T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇU

Alaattin KARAKAYA
2502090166

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. Abdullah Batuhan BAYTAZ

İSTANBUL - 2023

ÖZ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇU

ALAATTİN KARAKAYA

Organ ve doku nakli, yaşayan kişinin bedeninden ya da kadavradan çıkarılan organ veya dokunun alıcının vücuduna yerleştirildiği tıbbi bir operasyondur. İlk uygulama örnekleri 17. yüzyıla kadar gitmekte olup, ülkemizde ise Necdet Koçak ve ekibinin 1968 yılında ve Mehmet Haberal ve ekibinin 1970'li yıllardaki çalışmaları öncü rol oynamıştır. Alıcıya sağladığı sağlıklı yaşam olanakları ve konforu nedeniyle cazip ve tercih edilen bir yöntem haline geldiği gibi, organ ve dokuların ticari meta haline gelmesine de yol açmıştır.

Organ ve doku nakli uygulamalarında yaşanan gelişmeler üzerine, ülkemizde ilk olarak 29/05/1979 tarihinde kabul edilen 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun" ile yasal çerçeve belirlenmiştir. ODNK'nda tıp bilimi ve ortaya çıkan ihtiyaçlar itibariyle, sonuncusu 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla olmak üzere çeşitli değişiklikler yapılmıştır. ODNK'nın 15. maddesinde yapılan bu son değişiklik ve yapılan atıf nedeniyle, artık organ ve doku alınması, nakli ve ticaretine ilişkin suçlar bakımından TCK'nin 91-93. maddeleri uygulanacaktır.

TCK'nin 91. maddesinde "yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması", "hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması", "organ veya dokuyu satın alma, satma, satılmasına aracılık etme", "hukuka aykırı olarak alınmış organı veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama" ve "belirli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama" suçları olmak üzere beş suç tipi düzenlenmiştir. Yaşayan vericinin ölmesi halinde TCK'nin kasten öldürmeye ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, yine belirtilen suçların örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, 92. maddede verici yönünden zorunluluk hali ve 93. maddede etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.

Bu kapsamda, organ veya doku nakline ilişkin modeller ve hukuki çerçeve incelenmiş, iç hukukumuzda nakil amacıyla yaşayan kişiden veya ölüden organ ve doku teminine yönelik mevzuat ve hukuki çerçeve açıklanmış, akabinde hukuka aykırı yollarla organ veya doku alınması ve ticaretini cezalandıran TCK'nin 91-93. maddeleri ve bu maddelerde düzenlenen suçlar incelenmiş, gerek kanun yapım tekniği ve gerekse uygulamalara dönük önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Organ, Doku, Verici, Alıcı, Nakil, Transplantasyon, Ticaret, Reklam.

ABSTRACT

THE CRIME OF ORGAN AND TISSUE TRADE IN TURKISH CRIMINAL LAW

ALAATTİN KARAKAYA

Trading organs and tissues is a medical operation in which organs or tissues are taken from an alive human body or cadaver and then placed into the recipient body. The first application of it dates back to the 17th century, while on our country the studies of Necdet Koçak and his team in 1968, and the studies of Mehmet Haberal and his team in 1970 have played a key role in our country. It has not only become a conspicuous and most preferred method for the recipients in terms of the opportunities of comfort in life and healthy life, but also caused the organs and tissues turning into merchandised goods.

The first legal framework in our country has been decided with the legislation of the law no 2238 "The Law for Removal of the Organs and Tissues, Storage, Vaccination and Transfering" on 29/05/1979 after the improvements on Organ and Tissue Transplantation. However, this Law has to be updated and modified, lastly 15/11/2018 in accordance with the law no 7151, in terms of medical science and emerging needs on Organ and Tissue Transplantation. Because of the last modification and reference in the article 15 of this law, those involved in the incidents about the trading organs and tissues will be punished in accordance with the articles 91-93 in the Turkish Penal Code with regard to crimes relating to transport and trade.

In the article 91 of the Turkish Penal Code , 5 different crime types were categorized as following: "removal of the organs or tissues from an alive human without the legal consent", " removal of the organs or tissues from a dead human illegally", "purchasing, selling and interceding for selling the organs or tissues", "storage, vaccination and transferring of the illegally removed organs and tissues" and "notice, advertising or broadcasting for organ and tissue supply for a certain benefit". In the event of the death of a donor while removing the organs and tissues is

regulated as willful murder and related provisions will be applied under Turkish Panel Code. In addition, it is regulated as aggravated crime if the crime is committed in an organizational action. Additionally, there has been an arrangement on the special regulation related to obligation circumstances in terms of the donor in Article No:92, and effective remorse condition also takes part in Article No:93.

Models and legal framework related to Organs and Tissue Transplantation were analyzed and the legal basis and legal framework in our domestic law related to the supplying organs and tissues from the dead or alive for transplantation purposes were explained within the scope. In the sequel, the articles 91-93 of the Turkish Panel Code, which punishes the illegal transplantation and trading of the organs and tissues, and the crimes regulated in these articles were analyzed, and suggestions are placed in both legislation methods and performance oriented subjects.

Keywords: Organ, Tissue, Donor, Recipient, Transplantation, Trade, Advertise.

ÖNSÖZ

Türk Ceza hukukunda organ ve doku ticareti suçunun tüm yönleriyle ortaya konulmasın amaçlanan bu tezde, yasal düzenlemelerin tipikliği dikkate alınarak konu üç bölüm halinde ele alınmıştır.

Bu bağlamda, tezin birinci bölümünde, organ ve doku nakli ile ilgili temel kavramlar ve yaklaşımlar, gelişim süreci ve normatif çerçeve ele alınarak, organ ve doku teminine yönelik dünyada öne çıkan modeller incelenip, organ ve doku alınmasında hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ve ölüden organ ve doku alınması hali ile ilgili olarak ölüm halinin tespiti üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde, organ ve doku alınmasına ilişkin suçlar kapsamında, TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen "yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu" ve TCK'nin 91/2. maddesinde düzenlenen "ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu" incelenmiştir. Tezin üçüncü bölümünde ise, "Organ veya doku ticaretine ilişkin suçlar" başlığı altında, TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenen "organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu", TCK'nin 91/5. maddesinde düzenlenen "organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu" ve TCK'nin 91/6. maddesinde düzenlenen "organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu" ele alınmıştır. Ayrıca, aynı maddenin bir ve üçüncü fıkralarında tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin nitelikli hal (md. 91/4), suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali (md. 91/7) ve yine yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi haline ilişkin nitelikli hal (md. 91/8) ilgili bölüm ve başlıklar altında incelenmiştir.

Tez konusunun belirlenmesi ve tezin bu aşamaya gelmesinde birçok kişinin emeği ve desteği söz konusudur. Her türlü desteği ile yanımda olan ve dikkat çekici yönlendirmeleri ile tezimin tamamlanmasına esaslı katkı sağlayan tez danışmanım Doç. Dr. Abdullah Batuhan Baytaz'a, daha önce ilk tez danışmanım olup tez konusunun belirlenmesinde büyük katkısı bulunan, tez danışmanlığı görevi sonrasında da değerli vaktini ayırarak tezimi inceleme ve değerlendirme nezaketini gösteren ve tüm aşamalarda desteğini esirgemeyen Prof.Dr. Fatih Selami

Mahmutoğlu'na, bir dönem tez danışmanım olarak görev yapan ve tez savunma jürisinde görev alan Prof.Dr. Adem Sözüer'e, yine bir dönem tez danışmanım olarak görev yapan Doç.Dr. Sabahattin Nal'a, aşamalarda tez izleme komitesinde görev alıp yönlendirmeleriyle tezimin tamamlanmasında büyük katkısı bulunan ve tez savunma jürisinde de görev alan Prof.Dr. Mahmut Koca'ya, daha önce tez izleme komitesinde görev almış olmaları nedeniyle Doç.Dr. Selman Dursun ve Dr. Rahime Erbaş'a, tez savunma jürisinde görev alan Dr. Öğr. Üyesi Hazal Algan Canseven ve Dr. Öğr. Üyesi Sertaç Işıka'ya ve her zaman manevi desteklerini yanımda hissettiğim sevgili eşim ve oğluma çok teşekkür ederim.

Alaattin KARAKAYA

İstanbul, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **ii**
ABSTRACT ..... **iv**
ÖNSÖZ ..... **vi**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xvi**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR, ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ VE NORMATİF ÇERÇEVE

I. GENEL BİLGİLER 7
II. TEMEL KAVRAMLAR 10
A. Organ 11
B. Doku 15
C. Nakil (Transplantasyon) 17
D. Tıbbi Müdahale 19
E. Greft, Graft (Yama) 19
F. Verici (Bağışçı, Donör) 21
G. Alıcı (Akseptör) 22
H. Organ ve Doku Bağışı 22
III. ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ 23
A. Genel Bilgiler 23
B. İnsandan Organ ve Doku Nakli 25
1. Yaşayan Kişiden Organ veya Doku Nakli 26
a. Yaş ve Nitelik Koşulu 29
b. Üstün Amacın Varlığı Koşulu 35
c. Zararsızlık ve Elverişlilik Koşulu 39
d. Yaşayan Verici ve Alıcı Arasında Yakınlık Bulunması ya da Etik Komisyonunun Onayı Koşulu 41
e. Hukuken Geçerli Rızanın Varlığı Koşulu 44
f. Hekimin Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü 49
2. Ölüden Organ veya Doku Nakli 53

a. Ölümün Gerçekleşmesi 54
(1) Ölüm Kavramı ve Ölüm Halinin Tespiti 55
(2) Ölüm Haline İlişkin Tanımlar 57
(3) Beyin Ölümü Tanımı 59
(4) Türk Hukukunda Kabul Gören Ölüm Tanımı ve Ölüm Halinin Belirlenmesi 65
(5) Şüpheli Ölüm Halinde Organ ve Doku Nakli 70
b. Organ veya Doku Alınmasına Rıza Gösterilmesi 73
(1) Rıza İradesinin Belirlenmesine İlişkin Modeller 74
i. İrade (Açık Rıza) Modeli 75
ii. İtiraz (Varsayılan Rıza) Modeli 77
iii. Zaruret (Zorlama) Modeli 79
(2) Türk Hukukunda Kabul Gören Model 81
i. Ana Kural: İrade Modeli 81
ii. İstisnai Kural Olarak İtiraz Modeli (Cesette bir değişiklik oluşturmayan dokular yönünden) 85
iii. İstisnai Kural Olarak Zaruret Modeli (Kaza ve Doğal Afet Nedeniyle Harap Olmuş Cesetler Yönünden) 86
C. Hayvandan Organ ve Doku Nakli 87
IV. NORMATİF ÇERÇEVE 94
A. Uluslararası Hukukta Organ ve Doku Nakli ile İlgili Sözleşmeler ve Protokoller 94
1. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Biyotıp Sözleşmesi) 94
2. İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Hakkında Ek Protokol 98
3. Organ Ticareti ile Mücadele Konvansiyonu 99
4. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocuk Satışı Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol 100
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Organ ve Doku Nakli 101
C. Mukayeseli Hukukta Organ ve Doku Nakli 103
1. Almanya 103
2. Amerika Birleşik Devletleri 107

3. İngiltere 109
4. Fransa 110
5. Diğer Bazı Ülkelerde Organ ve Doku Nakli 111
D. Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Mevzuat 112
1. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) 117
2. Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 121
3. Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi 124
4. Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçuna İlişkin Düzenlemeler 125

İKİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU ALINMASINA İLİŞKİN SUÇLAR

I. YAŞAYAN KİŞİDEN HUKUKEN GEÇERLİ RIZAYA DAYALI OLMAKSIZIN ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU 128
A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler 128
B. Korunan Hukuki Değer 132
C. Suçun Unsurları 133
1. Maddi Unsurlar 133
a. Fail 133
b. Mağdur-Suçtan Zarar Gören 137
c. Suçun Konusu 139
d. Fiil 142
e. Netice 148
f. Nitelikli Hal: Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi 150
2. Manevi Unsurlar 157
a. Kast 157
b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç 160
c. Kastı Kaldıran Hata Hali 166
3. Hukuka Aykırılık Unsuru 169
a. Kanunun Hükmünün (Görevin) Yerine Getirilmesi 171
b. Hakkın Kullanılması 173

c. İlgilinin Rızası 176
(1) Rızanın Hukuki Niteliği 179
(2) Hukuken Geçerli Rızanın Koşulları 183
i. Ehliyet 183
ii. Hayati tehlikenin olmaması 187
iii. Hekimin Onayı ve Aydınlatma Yükümlülüğü 188
iv. Rızanın şekline ilişkin Koşullar 193
v. Rızanın Hukuken Geçerliliğini Etkileyen Diğer Koşullar 196
D. Kusurluluk 198
1. Zorunluluk Hali 199
2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması 204
3. Cebir ve Tehdidin Etkisi 206
4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali 209
E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 212
1. Suça Teşebbüs 212
2. Suça İştirak 218
3. Suçların İçtimaı 223
F. Yaptırım 232
G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü 235
II. ÖLÜDEN HUKUKA AYKIRI OLARAK ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU 236
A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler 236
B. Korunan Hukuki Değer 238
C. Suçun Unsurları 239
1. Maddi Unsurlar 239
a. Fail 239
b. Mağdur– Suçtan Zarar Gören 240
c. Suçun Konusu 242
d. Fiil 243
e. Netice 245
f. Nitelikli Unsurlar 246

2. Manevi Unsur 246
a. Kast 246
b. Kastı Kaldıran Hata Hali 249
3. Hukuka Aykırılık Unsuru 251
a. Kanun Hükmünün (Görevin) Yerine Getirilmesi 253
b. Hakkın Kullanılması 255
c. İlgilinin Rızası 256
(1) Ölenin Rızası ve Açıklanması 257
(2) Ölenin Yakınlarının Rızası 260
(3) Rızanın Aranmadığı Haller 263
(4) Kadavra Olarak Bağışlanan veya Kimsenin Sahip Çıkmadığı Cesetler 266
D. Kusurluluk 268
1. Zorunluluk Hali 269
2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması 270
3. Cebir veya Tehdidin Etkisi 272
4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali 272
E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 273
1. Suça Teşebbüs 273
2. Suça İştirak 276
3. Suçların İçtimaı 277
F. Yaptırım 280
G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü 281

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU TİCARETİNE İLİŞKİN SUÇLAR

I. ORGAN VEYA DOKU SATIN ALMA, SATMA, SATILMASINA ARACILIK ETME SUÇU 283
A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler 283
B. Korunan Hukuki Değer 284
C. Suçun Unsurları 286
1. Maddi Unsurlar 286

a. Fail 286
b. Mağdur – Suçtan Zarar Gören 289
c. Suçun Konusu 291
d. Fiil 293
(1) Satmak 295
(2) Satın Almak 299
(3) Satılmasına Aracılık Etmek 301
e. Netice 302
f. Nitelikli Hal: Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi 303
2. Manevi Unsurlar 307
a. Kast 307
b. Kastı Kaldıran Hata Hali 308
3. Hukuka Aykırılık Unsuru 310
D. Kusurluluk 312
1. Zorunluluk Hali 312
a. Genel zorunluluk hali (TCK md.25/2) 313
b. Özel Zorunluluk Hali Olarak TCK'nin 92. Maddesi Düzenlemesi 316
2. Cebir veya Tehditin Etkisi 321
3. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali 322
E. Cezayı Kaldıran veya Cezada İndirim Gerektiren Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık 323
F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 327
1. Suça Teşebbüs 327
2. Suça İştirak 331
3. Suçların İçtimaı 334
G. Yaptırım 337
H. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü 339
II. ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME VEYA AŞILAMA SUÇU 341
A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler 341
B. Korunan Hukuki Değer 342

C. Suçun Unsurları 343
1. Maddi Unsurlar 343
a. Fail 343
b. Mağdur–Suçtan Zarar Gören 345
c. Suçun Konusu 346
d. Fiil 347
(1) Saklamak 350
(2) Nakletmek 351
(3) Aşılamak 354
e. Netice 355
2. Manevi Unsurlar 355
a. Kast 355
b. Kastı Kaldıran Hata Hali 358
3. Hukuka Aykırılık Unsuru 359
a. Kanun Hükmünün (Görevin) Yerine Getirilmesi 361
b. Hakkın Kullanılması 362
c. İlgilinin Rızası 363
D. Kusurluluk 364
1. Zorunluluk Hali 365
2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması 367
3. Cebir veya Tehdidin Etkisi 368
4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali 369
E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 370
1. Suça Teşebbüs 370
2. Suça İştirak 371
3. Suçların İçtimaı 372
F. Yaptırım 374
G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü 375
III. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK İLAN VEYA REKLAM VERME VEYA YAYINLAMA SUÇU 376
A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler 376

B. Korunan Hukuki Değer 377
C. Suçun Unsurları 378
1. Maddi Unsur 378
a. Fail 378
b. Mağdur – Suçtan Zarar Gören 379
c. Suçun Konusu 380
d. Fiil 381
e. Netice 387
2. Manevi Unsur 388
a. Kast 388
b. Kastı Kaldıran Hata Hali 390
3. Hukuka Aykırılık Unsuru 391
D. Kusurluluk 393
1. Zorunluluk Hali 394
2. Cebir veya Tehditin Etkisi 396
3. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali 396
E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri 398
1. Suça Teşebbüs 398
2. Suça İştirak 401
3. Suçların İçtimaı 403
F. Yaptırım 404
G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü 405
SONUÇ 407
KAYNAKÇA 415
ÖZGEÇMİŞ 444

KISALTMALAR LİSTESİ

ACK	:	1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu
A.e.	:	Aynı eser/yer
A.g.e.	:	Adı geçen eser
A.g.m.	:	Adı geçen makale
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ay.	:	Anayasa
AÜHF	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B. No	:	Başvuru Numarası
BD	:	Büyük Daire
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
Bs.	:	Baskı, basım
C:	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CGK	**:**	Ceza Genel Kurulu
Çev.	:	Çeviren
D.	:	Daire
Der.	:	Derleyen/ler
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
E.K.	:	Esas ve Karar
et al.	:	et alia (ve diğerleri)
f.	:	Fıkra
Haz.	:	Yayına Hazırlayan
HHY	:	Hasta Hakları Yönetmeliği
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İYUK	:	İdari Yargılama Usul Kanunu
Jahrg.	:	Cilt
K.	:	Karar
Karş.	:	Karşılaştırınız
k.g.	:	Karşı Görüş
K.T.	:	Karar Tarihi
md.	:	Madde
MÖ	:	Milattan önce
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	:	Sayı
ODNK	:	2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun
ODNHY	:	Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (01/02/2012 Tarihli)

ONHY	:	Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
Örn.	:	Örnek, örneğin
R.G.	:	Resmî Gazete
s.	:	Sayfa
s.K.	:	Sayılı Kanun
Sy./S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C:	:	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TDN	:	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TŞSTİK	:	Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vb.	:	Ve benzeri
vd.	:	Ve devamı
Vol.	:	Volume (Cilt)
WHO	:	Dünya Sağlık Örgütü
Y.	:	Yıl
Yrg.	**:**	Yargıtay

GİRİŞ

İnsanlık tarihi haklar ve özgürlükler temelinde ilerlemekte olup, bu çerçevede insan hakları günümüzde en temel ve önemli bir paradigma olarak belirmektedir.

Çağdaş ceza hukukunun temel fonksiyonu, birey, toplum ve devlet açısından önem arz eden hukuki yararları, bunları tehdit eden veya ettiği varsayılan fiilleri suç olarak tanımlamak ve cezalandırmak suretiyle korumasıdır[1]. Dolayısıyla kanunda suç olarak tanımlanan her fiilin arka planında, o fiil tarafından tehdit edilen bir hukuki değer aranmalıdır. Ancak her türlü yarar hukuk tarafından korunmadığı gibi, her türlü hukuki yararın da ceza normları tarafından korunması mümkün değildir. Ceza hukuku bu perspektif ile belirli bir politikayı takip etmek zorunda kalmakta olup, tazminat, idari para cezası, eski hale getirme vb. hukukun diğer giderim mekanizmalarının yetersiz kaldığı hallerde ve kamu düzeni bakımından vazgeçilmez nitelikteki hukuki değerlere öncelik vermektedir[2].

Ceza hukukunun öncelikle koruduğu değer insan yaşamı olup, bunun bir gereği olarak hayatta kalma arzusu, insanın en temel içgüdüsü ve toplumun da ortak paydası olması nedeniyle Devletin ve hukuk sisteminin en önde gelen koruma görevini oluşturmaktadır. İnsan yaşamı ve vücut bütünlüğü bu çerçevede devlet mekanizmasının anayasal planda koruma görevini üstlendiği değerlerin başında gelmektedir[3]. Yaşam hakkı insanın devredilmez bir özniteliği olup, insan hakları hiyerarşisinde en üst sıralarda yer almaktadır[4].

Yaşam hakkı, mahiyeti ve kapsamı itibarıyla diğer insan haklarına ilişkin değerlerin sebebi ve öncülü durumundadır. İnsan vücudu ve vücut dokunulmazlığı da yaşam hakkını tamamlayan ve anlamlı hale getiren değerlerdir.

---

[1] Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, C:I, Onikinci bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1997, s.6.
[2] Hazal Algan, **Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.25.
[3] *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 65; Algan, **A.g.e.,** s.25; "Yaşam hakkı esasen insanın hayatta kalmasını güvence altına almaktadır. Yaşam kalitesi ise yaşam hakkından ziyade özel hayata saygı hakkının maddi içeriği ile daha yakından ilgilidir.", Osman Doğru, **Yaşama Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Ankara, 2018, s.3.
[4] *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya* [BD], B. No: 34044/96, 22/3/2001, § 94.

Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinde yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne özel bir vurgu yapılmaktadır. Belirtilen hükmün temel amacı, Devletin bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı olası keyfî müdahalelerinin önlenmesidir[5].

Bireylerin yaşamı ve vücut bütünlüklerinin korunmasına ilişkin menfaatleri Anayasa'nın yanı sıra Türk Medeni Kanunu (TMK), Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Ceza Kanunu (TCK) gibi kanunlarda da birtakım güvence ve koruma mekanizmalarına bağlanmıştır[6]. Bu düzenlemeler ile, kişilerin kendi yaşamları ve vücut bütünlükleri üzerindeki tasarruf hak ve yetkilerinin dahi sınırlandığı anlaşılmaktadır[7].

Devletin pozitif yükümlülüklerinden biri, bireylerin maddi ve manevi varlıklarına saygı göstermek ve korumak yükümlülüğü olup, bu yükümlülük gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından da geçerlidir. Bu itibarla, Anayasanın yukarıda belirtilen 17. maddesinin ikinci fıkrasında kişinin vücut bütünlüğüne ancak belirli koşullar altında dokunulabileceği belirtilmiş ve tıbbi zorunluluk hali bunlardan biri olarak sayılmıştır[8]. Anayasa'nın 56. maddesi ile Devlete yüklenen sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması ile ilgili pozitif yükümlülük, aynı zamanda ve doğası gereğince tıp alanındaki faaliyetleri ve tıbbi müdahaleleri de kapsamaktadır[9].

Anayasal güvence altında olan insanın vücut dokunulmazlığını ihlal eden durumlardan bir tanesi de Anayasa'nın 17/2. maddesi çerçevesinde "tıbbi zorunluluk" kavramının kapsamında olan tıbbi müdahalelerdir[10]. Bir tıbbi müdahale yöntemi olarak organ ve doku nakli işlemi çoğunlukla birden fazla insana (verici: *donör* ve alıcı: *akseptör*) ait beden bütünlüğüne müdahalede bulunulması nedeniyle hukuki perspektiften bakıldığında oldukça dikkat çekici ve hassas dengeler üzerine

[5] *Ahmet Acartürk,* B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 49.
[6] Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.39.
[7] Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 25.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.344 (Genel Hükümler); Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.40.
[8] Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: "*Tıbbî zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*"; Ayrıca bkz. Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.47; Begüm Kocamaz Şahin, **Organ Nakli Hukuku, Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2019, s.22.
[9] *İlker Başer ve diğerleri*, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 44.
[10] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.47.

kuruludur. Bu noktada vücut bütünlüğünü ihlal eden bu işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde daha üstün bir yarar olan kişinin yaşamının korunması başta olmak üzere, birçok hukuki kavram ön plana çıkmakta ve önem kazanmaktadır.

AİHM kararlarında birçok kez dile getirildiği üzere "Devletler -*ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin*- sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır."[11]

Bilimsel gelişmeler ışığında insan yaşamının kalite ve süresinin gün geçtikçe arttığı, bu yönelim ve trend bağlamında hak ve özgürlük arayışının da artarak devam ettiği görülmektedir. Buna koşut olarak, insanoğlunun geçmişten günümüze yaşama ve ölümden kaçış arzusu ile ölümsüzlüğü keşfetme arayışlarını kesintisiz devam ettirdiği görülmektedir. İşlevini yerine getirmekte yetersiz kalan organ ve dokuları yenilemek suretiyle hayatını sağlıklı biçimde sürdürmek isteyenler için yeni olanaklar yaratmaya ve geliştirmeye yönelik gayretler de artarak devam etmektedir[12]. Tıp bilimi ve sağlık alanındaki pozitif gelişmeler çerçevesinde, organ ve doku nakli ile ilgili kayda değer ilerlemeler yaşanmaktadır[13]. Bu bağlamda, ülkemiz açısından bakıldığında, son yıllarda dünya çapında ses getiren bazı organ ve doku nakli işlemlerinin başarıyla yapıldığına şahit olunmaktadır. Tüm bu gelişmeler, organ ve doku nakli için sıra bekleyen çok sayıda insana umut aşılamaktadır[14].

Organ veya dokularından biri kifayetsiz hale gelmiş olması nedeniyle yaşamını sağlıklı olarak yürütmekte zorlanan ve bu nedenle çaresizlik içerisindeki insanlar için adeta son çare gibi görülen, nakledilebilecek organ veya doku temin

---

[11] *Vo/Fransa* [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Calvelli ve Ciglio/İtalya* [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002, § 49.

[12] Ahmet Gökcen, Murat Balcı, **Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.419 (Kasten Öldürme ve Yaralama).

[13] Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C:III, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.3145; Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:III, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.3491; Algan, **A.g.e.,** s.21.

[14] Ergün Yılmaz, "Organ ve Doku Nakli", **Sağlık Hukuku Digestası**, Y: 2, S: 2, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s.205; Şafak Parlak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", **TBB Dergisi**, 2009, S: 83, s.189; Yener Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, 1. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2005, S:2, s.182 (Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi).

edilebilmesi olasılığı, organ ve dokuların tedavüle sokulması şeklinde istismarları da beraberinde getirmiş, bu itibarla bireylerin kişilik haklarını ve toplum düzenini tehdit eden fiiller işlenmeye başlanmıştır. Bu durum suç siyasetine de etki etmiş ve bu alanda bireysel hakları ve sosyal düzeni tehdit eden birtakım fiiller suç olarak tanımlanarak cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Tıp bilimindeki gelişmeler karşısında "iyileştiren daima haklıdır" düşüncesi günümüzde geçerliliğini yitirmiştir[15]. Masum insanların bedenlerine ait çeşitli organ ve dokuların "ticari meta" olarak görüldüğü, yaşanan müessif olaylarla ortaya çıkmıştır. Organ veya doku nakli bazı ülkelerde[16] insan hayatının kurtarıldığı ve hayata dönüş niteliğinde ikinci bir şansın verildiği bir tedavi süreci olmaktan çıkmış, etik dışı ve kanunsuz uygulamalarla adeta bir ticari kazanç kapısı haline gelmiştir. Bu bakış açısı çerçevesinde organ ve dokular da birer "emtia" veya "ticari meta"ya dönüşmüştür. Dahası kanuni çerçevenin yeterince iyi çizilmediği ve gerekli alt yapının oluşturulup yaygınlaştırılamadığı dönemlerde, organ ve doku naklinden başka çaresi kalmayan insanların "merdiven altı" tabir edilen usulsüz ve steril olmayan koşullar altında yapılan tıbbi müdahalelere razı oldukları süreçler yaşanmıştır[17]. Tüm bu olumsuzlukların önlenmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak "organ ve doku ticareti" adı verilen bir suç tipi ortaya çıkmıştır. Belirtilen dramatik örneklerin ve bu kapsamdaki fiillerin önlenmesi için yürütülmesi gereken mücadelenin bir parçası olarak ulusal ve uluslararası düzeyde organ ve doku ticaretini hedef alan birçok düzenleme yapılmış ve yapılmaktadır[18].

Yukarıda da ifade edildiği üzere bir hukuki korunma aracı olarak istisnai ve son çare niteliğinde olan ceza hukuku, yaşamı organ veya doku nakline bağlı bireylerin sağlık ihtiyaçları ile, bu alanda ortaya çıkan, toplum ve bireyleri tehdit eden fiilleri de koruma alanına dahil etmiş ve cezasız bırakmamıştır[19]. Hiç şüphesiz

[15]Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, 23.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.424 (Tıp Hukuku); Çağrı Kan Aydın, "Organ veya Doku Ticareti Suçu", **Ankara Barosu Dergisi,** 2011, Y:69, S:1 s.130-131.
[16] Bu ülkelere, Malezya, Rusya, Hindistan, Çin ve diğer bazı Afrika ve Uzakdoğu ülkeleri örnek gösterilebilir.
[17] Algan, **A.g.e.,** s.21.
[18] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.419.
[19] Algan, **A.g.e.,** s.26.

lex generalis mahiyetinde yaşam ve vücut bütünlüğünü ihlal eden fiilleri tanımlayan suç tipleri mevcut olmakla birlikte, suç işleyen kişilerin proaktif davranış şekillerinin verdiği zararların daha etkili cezalandırılabilmesi için bu alanda *lex specialis* niteliğinde daha özel suç tanımlamalarının ceza kanunlarına dahil edilmesi zaruri hale gelmiştir.

Ülkemizde organ veya doku alınmasına ve nakline ilişkin hukuki rejim ilk defa 29/5/1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'la (ODNK) bir kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur[20]. Bu bakımdan, yasadışı organ veya doku alınması ve nakli ile mücadele birçok ülkeye göre ülkemizde daha önce hayata geçirilmiştir[21]. Daha sonra 26/09/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 91 ilâ 93. maddelerinde organ ve dokunun yasadışı usullerle alınması ve ticareti yaptırıma bağlanmıştır. TCK'nin 91. maddesi ile suç tipleri tanımlanmış, 92. maddesi ile organ veya doku satan fail bakımından zorunluluk hali ve 93. maddesi ile de yine organ veya doku satan fail açısından etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir.

Tezin amacı, nakil türleri ile yaşayan kişiden ve ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin hukuki çerçeve açıklanarak, hukuka aykırı yollarla organ veya doku alınması ve ticaretini cezalandıran Türk Ceza Kanunu'nun 91-93. maddelerinde yer verilen düzenlemeleri hukuk devleti ilkesi, ceza hukukuna hakim olan prensipler ve insan hakları perspektifi içerisinde incelemek, bu suretle literatürün geliştirilmesine katkı sağlamaktır.

Kanun'un sistematiği ve tipiklik itibariyle suç olarak düzenlenen fiillerin mahiyetlerini göz önüne alarak tez konusunu üç bölüm halinde incelemeyi uygun gördüm. Bu kapsamda, tezin birinci bölümünde, organ ve doku nakli ile ilgili temel kavramlar, organ ve doku nakli gelişim süreci ve türleri ile normatif çerçeve ele alınacak, organ ve doku teminine yönelik dünyada öne çıkan modeller incelenip, organ ve doku alınmasında hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ve ölüden organ ve doku alınması hali ile ilgili olarak ölüm halinin tespiti üzerinde durulacaktır. İkinci

[20] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.419; Algan, **A.g.e.,** s.21.
[21] Elif Rümeysa Gürbüz, **Organ ve Doku Naklinde Rıza**, 1.Bs., İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2021, s.28; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.419.

bölümde, organ ve doku alınmasına ilişkin suçlar kapsamında, TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen "yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu" ve TCK'nin 91/2. maddesinde düzenlenen "ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu" ele alınacaktır. "Organ veya doku ticaretine ilişkin suçlar" başlıklı son bölümde ise, TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenen "organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu", TCK'nin 91/5. maddesinde düzenlenen "hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu" ve TCK'nin 91/6. maddesinde düzenlenen "belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu" ele alınacaktır. Ayrıca, TCK'nin 91/4. maddesinde yer verilen, aynı maddenin "bir ve üçüncü fıkralarında tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" ile ilgili nitelikli hal, aynı şekilde "maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" haline ilişkin TCK'nin 91/7. maddesinde yer verilen düzenleme ve yine "yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı" şeklindeki TCK'nin 91/8. maddesinde yer verilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin düzenleme, ilgili bölüm ve başlıklar altında ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR, ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ VE NORMATİF ÇERÇEVE

I. GENEL BİLGİLER

Tezin kapsamı itibariyle, suçun kanuni tanımı ile yakından ilgili olan organ ve doku nakline ilişkin kavramlar, gelişmeler, mevzuat, organizasyonlar ve sorunlu alanların öncelikle ortaya konulması ve bu şekilde kavramsal çerçevenin belirlenmesi ceza normlarının doğru bir şekilde yorumlanması ve anlamlandırılması bakımından faydalı olacaktır.

Organ veya doku nakli ile ilgili çok eski çağlardan beri yapılmakta olan denemeler başlangıçta başarısızlıkla sonuçlanmış olmasına karşılık, tıp bilim insanlarının tüm riskleri üstlenerek ve kararlılıkla sürdürdükleri çalışmaları sayesinde günümüzdeki başarılı sonuçlara ulaşılmıştır[1]. Organ ve dokuların nakledilebileceğine ilişkin düşünce mitolojide başı, gövdesi ve kuyruğu farklı canlıların birleşiminden oluşan Kimena isimli mitolojik varlıkla yer bulmuştur. Hint uygarlığında burun greftleri, eski Mısır, eski Yunan ve özellikle eski Roma'da diş nakillerinin yapıldığını gösteren emareler bulunmaktadır[2]. Milattan önce 5. yüzyıla ait mitoloji ve efsanelerde insanlar arası organ ve doku nakli yapıldığı rivayetleri geçmektedir[3]. Bilinen en eski yazılı veriler ise, MÖ 500'lü yıllarda Çinli bir doktorun kalp nakli teşebbüsü ve yine bir başkasının hastalıklı organları sağlıklı olanlarla değiştirdiğine yönelik kayıtlar oluşturmaktadır[4]. Bir önceki yüzyılda gerçekleştirilen deri nakli ve

[1] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.4.
[2] Musa Kanıcı, "Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, s.11-12.
[3] Murat Aydın, "Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Digestası,** Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, Y:1, S:1, s.219 (Digesta); Atacan Köksal, "**Organ ve Doku Ticareti Suçları**", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2015, s.17.
[4] Alper Gözübüyük, "Solid Organ Nakli Tarihçesi", s.1, (Çevrimiçi) http://www.jcam.com.tr/files/KATD-1720.pdf, Erişim Tarihi: 06 Haziran 2017.

geçen yüzyılda yapılan kornea nakline ilişkin çalışmalar modern tıp anlamında organ ve doku naklinin ilk örnekleri olarak kabul edilmektedir[5]. 1933 yılında eski Sovyetler Birliği'nin Kiev şehrinde Rus cerrah Voronoy tarafından ölüden yaşayan bir kişiye yapılan böbrek nakli ise, bugünkü manada ilk gerçek organ nakli olarak gösterilmektedir[6]. Yaşayan kişiden ilk başarılı böbrek nakli ise, 1954 yılında ABD'li doktor *Joseph Murray* tarafından yapılmıştır[7]. Bu çerçevede, tarihsel süreçte organ veya doku nakline ilişkin ilk örnekleri bir önceki yüzyılda kornea nakli ve sonra böbrek nakli ile başlamış olmakla birlikte, geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaygın uygulama alanı bulan bir tedavi ve tıbbi müdahale biçimine dönüşmüştür. Türkiye'de 1968 yılında *Necdet Koçak* ve ekibi tarafından yapılmış olan ilk organ nakli girişimlerinden başarılı sonuç alınamamış[8] olmakla birlikte, hayvanlar üzerinde 1970'li yıllarda Hacettepe Üniversitesinde başlatılan denemeler sonrasında, *Mehmet Haberal* ve ekibi tarafından 1975 yılında yaşayan kişiden (anneden oğula) ve 1978 yılında ölüden böbrek nakli başarılı biçimde gerçekleştirilmiştir[9]. Günümüzde kalp, karaciğer, akciğer, pankreas, ilik, deri, göz gibi organ ve dokuların başarılı bir şekilde nakli mümkün hale gelmiştir[10].

---

[5] Taşkın, **A.g.e.,** s.5; M. Aydın, **Digesta**, s.220.

[6] Özlem Koçak Süren, "Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi", **TBBD**, Kasım-Aralık 2007, Y:20, S:73, s.176; Şefik Ziroğlu, **Türkiye'de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019, s.23; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.1; M. Aydın, **Digesta**, s.220; Köksal, **A.g.e.,** s.19; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.210.

[7] Murat Aydın, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.16-17 (Ceza Sorumluluğu); Elif Rümeysa Gürbüz, **A.g.e.,** s.23; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.1; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.5; M. Aydın, **Digesta**, s.220; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.176-177; Ömer Ömeroğlu, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Şubat 2010, Y:5, S:42, s.58; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.211; Topcan, **A.g.m.,** s.8; Köksal, **A.g.e.,** s.19-20; (Çevrimiçi) https://tr.wikipedia.org/wiki/Organ_nakli#Başarılı_organ_nakilleri'nin_geçmişi, 24 Mart 2019;

[8] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.23; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.211; Gürbüz, **A.g.e.,** s.23; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.177; Topcan, **A.g.m.,** s.8; Köksal, **A.g.e.,** s.20; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.26; Cumhur Uluğ Eldegez, Seyhun Yalçın, "Türkiye'de ve Dünyada Transplantasyonun Tarihçesi", **Türkiye Klinikleri J Gen Surg Special Topics**, 2013, C:5, S:1, s.4.

[9] Selma Tepehan, "Beyin Ölümü ve Organ Naklinin Sağlık Personeli ve Hukuki Mevzuat Açısından İncelenmesi", **Yayınlanmamış Doktora Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2012, s.19; Koçak Süren, **A.g.m.,**s.177; Gürbüz, **A.g.e.,** s.24; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.2; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.6,23; M. Aydın, **Digesta**, s.221; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.58; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.211; Mehtap Yücel, "Organ veya Doku Ticareti Suçu", **Mecmua: Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, 1.bs., Ankara, Sözkesen Matbacılık, 2008, s.682; Topcan, **A.g.m.,** s.8; Köksal, **A.g.e.,** s.20; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.26.

[10] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.708.

Organ ve doku nakli, organlarından biri veya bir kısmı fonksiyonunu yitirmiş olan bir kişinin, sağlık ve yaşam kalitesini sağlamak bakımından başkaca herhangi bir tıbbi çözüm bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde uygulanan bir yöntemdir[11]. Kimi hastalıkların tedavisi kapsamında uygulanan diğer tıp teknikleri ve tedavi yöntemlerine göre hem daha düşük maliyetli olduğu ve hem de daha yüksek düzeyde yaşam konforu sağladığı bilim çevrelerince kabul edilmektedir[12].

Tıbbi müdahale ve bir ameliyat işlemi niteliğinde olan organ veya doku naklinin hukuka uygunluğu, alıcı tarafı yönünden hedeflediği üstün amaç (*hastalığın eziyeti veya ölümün çaresizliğinden kurtulma*), hekimler yönünden hakkın icrası veya zorunluluk hali (*bir insanı sağlığına kavuşturma*) şeklinde bir hukuka uygunluk sebebi[13] olarak izah edilmektedir. Doğrudan ve açık bir fedakârlık yapması itibariyle hukuki korunma ihtiyacı diğer tüm aktörlere göre daha yüksek ve acil olan yaşayan verici bakımından ise, bir başka kişinin sağlık ve yaşamını kurtarma üstün amacı söz konusudur[14].

Hukukumuzda organ ve doku alınması ve nakli ile ilgili temel kanun 29/05/1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanundur. Söz konusu bu Kanun ile, yaşayan kişiden ve ölüden organ veya doku alınmasının koşullarının ve yine organ veya doku alacak hekimlerin yükümlülüklerinin belirlendiği görülmektedir. ODNK'nun 1. maddesine göre, "*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.*" Söz konusu bu Kanun'a dayanılarak son olarak çıkartılan Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (ONHY) 09/12/2022 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu anlamda, ülkemiz tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuş olan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması

[11] Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.262 (Özel Hükümler); Algan, **A.g.e.,** s.48; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.20.
[12] Özlem Ak İkinci, "72 Yıllık Yaşamda Kurtarılan Binlerce Hayat Prof. Dr. Münci Kalayoğlu" (Röportaj), **Bilim ve Teknik**, Mayıs 2012, Y:45, S:534, s.26.
[13] Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, s.276 (Genel Hükümler); Koçak Süren, **A.g.m.,** s.174.
[14] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.22; Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, 2.Bs., İstanbul, Betim Yayıncılık, 2019, s.456.

Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" (*Oviedo Biyotıp Sözleşmesi*) de önemle göz önüne alınmalıdır. Söz konusu mevzuata ilişkin düzenlemeler aşağıda normatif çerçeve başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. TEMEL KAVRAMLAR

Organ veya doku nakli ve bununla ilgili kavramlar tezin konusu olan suça ilişkin normların yorumunda önemle dikkate alınmalıdır. Bu anlamda öncelikle ticari meta olarak alınıp satılması ve ticarete konu edilmesi yasaklanmış olan organ veya dokuların hukuki nitelikleri konumuz açısından aydınlığa kavuşturulmalıdır.

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı ile, insan vücuduna ait organ, doku ve hücre gibi maddeler ile insan vücudundan cerrahî müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeler kastedilmektedir. İnsan kökenli biyolojik maddelerin kaynağı bizzat insan olup, bu itibarla hayvan ya da bitkilerden elde edilen biyolojik maddeler ile bağımsız olarak yaşam yeteneğine sahip olan mikroorganizmalar bu kapsamda değildir. Bu çerçevede, organ ve dokular nitelikleri itibariyle insan kökenli biyolojik madde olarak tanımlanabilir.

ODNK ve TCK'de "İnsan kökenli biyolojik madde" kavramı ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu kavram mülga TMK'nın 1990 tarihli değişikliği ile mevzuatımıza girmiştir[15]. Buna göre maddenin bir canlı organizmasına ait olması halinde tanımı "biyolojik madde" iken, biyolojik maddenin insan vücuduna ait olması halinde ise "insan kökenli biyolojik madde" denilmektedir[16].

---

[15] Mülga Medeni Kanun'da belirtilen değişikliği yapan 14/11/1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 23 üncü maddesinin başlığı aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve bu maddeye aşağıdaki fırka eklenmiştir.

Devir ve takyit yasağı ve istisnaları

Ancak, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi maddî ve manevi tazminat davası da açılamaz."

[16] Gürbüz, **A.g.e.,** s.13; Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.12 (Biyolojik Madde); Gür, **A.g.e.,** s.4.

Diğer yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) "beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması" ile ilgili 75. ve 76. maddelerinde "kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler" şeklinde belirtildiği görülmektedir. Burada "kan ve benzeri" denilmek suretiyle, "biyolojik örnek" olarak kan ve türevlerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca madde içerisinde "saç", "tükürük", "tırnak" gibi örneklerin ayrık tutulmasının da buna delalet ettiğini değerlendirmekteyiz.

Bu bağlamda, tez konusunun anlaşılması bakımından ve organ veya doku alınması ve nakli ile doğrudan ilgili olduğunu değerlendirdiğimiz, "organ", "doku", "nakil", "tıbbi müdahale", "greft (yama)", "verici", "alıcı" ve "organ bağışı" kavramları aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

A. Organ

ODNK'nın "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.*" Bu itibarla, Kanun'da "organ" kavramı açık biçimde tanımlanmamış, yalnızca Kanun'un kapsadığı alanı ortaya koyacak düzeyde bir açıklama ile yetinilmiştir[17]. Nitekim, Kanun'un gerekçesinde de bu konuda somut bir açıklamaya yer verilmemiştir. Aynı şekilde, organ veya doku ticareti suçunun düzenlendiği TCK'nin 91. maddesinde ve bu maddeye ait gerekçede de "organ" kavramına ilişkin olarak herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiştir.

Organ kelimesi Latince "organum" (alet, araç) sözcüğünden türetilmiş olup, biyoloji bilimi kapsamında, belirli bir görev ya da görevler bütününü yerine getiren doku grubunu ifade etmektedir[18]. Organ, Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde, "vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv"[19], *Meydan Larousse* sözlüğünde ise "canlı bir vücudun, belirli bir görev yapan

[17] M. Aydın, **Digesta**, s.212; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.22; Benzer görüş için *Bknz.* Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 4.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.617 (Tıbbi Müdahale).

[18] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.3-4; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.421; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175; Yücel, **A.g.m.,** s.681.

[19] (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr/index.php?option=com _bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5be

ve sınırları kesin olarak tespit edilmiş ve dokulardan oluşan kısmı"[20] şeklinde tanımlanmıştır.

Tüm bu tanımlar çerçevesinde "organ" kavramının, canlı bir vücudun, dokulardan oluşan, sınırları ve görevi belli bir bölümünü ifade ettiği söylenebilir[21]. Belirli bir görev yahut görevleri yapmak üzere bir araya gelen dokuların bütün halinde yaptıkları göreve göre organın ait olduğu kategori de değişmektedir[22]. Örneğin solunum organı, dolaşım organı, sindirim organı, boşaltım organı, üreme organı gibi nitelemeler bu kapsamdadır[23]. Bu çerçevede böbrek, kalp, karaciğer, akciğer, mide, bağırsak ve deri ayrı ayrı birer organ olarak tanımlanmaktadır[24].

Organların sınırları ve fonksiyonları kesin bir biçimde belirlenebildiği halde, özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücrelerden ve liflerden oluşan dokular bakımından sınırları ve fonksiyonları somut olarak belirlenememektedir[25].

Yukarıda açıklandığı üzere, ODNK'nın 2. maddesi ile, "organ ve doku" deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmiştir. Söz konusu maddenin kaleme alınış biçimi itibariyle insan organizmasına ait parçaların hangilerinin organ hangilerinin ise doku olduğunun kesin olarak ayırt edilmesi mümkün olmayıp, bu çerçevede insan

---

aa223523ae6.85065288, 13 Kasım 2018.

[20] Meydan Larousse, **"Organ"**, C:XV, s.169.

[21] Hakeri, **Tıp Hukuk**, C:II, s.707; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.421; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, **Tıbbi müdahale**, s.617; Algan, **A.g.e.,** s.46; Türkan Melis Parlak, "Vücudun Metalaştırılması: Organ ve Doku Ticaretinin Önlenmesine İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Efektif mi?", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. İbrahim Dülger'in Anısına Armağan**, s.286; Gürbüz, **A.g.e.,** s.5; Büşra Hazel Ateş Sarıdağ, "Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2021, s.10.

[22] Ahmet Gökcen, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı**, 2000, C:VIII, S:1-2, s.62 (Düşünceler); Algan, **A.g.e.,** s.46; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.422; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175.

[23] Gökcen, **Düşünceler**, s.62; Algan, **A.g.e.,** s.46; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.422; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175.

[24] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492-3493; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.10; Gürbüz, **A.g.e.,** s.6; Algan, **A.g.e.,** s.46; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175-176; Gür, **A.g.e.,** s.3.

[25] Şahin Akıncı, **Biyolojik Madde,** s.10; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.4; Algan, **A.g.e.,** s.46; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175-176; Köksal, **A.g.e.,** s.7-8; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3493.

vücudunun sınırları ve fonksiyonları ayrı ayrı belirlenebilen her bir parçasının organ veya doku olarak kabulü yanlış olmayacaktır[26].

ODNK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "*Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, (...)* [(1)] *yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.*" Buna göre, oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan difüzyonu dışında kalan insan vücuduna dair her türlü organ ve doku nakline ilişkin esaslar ODNK kapsamında yer almaktadır[27]. Dolayısıyla sınırlı olarak (*numerus clausus*) sayılan bir kısım organ ve dokular suç konusu oluşturacak kategori dışına çıkarılmıştır[28]. Bunun gerekçesi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu Raporu'nun[29] (2) numaralı bendinde,

---

[26] Algan, **A.g.e.,** s.47; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.11; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.4: Ömer Bayraktar, "Organ ve Doku Nakli", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010, C:2, S:1, s.1306.

[27] Köksal, **A.g.e.,** s.54; Benzer düşünce için *Bknz*. Gürbüz, **A.g.e.,** s.35.

[28] Algan, **A.g.e.,** s.47; Ö.Bayraktar, **A.g.e.,** s.1307.

[29] 20/2/1979 tarihli ve E.2/658, K.88 sayılı TBMM Adalet Komisyon Raporu:

"Cumhuriyet Senatosu Rize Üyesi Talât Doğan ve 14 arkadaşının, Organ Nakli (Transplantasyon) Yasa Teklifi, Adalet, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıkları ile sağlık kuruluşları temsilcilerinin katılmasıyla İncelenip görüşüldü, / Tıp ilminde meydana gelen gelişmeler sonucu organ nakli işlemi büyük ölçüde gerçekleşmiştir. Bir şahsı yaşatmak veya sağlığına kavuşturmak amacıyla organ nakli yapılmasını ve ülkemizde bu konuda herhangi bir kanun bulunmaması nedeniyle yasal bir düzenlemeye gidilmesini sağlayacak teklif Komisyonumuzca uygun görülmüştür. / Organ nakli konusunda ilk defa yasal bir düzenlemeye gidilmesi ve konunun çok yönlülüğü dolayısıyla detaylı bir inceleme yapılmasını sağlamak amacıyla teklif önce 3 kişiden oluşan bir alt komisyona havale edilmiştir. / Altkomisyon; üniversitelerin Tıp Fakültelerinin, sağlık kuruluşlarının, Türkiye Barolar Birliğinin ve Diyanet İşleri Başkanlığının organ nakli konusunda yazılı görüşlerini istemiş ve gelen cevaplara göre yeni ilkeler saptamıştır. / Komisyonumuz, altkomisyonca saptanan ilkelerle teklifteki ilkeleri birleştirmek suretiyle yeni bir metin hazırlamıştır. / Metin başlığı, daha geniş bir uygulama alam sağlamak amacıyla «Organ ve Doku Alınması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun Teklifi» şeklinde düzenlenmiştir. / 1. 1 nci madde ile Yasanın amacı belirtilmiştir. Kanun sadece tedavi amacına yönelik organ ve doku nakillerini değil, 'teşhis ve bilimsel amaçlı organ ve doku alınması, aşılanması konularını da amaçlamaktadır. / 2. 2 nci madde, yasa kapsamını düzenlemektedir. Bu maddede insani kökenli organ ve doku deyimlerinin bilimsel tanımları yapılmaktadır. ***Tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde bir çok sağlık kurumlarında yaygın bir şekilde gerçekleştirilmekte olan otogrefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonlarının, bu yasa kapsamı dışında tutulması, uygulamada güçlükler ve sakıncalar yaratmaması bakımından uygun görülmüştür.*** */ 3. Organ ve doku alınması ve verilmesi işlemlerinin insancıl amaçlarla yapılması gerekir. Bunların ticaret konusu haline getirilmesi toplumda büyük huzursuzluklar yaratacağı gibi, ahlaki değerleri de zedeleyecektir. / Bu nedenlerle 3 ncü maddede, maddi veya başka çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve verilmesi yasaklanarak, organ ve doku alınması ve verilmesinin karşılıksız olması hususu, temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. / 4. 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. / Bu nedenlerden ötürü 4 ncü maddede, organ ve doku*

tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde birçok sağlık kurumlarında yaygın bir şekilde gerçekleştirilmekte olan otogrefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonlarının, bu yasa kapsamı dışında tutulması, uygulamada güçlükler ve sakıncalar oluşturacağına dair endişeye dayandırılmıştır[30].

