yayınlanması bu suça vücut vermez. Örneğin, internet ortamı üzerinden böbreğini satılığa çıkardığına yönelik ilan veren kimsenin fiili, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme suçunu oluşturmaz.⁷⁷⁸

Bu suçta ilan veya reklam vermek, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini düşüncesini somutlaştırmak, yani düşüncenin başkaları tarafından algılanabilir olmasını sağlamaktır. İlan veya reklamın başkaları tarafından algılanabilir olması ise, bunun ancak alenileştirilmesiyle mümkün olabilir. Bu

⁷⁷⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 115.

⁷⁷⁷ PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1564.

⁷⁷⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 849. Bu suçun, TCK m. 91/3'te düzenlenen organ veya doku ticareti suçunun ilan yoluyla işlenmesinin bir türü olduğu görüşünden hareketle, ilanı veren kişinin aynı zamanda organ veya doku satımına aracı olması halinde yalnızca TCK m. 91/3'ten sorumlu olması gerektiği; buna karşın, henüz alım satım gerçekleşmeden yalnızca ilanın verilmesi söz konusuysa TCK m. 91/6'dan sorumluluğunun olacağı ileri sürülmüştür. Bkz. DONAY – KAŞIKÇI, s. 145. Bir diğer görüşse, henüz alınmış bir organ veya doku olmamasına karşın, bunların belli bir menfaat karşılığında temin edilebileceğine ilişkin reklam veya ilanın TCK m. 91/6 hükmüne; hukuka uygun veya aykırı olarak önceden alınmış organ veya dokulara bir şekilde müşteri aranması eyleminin ise TCK m. 91/3 hükmüne vücut vereceği yönündedir. Bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1564. Kanaatimizce, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren kimse, bu reklam veya ilan yoluyla organ veya doku satın alanla satanı karşı karşıya getirirse, birbirinden farklı iki fiilin bulunduğu ve failin hem TCK m. 91/6'dan hem de TCK m. 91/3'ten dolayı cezai sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, belli bir çıkar karşılığı olmaksızın organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam veren ve bu ilan veya reklamın sayesinde organ veya doku satın alanla satanı karşı karşıya getiren failin, yalnızca organ veya doku ticaretine aracılıktan dolayı cezai sorumluluğunun bulunacağını düşünüyoruz.

nedenle ilan veya reklamın yalnızca hazırlanmış olması, suçun oluşması için yeterli değildir.⁷⁷⁹

İlan veya reklamı yayınlamak da, ilan veya reklamın alenileşmesi demektir. Alenileştirmenin farklı yollarla gerçekleştirilebilmesi mümkün olup; ilan veya reklam alenileşince suç da oluşmaktadır.⁷⁸⁰ Belirtilen nitelikteki ilan veya reklamın alenileştirilmesiyle birlikte suç da oluştuğu için, suç ani ve neticesiz⁷⁸¹ bir suçtur.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/1-n'de ticari reklam, *“Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları”* şeklinde tanımlanmışken; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 2/ş'de radyo ve televizyon reklamı, *“Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayın”* şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun m. 40/2'de, *“Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini*

⁷⁷⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 115. Belirtilen nitelikteki ilan veya reklamın verilmesiyle birlikte suçun da oluştuğu görüşü için bkz. ÖZBEK, s. 543; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 262; MERAN, s. 227; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 1564.

⁷⁸⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 115; ÖZEN, *“Organ Ticareti”*, s. 39.

⁷⁸¹ ÜZÜLMEZ, s. 134; TANERİ, s. 492; ÖZBEK, s. 543; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 262.

maksadiyle gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar reklam sayılır” hükmüyle reklam açıklanmıştır. Aynı Kanununun 40. maddesinin 1. fıkrasında hususi ilan, “Resmi ilan sayılmıyan ve gerçek ve tüzel kişiler tarafından gazete ve dergilerde yayınlanmak üzere verilip de reklam mahiyetinde bulunmıyan ilanlar, hususi ilan sayılır” şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu tanımlarda yer alan unsurları taşımayan bir düşünce açıklaması ilan veya reklam niteliğinde olmayacağından bu suç da oluşmayacaktır. Bu itibarla, TCK m. 91/6’daki suçun, bağlı hareketli⁷⁸² bir suç olduğu kanaatindeyiz. Düşünce, ilan veya reklam vererek açıklandığında suç da işlenmiş olacaktır.⁷⁸³ Bununla birlikte ilan veya reklamın nerede ve hangi şekilde yayınlanacağı suç için önem arz etmez. Gazete, televizyon, internet veya diğer yollarla da ilan veya reklamın yayınlanması durumunda suç oluşacaktır.⁷⁸⁴

2. Hukuka Aykırılık

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama hareketleri her zaman hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşabilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz.⁷⁸⁵

⁷⁸² Bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu yönündeki görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 134; ÖZBEK, s. 543; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 262.

⁷⁸³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 115.

⁷⁸⁴ ÖZBEK, s. 543; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAKSIZ – TEPE, Özel Hükümler, s. 262.

⁷⁸⁵ ÖZEN, “Organ Ticareti”, s. 40.

3. Kusurluluk

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu yalnızca kasten işlenebilecek bir suç olup; suçun taksirli şekli Kanunda düzenlenmemiştir. Failin belirli bir amaç veya saikle hareket etmesi gerekmediği için suçun oluşumunda genel kast yeterlidir.⁷⁸⁶ İlan veya reklam verme hareketi açısından kast, failin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verdiğini bilmesi ve istemesidir. İlan veya reklam yayınlama hareketi açısından ise, failin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olan ilan veya reklamı bilerek ve isteyerek yayınlamasıdır.

İlan veya reklamın belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olduğunun fail tarafından bilinmesi zorunludur. Reklamın belli bir çıkar karşılığı olmadığı yönünde hataya düşen fail, bu hatasından yararlanır ve fiil üzerindeki bu hata kastı ortadan kaldırır.⁷⁸⁷

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Fiil unsuru kısmında da açıklandığı üzere, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu aleniyeti gerektirdiğinden, ilan

⁷⁸⁶ Bu suçta özel kastın gerekli olduğu konusunda bkz. ÜZÜLMEZ, s. 134.

⁷⁸⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Kişilere Karşı, s. 115.

ya da reklamın yalnızca hazırlanmış veya hazırlanmış olması, ilan veya reklam aleniyet kazanmadıkça hazırlık hareketidir ve cezalandırmanın konusu olamaz.⁷⁸⁸

Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere,⁷⁸⁹ ilan veya reklamın aleniyet kazanmasıyla birlikte suç da tamamlanacağından, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını düşünüyoruz.⁷⁹⁰

2. İştirak

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme suçu herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan, bu suça iştirak özellik arz etmez ve azmettiren, birlikte fail ya da yardım eden olarak bu suça iştirak edilebilmesi mümkündür. Örneğin, bedel karşılığında böbrek arandığına yönelik gazete ilanını kaleme alan ve bunu yayınlanması için gazeteye ulaştıran kişiler müşterek fail olarak sorumludur.

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam yayınlama suçu, ancak ilan veya reklam yayınlayabilecek kimselerce işlenebileceği için bu konumda bulunmayan kimselerce, özgü suç failinin azmettirilmesi veya failin fiiline yardım edilebilmesi mümkündür. Ayrıca yayınlama fiilini gerçekleştirilmemekle birlikte, yayınlama fiilini gerçekleştiren failin fiiliyle hem zaman olan ve bunun gerçekleştirilebilmesi için önem taşıyan diğer kimselerin fiilleri, müşterek fail olarak cezai sorumluluğun bulunmasında önem arz eder. Örneğin, bu suça vücut verecek

⁷⁸⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 115.

⁷⁸⁹ TANERİ, s. 492; ÖZBEK, s. 543; ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAĞIZ – TEPE, *Özel Hükümler*, s. 262. Suçun teşebbüse elverişli olduğu yönündeki görüş için bkz. MERAN, s. 227; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 3153.

⁷⁹⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Kişilere Karşı*, s. 115; ÖZEN, “*Organ Ticareti*”, s. 40.

nitelikteki reklamın bir televizyona yayınlanmak üzere gönderilmesinin ardından, bunu yayınlayan kişiyle birlikte yayın için zorunlu olan teknik erişimi sağlayan kişi, müşterek fail olarak sorumludur.

3. İctima

Bu suç neticesiz bir suç olduğundan dolayı, ilan veya reklamın alenileşmesiyle birlikte suç da tamamlanır. Bu itibarla, birden fazla reklam veya ilanın verilerek alenileştirilmesi veya yayınlanması durumunda, yayınlanan ilan veya reklam sayısı kadar suç oluşacaktır.

Bu suçun, TCK m. 43/1’de yer alan zincirleme suç biçiminde işlenebilmesi mümkündür. Örneğin, böbrek hastası olan failin, önce 5000 TL karşılığında böbrek almaya yönelik ilanının; ardından da bedeli 7000 TL’ye çıkararak hazırladığı yeni ilanının yayınlanması durumunda, bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiğinden, cezasının zincirleme suça ilişkin hükümler doğrultusunda artırılması gerekecektir.

ODNK m. 15’te, TCK m. 91/6’ya vücut veren fiiller suç olarak sayılmadığı için bu fıkra da öngörülen fiilin, ODNK m. 15’e vücut verebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren kimse, bu reklam veya ilan yoluyla organ veya doku satın alanla satanı karşı karşıya getirirse, birbirinden farklı iki fiilin bulunduğu ve failin hem bu fıkradaki suçtan hem de TCK m. 91/3’te düzenlenen organ veya doku ticaretine aracılık suçundan dolayı cezai sorumluluğu doğacaktır.

F. SUÇUN MUHAKEMESİ

TCK m. 91/6'da, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu için öngörülen yaptırım 1 yıla kadar hapis cezasıdır. Cezanın alt sınırı TCK m. 49/1 gereği 1 aydır. Bu suç için kısa süreli hapis cezası öngörülmele birlikte suçun takibi şikâyete tabi değildir ve re'sen yapılır.

Bu suçun, bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda, ilgili tüzel kişi hakkında TCK m. 60'ta düzenlenen iznin iptali veya müsadere güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Madde itibariyle yetkili mahkeme, asliye ceza mahkemeleridir. Yer yönünden yetkili mahkeme CMK m. 12/3'teki, *“Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir”* hükmü ile CMK m. 12/5'teki, *“Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel veya işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir”* hükmü çerçevesinde belirlenmelidir.

Bu suçta dava zamanaşımı süresi, TCK m. 66/1-e gereğince 8 yıldır.

SONUÇ

Tarihsel gelişim çizgisi itibariyle organ ve doku nakillerinin bugünün tıp dünyasında rutin bir tedavi yöntemi olarak uygulanabilmesi, bu alanda yapılan araştırma ve deneylerin ve neticede yüzyıllar boyunca elde edilen bilgi birikiminin bir sonucudur. Günümüzde tıp biliminin geldiği nokta itibariyle organ ve doku nakilleri, vücut fonksiyonları sağlıklı bir şekilde işlemeyen kimseler açısından hem en etkili hem de en kolay tedavi yöntemi olarak yerini almıştır.

Bilimin ilerlemesine paralel şekilde, gerçekleştirilen bu önemli tıbbi tedavi yöntemine etiğin ve hukukun kayıtsız kalması düşünülemez. Bu itibarla, sağlararası organ ve doku nakilleri ile ölüden gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinin etiğe ait değerlerle ilişkilendirilmesi ve bu değerlerin süzgecinden geçirilmesi, her türlü tıbbi müdahalede olduğu gibi organ ve doku nakillerinde de insan onur ve haysiyetinin en üstün değer olarak konumlandırılmasında önem arz eder. Sağlararası organ ve doku nakillerinde, kendini yenileyemeyen organ veya dokuların alınması söz konusu olduğunda, vericinin nakilden dolayı zarar görmemesi ve alıcı ile verici arasındaki yarar-zarar dengesinin gözetilmesi etik açıdan gereklidir. Aynı zamanda, organ veya doku naklinin gönüllülük esasıyla ve maddi ya da ticari kaygılar gözetilmeksizin gerçekleştirilmesi zorunlu olup; özellikle sağlararası nakillerde bu ilkenin ihlal edilebileceği dikkate alınarak gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Gönüllülük esasının sağlanması, farklı disiplinlerde çalışan uzmanlardan oluşan etik kurulların önemli işlevlerinin bulunduğu ve bu kurulların naklin her aşamasında etkin bir rol üstlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Özellikle akraba olmayan alıcılarla vericiler arasında gerçekleştirilme ihtimali yüksek olan

organ veya doku satımının önlenmesi için, tarafların kişisel verilerinin gizli tutulması ve nakilden sonra da hasta mahremiyetinin korunmasının bir gereği olarak bu bilgilerin açıklanmaması çok önemlidir. Bunun yanı sıra, özellik gösteren bir tıbbi müdahale olması nedeniyle, organ veya doku nakillerinde kişilerin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması, daha sonra da hiçbir baskı olmaksızın kişilerin organ veya doku nakillerine rıza gösterdiklerinin saptanması, kişi özerkliğinin bir gereğidir. Sağlararası organ ve doku nakillerinde özellik arz eden fetal doku ve hücre nakilleri ile fizyolojik anlamda beyinleri olmayan anensefalik yeni doğanlardan yapılacak nakiller, etik açısından çözümlenmesi zor olan sorunlardandır.

Sağlararası organ ve doku nakilleri kadar sorunlu olmasa da, ölüden gerçekleştirilen organ ve doku nakillerinde de etik açısından özellik arz eden bazı konular vardır. Bunlardan ilkinin, kişinin öldükten sonra kendisinden organ veya doku alınmasına yönelik rızanın sağlanması oluşturur. Olumlu veya olumsuz yönde bir iradenin bulunmaması durumunda ölenin yakınlarının muvafakat gösterebileceği kabul edilmektedir. Ancak, kişinin sağlığında, organ veya doku alınması konusunda açıklamış olduğu olumlu ya da olumsuz iradenin her koşulda en üstün tutulması ve açıklanan bu iradeye uygun hareket edilmesi kişi özerkliğine saygı ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Etik açısından bir diğer tartışma, ölüm anının belirlenmesi noktasındadır ve konuyla ilgili olarak klasik ölüm anlayışı ile beyin ölümü anlayışı ortaya çıkmıştır. Organ ve dokuların hayatiyetinin korunması açısından, nakli mümkün kılan anlayış beyin ölümü anlayışı olmakla birlikte; bu anlayış etik açıdan tartışılmakta ve özellikle ölüm anının pratik gerekçelerle öne çekilmesi eleştirisiyle karşılaşılmaktadır. Ölüden organ ve doku alınması özellik arz eden son konuya, alınan organ ve dokuların hangi esasa göre dağıtımının yapılacağıdır. Bu noktada

eşitlikçi, liyakatçi ve faydacı teoriler ortaya atılmakla birlikte hangi teorinin ne ölçüde ve nasıl benimseneceği hususu tartışmaya açıktır.