Öyle anlaşılmaktadır ki belirtilen tasnif dışı organ ve dokuların nakillerinin ana kural mahiyetindeki katı şekil kurallarının oluşturacağı yavaşlatıcı ve zorlayıcı etkilerden korunmasında ve belirtilen işlemlerin süratli bir şekilde yapılmasında daha üstün bir kamu yararı görülmüş ve ana kuralın istisnası mahiyetinde olduğu için bu kapsamdaki organ ve dokular sınırlı bir şekilde sayılmıştır.

Gerçekten temel mantalite ve perspektifin, alıcı ve özellikle de yaşayan verici açısından riskleri asgari düzeyde olan, eksildiğinde metabolizmanın yenileyebildiği organ ve dokuların naklinin katı kurallara bağlanması bir gereklilik olmadığı gibi, risk faktörünün düşük olması ile öngörülen şekil koşulları sağlanıncaya kadar geçen zaman nedeniyle tıbbi müdahalede yaşanacak muhtemel gecikmenin oluşturacağı zarar arasında da bir orantı bulunmamaktadır. Ancak, bu noktada muaf tutulan organ ve dokularla aynı kategoride değerlendirilebilecek sperm gibi hassas nitelikteki maddelerin muafiyet kapsamı dışında bırakılması, tutarlılık yönünden öğretide eleştirilmiştir[31]. Kanun koyucunun amacı belirli bir organ ve doku nakli kategorisi bakımından yukarıda belirttiğimiz katı kuralların uygulanmasının orantısız sonuçlara neden olmasını önlemek olduğuna göre, bu konudaki saymanın kapsayıcı bir çerçevede ve tutarlı bir şekilde yapılması gerekmektedir[32].

---

alınması, aşılanması ve nakline ilişkin reklamlarının yapılması yasaklanmıştır. / 5. Sorun iki yönden ele alınmıştır. Yaşayan kimselerden organ ve doku alınması, ölülerden organ ve doku alınması. / Yaşayan bir kişiden organ ve doku alınması, bunların alınacağı kişilerin belli bir gelişme çağına ulaşmış ve yapacağı işin iyi veya kötü olup olmadığını ayırdedecek yetenekte olması, tıbbi ve hukuki birer zorunluluk olarak düşünülmüştür. Bu nedenle de, 5 nci maddeye organ ve doku alınacak kişilerin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olmaları koşulu getirilmiştir. / 6. Bir kişiden rızası dışında organ veya doku alınması, Anayasada güvence altına alınmış bulunan yaşam, sağlık ve kişilik haklarına açık bir saldırı teşkil eder. Millet Meclisi (S. Sayısı: 328)" (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d05/c012/ b077/mm__05 01207702 73.pdf, Erişim Tarihi: 20 Mart 2019.

[30] 20/2/1979 tarihli ve E.2/658, K.88 sayılı TBMM Adalet Komisyon Raporu, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d05/c012/b077/mm__050120770273. pdf, Erişim Tarihi: 20 Mart 2019; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.422.

[31] Algan, **A.g.e.,** s.47-48; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.12.

[32] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.12; Algan, **A.g.e.,** s.47-48.

B. Doku

Yukarıda açıklandığı üzere, ODNK'nın 2. maddesinde, Kanun kapsamında organ ve doku deyiminden insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmiştir. "Organ" kavramında olduğu gibi, "doku" kavramını da netliğe kavuşturan bir tanımlama yapılmamış ve Kanun'un kapsamını ortaya koymaya yetecek düzeyde bir açıklama ile yetinilmiştir.

Aynı şekilde TCK'nin "organ veya doku ticareti" suçunun düzenlendiği 91. maddesinde ve bu maddeye ilişkin gerekçede de "doku" kavramı ile ilgili herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

Doku, bir vücut ya da organın yapı unsurlarından birini meydana getiren hücreler bütünü ya da *nesiç*[33] olarak tanımlanabilir[34]. Yine doku, bitki, hayvan veya insan organlarını oluşturan, yapısı ve şekli itibariyle birbirine benzeyen ve aynı işleve sahip, birbiriyle yakın ilgili, kök itibariyle de ortak hücreler topluluğu olarak da tanımlanmaktadır[35]. Bunun dışında, çok hücreli canlılar itibariyle, yapısal ve işlevsel olarak benzer, aynı zamanda da bütünlük oluşturan anatomi unsurlarının oluşturduğu yapı şeklinde tanımlanması da mümkündür[36].

Dokuları bilimsel yönden inceleyen ayrı bir disiplin mevcut olup "doku bilimi" (*histology*) olarak adlandırılmaktadır[37]. Bu disiplin bitki, hayvan ve insan dokularının bileşimini ve yapısını özelleşmiş işlevlerini de içine alacak şekilde incelemektedir. Bu bilim dalı, dokuların, hücrenin ve hücreler arası maddelerden

---

[33] Nesiç; doku, dokuma, yapı, özellik anlamında arapça kökenli bir sözcüktür (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 06 Şubat 2023.

[34] (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK. GT S.5 bec3cdd97f1e0.55069997, Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021; Mammut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.278 (Özel Hükümler); Algan, **A.g.e.,** s.45; M. Aydın, **Digesta**, s.211-212.

[35] (Çevrimiçi) http://tr.wikipedia.org/wiki/Doku_(anatomy), Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3493; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.617.

[36] Muharrem Özen, "Organ Ticareti Suçu", **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Der. Kemal Şenocak, Mathias Rohe, Ali Yarayan, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2, s.22; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.422; M. Aydın, **Digesta**, s.212; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.205; Yücel, **A.g.m.,** s.681; Köksal, **A.g.e.,** s.6; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3493.

[37] (Çevrimiçi) https://www.doku.gen.tr/doku-nedir.html, Erişim Tarihi: 15 Kasım 2018.

organlara dek tüm yapı aşamalardaki düzenini keşfetmeyi amaçlamakta olup "*mikroskobik anatomi*" olarak da ifade edilmektedir[38].

Epitel, bağ, sinir, kıkırdak ve kas gibi çeşitli dokuların aynı fonksiyon çerçevesinde birleşmesiyle organlar oluşur[39]. ODNK kapsamı dışında tutulmuş olan kan[40] ve aynı Kanun kapsamında yer almakla birlikte rıza verilmesi bakımından ölüden alınması halinde farklı hükümlere tabi olan kornea[41] da diğer doku örneklerindendir[42].

Tek hücreli canlılarda bir dokudan söz edilmesi mümkün değildir[43]. Buna karşılık, organizma olarak adlandıracağımız yapılarda dokulardan söz edilebilir.

Organın işlev ve sınırları kesin bir şekilde belirlenebilirken, anatomik bir bütün oluşturan benzer nitelikteki hücre ve liflerden meydana gelen "doku" bakımından bu mümkün değildir.

Diğer yandan, organ ve doku nakli ile ilgili son dönemlerde sık duyulan kavramlardan biri de "kompozit doku" veya "kompozit doku nakli" kavramlarıdır. Kompozit, "karma" anlamına gelen Fransızca kökenli bir kelimedir. "Kompozit doku" kavramı ile, hayati fonksiyonu olmayan, temel olarak deri, yağ, kas ve sinir tabakası, lenf nodülü, kemik, kıkırdak ve bağ dokusu ile kemik iliği içeren, dokunun ektoderm veya mezoderm tabakası belirtilmektedir. "Kompozit doku nakli" kavramı ile ise, vücudun bütünlüğüne zarar veren ve işlev kaybı oluşturacak şekilde kompozit doku kaybı söz konusu olduğunda şekil ve işlev bakımından iyileştirme ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan ameliyatlar şeklinde tanımlanmakta ve el

---

[38] (Çevrimiçi) https://tr.wikipedia.org/wiki/Doku_bilimi, Erişim Tarihi: 20 Mart 2019.

[39] Ahmet Taşkın, **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s.1; Gür, **A.g.e.,** s.4; Algan, **A.g.e.,** s.45; M. Aydın, **Digesta**, s.212.

[40] Tıbbi açıdan doku kategorisine dahil olan kan, birçok ülkede doku nakline ilişkin hukuki rejimin dışında tutulmaktadır; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175.

[41] Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrası "*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe … kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*" şeklindedir.

[42] M. Aydın, **Digesta**, s.212.

[43] Zira canlılardaki organizasyon sırası en küçük yapı taşı atomdan başlayarak sırasıyla molekül, organel, hücre, doku, organ, sistem ve organizma şeklinde olup, tek hücreli canlılarda organizasyon doku aşamasına geçmeksizin tamamlanmaktadır. Birden fazla tek hücreli canlı bir araya geldiğinde oluşan sisteme ise "koloni" adı verilmektedir. (Çevrimiçi) https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php /5363/mod_resource/content/1/Botanik-I%20%283. %20Hafta-%20Bitkisel%20dokular%29.pdf, Erişim Tarihi: 20 Mart 2019.

veya ayak gibi ekstremite ya da yüz ve saçlı deri nakli gibi ameliyatları kapsamaktadır[44]. Özellikle "yüz" gibi kompozit dokuların nakli dikkat çekicidir[45].

Kompozit doku nakli bakımından dikkat çekici olan husus, tıbbi ameliyat işlemlerinin karmaşıklığı ile bu işlemlerin alıcı yönünden potansiyel riskler ve başarı oranına ilişkin endişelerden kaynaklıdır. Mevzuat açısından diğer organ ve doku nakillerine nazaran herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Nakil konusu dokuların doğası gereği yalnızca ölüden nakil söz konusu olabilir[46].

C. Nakil (Transplantasyon)

Konuya ilişkin temel kanun mahiyetinde olan ODNK'de "nakil" veya "transplantasyon"un tanımı yapılmamıştır. Ancak, bu boşluk ilk olarak 01 Şubat 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin (ODNHY) 4/1. maddesinin (ğ) bendi ile, "*Organ ve doku nakli, terminal dönemdeki hastalıklarla mücadele amacı ile uygulanan organ ve doku ameliyesini ifade eder.*" şeklinde tanımlanarak giderilmiş[47], benzer düzenlemeye 09 Aralık 2022 tarihli Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4/1. maddesinin (u) bendinde, "*Organ nakli: Fonksiyonunu mevcut hiçbir tedavi seçeneği ile yerine getiremeyen organın yerine, ölü veya canlı vericiden alınan organın tedavi amacıyla alıcıya nakledilmesi işlemini*" şeklinde tanımlamaya yer verilerek korunması yoluna gidilmiştir.

---

[44] Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.631; Köksal, **A.g.e.,** s.6-7.

[45] Ahmet Gökcen, Murat Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, İstanbul, Pasifik Ofset, 2013, s.114 (Armağan); Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.632; "*Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesinde, Kompozit doku nakli; vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara, form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan ameliyeyi ifade etmektedir. Aynı yönergeye göre; Vaskülarize Kompozit Doku, Tipik olarak ektoderm ya da mezodermden köken almış; deri, yağ dokusu, kas, sinir, lenf nodu, kemik ve kıkırdaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği alıcıda damar anastomozları ile yaşatılan dokuları, ifade etmektedir.*", Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.422; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s.103 (Gerçek Kişiler).

[46] Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,**s.28.

[47] Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.133; Köksal, **A.g.e.,** s.13; T.M. Parlak, **A.g.m.,** s.286; "*Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda nakil, vericiden alınan organ, doku veya hücrenin tedavi amacıyla, alıcı vücudu ile bütünleştirilmesine yönelik tıbbi işlem olarak tanımlanmıştır.*", M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.6; M. Aydın, **Digesta,** s.213.

Nakil, öğretide muhtelif şekillerde tanımlanmaktadır. Organ veya doku nakli, bir vericiden gelen organ ile artık fonksiyonel olmayan bir organın tedavi amacıyla değiştirilmesi[48], işlevini kaybeden hücre, doku veya organın çıkartılarak yerine aynı işlevde bir başkasının yerleştirilmesi[49], tedavisi mümkün olmayacak biçimde hasarlı organların donörlerdeki organ veya organ sistemleri ile değiştirilmesine dayanan cerrahi süreç[50], bağışlayıcı bireyin vücudundan alıcı vücuda, alıcıyı iyileştirme maksadıyla doku veya organ nakledilmesi[51], insan vücudunda işlevini kaybeden bir organ yerine, canlı veya ölü bir bağışlayıcıdan temin edilen aynı işleve sahip sağlıklı bir organın nakli[52] veya yerinin değiştirilmesi[53] gibi muhtelif şekillerde tanımlanmaktadır.

Bu çerçevede, organ ve doku nakli, işlevini kaybetmiş bir organ veya dokunun çıkarılıp, yerine usulünce temin edilen yeni bir organ veya dokunun yerleştirilmesidir[54]. Diğer bir ifadeyle, alıcı kişinin vücudunda fonksiyonunu yerine getiremeyen bir organ veya dokunun yerine diğer bir yaşayan vericiden veya ölünün bedeninden alınan bir organ veya dokunun nakledilmesidir[55]. Organ veya doku nakli

---

[48] Avrupa Birliği Düzeyinde Organ Bağışı ve Nakli Politika Seçenekleri Konsültasyon Dökümanı (27 Haziran 2006), Çev. Dr. Elif Vatanoğlu, **Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.41.

[49] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.6; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.103; Aziz Taşdelen, "Türkiye'de Mali Hukuk Açısından Organ Nakilleri", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları** (Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu), İstanbul 2007, s.155; Algan, **A.g.e.,** s.48; Taşkın, **A.g.e.,** s.1; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.8; M. Aydın, **Digesta**, s.213; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.206; Yücel, **A.g.m.,** s.681; Köksal, **A.g.e.,** s.13.

[50] Markus Schreiber, **Die gesetzliche Regelung der Lependspende von Organen in de Bundesrepublik Deutschland**, Frankfurt am Main, 2004, s.19, (Nakleden: M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.6); Algan, **A.g.e.,** s.48.

[51] Albin Eser, Markus v. Lutterotti , Paul Sporken (Yay.) Lexikon Medizin Ethik Recht, Freiburg i. Br., Basel, Wien 1989, s.758 (Nakleden: Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.424); Algan, **A.g.e.,** s.48; Hakan Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", **Terazi Hukuk Dergisi**, Mayıs 2014, C:9, S:93, s.131 (Kıbrıs); Köksal, **A.g.e.,** s.13.

[52] Algan, **A.g.e.,** s.48; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.1.

[53] *Sert/Cihan*'a göre kişinin kendisine ait organ veya dokunun yine kendi vücuduna aktarılması "nakil" olarak değil "yer değiştirme" şeklinde ifade edilmelidir; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.9,25.

[54] Selin Sert, Ali Hulki Cihan, **Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, Beta, 2013, s.1; Z. Gönül Balkır, "Organ Nakillerinde Tıbbi Müdahaleye Uygunluk ve Rıza Ehliyeti", **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2009-2010, Ed. Hanzade Doğan, Fatih Selami Mahmutoğlu, Arın Namal, İstanbul, Nobel Matbacılık, 2011, s.146; Schreiber, **A.g.e.,** s.19, (Nakleden: M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.6).

[55] Metin, **A.g.e.,** s.247; Necip Taha Gür, "Organ veya Doku Ticareti Suçu: (TCK md. 91-92-93)", s.3-4, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1390.htm, Erişim Tarihi: 14 Kasım 2019.

işlemi alıcı hastanın yanında bir de sağlıklı olan verici bulunması nedeniyle hukuki niteliği bakımından karmaşık ve kendine özgü bir tıbbi müdahaledir[56].

D. Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale (*medical treatment* veya *aerztliche Heileingriff*), kişinin yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal sorunların teşhis, tedavi ve önlenmesi amaçlarıyla ve resmi olarak yetkilendirilmiş meslek mensuplarınca tıbbi kurallara uygun olarak yapılan uygulamalardır[57].

Daha önceki zamanlarda kabul gören "iyileştiren daima haklıdır" düşüncesine günümüzde artık itibar edilmemektedir[58]. Bu nedenle, tıbbi müdahale kişilik değerlerini ihlal edecek niteliğe sahip olmakla birlikte, haklı ve hukuka uygun görülebilmesi için bir kısım koşullara uyulması aranmaktadır. Bu bağlamda, tıbbi müdahalenin meşruluğu için, tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, aydınlatılmış hastanın rızası ve tıp biliminin kriterlerine uygun yapılmış olması şeklinde üç koşulun gerçekleşmesi gerekir[59].

Kişinin bedensel bütünlüğünü ihlal eden bir fiil olarak tıbbi müdahaleyi aynı sonucu doğuran diğer fiillerden ayıran özellik, sübjektif bakımdan beden bütünlüğünü ihlal etme amacı olmaması ve bilakis beden bütünlüğünü koruma ve buna ilişkin var olan sorunları giderme amacı taşınmasında yatmaktadır[60].

E. Greft, Graft (Yama)

Greft (graft, yama), tıp terimleri sözlüğünde "yaralı yere parça ekleme", "aşı" ve "yaralı yere eklenen parça" şeklinde olmak üzere üç ayrı anlamda tanımlandığı görülmektedir[61].

---

[56] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.707-708; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.13.
[57] Gökcan, **Tıbbi müdahale**, s.53; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.15; Zehra Odyakmaz, "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Nisan 2011, S:5, Y:2, s.15; Gürbüz, **A.g.e.,** s.67.
[58] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.259.
[59] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.259-260; Benzer görüş için Bknz. M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.58.
[60] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.15.
[61] (Çevrimiçi) www.tipterimlerisozlugu.com/graft.html, Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021.

Greft (yama), canlı vücudunda yer alan bir dokunun, aynı vücudun bir diğer bölgesine nakli maksadıyla, dokunun canlı kalmasını sağlayan sinir ve damardan bağımsız olarak çıkarılmasıdır. Bir başka tanımlamaya göre de bir yerden alınıp diğer bir yere eklenen canlı doku parçası olarak nitelenmektedir[62].

Dokunun nakledildiği yeni bölgede damar onarımı yoluyla beslenmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu dokular "*difüzyon*" olarak tanımlanan metotla bağlantılı dokuların kılcal damarları vasıtasıyla beslenerek kendine ait yeni damarların meydana gelmesi beklenir. Beslenme yönünden oluşabilecek sorunların önlenmesi maksadıyla *greftlerin* ince olması ve az miktarda kullanılması gerekir. Bu yöntem ile ulaşılmak istenen amaç *greftin* yeni vücut bölgesinde kabul edilmesi ve mümkün olan en yüksek oranda canlı kalmasının sağlanmasıdır. Bu yönteme en sık tabi tutulan greft dokuları, *deri, kıkırdak, kemik, damar, sinir, fasya, yağ, dermis, saç kökü, tırnak yatağı* ve *kök hücre* olarak karşımıza çıkmaktadır. Yoğun kullanım şeklinde greft olarak tek doku kullanılmasına rağmen sayının arttığı örnekler de mevcuttur. "*Kompozit greft*" ifadesiyle tanımlanan bu dokuların en sık olarak "*dermofat"* (dermis ve ciltaltı yağ) ve "*cilt* ve *kıkırdak"* (kulak kıvrımı) şeklinde kullanıldığı görülmektedir[63].

İnceleme konumuz itibarıyla, alıcının vücuduna nakledilen biyolojik madde olarak nitelendirilen "greft", kabaca üç kategoride değerlendirilmektedir. Biyolojik madde, alıcının kendi vücudundan alınmışsa "*otogreft*", aynı türe ait başka bir canlıdan alınmışsa "*homogreft*"olarak adlandırılmaktadır. "*Heterogreft*" ise tür itibariyle farklı olan bir canlıdan greft alınması halinde söz konusu olmaktadır. Sınıflandırma yönünden bu greftler organ ya da doku kapsamında nitelendirilmektedir[64].

ODNK'nın 2. maddesinde organ ve doku kavramlarına kısaca değinildikten sonra, oto-greflerin söz konusu ODNK hükümlerine tabi olmadığı ve bunların yürürlükte bulunan sağlık kanunları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji

[62] Utkan Kocatürk, **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, 10.Bs, Ankara, Nobel Tıp Kitabevi, 2005, s.323; Köksal, **A.g.e.,** s.12.
[63] (Çevrimiçi) www.tipterimlerisozlugu.com/graft.html, Erişim Tarihi: 13 Kasım 2018.
[64] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.10.

kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtilerek, otogreftler anılan Kanun kapsamı dışında tutulmuştur[65]. TBMM Adalet Komisyonu raporunda, kapsam dışı tutulan nakillerin -*bu çerçevede otogreftlerin*- pek çok sağlık kuruluşu bünyesinde tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde ve yaygın olarak yapıldığı, uygulamada güçlükler ve sakıncalar oluşturmaması bakımından bunların kanunun kapsamı dışında tutulduğu belirtilmiştir[66].

F. Verici (Bağışçı, Donör)

Verici, bağışçı veya donör, kendisinden organ veya doku alınan kişi olarak tanımlanmaktadır[67]. Bazı yazarlar, verici kavramının kapsamına kategorik olarak hayvanları da dahil etmekte[68] ise de, organ bağışı ile hak ehliyeti arasındaki ilişkinin tanımlanmasına ilişkin tartışmalar bağlamında bu görüşe temkinli yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Organ veya doku bağışçısı ile ilgili olarak, tıp alanında daha çok Fransızca dilinde "donneur" kelimesinden dilimize alınan "donör" kelimesi kullanılmakta ise de, ODNK kapsamında "verici" kelimesine yer verilmiş olması nedeniyle, tez kapsamında tercihen "verici" terimini kullanacağız[69].

Organ veya doku nakli kapsamında verici yaşayan bir kişi (canlı) olabileceği gibi ölü de olabilir[70]. Nitekim, vericinin yaşayan bir kişi olup olmamasına göre, yaşayan kişiden organ veya doku nakli ya da ölüden organ veya doku naklinden söz edilir. Diğer yandan, "Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı" taslağında da *verici,* "organ, doku veya hücrelerin nakledilmek üzere alındığı canlı veya ölü kişiler" olarak tanımlanmıştır.

---

[65] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.25; Köksal, **A.g.e.,** s.54; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.11-12; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.617-618.

[66] 20/2/1979 tarihli ve E.2/658, K.88 sayılı TBMM Adalet Komisyon Raporu, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d05/c012/b077/mm__050120770273.pdf, Erişim Tarihi: 20 Mart 2019.

[67] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.53; Gürbüz, **A.g.e.,** s.15; M. Aydın, **Digesta**, s.215; Köksal, **A.g.e.,** s.16.

[68] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.9.

[69] Benzer görüş için *Bknz*. Gürbüz, **A.g.e.,** s.16.

[70] M. Aydın, **Digesta**, s.215; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.9; Gürbüz, **A.g.e.,** s.16;

G. Alıcı (Akseptör)

Alıcı veya *akseptör*, organ veya dokunun aktarıldığı, nakledildiği veya aşılandığı kişidir[71]. Daha geniş bir ifadeyle alıcı, nakil sürecinin neticesi olarak sağlığına kavuşturulması amaçlanan kişidir[72]. Bu itibarla, yani organ veya doku naklinin alıcının sağlığına kavuşturulmasına yönelik amacı dikkate alındığında, işin doğası gereği alıcı yaşayan bir kişidir.

Alıcı yerine daha çok tıp alanında olmak üzere dilimize İngilizce dilindeki "acceptor" kelimesinden geçmiş olan "akseptör" kelimesinin kullanıldığı görülmekte ise de, ODNK kapsamında "alıcı" kelimesi ile tanımlanmış olması göz önüne alınarak, tez kapsamında tercihen "alıcı" terimini kullanacağız.

Son olarak, Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı taslağında *alıcı*, "organ, doku veya hücrelerin nakledildiği kişiler" olarak tanımlanmıştır[73].

H. Organ ve Doku Bağışı

Organ ve doku bağışı, insani düşüncelerle ve yardım etmek amacıyla, hayatta kalması ve sağlığına kavuşması organ veya doku nakline bağlı olan bir kişiye, ihtiyaç duyduğu organ veya dokunun hediye edilmesi, karşılıksız olarak sunulmasıdır[74].

Organ ve doku bağışının temelinde özgür iradeye bağlı ve karşılıksız olması yatmaktadır. Bağış kavramı menfaat olgusu ve ticaret ilişkisini kabul etmez.

---

[71] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.56; M. Aydın, **Digesta**, s.215; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.9; Köksal, **A.g.e.,** s.17.
[72] Gürbüz, **A.g.e.,** s.16; M. Aydın, **Digesta**, s.215.
[73] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.9; M. Aydın, **Digesta**, s.215.
[74] M. Aydın, **Digesta**, s.215; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.9.

III. ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ

A. Genel Bilgiler

Organ veya doku nakli işleminin tanımı yukarıda "temel kavramlar" başlığı altında ilgili kısımda yapılmıştır. Basitçe yinelemek gerekirse organ veya doku nakli, işlevini yitirmiş olan hücre, doku veya organın yerine yenilerinin yerleştirilmesidir[75].

Organ veya doku ticareti suçlarına ilişkin ceza normlarının yorumu ve anlamlandırılması bakımından nakil süreçlerine dayanak teşkil eden düzenlemeler ve bu düzenlemelerin içerdiği usul, esas ve kuralların incelenmesi önem arz etmektedir.

Organ ve doku nakli türleri yukarıda açıklandığı gibi temelde üç çeşittir. Bunlardan ilki, bir kişinin kendi bedeninden alınmış olan dokuların, yine kendi vücudunun bir başka bölümüne nakledilmesi olup, "*otolog transplantasyon*" (*autolege transplantation*) adı verilmektedir. İkinci tür, yaşayan kişiden veya ölü bir insan vücudundan temin edilen organ veya dokunun, yaşayan bir başka kişinin vücuduna aktarılması şeklinde olup, "*alojen transplantasyon*"[76] (*allogene transplantation*) terimi ile tanımlanmaktadır. Sonuncu tür ise, insan haricinde bir organizmadan elde edilen ya da sun'i biçimde üretilen organ ya da dokunun yaşayan bir kişinin vücuduna nakli şeklinde olup, "*xeno transplantasyon*" olarak adlandırılmaktadır[77].

ODNK'nın 2. maddesi ile otogreftler Kanun'un düzenleme alanı dışında bırakılmıştır[78]. ODNK ve TCK'nin 91 ilâ 93. maddeleri çerçevesinde, belirtilen mevzuat hükümlerinin insanlar arasındaki organ ve doku naklini düzenlemesi[79] nedeniyle tezin kapsamında yer alan yukarıda belirtilenlerden *"alojen transplantasyon"* işlemleri olup, *otolog transplantasyon* ve *xeno transplantasyon* konuları inceleme konumuz dışındadır.

---

[75] Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.103; Taşdelen, **A.g.e.,** s.155.
[76] Bu nakil türü için "allogreft transplantasyon" tabiri de kullanılmaktadır; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.3; Köksal, **A.g.e.,** s.12.
[77] Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s.216 (B. Erman, Tıbbi Müdahale); Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.3; Yücel, **A.g.m.,** s.681.
[78] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.25; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.22; Köksal, **A.g.e.,** s.54.
[79] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.55.

Belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde, tezin konusu kapsamında olan alojen transplantasyon işlemi, yaşayan kişiden veya ölü bir vericiden elde edilen organ, doku ve hücrelerin, tedavi maksadıyla bir alıcıya nakledilmesi anlamında kullanılmaktadır[80]. Alıcı, her koşulda yaşayan (canlı) bir insan olacaktır. Bu belirlemelerden hareketle organ veya doku alınmasının şartları, vericinin hayatta veya ölü olması hallerine dayalı olarak farklılaşmaktadır[81].

Organ veya doku naklinin amacı ODNK'nın 1. maddesi ile belirlenmiş olup, buna göre organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli belirtilen kanun hükümlerine tabi olarak ve tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılabilir[82]. *Tedavi*, insan vücudunda meydana gelen bir rahatsızlık ya da arızayı engellemek, yok etmek veya düzelmesini hızlandırmak, rahatsızlıktan dolayı meydana gelen zarar riskini düşürmek, oluşan ıstırapları azaltmak ya da geçirmek, arazlarını ortadan kaldırmak veya azaltmak için alınan önlemlerin, ilaç tedavisi veya ameliyatların tümüne verilen addır[83]. *Teşhis* veya *tanı*, bir kişide genel sağlık durumunu bozan fiziksel veya ruhsal anomaliler bulunup bulunmadığı, bulunduğu takdirde bu anomalilerin daha önce tıp biliminin sunduğu veriler çerçevesinde tasnif ve tanımlaması yapılmış, kategorize edilmiş olanlardan hangisinin tanımına uyduğunun tespitidir[84]. *Bilimsel amaca gelindiğinde*, somut olarak belirli bir kişiyi sağlığına kavuşturma amacı gözetilmeksizin, belirli bir hastalığın gelecekte tedavisinin sağlanmasına yönelik olarak gerçekleştirilen bilimsel faaliyetlerin hedefini ifade etmektedir[85]. Bilimsel amaçta hedeflenen iyilik hali "bireysel" değil, kollektif iyiliktir. Öğretide sağlığa kavuşturma amacı taşımayan tıbbi denemelerin hukuken kabul edilebilir olmadığı, insanın kişiliği, onuru ve saygınlığı, bireyin toplum yaşamındaki merkezi konumu çerçevesinde, herhangi bir insan bedeninin bir hekimin yeteneğinin sınanması ve geliştirilmesi veya genel olarak bilimin gelişmesi bakımından bir araç olarak

[80] B. Erman, **Tıbbi Müdahale**, s.216; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.3.
[81] Metin, **A.g.e.,** s.455.
[82] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.6; Köksal, **A.g.e.,** s.52.
[83] Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1972, s.149 (Hekimin Sorumluluğu); M. Aydın, **Digesta**, s.213; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.18.
[84] Taşkın, **A.g.e.,** s.85; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.7; M. Aydın, **Digesta**, s.213; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.18.
[85] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.7; M. Aydın, **Digesta**, s.213; Benzer görüş için *Bknz.* Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.30.

kullanılamayacağı ifade edilmektedir[86]. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (TDN) 11. maddesi gereğince de, tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi, aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi uygulanamaz[87]. Söz konusu bu maddenin devam eden fıkralarında yeterli derecede denenmiş ve denenmemiş tedavi yöntemlerinin uygulanabileceği haller düzenlenmiş, aynı doğrultuda TCK'nin 90. maddesi ile insan üzerinde deney suçu düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Bu noktada, teşhis ve tedavi amacı dışında organ ve doku nakli yapılması hukuka uygun kabul edilmediği halde, ODNK'nın 1. maddesinde "bilimsel amaç" ifadesine ayrıca yer verilmiş olması itibariyle, yani burada yer verilen "bilimsel amaç" kavramı bakımından organ ve doku alınması fiilinin yalnızca ölüden alınması bakımından geçerli olduğu doktrinde belirtilmektedir[88]. Gerçekten de TDN'nın 11. maddesinde ifade edilen istisnai durumlar bir yana bırakılırsa, genel kuralın belirtilen şekilde ölüler için muteber kabul edilmesi yerinde bir yorumdur.

Bu çerçevede, yaşayan kişiden ve ölüden organ veya doku alınması ve nakline ilişkin koşullar ve yine tezin genel kapsamı itibariyle gerek görmemiz nedeniyle hayvandan organ ve doku alınması başlıkları altında aşağıda incelenecektir.

B. İnsandan Organ ve Doku Nakli

İnsandan organ ve doku alınması ve nakli kategorik olarak bir tıbbi müdahale olması itibariyle ve bu bağlamda tıbbi müdahalelerin tabi olduğu genel hukuki rejime tabi olmakla birlikte, organ veya doku naklinde diğer tıbbi müdahalelerden farklı

[86] Sulhi Dönmezer, "Hasta Hakları ve Doktorun Sorumlulukları", **Sempozyum Notları** (Nakleden: Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.161); M. Aydın, **Digesta**, s.213.
[87] 13/1/1960 tarihli ve No: 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen ve 19/2/1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi için *bkz.* (Çevrimiçi) http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10436.pdf, Erişim Tarihi: 22 Mart 2019.
[88] Taşkın, **A.g.e.,** s.86; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı, Ankara 1991, s.16, dn.84.

olarak, müdahale sürecinde mevcut hasta dışında sağlıklı bir kişi veya ölü bir insanın bedeni de bulunmaktadır[89].

Bu nedenle organ veya doku naklinin alıcı (hasta) yönünden mevcut iyileştirme amacı nedeniyle, hukuka uygunluk rejimi bakımından normal tıbbi müdahalelerden ayrılan bir yönü bulunmamaktadır. Buna karşılık yaşayan vericinin kendisi bakımından bir iyileştirme amacı bulunmaması nedeniyle sürecin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından diğer koşulların sağlanması gerekli görülmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, ODNK'nın 2. maddesinin birinci fıkrası ile, Kanun'da sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmiş olup, bu itibarla *heterogreftler* ODNK kapsamında bulunmamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ile, oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonunun söz konusu Kanun dışında tutularak, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtildiğinden, bu maddede belirtilen diğer işlemler ile birlikte *otogreft* de ODNK kapsamında nakil türleri değildir[90]. Dolayısıyla ODNK kapsamında olan yaşayan veya ölü vericiden alınan organ veya dokunun, hasta alıcıya nakline ilişkin olup, "*alojen transplantasyon*" olarak adlandırılmaktadır. Bu çerçevede, yaşayan kişiden ve ölüden organ veya doku alınması ve nakline ilişkin koşullar aşağıda incelenecektir.

1. Yaşayan Kişiden Organ veya Doku Nakli

İnsan yaşamında vücut bütünlüğü içerisindeki her birinin ayrı bir fonksiyonu bulunan organ ve dokularından birinden başka bir kişi lehine vazgeçmesi, yaşayan verici için bir fayda sağlamayacağı gibi, vücut bütünlüğüne yönelen dolaysız, ciddi

[89] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.707-708; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** 42 vd; Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1.bs., İstanbul, XII Levha, 2012, s.334; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.13 vd.
[90] Aydın Zevkliler, "2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar", **Ankara Borosu Hukuk Kurultayı**, Ankara, 2000, s.280 (Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar); Gürbüz, **A.g.e.,** s.17; Algan, **A.g.e.,** s.49; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.13.

ve eski hale getirilmesi mümkün olmayan sonuçlar doğurması nedeniyle kişinin rızası bulunsa bile, esasen kişilik haklarının[91] ihlaline yol açabileceği dile getirilmektedir[92].

Kişilerin vücut bütünlüğü hukukun koruması altındadır. Vücut bütünlüğünün ihlaline yol açan her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleler de temelde kişilik haklarına yönelik ihlal niteliğinde olmakla birlikte, TCK'nin 24/2. maddesi kapsamında hukuken geçerli rızanın varlığı halinde hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir[93]. Nitekim, "*Prensip olarak, kişi üzerinde gerçekleştirilen ve teknik anlamda tıbbi niteliğe sahip lege artis her bir müdahale, onun, yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü ihlal ettiği takdirde, gerçekleştirildiği andan itibaren hukuka aykırıdır, meğer ki, bu hukuka aykırılık, hastanın rızası, hastanın üstün nitelikli özel yararına hareket veya üstün nitelikte kamu yararı gibi kişiler hukuku alanına özgü hukuka aykırılığı engelleyen nedenlerden biri ile engellenmiş olsun.*"[94] Yaşayan kişiden organ veya doku alınması işlemi de bir tıbbi müdahale niteliğindedir.

Buna karşılık, tıp bilimi ve tıp teknolojisindeki gelişmeler karşısında, verici ve alıcı kişilerin her ikisinin de sağlık ve yaşam haklarının birlikte göz önüne alınmaya başlandığı ve bu kapsamda insanın vücut dokunulmazlığının mutlak olduğu yönündeki katı görüşün de yumuşadığı görülmektedir. Hatta artık organ ve doku bağışının etik, ahlaki ve dini gerekçelerine vurgu yapılmakta, bu çerçevede organ ve doku naklinin bilimsel boyutunun sosyokültürel boyutuna nazaran geride kalmaya başladığı da ifade edilmektedir[95].

---

[91] "*Kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan, yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir hak.*", Yrg. HGK, T:09.04.1982, E.1981/4-56, K.1982/348; "*Kişilik değerleri, kişinin fiziki varlığından ve bu varlığını toplum içerisinde sürdürmesinden kaynaklanarak, onun kişiliğini oluşturan münferit unsur olarak adlandırılabilir.*", Çilingiroğlu, **A.g.e.,** 37.

[92] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.424; B. Erman, **Tıbbi Müdahale**, s.216; Gür, **A.g.e.,** s.4; Oğuz Polat, Hilal Öztel, "Çocukların Kaçırılması ve Organ Ticareti", **CHD**, Aralık 2007, Y:2, S:5, s.12, (Avrupa Konseyi, tarih yok).

[93] Gürbüz, **A.g.e.,** s.85.

[94] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** 36-37.

[95] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.707.

Yaşayan kişiden organ ve doku alınmasının diğer koşullarının incelenebilmesi için, öncelikle vericinin halihazırda hayatta olan bir insan olması gerekmektedir. Bu husus organ veya dokunun alınması sırasında uyulacak kurallar bakımından belirleyici bir ön koşuldur. TMK'nın 28. maddesinin birinci fıkrasına göre "*kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*" Bu itibarla, doğum ve ölüm arasındaki zaman diliminde gerçekleştirilecek organ veya doku alınması ve nakli, yaşayan kişiden organ ve doku alınması ve nakli olarak değerlendirilecektir. Bu doğrultuda sağ ve tam doğmadan önceki haliyle cenin henüz kişilik kazanmadığı için hukuki rejim olarak yaşayan kişiden (canlıdan) organ ve doku alınması ve nakli kapsamında değerlendirilemez[96]. Aynı şekilde ölü statüsündeki bir insanın durumu da "ölüden organ veya doku alınması" başlığı altında aşağıda incelenecek olan farklı hukuki koşullara tabidir.

"Ölüm" olgusu yaşayan kişiden ve ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin iki hukuki rejim arasındaki sınırı teşkil etmekte olup, bu hususun aşağıda "ölüden organ veya doku alınması" başlık altında incelenmesini faydalı gördüğümüzden burada ayrıntısına girmeyeceğiz.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması bakımından "*ikincillik prensibi*" öne çıkmaktadır. Bu prensip gereğince, nakledilecek organ veya dokuların öncelikle ölüden temin edilmesi gerekmekte, ancak ölüden temin edilememesi halinde yaşayan kişilerden temin edilmesi uygun görülmektedir[97]. Söz konusu bu prensibe ilişkin ODNK'da bir düzenleme bulunmamakla birlikte, tarafı olduğumuz ve Anayasamızın 90/5. maddesi gereğince iç hukuk kuralı haline gelen Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 19 ve 20. maddeleri ile ONHY'nin 12/1. maddesinde ölüden organ veya doku temin edilememesi halinde yaşayan kişiden organ ve doku alınabileceği belirtilmek suretiyle ikincillik prensibine açıkça yer verilmiştir[98]. Diğer

---

[96] Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Sinan Altunç, Barış Erman, Gülşah Kurt, Serap Keskin Kiziroğlu, Pınar Memiş Kartal, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Fulya Eroğlu Erman, Hasan Sınar, **Özel Ceza Hukuku, C:II (Kişilere Karşı Suçlar-1-)**, 1.bs. İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020 (Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II**), s.284; Gürbüz, **A.g.e.,** s.63; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.39; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi müdahale**, s.76 vd.

[97] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.40; Gürbüz, **A.g.e.,** s.64; Benzer görüş için *Bknz.* Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.48

[98] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.733; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.40-41; Gürbüz, **A.g.e.,** s.89-90;

yandan, henüz yasalaşmamış olan Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın 4/1. maddesinin "*organ nakli dışında etkinliği, üstünlüğü ve yaşam kalitesi açısından karşılaştırılabilir başka bir tedavi yönteminin bulunmaması veya kısa süre içinde kadavradan uygun organ temininin mümkün olmaması halinde canlıdan nakil yapılabilir*" düzenlemesi ile ikincillik prensibine yer verildiği görülmektedir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasında, ölüden gerçekleştirilecek nakilden farklı olarak bağış iradesi belirli bir alıcı ile ilişkili olarak açıklanmaktadır. Yani, burada yaşayan verici (bağışçı) organ veya dokusunu doğrudan belli bir yaşayan kimseye yönelik olarak bağışlamaktadır. Bu nedenle yaşayan kişiden organ veya doku naklinde, dağıtım ve önceliklendirmeye ilişkin esaslar uygulanmamaktadır[99].

Yaşayan kişiden organ ya da doku alınmasının hukuken geçerli kabul edilebilmesi için, doktrinde ağırlıklı olarak "yaş ve niteliğe ilişkin koşullar", "üstün amacın varlığı", "zararsızlık ve elverişlilik", "hukuken geçerli rızanın varlığı", "hekimin onayı" ve "aydınlatma yükümlülüğü" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir[100]. Bu çerçevede yaşayan kişiden organ veya doku alınmasına ilişkin belirtilen bu koşullar aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

a. Yaş ve Nitelik Koşulu

ODNK'nın 5. maddesine göre "*onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.*" Bu hüküm ile yaşayan verici yönünden 18 yaşını tamamlamış olmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak kriterleri getirilmiştir.

Bu kapsamda, yaşayan kişiden bir organ veya dokusunun alınabilmesi için ilk şart yaşı ile ilgili olup, henüz on sekiz yaşını ikmal etmemiş kişilerden organ veya doku alınması açıkça yasaklanmıştır. Kanun'un söz konusu maddesinde "*ergin*" veya

---

Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.48.

[99] Köksal, **A.g.e.,** s.62; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.733.

[100] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.162; Gür, **A.g.e.,** s.4; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.45; benzer görüş için *bknz.* Ateş Sarırağ, **A.g.e.,** s.15.

"*reşit*" şeklinde ifadeler yerine bilinçli olarak *on sekiz yaşını doldurmuş olmak* koşulu arandığı için, on sekiz yaşı doldurulmadan önce evlilik, mahkeme kararı ve benzeri hukuki olay veya olgulara istinaden elde edilen erginlik (rüşt) halleri, bu şartın ikmal edilmesini sağlamamaktadır[101]. On sekiz yaşını doldurmamış olanlardan organ veya doku alınmasının yasaklanmış olmasının, küçüklerin aile baskısına maruz kalarak iradeleri dışında rıza göstermelerinin önlenmesi amacından kaynaklandığı anlaşılmaktadır[102].

Nitelik şartına gelince, Kanun'da yukarıda açıklanan yaş şartının yanı sıra organ veya doku alınacak kişinin mümeyyiz olması şartı da getirilmiştir. TDK sözlüğüne göre mümeyyiz "*iyiyi, kötüyü, doğru ve yanlışı ayıran, seçen*" demektir. Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesine göre, "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*" Bu çerçevede organ veya doku alınacak olan yaşayan vericinin, TMK'nın 13. maddesinde belirtildiği şekilde, akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmaması, yani mümeyyiz olması gerekmektedir.

Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi[103] ile *"muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden kural olarak organ veya doku alınamayacağı"* hükme bağlanmıştır[104]. Bu kuralın istisnası[105] yine aynı Sözleşme'nin 20. maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup, bu madde ve fıkraya göre,

> *"2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:*

---

[101] Taşkın, **A.g.e.,** s.98; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.41; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.292; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1317.
[102] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.737.
[103] Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi şöyledir: "*Sağlık alanında herhangi bir müdahale ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. - Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. - İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.*", (Çevrimiçi) http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040420.htm#8, 26 Mart 2019.
[104] Thomas Gutmann, Walter Land, "Avrupa Bakış Açısı" Çev. Fulya Eroğlu, **Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.21.
[105] Belirtilen istisna, sonraki kısımlarda değinilecek olan İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Hakkında (Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'ne) Ek Protokol'ün 14. maddesinde tekrar edilmiştir.

i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması,

ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması,

iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması,

iv) 6. maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması,

v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması."

Türkiye Cumhuriyeti tarafından bu fıkraya, ODNK'nın 5. maddesiyle uyumlu olmadığı gerekçesiyle çekince konulmuştur[106]. Ancak henüz yasalaşmayan Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın 4. Maddesinin 3. fıkrasında,

"Yaş küçüklüğü, zihinsel engellilik, hastalık veya benzeri sebeplerle doku bağışına muvafakat etme yeteneğine sahip bulunmayan kişilerden kemik iliği gibi kendini yenileyen dokuların nakli yapılabilir. Bunun için,
a) Dokuları uyumlu olan, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bir vericinin bulunmaması,
b)Alıcının, vericinin kardeşi olması,
c) Bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması,
d) Vericinin ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla bu işleme karşı olmaması,
e) Vericinin yasal temsilcisinin noter tarafından onaylanmış izninin olması, bu izin belgesinin nakli yapacak hekim ya da hekimler tarafından da onaylanmış olması zorunludur" denilmektedir.

Taslağın bu maddesi ile Oviedo Biyotıp sözleşmesine uyum sağlanmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır[107].

Uygulamada ODNK'nın getirdiği anılan yaşa ilişkin yasağa rağmen kurtarıcı kardeş uygulaması çerçevesinde on sekiz yaşını tamamlamamış (reşit olmayan) kardeşten doku alındığına rastlanmaktadır[108].

---

[106] "*The Republic of Turkey, in accordance with Article 36 of the Convention, reserves the right not to apply the provision of Article 20, paragraph 2, of the Convention, which authorises, under certain conditions, the removal of regenerative tissue from a person who does not have the capacity to consent, for the reason that this provision does not conform with the prohibition provided in Article 5 of the Law No. 2238 on Organ and tissue Removal, Preservation and Transplantation.*" *(Çevrimiçi),*https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/declarations?p_auth=9FOTj4qm, Erişim Tarihi: 26 Mart 2019; Köksal, **A.g.e.,** s.94; Bayraktar *v.d.*, **Özel Ceza Hukuku**, s.283, 291-292.

[107] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.41; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.735; Benzer görüş için Bknz. Ö.Bayraktar, **A.g.e.,** s.1317.

Anayasamızın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90. maddesinin 5. (son) fıkrasına göre, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" Bu kapsamda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşma mahiyetinde olan Oviedo Biyotıp Sözleşmesi Anayasa'nın anılan 90. maddesinin beşinci (son) fıkrası gereğince kanun hükmündedir ve bu sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Aynı uyuşmazlığa ilişkin farklı kanun hükümleri bulunması ya da yürürlükteki bir Kanun hükmü ile usulünce yürürlüğe konulmuş olan bir uluslararası sözleşme hükmünün çelişmesi halinde "önceki kanun-sonraki kanun", "genel kanun-özel kanun" vb. ilişkiler çerçevesinde uygulanacak hüküm belirlenecektir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan sözleşmenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması halinde ise, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması ve nakli ile ilişkili olarak, Oviedo Biyotıp Sözleşmesinin yukarıda belirtilen hükümlerinin kişinin vücut dokunulmazlığı ile ilgili olmaları nedeniyle temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğunu değerlendirmekteyiz[109]. Bu itibarla ve Anayasamızın 90/5 maddesi gereğince, Oviedo Biyotıp Sözleşmesi ile ODNK hükümlerinin çelişmesi halinde Oviedo Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin ODNK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerekeceği anlaşılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından çekince konulan Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ise, ülkemiz bakımından yürürlükte olmaması nedeniyle, bu fıkra yönünden bir hüküm

[108] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.736.
[109] Benzer görüş için *Bknz.* Tuğrul Katoğlu, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", **AÜHFD**, 2006, C:55, S:1, s.166.

çelişkisinden söz edilemez. Bu hususta doğrudan ODNK hükmü uygulanması gerekir.

Bu noktada, Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin (1) numaralı fıkrasına çekince konulmaması dikkat çekicidir. Zira Sözleşme'nin belirtilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "muvafakatini açıklama yeteneği" koşulu kapsam itibarıyla ODNK'nin 5. maddesindeki "Onsekiz yaşını doldurma…" şartından farklı bir kategoriyi işaret etmektedir. Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında referans alınan "muvafakat açıklama yeteneği" medeni hukuktaki *ayırt etme gücü* veya *temyiz kudreti*nden başkası değildir. Belirtilen ifadenin karşıt anlam delilinden, nakil işlemine yönelik muvafakatini açıklama yeteneğine sahip olan bir kimseden diğer şartların da gerçekleşmesi halinde organ veya doku alınabileceği sonucu çıkmaktadır. Eğer sözleşmeci devletlerin düşüncesi daha farklı olsaydı Türk kanun koyucusunun ODNK'nın 5. maddesinde yaptığı gibi Sözleşme metninde daha net bir ifade kullanılır veya bu konuda sözleşmeci devletlerin ulusal hukuklarına gönderme yapılırdı. Dolayısıyla Sözleşme'nin 20. maddesine göre organ veya doku nakli için muvafakat verilmesi için gerekli olan koşulun "kişinin ayırt etme gücünü haiz olması" olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık on sekiz yaşını doldurmuş olsun veya olmasın, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden kural olarak organ veya doku alınması mümkün değildir[110]. Bu kuralın istinası yukarıda belirtilen, Türkiye Cumhuriyeti'nin çekince koyduğu Oviedo Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasıdır[111].

Öte yandan, ilk olarak 01 Şubat 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (ODNHY)'nin 16. maddesinde ve yine 09 Aralık 2022 tarihli ve 32038 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (ONHY)'nin "Canlı Vericiden organ bağışı ve nakli" kenar başlıklı 12. maddesinde yer verilen benzer düzenleme ile, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından olmayan bir kişiden yapılacak organ naklinin, işlemin yapılacağı ilde

[110] Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624; Köksal, **A.g.e.,** s.93; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.41.
[111] Köksal, **A.g.e.,** s.93-94.

oluşturulacak Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu tarafından alıcı ile verici arasında mevzuata aykırı herhangi bir ilişki bulunmadığının ve organ bağışının etik yönden uygunluğunun tespitine bağlandığı görülmektedir. Aynı maddenin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde ise etik komisyona yapılacak başvuru için gereken belgeler arasında "vericinin mümeyyiz olduğuna dair rapor" da sayılmış olup, bunun dışında vericinin on sekiz yaşını doldurduğuna dair bir belge zikredilmemiştir. Yaşayan vericinin yaşının diğer belgelerden rahatlıkla anlaşılacağı açık olmakla birlikte, Yönetmelikte 18 yaşını ikmal etmemiş olan kişilerden organ veya doku alınamayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmediği de dikkate alındığında, söz konusu Yönetmelik düzenlemesinin bu çerçevede olmasının bilinçli bir tercih olduğu ve Yönetmeliği çıkaran iradenin, ODNK yerine Oviedo Biyotıp Sözleşmesi ile uyum sağlama gayretinde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti açısından bağlayıcılık kazandığı tarihin 1 Kasım 2004[112], Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihin ise 09 Aralık 2022 olması da neden-sonuç ilişkisi bağlamında bu çıkarımı doğrulamaktadır.