Henüz yalnızca deneme aşamasında olsa hayvanlardan gerçekleştirilecek organ ve doku nakilleri de tıbbi ve etik açıdan pek çok soru işaretini beraberinde getirmektedir. Öncelikle, farklı türlerden alınacak ve insan vücuduna nakledilecek organ ve dokuların reddedilme olasılıklarının çok yüksek olması ve bütün insanlık açısından tehdit oluşturabilecek düzeydeki enfeksiyon riskleri bu türdeki nakiller açısından caydırıcı görünmektedir. Bunun yanı sıra, nakil için kullanılacak hayvanların, insana genetik açıdan daha yakın türlerden olması ve bunların duygusal zekası daha yüksek olan türlerden olması etik açıdan tereddütle karşılanmaktadır.

Organ ve doku nakillerine etik açıdan getirilen yaklaşımlar bu şekilde olmakla birlikte, aynı konunun hukukumuz açısından düzenlenmesinde temel düzenleme 2238 sayılı ODNK'dır. ODNK'nın ilk 4 maddesi genel hüküm niteliğinde olup; bu hükümler hem sağlararası organ ve doku nakillerine hem de ölüden organ ve doku nakillerine uygulanır durumdadır. Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini düzenlemeyi amaçlayan söz konusu Kanun hükümleri, organ ve doku nakliyle ilgili müdahalelerin hukuka uygunluğunun sınırlarını da çizer niteliktedir. Otogref, saç ve deri alınması aşılması ve nakliyle kan transfüzyonlarını kapsamın dışında tutan ODNK, bunların haricinde kalan ve tıbben organ ya da doku olarak tanımlanan insan kökenli biyolojik maddeleri kapsamaktadır. İnsan organ ve dokularının ticarete konu bir mal olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin ilkenin pozitif hukukumuzdaki yansımalarından birini oluşturan ODNK m. 3, bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı organ ve doku alınması ya da satılması yasağını getirmiştir. Organ veya dokuların ticarete konu olmamasının

bir sonucu olarak, ODNK m. 4'te, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır.

ODNK m. 5 ile m. 10 arasında yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasının şartları düzenlenmiştir. Bu şartlar; uygun vericinin seçilmesi, üstün amaç, uygun sağlık kurumunun bulunması, bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü ve rıza olarak sayılabilir. Uygun vericinin seçilmesi, organ ve doku nakillerinde yaşanan en önemli engellerden olan uyum sorununun aşılabilmesi için yapılması zorunlu birtakım tahlil ve incelemelerin yapılması ve bunun ardından kan ve doku grupları açısından en uygun olan kişinin seçilmesi; üstün amaç, vericinin uğrayacağı zararlar, alıcının elde edileceği faydanın birbiriyle karşılaştırılması, elde edilecek faydanın vericinin zararını ikinci plana itmesi ve bu zarara katlanmasını haklı göstermesidir. Uygun sağlık kurumuna ilişkin şartlar esas itibariyle ODNK m. 10 ile bu hükme dayalı olarak çıkarılan ODNHY ve diğer yönergelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Rızanın ön koşulu olması itibariyle önemli bir şart olan bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü genel olarak tıp hukukuna ilişkin düzenlemelerde yer almaktayken; organ ve doku nakilleri özelinde aydınlatma yükümlülüğü, ODNK m. 7'de düzenlenmiştir. Önemine binaen ODNK'da düzenlenen bilgi verme aydınlatma yükümlülüğü, konuyla ilgili genel çerçeveyi çizen Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü hükümleriyle birlikte düşünülmeli, organ ve doku nakli gerçekleştirilmeden önce hem alıcı hem de verici uygun bir biçimde bilgilendirilmelidir. Bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin ardından son olarak alıcının ve vericinin hukuka uygun olarak rızalarının alınması şarttır. ODNK m. 5 ve m. 6, vericinin rıza gösterme ehliyetine ve rızanın şekline ilişkin özel hükümler olup; bu

koşullara aykırı olarak verilmiş rıza, geçerli değildir. Bunun haricinde, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ veya dokuların alınmasını yasaklayan ODNK m. 8 hükmü, sağlararası organ ve doku nakillerinde vericinin rızasının geçerliliğine ve bunun sınırına ilişkin olarak düzenlenmiş bir hükümdür. Açıklanan söz konusu koşulların tamamının bulunması durumunda, sağlararası organ ve doku nakli hukuka uygun olacaktır.

Ölüden organ ve doku alınmasının şartları, ODNK m. 11 ile 14 arasında düzenlenmiştir. Buna göre ölüden organ veya doku alınabilmesi için vericinin ölmesi ve rızanın bulunması şarttır. Pek çok ülkenin hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da beyin ölümü anlayışının kabul edildiği ve beyin ölümü halinin nasıl saptanacağına ayrıntılı olarak ODNHY’de düzenlendiği görölmektedir. ODNK m. 11’e göre tıbbi ölüm halinin biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından tespit edileceği, tarafsızlığın sağlanabilmesi amacıyla ODNK m. 12’ye göre hekimler kurulunda alıcının müdavi hekimi ile nakli gerçekleştirilecek hekimlerin bulunmasının yasaklandığı, ODNK m. 13’e göre ölüm halinin tutanak altına alınması gerektiği ve tutanağın 10 yıl boyunca saklanması gerektiği düzenlenmiştir. Ölüden organ veya doku alınmasında özellik arz eden asıl konu, organ veya doku alınmasına ilişkin rızadır. Konuyla ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta irade modeli, itiraz modeli ve zaruret modeli olmak üzere 3 modelin benimsendiği görölmektedir. İrade modelinde, kişinin öldükten sonra kendisinden organ veya doku alınması konusundan açıklamış olduğu olumlu ya da olumsuz irade dikkate alınır ve bir irade açıklanmışsa, ölenin yakınlarının söz konusu iradenin aksine bir tasarrufta bulunabilmelerinin mümkün olmadığı kabul edilir. Kişinin sağlığında ortaya

koyduğu herhangi bir irade yoksa, bu takdirde kanunda belirtilen sıra dahilinde, ölenin yakınlarının iradesi doğrultusunda ölüden organ veya doku alınabilecektir. Diğer model olan itiraz modelindeyse, kişinin sağlığında, öldükten sonra kendisinden organ veya doku alınmasına karşı çıkmaması veya yakınlarının buna karşı çıkmaması durumunda ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkündür. Son model olan zaruret modelinde, nakil konusu organ ve dokuya acilen ihtiyaç duyan bir hastanın bulunması halinde, herhangi bir rıza aranmaksızın organ veya doku alınabilmektedir. Ölüden organ veya doku alınması konusunda hukukumuzda kuralın irade modeli olduğu, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınması bakımından itiraz modeli niteliğinde bir istisnanın tanındığı, kaza veya doğal afetler nedeniyle beyin ölümü gerçekleşmiş ve o an itibariyle kimsesi bulunmayan kimseler bakımından alıcının hayatının bu kimseden alınacak organ veya dokuya bağlı olduğu hallerdeyse zaruret modeli yönündeki bir başka istisnanın ODNK m. 14'te yer aldığı görülmektedir.

Hukuka uygun olarak organ veya doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin genel şartları ODNK'da düzenlenmişken; bu koşullara uyulmaksızın organ veya doku alınması, saklanması, aşılması, nakli, ilan veya reklam verilmesi veya bunun yayınlanması fiillerine ilişkin hem ODNK m. 15'te hem de 5237 sayılı TCK m. 91 ve devamı maddelerinde birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bu madde kapsamındaki fiillerin birçoğunun ODNK m. 15'e de vücut vermesi karşısında, içtima sorununun ODNK m. 15'te yer alan, fiilin daha ağır cezayı gerektirmemesi ölçütüyle çözümlenmesi, bu surette farklı düzenlemelerde öngörülen yaptırımların karşılaştırılması ve daha ağır yaptırımın öngörüldüğü düzenlemenin uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

TCK m. 91/1’de hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alınması cezalandırılmakta olup; hem rıza olmadan zorla alınan hem de sağlararası organ ve doku nakilleri için ODNK’da öngörülen koşullar yerine getirilmeksizin alınan organ veya dokular fıkra kapsamındadır. Bu fıkradaki suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi ve suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, suçun maddi konusunun organ veya doku olmasına göre yaptırımda farklılığa gidilmiştir.

TCK m. 91/2’de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması cezalandırılmakta olup; hukuka aykırılığın içeriği ODNK’nın, ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin hükümleri doğrultusunda belirlenecektir. Fıkra kapsamında beyin ölümü gerçekleşmiş olanlardan hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması cezalandırılmakta olup; ölüden alınan insan kökenli biyolojik maddenin organ veya doku olmasına göre yaptırımda farklılığa gidilmediği görölmektedir.

TCK m. 91/3’te, insan organ veya dokularının alım satımına konu olabilecek bir mal niteliğinde olmamasının sonucu olarak, organ veya doku ticareti suçu düzenlenmiştir. Bu fıkrada, TCK m. 91’in madde başlığını da karşılar tarzda organ veya dokunun satılması, satın alınması ve satımına aracılık edilmesi cezalandırılmış ve çok failli bir suç tipi öngörülmüştür. Kendi organ veya dokularını satan kimselerin de fail olarak cezalandırıldığı söz konusu suç tipinde; hukuki konu, mağdur ve zincirleme suç gibi konularda çözümleri zor olan birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır. Organ veya dokusunu satan kimseler bakımından TCK m. 92’de öngörülen “zorunluluk hali”nin, TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk halinden farklı olarak bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı ve kusurluluğu etkileyen bir hal olduğu genel kabul görmektedir. TCK m. 91/1’deki yaptırımlara gönderme yapan

madde hükmünde, organ veya dokularını satan kimseler bakımından TCK m. 93'te, etkin pişmanlık adı altında suç sonrası pişmanlık da düzenlenmiştir.

TCK m. 91/5'te, hukuka aykırı yollarla elde edildiği bilinen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun seçimlik hareketli bir suç olmadığı ve her bir hareketin farklı suçlara vücut vereceği düşünülmektedir. Organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiğinin bilinmesi kastın kapsamına dahil olup; bu konudaki yanlış fiili hataya vücut verecek ve kastı ortadan kaldıracaktır. Maddede düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi, takibi şikâyete bağlı olmayan bu suçun yaptırımında, maddi konuya göre bir farklılığa gidilmemiştir.

TCK m. 91/6'da, insan organ veya dokularının alım satıma konu edilmesi yasağının bir yansıması olarak, belli bir menfaat karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme ya da bu nitelikteki ilan veya reklamın yayınlanması suç olarak öngörülmüştür. Bu fıkradaki suçun oluşumu için belirtilen nitelikteki ilan veya reklamın alenileşmesi zorunlu olduğundan, suçun teşebbüse elverişli olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca, belli bir menfaat teminine yönelik olmayan veya organ veya doku bağışına teşvik niteliğinde olan ilan veya reklamların bu fıkra kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu suça vücut veren fiillerin ODNK m. 15'te düzenlenmemesi karşısında, diğer fıkralardan farklı olarak, bu fıkra ile ODNK m. 15 hükmü arasında bir çatışma bulunmamaktadır.

TCK m. 91/7'de, yukarıda açıklanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinden izin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu düzenlemelerden hareketle, ODNK'nın sağlararası organ veya doku nakilleriyle ölüden organ veya doku nakilleri hükümleri arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurmasının ve diğer ülke hukuklarında olduğu gibi ölüden organ veya doku nakillerine öncelik tanınmasının ve yeteri düzeyde organ ve doku bağışının gerçekleşmediği ölkemiz özelinde, organ ve doku nakillerine gösterilecek rızaya ilişkin hükümlerin yeniden değerlendirilmesinin yararlı olacağını düşünüyöruz. Bunun haricinde, suç yaratan normlar bakımından, ODNK hükümleriyle birlikte, TCK m. 91'in farklı fıkralarında düzenlenen suç tiplerinin birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi, özellikle ODNK m. 15'in hala yürürlükte olması karşısında cezai düzenlemeler arasındaki uygulanma sorununun açık bir biçimde çözümlenmesi ve bu kapsamda iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin hükümlerinin de dikkate alınmasının teori ve uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi açısından önemli olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca, farklı fıkralarında farklı suç tipleri düzenlenen TCK m. 91 hükmünde, suçların tasnifinde esas alınan hukuki konu ölçütünün göz önünde bulundurularak, bu maddenin 3, 5 ve 6. fıkralarında düzenlenen suçların düzenlenme yerinin yeniden değerlendirilmesi gerektiği; organ veya dokusunu satan kimseler açısından TCK m. 92'de öngörölen zorunluluk hali hükmünün hem "ekonomik ve sosyal koşullar" ifadesiyle uygulamacılara keyfi bir yetki tanıdığı hem de suçla etkin bir şekilde mücadele bakımından isabetli bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak organ ve doku ticareti suçuyla etkin biçimde mücadele edilebilmesi için cezai düzenlemelerin yanında, toplumların, organ ve doku bağışlarının önemi ve gerekliliği konularında bilgilendirilmeleri; kişi otonomisi ve gönüllölük ilkelerinin esas alınarak organ veya doku bağışlarının teşvik edilmesi ve

bu sayede daha yüksek organ ve doku bağışı oranlarına ulaşılarak organ ve doku ticareti suçlarının da işlenmesinin önüne geilebilmesinin gerekli olduğunu düşünüyöruz.

ÖZET

Organ ve doku nakli, gelişen tıp ve tekniğin imkanlarıyla birlikte günümüzde en önemli ve etkili tedavi yöntemidir. Söz konusu alana etiğin ve tıbbın kayıtsız kalabilmesi mümkün değildir. Etik açısından pek çok konu, genel kabul gören etik ilkeler çerçevesinde tartışılmaktadır. Hukuk açısından ise her ülke, organ ve doku nakillerini düzenleyen kanunları oluşturmaktadır.

Bu çerçevede ülkemizde de organ ve doku nakillerinin şartlarını düzenleyen temel kanun 2238 sayılı ODNK'dır. Söz konusu Kanun, genel hükümler bölümünün ardından, sağlararası organ ve doku nakilleri ile ölüden organ ve doku nakillerine ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Organ ve doku bağışını teşvik edici düzenlemelerin karşılaştırmalı hukukta tartışılması karşısında, ülkemizde de konuyla ilgili tartışmalar yapılmakta ve yeni kanun tasarıları hazırlanmaktadır.

Organ ve doku nakillerine ilişkin getirilen bu kurallara uyulmaması durumunda, bu durumun ceza hukuku açısından sonuçları, 5237 sayılı TCK'nın 91 ile 93. maddeleri arasında düzenlenmiştir. "Organ veya doku ticareti" başlıklı 91. maddede, farklı suç tipleri yer almıştır. Madde kapsamında, kişiden organ veya doku alma, ölüden organ veya doku alma, organ veya doku ticareti suçu, organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu ile organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu düzenlenmiştir. 92. maddedeki zorunluluk hali hükmü ile 93. maddedeki etkin pişmanlık hükmü ise yalnızca organ veya dokularını satan kimseler için getirilmiştir.