Organ veya doku nakline muvafakat işlemi tek taraflı bir hukuki işlemdir ve bu işlem, nişanlanma, evlenme veya boşanma gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir[113]. Belirtilen kategoriye dahil işlemler TMK'nın 16. maddesi gereğince kural olarak kanuni temsilcinin rızası gerekmeksizin yapılabilmekte ise de, kişinin bedeni üzerindeki bulunacağı tasarrufların bu kuraldan

---

[112] Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 33. maddesinin (4) numaralı fırkasında "*Sözleşmeyle bağlılık iradesini sonradan açıklayan herhangi bir imzacı Devlet bakımından Sözleşme, bu devletin, onay, kabul veya uygun bulma belgesini tevdi tarihini izleyen üç aylık sürenin geçmesinden sonra gelen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.*" ifadesi hükme bağlanmıştır. Anılan Sözleşme, yukarıda belirtilen hüküm çerçevesinde onay belgesinin Hükûmet tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edildiği tarihi (2 Temmuz 2004) takip eden üç ayın dolduğu tarihten sonra gelen ayın ilk günü olan 1 Kasım 2004 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti açısından bağlayıcılık kazanmıştır. *Bkz.* (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=cq5dLX3Y, Erişim Tarihi: 26 Mart 2019.

[113] M. Kemal Oğuzman, **Medenî Hukuk Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.94-95; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.35; "*... Doktrinde, genel nitelikteki kişilik hakkının kapsamına girecek kişilik değerleri çeşitli açılardan hareket edilerek guruplandırılmakta; böylece, bu belirlemede yargıca yol gösterilmeye çalışılmaktadır. – Öğretide yapılan bu gruplandırmalardan Egger'inki ile aynı doğrultuda, genel nitelikteki kişilik hakkının kapsamında yer alabilecek kişilik değerleri, – kişinin fizik varlığından kaynaklanan yaşamı, sağlığı, cismani bütünlüğü; – bu varlığını toplum içerisinde sürdürmesinden kaynaklanan adı, fotoğrafı, onur ve saygınlığı, özel yaşamı ve gizlilik alanı, ekonomik bağımsızlığı, – olmak üzere sınırlayıcı olmayan bir ayırıma tabi tutulabilir.*", Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.38-39.

istisna tutulması ve sınırlı ehliyetli bir kişinin beden bütünlüğüne yapılmak istenen ve muhtemel zararlı sonuçları olan müdahalelere tek başlarına razı olamamaları gerektiği öğretide savunulmaktadır[114]. Hatta bu konuda Oviedo Biyotıp Sözleşmesi yerine iç hukuka öncelik veren görüş, kanuni temsilcinin rızası olsun veya olmasın on sekiz yaşından küçüklerin organ veya dokularının hiçbir şekilde alınamayacağı yönündedir[115]. Organ veya doku nakline muvafakat işlemi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde bir işlem olduğundan[116] TMK'nın 16. maddesindeki istisna gereğince kanuni temsilcinin rızasının alınması şart değildir[117]. Diğer yandan HHY'nin "*Organ ve Doku Alınmasında Rıza*" başlıklı 29. maddesinde, ODNK'nın yukarıda anılan 5. Maddesi ile uyum sağlanacak biçimde, on sekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınamayacağı düzenlenmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, Oviedo Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasına çekince konulmuş olması ve ODNK'mun 5. maddesi ve HHY'nin 29. maddesi hükümlerinin lafzı itibariyle ortaya çıkan açık sınırlayıcı durumu göz önüne alarak, kanuni temsilcisinin rızası olsun veya olmasın on sekiz yaşından küçük olan veya mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınamayacağı kanaatindeyiz.

b. Üstün Amacın Varlığı Koşulu

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının güvenceye bağlandığı Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fırkası gereğince, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı gibi, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere de tâbi tutulamaz. Bu itibarla temel kural kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı olup, belirtilen istisnalar dışında yapılan müdahaleler hukuka aykırı kabul edilmektedir[118]. Anayasanın belirtilen maddesinde

[114] Aynı görüş için *bkz.* Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1983, S:1, s.21 (Tedavi Amaçlı Müdahale); Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.56.
[115] Köksal, **A.g.e.,** s.92-93.
[116] Oğuzman, **A.g.e.,** s.94-95; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.35.
[117] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.56; Ayan, **A.g.e.,** s.11.
[118] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.431; Gökhan Taneri, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s.485; Köksal, **A.g.e.,** s.51 ve 68.

yer verilen istisnalar dışındaki hallerde kişinin rızasının bulunması da yine kural olarak bu aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır[119].

Kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına ilişkin bu kural bakımından, Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında ifade edilen "tıbbi zorunluluklar" kavramı ile bağlantılı olan tıbbi müdahale ve dolayısıyla organ veya doku alınması ve nakli işlemi de bir istisna olarak ortaya çıkmaktadır[120]. Nitekim, organ ve doku nakline izin veren hukuk kurallarının anayasal meşruiyeti de bu ifadeden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda organ ve doku naklinin bir "tıbbi zorunluluk" olduğunun netleştirilmesi bakımından "üstün amaç" şeklinde ifade edilen koşul öngörülmüştür. Üstün amaç, kişinin kendi yaşamı ve sağlığının korunması olabileceği gibi başkalarının yaşamı ve sağlığının korunması da olabilir[121].

Bu çerçevede, organ veya doku nakli bağlamında "üstün amaç" koşulu, vericiden organ veya doku ya da biyolojik madde alınmasının haklılığının ortaya konulmasını, alıcının elde edeceği yararın vericinin elde edeceği yarardan üstün olmasını ifade etmektedir[122]. Buradaki üstün amaç, alıcının hayatını kurtarmak veya sağlığının ve yaşam kalitesinin iyileştirilmesini sağlamak şeklinde ortaya çıkmaktadır[123].

Yukarıda da ifade edildiği üzere vücut bütünlüğü söz konusu olduğunda kural olarak geçersiz kabul edilen vericinin (hak sahibinin) rızası da ancak böyle bir üstün amaç mevcut ise hukuka uygun kabul edilebilir[124]. Zira, salt yüksek maddi gelir elde etmek maksadıyla organını satışa çıkaran kişi bakımından, üstün amacın varlığından

---

[119] Taneri, **A.g.e.,** s.485; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.45; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.431; Köksal, **A.g.e.,** s.68.

[120] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.431; Cemile Güneş, "Hukukumuzda Organ ve Doku Naklindeki İzin Koşulu", **Legal Hukuk Dergisi**, Aralık 2005, C:3, S:36, s.42-74.

[121] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.431; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.45.

[122] Gökcen, **Düşünceler**, s.67; Taneri, **A.g.e.,** s.485; Köksal, **A.g.e.,** s.69; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.623-624.

[123] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.22; Taneri, **A.g.e.,** s.485; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.431; Yücel, **A.g.m.,** s.681; Gürbüz, **A.g.e.,** s.86-87; Metin, **A.g.e.,** s.456; M. Kemal, Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 21.Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022, s.191.

[124] Taneri, **A.g.e.,** s.485; "... [Bayraktar ve Sarıal] *yazarlara göre,* ***yaşayan*** *vericinin bedeninde girişilen bu müdahaleler, tedavi edici nitelik taşımamakla birlikte; alıcı açısından varlığından şüphe duyulmayan tedavi amacı,* ***yaşayan*** *vericinin bedeninde gerçekleştirilen müdahaleleri de kapsar*.", Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.22.

söz edilemeyecektir[125]. Ancak ücret niteliğinde olmayan nakil işlemi ile bağlantılı bazı tazminat taleplerine de onay vermek gerekir[126]. Nitekim, kendisinden organ ya da doku alınacak olan verici açısından da bir ameliyat söz konusu olup, pek tabiidir ki bu nedenle bir mali külfet altına girmektedir. Bu operasyon nedeniyle, sağlık kurumunda yattığı süre içerisinde, normalde elde edebileceği bazı kazançlarından da mahrum kalacaktır[127]. Bir başka insanın sağlıklı yaşama kavuşturulması amacıyla fedakarlıkta bulunan kişiyi, bu şekilde bir yükümlülük altına sokmak ve uğraması kuvvetle muhtemel maddi zararların karşılanmaması adil olmayacaktır[128]. Bu şekilde adil olmayan bir durumun ortaya çıkması, kişileri organ veya doku bağışlama konusunda daha az istekli olmaya da itebilecektir. Bu sebeple alıcının belirtilen hususlar çerçevesinde vericinin katlanmak zorunda kaldığı maddi külfetleri tazmin etmesinin hukuka ve etik kurallara uygun olduğu kabul edilmektedir[129]. Hatta öğretide yaşayan vericinin devlet veya ilgili kurumlarca ödüllendirilmesi, ölü vericinin cenaze masraflarının karşılanması gibi teşvik edici uygulamaların yerinde olduğu da savunulmaktadır[130].

---

[125] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.213.

[126] Ahmet Gökcen, Murat Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. M. 91-93)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, C:19, S:2, 111-150, s.123 (Organ ve Doku Ticareti Suçları); Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.179 vd.; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.433; *Karş.* Gutmann, Land, **A.g.e.,** s.18; *Ayrıca bkz.* 2002 tarihli İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Hakkında (Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'ne) Ek Protokol'ün 21. maddesi.

[127] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.433.

[128] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.123; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.433.

[129] Taneri, **A.g.e.,** s.486; Köksal, **A.g.e.,** s.58-59; benzer görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.297.

[130] 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)", **CHD**, Ağustos 2008, Y:3, S:7, s.218 (Vaka/Soru); Köksal, **A.g.e.,** s.57; Hakan Ertin, Fatih Selami Mahmutoğlu, İbrahim Başağaoğlu, "Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongre Bildiri Kitabı**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.927-929 (Organ Bağışında Modeller); Sara Naomi Rodriguez, "No Means No, Silence Means Yes? The Policy and Constitutionality of the Recent State Proposals for Opt-Out Organ Donation Laws", **FIU Law Review**, Vol. 7, No. 1, Florida, 2011, s.177-179, (Çevrimiçi) https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol7/iss1/9/, Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2019; Şahin Akıncı, "Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri", **Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara, 2007, s.75 (Cesetten Organ Nakilleri).

Pek tabiidir ki üstün amaç olgusu bakımından odak noktası alıcının tedavisi olmalıdır[131]. Bunun dışında ve hatta ahlaka, adaba veya kamu düzenine aykırı bir amaç güdülmesi halinde organ veya doku nakli hukuka aykırı olacaktır[132].

Üstün bir amacın varlığının kabul edilebilmesi menfaatler karşılaştırmasında alıcı açısından vericiye göre bir üstünlüğün varlığına bağlıdır[133]. Buna karşılık vericinin menfaati daha üstün olduğu takdirde, işleme rıza gösterilmiş olsa dahi organ veya doku alınması ve nakli işleminin yapılması olanaklı değildir[134]. Öte yandan organ veya doku nakli işlemi neticesinde alıcının elde edeceği tıbbi yararın, vericinin maruz kalacağı tıbbi dezavantaj veya külfete galip gelmesi de gerekmektedir. Bu hususun bir tamamlayıcısı olarak, alıcı ve vericinin organ veya doku nakli konusundaki iradelerinin ortak bir amaç olarak alıcının tedavi olup sağlığına kavuşması noktasında birleşmesi gerektiği, taraflardan birinin iradesinin bunun dışında bir amaç doğrultusunda şekillenmemesi gerektiğinin altı çizilmelidir[135]. Örneğin nakil karşılığında vericiye herhangi bir çıkar sağlanması üstün amaçta mutabakat halini ortadan kaldırır ve işlem hukuka aykırı hale gelir[136].

Nitekim ODNK'nın 3. maddesinde "*bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması*" ve 4. maddesinde *"bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yapılması"* yasaklanmıştır[137].

Aynı doğrultuda, yaşayan bir vericiden organ veya doku alınmasında bilimsel amaç güdülmesi halinde de alıcının tedavisi dışında bir amaç söz konusu olduğundan

---

[131] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.14; Zevkliler, **Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar**, s.280; Benzer görüş için *Bknz*. Metin, **A.g.e.,** s.456.
[132] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.45; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208.
[133] Yücel, **A.g.m.,** s.685 ve 686; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.432; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.164; Taneri, **A.g.e.,** s.485; Köksal, **A.g.e.,** s.69; Gürbüz, **A.g.e.,** s.88.
[134] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.164; Taneri, **A.g.e.,** s.485; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.122; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.432; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.623.
[135] Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, 1986, s.74; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.14; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.212.
[136] Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.14.
[137] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.22; Köksal, **A.g.e.,** s.56 ve 59-60; İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Hakkında (Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'ne) Ek Protokol'ün 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da benzer bir hükme yer verilmiştir.

ve bu bağlamda üstün amaç koşulu gerçekleşmediğinden organ veya doku alınması hukuken mümkün değildir[138].

ODNK'nın 7. maddesinin (e) fıkrasında "*... insancıl amaca uymayan düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek*" ifadesi ile, "üstün amaç" yerine tercihen "insancıl amaç" ifadesine yer verilmiş olduğu görülmektedir[139]. Ancak doktrinde yaygın olarak kullanılmakta olmasını göz önüne alarak, tez kapsamında tercihen "üstün amaç" terimini kullanacağız.

c. Zararsızlık ve Elverişlilik Koşulu

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması bakımından göz önüne alınması gereken bir diğer koşul zararsızlık ve elverişlilik şartıdır.

Bu bağlamda, zararsızlık koşulu ile, alınacak organ veya dokunun yaşayan vericinin hayatı bakımından tehlike oluşturmaması, vücudunda önemli derecede eksikliğe neden olmaması, yaşayan verici açısından normal hayatını sürdürebilme olanağının varlığı kastedilmektedir[140]. Söz konusu organ veya dokunun alınmasının yaşayan vericinin hayatını tehlikeye sokacak veya hayatını sona erdirecek nitelikte olup olmadığı tıp bilimi kriterleri dikkate alınarak hekim tarafından belirlenecektir[141].

Zararsızlık ilkesi ile kastedilen yaşayan vericinin vücut bütünlüğünün zedelenmemesi olarak düşünülmemelidir. Zira daha önce açıklandığı üzere kendine özgü bir tıbbi müdahale yöntemi olan organ veya doku alınması sonucunda yaşayan

---

[138] Taneri, **A.g.e.,** s.485; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208; karşıt görüş için *bknz.* Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.14: "*Bir görüş uyarınca, tıbbi açıdan kesin bir zorunluluk bulunmadıkça, organ veya doku nakli yapılmamalıdır. Ancak ODNK m.1 uyarınca organ ve doku nakli; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılabilir. İşte bu noktada konu biraz karmaşıklaşmış gibi görünse de esasında durum şu şekildedir: – ODNK m.1'in yorumu; canlı verici ile alıcı arasındaki organ ve doku nakillerinin tedavi amaçlı olması gerektiği, ölüden organ ve doku alınmasının ise tedavi amacının yanında bilimsel amaçlarla… da olabileceğidir. Ancak bu şekilde yorumladığımız ODNK m.1'deki bu ifade aslında yanıltıcıdır ve pek de isabetli değildir. Çünkü böyle bir kanun hükmü, yaşayan insandan bilimsel amaçlarla organ ve doku alınabilmesinin yasak dayanağı olma gibi bir tehlikeyi de içinde barındırır. ODNK m.1'deki ifadenin, yoruma yer vermeyecek şekilde açık olması gerekirdi. Öte yandan buradaki ifadenin, yaşayan insandan bilimsel amaçlarla organ ve doku alınabilmesine yasak dayanak olduğu savunulsa bile, bu durum hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve mevcut kanunlara da aykırıdır.*"

[139] Gürbüz, **A.g.e.,** s.89.

[140] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.170; Taneri, **A.g.e.,** s.486; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.432; Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.14; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.16; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.33; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184.

[141] Gürbüz, **A.g.e.,** s.92.

vericinin vücut bütünlüğü belli bir oranda elbette zarar görmüş olacaktır[142]. Bu bakımdan sınırı ortaya koyan ODNK'nın 8. maddesi ile, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Bu anlamda vücutta tek ve hayati olan organlardan herhangi birinin, örneğin kalp gibi vücutta tek ve hayati olan organların alınması, vericinin canlılık haline son vereceğinden ve bu nedenle "zararsızlık" koşulu sağlanmamış olacağından, bu konuda vericinin rızası olsa dahi organ veya doku alınması hukuka uygun kabul edilemeyecektir[143]. Benzer şekilde kol, bacak ve yüz gibi kompozit dokular da yalnızca ölüden alınabilir. Buna karşılık vücutta birden fazla olup, bir tanesi alındığı takdirde diğer kalanının eksilen organın fonksiyonunu ikame edebileceği böbrek gibi organların veya kendini yenileyebilen dokuların alınması ve nakli uygun görülmektedir[144]. Bunun yanı sıra, vücutta tek olmakla birlikte kısmen alındığı takdirde geriye kalan kısmın işlevini ifa etmeye devam edebildiği ve kendini yenileyebilen karaciğer gibi organların alınması ve nakli de "zararsız" olarak değerlendirilmektedir[145].

Elverişlilik koşulu ile ise, başarılı bir nakil işlemi için verici ve alıcı arasındaki tıbbi uyum ve ayrıca ortamın uygunluğu kastedilmekte olup, bu kapsamda tıp bilimi ve teknolojisinin olanakları çerçevesinde evvelce gerekli tahlil ve tetkikler yapılarak, nakil işleminin alıcı için yararlı olacağının, vericiden alınacak organ ve dokunun alıcı bakımından uyumsuzluğunun bulunmadığının ve nakil işlemlerinde gerekli donanım bakımından başarısızlığa yol açacak bir eksiklik bulunmadığının tespiti yapıldıktan sonra nakil işlemlerine başlanılması gereklidir[146]. Bu koşula ilişkin ODNK'nın 9. maddesine göre, "*Organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir*

---

[142] Gürbüz, **A.g.e.,** s.91; Sert, Cihan'a göre; "*Zarar vermeme ilkesi, organ ve doku naklinin vericinin vücut bütünlüğünü zedelememesi şeklinde anlaşılmalıdır.*" (Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.88)

[143] Algan, **A.g.e.,** s.50; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184; Gürbüz, **A.g.e.,** s.91; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1310; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624.

[144] Taneri, **A.g.e.,** s.486; Gürbüz, **A.g.m.,** s.91-92; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.47-48; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208.

[145] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.48; Taneri, **A.g.e.,** s.486; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208.

[146] Taneri, **A.g.e.,** s.486; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.432; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.16; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.35; Benzer görüş için *Bknz*. Metin, **A.g.e.,** s.458.

olurluluk raporu ile saptanması zorunludur." Bu çerçevede, alıcı ile verici arasında önemli derecede bir yaş farkının bulunmaması, kan gruplarının uyum içerisinde olması, deri ve lenfosit testleri, leukocyte (lökosit) tipi, pıhtılaşma tayini, lenfosit kültürü gibi tahlillerin yapılması ve nakle konu organın sağlıklı ve elverişli olması gerekmektedir[147].

Diğer yandan, elverişlilik koşulu aynı zamanda organ veya doku naklini yapacak hekim ve kurumu da kapsamaktadır[148]. Nitekim, ODNK'nın 10. maddesine göre, "*organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılanması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır.*" Öğretide bazı yazarlar tarafından, organ veya doku nakli operasyonunu yapması planlanan hekimin nakil konusunda uzman cerrah olması ve girişilen tıbbi müdahalenin türü ile alakalı olarak laboratuvar çalışmalarının bulunması gerektiği de ifade edilmektedir[149].

d. Yaşayan Verici ve Alıcı Arasında Yakınlık Bulunması ya da Etik Komisyonunun Onayı Koşulu

Yaşayan kişiden organ alınması ve nakli yapılabilmesi bakımından ODNK'nın Ek 2. maddesi ve ONHY'nin 12. maddesi ile iki temel kriter getirilmiştir. Bunlardan *ilki* yaşayan verici ve alıcı arasında eş ya da kanunun aradığı ölçüde yakınlığın bulunmasına, *ikincisi ise* organ nakli değerlendirme etik komisyonu kararının bulunmasına ilişkindir.

ODNK'na 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunun 16. maddesi ile eklenen Ek 2. Maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Canlıdan organ nakli, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmaz.*" Yapılan

[147] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.48; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.432; Benzer görüş için Bknz. Gürbüz, **A.g.m.,** s.93.
[148] Mehmet Soner Özoğlu, "Organ ve Doku Ticareti Suçuna Genel Bir Bakış", (Çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=3600, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2019.
[149] Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.182.

bu düzenleme öncesinde ODNK'nda yaşayan kişiden organ alınması ve nakli yönünden sınırlama getiren bir düzenleme bulunmamasına karşılık, 01 Şubat 2012 tarihli ODNHY'nin 16. maddesi ile düzenleme yapılmıştı. Nitekim, ODNHY'nin "*Canlıdan organ bağışı ve nakli*" başlıklı 16. maddesinde, "alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi veya dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından olmayan bir kişiden yapılacak organ nakli, nakil işleminin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun alıcı ile verici arasında mevzuata aykırı herhangi bir ilişki bulunmadığının ve organ bağışının etik yönden uygunluğunun tespiti" şartına bağlanmıştı[150]. 7151 sayılı Kanun ile ODNK'na eklenen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasıyla yapılan düzenleme ile, öncelikle maddede belirtilen koşullar yasal zemine kavuşturulmuş, ikinci olarak, eşler bakımından en az iki yıldan beri evli olma şartı korunmakla birlikte, fiilen birlikte yaşama şartına yerinde olarak yer verilmemiş ve ayrıca hastalığın evlilikten sonra teşhis edilmesi halinde bu şartın da aranmayacağı öngörülmüştür. ODNK'nda yapılan bu değişiklikten sonra, 09 Aralık 2022 tarihli ve 32038 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (ONHY) yürürlüğe konulmak suretiyle Yönetmelik yenilenmiştir.

Kanaatimizce, organ ve doku nakli gibi hassas bir konu bakımından, eşlerin "en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşamaları" gibi ispatı zor ve Kanun'da öngörülmemiş olan bir sınırlamanın Yönetmelik'le getirilerek sürecin zorlaştırılması doğru bir tercih değildi. Zira fiilen ayrı veya aynı çatı altında yaşamanın organ veya doku nakli sürecinin etik boyutu bakımından bir sorun oluşturma ihtimalinden söz etmek güçtür. Eğer burada mercek altına alınan aile bağları ise, aile bağları kuvvetli olduğu halde iş veya benzeri başka nedenlerle sürekli olarak ayrı yaşayan eşler olabileceği gibi, aile bağları tamamen koptuğu halde fiilen aynı çatı altında yaşayan eşler de olabilir. Öte yandan "fiilen ayrı yaşayan eşler" ve "fiilen birlikte yaşayan eşler" şeklinde bir ayrıma gidilmesinin aynı zamanda ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 20. maddesi ile korunan "özel hayata saygı" hakkına da aykırılık

[150] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.739; Algan, **A.g.e.,** s.51-52.

oluşturduğunu değerlendirmekteyiz[151]. Nitekim, söz konusu 01 Şubat 2012 tarihli Yönetmelik yukarıda belirtildiği şekilde değiştirilerek, ODNK ile uyumlu hükümler içeren yeni Yönetmelik 09 Aralık 2022 tarihli ve 32038 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulmuştur. Bu bakımdan, kanaatimizce ODNK ile ve yeni Yönetmelik ile yapılmış olan söz konusu değişiklikler yerinde olmuştur.

Bu çerçevede, yaşayan kişiden organ ve doku alınması yönünden etik komisyonun devrede olmadığı bir verici kategorisi, alıcının dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan veya sıhri[152] hısımlarıdır. Diğer bir istisna ise, çapraz nakildir. Çapraz nakil Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. Maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendinde, "*Uygunsuz canlı vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında vericilerin değiştirilmesi suretiyle yapılan nakil türü*" şeklinde tanımlanmaktadır[153]. Bu nakil türünde, hasta alıcının belirtilen derecede bir akrabası ile organ veya doku beklemekte olan kişinin yakını olup, doku uyumu bulunan bir yaşayan donörün karşılıklı olarak organ veya doku vermeleri söz konusudur[154].

Yukarıda açıklanan akrabalık/yakın şartı ve çapraz nakil dışında, aralarında bir yakınlık bulunmayan kimselerin organ veya doku bağışlayabilmeleri ve bu kapsamda organ veya doku alınabilmesi ve nakil yapılabilmesi ODNK'nın Ek 2. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında organ nakli değerlendirme etik komisyonunun onayına bağlıdır. ODNK'nın Ek 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Birinci fıkrada yer alan hususların dışında kalan canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları tarafından yapılır. Organ nakli hizmeti sunan*

[151] Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.94-95; Karşı görüş için *Bkz.* Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.36.
[152] Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda ve Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde kullanılan tabir "*kayın*" ise de, bunun etimolojik olarak doğru bir tercih olmadığı kanaatindeyiz. Zira "*kayın*" ibaresi halk arasında tercih edilen "*kayınpeder*", "*kayınvalide/kaynana*" veya "*kayınbirader*" gibi bileşik sözcüklerden alınmış ise de bu ifade "*yerine geçen*", "*yerini alan*" veya "*tamamlayan*" anlamındaki "*kaim*" (*ikame*) sözcüğünün zamanla aşınmış hali olup kanuni bir tabir olsa da doğru bir kullanım değildir.
[153] Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.56; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.744.
[154] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.744; Gürbüz, **A.g.e.,** s.98; Metin, **A.g.e.,** s.458; Benzer görüş için *Bknz.* Selin, Sert, **A.g.e.,** s.77; Hakan Kızılarslan, "Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C:2, S:1, s.1014.

hastanelerin bulunduğu her ilde Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu kurulur. Komisyon başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde, acil durumlarda ise derhâl toplanır ve oyçokluğu ile karar alır." Bu kapsamda nakil başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları, yaşayan verici ve alıcı arasında talep edilen organ veya doku naklinin mevzuat hükümlerine ve etik kurallara uygun olup olmadığını irdeleyerek, söz konusu organ veya doku naklinin uygunluğuna karar vermesi halinde akraba dışı kişiler arasında nakil yapılabilecektir[155]. Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları kararlarına karşı yapılacak itirazların incelemesinin Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu tarafından yapılması öngörülmüş olmakla birlikte, idari işlem niteliğindeki söz konusu kararlara karşı idari yargı yolu da açıktır[156].

e. Hukuken Geçerli Rızanın Varlığı Koşulu

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması işlemi yapılabilmesi için gerekli koşullardan bir diğeri tüm tıbbi müdahalelerde de aranan rızaya ilişkin irade beyanıdır[157]. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması işlemi niteliği itibariyle bir tıbbi müdahale olması nedeniyle kural olarak kişilik hakkının ihlaline yol açmaktadır. Ancak diğer şartları ile birlikte yaşayan vericinin hukuken geçerli rızasının varlığı yaşayan kişiden organ veya doku alınması işlemini hukuka uygun hale getirebilir[158].

Muvafakat veya rızanın hukuki niteliğine ilişkin olarak İsviçre, Almanya ve Avusturya'da farklı hukuki nitelendirmeler yapılmaktadır. Bu kapsamda İsviçre hukukunda hâkim olan görüşe göre "rıza" hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklaması, bir başka ifadeyle "hukuki işlem" (*Rechtsgeschaeft*) dir[159]. Alman ve Avusturyalı hukukçuların ekseriyeti tarafından kabul edilen görüşe göre ise, "rıza"

---

[155] Gürbüz, **A.g.e.,** s.95-96; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.740-741.
[156] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.740-741; Gürbüz, **A.g.e.,** s.98-99.
[157] Köksal, **A.g.e.,** s.91; Gürbüz, **A.g.e.,** s.101; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624.
[158] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.545; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.432; Gürbüz, **A.g.e.,** s.84,101; Ekici Şehin, **A.g.e.,** s.306 vd.
[159] Gürbüz, **A.g.e.,** s.103; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.29 vd.; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.43.

bir "hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması" niteliğindedir[160]. Bu görüşün rızanın hukuki bir sonuç doğurmaktan ziyade bir fiilin işlenmesinin önündeki hukuki engeli kaldırmakta olması itibarıyla daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Bir hukuki işlem olarak yaşayan vericinin rızası veya muvafakati, tek yanlı bir irade beyanını gerektirmektedir. Bu irade beyanının geçerli kabul edilebilmesi için bazı niteliklere sahip olması gerekmektedir. İlk olarak, irade beyanının bir hukuki sonuç ortaya çıkarmaya yönelik arzu, istek, irade içermesi gereklidir[161]. İkinci olarak, arzu veya isteğin dış dünyaya açıklanması, objektif bir şekilde dışa vurulması gerekmektedir[162]. Üçüncü koşul, yukarıda "yaş ve nitelik şartı" başlığı altında ayrı bir koşul olarak ifade edilen, beyan sahibinin hukuki işlem yapma ehliyetini haiz olmasıdır. Bunun için de temel şart kişinin ayırt etme gücünü haiz olmasıdır. Dördüncü koşul, irade beyanının muvazaalı olmaması ve nihayet beşincisi irade beyanının sıhhatli olmasıdır[163].

Sıhhatli olma, beyana konu olan iradenin, hata (yanılgı), hile (yanıltma), ikrah (korkutma) gibi serbest iradenin doğası ile bağdaşmayan dış etkenlerin yönlendirmesi ile şekillenmemiş olmasıdır[164].

Yaşayan kişinin organ ve doku alınmasına yönelik rıza açıklaması bakımından ilk koşul kişinin muvafakat vermeye ehil olmasıdır[165]. Bu anlamda, organ veya doku alınmasına yönelik rızanın geçerli kabul edilebilmesi için, öncelikle rıza açıklayan kişinin on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması gereklidir. Diğer koşullarla birlikte on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan yaşayan kişinin

---

[160] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.44; Gürbüz, **A.g.e.,** s.103.
[161] Gürbüz, **A.g.e.,** s.102; Oğuzman, **A.g.e.,** s.107.
[162] Oğuzman, **A.g.e.,** s.107: Oğuzman'a göre "*Hukuki sonuca yönelmiş arzunun açıklanması da iki iradi unsuru gerektirir. İradeyi açıklayıcı hareketi yapma arzusu (Handlungswille) ve bu hareketle iradeyi dış âleme aksettirme arzusu (Erklärungswille). - Ancak bu unsurları bulunan bir fiil (söz, yazı, davranış) gerçek anlamı ile bir irade beyanıdır. Fakat bugün İsviçre ve Türk Hukuklarında hâkim olan 'güven nazariyesi' veya 'güven prensibi' (Vertrauenstheorie, principe de la confiance) adı verilen görüş, irade beyanı için yukarıda belirtilen unsurlar bulunmasa dahi bir şahsın davranışlarının bazı şartlarla irade beyanı gibi sonuç doğurmasını kabul etmektedir.*"
[163] Oğuzman, **A.g.e.,** s.112-113; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.337.
[164] Oğuzman, **A.g.e.,** s.113; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.15; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.63; Köksal, **A.g.e.,** s.97; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.337.
[165] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.433; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.132 vd.

hukuken geçerli rızası mevcut olduğu takdirde bir tıbbi müdahale olarak organ veya doku nakli işlemi hukuka uygun kabul edilebilir[166].

TMK'nın 23/3. maddesi ile, "*yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. ...*" denilmek suretiyle, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve nakli hususunda açıklanacak rıza yazılı şekil şartına bağlanmıştır[167]. ODNK'nın "muvafakat" başlıklı 6. maddesine göre ise, "*... 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.*" Bu düzenleme ile yaşayan vericinin organ veya doku alınmasına yönelik rızasının hukuken geçerli kabul edilebilmesi için ilki önceden verilmiş yazılı ve imzalı beyanının bir hekim tarafından onaylanması şeklinde, ikincisi ise en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması şeklinde olanaklar sağlandığı görülmektedir. Buradan hareketle, yaşayan vericinin iradesini ister yazılı veya isterse sözlü olarak açıklaması durumunda hekimin onayı aranmaktadır[168].

Bu düzenlemede yer verilen "hekim onayı" vericinin muvafakat iradesi ile ilgilidir[169]. Nitekim, organ ve doku alınması ve naklinin hukuka uygunluk koşulları arasında vericinin muvafakati gibi hekim onayı de yer almaktadır[170]. Ancak bu durum, organ ve doku nakli koşulları arasında geçişken bir durum oluşmasına engel değildir. Nitekim "hekim onayı" ile "vericinin muvafakati" ve aşağıda da değinilecek olan "aydınlatma yükümlülüğü" ile yine "vericinin muvafakati" arasındaki ilişki bu şekildedir. Bir başka ifadeyle hekim onayı, organ veya doku alınması ve nakline yönelik yaşayan vericinin rızası ile yakın ilişki içerisinde olan, rızanın sıhhatinin test

---

[166] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.43; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.433; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.62; benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II**, s.303.
[167] Gürbüz, **A.g.e.,** s.138; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.177.
[168] Gürbüz, **A.g.e.,** s.137 vd.; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.63-64; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207; Yücel, **A.g.m.,** s.685; Benzer görüş için *Bknz.* Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.15; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir'e göre; "*Medeni Kanun'un 23/f.3'teki hükmünden sonra, Organ Nakli Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan ve vericinin rızasını sözlü açıklayıp, tutanağı imzalaması imkanı kalmamıştır.*", Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **A.g.e.,** s.192.
[169] Taneri, **A.g.e.,** s.486-487.
[170] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.34; Benzer görüş için *Bknz.* Zevkliler, **Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar**, s.282.

edilmesi bakımından müstakil önem arz eden bir şekil koşuludur. ONHY'nin "canlı vericiden organ bağışı ve nakli" başlıklı 12. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (ç) bendinde etik komisyona yapılacak başvuru için gereken belgeler arasında "vericiden alınmış, en az iki tanıklı *hekim onaylı* muvafakat belgesi" de sayılarak hekim onayına verilen önem ikincil mevzuatta da kendini göstermiştir.

Organ veya doku nakli sürecinde başkasının tedavisi için önemli ve hayati bir külfete katlanan yaşayan vericinin rızasının mutlaka tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık olması gerekir. Bu bağlamda zımni nitelikte bir rıza geçerli kabul edilemez[171].

Diğer yandan, 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİK) 70. maddesinde "*Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar.*" ifadesi hükme bağlanmıştır[172]. HHY'nin 5., 22. ve 24. maddelerinde de aynı doğrultuda hükümlere yer verilerek hastanın rızasının alınması koşuluna yer verilmiştir[173].

Rızanın kronolojik olarak organ veya doku alma işlemi gerçekleştirilmeden, yani icra hareketlerine başlanmadan önceki bir zaman diliminde açıklanmış olması gereklidir. Tıbbi operasyon gerçekleştirildikten sonra açıklanan rıza, yapılan işlemi hukuka uygun hale getirmez. Böyle bir irade açıklaması teknik manada bir "rıza" olarak değil, kişilik haklarının ihlalinden doğan tazminat haklarından vazgeçilmesi şeklinde yorumlanabilecek geçmişe etkili (*ex tunc*) bir icazet olarak değerlendirilebilir[174]. Diğer yandan, rızanın icra hareketlerine başlanmadan önce açıklanmış olması gereklidir, ancak yeterli değildir. Aynı zamanda rızanın bildirildiği irade beyanından dönülmemiş olması gerekmektedir[175]. Zira verilen rıza her zaman

[171] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.15; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.336; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.51-52.
[172] Bu madde 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile değişikliğe uğramıştır; ayrıca bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Üçüncü bs., Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s. 348 (Gazi Şerhi).
[173] Köksal, **A.g.e.,** s.91; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 350.
[174] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.178 vd.; Gürbüz, **A.g.e.,** s.141-142; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.53.
[175] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.34; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.180-181; Gürbüz, **A.g.e.,** s.146 vd.; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.179.

geri alınabilir[176]. Bu şekilde bir irade beyanı ileriye etkili (*ex nunc*) sonuç doğuracağı için bu durum, o zamana kadar yapılan işlemlerin hukuka aykırı sayılmasını engeller[177]. Bunun yanı sıra TMK'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince yaşayan kişinin organ veya doku verme taahhüdü altına girmesi, alıcı tarafa herhangi zorlayıcı nitelikte bir talep veya tazminat hakkı sağlamaz[178]. Bu çerçevede belirtilen kapsamdaki bir taahhüdün bir nevi eksik borç doğurduğu söylenebilir[179].

Organ veya doku nakli çift taraflı bir tıbbi müdahale olduğu için, daha çok ön plana çıkan yaşayan vericinin muvafakati haricinde alıcının da müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. TŞSTİK'nın 70. maddesine göre operasyonun önemi gereği alıcının rızasının yazılı olarak alınması gerekmektedir. Bu gereklilik aynı zamanda TMK'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasından kaynaklanmaktadır. İradenin sıhhatine ilişkin kurallar alıcının rızası bakımından da geçerlidir. HHY'nin 24/1. maddesinde, tıbbi müdahale için küçük veya kısıtlı olan hastanın velisinden veya vasisinden izin alınması gerektiği, bununla birlikte hastanın velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şartın aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı doğrultuda Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına göre, kişinin rıza gösterme ehliyetine sahip olmaması durumunda tıbbi müdahale ancak temsilcisi veya kanunla belirlenmiş makam, kişi veya kurumun izniyle gerçekleştirilebilir[180]. HHY'nin 24. maddesinin beşinci ve yedinci fıkraları gereğince de, "acil durumlarda mümkünse yanında bulunan yakını veya temsilcisine bilgi verilmesi koşuluyla rızasını açıklama imkânı olmayan alıcının rızası alınmaksızın organ veya doku nakli yapılabilir"[181].

---

[176] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.180; Yücel, **A.g.m.,** s.686; Köksal, **A.g.e.,** s.97; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.52; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624.

[177] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.54; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.34; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.180.

[178] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.34; Gürbüz, **A.g.e.,** s.151 vd.; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207; Köksal, **A.g.e.,** s.97-98; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624.

[179] Gürbüz, **A.g.e.,** s.148.

[180] Köksal, **A.g.e.,** s.99-100; "Anılan madde metninde yer verilen "*muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir*" ifadesindeki "*doğrudan yarar*" kavramının sınırları yeterince çizilmemiş olup taraf ülkelerin yargı organları arasında yorum farklılıkları oluşması kaçınılmazdır", Katoğlu, **A.g.m.,** s.163.

[181] Köksal, **A.g.e.,** s.100-101.

f. Hekimin Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü

Bilgi verme yükümlülüğü de organ ve doku alınması ve naklinin genel koşulları arasında yer alan ve aynı zamanda vericinin rızasının sıhhat ve geçerliliğini, hatta buna bağlı olarak TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan suçun oluşumunu etkileyen ve dolayısıyla bu yönüyle bir nevi taşıyıcı fonksiyon ifa eden hukuki ve ahlaki bir koşuldur[182].

ODNK'nın "Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü" başlıklı 7. maddesinde "organ ve doku alacak hekimlerin vericiye, uygun bir biçim ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek ve organ ve doku vermenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak zorunda oldukları" hükme bağlanmıştır[183].

Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 5/2. maddesinde de "kişiye önceden, tıbbi müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi gerektiği" ifade edilmiştir[184].

Aynı şekilde, TDN'nin 14/2. maddesinde "tabip ve diş tabibinin, hastasına ümit vererek teselli edeceği, hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiği, bununla birlikte hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanmasının uygun olduğu" hükme bağlanmıştır[185].

---

[182] "*... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi,;* Bayraktar, **A.g.e.,** 125; *bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.* Bayraktar, **A.g.e.,** 79-80 *ve orada anılan eserler...*", Yrg. 4. HD., E.1976/6297, K.1977/2541, K.T.7/3/1977; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.57; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.35; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.76-77.

[183] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184-185; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207-208; Köksal, **A.g.e.,** s.77 ve 86-87.

[184] Köksal, **A.g.e.,** s.81-82.

[185] "*Nizamnamede her ne kadar bazı hallerde hastadan, hastalığın vahim görülen âkıbet ve seyrinin saklanmasının uygun olacağı hükme bağlansa da organ ya da doku nakli gibi son derece önemli olan bir müdahalede, müdahaleye maruz kalacak olan alıcının, gerçeği olanca açıklığıyla bilmesi ve buna göre kararını vermesi gerektiği kanaatindeyiz.*", Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.436; benzer görüş için *bknz.* Köksal, **A.g.e.,** s.78.

Görüldüğü üzere, vericinin organ veya doku nakli konusunda aydınlatılmasını öngören "bilgi verme yükümlülüğü", esas itibarıyla iradenin muhtemel olumsuz etkenlerden arındırılarak, sıhhatli olarak şekillenmesine hizmet eden çok önemli bir koşuldur. Bu koşul ile verici konumundaki yaşayan kişinin, organ ve doku alınması süreci konusunda yeterince aydınlatılmak suretiyle muvafakat verdiği işlemin ne olduğunu tam anlamıyla idrak etmesi, kararını özgür iradesiyle verebilmesine yönelik uygun bir zemin oluşturulması ve bu şekilde iradesinin sıhhati üzerinde hiçbir kuşkuya yer bırakılmaması sağlanmaktadır[186].

Bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahaleye ilişkin sözleşmenin tarafı olan hekime aittir ve kural olarak bu görev bir başka hekime veya sağlık görevlisine devredilemez[187]. Sözleşmenin bir hastane ile yapılmış olması halinde de, bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü müdahaleyi yapacak olan hekime aittir[188].

Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması şeklinde bir sıhhat koşulu öngörülmemiş olmakla birlikte, Yargıtayın sözlü bilgilendirmenin tanıkla ispatına da temkinli yaklaştığının söylenmesi mümkündür[189].

---

[186] Taneri, **A.g.e.,** s.487; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.434; Gutmann, Land, **A.g.e.,** s.17; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.54; Köksal, **A.g.e.,** s.77.

[187] Gürbüz, **A.g.e.,** s.130 vd.; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.436; Ekici Şahin, **A.g.e.,**189.

[188] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.436; Gürbüz, **A.g.e.,** s.130 vd.; benzer görüş için *bknz.* Sert. Cihan, **A.g.e.,** s.56.

[189] "*Bu durumda davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yerine 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 tetenoz aşısının yapılmaması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen davacının tetenoz aşısının 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 dinlenilen 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 özen gösteren bir hastanın, tehlikeli ve ağır sonuçlarının kendisine anlatılmasına, ısrar edilmesine rağmen tetenoz aşısının yapılmasına karşı koyması hayatın doğal akışına da uygun düşmemektedir. O nedenle davalı hastane ile çıkar birliği içinde olan tanıkların beyanına itibar edilemez.*", Yrg. 13. HD., E.2000/8582, K.2000/10298, K.T.20/11/2000); Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208.

Ayrıca ODNK'nın 7. maddesi gereğince, bilgilendirmeyi yapacak olan hekimin akli ve ruhi yönden karar veremeyecek durumda olan bir kişinin organ ve doku verme isteğini reddetmek[190], evli olması halinde vericinin eşinin nakil işlemlerinden haberdar olup olmadığını tespit etmek, bedel veya başka türden çıkar karşılığında ya da insancıl amaç içermeyen bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokunun alınmasını reddetmek ve son olarak akrabalık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar haricinde alıcı ve vericinin isimlerini açıklamamak gibi yükümlülükleri vardır[191].

Kural olarak tüm tıbbi müdahaleler için geçerli olan aydınlatma yükümlülüğü, planlanan tıbbi müdahalenin şekli, acillik düzeyi, kapsamı, potansiyel yan etkileri ve barındırdığı rizikolar ile tıbbi müdahalede bulunulmaması halinde ortaya çıkma ihtimali olan sonuçlar hakkında ilgili kişinin (hastanın) bilgilendirilmesidir[192]. Bu çerçevede, aydınlatma işleminin kabaca, teşhis, tedavi ve rizikolara ilişkin olarak ve sistematik bir şekilde yapılması gerekmektedir[193]. Bilgilendirmenin kapsamı hastanın durumunun acillik düzeyi, rizikonun ağırlık derecesi, müdahalenin telafi kabiliyetinin olup olmaması ve hastadan gelen taleplere göre daralıp genişleyebilir[194]. Her halükârda hekim hastaya gerçeği söylemeli ve fakat gerçekleri söylerken korkutarak kişinin iradesinin özgür bir şekilde şekillenmesine engel olmamalıdır[195]. Aynı şekilde hastanın yeterince bilgilenememesine sebebiyet verecek yüzeysellikten veya kafa karışıklığına yahut

---

[190] *Sert/Cihan*, bu yükümlülüğün gereksiz bir tekrar mahiyetinde olduğunu, akli ve ruhi durumu yerinde olmayan kişinin zaten tam ehliyetsiz olması itibarıyla organ ve doku veremeyecek olan kategoriye dahil olduğunu belirterek bu düzenlemeyi eleştirmektedir: Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.15-16. Ancak kanaatimizce bu eleştiri yerinde değildir. Zira ODNK'nin 7. maddesinin (c) bendindeki bahsi geçen ifade *"Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek"* şeklindedir. Bizce burada kastedilen, tam ehliyetsizler ve hatta sınırlı ehliyetlilerden daha geniş bir insan kategorisine karşılık gelmekte olup normal şartlar altında tam ehliyetli olduğu ve bu bağlamda rıza vermeye ehil olduğu halde içinde bulunduğu ağır travma, ruhsal bunalım gibi tek başına sağlıklı bir karar veremeyecek durumda bulunan ve normale döndüğünde aldığı karardan ötürü pişmanlık duyabilecek olan kişilerdir.

[191] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.15; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.35; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208; Yücel, **A.g.m.,** s.685; Köksal, **A.g.e.,** s.56 ve 96; Metin, **A.g.e.,** s.457-458.

[192] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.434-435; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.625; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.59.

[193] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.60; Benzer görüş için *Bknz.* Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.191-192.

[194] Köksal, **A.g.e.,** s.82 ve 87; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.435; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.65-67; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.191-192.

[195] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.64.

karamsarlığa yol açacak gereksiz detaylandırmalardan kaçınılması da önem arz etmektedir[196]. Bu kapsamda rızadan vazgeçmenin sonuçları ile ilgili olarak da bilgilendirme yapılmalıdır[197].

Aydınlatma işleminin kişinin rızası alınmadan önce yapılması, sonrasında düşünmek ve gerekiyorsa yakınları ile görüşmek için zaman ve fırsat verilmesi gerekmektedir[198]. Bu bağlamda ameliyat masasında yapılan bilgilendirme kişinin iradesinin serbestçe şekillenmesine hizmet edemeyeceği için muteber değildir[199]. Ancak acil durumlarda bu yükümlülüğün operasyon sırasında yerine getirilmesi mümkün olduğu gibi, hastanın durumunun aydınlatılmaya müsait olmaması veya yeterli zaman bulunmaması hallerinde bu yükümlülüğün ihmal edilebileceği kabul edilmektedir.[200] Buna karşılık, yanında mevcut ise hastanın yakını ve küçüğün velisi organ veya doku alınması veya nakli hususunda mutlaka aydınlatılmalıdır[201].

Organ veya doku naklinde en büyük fedakarlığı yapan taraf olması itibarıyla bilgilendirme konusunda yaşayan vericiye odaklanılması doğal karşılanmalıdır. Bununla birlikte alıcının da nakil konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir[202]. Öğretide bu kapsamdaki bilgilendirme ve aydınlatmanın yaşayan vericiye yönelik olana göre daha yüzeysel olabileceği, hastanın psikolojik direncinin kırılabileceği durumlarda hekimin gerçeği tam anlamıyla söylememesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[203].

Bireylerin maddi ve manevi bütünlüklerinin muhafazası, uygulanan tedaviye katılmaları, rızalarının temini ve maruz kalabilecekleri riskleri sağlıklı biçimde değerlendirmeye tabi tutabilmelerini sağlayan verilere erişebiliyor olmalarının, AİHS'nin 8. maddesi ile korunan hakların kapsamında yer aldığı kabul

[196] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.435.
[197] Gürbüz, **A.g.e.,** s.136-137.
[198] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.71; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.436; Gürbüz, **A.g.e.,** s.120-130; Taneri, **A.g.e.,** s.488; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.57; Benzer görüş için *Bknz.* Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.190-191.
[199] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.436-437.
[200] Taneri, **A.g.e.,** s.488; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.125; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.71, ayrıca *bkz.* **a.e.**, s.47-50 ve 67-69; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.437; Yücel, **A.g.m.,** s.687; Köksal, **A.g.e.,** s.85-86.
[201] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.208; Gürbüz, **A.g.e.,** s.131; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.191.
[202] Gürbüz, **A.g.e.,** s.120-130; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.625.
[203] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.436; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.190; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.367.

edilmektedir[204]. AİHS'ye taraf olan devletlerin, hastaların planlanan tedavinin muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirilmelerini temin etmeye yönelik düzenleyici tedbirleri almak yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük dolayısıyla bilgilendirmenin yapılmamış ve öngörülebilir bir riskin gerçekleşmiş olması halinde, devletin sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir[205].

2. Ölüden Organ veya Doku Nakli

Organ ve doku naklinin ikinci kategorisi *"ölüden organ ve doku nakli"* olarak karşımıza çıkmakta olup, koşulları ODNK'nın 11 ilâ 14. maddelerinde düzenlenmiştir. Yine bu alandaki hukuki çerçevenin tamamlayıcısı olarak ortaya çıkması muhtemel hukuka aykırı işlem ve suistimallerden sorumlu olanların cezalandırılmasına ilişkin koşullar ve uygulanacak cezai yaptırımlar, ODNK'nın 15/1. maddesi atfıyla TCK'nin 91 ilâ 93. maddelerinde düzenlenmiştir.

Doğum kadar ölüm de insan olmanın doğasında mevcut, gerçekleşmesi muhakkak bir olgudur[206]. Organ veya doku nakli bağlamında potansiyel verici olan bir kimsenin ölmesi yakınları bakımından manevi bir yıkımı ifade etmekle birlikte, yaşama tutunmaya çalışan uyumlu organ ve doku beklemekte olan potansiyel alıcılar için bir umut ışığı olabilmektedir[207].

Yukarıda açıklandığı üzere, yaşayan kişiden organ veya doku alınması bakımından benimsenen *ikincillik prensibi* gereğince, organ veya doku temini bakımından öncelik ölüden temin edilmesindedir. Burada alıcı yine yaşayan (canlı) bir insan olmakla birlikte, verici ölü insan bedeni, yani cesettir. Bu çerçevede ölüden organ veya doku alınmasına dair koşullar, yaşayan bir insandan organ veya doku alınmasına ilişkin koşullara nazaran daha farklı bir yaklaşım ve bakış açısı ile ele

[204] *Trocellier/Fransa* (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006; *İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye* (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013.
[205] *Şerif Gecekuşu/Türkiye* (k.k.), B. No: 28870/05, 25/5/2010.
[206] Orçun Çil, Şefik Görkey, "Beyin ölümü kriterlerinin tarihsel gelişimi ve kadavradan organ nakline etkisi", **Marmara Medical Journal**, 2014, S:27, s.69.
[207] Ahmet Küçük, Mahmut Alp Karahan, "Beyin ölümü tanısı ve son değişiklikler", **Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, 2015, C:12, S:2, s.328; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.1.

alınmaktadır[208]. Genel ahlak ve adaba aykırı bulunmaması koşulu ile ölü vericiden herhangi bir organ veya dokunun alınmasına engel bulunmamaktadır. Yani ölü vericiden her türlü organ ve doku alınabilir. Aynı doğrultuda yaşayan kişiden yapılan organ veya doku alımının aksine, ölüden bilimsel amaçla da organ veya doku alınması mümkündür[209]. Ölüden organ veya doku alınmasına atfedilen önem, bedenin tamamen ölü olmasına karşın organın canlı olmasından kaynaklanmaktadır[210].