ABSTRACT

With the developing medical and technical methods, organ and tissue transplantation is one of the most prominent and effective medical treatments. Ethics and law can not remain indifferent to this area. Ethically, many topics are debated within the framework of the ethical principles that are generally accepted. In terms of law, however, each country legislates the acts that arrange organ and tissue transplantations.

Within this scope, the law about organ and tissue procurement, preservation, grafting and transplantation, no. 2238, is the main act that arranges the terms of organ and tissue transplantations in our country. Subsequent to general provisions, this act brings arrangements about the transplantations of organ and tissue from living and the transplantations of organ and tissue from cadaver. While arrangements that cheer the donation of organ and tissue are debated in comparative law, discussions on this issue are made also in our country and new drafts of law are prepared.

In case of violating the rules about the donation of organ and tissue transplantation, the consequences in terms of penal law are arranged in the Turkish Penal Code no. 5237, articles between 91 and 93. In the article 91 entitled “trading of organ and tissue”, different types of crime are arranged. Within the scope of the article, the crime of organ and tissue procurement from living, the crime of organ and tissue procurement from cadaver, the crime of trading of organ or tissue, the crime of preservation, grafting and transplantation of organ and tissue, the crime of giving or publishing the announcement or advertisement of organ and tissue intended for the procurement of organ or tissue are arranged. The provision of necessity in the article

92 and the provision of effective remorse in the article 93 are arranged only for those who sell their organs or tissues.

KAYNAKÇA

ABİK Yıldız: “*Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli*”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 93-146.

ACIDUMAN Ahmet – ARDA Berna: “*Etik ve Hukuğun Kavşağında Bir Konu: Organ ve Doku Aktarımları*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 79-87.

AKINCI Şahin: “*Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri*”, in. Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, s. 65-78. (***Organ Nakillerini Güçleştiren***)

AKINCI Şahin: “*Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 137-144. (***Ölüden Organ Alınması***)

AKINCI Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, B. 1, Ankara 1996. (***Türk Özel Hukukunda***)

AKSARAY Buse: “*Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu*”, in. Sağlık Hukuku Makaleleri II (İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi), İstanbul 2012, s. 153-166.

ALACAKAPTAN Uğur: Suçun Unsurları, B. 2, Ankara 1975.

ALACAN Fikri: Transplantasyon, B. 1, İstanbul 1993.

ALTMAN Jason: “*Organ Transplantations: The Need for an International Open Organ Market*”, in. *International Law Review*, Vol. 5, 1994, s. 161-183. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

ANTOLISEI Francesco: *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Undicesima Edizione, Milano 1989.

ARIOĞUL Orhan: “*Türkiye’de Organ Nakli ve Getirdiği Deontolojik Sorunlar*”, in. *Tıbbi Etik Yıllığı III*, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 92-94.

ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, B. 9, Ankara 2015. (**Genel Hükümler**)

ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. 3, B. 2, Ankara 2014. (**Şerhi**)

ATABEK Reşat: “*İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar*”, in. *İÜHF.M.*, C. 1, S. 2, Y. 1935, s. 188-195.

ATAÇ Adnan – UÇAR Muharrem: “*Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar*”, in. *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları*, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 671-684.

ATAMER Yeşim: “*Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*”, in. *MHB*, C. 19, S. 1-2, Y. 1999-2000, s. 115-159.

AVMAN Nurhan: “*Ölümün Tarifi, Ölüm Kriterlerinin ve Şahsın Ne Zaman Feda Edilebileceğinin Tespiti*”, in. *Türkiye Transplantasyon Derneği*, Ankara 1. Transplantasyon Simpoziumunda Sunulacak Tebliğ Özetleri (Ankara 26-28 Mart 1970), Ankara 1970, s. 11-12.

AYDIN Çağrı Kan: “*Organ veya Doku Ticareti Suçu*”, in. ABD., S. 1, Y. 2011, s. 129-162. (**Suçtu**)

AYDIN Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, B. 1, Ankara 2009. (**İştirak**)

AYDIN Erdem: “*Regulations and Organ Transplantation in Turkey*”, in. European Journal of Health Law, Vol. 7, 2000, s. 327-332. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015) (**Regulations**)

AYDIN Murat: “*Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu*”, in. Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 209-276. (**Ceza Sorumluluğu**)

AYDIN Murat: “*Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler*”, in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, B. 1, Ankara 2009, s. 161-172. (**Hukuksal Problemler**)

AYDIN Murat: Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli, B. 1, Ankara 2008. (**Organ ve Doku Nakli**)

AYDIN Murat: “*Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış*”, in. TıpHD., C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 101-115. (**Yüz Nakline**)

AYGÜN EŞİTLİ Ezgi: İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, B. 1, Ankara 2012.

AYGÜN Ezgi: Sağlık Sektöründe Reklam, B. 1, Ankara 2007.

AYİTER Nuşin: “*Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*”, in. AÜHFD., C. 25, S. 1-2, Y. 1968, s. 137-144. (**Organ Nakli**)

AZARIAH Jayapaul: “*Future: Sustainable Bioethics of Policy and Governance Amidst Ethical Dilemmas in Organ Transplantation Through Human Enhancement*”,

in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 23-32.

BAKER Jeffrey: “*Liability and the Hearth Transplant*”, in. Houston Law Review, Vol. 6, 1968-1969, s. 85-112.

BALKIR Gönül: “*Organ Nakillerinde Tıbbi Müdahaleye Uygunluk ve Rıza Ehliyeti*”, in. Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, S. 2-3, Ekim 2009-2010, s. 145-152.

Basında Transplantasyonun 20 Yılı: B. 1, Ankara 1996.

BAŞPINAR Veysel: “*Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 191-215.

BAYRAKTAR Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, B. 1, İstanbul 1972. (**Hekimin Cezai Sorumluluğu**)

BAYRAKTAR Köksal: “*Organ Nakli ve Hukuk*”, in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 101-103. (**Organ Nakli ve Hukuk**)

BAYRAKTAR Köksal: “*Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler*”, in. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 1979, s. 15-22. (**Kanuna İlişkin Düşünceler**)

BETTIOL Giuseppe – MANTOVANI Luciano Pettoello: Diritto Penale Parte Generale, Dodicesima Edizione, Padova 1986.

BİLGİN Arif: Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul Barosu Mecmuası, B. 1, İstanbul 1968. (**Hayat İçin**)

BİLGİN Nevzat: “*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”, in. Doku ve Organ Transplantasyonları, B. 1, Ankara 1993, s. 9-26. (**Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü**)

BOZOKLAR Cemal Ata: “*Beyin Ölümünün Anlamı*”, in. TıpHD., C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 69-73. (**Beyin Ölümünün**)

BOZOKLAR Cemal Ata: “*Organ Alma Hakkı ve Hukuk*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 253-260. (**Organ Alma Hakkı**)

CANELLOPOULOU-BOTTIS Maria: “*A New Law on Organ Donation in Greece: One More Effort to Advance Transplants*”, in. European Journal of Health Law, Vol. 7, 2000, s. 427-440. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

CİCİOĞLU Rasim: “*Transplantasyon İmmünolojisinin Temel İlkeleri ve Doku Uygunluk Testleri*”, Rapor I-1, XXI. Milli Türk Tıp Kongresi (20-26 Eylül 1970 Bursa), İstanbul 1970, s. 3-26.

CİN Onursal: “*İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli*”. (Erişim: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc>) (06.12.2015) (**Organ Nakli**)

ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, B. 1, İstanbul 1993.