Öte yandan ölünün bedeni üzerinde, gerek bilimsel araştırma-geliştirme gerekse tedavi amacıyla sürdürülen çalışma ve faaliyetlerde yaşayan (canlı) kimselere kıyasla çok daha geniş olarak sunulan hareket alanı keyfi ve sınırsız bir şekilde kullanılamaz. Bu kapsamda ölenin bedeni ve hatırasına saygının gereği olan hassasiyetin her aşamada muhafaza edilmesi ve özellikle yakınlarının incinmesine ve üzüntülerinin derinleştirilmesine neden olacak durumlara sebebiyet verilmemesi hukuki ve etik birer zorunluluktur[211].

Ölüden organ veya doku alınması ve nakline ilişkin hususlar ODNK'nun üçüncü bölümünde 11 ilâ 14. maddeler arasında düzenlenmiş olup, bu açıdan öncelikle "ölüm" kavramının tanımının yapılması ve sonrasında ölüm anının tespiti ile ölenin arzu ve iradesi gerekmektedir. Bu hususlar aşağıda incelenecektir.

a. Ölümün Gerçekleşmesi

Ölüden organ veya doku alınmasının öncelikli koşulu, vericinin ölmüş olmasıdır[212]. Bu nedenle, ölümün gerçekleşmesi nedenini ve zamanının belirlenmesi önem taşımaktadır. Bunun gibi, ölüm anının tespiti bakımından öncelikle ölüm kavramının tanımlanması gerekmektedir.

---

[208] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.23; Algan, **A.g.e.,** s.55.
[209] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.711; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.23; M. Aydın, **Digesta**, s.226.
[210] Aslan Terzioğlu, "Organ Plantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi,** 1993, C:I, S:1, s.42; Gür, **A.g.e.,** s.5.
[211] Nevzat Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", **AÜHFD**, 1978, C:XXXV, S:1-4, s.100 (Organ Aktarma); Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.102-103; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.426; Gür. **A.g.e.,** s.5.
[212] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.441; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.24; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.63; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.620.

(1) Ölüm Kavramı ve Ölüm Halinin Tespiti

Ölümün sosyal ve hukuki sonuçları bulunmakla birlikte, ölüm halinin tespiti doğrudan insanın biyolojik varlığı ile ilgili olması nedeniyle tıp biliminin alanında kalmaktadır[213]. Nitekim, yüzyıllar boyunca inanç ve dinler tarafından üstlenilen ölümü anlama ve tanımlama işi, son yüzyıllarda hekimler tarafından yerine getirilmekte ve artık ölüm tanısı hekimler tarafından konulmaktadır[214].

Ölüm, canlı yaşamının sona ermesi anlamına gelen biyolojik bir olaydır[215]. Esasen doğal bir olay olmasına karşın, ölen kimse ve hem de yakınları yönünden acı verici bir durumdur[216]. Ölüm TDK sözlüğünde, "*bir insan hayatını ya da bir hayvan veya bitkide hayatın tam ve kesin olarak sona ermesi, ...*" şeklinde[217], tıp terimleri sözlüğünde ise "*tüm yaşamsal işlevlerin geri dönüşümsüz kaybı, canlılığın kaybı*" şeklinde[218] tanımlanmaktadır.

Tıbbi anlamıyla ölüm, "yaşamın sona ermesi", "hayatın durması", "kişiye canlılık niteliğini kazandıran fonksiyonların ortadan kalkması", "canlılık niteliklerinin geriye dönmeyecek şekilde kaybı" ve yaygın olarak kabul gören biçimiyle, "kişiye canlılık niteliğini kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarının kendi başına çalışmalarının durması ve ancak birtakım yapay araçlarla bu fonksiyonların tekrar faaliyete geçirildiğinde kendi başına çalışmaya gücü olmaması hali" şeklinde tanımlanabilir[219].

Hukukta ölüm, insan yaşamının ve dolayısıyla şahsiyetin sona ermesini ifade etmektedir[220]. Nitekim TMK'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında kişiliğin ölümle

---

[213] Bilge Öztan, Damla Gürpınar, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 47.Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s.238; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.269; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.441; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.712.
[214] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.69.
[215] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.209.
[216] Metin Özderin, "Ölüm", Adli Tıp Ders Notları, (Çevrimiçi) http://adlitip.blogspot.com/2006 /10/5-lm.html, Erişim Tarihi: 11 Kasım 2018.
[217] (Çevrimiçi), https://sozluk.gov.tr/, 30 Ocak 2023.
[218] Kocatürk, **A.g.e.,** s.478; Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.70.
[219]Benzer görüş için *Bknz.* Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.69-70; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.620; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.25; M. Aydın, **Digesta**, s.227.
[220] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.441; Algan, **A.g.e.,** s.55; Benzer görüş için Bknz. (Çevrimiçi), https://tr.wikipedia.org/wiki/Ki%C5%9Fili%C4%9Fin_ba%C5%9Flang%C4%B1c%C4%B1_ve_son

sona ereceği belirtilmiş olup, ölüm olayı ile kişinin hak süjesi olma özelliği ortadan kalkar[221]. Bu bağlamda, hukuk düzeninde birçok durum veya statünün sona ermesi ölüm olayına bağlanmış olduğu gibi, aynı zamanda ölüme bağlı ortaya çıkan pek çok potansiyel hukuki sorun bulunmaktadır[222]. Hak ehliyeti, fiil ehliyeti, evlilik, hizmet akdi, askerlik yükümlülüğü, cezanın infazı ve benzeri haller bu kapsamdadır[223].

Diğer yandan hukuki ve tıbbi tanımlamalar birlikte değerlendirildiğinde, ölümün birdenbire gerçekleşmediği, şekle ve sebebe göre uzunluğu değişebilen bir süreç içinde meydana geldiği görülmektedir. Nitekim yaşamsal fonksiyonlar sona erdiğinde dahi hücrelerin canlılığı devam edebilmektedir[224].

TMK'nın 28. maddesine göre, ölümle sona eren hukuki statülerden bir tanesi de kişiliktir[225]. Kişiliği sona erdiren ölüm olayı ile aynı zamanda organ ve doku nakli hukukunda farklı bir hukuki rejimi ifade eden ölüden organ veya doku alınması ve nakli mümkün hale gelmektedir. Dolayısıyla organ ve doku nakli bakımından ölüm anının tespiti büyük önem arz etmektedir[226].

Dinsel bakış açısından ölüm, "*ruhun bedenden ayrılması suretiyle kişinin maddî hayat kaynağını yitirmesi*" şeklinde tarif edilmektedir[227]. Bu tarif kapsamında, günümüzde bilimin ulaştığı seviye itibariyle ölümün gerçekleşme anının nesnel olarak tespiti henüz mümkün olmadığı gibi, ölüm anının tereddütsüz bir biçimde belirlenip, o andan itibaren kişinin organ veya dokularının alınmasını temin edecek

---

a_ermesi, Erişim Tarihi: 20 Şubat 2023.

[221] Arif Barış Özbilen, "İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakkın Hukukî Niteliği ve Bu Maddelerin Hukukî İşlemlere Konu Edilmesi", **Doktora Tezi,** Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2011, s.32; Öztan, Gürpınar, **A.g.e.,** s.238.

[222] Taneri, **A.g.e.,** s.489; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.24; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.441.

[223] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.24; Benzer görüş için Bknz. Öztan, Gürpınar, **A.g.e.,** s.211-212.

[224] Özderin, **A.g.e.,** (Çevrimiçi) http://adlitip.blogspot.com/2006 /10/5-lm.html, Erişim Tarihi: 27 Kasım 2021.

[225] Öztan, Gürpınar, **A.g.e.,** s.237; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.103; Algan, **A.g.e.,** s.55; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.441; Köksal, **A.g.e.,** s.103.

[226] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.441.

[227] (Çevrimiçi), https://islamansiklopedisi.org.tr/olum, Erişim Tarihi: 30 Ocak 2023; M. Aydın, **Digesta**, s.227.

nesnel bir kriter sunmayan bu tarifin (dini tanımlama) esas alınması da olanaklı değildir[228].

Ölümün bilimsel açıdan üzerinde mutabakat sağlanabilmiş ortak ve sınırları belirlenmiş bir tanımı bulunmamaktadır[229]. Hukuk mevzuatımızda da "ölüm" kavramı ve ölüm anının belirlenmesine ilişkin somut bir tanımına yer veren yasal düzenleme bulunmadığı görülmektedir[230]. Bu belirsizliğin hukuk biliminin sunduğu verilerle çözüme kavuşturulması da mümkün değildir. Ölüm halinin tespiti konusunda, bireysel ve toplumsal yararlar arasındaki dengeye zarar vermeyecek ve ölümden etkilenen herkesi tatmin edecek basit ve objektif yöntemler belirlenmesi tıp biliminin, bu yöntemlerin kaliteli bir hukuki çerçeveye kavuşturulması ise hukuk biliminin ve yasama organının görevi olarak görülmektedir[231].

(2) Ölüm Haline İlişkin Tanımlar

Ölüm haline ilişkin tarihsel süreçte farklı tanımlamalar yapılmıştır. Bu kapsamda temelde biyolojik (klasik) ölüm ve beyin ölümü olmak üzere iki kavram ortaya çıkmıştır.

Yaklaşık iki yüz yıl öncesine kadar ölüm "herhangi bir nedenden ötürü, kalbin ve akciğerlerin birbirlerini durdurması" şeklinde tanımlanmaktaydı[232]. Biyolojik (klasik) ölüm de bu tanımlamaya paralel olarak, insan organizmasında resüsitasyon (*yeniden canlandırma, kalp masajı*) cihazlarıyla dahi geri alınması mümkün olmayan hasar ve dağınıklık hali olarak tanımlanmaktadır[233]. Biyolojik (klasik) ölüm olarak adlandırılan bu tanımlama çerçevesinde, hekimlerin kalp ve akciğerin durduğunu anlaması ve bu durumu açıklaması konusunda yetersiz kaldığı

---

[228] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.25; M. Aydın, **Digesta**, s.227.
[229] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.73.
[230] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.712.
[231] M. Aydın, **Digesta**, s.226.
[232] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.73; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.59; Benzer görüş için *Bknz*. Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1311-1312.
[233] Algan, **A.g.e.,** s.61; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.33; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.26; Özlem Yenerer-Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi** İstanbul,, Legal Yayıncılık, 2003, s.164; Taşkın, **A.g.e.,** s.117; Ergun Özsunay, "Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul, 1998, s.37 (Armağan); Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.102.

durumlar yaşanmış, stetoskopların gelişmesi ve bu çerçevede kalp ve akciğer seslerinin daha net duyulması da ölüm halinin belirlenmesi bakımından yaşanan sorunları tamamen gidememiştir[234]. Paris Bilimler Akademisi'nin boğulan insanlara dudak dudağa nefes verme tavsiyesinde bulunmasının ardından kardiyo pulmoner resüsitasyon (canlandırma) kullanımındaki gelişmeler doğrultusunda solunumun durmasının ölümle eşdeğer olmayabileceği ve kalbi durmuş, solunumu olmayan bir insanın tekrar yaşayabileceği düşüncesi gündeme gelmiştir. Bu görüşler ve tıp bilimindeki hızlı gelişmeler nedeniyle bilinen ölüm tanımının yetersiz kalmaya başlaması sonucunda, yapılan araştırmalar çerçevesinde durmuş bir kalbin tekrar çalışabileceği göğüs kompresyonunun uygulanmasıyla anlaşılması üzerine ve yine kafa içi basınç artışı durumlarında solunumun aniden durduğu, ancak kalbin çalışmaya devam ettiğinin fark edilmesi üzerine biyolojik (kalp-akciğer temelli) ölüm görüşü sarsılmaya başlamıştır[235]. Elektroensefalografinin (EEG) keşfi ve nöroloji bilimindeki gelişmeler kapsamında biyolojik ölüm tanımından, günümüzdeki büyük oranda kabul gören "beyin ölümü" tanımına ulaşılmıştır. Nitekim 1959 yılında Mollaret ve Goulon tarafından ilk kez ve içerik olarak beyin ölümü tanımına uyan "coma dépassé" (komadan öte) olarak adlandırılan tanımlama yapılmıştır[236]. Coma dépassé kavramı "yaşamla ölüm arasında bir sınır" anlamındadır. Bu tanımlama ve araştırmalar 1968 yılında Harvard Tıp Fakültesi tarafından oluşturulan Harvard Ad Hoc komitesi tarafından beyin ölümüne ilişkin "Harvard kriterleri"nin belirlenmesi ile sonuçlanmış ve söz konusu kriterler tıp dünyasında büyük ölçüde kabul görmüştür. Beyin ölümü tanımı aşağıda ayrıca incelenecek olması nedeniyle burada daha fazla ayrıntısına getirilmeyecektir.

Tıp bilimi alanında somatik ölüm ve hücresel ölüm kavramları da kullanılmaktadır. Bu bağlamda, biyolojik ölüm kavramıyla örtüşecek şekilde, dolaşım ve solunum sistemlerinin yapay destek almaksızın çalışmaması ve santral

---

[234] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.70.
[235] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.70; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.59.
[236] Ayşen Erdoğan, "Yoğun Bakım Ünitelerinde Beyin Ölümünün Teşhisi", **Süleyman Demirel Ünüversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, 2014, C:21, S:4, s.159; Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.70; Behnan, **A.g.e.,** s.2; Tepehan, **A.g.e.,** s.3; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.58-59.

sinir sistemi fonksiyonlarının durması hali somatik ölüm olarak adlandırılmaktadır[237]. Bu anlamda somatik ölüm, insan organizmasının canlılık özelliğinin tümüyle yok olmasıdır[238]. Bu anlayışa göre son kalp atımı ve son nefes ile ölümün gerçekleştiği kabul edilmekte ise de, kalbin yeniden çalıştırılmasını, duran solunumu tekrar hareketlendirmeyi ve kan dolaşımının devamını sağlayan tıbbi imkanlardaki gelişim bu kavrayışı görece önemsiz hale getirmiştir[239]. Dahası biyolojik ölüm veya somatik ölüm anlayışı bağlamında kabul edilen ölüm anı, ölen kişinin ölümün hemen öncesinde sağlıklı ve başkasına nakledilebilir nitelikte olan tüm organlarının nakledilemez hale gelmesi nedeniyle, organ veya doku naklini tamamen imkânsız hale getirmektedir[240].

Hücresel ölüm ise, dolaşım, solunum ve sinir sisteminin fonksiyonlarının durmasından sonra sistemler arası koordinasyonun giderek bozulması ve daha sonra organlar arası ahenk, doku içi ve hücre içi fonksiyonların ve en sonunda hücre içi fonksiyonların işlevlerini yürütememesi hali olarak tanımlanmakta, hücresel ölüme sellüler ölüm de denilmektedir[241]. Hücresel ölüm halinde, kabul edilen ölüm anı itibariyle ölenin bedeninde canlılığını sürdüren organ veya doku kalmayacağından, organ veya doku alınması veya naklinin mümkün olamayacağı tabidir.

(3) Beyin Ölümü Tanımı

Ölüden organ veya doku alınması ve nakli bakımından ölüm halinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ölüm halinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun belirlenmesi ile ilgili ise günümüzde doktrinde ve uygulamada kabul gören kriter beyin ölümü kriteridir. Beyin ölümü kısaca, beynin vücudu yönetme kabiliyet ve imkanını tümüyle ve geri dönülmez şekilde (irreversibl) kaybetmesi

---

[237] Behnan Alper, Derya Azmak, Necmi Çekin, Mete Korkut Gülmen, Sermet Koç, Serpin Salaçin, "Adli Otopsiler ve Adli Patoloji", s.1, (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html, Erişim Tarihi: O2 Şubat 2023.

[238] İ. Hamit Hancı, **Adli Tıp ve Adli Bilimler**, Ankara, 2002, s.285; M. Aydın, **Digesta**, s.228; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.26.

[239] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.26; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.442-443; M. Aydın, **Digesta**, s.228.

[240] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.178.

[241] Alper v.d., **A.g.e.,** s.1, (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html, O2 Şubat 2023.

olarak tarif edilmektedir[242]. Diğer bir ifade ile beyin ölümü, solunum ve dolaşım ile beyin sapı fonksiyonları da dâhil olmak üzere bütün beyin faaliyetlerinin ("korteks", "spinal kord", "beyin sapı" vb.) iyileştirilemez ve geri döndürülemez şekilde kaybıdır[243].

Yukarıda açıklandığı üzere, ölüm halinin belirlenmesine ilişkin biyolojik (klasik) ölüm tanımının esas alındığı yıllarda tıp biliminin aşaması itbariyle hekimler tarafında kalp ve akciğerin durduğunun anlaşılması ve bu durumun açıklanması konusunda yetersiz kalınması üzerine, yapılan çalışmalar çerçevesinde ilk olarak 1959 yılında Mollart ve Goulon tarafından içerik olarak beyin ölümü tanımına uyan, "*yaşamla ölüm arasında bir sınır*" anlamında olmak üzere "coma dépassé" tanımlaması yapılmıştır[244]. Mollart ve Goulon tarafından yapılan "coma dépassé" tanımlaması tıp dünyasını yeni düşüncelere ve araştırmalara yöneltmiş, bu doğrultuda 1968 yılında Harvard Tıp Fakültesi'nin özel olarak bu araştırma için toplanmış komitesi (Ad Hoc Committee) tarafından beyin ölümüne ilişkin kriterler belirlenmiş ve yayımlanan "Ölümün yeni kriteri, geri dönüşümsüz koma" bildirisi tıp dünyasında büyük ölçüde kabul görmüştür. Söz konusu makalede beyin ölümü, beyin sapı da dâhil olmak üzere tüm beyin fonksiyonlarının geri dönüşsüz kaybı olarak tanımlanmıştır[245].

Harvard kriterlerinde irreversibl komanın tanımlanması bakımından gerekli koşullar, "*hastanın derin komada olması (ağrılı uyarana cevap alınamaması)", "kranial ve spinal reflekslerin alınmaması", "ventilatorden ayrılınca spontan solunumun oluşmaması, apne olması", "EEG (Elektroensefalografi)'de düz çizgi bulunması", "bu bulguların ilaç veya hipotermiden kaynaklanmadığının kesin olması" ve "bu durumdaki hastaya 24 saat sonra tekrar bakıldığında hiçbir değişme olmaması halinde, hastada beyin ölümünün gerçekleşmiş olduğu*" şeklinde kabul

---

[242] M. Aydın, **Digesta**, s.228; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.27, dn.86; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.17; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.184; Köksal, **A.g.e.,** s.42-43 ve 104; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.60; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1312; Gökcan, **Tıbbi müdahale**, s.84 vd.

[243] Erdoğan, **A.g.m.,** s.160; Küçük, Karahan, **A.g.m.,** s.328; Terzioğlu, **A.g.m.,** s.43; Taneri, **A.g.e.,** s.488; Köksal, **A.g.e.,** s.43; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.293; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.621; Metin, **A.g.e.,** s.458.

[244] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.70-71; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.58-60.

[245] Erdoğan, **A.g.m.,** s.159; Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.71.

edilmiştir[246]. Harvard kriterlerinin önemi ölüden organ veya doku naklinin önünü açmış olması ve uygulamada olanaklı hale getirmesidir[247]. Nitekim, Harvard Tıp Fakültesi Ad Hoc Komitesi tarafından yayımlanan söz konusu bildirinin başlangıç kısmında, ölüm hakkındaki eski tanımlamaların organların nakil amacıyla alınması konusunda tartışmalar yarattığı belirtilerek bu hususa açıkça işaret edilmiştir[248]. Ancak Harvard kriterlerine esas çalışmalarda temel amaç ölüm için yeni bir ölçü olarak geri dönüşümsüz komanın tanımlanması idi. Bu itibarla, beyin ölümü kavramı organ nakline duyulan ihtiyaçla ilgili değil, yoğun bakımlarda mekanik ventilasyon uygulanan, kalp atımları devam ettiği halde beyin fonksiyonları olmayan hastaları tanımlayabilme ihtiyacından dolayı ortaya çıkmış olup, yapılan tanımlamalar küçük farklılıklar dışında günümüzde de kullanılmakta ve "Harvard kriterleri" olarak anılmaktadır[249].

Harvard kriterlerinin açıklanması ve tıp dünyasında kabul görmesinden bir süre sonra 1971 yılında *Minnesota Kriterler* yayınlanmıştır. Harvard kriterlerinden bazı noktalarda ayrılan Minnesota Kriterleri ile en önemli değişiklik olarak, "*apne süresinin tanımlanması (4 dakika)*", "*metabolik etkenlerin ekarte edilmesi*" ve "*gözlem süresinin 12 saat olarak önerilmesi*" gösterilmekte olup, ayrıca Minnesota Kriterleri'nde tanının kesinleştirilmesi için izoelektrik EEG'ye gerek olmadığı ileri sürülmüştür[250].

Ölümün tespiti bakımından diğer organlardan ziyade beyine tanınan bu üstünlük ve öncelik, insana insan olma özelliğini kazandıran, diğer organlar

---

[246] Tepehan, **A.g.e.,** s.3; Erdoğan, **A.g.m.,** s.159; Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.71; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.61.
[247] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.71.
[248] Harvard Tıp Fakültesi Ad Hoc Commitesi bildirisi başlangıç kısmında; "*Bu çalışmadaki asıl amacımız, geri dönüşümsüz komayı ölümün yeni kriteri olarak tanımlamaktı. Bu tanımlamaya iki nedenden ötürü ihtiyaç vardır:*
(1) Resusitasyon ve yaşam desteği sunma konusundaki ilerlemeler, ağır hasarları bulunan bu hastaları kurtarabilmek için yüksek çaba harcanmasına neden olmaktadır. Bazen, hastalarımız üzerinde kısmi başarılar gözlenmektedir ki bunlar, kalbin atmaya devam etmesi ancak beynin geri dönüşümsüz olarak hasarlı kalmasından ibarettir. Bu durum, kalıcı hasarlara sahip hastalar, onların aileleri, hastaneler ve onların yerine bu yataklarda tedavi alabilecek, iyileştirilebilecek hastalar üzerinde büyük bir yük ve yıkıma sebep olmaktadır.
(2) Ölüm hakkındaki eski tanımlamalar, organların nakil amacıyla alınması konusunda tartışmalar yaratabilmektedir." denilmektedir, Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.71.
[249] Erdoğan, **A.g.m.,** s.159; Benzer görüş için *Bknz.* Tepehan, **A.g.e.,** s.3.
[250] Erdoğan, **A.g.m.,** s.159; Benzer görüş için Bknz. Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.61.

arasındaki uyum, koordinasyon ve iletişim sağlayan organ olmasından kaynaklanmaktadır[251]. Böyle bir organın tamamen ölmesi, vücudun geri kalanında da ölümün başladığı anlamına gelmektedir[252]. Zira beyin fonksiyonlarının kesin ve geri döndürülemez bir şekilde sona ermesi, insan vücudundaki organlardan sadece bir tanesinin işlevsiz hale gelmesi gibi görece basit bir olay olmayıp, organizmanın tümünün kesin ve geri döndürülemez bir şekilde işlevini yitirmesi, bir başka ifadeyle ölmesi anlamına gelmektedir[253].

Beyin ölümü, beyin ve sinir sistemine sahip canlıların ölüm halini belirlemenin yararlı yöntemlerinden bir tanesidir[254]. Gerçekten de objektif verilere dayalı olarak ölüm sürecinin geri dönülmez noktayı aştığının en erken tespit edildiği ve bu çerçevede ölen vericinin yararı ile alıcı hastanın yararının dengelendiği en optimal nokta, beyin ölümünün tamamlandığı andır[255]. Diğer taraftan beyin ölümü kriterinin esas alınması sayesinde, tıbben ölmüş ve fakat beyin haricinde kalan organları çalışmaya devam eden kişinin yakınlarının umut ve umutsuzluk arasında kalan bir belirsizlik içindeki bekleyişlerinin oluşturacağı derin manevi yıkım da asgari düzeye indirilmiş olacaktır[256]. Bununla birlikte beyin ölümü gerçekleşmiş bir kişinin yakınları genellikle, içinde bulundukları travma ve psikolojik durumun bir sonucu olarak ölüm olayını kabullenememektedirler[257]. Bu bağlamda beyin ölümüne ilişkin kriterlerin yeterliliği ve yeterli olsa bile bunların tam ve doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenebilirliği konusundaki tereddütler, ölüden organ veya doku alınmasını zorlaştırmaktadır[258].

Hücrelerin birleşimi ile dokular, organlar ve bir bütün olarak canlı meydana gelir. Tüm bu yaşamsal birimleri yöneten organ beyindir. Bu noktadan hareketle "beyin ölümü" meydana gelen canlının tamamen öldüğü kabul edilemese de,

---

[251] Köksal, **A.g.e.,** s.43 ve 104.
[252] Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.184; Taşkın, **A.g.e.,** s.120.
[253] Algan, **A.g.e.,** s.56; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.621.
[254] Köksal, **A.g.e.,** s.104.
[255] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.17; Köksal, **A.g.e.,** s.104.
[256] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.27.
[257] Taneri, **A.g.e.,** s.488.
[258] Taneri, **A.g.e.,** s.488.

vücudun geri kalanının yaşama dönük bir özelliği de kalmamaktadır[259]. Beyin ölümü kriteri esas alındığında ölüm olayı, beyin hücrelerinin öldüğü andan itibaren başlamakta ve ağır ağır gerçekleşmeye devam etmektedir[260]. Beyin kökü ile küçük ve büyük beyinin tüm fonksiyonlarının geri dönülmez (*irreversibl*) bir şekilde yitirilmesi halinde, beyin ölümü de gerçekleşmiş sayılmaktadır[261].

Organizma tıbbi olarak makinalar aracılığıyla canlı tutulabileceği gibi, makinalardan yararlanılmasa bile beyin ölümü sonrası vücuttaki muhtelif merkezlerdeki hücreler saatlerce ve münferit şekilde canlılığını sürdürmeye devam edebilecektir. Maksimum 72 saat olan bu süre içerisinde organların canlılığını koruyabilmesi için çok yoğun bir tıbbi bakımın yanı sıra bedenin solunum cihazına da bağlı olması gerekir. Bu noktada yoğun bakım uygulaması ile amaçlanan, sağlıklı organların organ bağışı ihtimaline binaen bir süre daha yaşatılmasıdır. Bu nedenle "beyin ölümü", bir organizmanın tüm parça ve uzuvlarıyla beraber ölmesinden öte, bir bütün haliyle yaşamını idame ettirme yeteneğini kaybetmesini ifade eder.

Bazı yazarlar tarafından beyin ölümü ve ölüm tanımının özdeşleştirilmesi ile ölüm anının öne alındığı ve beyin ölümü tamamlanmış kişilerin esasen ölü değil yaşayan insan statüsünde kabul edilmeleri gerektiğini ileri sürülmektedir[262]. Bunun yanı sıra insan hayatının ilk aşaması olan zigot haldeki organizmanın beyni henüz oluşmamasına rağmen canlı kabul edilmesine karşılık, kesin ölümün tespiti bakımından beyin fonksiyonlarının yitirilmesinin esas alınmasının bir çelişki oluşturduğu görüşü de dile getirilmektedir[263]. Ancak tüm bu itirazlara rağmen ölüm anının tespiti bakımından beyin ölümünün, hukuk ve tıp biliminin kesişme noktaları

[259] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.443.
[260] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.27; Algan, **A.g.e.,** s.56; Toroslu, **Organ Aktarma**, s.107; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.184.
[261] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.443; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.28; Algan, **A.g.e.,** s.56; Toroslu, **Organ Aktarma**, s.107; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.184; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.60.
[262] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.27, dn.89; Köksal, **A.g.e.,** s.44-45.
[263] Köksal, **A.g.e.,** s.45; Kürtaj sonucunda annenin rahminden alınan embriyon ya da düşük neticesinde yitirilen ceninden gerçekleştirilecek organ veya doku nakillerinin ODNK kapsamı dışında bulunduğu ile ilgili olarak *Bkz*. **a.e.**, s.55; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.714; Metin, **A.g.e.,** s.455.

bakımından değerlendirildiğinde genel kabul gören bir kriter halini aldığını söylemek mümkündür[264].

Yukarıda değinilen Harvard kriterleri ve Minnesota Kriterlerinin belirlenmesinden bir süre sonra 1972 yılında Jennett ve Plum tarafından uyku ve uyanıklık halinin birbirini izlediği, refleks haricinde çevrelerinde olan değişikliklere anlamlı yanıt vermeyen hasta grubu için ilk kez kullanılmak suretiyle *bitkisel hayat* tanımlaması yapılmıştır[265]. Sıklıkla karıştırılsa da beyin ölümü ile bitkisel hayat birbirinden tamamen farklıdır[266]. Bitkisel hayatta beyin sapında kanlanma devam etmekte olan hastanın solunumu devam eder, hasta aylarca ve hatta yıllarca yaşayabilir, iyileşme olasılığı mevcuttur[267]. Oysa beyin ölümünde beyin sapı kanlanması sona erdiğinden kişinin hayata dönme olasılığı mevcut olmayıp, dolaşım ancak yaşam destek ünitesine bağlı olarak yoğun bakım koşullarında devam edebilir ve çoğunlukla 24 ilâ 36 saat içinde tüm yaşamsal fonksiyonlar son bulur[268]. Bu koşullar altında bir kısım organ ve dokuların canlılığını yukarıda belirtilen süre içerisinde dahi koruyabilmesi için solunum cihazına bağlı tutulması gerekir. Bu çerçevede bitkisel hayat halinde kişi "ölü" statüsünde olmadığı için, hukuki rejim olarak yaşayan kişiden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullara tâbidir[269].

Ölüden organ veya doku alınması bakımından "ölüm halinin" ve "ölüm anının" tespiti çok önemli ve öncelikli bir konuma sahiptir. Zira organ veya doku alınması ve naklinin üstün amacı hayat kurtarmak veya bir insanı sağlığına kavuşturmak olmakla birlikte, bir insanın yaşamı için başka bir insanın ölümüne sebebiyet verilmesi veya ölüme terk edilmesi asla kabul edilemez. Bu anlamda, "ölüm hali" ve "ölüm anı" ile ilgili hususlar tıp bilimi kriterleri çerçevesinde belirlenmesi ve somutlaştırılması gereken hususlardır.

---

[264] Algan, **A.g.e.,** s.56.
[265] Tepehan, **A.g.e.,** s.15; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.61.
[266] Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.62; Algan, **A.g.e.,** s.56; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.179; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.28; Tepehan, **A.g.e.,** s.15-16.
[267] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.179; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.28; Algan, **A.g.e.,** s.56; benzer görüş için bknz. Taneri, **A.g.e.,** s.488; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.62.
[268] Taneri, **A.g.e.,** s.488; Algan, **A.g.e.,** s.56-57.
[269] Algan, **A.g.e.,** s.57; Benzer görüş için *bkz.* Metin, **A.g.e.,** s.461.

Organ veya doku alınması öncesinde ölüm hali ile ilgili olarak biyolojik ölüm ve beyin ölümü ayrımının tartışma konusu edilmesine karşılık, 1981 yılında ABD Başkanlık Komisyonu Tıbbi ve Biomedikal Etik Problemler Araştırma Komitesinin, "Gerçek ölüm beyin ölümüdür." tespiti yaygın olarak kabul görmüştür. Bu bağlamda dünya çapında genel kabul gören anlayış, beyin ölümü kriteri çerçevesinde şekillenmektedir[270].

(4) Türk Hukukunda Kabul Gören Ölüm Tanımı ve Ölüm Halinin Belirlenmesi

Ölüden organ veya doku alınması konusu, hayati organları da kapsaması, tedavi amacının yanı sıra bilimsel amacı da içine alması ve potansiyel vericilerin daha fazla olması nedenleriyle oldukça önemli bir seçenektir[271]. Bu konu bakımından arz ettiği önem ve yararlar dengelemesindeki hassasiyeti ortaya çıkarması itibariyle en çok tartışılan husus ölüm hali ve ölüm anının nasıl tespit edileceğidir[272].

Türkiye'deki organ ve doku nakli ile ilgili ilk yasal düzenlemelerin yapılması öncesinde, öğretide ve içtihatlarda ölüm hali ile ilgili olarak "biyolojik ölüm" tanımı esas alınmaktaydı[273]. Fakat daha sonra Türk Tabipler Birliğince 1968 tarihinde ve Yüksek Sağlık Şûrasınca 24/11/1969 tarihinde 6293 sayılı kararı ile organ ve doku nakilleri konusunda beyin ölümünün esas alınacağına karar verilmiştir[274]. Yüksek Sağlık Şûrası kararının ilgili kısmı şöyledir: *"(Ölüm) ... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hâkim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamile durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur."*

Ülkemizde beyin ölümü ve ölüden organ nakli konusunda ilk düzenleme 29/05/1979 tarihinde yayınlanan "Organ ve Doku Alınması, Aşılanması ve Nakli

---

[270] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.178-179; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.65; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.292; Benzer görüş için *Bknz.* Erdoğan, **A.g.m.,** s.170; Tepehan, **A.g.e.,** s.4.

[271] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.16; Benzer görüş için *Bknz.*, Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.711 vd.

[272] Algan, **A.g.e.,** s.55; "Ölüm anının tespiti, organ aktarmanın amacına ulaşarak alıcının tedavisine yol açması, hem de verici ölmemişse organ nakli yüzünden vericinin ölümüne sebep olmamak açısından önemlidir." (Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.17).

[273] *Bkz.* Yrg. 1. CD, E.1971/2697, K.1972/3634, K.T.11/8/1972.

[274] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.293; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.372; Algan, **A.g.e.,** s.57; Topcan, **A.g.m.,** s.11-12; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.34; Metin, **A.g.e.,** s.458.

Hakkındaki Kanun" ile yapılmıştır[275]. Nitekim ODNK'nın genel gerekçesinde ölüm anını simgeleyen bir unsur olarak beyin dokusunun ölümü de belirtilmiştir[276].

ODNK'nın "ölüm halinin tespiti" başlıklı 11. maddesi ile, tıbbi ölüm halinin biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği belirtilmiştir[277]. Bu düzenlemenin 6541 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki halinde ölümün tespiti görevi kardiyolog, nörolog, nöroşirürjiyen ile anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanlarına verilmişti. Yine mevcut düzenlemedeki "kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak" ifadesinden önce "bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle" ifadesi yer almakta idi[278]. Bu ifadelerin o dönemde Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan resmi bir kriter bulunmadığından, var olan en güncel gelişmelerin ülkemizde de kullanılması düşüncesiyle tercih edildiği anlaşılmaktadır[279].

Yukarıda açıklandığı üzere, ölüm halinin katılacak iki hekimin oybirliği ile karara bağlanması koşulu getirilmiştir. Bu nedenle hekimlerin oybirliği sağlanmadan veya ilgili hekimlerden birinin katılımı olmaksızın ölümün saptanması mümkün değildir. İlgili hekimler belirlendikten sonra ölüme onay vermeyen hekimin yerine başka bir hekim çağrılmak suretiyle karar alınamaz ve ilgili hekim, olumsuz kanaatini değiştirmedikçe ölüm tespit edilemez[280]. Diğer yandan ölümün tespitinde

---

[275] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.72; Küçük, Karahan, **A.g.e.,** s.328.

[276] ODNK'nın genel gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "*Ölüm anı kavramı bu yönüyle bütün ülkelerde yıllardan beri tartışılmış «Ölüm anında» esas unsurları bugün saptanmıştır. Ölüm anını simgeleyen başlıca iki unsur vardır. 1. Beyin dokusunun ölümü, 2. Solunumun durması. Beyin dokusunun öldüğünü gösterecek en kesin kriter beyin elektroensefalografisinde (EEG) beyin dalgalarının düzleşmesi halidir. Böylece bir hasta beyin dokusunun hayata dönme olanağı kalmadığı kesinlikle anlaşılır. Solunum sistemi dışarıya açık bir sistem olduğu için bazı mekanik araçlarla işler halde tutulabilir. Hastanın kendisi soluyamıyor ise bu araçlar kullanılır. Eğer yukarıda bahsettiğimiz beyin dokusunun ölümü meydana gelmiş ise hastanın tekrar kendi kendine nefes alma fonksiyonu geri dönmez. Mekanik araç hastadan çıkarıldığı zaman solunum durur. Eğer hastanın kalbi o ana kadar kendiliğinden çalışıyorsa aracın hastadan ayrılmasından 2 - 3 dakika sonra durur. Ölüm işte bu andır. O halde şurası açıklıkla ve bütün vicdani endişelerden arınmış olarak söylenebilir ki eğer hastanın (EEG) bulguları düz bir çizgi halinde ise ve mekanik araçlar kullanılmadığı zaman solunum olanak dışı ise bu hasta ölü demektir.*" (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS__/t18/c043/cs __18043070ss 0917.pdf, 09 Mayıs 2019.

[277] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.17; M. Aydın, **Digesta**, s.226; Topcan, **A.g.m.,** s.12.

[278] Köksal, **A.g.e.,** s.108-109; Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.72.

[279] Çil, Görkey, **A.g.m.,** s.72.

[280] Köksal, **A.g.e.,** s.109.

tarafsızlık büyük önem arz etmektedir[281]. Bu bağlamda ODNK'nın 12. maddesi, belirtilen karar verici uzman hekimler arasında alıcının müdavim hekimi ile nakil işleminde görev alması planlanan potansiyel hekimlerin bulunmasını yasaklamıştır[282].

Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı taslağında beyin ölümü, "*beynin kan akımının durması ve beyin sapı reflekslerinin tam ve geri dönüşsüz olarak kaybı ile gerçekleşen ölüm hali*" şeklinde tanımlanmıştır[283].

ONHY'nin "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde Yönetmelikte geçen beyin ölümünün "*tüm beyin ve beyin sapı fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümsüz kaybını*" ifade ettiği[284] belirtildiği gibi, "beyin ölümü" başlıklı 8. maddesi ile, beyin ölümüne Yönetmeliğin Ek-1'nde yer alan kriterler ile Ulusal Organ Nakli ve Bağışı Koordinasyon Sistemi Uygulama Rehberinde yer alan kriterlere uygun olarak biri nöroloji uzmanı veya beyin ve sinir cerrahisi uzmanı, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanı veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği belirtilmiştir. Nitekim, söz konusu Yönetmeliğin Ek 1'inde beyin ölümünün "klinik bir tanı" olduğu ve "tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı anlamına" geldiği ifade edilmiş[285], ayrıca beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar ayrıntılı olarak belirtilmiştir[286].

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ONHY ile Türk Tabipler Birliğinin 1968 tarihli ve Yüksek Sağlık Şûrasının 24/11/1969 tarihli ve 6293 sayılı kararlarında beyin ölümüne üstünlük tanınması ve ODNK'nda da aksi yönde bir hüküm bulunmaması birlikte değerlendirilip anlamlandırıldığında, Türk hukuk sisteminde de *"beyin ölümü"* kriterinin geçerli olduğu sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır[287].

---

[281] Taneri, **A.g.e.,** s.489.
[282] Taneri, **A.g.e.,** s.489; Köksal, **A.g.e.,** s.109-110.
[283] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.27.
[284] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.269.
[285] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.293; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.106.
[286] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.181.
[287] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.443, 443; Yücel, **A.g.m.,** s.682; Algan, **A.g.e.,** s.57; B. Erman, **Tıbbi Müdahale**, s.221; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.114; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.449; Ahmet Nezih Kök, "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler",

Yargıtayın da ODNK yürürlüğe girmeden önceki tarihlerde biyolojik ölüm anlayışı ile paralellik arz eden, bir başka ifadeyle ölüm anı olarak bütün organların durmasını esas alan içtihatları bulunmaktadır[288].

Organ ve doku nakli konusunun Avrupa Konseyi düzeyinde ele alındığı "Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Protokol"de ölümün ne olduğuna dair bir açıklama yapılmamış olmakla birlikte, anılan Protokol'ün 16. maddesinde ölüden organ alınabilmesi için verici kişinin ölü olduğunun kanunlar çerçevesinde belgelenmesi gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle ölüm kriteri konusunda yerinde olarak sözleşmeci devletlerin iç hukuklarına gönderme yapılmıştır[289].

Bu bağlamda, beyin ölümünün gerçekleştiğinin kabulü için aranan belirtiler ise, kabaca, acıya karşı tepkisiz kalma, yüz kaslarının tepkisizliği, göz bebeğinin (*pupillerin*) tepkisizliği, okulosefalik refleks kaybı (*baş hareketi karşısında gözlerin sabit kalmaması*), korneal refleks kaybı (*yaklaşan bir cisme karşı gözkapaklarının refleks olarak kapanmama hali*), kalorik refleks testinin yanıtsız kalması (*kulak içine zerk edilen suya istemsiz tepki vermeme hali*), spontan solunumun durması şeklinde sayılabilir[290].

Belirtilen bu bulgular tetkik edilirken öncelikle hastanın beyin hasarına uğrayıp uğramadığı ve benzer belirtiler sunabilen başka rahatsızlıkları olup olmadığı araştırılmalı, sonraki aşamada beyin ölümünün gerçekleştiğini ortaya koyan yukarıda

---

Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, (13-14 Kasım 2009), İstanbul, 2011, s.217; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.269; "*Karşılaştırmalı hukuk açısından da ölüm anının belirlenmesindeki ölçütün kalp atışı ve solunum işlevlerinin sonlanması değil, beyinciğin, beyinin ve beyin sapının tüm faaliyetlerinin geri dönüşsüz ve tam biçimde kaybı (beyin ölümü) olarak açıklanmaktadır.*", Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.372; Agâh Kürşat Karauz, "Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C:9, S:1, s.352, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489108, Erişim Tarihi: 22 Mayıs 2022.

[288] "*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…*", Yrg. 1. CD, E.1971/2697, K.1972/3634, K.T.11/8/1972.

[289] Köksal, **A.g.e.,** s.105.

[290] Benzer görüş için Bknz. Tepehan, **A.g.e.,** s.7 vd.

da ifade edilen klinik bulgular tespit edilmelidir. Son aşamada ise mevcut tespitleri doğrulayan tıbbi bulguların belirli bir süre devam edip etmediğinin gözlemlenmesi gerekir[291]. Nitekim ONHY'nin "beyin ölümü tanısı" başlıklı Ek-1. maddesinin (6) numaralı fıkrası ile, beyin ölümü tanısı konulan vakalarda, 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 ettiğinin gözlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

Ölüm, yukarıda da ifade edildiği gibi bir anlık olarak meydana gelen, bir ışığın sönmesi gibi bir anda olup biten bir hal veya durum değildir ve bu nedenle de ölümden bir "*süreç*" olarak bahsedilmesi yanlış olmayacaktır[292]. Bu çerçevede ölüm sürecinin hangi andan itibaren geri dönülemez bir noktaya ulaştığının belirlenmesi, ölüm halinin belirlenmesi kadar öncelikli ve hayati niteliktedir. Bu geri dönülemez noktanın aşıldığı an tespit edildikten sonra kalp gibi hayati nitelikteki organların alınması ve nakli diğer şartların da gerçeklemesi ile hukuken mümkün hale gelmektedir. Bahsi geçen geri dönülemez nokta aşılmadan önce yapılan organ veya doku alınması işleminden sonra meydana gelen ölüm neticesinden, bu konuda karar alan ve uygulayanlar sorumlu tutulabilirler[293]. Diğer yandan, alıcının sağlığına kavuşturulması ölüye ait organın işlevini kaybetmeden alınabilmesine bağlı olup, adeta zamanla yarışılan bir süreci gerektirmektedir[294]. Görüldüğü üzere ölüm anının tespitine ilişkin karar son derece hassas dengeler üzerine kurulu hayati bir işlemdir.

Ölüm zamanını tespit bakımından, ilgili testlerin tamamlandığı an, tutanağın düzenlenerek ilk imzanın atıldığı an veya hekimlerin imzalarının tamamlandığı an olarak farklılaşan ihtimallerden hangisinin tercih edileceği tartışma konusudur[295].

[291] Algan, **A.g.e.,** s.59; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.180.
[292] M. Aydın, **Digesta**, s.227; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.65; Köksal, **A.g.e.,** s.41.
[293] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.25.
[294] M. Aydın, **Digesta**, s.227.
[295] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.715; Algan, **A.g.e.,** s.60.

Kanaatimizce ilgili hekimlerin imzalarının tamamlandığı an, ölüm anı olarak kabul edilmelidir[296].

(5) Şüpheli Ölüm Halinde Organ ve Doku Nakli

Doğal olmayan nedenlerle meydana gelen ölüm olaylarında herhangi bir üçüncü kişinin kusurlu davranışının etkili olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Böyle durumlara "şüpheli ölüm" adı verilmektedir.

Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde ise, CMK'nin 159/1. maddesi ile kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler yönünden, durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu tip durumlarda ölüm sebebinin tespit edilebilmesi için kural olarak CMK'nin 87 vd. maddelerinde yapılan düzenlemeye göre otopsi işleminin yapılması gerekmektedir.

Bu durumda beyin ölümü gerçekleşen kimsenin vücudundan otopsi işlemi ve Cumhuriyet Savcısının izni beklenmeden organ veya dokularının alınıp alınamayacağı sorunu gündeme gelmiştir. Bu hususta doktrinde suç delili niteliği taşıyan organların alınamayacağı, bunlar haricindeki organların ise organ naklinin yöneldiği yararın otopsi işlemi ile sağlanacak olana oranla öncelikli olduğu, dolayısıyla "zorunluluk hali"ne ilişkin genel prensipler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak adli makamların izni ve otopsi işlemi beklenmeksizin ölen kişinin vücudundan alınabileceğine dair görüşler dile getirilmiştir[297]. Yüksek Sağlık Şurası tarafından da, adli vaka halinde dahi koşulları bulunması halinde Cumhuriyet Savcısının onayının ve otopsinin beklenmeksizin yapılan organ veya doku naklinin etik ilkelere aykırı olmadığı bildirilmiştir[298].

Yukarıda koşulları açıklanan beyin ölümü gerçekleşen bir kimsenin bedeninden otopsi işlemi ve Cumhuriyet Savcısının izni beklenmeden organ veya

[296] Benzer görüş için *bkz*. Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.715-716; Köksal, **A.g.e.,** s.110.
[297] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.726; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.623; Yücel, **A.g.m.,** s.684; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.31; Köksal, **A.g.e.,** s.133-134.
[298] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.726.

doku alınmasına karar veren ve tıbbi operasyonu gerçekleştiren hekimlerin cezai sorumlulukları yönünden konu ele alındığında, bu durumun zorunluluk haline ilişkin TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Belirtilen bu hüküm çerçevesinde zorunluluk haline ilişkin koşullar "tehlike" ve "korunma" olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmektedir. Tehlikenin ağır ve muhakkak olması, bir hakka yönelmesi, kasten sebep olunmaması, "tehlikeye karşı koyma" konusunda hukuki bir yükümlülük bulunmaması tehlikeye ilişkin koşullardır[299]. Korunma hareketinin hukuk düzeni ile uyumlu ve alternatifsiz olması ile tehlikenin ağırlığı ile orantılı araç veya yöntem içermesi ise korunmaya ilişkin koşullardır[300].

Bu çerçevede ve TCK'nin 25. Maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan koşulların ve özellikle tehlikenin ağırlığı ile korunmada kullanılan araç arasındaki orantılılığın şüpheli ölüm hallerinde organ veya doku alınması ve nakli bakımından gerçekleştiğinin söylenmesi mümkündür. Bir başka ifadeyle şüpheli ölüm halinde suç teşkil etme ihtimali olan bir organ veya dokunun alınması fiili bakımından hal ve koşullara göre kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret nedeni olarak zorunluluk haline ilişkin koşulların gerçekleştiği kabul edilebilir. Zira belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde organ veya doku alınması ve hasta alıcıya nakil yapılmaması halinde alıcı olan kimsenin yaşam riskiyle karşı karşıya olması, otopsiden elde edilecek yararı gölgede bırakacaktır. Kaldı ki herhangi bir fiziksel veya kimyasal dış etkenle tahrip olan ve ölüm sebebinin aydınlatılması bakımından önem arz eden bir organın aynı zamanda başkasına nakledilebilir niteliğini korumakta olması pratikte mümkün olamayacağından, "suçun aydınlatılması-yaşam hakkı" arasında bir

[299] Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.350 vd. (Genel Hükümler); Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 20. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s.284 vd. (Ceza ve Güvenlik Tedbirleri); Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2.bs., İstanbul, Beta Yayınları, Mart 2021, s.530 vd. (Şerh); Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s.230 vd.; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.31.

[300] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.530 vd.; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.286 vd.; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.353 vd.; Kangal, **A.g.e.,** s.230 vd.; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.31.

dengelemeye konu olabilecek bir olayın meydana gelme ihtimalinin de düşük olduğunu değerlendirmekteyiz.

Benzer bir olayla ilgili olarak, Danıştay tarafından, Cumhuriyet Savcısının onayı beklenmeden organ veya doku alınması işlemini gerçekleştiren hekimler hakkında soruşturma izni verilmesi yönünde karar verilmiştir[301]. Danıştay'ın söz konusu kararına konu olayda, Malatya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, ateşli silah yaralanması sonucu ölen maktulün organlarını savcılığın izni olmaksızın aldıkları gerekçesiyle, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalı Öğretim üyelerinden 6 hekim ve görevli hakkında soruşturma yürütmek için üniversite yönetiminden izin istediği, üniversite yönetiminin 10 Ekim 2006 tarihinde bu istemi reddettiği, üniversite yönetiminin kararına karşı yapılan itiraz üzerine Danıştay 1'nci Dairesinin, Cumhuriyet Savcısından izin almaksızın, sadece aile yakınlarından izin alınarak maktulden nakil amaçlı organ alınması olayı ile ilgili olarak soruşturma izni verilmesine karar verdiği görülmektedir[302]. Burada organ veya dokusu alınan ölenin yakınlarının yasal haklarının gözden kaçırılmaması gerektiği gibi, ayrıca soruşturma izni verilmesinin mahkûmiyet kararı anlamına gelmediğine de işaret etmek isteriz. Nitekim, açıklanan olayla ilgili olarak, Danıştay 1'nci Dairesinin soruşturma izni verilmesi kararı üzerine yapılan yargılama sonucunda, Yüksek Sağlık Şurası tarafından Adana'da gerçekleşen benzer bir başka olayda hekimlerin otopsi işlemi ve Cumhuriyet Savcısının iznini beklemeksizin organ veya doku almış olmalarının etik kurallara aykırı olmadığı yönündeki kararı göz önüne alınarak ve bu husus gerekçe olarak kabul edilerek, yargılanan hekimlerin beraatine karar verilmiştir[303].

Yukarıda belirtilen hukuki yarar çatışmasının gerçekleşme ihtimali ne kadar düşük olursa olsun bu konuda karar alma konumunda olan hekimlerin "hastanın yaşamının korunması" ile "cezai yaptırıma maruz kalma riski" arasında seçim yapmak zorunda bırakılmaması ve bunun için organ veya doku alınması ve nakli

[301] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.186; Mustafa Demirer, v.d., "Şüpheli ölüm olgusunda organ nakli; adli tıbbi ve etik sorunlar", **Adli Tıp Bülteni**, 2011, C:16, S:1, s.22; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1323-1324; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.65.
[302] (Çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=12862, Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2021.
[303] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.727.

bakımından şüpheli ölüm hallerinde izlenecek prosedürün basit, pratik, net ve anlaşılır bir şekilde bir hukuk normu ile ayrıca düzenlenmesi önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır[304].

b. Organ veya Doku Alınmasına Rıza Gösterilmesi

İnsan sağlığını ve vücut bütünlüğünü etkileyen her çeşit müdahale temelde kişilik haklarını ihlal eder. Ancak kişinin hayatını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını korumaya yönelik bir tıbbi operasyon, diğer koşullarla birlikte hastanın rızasının varlığı halinde hukuka uygun kabul edilebilir[305].

Ölüden organ veya doku alınabilmesi bakımından, ölümün gerçekleştiğinin tespit edilmesi sonrasında hukuken geçerli rızanın varlığı gerekir. Bu anlamda yukarıda belirtilen kriterler ölüden organ veya doku alınmasına uyarlandığında rızaya ilişkin şart hak sahiplerinin rızasının varlığı biçiminde karşımıza çıkmaktadır[306].

Ölüden organ veya doku alınması potansiyel verici konumundaki ölüye ait cesedin bütünlüğü ve cesedi üzerinde mevcut hakları ile organ ve doku bekleyen hastanın yaşam hakkı arasında bir çıkar çatışmasını beraberinde getirmektedir[307]. Rıza ise, organ veya doku bekleyen hastanın yaşam hakkı ile ölenin cesedi üzerinde mevcut olan hakların dengelenmesinin hukuka uygunluk aracıdır[308].

Bu çerçevede ölüden organ veya doku alınması konusunda ölüm anının tespitinden sonra önem arz eden bir diğer konu, rızanın mevcut olup olmadığı ve bunun nasıl tespit edileceği hususudur. Kişi öldükten sonra rızasının alınması mümkün değildir. Dolayısıyla rızanın ya sağlığında kişinin kendisi tarafından veya öldükten sonra belirli seviyeye kadar yakınları tarafından beyan edilmesi gerekmektedir[309].

---

[304] Benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.728; Hakeri'ye göre; *"yapılacak bir düzenlemeyle, adli tıp uzmanından görüş alınması, nakil işlemi sırasında kayıt yapılması ve adli tıp uzmanının da hazır bulunması gibi şartlarla önceliğin nakle verilmesi gereklidir."*
[305] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.259-260; Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.14.
[306] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.24.
[307] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.32.
[308] Gürbüz, **A.g.e.,** s.172.
[309] Gürbüz, **A.g.e.,** s.179; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.32.

Kişilik ölümle sona erse dahi, kişi ölmeden önce ve kanunların izin verdiği ölçüde ölüme bağlı tasarruflarda bulunmaya ve kendisi öldükten sonra üzerinde hak sahibi olduğu birtakım yarar ve haklara ilişkin yapılacak iş ve işlemleri önceden belirlemeye yetkilidir. Buna karşılık yine kanunlar çerçevesinde kişinin bu yetkisine ölçülülük ilkesine uygun biçimde müdahale edilebilir ve bazı istisnai durumlarda kişinin iradesi ikinci plana alınabilir[310].

Bu çerçevede rıza iradesinin belirlenmesine ilişkin kabul gören modeller ve yine aynı hususta Türk hukukunda geçerli modeller aşağıda incelenecektir.

(1) Rıza İradesinin Belirlenmesine İlişkin Modeller

Kişinin sağlığında bedeninin geleceğini tayin etme hakkı ve ölenin yakınlarının sahip oldukları hakları nedeniyle kural olarak ölenin bedeninden doğrudan organ veya dokusu alınamaz[311]. Bu bağlamda, kişinin sağlığında organ veya doku alınmasına yönelik vermiş olduğu rıza diğer koşulların da varlığı halinde yapılan işlemi hukuka uygun hale getirir.

Ölüden organ veya doku alınması bakımından ölenin veya yakınlarının rıza açıklamasına ilişkin farklı görüş ve modeller ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda kabul gören temelde irade (açık rıza) modeli ve itiraz (varsayılan rıza) modeli olmak üzere iki model bulunmakla birlikte, kimi ülkelerde bunların karması olan modeller de uygulanmaktadır[312].

Öğretide ve uygulamada, rızanın açıklanmasına ilişkin "irade modeli", "itiraz modeli" ve "zaruret modeli" olmak üzere üç değişik modelin benimsendiği görülmektedir[313]. Belirtilen bu modeller arasındaki ayrım basitçe ifade edilmek gerekirse vericinin açık rızasının aranıp aranmaması noktasında belirginleşmektedir. Bu modeller ve nitelikleri aşağıda incelenecektir.

---

[310] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.32; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.179;
[311] Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.122; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.180.
[312] Gürbüz, **A.g.e.,** s.172-173; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.122.
[313] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.342-343; Gürbüz, **A.g.e.,** s.172-173; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.125; B. Erman, **Tıbbi Müdahale**, s.222; Algan, **A.g.e.,** s.65; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.445; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.63.

i. İrade (Açık Rıza) Modeli

Ölen kişinin açıkladığı iradeye öncelik tanıyan irade modelinde, kişinin hayatta iken organ ve doku bağışlayacağına ilişkin beyanını belirli şekil şartlarına riayet ederek ortaya koyması gerekliliği söz konusudur[314]. Ölenin hayatta iken açıkladığı böyle bir rıza iradesi yoksa, bu durumda kişinin karine olarak organ ve dokularını bağışlamadığı kabul edilir ve kural olarak kişinin bedenine müdahale edilemez[315]. Yani ölen kişi hayatta iken açıkça rıza göstermişse organları alınabilir, buna karşılık kişi razı olmadığını açıkça beyan etmemiş olsa dahi kural olarak organları alınamaz.

Bu modelin katı olarak uygulandığı hukuk sistemlerinde, ölenin yakın hısımlarına dahi rıza beyan etme hakkı tanınmamaktadır[316]. Belirtilen katılaştırılmış model, "daraltılmış rıza/irade modeli" olarak da adlandırılmaktadır[317]. Bu model Japonya'da 1997 yılında yürürlüğe giren Organ Nakil Kanunu ile uygulamaya konulmuş, ancak uygulama 2010 yılında yapılan değişiklikle esnetilmiştir[318]. Buna karşılık daha esnek uygulandığı hukuk sistemlerinde, ölen kişinin organ ve dokularını bağışlamayacağı yönünde açık iradesi bulunmadığı takdirde, onun iradesini ikame eden hısımlarının onayı yeterli görülebilmektedir[319]. Belirtilen şekilde esnek uygulanan modele, "genişletilmiş rıza/irade modeli" de denilmektedir[320].

Görüldüğü üzere irade modelinde kişinin sağlığındaki beyanına öncelik verildiğinden, ilk bakılması gereken husus kişinin böyle bir tasarrufunun bulunup bulunmadığıdır. Böyle bir tasarrufu varsa hısımlarına müracaat edilmesi mümkün değildir. Böyle bir tasarruf yoksa o takdirde hukuk sisteminin esnekliğine göre ölenin

[314] Köksal, **A.g.e.,** s.112-113; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.342.
[315] Ertin, Mahmutoğlu, Başağaoğlu, **A.g.m.,** s.926; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.122.
[316] Yeşim M. Atamer, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", **Milletlerarası Hukuk Bülteni,** Prof.Dr. Alsel Çelikel'e Armağan, S:1-2, Y:1999-2000, s.144; Algan, **A.g.e.,** s.66; Gürbüz, **A.g.e.,** s.173.
[317] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.8
[318] Gürbüz, **A.g.e.,** s.173; Atamer, **A.g.e.,** s.144.
[319] Gökcen, **Düşünceler**, s.78; Gürbüz, **A.g.e.,** s.174; Algan, **A.g.e.,** s.65; Köksal, **A.g.e.,** s.113; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.342.
[320] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.8.

yakınlarına müracaat edilerek organ veya doku nakli konusunda rıza alınması mümkün hale gelebilmektedir[321].

Büyük çoğunlukla Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yer alan bu modelin, İspanya, Güney Afrika ve Venezuela'da da benimsendiği görülmektedir[322]. Ayrıca bazı Alman hukukçuları tarafından da savunulan[323] irade modelinin Almanya klinik uygulamalarında yer yer uygulandığı gözlemlenmekle beraber, federal yapıya sahip bir devlet olması itibarıyla eyaletler arasında birtakım farklılıklar ortaya çıkmıştır[324].

Genel tabloya bakıldığında bireysel haklara öncelik veren liberal hukuk sistemlerinin bu modeli tercih ettiği görülmektedir. Ayrıca bu yaklaşımda kişinin hakları üzerindeki tasarruf yetkisi ile ölünün hatırasına duyulan saygının güvence altına alınması konusundaki duyarlılığın da etkili olduğu söylenebilir[325].

Bu model, alıcının menfaatlerinin tamamen göz ardı edilmesi ve ölüm olayının üzüntü ve şoku altında bulunan ölenin yakınlarının böyle bir konuda olumlu veya olumsuz bir karar vermeye zorlanarak psikolojilerinin örselenmesi noktalarından bakıldığında sorunlu görülmektedir[326]. Aynı doğrultuda ölenin ağır yaralandığı veya kimliğinin belirsiz olduğu durumlarda sağlıklı organlarının kurtarılabileceği zaman periyodunda yakınlarına ulaşmanın zorluğu ve hatta imkansızlığı, nakil bekleyen alıcıların aleyhinedir[327]. Son olarak, ölenin nakil için muvafakat verme yetkisini haiz olan yakınlarının pasif tutumlarının kabul olarak

---

[321] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.8; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33; Yücel, **A.g.m.,** s.683; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.64.
[322] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.8; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33; Algan, **A.g.e.,** s.66; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.445-446; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.64; Akıncı, **Cesetten Organ Nakilleri**, s.429.
[323] Algan, **A.g.e.,** s.66; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.445-446; Akıncı, **Cesetten Organ Nakilleri**, s.429; Hans Forkel, "İnsan Vücudunun Parçaları Üzerinde Hukuki Tasarruflar" TrC: Enis Açar, **Ankara Barosu Dergisi,** 1976, S:3, s. 404-408; Horst Trockel, "Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht", **Neue Juristische Wochenschrift,** 1970, s.493 (Nakleden: Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.132).
[324] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.445-446.
[325] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33.
[326] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.126 vd.; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.446; Köksal, **A.g.e.,** s.114; Gürbüz, **A.g.e.,** s.174; Akıncı, **Cesetten Organ Nakilleri**, s.430-431.
[327] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.446; Benzer görüş için Bknz. Gürbüz, **A.g.e.,** s.175.

değerlendirilmemesi de potansiyel alıcılar için olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir[328].

ii. İtiraz (Varsayılan Rıza) Modeli

İtiraz veya varsayılan rıza modelinde ölen kişinin hayatta iken organ ve dokularının alınmasına rıza göstermediğini açıkça beyan etmemiş olduğu durumlarda, zımni bir rızasının bulunduğu varsayılır[329]. Dolayısıyla bu modelde, diğer modellerin aksine kişinin organ veya doku alınmasına rıza göstermediğine dair herhangi bir beyanı olup olmadığı araştırılacaktır[330].

Organ ve doku alınmasına karşı çıkma hakkı kural olarak sağlığında kişinin kendisinde olmakla birlikte, modelin daha esnek uygulandığı bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde ölenin organ veya doku alınmasına açık itirazının bulunmadığı durumlarda, yakınlarına da organ ve doku alınmasına itiraz hakkı verilmiştir[331].

İtiraz modelinde, organ ve doku nakline öncelik veren anlayışın bir sonucu olarak, nakledilebilecek organ çeşitliliği ve sayısında oluşacak artış ile potansiyel alıcıların menfaatleri korunurken, hayattayken nakil konusunda olumsuz irade ortaya konularak öldükten sonra organ ve doku alınmasına karşı çıkma imkânı sağlanmasıyla da vericilerin menfaatleri korunmaktadır[332].

---

[328] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.446.

[329] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33; Algan, **A.g.e.,** s.66; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.446; Yücel, **A.g.m.,** s.683; Köksal, **A.g.e.,** s.115; Benzer görüş için *Bknz*. Metin**, A.g.e.,** s.262.

[330] Ancak diğer yandan organ ve doku nakli sürecinde süratli hareket edilmesi ve bu bağlamda kişinin hukuki durumunun netleştirilmesi gerekmektedir. Kişinin organ veya doku nakli konusunda menfi irade beyanının var olmadığının, bir başka ifadeyle "olmayan bir şeyin olmadığının" tespiti zor ve zaman alabilecek bir işlemdir. Bu bakımdan organ nakli konusunda karar verecek olan tıp görevlilerinin işlerini hızlandıracak ve aynı zamanda hukuki güvenliklerini sağlayacak birtakım tedbirlerin alınması gerekir. Örneğin kişilerin kimlik kartları veya pasaportlarında organ nakline izin vermediklerine dair bir beyan sütunu eklenmesi bir çözüm yöntemi olarak değerlendirilebilir.

[331] Atamer, **A.g.e.,** s.145; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.9; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.33; Gürbüz, **A.g.e.,** s.175; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.446; Köksal, **A.g.e.,** s.115.

[332] Christian Kopetzki, **Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation: Eine systematische Analyse des geltenden Rechts**, (Band 82 der Reihe "Forschungen aus Staat und Recht"), Verlag Springer, Wien/New York, 1988, s.11, (Nakleden: Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.122); Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.342; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.64; *Metin'e göre;* "*Bu sitem vericinin temel haklarına önemli bir saldırı oluşturmakta, alıcının yararına daha uygun düşmektedir.*"; Metin, **A.g.e.,** s.264-265.

Türk hukukunda, vücut bütünlüğünün bozulmasına yol açmayan *kornea* alınması bakımından itiraz modeli ile uyumlu bir düzenleme yapılmıştır[333]. Gerçekten de ODNK'nin 14. maddesinin ikinci fıkrası, aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe *kornea* gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınmasına izin vermektedir.

Varsayılan rıza veya itiraz modeli için Belçika uygulaması iyi bir örnek olarak gösterilmektedir[334]. Belçika dışında Fransa, İtalya, Avusturya, Portekiz, Slovakya, Çekya, Polonya, Rusya, Finlandiya, Norveç, İsveç, Macaristan ve İsviçre'de bu modelin benimsendiği görülmektedir[335].

Belçika'da benimsenen ve uygulanan bu modelde vatandaşın isteğine mutlak öncelik verilmektedir. Kişiler tarafından bağış formları doldurularak sunulan bilgiler şehirlerde bulunan merkezler aracılığıyla ayrı bilişim sistemine sahip "Ulusal Kayıt Merkezi"ne ulaştırılmaktadır. Söz konusu bilgiler yalnızca "Transplantasyon Takımı" görevlilerinin erişimine açık tutulmaktadır. Şayet kişi hayattayken formu imzaladıysa, ölümü sonrasında ailesi karşı çıksa dahi organları alınabilmektedir. Buna karşılık kişi ölmeden önce bağış formu doldurmamışsa, hayattayken organlarını bağışlama konusunda istekli olduğu varsayılmakta olup, ailesinin müsaadesi alınmadan organ nakli yapılması mümkündür. Ölenin ailesinin karşı çıkması halinde organ veya doku alınmasından vazgeçilebilir. Ancak bu ihtimal, yetkili kişilere ölenin ailesini organ veya doku alımından haberdar etme konusunda kanuni bir yükümlülük yüklenmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bu uygulama ile Belçika nüfusu neredeyse tamamen tabi organ ve doku bağışçısı statüsünde kabul edilmektedir. Askere gitmek hangi düzeyde bir vatan hizmeti olarak kabul ediliyorsa,

---

[333] Doğan Soyaslan, "Organ Nakilleri", **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s.340 (Organ Nakilleri).
[334] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.10; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.137.
[335] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.183; Thomas Cartens, "Das Recht der Organtransplantation", **Juristen Zeitung**, Frankfurt am Main u.a., 1978, s.106, (Nakleden: Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.133); Algan, **A.g.e.,** s.67; Atamer, **A.g.e.,** s.146; Ekrem Kurt, "Organ Naklinde Modeller", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu** (13-14 Kasım 2009 İstanbul), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.242; Köksal, **A.g.e.,** s.115; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.64.

bu modeli savunanlara göre, organ ve doku bağışının da aynı düzeyde bir vatan hizmeti olarak kabul edilmesi gerekmektedir[336].

Aynı şekilde ABD hukukunda 1968 tarihli Tek Tip Organ Bağışı Kanunu (*Uniform Anatomical Gift Act*)'na göre ölen kişinin organ bağışı konusunda yazılı bir irade açıklamasının bulunmadığı durumlarda yakınlarının onayı aranmamakta, organ ve dokularını bağışladığı varsayılmaktadır. Eğer kişi öldükten sonra organlarının başkasına nakledilmesini istemiyorsa, bu takdirde bunun imzalı ve açık bir ret ile belgelenmesi gerekmektedir[337].

İtiraz modeli, ölünün yakınlarının ölüye saygı duyulması hususundaki yararları ile alıcının yaşamının kurtulmasının vicdani sorumluluğu arasında sıkışmalarına neden olması ve kişilere nakil yapılması konusunda bir karşı çıkma ödevi yüklenmesi bakımından haklı eleştirilere konu olmaktadır[338].

iii. Zaruret (Zorlama) Modeli

Zaruret modelinde, ölenin veya yakınlarının iradesine bakılmaksızın, hatta bazı durumlarda onların açıklanmış iradelerinin aksine ölüden organ veya doku alınması mümkündür[339]. Bu modelde alıcı hastanın sağlayacağı faydaya ağırlık verilerek, ölenin bedenine yönelik "sınırsız" müdahale alanı sunulmaktadır[340]. Bu şekilde, ölüm sonrası bireyin kişilik haklarına dair korunmadan vazgeçme yükümlülüğü bulunduğuna dair bir kabul ortaya çıkmakta ve bu kabul, ölünün bedenine rıza alınmaksızın yapılan müdahaleye dayanak teşkil etmektedir[341]. Bu modelde zihinsel bir terazinin ayrı kefelerine konulan verici ile alıcının menfaatleri

[336] Ertin, Mahmutoğlu, Başağaoğlu, **A.g.m.,** s.927.
[337] Verheijde, Rady, McGregor, (Çevrimiçi) https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2001294/, Erişim Tarihi: 18 Eylül 2021.
[338] Metin, **A.g.e.,** s.263-264; Gürbüz, **A.g.e.,** s.176-177; Algan, **A.g.e.,** s.67; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.133; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.447.
[339] Algan, **A.g.e.,** s.67; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.447; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.10; Yücel, **A.g.m.,** s.684; Köksal, **A.g.e.,** s.117.
[340] Yücel, **A.g.m.,** s.684; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.64.
[341] Kopetzki, **A.g.e.,** s.10, (Nakleden: Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.132); Ziroğlu, **A.g.e.,** s.64.

karşılaştırılarak, ağır bastığı düşünülen alıcının menfaatine mutlak bir üstünlük tanınmaktadır[342].

İran'da 1998 yılında kabul edilen düzenlemeyle bedel karşılığı böbrek bağışının önü açılmıştır. Bu bedel bir ücret olarak değil, bağışlayıcı için "sosyal bir hediye" olarak görülmektedir. Söz konusu işlem yalnızca İran vatandaşları arasında gerçekleştirilmektedir. Bu sınırlama ile İran'ın bir organ ticareti merkezine dönüşmesinin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır[343]. İran'da uygulanmakta olan bu model ülkemizde de zaman zaman gündeme gelmekte ve tartışılmakla birlikte, tıbbi etik organ nakli konusunda maddi karşılığı reddetmektedir.

Avrupa ülkelerinde izlerine pek rastlanmayan bu modele, 1982 yılında Avusturya'da kabul edilmiş olan Sağlık Kurumları Kanunu'nda (Gesetz über Gesundheitseinrichtungen) yer verilmiştir[344]. Aynı şekilde Bulgaristan'da Avrupa Birliğine üyelik tarihi olan 2007 yılına kadarki belirli bir dönemde zaruret modeli uygulanmış ise de, belirtilen tarihten sonra Avrupa normları ve insan haklarına ilişkin müktesebat ile uyumsuz olan bu modelden vazgeçilmiş ve bunun yerine itiraz modeli benimsenmiştir[345].

Türk hukukunda ise, bu sistem ODNK'nın 14. maddesinin dördüncü fıkrası ile kaza veya doğal afet nedeniyle vücutta oluşan ağır bir harabiyet sonucunda ölen kişinin organlarının alınması bakımından kabul edilmiştir[346].

Söz konusu bu model, organ veya doku bekleyen alıcılar için oldukça ileri bir kazanım sunmakla birlikte, özellikle mutlak olarak uygulandıkları hukuk sistemlerinde insanların öldükten sonra bedenleri üzerinde tasarruf haklarını hiçe sayması nedeniyle doktrinde, temel hak ve özgürlüklere müdahale rejimi ve müdahalenin meşruluğunun denetimi bakımından yeterli güvenceler sağlamadığı[347]

[342] Algan, **A.g.e.,** s.67-68; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.447; Köksal, **A.g.e.,** s.118.
[343] Ertin, Mahmutoğlu, Başağaoğlu, **A.g.m.,** s.927-929.
[344] Algan, **A.g.e.,** s.68; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.129.
[345] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.10.
[346] Gökcen, **Düşünceler**, s.79-80; Gür, **A.g.e.,** s.5; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.185; Yücel, **A.g.m.,** s.684.
[347] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.32; Atamer, **A.g.e.,** s.143-144; Algan, **A.g.e.,** s.67-68.

ve ölçülülük ilkesi ile çatıştığı gibi, organ nakillerini artırma amacına ulaşmada da etkili bir yöntem olmadığı[348] eleştirileri getirilmektedir.

(2) Türk Hukukunda Kabul Gören Model

Ülkemizde yukarıda bahsedilen modellerden temel olarak "irade (açık rıza) modeli" kabul edilmiş olmasına karşılık[349], istisnai olarak "zaruret modeli"ne de yer verilmiş olduğu, vücut bütünlüğüne etkisi bulunmayan kornea nakilleri gibi hususlar bakımından ise "itiraz modeli"ne yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla ülkemizde kabul gören modelin karma nitelikte olduğu söylenebilir.

i. Ana Kural: İrade Modeli

Ölüden organ veya doku alınması bakımından Türk hukukunda kabul gören temel model irade (açık rıza) modelidir. Bu madelde ölen kimsenin sağlığında açıklamış olduğu rızasına öncelik verilmektedir.

Bu anlamda, ölen kimsenin açık rızasına ilişkin irade açıklaması, kendisi öldükten sonra organ veya dokularının alınmasına ve başkasına nakline izin verdiğine ilişkin tek yanlı irade beyanını içeren hukuki işlemle vücut bulur. Bu işlem resmi ve yazılı bir vasiyetname şeklinde veya irade beyanını iki tanık huzurunda açıkladığının bir tutanağa bağlanması şeklinde yapılabilir[350].

Bu bakımından öldükten sonrasına ilişkin organ bağışının bir vasiyet niteliğinde olduğu kabul edilmektedir[351]. Ölenin sağlığında ölümü sonrasında bedeninden organ veya doku alınabileceği yönünde açık rızasının bulunduğu durumda ölenin yakınlarından izin alınmasına gerek olmadığı gibi, bu kapsamdaki kişilerin, yani ölenin yakınlarının organ nakline karşı itirazları da herhangi bir sonuç

---

[348] Gürbüz, **A.g.e.,** s.177; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.68.
[349] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.447 ve 448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.11; Yücel, **A.g.m.,** s.683.
[350] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.344; Algan, **A.g.e.,** s.68-69; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.25; Köksal, **A.g.e.,** s.119.
[351] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.35; Zafer Zeytin, "Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları**, **I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı** İstanbul, 2007, s.260; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.12.

doğurmayacaktır[352]. Vericinin organ veya dokularının öldükten sonra alınmasına izin verdiğine ilişkin iradesini sözlü olarak açıklamasının geçerli olabilmesi için kişinin vasiyette bulunma ehliyetine sahip olması yeterli olup, sözlü vasiyete ilişkin şartlar aranmamaktadır[353]. Vasiyetname yoluyla yazılı veya iki tanık huzurunda sözlü olarak organ veya doku bağışlayan kişinin ölümü halinde, yakınlarının bu tasarrufa uygun hareket etmeleri gerekmektedir[354].

Yukarıda belirtilen şekil şartlarını sağlayan bir organ bağışı bulunmadığı takdirde ise ölenin yakınlarının rızasının alınması gerekecektir[355]. Bu bağlamda, belirtilen şekil şartları sağlanmaksızın düzenlenen organ bağış kartlarına dayanılarak ölüden organ veya doku alınmasının hukuka uygunluğu hususunda farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bir kısım yazarlara göre böyle bir durumda ölünün bedeninden organ veya doku alınması hukuken mümkün değildir[356]. Diğer bir kısım yazarlara göre ise bu durumda ölünün bedeninden organ ve doku alınması hukuken mümkündür[357]. Kanaatimizce böyle bir durumda, eğer organ ve doku bağış kartı şekil şartlarını barındıracak biçimde ve usulüne uygun tanzim edilmiş ise, bunun ölenin hayattayken ortaya koyduğu iradesinin/rızasının somut belgesi olması itibariyle geçerli ve hukuka uygun rızanın varlığını kabul etmek gerekir ve bu nedenle ölünün bedeninden organ ve doku alınabilir. Diğer yandan, ODNK'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kişinin hayattayken, ölümü sonrasında kendisinden organ veya doku alınmasına karşı olduğunu beyan etmesi halinde ise, öldükten sonra bu kişinin bedeninden organ veya doku alınması mümkün değildir[358].

Rızanın sıhhati şekle tabidir. Bir başka ifadeyle kişinin rızası, resmî veya yazılı bir vasiyetnameyle yahut iki tanık huzurunda açıklanmadıkça geçerli kabul

---

[352] Algan, **A.g.e.,** s.68; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.18; Köksal, **A.g.e.,** s.119.
[353] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.18; Teoman Akünal, "2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, MHAUM, İstanbul 1983, s.24-25.
[354] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.18.
[355] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.18; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.11,25.
[356] Algan, **A.g.e.,** s.69; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.35; Ünver, **Vaka/Soru**, s.204.
[357] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.12 ve 25; Köksal, **A.g.e.,** s.121.
[358] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64.

edilemeyecektir[359]. Ayrıca yukarıda yaşayan kişiden organ veya doku nakline ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gereklidir[360].

Kişinin ölmeden önce organ veya doku alınması konusunda vermiş olduğu belirtilen şekil şartlarını taşıyan bir rıza beyanı bulunmadığı veya bir beyan olmakla birlikte "rıza" ihtiva ettiği konusunda tereddüt oluşturan bir muğlaklık mevcut olduğu takdirde, ODNK'nın 14. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen sıraya uygun olarak, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir[361].

Kanun metnindeki "sırasıyla" ifadesinden anlaşıldığı üzere rıza beyanı konusunda ölenin yakınları arasında bir önceliklendirme sıralaması yapılmış olup, ölenin bu sıralamada daha önce bulunan bir yakını mevcut olduğu takdirde o yakının beyanı esas alınacak ve sonrakilerin rıza konusundaki beyanları sorulmayacaktır[362].

ODNK'nın 14. maddesinde "ölüm anında yanında bulunan" ifadesine yer verilmesinin bir amacının da rızası alınacak yakınların sayısını mümkün olduğunca sınırlamak suretiyle, süreci hızlandırmak ve olası organ veya doku teminine yönelik gecikmelerin önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır[363].

ODNK'nın 14/1. maddesinde belirtilen yakınların sayısının birden fazla olması halinde oybirliğinin şart olduğunu savunan yazarlar[364] olduğu gibi, kişinin

---

[359] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.35.

[360] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.35; Doğan Soyaslan, "Organ, Doku Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu** (17 Kasım 2006), İstanbul 2007, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1, s.130 (Değerlendirme); Bağış kartlarının geçerliliği konusunda *M.Aydın* şu ifadelere yer vermiştir: "*Kişinin yaşarken rıza göstermesi konusunda ... önemli bir problem de bağış kartlarının geçerlilik taşıyıp taşımadığı konusunda karşımıza çıkmaktadır. Bağış kartları Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda belirtilen şekil şartlarını taşıyıp taşımadığı için geçerli olmayacaktır.*", M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.35.

[361] Algan, **A.g.e.,** s.69; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.25; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.185; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.121-122.

[362] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.344; benzer görüş için *bknz.* Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.69; Metin, **A.g.e.,** s.459; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.18-19; Köksal, **A.g.e.,** s.122; Öğretide ölenin eşinin, reşit çocukları ile aynı sırada olmak yerine öncelikli olması eleştirilmektedir; Algan, **A.g.e.,** s.69.

[363] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.19; Metin, **A.g.e.,** s.459; Algan, **A.g.e.,** s.69; Köksal, **A.g.e.,** s.122.

[364] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.159; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.19; Algan, **A.g.e.,** s.69; Taşkın, **A.g.e.,** s.129; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.377; Hakeri, **Kıbrıs**, s.135; Ölenin ölüm anında yanında bulunan reşit çocuklarının tamamının rızasının alınması gerektiği düşüncesine yönelik olarak *Bkz.* Köksal,

yakınlarından bir ya da birkaçının rızasının yeterli olacağı görüşünde olan yazarlar[365] da mevcuttur. Kanaatimizce Kanun maddesinde kullanılan "birisinin" ve "herhangi bir yakınının" şeklindeki tekil ifadeler dikkate alındığında, ölenin ölüm anında yanında bulunan 14. maddedeki sıralamaya göre öncelikli yakınlarından birinin organ veya doku alınmasına ilişkin olumlu irade beyanı yeterli görülmelidir. Bu koşullar altında aynı kategorideki diğer yakınların (örneğin ölüm anında ölenin yanında bulunan diğer çocuklarının) beyanının alınmasına gerek olmadığı gibi, bunlardan birinin organ veya doku alınmasına açıkça itiraz etmesinin de bir önemi olmamalıdır. Diğer yandan Kanun'da "ana veya babası" denmiş olması nedeniyle bunlardan birinin ve "kardeşlerinden birisinin" denmiş olması nedeniyle ölenin kardeşlerinden birisinin organ veya doku alınmasına rıza göstermiş olması yeterlidir.

Anılan Kanun maddesindeki ifadede geçen "yakın" kavramı gereken netliğe sahip değildir. Hısımlığın bu kavrama dahil olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık ölenin hısımlarının yanı sıra ölüm olayı sırasında yanında bulunan arkadaşı veya komşusu gibi aralarında manevi bağ olan, ölen kişinin değer verdiği ve ölen kişiye değer veren kişilerin de "yakın" kavramına dahil olduğu yönündeki görüşlerin yerinde olduğu kanaatindeyiz[366].

ODNK'da kanuni mirasçı kategorisine giren hısımlar sayıldıktan sonra tamamlayıcı olarak "veya bunların dışındaki diğer mirasçılar" ifadesi yerine özellikle "herhangi bir yakını" ifadesine yer verilmesi göstermektedir ki, ölüm anında ölenin yanında olsa dahi, ölen ile manevi bağları tartışmalı olan mirastan yoksun bırakılmış

A.g.e., s.123.

[365] Metin, **A.g.e.,** s.459; Algan, **A.g.e.,** s.69; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.344

[366] Benzer görüş için *bknz.* Soyaslan, **Değerlendirme**, s.131; Gökcen, **Düşünceler**, s.77; Metin, **A.g.e.,** s.458; Reşat Atabek, İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar, **İHFM**, 1935, S:2, Y.1, s.195; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.20; Köksal, **A.g.e.,** s.124; "*ODNK hükümlerinin geneline bakıldığında, organ veya doku naklinde rıza olgusunun mevcudiyetinin kanun koyucu tarafından önemsendiği, öte yandan organ ve doku naklinin önündeki engellerin de mümkün olduğunca ortadan kaldırılarak kolaylaştırıcı bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Öğretide meseleye bu çerçeveden bakan yazarlar, ölenin rızasının alınamamış olduğu durumlarda onun yerine rıza vermeye yetkili kişiler arasında görüş ayrılığı bulunması halinde organ veya doku nakline muvafakat veren yakının görüşünün esas alınması gerektiği görüşündedir.*", M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.37.

veya mirastan ıskat edilmiş olan bir kanuni mirasçının organ veya doku alınması konusundaki irade açıklamasına bir değer atfedilmesi mümkün değildir[367].

ii. İstisnai Kural Olarak İtiraz Modeli (Cesette bir değişiklik oluşturmayan dokular yönünden)

Organ veya doku naklinde rıza olgusunun belirlenmesi konusunda hukuk sistemimizde temel kural irade modeli olmakla birlikte, olağanüstü durumlarda ve planlanan müdahalenin ölünün dış görünüşüne zarar vermeyecek nitelikte olması durumunda hukuki çerçeve *itiraz modeline* doğru genişletilmiştir[368]. ODNK'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasıyla aksi yönde bir vasiyetname sunulmadığı müddetçe kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınabileceğine dair kurala yer verilerek tipik bir "itiraz modeli" örneği ortaya konulmuştur[369]. Görüldüğü üzere, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınmamasını isteyen kişilerin bu konuda pasif bir tutum sergilemeleri yeterli olmayıp, böyle bir işleme razı olmadıklarını bildirmeleri gerekmektedir[370].

Bu koşullar altında ölenin yakınlarının rızası aranmaksızın anılan kategoriye dahil dokuların cesetten alınması mümkündür. Ölenin yakınları böyle bir işlem yapılmadan evvel açıkça itiraz ettikleri takdirde ne yapılması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce böyle bir itiraz, belirtilen nitelikteki dokuların nakil amacıyla alınmasına engel teşkil etmemelidir. Zira ODNK'nın 14. maddesinin ikinci fırkasındaki "veya beyan" ibaresinin 02/01/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 42. maddesi ile yapılan değişiklik ile Kanun'dan çıkarılmasının kanun koyucunun

---

[367] Benzer görüş için *bkz*. Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.20.

[368] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.36; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.25; Köksal, **A.g.e.,** s.126.

[369] Metin, **A.g.e.,** s.460; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.21; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.26; Yücel, **A.g.m.,** s.683; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.128; Diğer yandan, fıkranın değişiklikten önceki hali "*Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*" şeklindedir. 2/1/2014 tarihinde kabul edilen 6514 sayılı Kanun'un 42. maddesi hükmüyle, fıkradaki "*veya beyan*" ifadesi "*ibraz edilmedikçe*" olarak güncellenmiştir. Ancak bu şekilde cümlenin yapısı bozulmuş ve "*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe **yoksa**, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*" şeklinde bir ifade ortaya çıkmıştır. Burada kaldırılmak istenenin "*veya beyan yoksa*" ifadesi olduğu ve bu durumun yasama sürecinde fark edilemeyen maddi bir hatadan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

[370] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Benzer görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.460.

bilinçli bir tercihi olduğu, bu değişiklikle aksine vasiyet olmayan durumlarda ölenin yakınlarının doku nakli sürecine müdahil olmalarının engellenmek ve bu konuda oluşabilecek tereddütlerin bertaraf edilmek istendiği anlaşılmaktadır[371].

Diğer yandan, ODNK'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ise, kişinin hayattayken ölümünden sonra bedeninden organ veya doku alınmasına karşı olduğuna ilişkin açık iradesinin bulunduğu durumda organ ve doku alınmasını yasaklamaktadır[372].

iii. İstisnai Kural Olarak Zaruret Modeli (Kaza ve Doğal Afet Nedeniyle Harap Olmuş Cesetler Yönünden)

ODNK'nın 14. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle ölen bir kimsenin yanında 14. maddenin birinci fıkrasında sıralanan yakınları bulunmadığı takdirde ve tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. maddede sayılan hekimlerce[373] düzenlenecek raporla belgelenmesi koşuluyla ölenin zarar görmemiş organ ve dokuları, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın alınabilir ve nakledilebilir[374]. Bu düzenleme bir istisna olarak zaruret modelinin özelliklerini barındırmaktadır[375].

---

[371] Gerekçesi bilinmemekle birlikte benzer görüş için *bkz*. Köksal, **A.g.e.,** s.127.
[372] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.26; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64; Ekici, Şahin, **A.g.e.,** s.347.
[373] Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrası "*11 inci maddede belirlenen hekimler kurulu*" ifadesini içermektedir. Ancak 11. madde 2014 yılında kabul edilen 6514 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış ve önceki hükümdeki dört kişiden oluşan "*hekimler kurulu*" yerini iki hekime bırakmıştır. Buna rağmen 14. madde metninde muhafaza edilmeye devam edilen "*hekimler kurulu*" ifadesi iki kişiden fazla bir sayıya işaret edildiği intibaını oluşturduğundan, yukarıda bahsi geçen ifadenin "*11 inci maddede belirlenen hekimler*" şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.
[374] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.21 ve 22; Gökcen, **Düşünceler**, s.79-80; Gür, **A.g.e.,** s.5; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.13 ve 27; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.185; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64-65; Yücel, **A.g.m.,** s.684; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.128; Kızılarslan, **A.g.m.,** s.1015.
[375] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.13 ve 26.

Kanun maddesinde geçen "ivedilik" ve "tıbbi zorunluluk" ifadelerinin "zaruret hali" ne delalet ettiği anlaşılmaktadır[376]. Bu itibarla, alıcı hastanın hayatı "ancak" ve "bir an önce" organ veya doku nakli yapılması halinde kurtarılacaksa vasiyet veya rıza aranmayacaktır[377]. Ancak 14. maddenin birinci fıkrasında sıralı olarak verilen yakınlarından biri ölenin yanında ise, bu takdirde rızasının alınması gerekecektir.

ODNK'nın 14. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle ölen kişilerle, sair nedenlerle ölen kişiler arasında kişilik haklarına saygı bağlamında ve herhangi bir geçerli dayanak bulunmaksızın ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[378].

C. Hayvandan Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku nakli kapsamında farklı bir başlık oluşturan *xeno transplantasyon,* "dış transplantasyon" olarak tanımlanmaktadır. Yunanca kökenli ve yabancı anlamına gelen "xeno" kelimesinden türetilmiş olan *xeno transplantasyon* farklı türler arasında organ ya da doku naklini tanımlamakta kullanılan bir ifadedir[379]. Verici olarak hayvanları kullanmak olarak açıklanabilir. Doğru *rekombinasyon*[380] ve *ekspresyon*[381] ile genetik olarak değişime uğratılmış hayvanlar tarafından üretilen organların insanlara naklidir.

Günümüzde diyaliz gibi yaşamı uzatıcı tedaviler ve organ nakli yoluyla alınan başarılı sonuçlar organ bekleyen hastaların sayısını artırırken, yeterli sayıda organ bulunamaması karşısında sırada bekleyen binlerce hastanın göz göre göre yaşamlarını yitirmesi dikkate alındığında, nakil için bekleyen hastaların hayatta kalmalarını sağlamanın tıbbi açıdan güçlüğü, tedavilerin ekonomik boyutu yanında hayatlarını kaybetmelerinin yakınları üzerinde yarattığı sosyal etkiler, işgücü ve

[376] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.449.
[377] Gürbüz, **A.g.e.,** s.178-179; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.449.
[378] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.23; Köksal, **A.g.e.,** s.128-129.
[379] Köksal, **A.g.e.,** s.48; Gürbüz, **A.g.e.,** s.57-58.
[380] Rekombinasyon: Yeniden birleştirme, iki ayrı DNA molekülünün birleşerek yeni DNA molekülü oluşturması.
[381] Ekspresyon: Gen üzerinde yer alan genetik veriden hareketle, protein gibi bir gen ürününün oluşturulması süreci, gen ifadesi.

diğer ekonomik kayıplar araştırmacıları farklı kaynaklara ve yeni yöntemler geliştirmeye yönlendirmiştir. Bunlardan biri de hayvandan insana organ veya doku naklidir. Hayvandan insana organ veya doku nakli uzunca bir süreden beri bilim insanlarının üstünde çalıştıkları, yarım asırdan bu yana da ciddi denemeler yaptıkları ve görece başarılı sonuçlar aldıkları bilimsel bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır[382].

Yakın zamanlara kadar hayvandan insana organ veya doku nakli gerçekleştirilemiyor olmakla birlikte, bu kapsamda bilim çevrelerince ifade edilen en büyük engel olan insan bünyesinin organ veya dokuyu reddetmesi vb. bağışıklıkla ilişkili sorunların önemli bir bölümünün yakın bir zamanda çözüme kavuşturulması halinde türler arası organ veya doku naklinin de mümkün hale gelmesi beklenmekteydi[383]. Nitekim 2021 yılının Ekim ayında NYU Langone Health Eğtim ve Araştırma Merkezi'nde genetiği değiştirilmiş bir domuzun böbreği başarılı bir şekilde insan vücuduna ilk kez nakledilmiştir[384]. Yukarıda anılan insan bünyesinin organ veya dokuyu reddetmesi gibi bağışıklıkla ilişkili sorunların önlenmesi ise, domuz hücrelerinde bulunan ve insan vücudunun kabul etmediği bir glikan molekülünün genetiği değiştirilerek domuz hücresinden çıkarılması sayesinde aşılmış oldu. Her ne kadar operasyon beyin ölümü gerçekleşmiş bir hastanın vücuduna bacaktaki kan damarlarına bağlanarak böbreğin vücudun dışında tutulması ile gerçekleşmiş ise de, organın vücudun dışında fonksiyonlarını gerçekleştirebilmiş olmasının vücudun içinde de çalışabileceğine dair güçlü bir sinyal olduğunun operasyonu yapan uzmanlarca ifade edilmiş olması bu alandaki en önemli sorunun artık geride kaldığına işaret etmektedir.

Ne var ki her hayvan türü *xeno transplantasyona* elverişli değildir. Tercih edilecek hayvan türünün anatomisi, fizyolojisi ve genetik özelliğinin insana yakınlığı, laboratuvar şartlarında üretim kolaylığı, bulaşma riski olan hastalığın bulunmaması, ilgili hayvan türünün kullanımının ahlaki yönden uygunluğu ile din,

[382] Esin Karlıkaya, İnci Hot, "Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin (Xeno transplantasyon) Etik Boyutu", **Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi,** 2007, s.170.
[383] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.54.
[384] (Çevrimiçi) https://www.bbC:com/news/health-58993696, 21 Ekim 2021.

kültür vb. sebeplere dayanan bir engelin bulunmaması *xeno transplantasyonda* başarı sağlanması bakımından önemlidir[385].

Kolaylıkla üretilebilen evcil hayvanlar olan domuzların anatomi ve vücut fonksiyonları açısından insanlara çok benzemeleri ve genetik modifikasyona uyum sağlayabilmeleri nedeniyle organ ve doku nakli için en uygun insan dışı kaynak oldukları kabul edilmektedir. Yukarıda yer verilen böbrek nakline ilişkin cerrahi başarı da bu hususu doğrulamaktadır. Buna karşılık, araştırmacılar, sponsorlar ve geniş çapta bir toplum kitlesi, taşıdıkları yüksek enfeksiyon riski nedeniyle maymunların *xeno transplantasyona* uygun olmadığı görüşünde hemfikir oldukları gibi, maymunların diğer hayvanlara göre daha zeki canlılar olmalarına bağlı olarak, sosyal ve davranışsal gereksinimlerine laboratuvar koşullarında yanıt verilmesinde yaşanan zorluklar nedeniyle nakil için kullanılmaları etik açıdan da uygun bulunmamaktadır[386]. Diğer yandan, domuzdan elde edilen maddelerin islam ve musevi inançlarında yasak olması nedeniyle, çoğunlukla belirtilen dinlere mensup insanlar bu hayvanın organ veya dokusunun nakline yanaşmamakta ve bu bağlamda domuzdan organ veya doku nakli tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır[387].

Konu ülkemiz yönünden ele alındığında, temel düzenleme olarak karşımıza çıkan ODNK'de hayvandan insana organ veya doku nakline ilişkin düzenleme mevcut olmayıp, yalnızca insandan insana organ veya doku naklinin hukuki çerçevesi çizilmiştir[388]. Bu itibarla, Türk hukukunda hayvanlardan insanlara organ veya doku nakledilmesini engelleyen bir düzenleme bulunmadığından, tıbbi müdahaleye ilişkin genel koşullara uyulması şartıyla, *xeno transplantasyonun* hukuken mümkün olduğu söylenebilir[389]. Dünyada ise, bazı ülkelerde hayvandan insana organ veya doku nakline ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmış olduğu görülmektedir. Nitekim, İsviçre'de ve ABD'de 1996 yılında, İspanya'da 1997 yılında

[385] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.54-55; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.188.
[386] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172; Köksal, **A.g.e.,** s.49-50.
[387] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172.
[388] Köksal, **A.g.e.,** s.55; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746; Gürbüz, **A.g.e.,** s.58.
[389] Gürbüz, **A.g.e.,** s.58; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.55.

ve Hollanda'da 1998 yılında komisyon kararı ile hayvandan insana yapılacak organ veya doku nakillerinin etik açıdan onaylanmış olması buna örnektir[390].

Bu kapsamda meselenin hayvan hakları yönünden de ele alınmasında yarar vardır. 24/6/2004 tarihli ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*hayvanların, yaşadıkları sürece, tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez.*" Görüldüğü üzere ölmüş bir hayvanın organ veya dokusunun alınmasına yönelik engelleyici bir düzenleme mevcut değildir[391]. Buna karşılık anılan Kanun hükmü, yaşayan hayvanların "tıbbi amaç" haricinde organ ve dokularının alınmasını yasaklamıştır[392].

Yaşayan hayvanlar yönünden Kanun'da yer verilen "tıbbi amaç" kavramı ile neyin kastedildiği ile ilgili olarak, öncelikle hayvanların kendilerine yönelik tıbbi müdahaleleri ve dolayısıyla organ veya doku alımını kapsadığı anlaşılmaktadır[393]. Bunun dışında kanun koyucunun belirtilen hükmü ihdas ederken hayvanlardan insanlara organ ve doku naklini hesaba katıp katmadığı açıkça anlaşılamamaktadır. 14.07.2021 tarihli ve 7332 sayılı kanun ile 5199 sayılı kanunda yapılan değişiklikler kapsamında da bu konuda bir gelişme olmamıştır. Ancak Kanun'un lafzı yönünden değerlendirildiğinde bir insanın iyileştirilmesi amacını taşıyan tıbbi operasyonları kapsamadığı, bir başka ifadeyle söz konusu düzenleme ile hayvandan organ veya doku naklinin yasaklandığı sonucuna varılabilir. Bu yasağa aykırı davranış durumunda ise Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca idari yaptırım uygulanabilecektir[394]. Fakat böyle bir durumda, insan yaşamının kurtarılması amacı çerçevesinde oluşan "zorunluluk haline dayanılarak" bu

[390] Koçak Süren, **A.g.m.,** s.188; Gürbüz, **A.g.e.,** s.58.
[391] Gürbüz, **A.g.e.,** s.59; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.23; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.55; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746.
[392] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.23; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.55-56; Gürbüz, **A.g.e.,** s.59.
[393] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.56; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746-747; Gürbüz, **A.g.e.,** s.60; *Sert-Cihan* tarafından, *HHK'nın 8/2. maddesinin lafzında ve ruhunda böyle bir sınırlama bulunmadığı, maddede hayvanlardan organ veya doku alınmasının koşullarının düzenlendiği, insana mı yoksa hayvana mı nakledileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmadığı, düzenlenmeyen bu hususta diğer kanunlarla çelişki olmaması, ahlaka ve adaba aykırı olmaması halinde ise belirtilen hususta serbestlik olduğu sonucuna ulaşılacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir:* Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.23-24.
[394] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.747.

kapsamdaki fiili işleyen kişiye ceza verilmemesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir[395]. Bu görüş doğrultusunda, TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fırkasında düzenlenen zorunluluk haline ilişkin müessese 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fırkasının (b) bendi ile aynı Kanun'un 12. maddesindeki "*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır*" hükmü gereğince, Hayvanları Koruma Kanunu'nda kabahat olarak tanımlanan fiiller için de geçerli olduğundan, anılan Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki cezanın uygulanması mümkün değildir[396]. Kaldı ki, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin üçüncü fıkrasında, başka bir seçenek bulunmayan hallerde hayvanların bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılmasına izin verilmekte olup, bir insanın hayatının kurtarılması için hayvandan organ veya doku alınmasının da kıyasen bu madde kapsamda değerlendirilmesi mümkündür[397].

Bir diğer görüş ise, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8. maddesi çerçevesinde bir hayvana ait organın diğer hayvana nakil maksadıyla alınabilmesi karşısında, aynı işlemin kıyasen insana nakil amacıyla yapılamaması için bir neden bulunmadığı yönündedir[398]. Bu çerçevede hayvanlardan insanlara yönelik tıbbi amaçlı organ veya doku nakline hukuken bir engel bulunmamaktadır[399].

---

[395] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746.

[396] Türk Ceza Kanunu'nun 27. maddesi hükmü gereğince "ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek" hükmolunacaktır. Bu bağlamda zorunluluk hali hükümleri çerçevesinde bir insanın yaşamını kurtarmak maksadıyla hayvandan insana organ veya doku nakledilirken sınırın taksirle aşılması nedeniyle müdahalenin başlangıcında planlanmamış olan bir sonucun ortaya çıkması (örneğin öngörülmeyen bir organ veya dokunun alınması veya tahrip edilmesi) halinde Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesindeki "*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir.*" hükmü çerçevesinde idari para cezasında indirim yapılacaktır; Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması konusunda daha detaylı değerlendirme için *Bkz.* Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m. 27)", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, C:XI, S:1-2, s.39 vd. (Sınırın Aşılması).

[397] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.56; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.747.

[398] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.747; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.56; Gürbüz, **A.g.e.,** s.59-60; *Sert-Cihan* tarafından bu görüş; *hayvanların da insanlar kadar değerli olduğu ve hayvandan alınan organ veya dokunun evveliyetle insana nakli düşüncesinin kabul edilebilir olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir:* Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.23.

[399] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.746; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.54-56; Sert, Cihan, **A.g.e.,**

Hayvan araştırmalarının etik açıdan kabulü için, planlanan araştırmaların insan sağlığını olumlu etkileyecek ve bilginin artmasını sağlayacak nitelikte ya da toplum yararına yönelik olmasına, uygun cins, kalite ve sayıda deney hayvanı kullanılmasına, minimum stres ve rahatsızlığa sebebiyet verilerek bilimsel yönden sağlıklı verilere ulaşılmasına, hayvanların daha az acı çekmeleri için uygun ağrı kesici, sakinleştirici ve anestezi kullanılmasına, canlı hayvanlar üzerinde uygulanacak deneylerin sadece ehliyetli kişilerce ya da bunların kontrol ve gözetimi altında yapılmasına özen gösterilmesi gerekmektedir[400].

Xeno transplantasyon konusunda çalışmalar, Hristiyan, Musevi ve İslamiyet gibi üç büyük din tarafından yalnızca insanların yararı için tedavi amaçlı kullanılması ve yeni genetik türler oluşturulmaması koşullarıyla kabul görürken, Hindu ve Budist inanışında ise onaylanmadığı görülmektedir[401].

İslam dininin insana ve yaşama verdiği değer doğrultusunda yalnızca domuz eti yemeyi yasakladığı, hayatı kurtarmak adına hayvan hücre ya da organlarının kullanımının dinen yasak olmadığı yönündeki görüşler önemli din adamlarınca da desteklenmektedir[402].

Katolikler açısından gerek *Papa 12. Pius* gerekse *Papa 2. John Paul,* belli koşullar altında (beyin hücreleri, genital organ ve hücreleri dışında) nakledilmiş hayvan organlarının kişinin psikolojik ya da genetik yapısını etkilemediğini onaylamışlardır. Hristiyanlıkta "*insanlar, hayvanlardan farklı olarak "tanrı"nın benzerliğinde yaratılmışken, tanrının benzerliğinde yaratılmamış bir yaratıktan bir organ alıp bir insana yerleştirmek, insanlığın kutsal doğasını rencide edebilir*" söylemi karşısında, bir kişinin ölmesi ya da bir hayvanın organının nakli ile yaşaması arasında seçim yapmak zorunda kalınması durumunda pek çok kişinin bu itirazı desteksiz bulacağı görüşü yanında, tanrının ilk insanı yaratılışın vekili olarak seçtiği, ona hem dünya hem de içindekiler için hakimiyet verdiği, insanların tedavisinde

---

s.23; Gürbüz, **A.g.e.,** s.60; Ş. Parlak, **A.g.m.,** s.194.
[400] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.188.
[401] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172.
[402] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172.

hayvan organlarının kullanılmasının yaratılışta verilen emrin bir uzantısı olarak görülmesi gerektiği de diğer destekleyici görüşlerdir[403].