ÇOKER Ahmet – OK Ercan – TOKAT Yaman – HOŞCOŞKUN Cüneyt – KAPLAN Hasan –YARARBAŞ Özdemir: “*Ülkemiz Dışında Yapılan Renal Transplantasyonlar*”, in. Transplantasyon ve Sorunları, Kongre Tebliğler Kitabı Türkiye Organ Nakli Derneği Birinci Bilimsel Kongresi ve Dünya Yapay Organ,

İmmünoloji ve Organ Derneği İkinci Uluslararası Toplantısı (Hacettepe Üniversitesi 20-23 Ekim 1993), Ankara 1994, s. 69-75.

DERYAL Yahya: “*Organ ve Doku Nakli Hizmetlerinde Reklam Yasağı*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 289-301.

DOĞAN Cahid: “*Ksenotransplantasyon (Hayvandan İnsana Organ ya da Doku Nakli)*”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 243-273. (*Ksenotransplantasyon*)

DONAY Süheyl – KAŞIKÇI Mahmut: En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, B. 1, İstanbul 2005.

DÖKMECİ İsmet – DÖKMECİ Handan: Büyük Tıp Sözlüğü, B. 4, İstanbul 2014.

DÖNMEZER Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, B. 11, İstanbul 1981. (*Kişilere*)

DÖNMEZER Sulhi: “*Organ Nakli*”, in. İÜHF.M., C. 41, S. 1-2, Y. 1975, s. 373-380. (*Organ*)

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 1, B. 8, İstanbul 1983. (**C. 1**)

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 7, İstanbul 1981. (**C. 2**)

DURAL Mustafa – ÖĞÜZ Tufan: Kişiler Hukuku, B. 9, İstanbul 2009.

DÜLGER Murat Volkan: “*Yasa Dışı Sınır Ötesi Sağlık Sektörü: Organ Ticareti, Taşıyıcı Annelik ve Sperm Bağışı*”, in. SD., İlkbahar 2013, s. 68-73.

EKİCİ ŞAHİN Meral: Ceza Hukukunda Rıza, B. 1, İstanbul 2012.

ELÇİOĞLU Ömer: “*Böbrek Naklinde Canlı Vericiler: Gönüllülüğü Belirlemede Puanlama ve Derecelendirme Modeli Önerisi*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 33-53.

ER Ünal: Sağlık Hukuku, B. 1, Ankara 2008.

EREM Faruk: “*Organ Nakli Hakkında Kanun*”, in. YD., C. 5, S. 4, 1979, s. 707-718. (*Organ Nakli*)

EREM Faruk: “*Suçta İştirak*”, in. AÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 1946, s. 62-107. (*İştirak*)

EREM Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C. 1, B. 1, Ankara 1993. (*Genel Hükümler*)

EREM Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 2, B. 1, Ankara 1993. (*Özel Hükümler*)

EREM Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1, B. 9, Ankara 1971. (*Ümanist Doktrin*)

ERMAN Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, B. 1, Ankara 2003.

ERTİN Hakan – MAHMUTOĞLU Fatih Selami – BAŞAĞAOĞLU İbrahim: “*Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 923-938.

FIANDACA Giovanni – MUSCO Enzo: Diritto Penale Parte Generale, Seconda Edizione, Bologna 1989.

GERÇEKER Hasan: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, B. 2, Ankara 2014.

GÖKCEN Ahmet: “*Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*”, in. SÜHFD. Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1-2, Y. 2000, s. 63-85.

GÖKCEN Ahmet – BALCI Murat: *Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları*, B. 2, Ankara 2015. (**Kasten Öldürme**)

GÖKCEN Ahmet – BALCI Murat: “*Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)*”, in. Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 111-149. (*Organ ve Doku Ticareti*)

GÖRKEMLİ Burcu: “*Kompozit Doku Nakli*”, in. Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, ERÜHFD., C. 8, S. 2, Y. 2013, s. 797-821.

GÖRKEY Şefik: “*Organ Naklinde Organların Ticari Amaçla Kullanılması ve Tıbbi Etik*”, in. in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 95-97.

GÜNER Şefik: “*Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü*”, in. AD., S. 5-6, Y. 1975, s. 584-590.

GÜNGÖR Devrim: *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, B. 1, Ankara 2007. (**Hata**)

GÜNGÖR Devrim: “*Hekimin Cezai Sorumluluğu*”, in. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014, s. 45-48. (**Hekimin**)

GÜRSOY Timur – YILMAZ Ayla – ÖZCAN Dilek: “*Organ ve Doku Nakli*”, in. YD., C. 23, S. 4, Y. 1997, s. 557-582.

GÜRZUMAR Osman Berat: “*Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler*”, in. ABD., S. 3, Y. 1991, s. 364-389.

HABERAL Mehmet: “*Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları*”, in. Doku ve Organ Transplantasyonları, B. 1, Ankara 1993, s. 3-8. (***Dünden Bugüne***)

HACIÖMEROĞLU Baki: “*Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon)*”, in. ABD., S. 4, Y. 1991, s. 537-548.

HAFIZOĞULLARI Zeki: “*5237 Sayılı Kanununun 43/1 Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen ‘Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır’ Hükmü Hakkında*”, s. 1-6. (Erişim: [http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Magduru%20Belli%20Bir%20Kisi%20Olmayan%20Suclar%20\(2\).doc](http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Magduru%20Belli%20Bir%20Kisi%20Olmayan%20Suclar%20(2).doc)) (29.11.2015) (***Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda***)

HAFIZOĞULLARI Zeki – GÜNGÖR Devrim: “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, in. TBBD., S. 69, Y. 2007, s. 21-50.

HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2015. (***Genel Hükümler***)

HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 4, Ankara 2015. (***Kişilere Karşı***)

HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2012. (***Topluma Karşı***)

HAKERİ Hakan: “*Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları*”, in. TıpHD., C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 1-9. (***Hekim Hakları***)

HAKERİ Hakan: “*Hekimlerin Cezai Sorumluluğu*”, in. Tıbbi Müdahalede Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (16-17 Ocak 2009 Mersin Barosu), Ankara 2009, s. 61-147. (***Hekimlerin Cezai Sorumluluğu***)

HAKERİ Hakan: “*Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar*”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 180-206.

(Kadavradan)

HAKERİ Hakan: “*Organ veya Doku Ticareti Suçu*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 241-249. **(Suçu)**

HAKERİ Hakan: Tıp Hukuku, B. 10, Ankara 2015. **(Tıp Hukuku)**

HAKERİ Hakan: Tıp Hukuku El Kitabı, B. 8, Ankara 2014. **(Tıp Hukuku El Kitabı)**

HEINRICH Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım I Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı (Editör: Prof.Dr.Dr.h.c. Yener Ünver), B. 1, Ankara 2014.

İÇEL Kayıhan – ÖZGENÇ İzzet – SÖZÜER Adem – MAHMUTOĞLU Fatih Selami – ÜNVER Yener: İçel Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap, B. 1, İstanbul 1999.

KAHYA Esin: “*Tarih ve Etik Açısından Canlı Anlayışının Değerlendirilmesi*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 73-78.

KANBUR Mehmet Nihat: “*Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme*”, in. Türkiye Acil Tıp Dergisi, Mart 2009, s. 41-51.

KARAKEHYA Hakan: İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, B. 1, Ankara 2010.

KARLIKAYA Esin – HOT İnci: “*Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin (Xenotransplantasyon) Etik Boyutu*”, in. Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi, C. 16, S. 4, 2007, s. 169-175. (**Hayvandan İnsana**)

KARLIKAYA Esin – HOT İnci: “*Xenotransplantasyon: Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin Etik Boyutu*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 901-912. (**Xenotransplantasyon**)

KATOĞLU Tuğrul: “*Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması*”, in. Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. 2 Kamu Hukuku, GÜHFD., Y. 3, S. 2, 2004, s. 269-292. (**Çoğul Gebeliklerin**)

KATOĞLU Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, B. 1, Ankara 2003. (**Hukuka Aykırılık**)

KATOĞLU Tuğrul: “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, in. AÜHFD., C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 657-693. (**Suçun Mağduru**)

KATOĞLU Tuğrul: “*Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”, in. AÜHFD., C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 157-193. (**Biyotıp Sözleşmesi**)

KEYMAN Selahattin: “*Hekimin Cezai Sorumluluğu*”, in. AÜHFD., C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 57-89.

KILIÇOĞLU Ahmet: Miras Hukuku, B. 4, Ankara 2012. (**Miras Hukuku**)

KILIÇOĞLU Ahmet: “*Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri*”, in. TBBD., Y. 1991, S. 2, s. 246-265. (**Organ Nakli**)

KIYAK Fahrettin: “*İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Ceza Sorumluluğu*”, in. YD., C. 1, S. 3, Y. 1975, s. 51-79.

KOCA Mahmut: “*İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b)*”, in. AÜHFD., C. 52, S. 2, s. 141-172.

KÖK Ahmet Nezi: “*Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 209-222.

KURT Ekrem: “*Organ Naklinde Modeller*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 239-252.

KÜZECİ Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, B. 1, Ankara 2010.

MANTOVANI Ferrando: *Diritto Penale Parte Generale, Seconda Edizione*, Padova 1988, s. 204-205.

MARTORELL Eva Cuallado: “*Yüz Naklinin İspanya’daki Hukuksal Görünümü*” (Çev. Prof. Dr. Yener Ünver), in. TıpHD., C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 135-159.

MEHLMANT Maxwell: “*Presumed Consent to Organ Donation: A Reevaluation*”, in. Case Western Reserve University School of Law Faculty Publications, Vol. 1:31, 1997, s. 31-66. (Erişim: <http://heinonline.org>) (25.02.2015)

MERAN Necati: *Kişilere Karşı Suçlar*, B. 2, Ankara 2008.

METİN Sevtap: *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, B. 1, İstanbul 2010.

MÜFTÜOĞLU Asuman: “*Organ Transplantasyonlarında İmmüno-Biyolojik Olaylara Genel Bakış*”, Rapor I-2-A, XXI. Milli Türk Tıp Kongresi (20-26 Eylül 1970 Bursa), İstanbul 1970, s. 3-7.

NADEL Mark – NADEL Carolina: “*Using Reciprocity to Motivate Organ Donations*”, in. Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics, Vol. 1, 2005, s. 293-326. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

OKTAY Bülent: “*Organ ve Doku Naklinde Etik ve Hukuksal Sorunlar*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 149-153.

OKUYUCU ERGÜN Ergün: “*İnsan Üzerinde Deney-Tedavi Amaçlı Deneme ve Kök Hücre Nakli*”, in. Türkiye Biyoetik Derneği Biyoetik Araştırmaları, İstanbul 2012, s. 149-156.

OZANOĞLU Hasan Seçkin: “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, in. AÜHFD., C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 55-77.

ÖMEROĞLU Ömer: “*Organ ve Doku Ticareti Suçu*”, in. Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 42, Y. 5, Şubat 2010, s. 57-72.

ÖNDER Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, B. 1, İstanbul 1992. (**Dersleri**)

ÖNDER Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 4, İstanbul 1994. (**Özel Hükümler**)

ÖRNEK BÜKEN Nuket – BÜKEN Erhan: “*Brain Death in Organ Donation: Its Jurisprudence and Bioethics in Turkey*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 7-20.

ÖZBEK Veli Özer: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C. 2, Ankara 2008.

ÖZBEK Veli Özer – KANBUR Mehmet Nihat – DOĞAN Koray – BACAKSIZ

Pınar – TEPE İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Ankara 2014.

(**Genel Hükümler**)

ÖZBEK Veli Özer – KANBUR Mehmet Nihat – DOĞAN Koray – BACAKSIZ Pınar – TEPE İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 7, Ankara 2014. (**Özel Hükümler**)

ÖZBİLEN Arif Barış: İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, B. 1, İstanbul 2011. (**İnsan Kökenli**)

ÖZDEMİR Hayrunnisa: “*Kompozit Doku Nakilleri Sonucu Oluşan Yeni Yüz ve Parmak İzlerimizin Hukuki Durumu*”, in. V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi 8-9 Kasım 2013), Ankara 2014, s. 219-238. (**Kompozit Doku**)

ÖZDEMİR Salim: “*Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler*”, in. YD., C. 2, S. 1-4, Y. 1976, s. 103-111. (**Organ ve Doku**)

ÖZEL Çağlar: “*Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler*”, in. AÜHFD, C. 51, S. 1, Y. 2002, s. 43-77.

ÖZEN Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, B. 1, Ankara 1998. (**Objektif Sorumluluk**)

ÖZEN Muharrem: “*Organ Ticareti Suçu*”, in. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (İnönü Üniversitesi 18.10.2014), Malatya 2014, s. 19-44. (**Organ Ticareti**)

ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, B. 1, Ankara 1995. (**Meşru Müdafaa**)

ÖZEN Mustafa: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler*”, in. TBBD., S. 63, Y. 2006, s. 96-108. (**Düşünceler**)

ÖZGÜÇ Meral – YÜZBAŞIOĞLU Ayşe: “*Biyobankalar ve Etik*”, in. İKUD., S. 22, Y. 2009, s. 13-16.

ÖZMEN Selahattin: “*Yüz ve Kompozit Doku Nakilleri*”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 157-172.

ÖZSUNAY Ergun: “*Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*”, in. Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 1-58.

ÖZTAN Bilge: Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, B. 1, Ankara 1987.

ÖZTÜREL Adnan: “*Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri*”, in. AÜHFD., C. 30, S. 1-4, Y. 1973, s. 457-492.

ÖZTÜRK TÜRKMEN Hafize: “*Toplum Temelli Etik Yaklaşık Açısından Organ Aktarımları*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 89-98.

PAÇ Mustafa: “*Ülkemizde Organ ve Doku Nakli, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 207-230.

PARLAK Şafak: “*Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*”, in. TBBD., S. 83, Y. 2009, s. 189-222.

PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer: Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, B. 3, Ankara 2010.

PARZELLER Marcus – DETTMEYER Reinhard: “*Ölümden Sonrası İçin Organ Bağıışında Ölümün Tespiti: Eksik ve Uygulamaya Elverişsiz Bir Olgu mu?*”(Çev. Prof. Dr. Yener Ünver), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 12 Adli Tıp ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2012, s. 199-217.

PRICE David – AKVELD Hans: “*Living Donor Organ Transplantation in Europe: Re-evaluating its Role*”, in. *European Journal of Health Law*, Vol. 5, Iss. 1, 1998, s. 19-44. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

RAMACCI Fabrizio: *Corso di Diritto Penale*, Quarta Edizione, Torino 2007.

RODRIGUEZ Sara Naomi: “*No Means No, Silence Means Yes? The Policy and Constitutionality of the Recent State Proposals for Opt-Out Organ Donation Laws*”, in. *FIU Law Review*, Vol. 7, No. 1, 2011, s. 149-186. (Erişim: <http://www.heinonline.org>) (25.02.2015)

SARIAL Enis: *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, B. 1, İstanbul 1986.