Xeno transplantasyon çalışmalarının etik açıdan kabulünde en önemli noktalardan bir diğeri, bilimsel araştırma etiğinin de temelini oluşturan aydınlatılmış onam konusudur. Tüm riskler konusunda kapsamlı olarak bilgilendirilen hastanın gönüllülükle ve hür iradesiyle böyle bir işleme rıza göstermesi, *xeno transplantasyonun* ahlaki açıdan kabulünün temel dayanağını oluşturmaktadır. Ancak ölümcül hastalığın son aşamasındaki bir hastanın, hayat kurtarıcı bir müdahaledeki yaklaşımı sağlıklı bir kişinin bilincinden farklı olup (ki burada bir hayvanın organını almak zorunda olan çaresiz bir hasta söz konusudur) hastanın tercihine saygı göstermekle yükümlü olan hekim, bu tercihte hastanın gerçek istediklerini dikkatli biçimde saptamaya çalışmalı, müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını hastaya izah etmeli, hastanın bir hayvanın organı ile yaşayacağı gerçeğinin bilincine varmasını sağlamalıdır[404].

Xeno transplantasyon çalışmalarında, insanın kişiliğine saygı ve biyolojik güvenliğinin sağlanması temel amaç olarak sunulurken, bir hayvanın organ, doku veya hücrelerinin kültürel ve ahlaki değerler açısından kabul edilebilirliği ve böyle bir yöntemin gerekçesinin bilim insanları ve hatta politikacılardan çok teologlar ve etik uzmanlarınca ortaya konulmasının toplumsal uzlaşmanın sağlanmasına daha fazla katkı sağlaması mümkündür[405].

[403] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172.
[404] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172.
[405] Karlıkaya, Hot, **A.g.e.,** s.172.

IV. NORMATİF ÇERÇEVE

A. Uluslararası Hukukta Organ ve Doku Nakli ile İlgili Sözleşmeler ve Protokoller

1. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Biyotıp Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanması ile ilgili 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda Biyoetik Yürütme Kurulu tarafından hazırlanmış olan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" Avrupa Konseyi bünyesinde 04/04/1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo (Asturias) kentinde imzaya açılmış ve 01/12/ 1999 tarihinde yürürlük kazanmıştır[406]. Türkiye Cumhuriyeti, söz konusu Sözleşmeyi imzaya açıldığı 04/04/1997 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin TBMM tarafından 03/12/2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile onaylanmasının uygun bulunması üzerine Bakanlar Kurulu tarafından 16/03/2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı karar ile onaylanmış ve 20/04/2004 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[407].

Söz konusu Sözleşmeye bazı kaynaklarda "*Oviedo Sözleşmesi*" veya "*Oviedo Biyotıp Sözleşmesi*" şeklinde atıflar yapılmaktadır. Tez kapsamında ise, söz konusu Sözleşmenin yaygın olarak atıf yapıldığı şekliyle "*Oviedo Biyotıp Sözleşmesi*" olarak anılması tercih edilmiştir.

Sözleşme, organ ve doku nakline ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Biyoloji ve tıp alanındaki ilerlemelerin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla ve insan onuru ile insan hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik bir kısım ilkeler ve yasaklamalar getiren Sözleşme, bu alanda taraf Devletler açısından hukuken

[406] Gürbüz, **A.g.e.,** s.45; Katoğlu, **A.g.m.,** s.157.
[407] Katoğlu, **A.g.m.,** s.157; Gürbüz, **A.g.e.,** s.45.

bağlayıcılığı olan ilk uluslararası belgedir[408]. Avrupa Konseyine üye olan ülkeler ile birlikte, Konsey üyesi olmayan diğer ülkelerin de katılımına açık olması nedeniyle, söz konusu Sözleşme ile uluslararası düzeyde bağlayıcılığı olan ortak bir metin oluşturulmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Sözleşme 14 bölüm ve 38 maddeden oluşmakta olup, inceleme konusu itibariyle rıza (muvafakat), özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı, nakil amacıyla yaşayan vericiden organ ve doku alınması, ticari kazanç yasağı ve insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf hususlarındaki düzenlemeler ön plana çıkmaktadır.

Sözleşme'nin "Amaç ve konu" başlığını taşıyan 1. maddesi ile Sözleşme'ye taraf devletlerin bütün insanların haysiyet ve kimliklerini koruma, biyoloji ve tıp uygulanmalarında ayrım gözetmeksizin herkesin, vücut bütünlüğü ile diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini teminat altına alma yükümlülükleri bulunduğu ve bu bağlamda taraf devletlerin anılan Sözleşme hükümlerini yürürlüğe koyma konusunda iç hukuk düzenlerinde gereken önlemleri almaları gerektiği kurala bağlanmıştır[409]. "İnsanın önceliği" başlıklı 2. maddesi ile insan menfaati ve refahının bilimsel ya da toplumsal çıkarların önünde tutulması gerektiği, "Sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma" başlıklı 3. maddesi ile taraf devletlerin sağlık ihtiyacı ve erişilebilir kaynakları dikkate alarak egemen yetki alanlarındaki kişilerin uygun nitelikteki sağlık hizmetinden adaletli biçimde yararlanmasını temin edecek tedbirleri almayı taahhüt ettikleri, "Meslekî standartlar" başlıklı 4. maddesi ile de araştırmayı da kapsayacak şekilde, sağlık sahasındaki müdahalelerin, meslek kurallarında belirtilen mükellefiyet ve standarda uygun şekilde yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir[410].

Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullar Sözleşmenin 19 ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Sözleşme'nin 19. maddesine göre, yaşayan kişiden nakil amacıyla organ veya doku alınması, alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı hallerle sınırlı

[408] Katoğlu, **A.g.m.,** s.159.
[409] Ziroğlu, **A.g.e.,** s.68 vd.; Katoğlu, **A.g.m.,** s.161; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.46.
[410] Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.63.

olarak kabul edilmiştir. Söz konusu hükümle canlıdan nakil amacıyla organ alınması bakımından *ikincillik ilkesinin* benimsendiği anlaşılmaktadır[411].

Muvafakat vermeye ilişkin kurallar genel olarak ve istisnaları ile birlikte Sözleşmenin 4. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş, 20. maddesinde ise organ veya doku alınması konusunda muvafakat verme yeteneğinden yoksun kişilerin haklarının korunmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu maddeye göre, kural olarak muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz. Ancak, aynı maddenin (2) numaralı fıkrası ile istisnai olarak ve belli şartların varlığı halinde, kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına izin verilebileceği düzenlenmiştir[412]. Söz konusu fıkrada muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınabilmesinin koşulları ise, muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması, alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması, bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması, maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması ve muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması şeklinde sayılmıştır. Türkiye tarafından, Sözleşme'nin 20. maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan (2) numaralı fıkrasının, ODNK'nın 5. maddesi ile uyum halinde

---

411 Koçak Süren, **A.g.m.,** s.182; Algan, **A.g.e.,** s.52; Onur Kemal Kerman, "Tıbbi Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s.70-71; Köksal, **A.g.e.,** s.67; Katoğlu, **A.g.m.,** s.187.

412 İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 20. Maddesi şu şekildedir; *"1. 5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz.*
2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:
i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;
iv) 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;
v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması." (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html, 24 Mayıs 2019; Katoğlu, **A.g.m.,** s.187.

olmaması nedeniyle, aynı Sözleşme'nin 36. maddesi uyarınca işbu madde fıkrasını uygulamama hakkının saklı tutulduğu çekincesi konulmuştur[413].

Sözleşme'nin 21 ve 22. maddelerinde insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf ve ticarî kazanç yasağı getirilmiştir. Bu kapsamda 21. maddeye göre, insan vücudu ve parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu edilemez[414]. Sözleşmenin 22. maddesine göre ise, "*Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, bu parça, yalnızca uygun bilgilendirme ve muvafakat alma işlemlerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir.*" Bu çerçevede, Sözleşme'nin 21 ve 22. maddeleri ile organ ve dokunun ticarete konu edilmesinin yasaklandığı anlaşılmaktadır[415].

Söz konusu Oviedo Biyotıp Sözleşmesi ülkemiz bakımından yukarıda da açıklandığı üzere usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması ve Anayasamızın 90/5 (son) maddesi gereğince iç hukuk mevzuatımız haline gelmiş olduğu gibi, niteliği itibariyle bir insan hakları sözleşmesi olması nedeniyle iç hukukta yürürlükteki diğer mevzuat hükümleriyle çelişmesi halinde uygulamada önceliği de anayasal teminat altına alınmıştır[416].

Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nde yaşayan kişiden nakil amacıyla organ ve doku alınması ve koşulları düzenlenmiş olmakla birlikte, ölüden organ veya doku nakline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözleşmenin 31. maddesi ile gelişmeler karşısında ortaya çıkabilecek problemlerin çözüme kavuşturulması veya belirlenen ilkelerin geliştirilmesi maksadıyla protokoller eklenebilmesi kabul edilmiştir. Bu kapsamda 24/1/2002 tarihinde kabul edilmiş olan "İnsan Kaynaklı

---

[413] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.735; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.618; Yücel, **A.g.m.,** s.685-686; Katoğlu, **A.g.m.,** s.187; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.68; Ünver'e göre, "*Sözleşme'ye koyduğumuz çekince yersizdir. Yapılması gereken organ ve doku nakillerine ilişkin özel kanun hükümlerini Sözleşme'ye uygun hale getirmek ve çekinceyi kaldırmaktır. Çünkü, a) bu çekince Sözleşme'nin ruhuna aykırıdır, b) Sözleşme'nin 27. maddesine aykırıdır, c) AY. m.90 ve özellikle de m.90/son'daki düzenlemeye aykırıdır.*", Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.188.
[414] Köksal, **A.g.e.,** s.57; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.69.
[415] Ziroğlu, **A.g.e.,** s.69; Katoğlu, **A.g.m.,** s.187.
[416] Benzer görüş için *Bknz*. Katoğlu, **A.g.m.,** s.166.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Ek Protokol" ile ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin hususlar düzenlenmek suretiyle bu eksiklik giderilmiştir[417].

2. İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakli Hakkında Ek Protokol

Yukarıda açıklandığı üzere, Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nde ölüden organ veya doku nakline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, bu eksiklik İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakline İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Dair Ek Protokol ile giderilmiştir. Söz konusu Ek Protokol Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 31. maddesine dayanılarak 24/01/2002 tarihinde kabul edilmiş ve 01/05/2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, Türkiye bu Protokol'ü henüz imzalamamıştır[418].

İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakline İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Dair Ek Protokol'ün amacı ayırım gözetmeksizin insan kimliği ve onuru ile diğer haklarını, insan kaynaklı organ veya doku nakli konusundaki temel özgürlük tanımlamalarını teminat altına almaktır.

Söz konusu Ek Protokol'ün 16. maddesinde ölüden organ veya doku alınmasının, bu kimsenin kanuna göre ölü olduğunun belgelenmesi halinde mümkün olacağı açıklanmakla yetinilmiş, ancak ölümün tanımlaması yapılmamıştır. Bu suretle her ülkenin kendi ölüm kriterlerini belirlemesine olanak sağlanmıştır.

Ek Protokol'ün 21. maddesi ile "insan vücudu ve onun parçalarının, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olmayacağı", 22. maddesi ile de "bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parçanın yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine

[417] Gürbüz, **A.g.e.,** s.48; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.69.
[418] Ek Protokol'ün yürürlüğe girdiği ülkeler Bulgaristan, Hırvatistan, Estonya, Finlandiya, Gürcistan, Macaristan, İzlanda, Karadağ, Kuzey Makedonya, Portekiz, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Slovenya, İspanya ve İsviçre'dir. Protokol'ü imzaladığı halde henüz onaylamamış olan ülkeler Fransa, Yunanistan, İtalya, Luxemburg, Hollanda, Sırbistan ve Ukrayna'dan ibarettir. (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189?module = signatures-by-treaty&treatynum=186, Erişim Tarihi: 06 Eylül 2021.

uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanıp kullanılabileceği" öngörülmüştür.

Anılan Ek Protokol'ün 21. maddesine göre, nakil karşılığında canlı vericilere menfaat temininin istisnasını, bu kişilerin kazanç kaybının yanı sıra organ alımı ve bununla ilişkili tıbbi tetkik ve müdahalelerin gerektirdiği masrafların tazmini gibi durumlar oluşturmaktadır[419].

3. Organ Ticareti ile Mücadele Konvansiyonu

Avrupa Organ Ticareti ile Mücadele Konvansiyonu veya tam adı "Council of Europe Convention Against Trafficking in Human Organs" şeklinde olup, Avrupa Konseyi tarafından 25//2015 tarihinde imzaya açılmıştır. Avrupa Konseyi tarafından Konseye üye ülkelerle birlikte Konvansiyonu imzalamak üzere bütün dünya devletlerine davette bulunulmuş ve 01/03/2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonu Türkiye ile birlikte 25 Avrupa Konseyi devleti ve Kosta Rika imzalamış olup, ilk imzalayan devletlerden biri de Türkiye'dir[420].

Sözleşmeyle hükümetler, canlı veya ölü donörlerin organlarının yasa dışı olarak alınmasını bazı hallerde suç olarak kabul etmeye ve yaptırıma bağlamaya çağrılmaktadır. Bu kapsamda, *ilk olarak,* organın canlı veya ölü donörden bu donörlerin özgür, bilgilendirilmiş ve özel izni olmadan veya ölü donörler söz konusu olduğunda, organ alımına ülke iç hukukunda izin verilmemesi hali, *ikinci olarak,* organların alınması karşılığında yaşayan donörün veya bir üçüncü tarafın parasal kazanç veya mukayeseli üstünlük sağlaması hali ve *son (üçüncü) olarak,* organlar ölü donörden alındığında, üçüncü tarafların parasal kazanç veya mukayeseli üstünlük sağlaması hali belirtilmektedir[421].

---

[419] Gutmann, Land, **A.g.e.,** s.18; Metin, **A.g.e.,** s.457.

[420] (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216/ signatures? p_auth=fjZT1OUy, Erişim Tarihi: 05 Mayıs 2021; Konvansiyon'un imzaya açıldığı yer *Santiego de Compostela* kenti (İspanya), imzaya açıldığı tarih 25 Mart 2015 olup, 01 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[421] (Çevrimiçi) https://www.coe.int/tr/web/impact-convention-human-rights/council-of-europe-convention-against-trafficking-in-human-organs#/, Erişim Tarihi: 15 Haziran 2023.

4. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocuk Satışı Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol

20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen, dünya çocuklarının anayasası olarak nitelendirilen ve çocukların korunması için gereken evrensel ilkelerin belirlenmesini, ihmal, istismar ve kötü muameleden korunmalarını amaçlayan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin belirtilen bu amaçlarının daha etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak üzere, "Çocuk Satışı Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Ek Protokol" kabul edilmiştir[422]. Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 25/5/2000 tarihli ve A/RES/54/263 sayılı kararıyla kabul edilerek imzaya açılmış olup 14. maddesi uyarınca 18/1/2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Protokol'ü 8/9/2000 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 9/5/2002 tarihli ve 4755 sayılı Kanun, 14/5/2002 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmıştır[423]. Türkiye, Protokol kurallarını sadece "tanıdığı ve diplomatik ilişki içinde olduğu" taraf devletler yönünden tatbik edeceği beyanında bulunmuş olup, onay belgeleri 19/8/2002 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 19/9/2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir[424].

Protokol'ün ismi ve temel esasları her ne kadar *çocuk satışı*, *çocuk fahişeliği* ve *çocuk pornografisinin* önlenmesi ile ilgili ise de, inceleme konusu itibariyle çocuklar yönünden organ veya doku ticaretine ilişkin düzenlemesi nedeniyle burada inceleme gereği duyulmuştur. Nitekim, Protokolün 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, hangi yolla olursa olsun çocuğun organlarının kâr sağlamak

[422] Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.16-17.
[423] Protokol'ün onaylanmasını ilişkin 28/5/2002 tarihinde verilen Bakanlar Kurulu Kararı ve resmî Türkçe çeviri 28/6/2002 tarihin Resmî Gazetede yayımlanmıştır.
[424] (Çevrimiçi), https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/125-cocuk-haklarna-dair-sozlesmeye-ek-cocuk-sats-cocuk-fahiseligi-ve-cocuk-pornografisi-ile-ilgili-ihtiyari-protokol/, Erişim Tarihi: 01 Haziran 2019.

amacıyla nakli yasaklanmıştır[425]. Protokolün 4. maddesi ile de, taraf Devletlere anılan 3. maddenin (1) numaralı fıkrasında atıfta bulunulan suçlarla ilgili yargılama yetkisini tesis etmek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku nakline ilişkin uluslararası hukukun değerlendirilmesi bakımından, Avrupa Konseyinin yargı organı olan ve denetimini üstlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri'ni en üst seviyede yorumlama yetkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarının önemli bir yeri bulunmaktadır.

Organ ve doku nakli ile ilgili olarak AİHM tarafından karara bağlanan başvurular arasında *Petrova/Letonya* ve *Elberte/Letonya* başvurularının ön plana çıktığı görülmektedir.

Petrova/Letonya başvurusuna konu olayda başvurucunun oğlu bir trafik kazası sonucu ağır yaralanarak kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirmiştir. Akabinde organ nakli amacıyla ölen kişinin dalak ve böbrekleri alınırken vücuduna *laparotomi* (karın açma) operasyonu uygulanmıştır. Başvurucu, oğlunun organlarının alınma işleminin kendisi veya oğlunun rızaları alınmadan ve rızalarının alınması için herhangi bir girişimde bulunulmadan yapıldığını ileri sürmüştür.

AİHM, Sözleşme'nin "özel yaşam ve aile hayatına saygı" hakkının düzenlendiği 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[426]. AİHM, organ nakli prosedürüne ilişkin hukuki çerçevenin keyfiliğe karşı koruma sağlayacak düzeyde yeterli ve kesin bir şekilde formüle edilmediğini saptamıştır[427]. Ölen oğluna ait organların alınması konusunda belirli haklara sahip olan başvurucuya herhangi bir açıklama yapılmamasının da ötesinde, haklarını nasıl ve ne zaman kullanabileceği

[425] Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.18.
[426] *Petrova/Letonya*, B. No: 4605/05, 24/6/2014, § 98.
[427] *Petrova/Letonya*, § 97.

konusunda herhangi bir bilgilendirme dahi yapılmamış olması Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurmuştur[428].

Elberte/Letonya başvurusu ise ölen eşinin cesedine ait dokuların adli tıp uzmanları tarafından başvurucunun bilgisi dışında ve onayı alınmaksızın alınmasına ilişkindir. Başvuruya konu olayda devlet onaylı bir anlaşma gereğince, üzerinde otopsi işlemi yapılan başvurucunun eşine ait cesetten başvurucunun bilgisi haricinde alınan dokular, biyo implantların oluşturulması için Almanya'daki bir ilaç firmasına gönderilmiştir. Başvurucu, kadavralardan kanunsuz bir şekilde organ ve doku alınması iddialarına ilişkin olarak Letonya'da geniş çaplı bir ceza soruşturması başlatılması ile durumdan haberdar olmuştur. Anılan ceza soruşturmasından bir sonuç elde edilememiştir. Başvurucu eşine ait cesetten rızası alınmaksızın doku alınması ve sürüklendiği belirsizlik haline bağlı olarak yaşadığı acı nedeniyle şikayetçi olmuştur.

AİHM yukarıda belirtilen *Petrova* başvurusunda olduğu gibi Letonya hukukunun, doku alınması hususunda rıza şartının işleyişi bakımından netlikten yoksun olduğunu ve keyfi uygulamalara karşı yeterli kanuni güvenceler içermediğini belirtmiştir[429]. AİHM'e göre her ne kadar organ veya doku alınmasına ilişkin düzenlemelerde ölenin yakınlarının rızalarının alınması öngörülmekte ise de, ilgili tıp görevlilerinin bu konudaki yükümlülük ve sorumluluklarını belirleyen ve takdir yetkilerinin sınırlarını çizen bir hukuki çerçeve bulunmaması nedeniyle, bu durum AİHS'nin 8. maddesinin ihlali niteliğinde kabul edilmiştir[430].

Ayrıca AİHM tarafından organ ve doku nakli özelinde insan bedenine ölüm sonrasında da saygı gösterilmesi gerektiği vurgulanmış ve başvurucunun eşinin bedeninden doku alınmasının amacı, şekli ve mahiyeti konusunda uzun süre içinde bırakıldığı belirsizlik hissi nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinde güvenceye bağlanan "işkence ve kötü muamele yasağının" da ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır[431].

[428] *Petrova/Letonya*, §§ 87-98.
[429] *Elberte/Letonya*, B. No: 61243/08, 13/1/2015, § 116.
[430] *Elberte/Letonya*, §§ 105-116.
[431] *Elberte/Letonya*, §§ 135-143.

C. Mukayeseli Hukukta Organ ve Doku Nakli

1. Almanya

Alman hukukunda organ veya doku nakli konusunun Organ Nakli Kanunu (*Gesetz über die "Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Gewebe"*) ile düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Söz konusu Kanun 1997 yılında Alman Federal Meclisi'nde (*Deutscher Bundestag*) kabul edilmiştir. Bu Kanun'da organ nakli, "canlıdan canlıya organ nakli" ve "ölüden canlıya organ nakli" olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Ölüden organ alınması ancak sağlığında organlarını bağışlamış olması koşuluna bağlanmıştır. Yaşayan bir vericiden organ nakli ise organ ticaretinin önüne geçilmek amacıyla kalın çizgilerle sınırlanmıştır. Buna göre bir kişinin organını verebilmesinin ilk koşulu olarak erişkin ve ayırt etme gücüne sahip olması aranmıştır. Ayrıca, organ bağışının kişinin sağlığına zarar vermemesi koşulu ve kişinin operasyon ve riskleri hakkında bilgilendirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Alman hukukunda diğer bir şart olarak yaşayan kişinin organlarını sadece birinci ve ikinci dereceden akrabalarına, onaylanmış partnerlerine (birlikte yaşam), nişanlılarına ve çok yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişilere verebileceği belirtilmiştir[432]. Organ naklinin bir ticaret haline gelmesini engellemek için ortaya konulduğu belirtilen bu şart, birçok çevre tarafından organ naklinin sayısını azalttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[433].

---

[432] Matthias Krüger, "Alman Organ Nakli Hukuku Bakış Açısıyla Yüz, Kol ve Rahim Nakilleri", Çev. Hakan Hakeri, **Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Dergisi (Hukuk Köprüsü)**, İstanbul, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, S:2, 2012, s.187.

[433] *"Genetik açıdan bağlantılı olmayan canlı vericilerin kullanımının artması, canlı böbrek bağışlarının gelişiminde önemli bir faktördür. Belli canlı verici kategorilerinin yasal olarak kabul edilebilirliği bir anahtar öğedir. Avrupa'da kanun tarafından üç aşamalı bir sınırlandırma düzenlendiği görülebilir. Katı sınırlandırmalar, ılımlı sınırlandırmalar ve hiçbir sınırlandırma bulunmayan haller.*

Katı sınırlandırmalar 2003 yılına kadar canlı vericilerin genetik açıdan bağlantılı olması gerektiğini şart koşan Fransa'da yürürlükte bulunmaktaydı. Yalnızca acil durumlarda eş de -duygusal bakımdan bağlantılı olan başka hiç kimse değil- bu kapsamda kabul ediliyordu. 2003 reformu, verici ile "yakın bağı olan" alıcılar için canlı organ bağışını olanaklı kılmıştır.

Ilımlı sınırlandırmalar Almanya, İtalya, Birleşik Krallık ve (2003'e kadar) Fransa'da görülebilir. Biyolojik açıdan bağlantısız ancak duygusal bakımdan bağlantılı olan organ bağışlarına

Almanya'da özellikle TPG'deki düzenlemede ölüden yapılan bağışlar karşısında canlı kişilerden yapılan organ veya doku nakillerinin ikinci planda tutulduğu görülmektedir[434]. TPG'nin 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (3) numaralı bendine göre canlı bir vericiden organ nakli ancak ölü vericiler arasında uygun ve gereken zamanda organ bulunamadığı durumlarda mümkündür[435]. Bu bağlamda ikincillik prensibinin kabul edilmiş olduğu görülmekte olup, bu itibarla Oviedo Biyotıp Sözleşmesi (md.19) ile uyum içinde olduğu anlaşılmaktadır.

Alman hukukunda "rıza" modelinin yanı sıra "irade", "itiraz" ve "zaruret" modelleri dışında bir dördüncü model olarak tanımlanan ve bu tez çalışması kapsamında incelenmemiş olan "karar modeli"nin benimsendiği öğretide ileri sürülmüştür[436]. 1/11/2012 tarihinde yürürlüğe giren bu model, 16 yaşını doldurmuş olan herhangi bir Alman vatandaşının kendi sigorta şirketi tarafından iki yılda bir organ veya doku bağışı konusunda aydınlatılmasını ve teşvikini öngörmektedir[437].

---

kural olarak izin verilmektedir. Yine de belli kategorilerdeki potansiyel canlı vericiler (özgecil yabancılar ya da eşleştirme yoluyla tespit edilen vericiler) hariç tutulmaktadır. Alman Nakil Kanunu, Fransız hukuku gibi, eş, nişanlı ve alıcı ile aşikar şekilde yakın ilişkisi olan diğer kişiler tarafından yapılan, kendisini üretemeyen dokuların canlı bağlantısız bağışını kabul etmektedir. Bazı ülkeler usuli korunma önlemleri sağlamaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık'ta, 2004 yılına kadar, belli şartlar altında alıcı ve verici arasında biyolojik bir ilişkin[in] bulunmasının gerekliliğine ilişkin istisnaları değerlendiren ve bunlara izin veren bir komite – Aralarında Bağ Bulunmayanlar Arasında Canlı Nakille İlgili Düzenleyici Makam (ULTRA) – bulunmaktaydı.", Gutmann, Land, **A.g.e.,** s.19; Köksal, **A.g.e.,** s.64.

[434] Hermann Christoph Kühn, "Yeni Alman Nakil Kanunu" Çev. Yener Ünver, **Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.123; Algan, **A.g.e.,** s.52.

[435] Krüger, **A.g.m.,** s.187; Algan, **A.g.e.,** s.52; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.62.

[436] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.10; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.125.

[437] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.10; TPG § 2: *"(1a) Sağlık sigortası fonları, Paragraf 1 kapsamındaki yükümlülüklerine halel getirmeksizin, Bölüm 1'e göre elektronik sağlık kartına sahiplerse, Paragraf 1'in üçüncü fıkrasında belirtilen belgeleri, 16 yaşını doldurmuş sigortalılara sunmak zorundadır. Kitap Beş Sosyal Kanunun 291a maddesi yayınlandı. Özel sağlık sigortası şirketleri, Gelir Vergisi Kanunu'nun 10. fıkrasının ikinci fıkrasının dokuzuncu bendine göre katkı bildirimi ile birlikte beş yılda bir 16 yaşını dolduran sigortalılara birinci fıkra bent 3'te belirtilen belgeleri sunmak zorundadır. Sağlık sigortası şirketleri ve özel sağlık sigortası şirketleri, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iki ay içinde ilk kez birinci ve ikinci cümle kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getiremezlerse, sigortalılarına birinci fıkranın üçüncü bendi kapsamındaki belgeleri yukarıda belirtilen süreyi başka bir uygun şekilde sağlayacaktır. Sigortalı kişinin organ ve doku bağışı ile ilgili beyanlarını Sosyal Güvenlik Kanunu'nun beşinci kitabının § 291a fıkra 3 cümle 1 sayı 7'ye göre kaydetme imkanı bulunmadığı sürece, sağlık sigortası şirketleri ve özel sağlık sigortası şirketleri sigortalılarının her iki yılda bir gönderilmesi için birinci fıkranın üçüncü cümlesi ve üçüncü fıkrasında belirtilen belgeleri bulundurmalıdır. Belgelerin sağlanması ile sağlık sigortaları ve özel sağlık sigortası şirketleri, sigortalıdan organ ve doku bağışı ile ilgili bir ön direktifle ilgili olarak organ ve doku bağışı ile ilgili ömür boyu bir beyanname belgelemesini ve organ ve doku bağışı ve sırasında yapılan bağışın önemi ile ilgili soruları için profesyonel olarak nitelikli muhataplar*

Bunun dışında TPG'nin 3. ve 4. maddelerine bakıldığında ise irade modelinin esnek versiyonunun (genişletilmiş rıza) benimsendiği görülmektedir[438]. Kişi sağlığında organ veya doku bağışına ilişkin isteğinin hangi yönde olduğunu açıklamamış olduğu takdirde ölenin muhtemel iradesini gözetmeleri koşuluyla karar verme yetkisi ölenin yakınlarına geçmektedir[439]. Ölenin muhtemel iradesinin tespit edilememesi halinde yakınları, kendi vicdani kanaatleri çerçevesinde karar verebilmektedir[440]. Verici hayattayken organ veya doku nakline ilişkin iradesini olumlu veya olumsuz yönde açıklamamış olmakla birlikte ölümünden sonra bu konuda karar verecek kişiyi belirleyebilir. Bu takdirde TPG'de belirtilen yakınlarının yetkisi ikinci planda kalmaktadır[441]. Kişi sağlığında herhangi bir şekilde iradesini ortaya koymamışsa ve ölümünden sonra da bu konuda irade açıklamaya yetkili yakınlarına ulaşılamıyorsa bu takdirde organ veya dokularının alınması yasaktır (TPG § 4/3)[442].

Alman literatüründe organ veya doku nakli bakımından hangi ölüm kriterinin benimsenmesi gerektiği uzun süre ve anayasal düzeyde tartışmalara neden olmuştur. Gelinen aşama itibarıyla öğretideki baskın görüş ölümün, beyin fonksiyonlarının geri dönülmez bir şekilde sona ermesi ile gerçekleşmiş kabul edileceği yönündedir[443]. Beyin ölümünün gerçekleşmesi ile yararlar dengesinde yaşamını sürdürebilmek için organ naklinden başka çaresi olmayan alıcının menfaati öne çıkmaktadır[444].

---

vermesini talep eder." (Çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2019.

[438] Kühn, **a.g.e.** s.119,121; Krüger, **A.g.m.,** s.185.

[439] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.13; Benzer görüş için *Bknz.* Kühn, **A.g.e.,** s.122.

[440] Krüger, **A.g.m.,** s.186.

[441] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.13-14.

[442] Kühn, **a.g.e.** s.122; Alman Anayasası'nın (Verfassung der Bundesrepublik Deutschland) "*İnsanın onur ve haysiyetinin korunması*" kenar başlıklı § 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.*" ifadesi hükme bağlanmıştır (**Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Deutscher Bundestag, Çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, Berlin, 2010, s.14). Benzer şekilde TPG'nin § 6. maddesinde ise "*(1) Ölen kişinin organ ve doku alımında, ilgili tüm önlemler, tıbbi durum tespiti ile uyumlu şekilde organ vericisinin onuruna ve haysiyetine uygun olarak yürütülmelidir. – (2) Organ veya doku vericisinin cesedi, gömülmesi için onurlu bir şekilde teslim edilmelidir. Öncesinde ölenin yakınlarına cesedi görme fırsatı tanınmalıdır. – (3) Birinci ve ikinci fıkra ölü embriyo veya fetüsten yapılacak nakiller için de geçerlidir.*" hükümlerine yer verilmiştir: Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.14.

[443] Erwin Deutsch, "05.11.1997 Tarihli (Alman) Nakli Kanunu", Çev. Yener Ünver, **Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.138; Algan, **A.g.e.,** s.63; Krüger, **A.g.m.,** s.186.

[444] Algan, **A.g.e.,** s.63-64.

TPG'nin 3. maddesinde beyin ölümüne atıf yapılırken, 5. maddesinde ise klasik ölüm anlayışının kabul edildiği görülmektedir. Ancak her halükârda anılan Kanun'un 3. maddesinde "Tıp biliminin en son bilgilerine ilişkin düzenleme uyarınca organ veya doku bağışçısının ölümünün tespit edilmiş olması" gerekliliğine vurgu yapılmış olduğu göz önüne alındığında, Alman hukukunda da beyin ölümü kriterinin geçerli olduğu sonucuna varmak mümkün görünmektedir[445].

TPG'nin 8. maddesi çerçevesinde yaşayan kişiden organ veya doku alınmasının diğer şartları, vericinin ergin olması ve temyiz kudretine sahip olması, nakil işleminin riskleri hakkında detaylı olarak bilgilendirilmesi, nakil işleminin bir hekim tarafından yapılması, ilgili hekim tarafından nakil işleminin kişinin hayatta kalması, ağır rahatsızlığının giderilmesi, kötüleşmesinin önlenmesi vb. amaçlarla yapıldığının bir hekim tarafından değerlendirilmesinden ibarettir[446].

Alman hukukunda organ ve doku nakline ilişkin kısıtlamalar yalnızca verici ile sınırlı değildir. TPG'nin 8. maddesine göre buna ek olarak, bir böbrek, karaciğerden bir parça ya da başka kendini yenilemeyen bir organın ancak yaşayan vericinin ikinci dereceye kadar yakınına, eşine, kaydedilmiş hayat arkadaşına, nişanlısına veya yaşayan verici ile arasında özel nitelikte şahsi bir bağ bulunan kişiye nakledilmek amacıyla alınabilir[447].

Türk hukukunda "alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi" ya da "dördüncü dereceye kadar kan veya kayın hısmı" olmayan bir kişiden yapılacak organ nakli, Etik Komisyonun onayına bağlanmışken, Alman hukukunda alıcı ile verici arasındaki yakınlık düzeyine bakılmaksızın tüm nakiller kişinin rızasının özgür iradeye dayalı olup olmadığı ve organ ticareti şüphesinin olup olmadığı konusunda ilgili komisyonun onayına tabi tutulmuştur[448].

Alman hukukunda organ veya doku nakli ve ticaretine ilişkin suçlara bakıldığında, kümülatif olarak tüm özel suç tiplerinin TPG'de düzenlendiği görülmektedir. TPG'nin 17. maddesinde bir başkasının iyileşme tedavisi için

[445] Algan, **A.g.e.,** s.64; Benzer görüş için Bknz. Deutsch, **A.g.e.,** s.138; Krüger, **A.g.m.,** s.186.
[446] Deutsch, **A.g.e.,** s.139-140; Algan, **A.g.e.,** s.52-53.
[447] Krüger, **A.g.m.,** s.187; Algan, **A.g.e.,** s.53; Deutsch, **A.g.e.,** s.139.
[448] Deutsch, **a.g.e.** s.139-140.

öngörülen organlar veya dokuların ticaretinin yapılması ve ticareti yapılan organ veya dokuların alınması veya başka insana aktarılması yasaklanmıştır[449]. ODNK'den farklı olarak TPG'nin 17. maddesinde iki halde bu yasağa istisna getirilmiştir. Bunlar, tıbbi müdahalenin gerektirdiği zorunlu giderler ve ilaç masraflarıdır[450].

TPG'nin 18. maddesinde yasak fiiller yaptırıma bağlanmıştır. Belirtilen maddede organ veya doku ticareti yapılması ya da bu fiile konu olan organ veya dokuların nakledilmesi, naklettirilmesi veya alınması halinde faile "beş yıla kadar hapis veya para cezası" verilmesi, faillerin bu işi meslek haline dönüştürmüş olmaları halinde ise "bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası" verilmesi öngörülmüştür[451].

ODNK'nin 15. maddesinin 2018 değişikliğinden önceki hali ile paralel olarak TPG'nin 19. maddesi de bir torba hüküm olarak ihdas edilmiş ve genel olarak kanuna muhalefet halleri ceza hükmüne bağlanmıştır[452].

2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerikan Birleşik Devletleri hukukunda 1968 yılında kabul edilen Tek Tip Organ Bağışı Kanunu ("The Uniform Anatomical Gift Act") ile organ ve doku bağışının yapılması, reddi, değiştirilmesi ve iptali konularında eyalet kanunlarının uyumlulaştırılması amaçlanmıştır[453]. 2006 yılında yapılan değişiklikle organ bağışı olasılığı mümkün olduğunca ayakta tutularak kritik organ veya dokuların teminindeki eksikliğin giderilmesi hedeflenmiştir[454].

Belirtilen Kanunla herhangi bir yetişkinin organ bağışçısı olabilmesine izin verilmiştir[455]. Aynı Kanun'a göre ölen kişinin organ bağışı konusunda yazılı bir irade açıklamasının bulunmadığı durumlarda, yakınlarının onayı aranmamakta, organ veya

[449] Deutsch, **a.g.e.** s.137; (Çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf, Erişim Tarihi: 8 Mayıs 2019.
[450] Algan, **A.g.e.,** s.36.
[451] Deutsch, **a.g.e.** s.145; Algan, **A.g.e.,** s.37.
[452] Algan, **A.g.e.,** s.37.
[453]Algan, **A.g.e.,** s.54; (Çevrimiçi) https://en.m.wikipedia.org/wiki/Uniform_Anatomical_Gift_Act Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2019.
[454] Verheijde, Rady, McGregor, (Çevrimiçi) https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2001294/, Erişim Tarihi: 18 Eylül 2021.
[455](Çevrimiçi) https://en.m.wikipedia.org/wiki/Uniform_Anatomical_Gift_Act, Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2019.

dokularını bağışladığı varsayılmaktadır. Eğer kişi öldükten sonra organlarının başkasına nakledilmesini istemiyorsa, bu takdirde bunun imzalı ve açık bir ret ile belgelenmesi gerekmektedir[456].

Ölümün kanuni tanımlamasının yapılmaması ve bu bağlamda hukuki anlamda ölüm anının tespitinde yaşanan tereddütler Amerika Birleşik Devletleri'nde de yaşanmıştır. Önceleri klasik ölüm anlayışına bağlı olarak, nasıl korunduğuna bakılmaksızın herhangi bir kalp atışı ve solunum belirtisi mevcut olduğu müddetçe kişinin ölmüş olduğu kabul edilmezken,[457] *Tucker's Administrator v. Lower*[458] davasında bu kısıtlayıcı anlayıştan vazgeçilmiştir. Anılan davaya konu olayda, bir organ bağışçısının kardeşi tarafından organ nakli yapan hekime karşı, kardeşi hukuken ölmeden önce organlarının alındığı iddiasıyla tazminat davası açmıştır[459]. Yargılama makamı, jüriden dava açısından kritik nitelikteki zaman diliminde solunum, dolaşım vb. hayati fonksiyonlarının tamamen durup durmadığının, beyin fonksiyonlarının kesin ve geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde yitirilip yitirilmediğinin ve devam eden işlevlerin spontane (*yapay ve mekanik destek olmaksızın devam kabiliyetini haiz*) olup olmadığının tespit edilmesini istemiştir. Dava sonucunda jüri tarafından doktor lehine karar verilmiş ve bu süreç sonucunda Virjinya Eyaletinde beyin işlevinin durması, ölüm hali olarak kabul edilmiştir[460].

---

[456]Verheijde, Rady, McGregor, (Çevrimiçi) https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2001294/, Erişim Tarihi: 18 Eylül 2021.

[457] Byron E. Siegel, "The Moment of Death: An International Medico Legal Problem Concerning Human Organ Transplantation", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol.2, No.2, 1970, s.123, (Çevrimiçi), https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2227&context=jil, Erişim Tarihi: 12.01.2022; *Schmitt v. Pierce*, Supreme Court of Missouri, En Banc, 344 S.W.2d 120 (Mo. 1961), (Çevrimiçi), https://casetext.com/case/schmitt-v-pierce, 12.01.2022; *Smith v. Smith*, Supreme Court of Arkansas, 229 Ark. 579, 317 S.W.2d 275 (1958),(Çevrimiçi), https://casetext.com/case/smith-v-smith-1366, 12.01.2022; A. Christian Compton, "Telling The Time Of Human Death By Statue: An Essential And Progressive Trend", **Washington and Lee Law Review**, Vol.31, Issue 3, Article 4, 9-1-1974, s.521, (Çevrimiçi), https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/waslee31&div=31&id=&page=, Erişim Tarihi: 12.01.2022.

[458] *William E. Tucker, Administrator v. Dr. Lower* v.d., Law File 2831, 25 Mayıs 1972, Law and Equity Court, Richmond, Virginia, (Çevrimiçi), https://cite.case.law/va-cir/1/124/, Erişim Tarihi: 12.01.2022.

[459] Compton, **A.g.m.,** s.524.

[460] Algan, **A.g.e.,** s.61.

Aynı Kanunla nakil ve tedavi amaçlı bağışlardan kar elde etme amacıyla yapılan faaliyetler de yasaklanmıştır[461].

Amerika Birleşik Devletleri'nde Kamu Sağlığına İlişkin Düzenleme'nin 42. maddesinde, insan kaynaklı organların kâr maksadıyla aktarılmasının yasaklandığı, buna aykırı fiil işleyen failin elli bin Amerikan doları "para cezası" ve/veya "beş yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası" ile cezalandırılacağı belirtilmiştir[462].

3. İngiltere

Birleşik Krallık'ta organ veya doku nakline ilişkin hukuki çerçeveyi çizen kanun, 1989 yılında yürürlüğe girmiştir[463].

Birleşik Krallık'ta da Almanya'da olduğu gibi ölüden yapılan organ veya doku nakillerine öncelik verilmiştir. Ancak ilgili düzenlemelerde ölüm için bir kriter sunulmamış, ölümün tespiti geleneksel olarak solunum ve kalp atışlarının geri dönüşsüz kesilmesine bağlanmıştır[464].

Ölüden organ veya doku sağlanamayan durumlarda sıkı bir denetime tabi tutulmakta olan canlıdan organ veya doku nakli, karşılığında hiçbir şekilde menfaat sağlanmadığından emin olunmasına ve devlet makamlarının izin vermesi şartına bağlanmıştır[465].

Birleşik Krallık kanunlarına göre organ veya doku nakilleri alıcı ile verici arasında genetik bir bağ olup olmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Genetik bağ olduğu kabul edilenler anne-baba, çocuklar, kardeşler, anne-babanın kardeşleri ve kardeşinin çocuklarıdır. Bu çerçevede alıcı ile verici arasında genetik bağın olmadığı nakiller ayrı bir onaya tabi tutularak, verici olan kişinin baskı altında olup olmadığı, sağlıklı ve yeterli bir bilgilendirme yapılıp yapılmadığı konusunda sıkı bir denetim

---

[461] (Çevrimiçi) https://en.m.wikipedia.org/wiki/Uniform_Anatomical_Gift_Act, Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2019.
[462] The Public Health Service Act., **The Public Health And Welfare**, Title 42, Chapter 6a, Subchapter II, Part H.
[463] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.419; Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.13.
[464] Algan, **A.g.e.,** s.63.
[465] Gutmann, Land, **A.g.e.,** s.17; Algan, **A.g.e.,** s.53; David Price, "The Human Tissue Act 2004", **Modern Law Review**, Vol. 68, Issue 5, September 2005, s.813, (Çevrimiçi), https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2005.00561.x, Erişim Tarihi: 12.01.2022

yapılmaktadır[466]. Belirtilen koşullara uyulmaksızın aralarında genetik bağı olmayan kişiler arasında organ veya doku nakli yapılması vb. haller suç olarak kabul edilmektedir[467].

İnsani materyal adı verilen doku veya organ gibi maddeler için ticari bir anlaşma yapılması, para veya ödül konulması ve ilan veya reklam verilmesi durumunda failin "üç yıla kadar hapis cezası" ve/veya "para cezası" ile cezalandırılması öngörülmektedir[468].

4. Fransa

Canlı vericiden organ nakli bakımından yaşanan sorunlar ve organ ticaretinin ortaya çıkışı ile birlikte birçok ülkede bu tip sorunların önlenmesine yönelik kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede 1947 yılında kabul edilen kanunla Fransa bu konuda ilk düzenlemeyi yapan ülke olmuştur[469].

Ölüden organ ve doku nakli yönünden birinci derece öneme sahip olan "*ölüm*" kriterinin ne olması gerektiği Fransız hukuk literatüründe yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Bu kapsamda 1966'da Fransız Ulusal Tıp Akademisi[470] tarafından yayımlanan bildiriye göre hastanın EEG'sinde[471] 48 saat süre zarfında beyin aktivitesi gözlemlenmemesi halinde, nakil için vericinin organlarının çıkarılmasına müsaade edilmesi gerekmektedir[472].

Diğer yandan Fransız Ceza Kanunu'nun 511. maddesine göre başkasına ait organdan maddi çıkar karşılığında tıbbi fayda elde edilmesi veya bu işe vasıta olunması halinde "beş yıla kadar hapis cezası" ve "yetmiş beş bin Avro para cezası"

---

[466] Price, **A.g.e.,** s.814.
[467] Algan, **A.g.e.,** s.54.
[468] **Human Tissue Act** (HTA) 2004, Section 32.
[469] Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.13.
[470] "Académie Nationale de Médecine", (Çevrimiçi) http://www.academie-medecine.fr, Erişim Tarihi: 01 Haziran 2019.
[471] *"Beynin elektriksel faaliyetlerinin kayıtlanması işlemi olup uluslararası kabul edilen haritalandırma işlemine uyarak belirli standartlarda, dijital ortamda ya da kâğıt üzerine yazdırma ile yapılır. Beyin devamlı elektriksel faaliyet içerisinde olup yaşamın belirli devrelerinde bu elektriksel faaliyeti, belirgin gelişkinlik düzeyleri göstermekte, yine günlük yaşamın belirli evrelerinde de (uyku ve uyanıklık gibi) belirli standartlarda elektriksel faaliyetini devam ettirmektedir."* (Çevrimiçi) https://www.medicalpark.com.tr/eeg-nedir/hg-61, Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2019.
[472] Algan, **A.g.e.,** s.65.

verilmesi öngörülmüştür. Organ ithali veya ihracı faaliyeti yapan kişilerin ise "beş yıla kadar hapis cezası" ve "30.000 avro para cezası" ile cezalandırılması öngörülmüştür[473].

5. Diğer Bazı Ülkelerde Organ ve Doku Nakli

Organ ticaretini yasaklayan ilk kanun 1967 yılında İtalya'da kabul edilmiştir[474]. Bunun dışında Avusturya ve Lüksemburg 1982, Belçika ve Kanada'nın New Brunswick Eyaleti 1986, Kanada'nın Manitoba Eyaleti 1987, Yunanistan 1989, Kanada'nın Prince Edward Island Eyaleti ve Rusya 1992 ve nihayet İtalya 1993 yılında organ ve doku nakline ilişkin kanunları kabul etmiştir[475].

Portekiz Kanunlarına göre organ veya doku naklinin mesleki yeterliğe sahip bir hekim tarafından yapılması gerekmektedir[476]. Meksika'da organ veya doku nakli ancak nitelikli sağlık personeli marifetiyle ve yalnızca Sağlık Sekretaryası tarafından özel olarak yetkilendirilmiş sağlık kuruluşlarınca yapılabilmektedir[477]. Hindistan'da sadece kayıtlı hastanelerin organ veya doku nakli operasyonu yapma yetkisi bulunurken, Kolombiya'da da acil durumlar haricinde "nakil lisansı" bulunmayan hastanelerde organ veya doku nakli yapılamamaktadır[478].

Singapur'da organ ve doku nakli konusunda ceza normları öne çıkmakta olup, bu bağlamda faile verilecek ceza neticenin meydana gelip gelmemesine göre belirlenmektedir. Organın maddi bir bedel karşılığında nakli konusunda anlaşma sağlanmasına rağmen hedeflenen nakil işleminin gerçekleşmemiş olması durumunda ilgili faillerin 12 aya kadar hapis cezası ve/veya on bin Singapur doları para cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir[479].

---

[473] **Code Pénal de France**, Article 511.
[474] Polat, Öztel, **A.g.m.,** s.13; 1967 tarihli ve 458 sayılı, "Canlı İnsanlar Arasında Böbrek Nakli" Hakkında Kanun.
[475] Gökcen, **Düşünceler**, s.63; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.419; M. Aydın, **Digesta**, s.222.
[476] Algan, **A.g.e.,** s.51, dn.86.
[477] Algan, **A.g.e.,** s.51, dn.86.
[478] Algan, **A.g.e.,** s.51, dn.86.
[479] Human Organ Transplant Act, Chapter 131a, Part IV, Prohibiton If Trading In Organs And Blood Buying or Selling Of Organs Or Blood Prohibited And Void, 14- 1, 2, 2a. f

Macar Ceza Kanunu'nun "İnsan Vücudunun Kanundışı Kullanımı" başlığını taşıyan 173/I – 1, 2 ve 3. maddesine göre organ satışı yapan, bu şekilde kar sağlayan kişinin "üç yıla kadar hapis cezası" ile cezalandırılması, failin sağlık görevlisi olması durumunda cezanın "beş yıla kadar" arttırılabilmesi öngörülmüştür. Fiilin organize bir şekilde işlenmesi yada gizli anlaşma içerisinde olunması halinde ise yaptırımının "iki yıldan sekiz yıla kadar hapis" olması düzenlenmiştir[480].

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC)'ne gelince, 2238 Sayılı ODNK'den iktibas edilen 55/1991 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Yasa", KKTC yasama organı tarafından 2/4/1991 tarihinde kabul edilmiştir[481] . Bu nedenle KKTC'de kabul edilen organ ve doku nakline ilişkin hukuki rejimin Türkiye'deki ile önemli ölçüde örtüştüğü söylenebilir.

Organ bağışı oranının az olmasına karşılık organ ihtiyacının çok fazla olmasının da etkisi ile insan haklarına saygı bağlamında organ ticaretinin engellenmesi bakımından vatandaş-yabancı ayrımı gibi etik dışı yollara sapıldığı da görülmektedir[482]. Bunun en bariz örneği olan İsrail'de organ veya doku ticareti, anılan ülke vatandaşları bakımından yasak olmasına rağmen, ülke sınırları dışından getirilen organ veya dokular karşılığında vericiye menfaat temin edilmiş olması önemsenmemektedir[483].

D. Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Mevzuat

Organ veya doku nakli, mahiyeti ve kapsamı itibarıyla çeşitli operasyon ve ameliyatlardan oluşması itibarıyla, karmaşık olduğu kadar, verici ve alıcının doğrudan vücut bütünlüklerine müdahale niteliğindedir. Bu kapsamda ve aynı zamanda istismara açık işlemler olması itibarıyla, sistematik bir mevzuatla düzenlenmesi toplumsal düzen bakımından zorunludur.

---

[480] Criminal Code of the Republic of Hungary, Title 173.
[481] Erkut Ziya Sivrikaya, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Organ ve Doku Nakli", **Yıldırım Uluer'e Armağan**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, s.115; Hakeri, **Kıbrıs,** s.131 vd.
[482] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.213.
[483] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.213.

Anayasamızın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" ve ikinci fıkrasında "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*" düzenlemelerine yer verilmiştir. Yine Anayasamızın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlığını taşıyan 56. maddesinin birinci fıkrası "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*", üçüncü fıkrası "*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*" ve dördüncü fıkrası "*Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir*" hükümlerini içermektedir. Bu maddelerin hükümlerinin kişilerin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik getirdikleri anayasal güvencenin yanı sıra, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler konusunda yıllar itibarıyla gösterdiği değişim de tıp bilimi kriterleri içerisinde organ ve doku nakli işlemlerini destekler nitelikte tezahür etmiştir.

Diğer yandan, Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olup, bu bakımdan, TBMM tarafından 3/12/2003 tarihinde kabul edilen 5013 sayılı Kanun ile "onaylanması uygun bulunan" ve 20/4/2004 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlük kazanan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" bu konuda özel bir önem taşımaktadır[484].

Yukarıda organ ve doku naklinin tarihsel gelişimine ilişkin yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, organ ve doku naklindeki gelişimin başladığı ve müteakiben hız kazandığı 20. yüzyılda, aynı zamanda bu gelişmelere paralel bir kanunlaştırma (kodifikasyon) süreci de ortaya çıkmış ve gittikçe yoğunlaşmıştır[485].

[484] Ünver, **Vaka/Soru**, s.203.
[485] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.18.

Gelişmiş ülkelerden bazılarında organ ve doku nakli ile ilgili düzenlemelerin Türkiye'den çok sonra yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede sırasıyla Avusturya (1982), Lüksemburg (1982), Belçika (1986), İngiltere (1989), Yunanistan (1989), Kanada (farklı eyaletlerde 1986-1992 arası), Rusya Federasyonu (1992) ve İtalya'nın (1993) organ ve doku nakli faaliyetlerini ülkemizden daha sonra ve belirtilen yıllarda ulusal düzeyde hukuki çerçeveye kavuşturduğu görülmektedir[486]. Nitekim, Türkiye bu anlamda ortaya çıkan hukuki çerçeve ihtiyacının farkına varıp kanunlaştırma yapan öncü ülkelerden olmuş ve 29/5/1979 tarihinde ODNK kabul edilmiş, 3/6/1979 tarihinde de Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[487]. Bu noktada Türk kanun koyucusunu öncü olmaya iten en önemli zorlayıcı faktörün Türk doktorlarının organ ve doku naklindeki başarısı olduğu da göz ardı edilmemelidir.

ODNK'nın kabulünden önce Türk hukukunda organ veya doku nakli konusundaki istismarları önlemek üzere ceza normu öngören tek düzenleme 765 sayılı mülga TCK'nin 201/b maddesinin birinci fıkrasında mevcuttu[488]**.** Belirtilen bu fıkrada *"... 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 tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran*" kimselerin cezalandırılması öngörülmüştü.

Organ veya doku alınması ve nakli ile tıp bilimi ile ilgili ortaya çıkan hızlı gelişmeler karşısında, mevcut hukuk düzeni bu alanda ortaya çıkan sorunlara cevap vermekte zorlandığı dönemler olmuştur. ODNK'nın kabulünden önce ortaya çıkan hukuki sorunlar Yargıtay içtihatlarına da yansımıştır. Nitekim Yargıtay bu hususta bir kararında[489] özetle, ceza hukuku bakımından bazı ülkelerde organ nakli ile ilgili

---

[486] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.18; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.182; M. Aydın, **Digesta**, s.222; Ziroğlu, **A.g.e.,** s.27-28.
[487] Gökcen, **Düşünceler**, s.63; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.18.
[488] Algan, **A.g.e.,** s.28.
[489] *"Organ nakli konusunu iki yönden incelemek gerekmektedir. Hukuki bakımdan, ölü sahibinin muvafakatı dışında ölüden bir organ veya parça alınması halinde ilgililerin Hukuk Mahkemesine dava açarak müdahaleyi yapan doktordan tazminat istemesi söz konusu olabilir. Konunun ceza safhasına gelince: Bazı ülkelerde doktorların yapmakta oldukları organ nakli (Transplantasiyon) hakkında kanunlar çıkartılmış ve bunun şartları tespit edilmiştir. Türkiye'de yıllardan beri doktorlar tarafından bu konuda çalışmalar ve ameliyatlar yapılmakta ise de mevzuatta organ nakline ait gerekli*

kanunlar çıkartılmış ve bunun şartlarının tespit edilmiş olmasına karşılık, Türkiye'de yıllardan beri hekimler tarafından mevzuatta organ nakline ilişkin düzenleme bulunmadığı halde bu konuda çalışmalar ve ameliyatlar yapıldığı, mevzuatta organ nakline ilişkin düzenleme bulunmadığı gibi tesis etmiş içtihat da olmadığı belirtilerek, konuyla ilişkili görülebilecek olan TCK'nin 178. maddesinin 2. fıkrası hükmünün mezara ve ölüme tecavüzü önlemeye yönelik olduğu da açıklandıktan sonra, doktorların insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle ve hatta belki ilgilinin muvafakatini almak imkanı dahi bulamadan organ nakli yapmak zorunda kaldıkları bu gibi durumlarda, kanun koyucunun doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmenin mümkün olmadığı, aksi halde tıbbi çalışmalar ve fenni ilerlemenin aksatılmış olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, biran evvel organ naklinin şartları ve hukuki yönlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır[490]. Görüldüğü üzere Yargıtay, ilk derece mahkemesinin beraat kararını onarken ağırlıklı olarak izinsiz olarak ölünün gözünü alıp başka hastaya nakleden doktorların suç işleme kastı ile hareket etmedikleri gerekçesine dayanmıştır. Bu sonuca ulaşılırken de daha çok o tarih itibariyle kanunlardaki boşluk eleştirilmiş ve sanıkların cezalandırılması talep edilen 765 sayılı mülga TCK'nin 178. maddesinin ikinci fıkrası tarihsel ve teleolojik yoruma tabi tutularak, tıbbi amaçla işlenen fiiller norm alanından dışlanmıştır.

---

hükümler bulunmadığı gibi tesis etmiş içtihad da yoktur. Konuyu TCK.nun 178. maddesinin 2.fıkrası hükmünü göz önünde tutarak incelemek gerekmektedir. Maddenin 1. fıkrasında ölünün naaş ve kemiklerine hakaretten bahsedilmiş 2. fıkrada ise (Bunlar haricinde olarak bir kimse bir ölünün naşını 'tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın bir naşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa cezalandırılır). Hükmü konulmuştur. Mehaz kanun yapıldığı veya dilimize çevrildiği zamanlarda organ nakli diye tıbbi bir mevzuu yoktu. Kanun koyucunun mevcut olmayan Organ nakli konusunu da bu maddeye 2. fıkrası ile müeyyide altına aldığı düşünülemez. Maddenin bu fıkrasını incelerken TCK.nun 2. babının 2. faslındaki başlığı da göz önünde tutmak lazımdır. Başlıkta (Din Hürriyeti aleyhine cürümler) denmektedir. Sözü geçen maddenin 2. fıkrasının tedvinindeki sebep ve maksat üzerinde durmak ve failin hareketlerinin din hürriyeti aleyhinde olup olmadığının araştırmak lazımdır. 178. maddedeki hükümlerle mezara ve ölüme tecavüzü önlenmek istenmiştir. Doktorların yaptıkları tıbbi çalışmaların din hürriyeti veya ölüye tecavüzle alaka ve münasebeti yoktur. 178. maddenin 2. fıkrasını yorumlarken dar mana vermiyerek geniş ve ilerletici bir yorum yapmak zorunluluğu vardır. Dünyanın birçok ülkelerinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle (belki ilgilinin muvafakatını almak imkanı bulamadan) Organ nakli yapmaktadırlar. Kanun Koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dair bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fenni ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca biran evvel Organ nakli hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve Organ naklinin şartlarını Hukuki yönlerini tayin ve tespit etmektedir.", Yrg. 4. CD, E.1975/2433, K.1975/3150, K.T.2/6/1975.

[490] Yücel, **A.g.m.,** s.682; Algan, **A.g.e.,** s.28 vd.

ODNK'nın gerekçesinde de, Yargıtay'ın yukarıda belirtilen içtihadına değinilerek, belirtilen eksikliğe temas edilmek suretiyle, yürürlükte olan yasalarımızda transplantasyonun hukuksal sorunlarını giderici hükümlerin yer almamış olmasının, organ nakli işleminin akademik ve klinik çalışmalarını engellediği ve daha önce yapılan bazı organ nakilleri nedeniyle, transplantasyonu gerçekleştirmiş olan sağlık personelinin adli soruşturmaya tabi tutulmuş oldukları, ancak Türk Yargıtayının tıbbın insan sağlığı ve yaşamı yönünden çağdaş gelişimine çalışan hekimleri cezalandırmayı düşünmemiş ve mahkûmiyet kararı verilmesini yerinde görmemiş olduğu belirtilmiştir.

17/2/1926 tarihinde kabul edilen 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu'nun "Devir ve takyit yasağı ve istisnalar" başlıklı 23. maddesinin (14/11/1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun'la eklenmiş) üçüncü fıkrası "*Ancak, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi, maddi ve manevi tazminat davası da açılamaz.*" şeklindedir. 4271 sayılı TMK'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasında da benzer düzenleme bulunduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.*" Belirtilen bu düzenlemelerde kişilerin vücut bütünlükleri üzerinde mutlak iradelerinin varlığının gözetildiği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, organ ve doku nakli ile ilgili temel mevzuat olan 2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun", söz konusu kanunun gereğince yürürlüğe konulmuş olan "Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği" ile "Ulusal Organ Ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi" ve organ veya doku ticareti suçunun cezai yaptırıma bağlandığı tez konusunun esasını teşkil eden Türk Ceza Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

1. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK)

Tıp bilimi ve uygulaması alanında dünyadaki gelişmelere ve uygulamalara paralel olarak, ülkemizde de yer yer organ ve doku nakli denemeleri yapılmaya başlanmış ve nitekim 1968 yılında yapılan ilk denemelerden yaklaşık 11 yıl kadar sonra 29/5/1979 tarihinde ODNK kabul edilmiştir. Bu suretle ilk defa organ veya doku nakline ilişkin bazı fiiller suç olarak tanımlanmıştır. Belirtilen düzenlemenin organ veya doku nakli alanındaki hukuka aykırı eylemleri yasaklayıcı işlevinden daha önemli olan diğer işlevi, organ ve doku naklinin ceza hukuku anlamında da bir çerçeveye kavuşturması olmuştur. Daha sonraki yıllarda ise, tıp bilimi ve uygulamada meydana gelen gelişmelere paralel olarak, yeni ihtiyaçları karşılamak maksadıyla 2594, 6514 ve 7151 sayılı Kanunlarla ODNK'da değişiklikler yapılmıştır.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun birinci maddesine göre, Kanun'un amacı "Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli" konusunda genel hukuki çerçeveyi çizmektir. Kanun'un ikinci maddesinde ise, organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı, "Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu"nun bu Kanun'a tâbi olmadığı hükme bağlanmıştır. Söz konusu ifadelerden, aynı insan üzerinde yapılan nakiller ve hayvandan insana yapılan nakillerin ODNK hükümlerine değil, tıbbi müdahaleye ilişkin genel hükümlere tabi olduğu anlaşılmaktadır[491].

ODNK kapsamında, ikinci bölümde canlı insandan ve üçüncü bölümde ölüden nakil amaçlı organ veya doku alınmasının koşulları, izin verilen ve

[491] Belirtilen düzenleme bu yönüyle Alman Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu'nun (Transplantationsgesetz, TPG) "*Kanunun Amacı ve Kapsamı*" kenar başlıklı 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerindeki, kişinin kendisine yerleştirilmek üzere doku alınması veya kan ve kan bileşenlerinin nakli bakımından TPG'nin uygulanmayacağına dair düzenleme ile benzerlik arz etmektedir.

verilmeyen fiil veya işlemler düzenlenmiş ve bu iki nakil kategorisi prosedür bakımından farklı hükümlere tabi tutulmuştur[492].

ODNK bir bütün olarak değerlendirildiğinde dikkat çeken hususlardan birinin, tanımlama yapma konusundaki nakıs tutum olduğu görülmektedir. Nitekim yukarıda kavramsal çerçeve kısmında değinildiği üzere Kanun'da "organ" ve "doku" kavramlarının açık bir tanımına yer verilmemiştir[493]. Aynı şekilde Kanun'un ölüden organ veya doku alınması prosedürü bakımından önemli yer tutan "ölüm anı" ve "ölüm halinin tespiti"ni düzenleyen 11. maddesinde ifade edilen ölüm kategorisinin biyolojik ölüm mü yoksa beyin ölümü mü olduğu açık bir şekilde ortaya konulmamıştır.

ODNK'da organ ve doku alınması ve naklinin koşulları ile birlikte dördüncü ve son bölümde cezai yaptırımlara da yer verilmiştir. Bu bağlamda, 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce ODNK'nın 15. maddesi "*Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan 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.*" hükmünü içermekteydi[494]. Anılan madde, tarif edilen fiillerin oluşturdukları vahametin ağırlığına göre tasnif edilmeksizin aynı yaptırıma bağlandığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmekteydi[495]. Esasen ODNK'nın yürürlüğe girdiği tarihlerde yürürlükte bulunan 765 sayılı mülga TCK'de doğrudan hukuka aykırı organ ve doku alınması ve naklini ya da organ ve doku ticaretini yasaklayan bir hüküm bulunmaması sebebiyle, ODNK'da cezai yaptırımlara yer verilmesinin yerinde olduğu düşünülebilir.

7151 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile ODNK'nın 15 maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiş ve yapılan bu değişiklik ile, "*Hukuka aykırı olarak organ ve*

[492] Algan, **A.g.e.,** s.31.
[493] Algan, **A.g.e.,** s.31.
[494] Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.59.
[495] Algan, **A.g.e.,** s.32; Soyaslan, **Organ Nakilleri**, s.347-348; Yukarıda "mukayeseli hukuk" kısmında da belirtildiği üzere, Alman Kanunu'nun (TPG) 19. maddesi de benzer şekilde düzenlenmiştir.

doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır." şeklinde düzenleme yapılarak, belirtilen sakınca giderilmiştir. Yapılan bu atıf ile ODNK'nın 15. maddesinde belirtilen organ ve doku alınması ve nakline ilişkin fiiller yönünden TCK'nin 91. maddesi ile uyum sağlanmış ve fiillerin yaptırımları ile ilgili TCK'nin 91. maddesinin uygulanacağı belirtilerek uygulama yönünden birlik ve netlik sağlanmıştır.

Bu çerçevede, halihazırda yürürlükteki mevzuatımızda ODNK'nın 15. maddesiyle yapılmış olan atıf ve mevcut düzenleme itibariyle TCK'nin 91 ilâ 93. maddelerinde organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümlere yer verilmiştir[496]. Ancak, 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra ODNK'nın cezai hükümleri, kanuna aykırı embriyo veya üreme hücresi bağışına ilişkin olarak aynı türevdeki fiiller ve izinsiz organ nakli merkezi açılması ile sınırlı hale gelmiştir.

Aşağıdaki tablo incelendiğinde ODNK'nın 15. maddenin son halinde sayılan fiillerin TCK'nin 91. maddesindeki fiillerle bire bir örtüştüğü görülmektedir:

Tablo 1.1: ODNK (eski-yeni) – TCK hükümlerinin karşılaştırması

ODNK md. 15 (eski)	**ODNK md. 15/1 (yeni)**	**TCK md. 91**
"Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan"	"Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan"	"(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, … cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, … hapis cezasına hükmolunur. (2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, … cezalandırılır."
"Bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar"	"Satan, satın alan, satılmasına aracılık eden"	"(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur."
"Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku … saklayan, aşılayan ve nakledenlerle"	"Saklayan, nakleden veya aşılayan"	"(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, … cezalandırılır."
	"Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan"	"(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, … cezalandırılır."

[496] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.431; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.59.

Organ ve Doku Nakli Kanunu, yürürlüğe girdiği 3/6/1979 tarihinden günümüze kadar dört defa değişikliğe uğramıştır. *İlk değişiklik,* 21/1/1982 tarihli ve 2594 sayılı (R.G. 27/1/1982 tarih ve 17587 sayı) "2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunun 14 üncü Maddesinin Matlabı ile Son Fıkrasının Değiştirilmesi ve Bu Maddeye Yeni Bir Fıkra Eklenmesine İlişkin Kanun" ile yapılmıştır. Anılan düzenleme ile "Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası" kenar başlıklı 14. maddesinin dördüncü fıkrasında değişiklik yapılmış ve beşinci fıkra eklenmiştir. *İkinci değişiklik,* 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı (R.G. 18/1/2014 tarih ve 28886 sayı) "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile yapılmıştır. Anılan Kanunla ODNK'nın "Organ ve doku almaya, saklamaya, aşılamaya ve nakline yetkili sağlık kurumları" kenar başlıklı 10., "Ölüm halinin saptanması" kenar başlıklı 11. maddeleri değiştirilmiş ve 14. maddesine altıncı fıkra eklenmiştir. *Üçüncü değişiklik,* TBMM Genel Kurulunca kabul edildikten sonra 16 Nisan 2017 tarihli halkoylaması sonucu kabul edilerek yürürlüğe giren Anayasa değişikliğiyle birlikte "Tüzük" müessesesinin Türk hukuk sisteminden çıkarılmasının bir sonucu olarak, mevzuatın yeni sisteme uyumlu hale getirilmesi amacıyla çıkarılan 2/7/2018 tarihli ve 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 33. maddesi ile ODNK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "tüzükleri" ibaresinin madde metninden çıkarılması şeklinde yapılmıştır. *Dördüncü ve son değişiklik ise,* 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı (R.G. 5/12/2018 tarih ve 30616 sayı) "Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile yapılmıştır. Bu Kanunla ODNK'nın 15. maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiş ve Ek 1. ve 2. maddeler eklenmiştir.

Özellikle 2000'li yılların başlarından itibaren hızlanan Avrupa Birliği (AB) müktesebatına ve Kopenhag Kriterleri'ne uyum süreci kapsamında yapılan hukuk alanındaki reform ihtiyacının bir sonucu olarak 26/9/2004 tarihinde kabul edilen ve 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK'de organ ve doku nakline atfedilen önem tekrar edilmiş, bu alanda kamu düzenini bozucu eylemler Kanun'un 91. maddesinde tanımlanarak ceza yaptırımına bağlanmıştır. Yukarıda belirtilen 7151

sayılı Kanunla ODNK'nın cezai hükümleri genişletilmiş, organ ve doku ticareti fiilleri bakımından TCK'ye atıf yapılarak mevzuatta ahenk (uyum) sağlanmaya çalışılmıştır.

Organ ve doku nakli faaliyetlerinin hukuki çerçevesinin çizilmesi bağlamında gelinen aşamada henüz kanunlaşmamış olan Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır. Bu düzenlemenin hedefinde, organ, doku ve hücre nakline ilişkin uygulamaların yaygınlaştırılması yer almaktadır. Bu süreçte birçok kurum, kuruluş ve sivil toplum kuruluşundan anılan Taslağın geliştirilmesi için görüş talep edilmiştir. Taslağa genel olarak bakıldığında, yürürlükteki Kanun ve Yönetmelikteki bazı düzenlemelerden önemli ayrışmalar sergilendiği görülmektedir. Bu noktada özellikle Sağlık Bakanlığına kadavra veya yaşayan (canlı) ayrımı gözetilmeksizin organ nakli ile ilgili uygulamaların etkililiğinin artırılması ve organ nakli uygulamalarında merkezi denetimin sağlanması rolleri yüklenmektedir[497]. Kadavra verici adına bağışta bulunan yakınına ve Ulusal Doku Bilgi Bankasına bağışta bulunup, kemik iliği ya da kök hücreleri bağışında bulunan kişilere olanaklar dahilinde sağlık hizmetlerinden yararlanmada öncelik hakkı verilmesi öngörülmüştür[498]. Bu şekilde organ, doku ve hücre bağışı ödüllendirilerek daha cazip hale getirilmek istenmiştir. Ancak dolaylı ve sınırları belirsiz de olsa, bağışta bulunana bir menfaat sağlamayı gerektirmesi itibarıyla bunun ayrı bir etik tartışmasını beraberinde getirecek bir adım olduğu açıktır.

2. Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği

Organ ve doku nakline ilişkin bir diğer düzenleme ise, 09/12/2022 tarihli Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'dir. Daha önce 01/06/2000 tarihli ve 24066 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan ODNHY, aynı ad altında ODNK'ya dayanılarak[499] yenilenmiş ve 01/02/2012 tarihli ve 28191 sayılı Resmî

[497] Mustafa Hasbahçeci, "Organ Nakli Yasa Tasarısı Üzerine…", **Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Mart-Nisan-Mayıs 2008, S:6, s.1, (Çevrimiçi) http://www.sdplatform.com/Dergi/144/Organ-nakli-yasa-tasarisi-uzerine.aspx, Erişim Tarihi: 20 Şubat 2023.
[498] Hasbahçeci, **A.g.e.,** s.90.
[499] 1/2/2012 tarihli ve 28191 sayılı Resmî Gazete yayımlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin "Dayanak" kenar başlıklı 3. maddesi "*Bu Yönetmelik; 29/5/1979 tarihli ve 2238*

Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yürürlükte bulunan Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ise, 29/05/1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'a, 07/05/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3 üncü maddesi ile 9 uncu maddesinin (c) bendi ve ek 11 inci maddesine, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 355. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri ile 508. maddesine dayanılarak hazırlanmış ve 09/12/2022 tarihinde 32038 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Yönetmelik ile, tedavisi doku veya organ nakli ile mümkün olan hastaların hayatını sürdürmesine yönelik nakilleri gerçekleştirecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku tipleme laboratuvarlarının açılması, çalışması ve denetimi ile organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esasların belirlenmiş (md.1) olduğu, ayrıca (1) numaralı ekinde beyin ölümü tanısı esaslarının ortaya konulduğu görülmektedir.

Yönetmeliğin 12. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, "*İkinci fıkrada yer alan hususların dışında kalan canlı vericiden organ nakillerinin etik açıdan uygunluğunun değerlendirmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu tarafından yapılır.*"

Aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında ise Etik komisyonuna başvuru dosyasında komisyonun ek olarak isteyeceği evraklar dışında yer alması zorunlu olan belgeler sayılmıştır. Ancak bahsi geçen aşama ODNK'da düzenlenmiş değildir. Bu bağlamda belirtilen prosedüre uyulmaksızın nakil yapılması halinde ODNK'nın 15. maddesi atfıyla TCK'nin 91. maddelerinde düzenlenen suçların oluşup oluşmayacağı önem arz eden bir sorudur[500]. Etik komisyona başvuru için gerekli belgelere bakıldığında, esasen ODNK'da yer verilen rıza, bilgilendirme ve gönüllülük koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik olduğu

---

sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır." şeklindedir.

[500] Algan, **A.g.e.,** s.38.

görülmektedir[501]. Bununla birlikte Yönetmelik'te belirlenen Etik Komisyona ilişkin prosedüre riayet edilmemesinin, başlı başına TCK'nin 91. maddesinde tanımlanan suçlara vücut verdiği kabul edilemez. Aksi yöndeki kabul, anayasal prensiplerden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ters düşecektir[502].

Burada Etik Komisyonun işleyişine ilişkin olarak yeni düzenleme ile getirilen değişikliğin Anayasal yönüne bir başka açıdan da değinmek gerekmektedir. ODNK'nın 7151 Sayılı Kanun'un 16. maddesi ile eklenen Ek 2. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereğince "*Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonlarının kararlarına karşı yapılacak itirazları değerlendirmek üzere Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu teşkil edilir. Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu, itiraz üzerine komisyon kararlarını inceleyerek onaylar, iptal eder veya komisyonun yerine geçip yeniden karar alır. Kurulun organ nakli başvurularına dair verdiği kararları kesindir.*" Buna göre Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu'nun itiraz üzerine verdiği kararlar kesin nitelikte olup, herhangi bir başvuru yolu düzenlenmemiştir. Bu durum, Anayasa'nın idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılamayacağı yönündeki hükmüne açık aykırılık teşkil etmektedir[503]. Oysa düzenlemenin önceki halinde idari karar niteliği taşıyan Etik Kurul kararlarına karşı idari yargıya başvurulabilmekteydi[504].

Yönetmeliğin bir diğer önemli yönü de, ölüm anının organ veya doku naklini kolaylaştıracak şekilde tespitini sağlayan "beyin ölümü" kriterini benimsemiş olmasıdır[505]. Yukarıda belirtildiği üzere, ölüden organ veya doku nakli bakımından son derece önemli olan "ölüm anının tespiti" yönünden ODNK'da açık bir düzenleme bulunmamasına karşılık, ONHY'nin 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde "*Beyin ölümü: Tüm beyin ve beyin sapı fonksiyonlarının tam*

---

[501] Algan, **A.g.e.,** s.38-39.
[502] Anayasa Mahkemesinin *Karlis A.Ş.* başvurusuna ilişkin kararda kanunilik prensibine ilişkin kavrayış bakımından benzer bir düşüncenin hâkim olduğu görülmektedir. [*Karlis A.Ş.*, B. No: 2013/849, 15/4/2014, §§ 42-44; (Çevrimiçi) https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/849?BasvuruAdi=KARLİS+A.Ş., Erişim Tarihi: 05 Mayıs 2021.
[503] Hakeri, **Tıp Hukuku**, CII, s.743.
[504] Sunay Akyıldız, "Organ Nakli Talebinin Etik kurulda Reddi Karşısında Hastanın İdari Dava Açma Hakkı", **III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ed. Hakeri/Doğan, C:1, Ankara, 2019, s.496.
[505] Algan, **A.g.e.,** s.39-40.

ve geri dönüşümsüz kaybını" şeklinde beyin ölümü tanımlandığı gibi, aynı Yönetmeliğin (1) numaralı ekinde beyin ölümü *"(1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır.*" şeklinde açık biçimde tanımlanmıştır.

Diğer bir husus, ONHY'nin 12. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile yaşayan kişiden organ veya doku alınması bakımından ikincillik prensibinin kabul edildiği görülmektedir. ODNK'nda bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ONHY ile getirilen söz konusu düzenlemeyle tarafı olduğumuz Oviedo Biyotıp Sözleşmesinin 19/1. maddesi ile uyum sağlanmıştır.

3. Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi

Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi 28/5/2008 tarihinde Sağlık Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulmuş ve son olarak 19 Şubat 2016 tarihinde güncellenmiştir[506].

Yönerge, 01.06.2000 tarihli ve 24066 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren mülga Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 29. maddesi ile belirlenen "organ ve doku dağıtımına ilişkin usul ve esasları belirlemek, organ ve doku nakli hizmetleri ile ilgili merkezlerin ve bu merkezlerde görevli personelin görev ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek" amacına yönelik olarak çıkartılmıştır.

19 Şubat 2016 tarihinde yürürlüğe konulan söz konusu Yönerge ile, 30/01/2001 tarihli ve 950 sayılı Bakan Onayı ile yürürlüğe giren Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yönerge ile, kadavra vericiden organ ve doku dağıtım ilkeleri ile organ ve doku nakli hizmetlerini yürüten merkezlerin ve personelin görev ve sorumlulukları düzenlenmiştir.

[506] (Çevrimiçi), https://www.saglik.gov.tr/TR,11250/ulusal-organ-ve-doku-nakli-koordinasyon-sistemi-yonergesi.html, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2019.

4. Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçuna İlişkin Düzenlemeler

Mülga 765 Sayılı TCK'de "organ veya doku ticareti" suçuna tam karşılık gelen bir düzenleme mevcut değildi ve bahsi geçen suça konu eylemler aynı Kanun'un 201/B maddesinde tanımlanan "insan ticareti suçu" olarak nitelendirilmekteydi[507]. Buna ek olarak ODNK'nın 15. maddesinde 2018 yılında yapılan değişiklikten önce organ veya doku nakline ilişkin farklı nitelikte ve ODNK'ya aykırı olarak gerçekleştirilen eylem ve işlemler kümülatif olarak bir tek yaptırıma bağlanmaktaydı.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'yla organ ve doku alınması ve nakli suçlarının biraz daha somutlaştırıldığı ve daha sistematik bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Belirtilen Kanun'un ikinci kitabının ikinci kısmının "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci bölümünde 91 ilâ 93. maddelerinde organ ve doku naklini ilgilendiren suç tanımlamalarına yer verilmiş ve bu tezin konusunu oluşturan organ veya doku ticareti suç olarak düzenlenmiştir.

TCK'nin "Organ veya doku ticareti" başlıklı 91. maddesinde farklı eylemlerin niteliklerine göre farklı cezalarla karşılaşacağı bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda, TCK'nin 91. maddesinin birinci fıkrasında, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alınması ve ayrıca suçun konusunun doku olması hallerinin yaptırıma bağlandığı, ikinci fıkrasında, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması fiilinin yaptırıma bağlandığı, üçüncü fıkrasında, organ veya doku satın almak, satmak ve satılmasına aracılık etmek fiillerinin yaptırıma bağlandığı, dördüncü fıkrasında, birinci ve üçüncü fıkrada belirtilen suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinin yaptırıma bağlandığı, beşinci fıkrasında, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ve aşılamak fiillerinin yaptırıma bağlandığı, altıncı fıkrasında, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiilinin yaptırıma bağlandığı, yedinci fıkrasında, önceki

[507] Çetin Arslan, Bahattin Azizoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları, 2004, s.406; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.144.

fıkralarda belirtilen suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında uygulanacak yaptırımın belirlendiği, sekizinci fıkrasında ise, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Ayrıca TCK'nin 92. maddesinde organ ve doku satmak suçunda zorunluluk halinin, 93. maddesinde ise etkin pişmanlık halinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir[508].

Görüleceği üzere madde başlığı "Organ ve doku ticareti" olmakla birlikte, içerik olarak organ ve doku ticaretine ek olarak organ veya doku alınması ve nakline ilişkin hukuka aykırı olarak yapılan diğer eylemlerin de yaptırıma bağlanmıştır[509]. Bu bağlamda başlığın madde metnini tam anlamıyla kapsayıcı olmaması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir[510].

Diğer yandan, ODNK ile TCK arasındaki tamamlayıcı ilişkinin ortaya konulması ve her iki Kanun'daki suç tanımlarının karşılaştırılmasında yarar vardır. TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fırkasında geçen "hukuken geçerli rıza", (2) numaralı fırkasında geçen "hukuka aykırı olarak" ve (5) numaralı fırkasında geçen "hukuka aykırı yollarla" ifadelerinin kapsamının ODNK hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Belirtilen ifadelerde atıf yapılan "hukukilik" durumu, ODNK'da düzenlenen organ veya doku alınması ve nakline ilişkin usul, esas ve prensipler çerçevesinde belirlenecek ve bu şekilde suçun oluşup oluşmadığı konusunda karar verilebilecektir[511].

TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fırkasında, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku alan kimsenin cezalandırılacağı öngörülmüştür. ODNK'da rızanın geçerliliği, kişinin 18 yaşını doldurmuş ve ayırt

---

[508] İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, C:I, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2007, s.608-609.
[509] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.128; Algan, **A.g.e.,** s.41.
[510] Soyaslan, **Organ Nakilleri**, s.350; Algan, **A.g.e.,** s.41; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016 (Özbek v.d., Özel Hükümler), s.261; Soyaslan, **Değerlendirme**, s.153; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.128.
[511] Algan, **A.g.e.,** s.41.

etme gücüne sahip olması, en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak biçimde yazılı veya en az iki tanık huzurunda beyanı tutanağa geçirilerek hekim tarafından onaylanması suretiyle sözlü olarak açıklanması koşullarının varlığına bağlıdır[512]. Belirtilen koşulları sağlamayan rızaya dayalı işlem yapılması halinde hukuken geçerli rızanın varlığından söz edilemeyeceğinden, bu durumda faillerin TCK'nin 91. maddesine göre sorumlulukları ortaya çıkabilecektir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar, ikinci bölümdeki ilgili suç tiplerinde yapılmıştır. Aynı maddenin (2) numaralı fırkasında, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kimsenin cezalandırılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu ifadede geçen "hukuka aykırılık" olgusu da ODNK hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Yine aynı maddenin (5) numaralı fıkrası, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişinin cezalandırılacağı düzenlemesini içermektedir. Belirtilen bu suçun oluşması, saklanan, nakledilen ya da aşılanan organ veya dokunun ODNK'nin 5 ilâ 14. maddeleri arasında belirlenen koşullara ve yine 3. maddesindeki yasağa uyulmaksızın elde edilmiş olmasına bağlıdır. Belirtilen fıkralarda suçun kanuni tanımında yer alan "hukuka aykırılık" ifadesinin icra ettiği fonksiyon ikinci ve üçüncü bölümde ilgili suça ilişkin başlıklar altında incelenecektir.

TCK'nin 91. maddesinin (4) numaralı fırkasında "suçun bir örgütün faaliyeti kapsamında" işlenmesinin "nitelikli hal" olarak düzenlenmesi, (6) numaralı fıkrasında "çıkar karşılığında organ veya doku temini" konusunda "ilan, reklam veya yayın yapma" fiillerinin müstakil suç olarak tanımlanmış olması ve (7) numaralı fıkrasında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri öngörülmüş olması mevzuatımızda birer yenilik olarak ortaya çıkmıştır. Yine TCK'nin 92. maddesi ile düzenlenen "zorunluluk hali" ve 93. maddesi ile düzenlenen "etkin pişmanlık" halleri de organ ve doku alınması ve ticaretine ilişkin suçlar bakımından birer yenilik mahiyetindedir[513].

[512] Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207.
[513] Algan, **A.g.e.,** s.45.

İKİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU ALINMASINA İLİŞKİN SUÇLAR

I. YAŞAYAN KİŞİDEN HUKUKEN GEÇERLİ RIZAYA DAYALI OLMAKSIZIN ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU

A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler

ODNK'nın "Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınması" başlığını taşıyan ikinci bölümü içerisinde, (Kanun'un) 5 ilâ 10. maddelerinde yaşayan kişiden organ ve doku alınması ile ilgili şartlar düzenlenerek hukuki çerçeve çizilmiştir.

Anılan Kanun'un "Cezai ve idari müeyyideler" başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrası ile "hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan" kişilerin bu eylemlerinin cezai yaptırımları bakımından TCK'nin 91. maddesi hükümlerine atıf yapılmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ile de, ODNK'na aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlamak, aşılamak, bulundurmak, kullanmak, saklamak ve nakletmek, bunların alım ve satımını yapmak, alım ve satımına aracılık etmek veya komisyonculuğunu yapmak veya bu fiilleri özendirmek, bunlara yönlendirmek veya bunlara yönelik ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiilleri yaptırıma bağlanmıştır.

TCK'nin "*Organ veya doku ticareti suçu*" başlıklı 91. maddesi ile "organ ve doku ticareti" ana başlığı altında beş ayrı fiilin suç tanımına kavuşturulduğu ve müeyyideye bağlandığı görülmekte olup, bu suçlar, "*Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın* ***yaşayan kişiden*** *organ ve doku alma"*, "*Hukuka aykırı olarak* ***ölüden*** *organ veya doku alma", "Organ veya doku* ***satın alma, satma, satılmasına aracılık etme****", "Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu* ***saklama,***

nakletme veya aşılama" ve *"Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik* ***ilan ve reklam verme ve yayınlama"*** şeklinde sayılmıştır[1].

Yukarıda birinci bölümde hukuki çerçeve kısmında da ifade edildiği üzere söz konusu madde başlığı, madde içerisinde yer alan düzenlemeleri tam anlamıyla karşılamamaktadır[2].

TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku alan kimsenin cezalandırılacağı düzenlenmiş olup, fıkra kapsamında "organ" veya "doku" alınması eylemleri bakımından farklı yaptırımlar öngörülmüştür.

TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasının gerekçesinde, "*Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ veya doku alınması, suç oluşturmaktadır. Fiili suç oluşturmaktan çıkaran rızasının hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.*" şeklinde açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku alınması suç teşkil etmektedir. Mağdurun rızası suçun oluşmasına engel olabilir. Ancak bunun için rıza "hukuken geçerli" olmalıdır. Rızanın hukuken geçerli olup olmadığı ODNK'da belirlenen koşullara göre saptanır[3]. Fıkranın yukarıda nakledilen gerekçesindeki "ilgili mevzuatta" ibaresi ile kastedilenin ODNK olduğu anlaşılmaktadır[4].

ODNK'nın 15. maddesinin 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesindeki hali *"Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı*

---

[1] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hükümleri**, C:II, s.284; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s. 277; Taneri, **A.g.e.,** s.480.

[2] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.262; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s. 128; Fatih Selami Mahmutoğlu, "TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Serisi 10**, Ed. Yener Ünver, Ankara, 2009, s. 294.

[3] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279; Algan, **A.g.e.,** s. 86; Bu kapsamdaki açıklamalar daha detaylı olarak yukarıda birinci bölümde yapılmıştır.

[4] Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2021, 3. Cilt, s.3493-3494; Algan, **A.g.e.,** s. 86; Taneri, **A.g.e.,** s.481.

gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur." şeklinde idi. 15/11/2018 tarihli ve 7151 Sayılı Kanunun 15. maddesi ile söz konusu madde başlığı *"Cezai ve idari müeyyideler"* şeklinde ve maddenin birinci fıkrası olarak *" Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır."* şeklindeki düzenleme getirilmiştir.

7151 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklik öncesinde, ODNK'nın 15. maddesi ve TCK'nin 91/1. maddesi ile getirilen suçlar ve yaptırımlara ilişkin düzenlemeler çakışmaktaydı. İlk olarak TCK'nin 91/1. maddesi ile düzenlenen "yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması" fiili, ayrıca ODNK'nın 15. maddesi gereğince anılan "Kanun'a aykırı olarak organ ve doku alma" fiiline karşılık gelmekte idi[5]. Bu noktada birbiriyle denk fiiller yönünden sonraki kanun olması ve özel hüküm olarak düzenlenmiş olması nedeniyle TCK'nin 91. maddesi hükmü ile ODNK'nın 15. maddesi örtülü biçimde yürürlükten kaldırılmıştı[6]. Ancak, ODNK'nın 15. maddesinde organ ve doku nakli yönünden "bu Kanuna aykırı şekilde" ifadesi kullanıldığından ve TCK'nin 91/1. maddesinde yalnızca "rıza" olgusundan bahsedildiğinden, "rıza yokluğu" haricindeki diğer hukuka aykırılık durumları, örneğin ODNK'nın 9. maddesi gereğince gerekli tahlil ve incelemeleri yapmaksızın organ veya dokunun alınması hali sadece ODNK'nın 15. maddesi kapsamında değerlendirilmekte idi[7]. Bu bakımdan, TCK'nin 91 ve devamı maddelerindeki düzenlemeler ile ODNK'nın 15. maddesinin birlikte değerlendirilmesi gerekmekte idi. Ancak sözü edilen 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında "hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku

[5] Ertin, Mahmutoğlu, Başağaoğlu, **A.g.m.,** s.934.
[6] Algan, **A.g.e.,** s.134-135; Ertin, Mahmutoğlu, Başağaoğlu, **A.g.m.,** s.934; benzer görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hükümleri**, C:II, s.283.
[7] Ertin, Mahmutoğlu, Başağaoğlu, **A.g.m.,** s.935; benzer görüş için *bknz.* Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.96; Algan, **A.g.e.,** s.86.

teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında" TCK'nin 91. maddesi hükümlerinin doğrudan uygulanması gerekmektedir.

TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrası incelendiğinde kanun koyucunun bu fıkra içerisinde iki ayrı suç tipini düzenlediği görülmektedir. Buna göre söz konusu fıkranın ilk cümlesinde, "yaşayan bir kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ alınması" fiili yaptırıma bağlanmış iken, ikinci cümlesinde ise "doku alınması" fiili yaptırıma bağlanmış olup, suçun konusunun "organ" veya "doku" olmasına göre ceza yaptırımının niceliğinde bir farklılaşma öngörülmüştür. Bu nedenle TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında iki ayrı suç tipi ihdas edildiği yönünde haklı görüşler ileri sürülmüştür[8].

Canlılardan nakil amacıyla organ ve doku alınması üç şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bunlardan ilki vericinin ve alıcının aynı insan olduğu halde organ veya doku alınması, ikincisi bir başka kişiye nakledilmek üzere yaşayan vericiden organ veya doku alınması ve sonuncusu ise, yaşayan diğer canlılardan organ veya doku alınması şeklindedir.

İnceleme konumuz olan TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan "hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alınması" suçunun oluşabilmesi için, organ ve dokunun yaşayan bir kişinin vücudundan alınması gereklidir. Vericinin ve alıcının da aynı insan olduğu hallerde organ veya doku alınması şeklindeki fiil tıbbi müdahale kapsamında kalmaktadır. Hayvandan alınan organ veya dokunun bir insana nakledilmesi hali de ODNK ve TCK'nin 91. maddesinin kapsamı içerisinde bulunmamaktadır.

Diğer yandan, TCK'nin 151/2. maddesinin haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında mala zarar verme suçuna ilişkin aynı maddenin (1) numaralı fıkrası hükmünün uygulanacağına dair fıkrası 09/07/2021 tarihli ve 7332 Sayılı Kanun'un 17. maddesi ile ilga edilmiştir. Bunu yerine, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun tamamen yenilenen 28. maddesi ve yine aynı Kanun'a eklenen 28/A

[8] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hükümleri**, C:II, s.308; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s. 115; Algan, **A.g.e.,** s.86, 115.

maddesi gereğince, yaşayan bir hayvandan organ veya doku alınması eylemi artık *mala zarar verme* suçu kapsamında değerlendirilemeyecek, fiilin türüne göre idari para cezası veya adli cezalar uygulanması gerekecektir.

B. Korunan Hukuki Değer

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçu, ceza kanunumuzda "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" bölümü içerisinde düzenlenmiştir[9]. Doğumdan ölüme kadar kişinin vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik fiillerin ceza normları ile müeyyide altına alınması Anayasa'nın 17. maddesi gereği devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır[10].

Toplumsal otoritenin belirginleşmesinde ve devletlerin oluşmasında eski çağlardan beri en büyük etken, insanın hayat hakkının korunmak istenmesidir. Nitekim, inceleme konusu olan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçu da bu kategoriye girmektedir. Bu bağlamda suçun hukuki konusunun ve dolayısıyla suç ile korunan hukuki değerin, insanların yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişilik hakları ve insanlık onuru şeklinde sınırlandırılması mümkündür[11]. Bahsedilen bu haklar Anayasa'nın 15/2 ve 17/2. maddeleriyle güvence altına alınmıştır. Bu haklardan özellikle yaşam hakkının diğer tüm hakların öncülü olduğu, zira yaşamın sonlanması halinde diğer hakların varlığından söz edilemeyeceği de açıktır[12].

TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan suçla, bir yandan kişilerin vücut bütünlüğü korunurken, diğer yandan kişilik hakları da korunmak istenmiştir. Zira kişilik hakkı, insanın kişisel değerleri üzerinde bir haktır. Bugün kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler kendi aralarında değişik sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Bunlar arasında en çok yapılan ayrım maddi nitelikli kişisel değerler ve maddi nitelikli olmayan kişisel değerler ayırımıdır. Maddi nitelikli kişisel değerler

[9] Taneri, **A.g.e.,** s.483.
[10] Özbek. v.d., **Özel Hükümler**, s.258 vd.; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.114-115; Taneri, **A.g.e.,** s.483.
[11] Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s.1545; Taneri, **A.g.e.,** s.483; Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.409.
[12] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.128.

kişilerin vücut bütünlüğü, maddi olmayan kişisel değerler ise kişilerin onur, şeref ve haysiyetleri, namus, iç huzur, öz güven ve iç barışları olarak sayılabilir[13].

Söz konusu suç tanımı aynı zamanda kişisel özerkliğin koruma altına alınması ile de yakın ilişki içindedir. Nitekim güncel tıbbi etik ilkeleri arasında "özerkliğe saygı" ilkesine de yer verilmektedir. Bu ilke kişinin özerkliği ile bağlantılı fiillerine saygılı davranılmasını gerektirmektedir[14].

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bakımından fail, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku alan kimsedir. Nitekim, TCK'nin 37. maddesi gereğince fail, suçun kanuni tarifindeki fiili gerçekleştiren kişidir[15].

Söz konusu suça ilişkin Kanun'un maddesi ve gerekçesinde faile ilişkin herhangi bir niteliğe yer verilmemiş, bunun yerine "hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku alan "kimse"nin cezalandırılacağı" belirtilmiştir. ODNK'nın 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında (*Başlığı İle Birlikte Değişik:15/11/2018-7151/15 md.*) da, hukuka aykırı olarak organ ve doku alan kişiler hakkında TCK'nin 91. maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, TCK'nin 91/1. maddesi gibi, ODNK'nın bu maddesinde de failin niteliğine ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

---

[13] Ahmet Kılıçoğlu, "Organ ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991, S:2, s.246; Recep Ünal, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Şerefe Karşı Suçlar", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, 2008, s.12.

[14] Nermin Ersoy, Erdem Aydın, "Tıbbi Etikte Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi,** 1994, C:2, S:2, s.72. Benzer görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.461.

[15] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.897; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.112-113.

Söz konusu suçun failinin hekim olması gerekip gerekmediği ve bu itibarla da suçun özgü suç olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Failin kanuni tarifte aranan niteliğine göre suçlar "genel suçlar", "özgü suçlar" ve "bizzat işlenebilen suçlar" şeklinde sınıflandırılmaktadır[16]. Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar çoğunlukla ve kural olarak herkes tarafından işlenebilir. Kanuni tanımda faille bağlantılı olarak yer verilen "*kişi*", "*kimse*", "*bir kimse*", "*her kim*" gibi ifadeler buna delalet etmekte olup, bu suçlar "genel suçlar" olarak sınıflandırılmaktadır[17]. Bir kısım suçlar ise, kanuni tanımında özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik özelliğini taşıyan kişiler tarafından işlenebileceği belirtilmekte olup, bu suçlar "özgü suç" olarak tanımlanmaktadır[18]. Söz konusu suçun failinin kimler olabileceği ve bu bağlamda özgü suç olup olmadığı ile ilgili doktrinde ortaya çıkan *bir görüşe göre*, hekimlik vasfına sahip olmayan bir kimsenin organ veya doku alınması ve nakli gibi oldukça kompleks bir tıbbi operasyonu yapabilmesi mümkün olmadığı gibi, ODNK'nun 7. ve 10. maddeleri de göz önüne alındığında, organ ve doku alınması işlemini ancak uzman hekimler yapabilir ve dolayısıyla yalnızca hekimler (*Koca, Üzülmez'e göre uzman hekimler*) bu suçun faili olarak kabul edilebilir ve bu itibarla söz konusu olan bir özgü suçtur[19]. *Karşıt görüşe göre ise*, söz konusu suçun kanuni tarifi dikkate alındığında, suçun failinin hekimlerle sınırlı olarak kabul edilmesi hali maddenin düzenleniş amacına aykırı düşeceği gibi, bu durumda hekim olmayan kişilerin eylemleri ancak kasten yaralama suçu ile ilişkili ve daha az yaptırımla cezalandırılabilecek olup, bu nedenle bu suçun faili hekimler ya da hekim olmayan kişiler olabilir ve bu nedenle de suçun özgü suç niteliği bulunmamaktadır[20].

---

[16] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.113; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.200-201.

[17] İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.211-212 (Genel Hükümler); Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.113; benzer görüş için *Bknz.* Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.213 (Genel Hükümler).

[18] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.200; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.113.

[19] Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 8. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2022, s.106; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.278; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.151; Ali Kemal Yıldız, "Organ ve Doku Ticareti", **Özel Ceza Hukuku, C: II**, Kişilere Karşı Suçlar 1, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 287 (Organ ve Doku Ticareti).

[20] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hükümleri**, C:II, s.287; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**,

Bir şeyin hukuken mümkün olması ile fiilen mümkün olması arasında ceza kanunlarının yorumu bakımından farklılık bulunmaktadır. Doktor olmayan bir kimsenin organ veya dokuyu alması veya bunların naklini yapmasının hukuken yasak olması farklı, fiilen kişinin bu konuda bilgi ve yeteneğinin olmaması farklıdır. Bir kimsenin hekimlik mesleğini icra etme yetkisi olmamasına rağmen yaşayan kişiden organ veya doku alınması işlemini yapması TCK'nin 91/1. maddesindeki suça ilişkin koşullardan bağımsız olarak TŞSTİK kapsamında değerlendirilmesi gereken ayrık bir sorundur. Bu bakımdan, organ ve doku alınması ve nakli alanında uzman ve deneyimli olmakla birlikte meslekten çıkartılmış olan bir hekimin durumu, tıp fakültesi öğrencisi olup organ ve doku alınması ve nakli konusunda yetişmiş bir kimsenin durumu, veteriner hekim ya da sağlık mesleği memurlarından olup da insanlar üzerinde organ veya doku alınması ve nakli ile ilgili yeterli beceriye ulaşmış bir kimsenin durumu ve yine yabancı uyruklu olup organ ve doku alınması ve nakli hususunda eğitim almış ve uzmanlaşmış olmakla birlikte ülkemizde hekimlik yapması yasal olarak olanaklı olmayan bir kimsenin durumu örnek olarak göz önüne alınabilir. Bir başka ifadeyle hekimlik mesleğini icra yetkisi olmayan ve hatta resmi bir yüksek öğrenim kurumundan tıp eğitimi dahi almamış bir kişinin başarılı bir biçimde yaşayan kişiden organ veya doku alınması ameliyatını yapabilecek beceriyle donanmış olması olasılık dahilindedir. Yaygın olarak karşılaşılmaması ve mevzuat karşısında açıkça kural dışı olması sebebiyle de olsa bu olasılık göz ardı edilemez. Aksinin kabulü halinde, hekim olmayan bir kişinin TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan fiili işlemesine rağmen eyleminin cezasız kalması gibi bir sonuca sebebiyet verilebilecektir.

---

s.264; Ünver, Avrupa **Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.191; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.425; Metin, **A.g.e.,** s.461; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Taneri, **A.g.e.,** s.484; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Hasan Gerçeker; **Yorumlu& Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 6.bs., C:I, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.983; Algan, **A.g.e.,** s.88; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.103; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1307-1308; Aslıhan Öztezel, "Organ ve Doku Nakli Suçları", **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ed. Hakan Hakeri, Cahit Doğan, Türkiye Barolar Birliği, Lefkoşa, 16-17 Ekim 2014, s.224; Gizem Gözübüyük, "Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ Ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları",**Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2016, s.122.

Diğer yandan, organ veya dokunun alınması işleminin tıbbi müdahale niteliği göz önüne alındığında uzman hekimler eliyle yapılması gerektiği de açıktır. Zira, her organ veya doku alınması veya nakli işlemi karmaşık bir operasyon ve ameliyatlar zinciri halinde gerçekleştirilmektedir. Ancak, bu duruma karşın, TCK'nin 91/1. maddesi ve gerekçesinde ve yine ODNK'nın 15. maddesinde fail ile ilgili "kimse" ve "kişiler" tabirlerine yer verilmiş olması, suçun faili bakımından hekimleri işaret eden bir sınırlamaya yer verilmemiş olması, failin hekimlerle sınırlı olarak kabul edilmesi halinde hekim olmayan kişilerin bu suç kapsamındaki eylemlerinin zorunlu olarak kasten yaralama suçu ile ilişkili ve daha az yaptırımla karşılanabilecek olması, bu durumun hakkaniyet ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacağını değerlendirdiğimiz gibi, suça ilişkin anılan Kanun maddelerinin düzenleniş amacıyla da bağdaşmaması nedenleriyle suçun faili ile ilgili özel bir vasıf bulunmadığı kanaatindeyiz. Tüm bu nedenlerle, suçun failinin hekim olabileceği gibi sıradan bir kişi de olabileceği ve bu doğrultuda suçun "özgü suç" niteliği bulunmadığı yönündeki ikinci görüşe iştirak etmekteyiz.