SCHMIDT RECLA Adrian: “*Ölü Daha Uzun Yaşar: Beyin Ölümü Organ Bağışı İçin Yeterli Bir Kriter midir?*” (Çev. Arş Gör. Koray Doğan), in. *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu*, B. 1, Ankara 2009, s. 149-160.

SCHREIBER Hans-Ludwig: “*Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş*”(Çev. Yrd. Doç. Dr. Veli Özer Özbek), in. *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2 Tıp ve Ceza Hukuku*, B. 1, Ankara 2004, s. 91-100. (*Hayvandan İnsana Hukuksal Görünüş*)

SCHREIBER Hans-Ludwig: “*Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi (Ulusal ve Uluslararası)*”(Çev. Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem), in. *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2 Tıp ve Ceza Hukuku*, B. 1, Ankara 2004, s. 101-126. (*Hayvandan İnsana Hukuksal Düzenleme Çerçevesi*)

SCHREIBER Hans-Ludwig: “*İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur*”(Çev. Dr. Ali Kemal Yıldız), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2 Tıp ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2004, s. 151-159. (***İnsan Ne Zaman Ölüdür?***)

SERT Selin – CİHAN Ali Hulki: Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme, B. 1, İstanbul 2013.

SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 10, Ankara 2014. (***Özel Hükümler***)

SOYASLAN Doğan: “*Organ Nakilleri*”, in. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (17 Kasım 2006), İstanbul 2007, s. 123-139. (***Nakilleri***)

SOYASLAN Doğan: “*Organ Nakilleri*”, in. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 328-358. (***Organ Nakilleri***)

ŞAHİNOĞLU Serap: “*Organ Nakli ve Etik Sorunlar*”, in. Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu (2-5 Mayıs 2013 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Ankara 2014, s. 199-204.

ŞEN Ersan: Suç Örgütü, B. 1, İstanbul 2013. (***Suç Örgütü***)

ŞEN Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, İstanbul 2006. (***Yorumu***)

ŞENOCAK Zarife: “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, in. AÜHFD., C. 50, S. 4, Y. 2001, s. 65-80.

TANER Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, B. 1, Ankara 2008.

TANERİ Gökhan: Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2014.

TAŞDELEN Aziz: “*Türkiye’de Mali Hukuk Açısından Organ Nakilleri*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 155-174.

TAŞKIN Ahmet: Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, B. 1, Ankara 1997.

TERZİOĞLU Arslan: “*Organ Transplantasyonu ve Etik*”, in. Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji ile İlgili Bildiriler (14-18 Ekim 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 50-65. (*Organ Transplantasyonu ve Etik*)

TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 10, Ankara 2013.

TOROSLU Nevzat: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, B. 1, Ankara 1968. (**Zaruret Hali**)

TOROSLU Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, B. 1, Ankara 1970. (**Cürümlerin Tasnifi**)

TOROSLU Nevzat: “*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, in. Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 1, B. 1, İstanbul 2008, s. 705-709. (*Objektif Cezalandırılabilirlik*)

TOROSLU Nevzat: “*Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*”, in. AÜHFD., C. 35, S. 1-4, Y. 1981, s. 91-118. (*Organ Aktarma*)

TOROSLU Nevzat – TOROSLU Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 21, Ankara 2015.

TÜREL Ömer: Organ Transplantasyonları, B. 1, İstanbul 1985.

Türk Tabipleri Birliği Kompozit Doku Nakilleri Raporu: B. 1, Ankara 2012.
(Erişim: <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/kompozitrpr.pdf>) (23.04.2015)

Türk Tabipleri Birliği Organ Aktarımlarına İlişkin Etik Bildirge Sonuç Raporu:
in. Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeler alıştayı Sonuç Raporları, B. 1, Ankara
2008, s. 38-40. (Erişim: http://www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bildirgeler.pdf)
(26.04.2015)

Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Raporu (24.03.2012).
(Erişim: http://iris-interaktif.com/Biyoetik/files/raporlar/TBD_OrganNakli_Raporuu.pdf) (23.04.2015)

ÜNVER Yener: “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri”, in.
KHukA, Kasım 2005, s. 182-198. (Erişim:
<http://eresearchm.ozyegin.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/10679/861/Avrupa%20Biyo-Hukuk%20S%C3%B6zleşmesi%E2%80%99nin%20T%C3%BCrk%20Hukuku%E2%80%99na%20Etkileri.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) (21.09.2015)

(Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi)

ÜNVER Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, B. 1,
Ankara 2003. **(Hukuksal Değer)**

ÜNVER Yener: “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu (Konu Bağlamında 8 Somut
Vaka/Sorunun Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre Cevaplandırılması ve
Ülkemizle İlgili Bazı Öneriler)”, in. CHD., Y. 3, S. 7, Ankara 2008, s. 203-221.

(Hukuksal Boyutu)

ÜNVER Yener: “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza
Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, in. Marmara Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu (1 Haziran 2007), İstanbul 2007, s. 55-81. (**Endikasyonun Etkisi**)

ÜNVER Yener: “*Türk Tıp Ceza Hukuku’nda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları*”, in. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu (17-19 Nisan 2008 İstanbul), İstanbul 2008, s. 333-370. (**Çatışma Alanları**)

ÜZÜLMEZ İlhan: Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2013.

VELİDEDEOĞLU Ergun – HABERAL Mehmet: “*Zenotransplantasyon*”, in. Doku ve Organ Transplantasyonları, Ankara 1993, s. 563-570.

YALÇIN SANCAR Türkan: Çok Failli Suçlar, B. 1, Ankara 1998. (**Çok Failli**)

YALÇIN SANCAR Türkan: Müteselsil Suç, B. 1 Ankara 1995. (**Müteselsil Suç**)

YALÇIN SANCAR Türkan: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, in. TBBD., S. 70, Y. 2007, s. 244-259. (**Zincirleme Suç**)

YAŞAR Osman – GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, B. 2, Ankara 2014.

YENERER ÇAKMUT Özlem: “*Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*”, in. Tıbbi Müdahalede Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (16-17 Ocak 2009 Mersin Barosu), Ankara 2009, s. 1-40. (**Aydınlatılmış Onam**)

YENERER ÇAKMUT Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, B. 1, İstanbul 2003. (**Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**)

YENİDÜNYA Ahmet Caner – İÇER Zafer: Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK m. 220, 221), B. 1, İstanbul 2014.

YENİSEY Feridun: “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”, in. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 868-879.

YILDIRIM KAPTANOĞLU Ayşegül: “*Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar*”, in. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul), İstanbul 2011, s. 223-229.

YILDIZ Ali Kemal: “*Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları*”, in. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu (17-19 Nisan 2008 İstanbul), İstanbul 2008, s. 277-294.

YOKUŞ SEVÜK Handan: “*Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*”, in. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (17 Kasım 2006), İstanbul 2007, s. 221-243.

YÜZBAŞIOĞLU Erdal: “*Kornea Naklinde Hukuki Sorunlar*”, in. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013 Ankara), Ankara 2014, s. 231-241.

ZEVKLİLER Aydın: “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, in. DÜHFD., C. 1, S. 1, Y. 1983, s. 1-37.

ZEYTİN Zafer: “*Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, in. VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 7-8 Ekim 2011), Ankara 2012, s. 1-35. (*Aydınlatma Yükümlülüğü*)

ZEYTİN Zafer: “*Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı*”, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 251-264. (*Geleceğini Belirleme Hakkı*)

Yararlanılan İnternet Siteleri:

<http://www.danistay.gov.tr>

<https://www.emsal.yargitay.gov.tr>

<http://www.heinonline.org>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.milliyet.com.tr>

<http://www.saglik.gov.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.tiphukuku.org.tr>

<http://www.turkhukusitesi.com>