Söz konusu suçun bir başka kişi araç olarak kullanılmak suretiyle de işlenmesi olanaklıdır. Nitekim TCK'nin 37/2. maddesi gereğince, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulacaktır. Burada sözü edilen *dolaylı fail* olup, suçu bir başka şahsı araç olarak kullanarak ve bu üçüncü şahıs üzerinde kurmuş olduğu egemenlikten yararlanarak kanunda öngörülen tipik eylemi bu üçüncü kişi aracılığıyla işlemiş olması halinde dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır[21]. Bu bağlamda yasayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma işlemi, bir başkası araç kılınarak gerçekleştirilirse, kullanma fiilini işleyen kişinin "fail" olarak cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Suçta araç olarak kullanılan şahsın "kusur yeteneği" bulunmadığı takdirde ise faile verilecek cezanın artırılması gerekecektir[22]. Örneğin bir hastane başhekimi veya yöneticisinin organ veya doku alacak olan hekimi gerçekte hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde varlığına ikna ederek

[21] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.908; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.624.
[22] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.426; Zahit Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Haziran 2018, C:24, S:1, s.123.

yaşayan vericiden organ veya doku alınmasını sağlaması halinde, hastane başhekimi veya yöneticisi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

Tüzel kişilerin hareket yeteneğine sahip olmamaları ve kusur yeteneğinin varlığından söz edilemeyecek olması nedenleriyle suçun faili olamayacakları kabul edilmektedir[23]. Nitekim TCK'nin 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda, örneğin yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması işlemi tüzel kişiliği bulunan bir şirkete ait özel hastanede yapıldığı takdirde, söz konusu özel hastane tüzel kişiliği suçun faili olarak kabul edilemez.

b. Mağdur-Suçtan Zarar Gören

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun mağduru, bedeninden hukuken geçerli rızası bulunmaksızın organ veya dokusu alınmış olması nedeniyle vücut bütünlüğü hakkı ihlale uğrayan herhangi kişidir[24]. Nitekim, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde mağdur "haksızlığa uğramış kişi" olarak tanımlanmakta olup, ceza hukukunda ise genel olarak, suç teşkil eden fiilin zarar verdiği hukuki değerin sahibi olan ve suçun işlenmesi nedeniyle zarar gören gerçek kişiyi ifade etmektedir[25].

Ceza hukukunda mağdur kavramı yaşayan gerçek kişilere özgüdür. İşlenen bir suçtan dolayı bir kişinin mağdur olabilmesi için, suça konu fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerekir. Bu nedenle yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı

[23] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.213-214; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.112; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.271.
[24] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.278; İlhan Üzülmez, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, 2013, s.128; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.288; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.117; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.288; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1309; Gözübüyük, **A.g.e.,** s.122.
[25] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.223; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.116-117; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.288; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, C:II, 12. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1997, s.426; Sulhi Dönmezer, "Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi", **Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Armağanı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 179 vd.; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara, 2014, s.111.

olmaksızın organ veya doku alınması suçu yönünden, henüz anne karnında bulunan cenin ve yine beyin ölümü gerçekleşmiş olan kimse suçun mağduru olarak kabul edilemez[26].

Söz konusu suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil işlendiği sırada, mağdurun "beyin ölümü" henüz gerçekleşmemiş olmalıdır[27]. Bu nedenle koma halindeki hastadan hukuken geçerli rızası bulunmaksızın organ veya doku alınması hali de bu suç kapsamında değerlendirilebilir. Zira, uzun süre geçmesine rağmen hayata dönen bitkisel hayattaki kişiler olduğu maddi vakıa olup, bu nedenle bitkisel hayatta olan kişilerin yaşamakta oldukları kabul edilmektedir[28].

Ceza kanunlarında bazı suçlar bakımından suç tanımında mağdur olan kişi yönünden insan olmanın dışında, örneğin mağdurun kamu görevlisi, çocuk, kadın, yargı görevini yapan, faille belli bir akrabalık ilişkisi gibi başka bir takım özel nitelikler de aranabilmektedir[29]. Söz konusu suçun kanuni tanımında suçun mağduru ile ilgili olarak özel bir niteliğe yer verilmemiştir. Bu sebeple, yani mağdurun yaşı, çocuk olması, sağlıklı ya da hasta olması gibi herhangi bir özellikli duruma yer verilmemiş olması nedeniyle, bu gibi haller söz konusu suçun mağduru yönünden önem arz etmez[30].

Suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaati doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir[31]. Kural olarak mağdur, aynı zamanda suçun işlenmesi nedeniyle zarar gören kişi olmakla birlikte, suçtan zarar gören kişi her zaman suçun işlenmesiyle mağdur edilen kişi değildir[32]. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir[33]. Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organı veya dokusu alınan kişinin eşi, anne veya babası ya da kanuni

---

[26] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.288.
[27] Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları, 2004, s.353.
[28] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.130; Benzer görüş için *bkz*. Algan, **A.g.e.,** s.57; Metin, **A.g.e.,** s.461.
[29] Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.21 (Özel Hükümler).
[30] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.426; Algan, **A.g.e.,** s.90.
[31] Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, s.20.
[32] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.223; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.117.
[33] Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, s.20.

temsilcisi suçun işlenmesi nedeniyle dolaylı olarak zarar görürler. Dolayısıyla, mağdurun yukarıda sayılan eşi, anne ve babası ile kanuni temsilcisinin, "suçtan zarar gören" olarak kabul edilmesinin doğru bir tercih olduğu düşüncesindeyiz.

Diğer yandan, işlenen bir suç nedeniyle bir tüzel kişinin zarar görmesi halinde suçtan zarar gören sıfatıyla anılır. Nitekim, tüzel kişilik kural olarak "mağdur" yerine "suçtan zarar gören" olarak nitelendirilmektedir[34]. Bunun gibi, yaşayan kişi dışında, aile, devlet, kişi toplulukları ve ifade edildiği gibi tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilirlerse de, suçun mağduru olamazlar[35]. Bu bağlamda, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçunun işlenmesiyle kamu düzeni bozulan devletin de, bir hakkın süjesi olmaması itibariyle mağdur olarak kabul edilmesi olanaklı değildir.

c. Suçun Konusu

Genel olarak suçun konusu, maddi konu ve hukuki konu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suçun hukuki konusu ceza normu ile korunan ve bir suçun zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı soyut nitelikteki değer ve menfaatleri ifade etmektedir[36]. Bir başka ifadeyle, hukuki konu kavramı ile kastedilen "korunan hukuki menfaat"tir. Bu bağlamda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun hukuki konusu, "korunan hukuki değer" başlığı altında yukarıda incelenmiştir.

Suçun maddi konusu ise, maddi unsuru teşkil eden fiilin üzerinde cereyan ettiği kişi, eşya veya sair fiziki varlıklardır[37]. Bu bağlamda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun maddi konusu,

---

[34] Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, s.20; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 117; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.224.
[35] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 117.
[36] Faruk Erem, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", **AÜHFD**, C:25, S.1-2, Mart-Nisan 1968, s.23 (Suçun Konusu); benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.119.
[37] Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bs., İstanbul, Beta Yay., 2015, s.152; Demirbaş, **A.g.e.,** s.540; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.219-220; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Özel Hükümler**, s.22; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.289.

yaşayan kişiden alınan organ veya dokudur[38]. Daha genel bir ifadeyle "yaşayan bir insan vücudu" olarak da ifade edilebilir[39].

Organ veya doku niteliğinde olmayan bir maddenin alınması, TCK'nin 91/1. maddesindeki suça vücut vermez. "Organ" ve "doku" terimlerinin kapsamı yukarıda birinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmiş olmakla birlikte, konunun kapsamı ve mahiyeti göz önüne alınarak burada kısaca açıklanması yoluna gidilecektir.

ODNK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasında organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmiştir. "Organ" kavramı, canlı bir vücudun, dokulardan oluşan, sınırları ve görevi belli bir bölümünü ifade etmektedir[40]. Başka bir ifade ile, belirli bir görevi veya görevler bütününü yapan doku grubudur[41]. Bu bakımdan kalp, mide, bağırsak, akciğer ve deri ayrı birer organ olarak tanımlanmaktadır. Belirli bir görev yahut görevleri yapmak üzere bir araya gelen dokuların bütün halinde yaptıkları göreve göre de organlar solunum organı, dolaşım organı, sindirim organı, boşaltım organı, üreme organı gibi kategorilerle anılmaktadır[42]. "Doku" kavramı ise, bir vücut ya da organın yapı unsurlarından birini meydana getiren hücreler bütünü ya da *nesiç* olarak tanımlanmaktadır[43]. Diğer bir ifadeyle doku, bitki, hayvan veya insan organlarını oluşturan, yapısı ve şekli itibariyle birbirine benzeyen ve aynı işleve sahip, birbiriyle yakın ilgili, kök itibariyle de ortak hücreler topluluğu olarak da tanımlanmaktadır[44]. Organların sınırları ve fonksiyonları kesin bir biçimde belirlenebildiği halde, özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücrelerden ve liflerden oluşan

---

[38] Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.495; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.289; Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s.223; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.278; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983; Algan, **A.g.e.,** s.90; Gözübüyük, **A.g.e.,** s.122.

[39] Taneri, **A.g.e.,** s.483.

[40] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492-3493; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.10; Gür, **A.g.e.,** s.3; Algan, **A.g.e.,** s.46; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175-176.

[41] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.707.

[42] Gökcen, **Düşünceler**, s.62; Algan, **A.g.e.,** s.46; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.422; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175.

[43] M. Aydın, **Digesta**, s.211-212; Algan, **A.g.e.,** s.45, 91; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.278; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.707.

[44] (Çevrimiçi) http://tr.wikipedia.org/wiki/Doku_(anatomy), Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3493.

dokular bakımından sınırları ve fonksiyonları somut olarak belirlenememektedir[45]. Epitel, bağ, sinir, kıkırdak ve kas gibi çeşitli dokuların aynı fonksiyon çerçevesinde birleşmesiyle organlar oluşur[46]. Yine kornea ve ODNK kapsamı dışında tutulmuş olan kan da dokulara örnektir.

Canlılardan organ veya doku nakli daha önce de ifade edildiği üzere üç şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlar, yaşayan aynı insandan organ veya doku alınması ve nakli (*otolog transplantasyon*), yaşayan insanlar arası organ veya doku alınması ve nakli (*alojen transplantasyon*) ve yaşayan diğer canlılardan organ veya doku alınması ve nakli (*xeno transplantasyon*) şeklindedir.

Aynı kişiden doku alınması ve nakli halinde, dokunun alındığı yaşayan verici ve dokunun nakledildiği alıcı aynı kişidir[47]. Bu durumda, yaşayan kişinin vücudunun bir bölümünden alınan doku, aynı kişinin bedeninin farklı bir bölümüne nakledilmektedir. Yaşayan bir insanın otonomisi düşünüldüğünde, otolog transplantasyon olarak adlandırılan bu nakil türünün "organlar" bakımından yapılmasının olanaklı olmadığı, ancak dokular bakımından olanaklı olduğu açıktır. ODNK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrası incelendiğinde "*Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.*" denilmek suretiyle, oto-gref ve özellikle kategorik olarak doku niteliğinde olan saç, deri ve kanın yaşayan kişiden alınması, aşılanması ve nakli ODNK kapsamı dışında tutulmuş ve bunlar yönünden yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtilmiştir[48]. Bu itibarla, oto-gref uygulanan doku ile, belirtilen dokular saç, deri ve kan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun konusu olarak kabul görmeyecek, bu nedenle de "konusuz suç olmayacağı" ilkesi gereğince yapılan bu çeşit işlemler

[45] Şahin Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.10; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.4; Algan, **A.g.e.,** s.46; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.175-176; Köksal, **A.g.e.,** s.7-8; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3493.
[46] Ahmet Taşkın, **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s.1; Gür, **A.g.e.,** s.4; Algan, **A.g.e.,** s.45; M. Aydın, **Digesta**, s.212.
[47] Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.135; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.10.
[48] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.289.

hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın yapılmış olsa dahi TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen suçu oluşturmayacaktır[49].

Yaşayan diğer canlılardan organ veya doku alınması durumunda, burada "verici" yaşayan insanlar dışındaki diğer canlılardan, yani hayvanlar veya diğer mikroorganizmalardan biridir. ODNK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasında, Kanun'da sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmek suretiyle Kanun'un kapsamı sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, diğer canlılardan ve bu kapsamda hayvandan alınan organ veya dokular TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu oluşturmaz.

d. Fiil

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak TCK'nin 91/1. maddesinde "*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku alan kimsenin cezalandırılacağı*" belirtilmiştir. Bu kapsamda söz konusu suç bakımından fiil (hareket), hukuken geçerli rıza açıklaması bulunmadığı halde, yaşayan kişi olan mağdurun bedeninden bir organ veya dokusunun alınmasıdır[50].

Söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen "alma" fiilinin, organ veya dokusu alınan mağdurun hukuken geçerli rızası bulunmadığı halde gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Zira yasaklanan organ veya dokunun alınması olmayıp, yasak olan ve suç teşkil eden alma fiilinin mağdur yaşayan kişinin hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde gerçekleştirilmesidir. "Rıza'nın hukuken geçerliliğine ilişkin koşullar ODNK hükümlerine göre belirlenecektir[51]. Bu bağlamda, organ veya doku alınan kişinin rıza göstermeye ehil olmaması, zorla alınmış olması, rızaya ilişkin yazılılık koşuluna uyulmamış olması, iyileştirme amacından başka bir amaca yönelik

[49] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.91; Taneri, **A.g.e.,** s.481.
[50] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.263; benzer görüş için *bknz.* Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3149; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3495; Gerçeker, **A.g.e.,** s.983.
[51] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279

olması, bu anlamda örneğin satım ilişkisi kapsamında verilmiş olması halinde hukuken geçerli bir rıza açıklamasının varlığı kabul edilemez[52].

Bu çerçevede, "almak" kavramı sözlükte, "*Bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak, bir şeyi veya kimseyi bulunduğu yerden ayırmak, birlikte götürmek, satın almak, ele geçirmek, fethetmek, kabul etmek, yolmak, koparmak, içeri girmesini sağlamak, çalmak, vücuttaki hasta bir organı ameliyatla çıkarmak, yer değiştirmek vs.*" şeklinde tanımlanmaktadır[53]. Sözlükte belirtilen *"... vücuttaki hasta bir organı ameliyatla çıkarmak*" cümlesinde geçtiği şekliyle ve söz konusu suç bağlamında "almak" sözcüğüyle kastedilen, herhangi bir organ veya dokunun yaşayan bir kişinin bedeninden cerrahi yöntemlerle ayırılmasıdır. Bu sebeple, failin, yaşayan bir insanın vücudundan herhangi bir organ veya dokuyu ayırmasıyla söz konusu suç tamamlanmış kabul edilmelidir[54].

Öğretide de "almak" fiili, "cerrahi usullerle organ veya dokuyu bulunduğu yerden söküp çıkarmak" şeklinde tanımlanmaktadır[55]. Bu bağlamda, öğretide bir kısım yazarlar tarafından, almak fiili ile ilgili yapılan bu tanımlama çerçevesinde organ veya dokunun "cerrahi usullerle" çıkartılabilecek olması nedeniyle suçun "bağlı hareketli suç" olduğu ileri sürülmektedir[56]. Buna karşılık, karşıt görüşte olan yazarlarca ise, suçun kanuni tanımında "almak" fiilinin ne şekilde gerçekleşeceğine dair bir belirleme yapılmadığı, bu nedenle "almak" fiilinin ne şekilde gerçekleştirildiğinin, yani yaşayan kişinin bedeninden organ veya dokunun ne şekilde çıkartıldığının bir öneminin bulunmadığı ve bu bağlamda söz konusu suçun serbest hareketli bir suç olduğu ileri sürülmektedir[57].

Yukarıda birinci bölümde belirtildiği gibi, söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan organ veya doku alınması işlemi karmaşık bir tıbbi müdahale

---

[52] Benzer görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.107; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.291.
[53] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 26/05/2017.
[54] Üzülmez, **A.g.e.,** s. 129; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.116.
[55] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.117; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.425; Algan, **A.g.e.,** s.92.
[56] Algan, **A.g.e.,** s.95; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.107.
[57] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.131; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.291; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.425; Metin, **A.g.e.,** s.461; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1309; Gözübüyük, **A.g.e.,** s.123.

niteliğinde olması nedeniyle sağlık yasaları, yönetmelikler ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde ancak cerrahi usullerle yapılabilir. Cerrahi usuller dışında, örneğin yaşanan bir kavga çerçevesinde kişilerden birinin gözünün vücudundan ayırılması şeklinde gerçekleşen olayda de, bir organ olan mağdurun gözünün vücudundan ayrılması söz konusu olmakla birlikte, burada söz konusu suçla ilgili bir "alma" fiilin varlığından söz edilemez[58]. TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasının gerekçesinde rızanın koşullarıyla ilgili de olsa, "*...ilgili mevzuatta düzenlenmiştir*" denilerek organ ve doku alınması ve nakline ilişkin temel kanun olan ODNK'ya atıf yapıldığı görülmektedir. Söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan organ veya doku alınması fiili ile ilgili olarak, hukuksal çerçevenin ve temel esasların belirlendiği kanun olan ODNK hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir[59]. ODNK'nın 1. maddesi gereğince, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması söz konusu bu kanun hükümlerine tabidir. Bu çerçevede, tıp bilimi ve teknolojisinde yaşanan gelişmelere karşın, insan anatomisi ile insan vücudunun ve bu bağlamda organ ve dokuların biyolojik yapısı dikkate alındığında, bir kimsenin bir organ veya dokusunun vücudundan cerrahi usuller dışında bir yöntemle ayrılmasının olanaklı olmadığını, söz konusu suçun kanuni tanımında yer verilen organ veya doku alınması fiilinin ancak cerrahi usullerle işlenebileceğini ve bu nedenle söz konusu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu değerlendirmekteyiz.

Söz konusu suçun bağlı hareketli suç olması dikkate alındığında, cerrahi operasyon niteliğinde olmayan bir eylemle bir kimsenin organ veya dokularının vücudundan ayrılmasının gerçekleştirilmesi halinde, fiil "kasten yaralama" suçunu oluşturabilir[60]. Bu çerçevede, eğer vücut bütünlüğünü ihlal eden ve aynı zamanda yaralama mahiyetinde olan fiil, mağdurun belirli bir organ veya dokusunu hedef alıyorsa, bu durumda artık yaralama suçu değil, yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu oluşacak, belirli bir organ veya dokuyu hedef almayan, ancak bir organ veya dokunun mağdurun vücudundan ayrılması sonucunu doğuran fiiller ise, mahiyetine göre kasten yaralama, nitelikli kasten yaralama, işkence veya eziyet

[58] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.**, 92.
[59] Metin, **A.g.e.**, s.460.
[60] Benze görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.107; Algan, **A.g.e.,** s.92.

olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim *Toroslu* da, yaşayan bir insandan belirtilen surette organ ve doku alma eyleminin yalnızca "basit" veya "hafif" yaralama niteliğinde olabileceğini savunurken, bahsi geçen fiilin ceza normunda belirlenenden "daha ağır" şekilde cezalandırma sonucunun ortaya çıktığı fikrinden hareket etmiş, ancak fiilin alma yönüne ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır[61].

Tipte tanımlanışına göre suçlar irdelendiğinde, kanuni tanımında birden fazla hareketi barındıran suçlar "çok hareketli suç" şeklinde, gerçekleşmesi için tek hareketin yeterli olduğu suçlar ise "tek hareketli suç" olarak tanımlanmaktadır[62]. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun kanuni tanımında "almak" fiiline yer verilmiştir. Bu nedenle ve fiilin mahiyeti itibariyle inceleme konusu suç tek hareketli suçlardandır.

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun "icrai" surette işlenebileceği hususunda doktrinde tartışma bulunmamakla birlikte, söz konusu suçun "ihmali" davranışla işlenip işlenemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hareket bağlamında suç tiplerinden *icrai suçlar,* hareketin dış dünyada aktif şekildeki bir davranışla ortaya çıkması suretiyle işlenen suçlardır. *İhmali suçlar* ise, belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle işlenen suçlardır. Bu durumda bir hareketsizlik ve yapmama söz konusudur. İhmali suçlar gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçlar şeklinde iki biçimde belirmektedir. Ceza hukukumuz kapsamında suçların kasıtlı olarak işlenmesi asıl, taksirle ya da ihmali olarak işlenmesi istisnai olarak kabul edilmiştir. *Gerçek ihmali suçlarda*, davranış normlarından kaynaklanan icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin Kanun'da suç olarak düzenlenmiş olması durumunda, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişinin cezalandırılması yoluna gidilmektedir[63]. Burada, ihmali hareket suç tipinde açıkça gösterilir ve sırf hareket suçları niteliğinde olup, failin kanunda gösterilen hareketi yapmamasıyla oluşur, ihmali davranış neticesinde ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Burada belirli bir neticenin

[61] Toroslu, **Organ Aktarma**, s.114.
[62] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.122-123; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.183-184.
[63] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.395; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.148.

önlenmesi yükümlülüğü de söz konusu değildir[64]. *Görünüşte-Garantörsel* (gerçek olmayan) *ihmali suçlarda ise*, failin garanti yükümlülüğü altında bulunduğu tipe uygun bir neticenin engellenmemesi söz konusudur. Burada, failin tipe uygun neticeye engel olma yükümlülüğünün bulunması zorunlu olduğu gibi, tipik neticenin gerçekleşmesi de gereklidir[65]. Bu suç tipinde failin cezalandırılabilmesi için, neticenin önlenmesi hususunda hukuki bir yükümlülüğün varlığı gerekir, soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir[66].

İhmali suçlarla ilgili TCK'nin genel hükümlere ilişkin birinci kitapta herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, ancak özel hükümlere ilişkin ikinci kitapta bir kısım suçlar yönünden ihmali davranışla işlenebileceği hususunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir[67]. Bu suçlara kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK md.83) ve "Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi" (TCK md.88) örnektir. Ancak, inceleme konumuz olan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bakımından Kanun'da suçun ihmali davranışla işlenebileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

Söz konusu suçun ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği hususunda doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bu hususta, bir hastanede işlenen hukuken geçerli bir rıza bulunmadığı halde kişiden organ veya doku alınması fiilinden, hastanenin yetkilisi olan başhekimin haberdar olmasına karşın müdahale etmemesi ve göz yumması hali örneği üzerinde irdeleme yapılmaktadır. Bu örnek olayda, hastanede görevli bir hekimin hukuken geçerli rıza bulunmaksızın bir kişinin organ veya dokusunu alması halinde, hekim yönünden suçun "icrai" şekilde işlenmiş olacağı hususunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak, belirtildiği şekilde yetkilisi olduğu hastanede hukuken geçerli bir rıza bulunmadığı halde yaşayan vericiden hukuka aykırı biçimde organ veya doku alınması işlemi yapıldığından bilgi sahibi olan hastane başhekiminin bu durumu görmezden gelmesi ve müdahale etmemesi

[64] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.394-396; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.397.
[65] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.396; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.397-400; Benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Genel Hükümler**, s.148-149.
[66] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.396.
[67] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.290.

şeklindeki eylemi nedeniyle, inceleme konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçundan ne şekilde sorumlu tutulacağı hususunda görüşler farklılaşmaktadır. Bu örnekteki olayda hastane başhekiminin sorumluluğu ile ilgili *bir görüşe göre*, hastanede bir başka hekimin hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması ameliyatı yaptığını bildiği halde, hastane başhekiminin buna göz yumması halinde ihmalden sorumlu olacak ve dolayısıyla suç "ihmali" davranışla işlenmiş olacaktır[68]. Bu görüşle birlikte *M.Aydın* tarafından, Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın yasalaşması halinde, bu Kanun taslağının 16. maddesi ile böyle bir durumda idarecilerin doğrudan doğruya cezalandırılması yönünde düzenleme getirildiğine de işaret edilmektedir[69]. *Karşıt görüşe göre ise*, garantörlük kapsamındaki sorumluluğun genel hüküm mahiyetinde olmadığı ve belli suçlar için öngörülmüş sınırlı bir sorumluluk hali niteliğinde olduğu, bu bağlamda yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından bu şekilde özel bir düzenleme öngörülmemiş olduğu, ceza hukukundaki kıyas yasağı çerçevesinde ve icrai hareketle işlenebilecek şekilde düzenlenmiş olan bir suçun, ihmali davranışla da işlenebileceğinin özel olarak düzenlenmediği halde, bu suçun ihmali hareketle gerçekleştirilmesinin de cezalandırılması yoluna gidilmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düşeceği, bu itibarla sağlık kuruluşlarındaki başhekimler gibi gözetim ve denetim sorumluluğu olan görevlilerin ortaya çıkan neticeden ihmal nedeniyle sorumlu tutulamayacakları ileri sürülmektedir[70].

Bu görüşlerin kısmen haklılık payı olmakla birlikte, suç teşkil eden fiilin işlenebileceği mekânın Sağlık Bakanlığının denetimi altında olan ve başında bir

---

[68] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.132; Türkan Halıcı, Türk Ceza Kanunu'nda Organ veya Doku Nakline İlişkin Suçlar (5237 S. TCK m.91,92,93), **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2009, s.27; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1311.

[69] Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın 16. maddesinin son fıkrasında "*Kaynağı belirli olmayan organı kullanan, kullanılmasına müsaade eden, nakleden ve kendisine bu nitelikte bir organın nakline izin veren sağlık personeli ve işlemin vuku bulduğu sağlık kurumunun idarecelerine, on yıla kadar ağır hapis ve meslekten ömür boyu men cezasına hükmolunur*." Denilmektedir; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.132.

[70] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.290; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.163; Algan, **A.g.e.,** s.94; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.290; Mahmut Kaplan, Fahrettin Kıdıl, "Organ veya Doku Ticareti Suçu", **Mondros ve Versay'ın 100. Yılında Türk – Alman İlişkileri**, Selçuk Üniversitesi, Konya, 2020, s.103.

başhekim bulunan tam teşekküllü hastaneler olması gerektiği dikkate alındığında, belirtilen yerlerdeki idarecilerin bu kapsamdaki fiillere göz yummalarının suçun işlenmesi bakımından "olmazsa olmaz" düzeyde önem arz ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu çerçevede, gözetim ve denetim görevini örnekte belirtildiği şekilde kasten ihmal etmek suretiyle suçun işlenmesini kolaylaştıran kişilerin, bu ihmali davranışları suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bu kişilerin belirtilen eylemlerinin oluşuna göre TCK'nin 257. maddesi kapsamında görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması olasılığı da göz önüne alınmalıdır. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, inceleme konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun ihmali davranışla işlenemeyeceği yönündeki yukarıda belirtilen görüşe gerekçeleriyle birlikte iştirak etmekteyiz.

e. Netice

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu, kanuni tarifte yer verilen hukuken geçerli rızası bulunmayan bir yaşayan kişinin vücudundan organ veya dokusunun alınması suretiyle tamamlanmış olur. Suçun tamamlanması için yaşayan kişinin vücudundan alınmış olan organ veya dokunun alıcı kişinin vücuduna aktarılması şart değildir[71], ayrıca vücudundan rızası hilafına organ veya dokusu alınan mağdurun yaralanması ya da ölmesi gibi bir neticenin de gerçekleşmesi gerekmez[72].

Çağdaş ceza hukuku anlayışında netice, fiilin bir alt unsuru olarak değil, fiilden bağımsız olarak suçun kanuni tanımı içerisinde bağımsız bir unsur olarak yer almaktadır[73]. Buna göre, suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmiş olması halinde bir unsur olarak dikkate alınacaktır. Bu nedenle, suçun kanuni tarifinde neticeye yer verilmemiş olduğu hallerde "*sırf hareket suçu*", kanuni tarifte neticeye yer verilmiş olması halinde ise "*neticeli suçlar*" şeklinde adlandırılmaktadır. Bir

[71] Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Konunu Yorumu**, C:I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.316 (Türk Ceza Konunu Yorumu).
[72] Gökcen, Balcı, **A.g.e.,** s.425; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301.
[73] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.128-129.

neticeli suç, kanuni tarifinde unsur olarak yer verilen neticenin gerçekleşmesiyle tamamlanır, *sırf hareket suçu ise,* kanuni tarifinde yer verilen fiilin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır[74].

Söz konusu suç bakımından, herhangi bir organ veya dokunun yaşayan kişinin vücudundan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın alınması suretiyle yaşayan vericinin hakimiyet alanından çıkarılması ve fail veya onun belirlediği bir başkasının hakimiyet alanına geçmesi yeterlidir. Suçun tamamlanması için doku ya da organın alıcının vücuduna aktarılması şart değildir[75], ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi de gerekmez[76]. Bu bağlamda ve doktrinde katıldığımız görüşe göre, bu suçun tamamlanması için bir neticenin gerçekleşmesi aranmamış olması nedeniyle sırf hareket suçu niteliğindedir[77].

Suçun konusu üzerindeki etkisi itibariyle suçlar, "*tehlike suçu*" ve "*zarar suçu*" şeklinde adlandırılmaktadır. Kanuni tarifte yer alan fiilin işlenmesiyle suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmesi halinde *zarar suçu* söz konusudur ve bu durumda aynı zamanda bir neticeli suç söz konusudur. Buna karşılık, kanuni tarifte yer alan fiilin işlenmesiyle bir zarar gerçekleşmemekle birlikte, bir tehlikenin meydana gelmesi halinde *tehlike suçundan* söz edilir. Tehlike suçları da, suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin icra edilmesiyle suçun konusu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıktığının varsayıldığı *soyut tehlike suçları* ve suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin icra edilmesiyle birlikte ve fiil ile illiyet bağı da bulunacak biçimde suçun konusu üzerinde somut bir tehlikenin ortaya çıkması koşulunu içeren *somut tehlike suçları* şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Örneğin, TCK kapsamında, alkol veya uyuşturucu madde etkisindeyken araç kullanma (md.179/2), iftira (md.267), yalan tanıklık (md.272) suçları birer soyut tehlike suçu iken, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (md.216), kanunlara uymamaya tahrik (md.217) birer somut tehlike

[74] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.129; Bemzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.99.
[75] Şen, **Türk Ceza Konunu Yorumu**, s.316.
[76] Gökcen, Balcı, **A.g.e.,** s.425.
[77] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279; Gökcen, Balcı, **A.g.e.,** s.425; Karşıt görüş için Bknz. Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.107 (*Hafizoğulları/Özen'e göre söz konusu suç neticeli suçtur*).

suçu olarak düzenlenmiştir[78]. Bu bağlamda, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun oluşması için organ veya dokusu alınan mağdurun yaralanması, ölmesi ya da başkaca herhangi bir şekilde zarar görmesi şartı aranmamıştır[79]. Bu bağlamda doktrinde ağırlıklı olarak bu suçun tehlike suçu olduğu kabul edilmektedir[80]. Söz konusu suçun işlenmesi neticesinde mağdurun ölmesi hali TCK'nin 91/8. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiş olup, bu husus aşağıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı altında ele alınacaktır. Buna karşılık, bir organ veya dokusu alınan mağdurun vücudunda gerçekleşecek yaralanmaları ve vücudundan bir organ veya dokunun eksilmiş olması nedeniyle illa ki zarar meydana geleceği de açıktır. Yani suçun işlenmesiyle mağdurun vücut bütünlüğü, yani korunan hukuki menfaat ihlal edilmiş olacağından, zarar da gerçekleşmiş olacaktır. Bu itibarla, söz konusu suçun bir zarar suçu olduğunu değerlendirdiğimizden, suçun tehlike suçu olduğu yönündeki doktrindeki görüşlere katılmıyoruz.

f. Nitelikli Hal: Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Ceza Kanunu sistematiğinde suçlar kanuni tarifinde öncelikle suçun temel şekli düzenlenmektedir. Daha sonra eğer varsa suçun temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlara yer verilmektedir. İşte, suçun temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren haller nitelikli unsurlar olarak tanımlanmaktadır[81].

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak TCK'nin 91/4. maddesi ile daha ağır cezalandırmayı gerektiren nitelikli unsur olarak suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi

[78] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.221.
[79] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303; Üzülmez, **A.g.e.,** s. 129; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.116; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.424; benzer görüş için *bknz.* Gerçeker, **A.g.e.,** s.983.
[80] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301; Üzülmez, **A.g.e.,** s. 129; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.116; benzer görüş için *bknz.* Gerçeker, **A.g.e.,** s.983.
[81] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.226; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.143.

haline yer verildiği, ancak daha az cezalandırmayı gerektiren nitelikli unsurlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

TCK'nin 91. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile, aynı maddenin (1) ve (3) numaralı fıkralarında tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir[82]. Bu itibarla, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde fail, suçun temel şekli olan TCK'nin 91/1. maddesinde öngörülen yaptırımlara göre daha ağır ceza içeren TCK'nin 91/4. maddesi gereğince cezalandırılacaktır. Söz konusu düzenleme ile TCK'nin 91. maddesinin (1) ve (3) numaralı fırkalarında tanımlanan suçlar için ortak bir nitelikli hal düzenlenmiştir.

TCK'nin 91. maddesinin (4) numaralı fıkrasının gerekçesinde "*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.*" denilmektedir. Diğer bazı suçlarda olduğu gibi yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun da bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi bireysel olandan kat be kat kolay olduğu gibi, bu tip suç ve suçluların takibi de aynı oranda zordur[83]. Bu nedenle söz konusu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali cezanın ağırlaştırılmasını gerekli kılan "nitelikli hal" olarak düzenlenmiştir.

Anılan düzenleme içerisinde, "*...suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde...*" denilmekte olup, bu kapsamda örgütün niteliğinden, sırf söz konusu suçu işlemek üzere veya amacıyla kurulup kurulmadığından, yapısından ve büyüklüğünden söz edilmediği görülmektedir. Bu çerçevede, örgütün belirtilen anlamda özel bir niteliğini aramaya gerek yoktur. Önemli olan, suçun bir örgütün

[82] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279.
[83] Arslan, Azizağaoğlu, **A.g.e.,** s.783.; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.118.

faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmasıdır. Fakat örgütün mutlak bir suç örgütü niteliğini haiz olması gerekir[84].

Suç örgütünden ne aşılması gerektiği, bir örgütün mevcut olup olmadığı hususları TCK'nin 220. maddesi göz önüne alınmak suretiyle belirlenmelidir[85]. TCK'nin 220. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "*kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.*" TCK'nin anılan bu maddesinde örgüt kavramının açık ve net bir şekilde tanımı yapılmamış[86], ancak ilk fıkrasında örgütün üye sayısının "en az üç kişi" olması ve yine amaç suçları işlemek için araç ve gereç bakımından uygun olması gerektiği belirtilmiştir.

Örgüt kavramı, geniş anlamda, "*aynı amaç etrafında birleşmiş kişi topluluğu*" şeklinde ve dar anlamda ise, "*önceden sınırlandırılmamış görece uzun bir süre için aynı amaç etrafında ve hiyerarşik ilişki oluşturacak şekilde bir araya gelen kişi topluluğu*" şeklinde tanımlanmaktadır[87]. Suç örgütünden maksat ise, yapılanma biçimine bakılmaksızın, kanunlarda suç olarak tanımlanmış olan fiillerin işlenmesi amacıyla oluşturulmuş örgütlerdir[88].

Kanun'da örgüt kavramının net bir tanımı yapılmadığından, suçun unsurlarını netleştirici kriterler yargı kararlarıyla belirlenerek birtakım ana unsurlar tespit edilmiştir. Bu anlamda olmak üzere, Yargıtay'ın bir kararında, "*TCK'nin 220. maddesinde düzenlenen suçun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için, üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arası soyut birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlemese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir.*

[84] Donay, **A.g.e.,** s.151.
[85] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303.
[86] Erkan Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221)**, Onikilevha Yayınları, 1.Bs., İstanbul, 2018, s.18.
[87] Sarıtaş, **A.g.e.,** s.21.
[88] İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, 14. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.16 (Suç Örgütleri); Sarıtaş, **A.g.e.,** s.24.

Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığı için yeterli olmayıp, bu durumda iştirak iradesinden söz edilebilir. Suç işlemek için örgüt kurma, bir somut tehlike suçudur. Hiyerarşik ilişki nedeniyle örgütün, mensupları üzerinde hakimiyet kuran bir güç kaynağı niteliğinde olması gerekir. Bu tür bir örgüt, toplum düzenini tehlikeye sokmaktadır. Bu suç tanımı ile korunan hukuki değer, kamu güveni ve barışıdır. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireylerin güvenli ve barış içinde yaşama haklarını zedeler." denilmektedir[89]. Yargıtay'ın bu içtihadının benzer olaylar için yerleşik bir referans haline geldiği gözlemlenmektedir. Yargıtay'ın başka bir kararı ile de, sayıları üçten fazla olan ve birlikte birtakım suçlar işleyen faillerin, suç işleme amacı etrafında somut hiyerarşik bir yapılanma ve bu yapılanma içerisinde suç işleme iradelerinde devamlılık içinde oldukları belirlenemediği takdirde suç örgütünden söz edilemeyeceği belirtilmiştir[90].

TCK'nin 220. maddesinde yer verilen düzenleme ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları göz önüne alındığında, bir örgütün varlığından söz edebilmek için üye sayısının en az üç kişi olmasının yanı sıra, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması da gerekir[91].

Yukarıda belirtildiği üzere, TCK'nin 91. maddesinin (4) numaralı fıkrasının gerekçesinin ikinci cümlesinde "*... Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.*" denilmektedir. Kanun'un anılan bu maddesi ve gerekçesi

[89] Yrg. 10. CD, E.2010/841, K.2010/28759, K.T.22/10/2010; Benzer şekilde Yrg. 11. CD, E. 2007/8458, K.2008/915, K.T.20.02.2008, sayılı ilamında: "*TCK'nin 220. maddesinde düzenlenen 'suç işlemek amacıyla örgüt kurmak' suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlemese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç veya daha fazla olması, örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak iradesinden söz edilebilir.*" denilmektedir.
[90] Yrg. 10. CD, E.2010/41378, K.2011/1746, K.T.3/2/2011.
[91] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, s.303; Özgenç, **Suç Örgütleri**, s.18-19.

göz önüne alındığında, yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızası bulunmadığı halde bir örgütün faaliyeti çerçevesinde bir organ veya dokusunu alan failin TCK'nin 91/1. maddesi delaletiyle 91/4. maddesi gereğince daha ağır yaptırımla cezalandırılmasının yanı sıra, TCK'nin 220. maddesi gereğince de cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Diğer yandan, TCK'nin 220. maddesinin (6) numaralı fıkrası ile, örgüte üye olmamakla birlikte *silahlı örgüt* adına suç işleyen kişinin, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılacağı düzenlenmiştir[92].

TCK'nin 42. maddesi gereğince, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçlar *bileşik suç* olarak tanımlanır ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Bu durumda gerçek anlamda suçların çokluğu bulunmadığı ve suçların görünüşte içtimaından söz edilir[93]. TCK'de bazı suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hali nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. İnceleme konusu TCK'nin 91/4. maddesi de bu suç tiplerinden biridir. Bu suç tipleri ile ilgili olarak, failin işlediği suçun nitelikli unsur kapsamında cezalandırıldığı halde, ayrıca TCK'nin 220. maddesi kapsamında cezalandırılmasının söz konusu olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bu görüşlerden *ilkine göre,* bir suçun diğerinin ağırlaştırıcı unsuru olarak düzenlenmiş olduğu hallerde TCK'nin 42. maddesi kapsamında bileşik suçun varlığı kabul edilmekle birlikte, Kanun ile özel bir içtima hali öngörülmüş olması nedeniyle, burada bileşik suça ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacak, gerçek içtima hükümleri gereğince failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilecektir[94]. Aksi yöndeki *ikinci görüşe göre ise*, bir suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali suçun nitelikli unsuru olarak kabul edildiği durumda,

---

[92] Anayasa Mahkemesinin 26/10/2023 tarihli ve E.: 2023/132; K.: 2023/183 sayılı Kararı ile bu fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri iptal edilmiştir. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış olup, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararı henüz yayımlanmamıştır.

[93] Mahmutoğlu, Karadeniz**, Şerh**, s.1008 vd.

[94] Özgenç, **Suç Örgütleri**, s.24 vd.; Sarıtaş, **A.g.e.,** s.639-642; Vesile Sonay Evik, "Cürüm İşlemek Amacıyla Örgütlenme", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, s.693, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/811233, 27 Kasım 2022; Yeşim Yılmaz, "Terörizmin Finansmanı Suçu", s.212, 244-253, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1249893, 12 Ocak 2023.

TCK'nin 42. maddesi gereğince bileşik suç hali vardır ve bu nedenle içtima halleri uygulanmayıp, failin yalnızca amaç suçun nitelikli unsuru olan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin düzenleme çerçevesinde cezalandırılması gerekecektir[95]. Bu ikinci görüşle aynı yönde olmak üzere, TCK'nin 5. maddesi gereğince Kanun'un genel hükümlerinin tüm suçlar için geçerli olduğu, bu nedenle TCK'nin 220/4. maddesinin genel hükümlerden olan TCK'nin 42. maddesinin uygulanmasını sınırlamayacağı da ileri sürülmüştür[96]. Doktrinde ağırlıklı düşünce ise, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olarak öngörüldüğü suçlarda gerçek içtima kuralının uygulanması yönündedir[97]. İnceleme konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali suçun nitelikli unsuru olmakla birlikte, suça ilişkin TCK'nin 91/4. maddesinin gerekçesi ve TCK'nin 220/4. maddesinin örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağına ilişkin hükmü birlikte dikkate alındığında, Kanun'da özel bir içtima halinin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, kanaatimizce, inceleme konusu suç açısından bileşik suça ilişkin TCK'nin 42. maddesi hükmü uygulanmayacak, gerçek içtima kuralları gereğince failin TCK'nin 91/4. maddesi ve 220. maddesi gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir[98].

Diğer bir husus, TCK'nin 91/4. maddesinde aynı maddenin (1) numaralı fıkrasında belirtilen yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hali nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Burada failin örgütün üyesi olması koşulu aranmamış olup, önemli olan suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmasıdır. Ayrıca, bu suç yönünden söz konusu olan örgütün silahlı olması ya da silahsız olması bakımından da bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. TCK'nin 220 maddesinin (6) numaralı fıkrası gereğince, örgüt üyesi olmamakla birlikte bir silahlı

[95] Önder Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 2:Bs., İstanbul, 2017, s.284-285.
[96] Sarıtaş, **A.g.e.,** s.638.
[97] Özgenç, **Suç Örgütleri**, s.24; Sarıtaş, **A.g.e.,** s. 639-642.
[98] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3505; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3154; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1326.

örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi, işlediği suçun yanı sıra "örgüte üye olmak" suçundan da cezalandırılacaktır. Söz konusu bu fıkrada, "TCK'nin 220. maddesinin yukarıda belirtilen (6) numaralı fıkrasının "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.*" denilmektedir. Görüleceği üzere, bu fıkraya 11/4/2013 tarihli ve 6459 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile eklenen ek cümle ile, "*Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.*" hükmü eklenmiştir. Bu düzenleme karşısında, incelemeye konu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, failin örgütün üyesi olması halinde yukarıda yapılan açıklamalar ışığında getirilen içtima kuralı gereğince TCK'nin 42. maddesi kapsamında bileşik suç söz konusu olmayacak ve hakkında hem TCK'nin 91/4. maddesi gereğince, hem de 220. maddesi gereğince ceza verilmesi gerekecektir. Buna karşılık, failin örgütün üyesi olmamasına karşın örgütün faaliyeti çerçevesinde anılan suçu işlemiş olması halinde örgütün silahlı olup olmaması durumuna göre iki farklı durum ortaya çıkacaktır. Eğer faaliyeti çerçevesinde suç işlenen silahlı bir örgüt ise, bu durumda yukarıda yapılan açıklamalar ışığında TCK'nin 220. maddesinin (4) ve (6) numaralı fıkraları ile getirilen özel içtima kuralı gereğince TCK'nin 42. maddesi kapsamında bileşik suçun varlığından söz edilemeyecek ve failin TCK'nin 91/4. maddesi yanında TCK'nin 220. maddesi gereğince ayrıca cezalandırılması gerekecektir. Aksi durumda, yani silahlı olmayan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde ve örgüte üye olmaksızın söz konusu suçu işleyen fail yönünden ise, yalnızca suçun temel haline nazaran daha ağır ceza gerektiren TCK'nin 91/4. maddesi gereğince cezalandırılması yoluna gidilebilecektir.

Ancak, TCK'nin 220.maddesinin (6) numaralı fıkrası ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesinin 26/10/2023 tarihli ve E.: 2023/132; K.: 2023/183 sayılı Kararı ile bu fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri iptal edilmiştir. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış

olup, iş bu doktora tezinin tamamlandığı tarih itibariyle Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararı henüz yayımlanmamıştır.

2. Manevi Unsurlar

Suçun oluşması için gerçekleşmesi gereken unsurlardan biri manevi unsurdur. Fiilin bir kişiye sübjektif olarak isnat edilebilmesi ancak manevi unsurların varlığı halinde mümkündür[99]. Kanunda taksirle işlenen fiilin cezalandırılması istisnai olarak öngörülen haller dışında kural olarak suçların manevi unsuru kasttır[100].

Manevi unsur yönünden önem arz eden bir diğer husus da, kast ve taksir kombinasyonu olarak tanımlanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramıdır[101].

Bu kapsamda, inceleme konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu yönünden kastın yanı sıra, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve kastı kaldıran hata başlıkları altında aşağıda incelenmiştir.

a. Kast

Suçun oluşması kural olarak kastın varlığına bağlıdır. Kast, "doğrudan kast" ve "olası kast" şeklinde ayrılmakta olup, asıl olan, yani kast denildiğinde akla gelen doğrudan kasttır. TCK'nin 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasının 2.cümlesinde "kast", "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*" şeklinde ve aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise "olası kast" "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Yaşayan kişiden hukuka aykırı organ ve doku alınması suçu yönünden, manevi unsurunun varlığı, failin kasten hareket etmesine bağlıdır[102]. Bu bağlamda suç

[99] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.275.
[100] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.147.
[101] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.275; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.243.
[102] Taneri, **A.g.e.,** s.490.

tanımında yer alan hareketin fail tarafından bilinmesi ve istenmesi gerekli ve yeterli olup[103], suçun oluşması bakımından saik aranmamıştır[104]. Söz konusu bu suç doğrudan kastla işlenebilen bir suçtur[105]. Bu kapsamda, failin hukuka uygun bir rıza bulunmadığı halde organ veya doku aldığını bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde suçun manevi unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Söz konusu suç yönünden kastın varlığı bakımından, failin suçun maddi konusunun bir organ veya doku olduğunun bilincinde olması gereklidir. Failin bu hususta hukuki yanılgısının, yani işlemekte olduğu fiilin yöneldiği biyolojik maddenin organ veya doku olarak nitelendirilen türden olduğunu bilmemesinin suçun oluşmasına bir etkisi olmaz[106]. Bu suç yönünden failin bilmesi gereken bir diğer unsur, mağdurun hayatta olmasıdır. Mağdurun sağ olduğunu bilmemesinde (öldüğü zannında) haklı bir yanılgıya düşen fail, TCK'nin 30/1. maddesi gereğince bu hatasından yararlanabilir[107]. Bu husus aşağıda kastı kaldıran hata başlığı altında irdelenecektir.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkine göre yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür[108]. Bu görüşe göre failin, mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı yönünde kesin bir bilgi sahibi olmadığı, ancak rızasının bulunmayabileceğini öngördüğü bir varsayımda olası kastla hareket etmiş olur. Diğer bir görüşe göre ise, TCK'nin 91/8. maddesinde belirtilen suça konu fiil dışında bu suçun olası kastla işlenmesi olanaklı değildir[109]. Bu anlamda, *Gökcen-Balcı* tarafından, TCK'nin 91/2.

---

[103] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302; Zafer, **A.g.e.,** s.232; Algan, **A.g.e.,** s.98.
[104] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302.
[105] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III,** s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280.
[106] Barış Erman, "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2005 (B. Erman, Yanılma).
[107] Algan, **A.g.e.,** s.99.
[108] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302; Algan, **A.g.e.,** s.98.
[109] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501; Benzer görüş için *Bkz.* Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1564; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.452; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.199 (Özel Hükümler).

maddesinde yer verilen "*hukuka aykırı olarak*" ibaresinden yola çıkılarak failin organ veya doku alma fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi halinde sorumlu tutulamayacağı ve bu nedenle suçun olası kastla işlenemeyeceği belirtilmektedir[110]. Bu düşüncesi, TCK'nin 91/1. maddesinde "*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*" ibaresi göz önüne alınarak bu suça da teşmil ettiği değerlendirilmiştir. *Yaşar-Gökcan-Artuç* ve *Gökcan-Artuç* tarafından ise, bir gerekçeye yer verilmemiş olmakla birlikte, suçun olası kastla işlenemeyeceği belirtilmektedir[111]. *Parlar-Hatipoğlu*'da TCK'nin 91/8. maddesi hariç olmak üzere maddede düzenlenen suçların olası kastla işlenemeyeceğini bir gerekçe göstermeksizin ifade etmekte olup, bu itibarla TCK'nin 91/1. maddesindeki suçun da olası kastla işlenemeyeceğini belirtmektedir[112].

Kanaatimizce bu suçun olası kastla işlenmesini olanaklı gören ilk görüş ve bu görüşü ispat için verilen örnek yerinde değildir. Zira mağdurun rızası ya vardır ya da yoktur. Bu kapsamda "gri" bir alan oluşması ve hukuka uygun olarak yürütülen bir nakil sürecinde böyle bir belirsizliğin kabullenilmesi mümkün değildir. Organ veya dokuyu alan fail, mağdurun rızasını ve hukuken geçerliliğini tespit etmedikçe operasyona girişmemesi gerektiğini bilir ve bilmek zorundadır. Buna rağmen operasyona giriştiği takdirde olası kastla değil doğrudan kast ile hareket ettiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu suç tipinin olası kast ile işlenmesinin olanaklı olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü yaşayan kişinin vücudundan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma fiilini işleyen kişinin, kasıtlı olarak hareket ettiği açıktır. Faili bu fiile sevk eden saikin bir önemi bulunmamaktadır. Hangi maksatla hareket ederse etsin yaşayan bir kişinin bedeninden hukuken geçerli bir rıza olmadan organ veya doku alınması diğer unsurların da mevcut olması halinde suç olarak kabul edilmiştir[113].

TCK'nin 22. maddesi gereğince, "taksirle" işlenmiş olan fiiller kanunda açıkça belirtilen durumlarda cezalandırılabildiğinden ve TCK'nin 91. maddesinin (1)

---

[110] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme ve Yaralama**, s.451.
[111] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501.
[112] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1564.
[113] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.410; Şen, **Türk Ceza Konunu Yorumu**, s.317; Gür, **A.g.e.,** s.8.

numaralı fıkrasındaki suç tanımının taksirle işlenebilen hali de öngörülmediğinden, bu suçun taksirle işlenebilmesi olanaklı değildir[114].

b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun temel şekli TCK'nin 91/1. maddesi ile yaptırıma bağlanmıştır. TCK'nin 91/8. maddesi ile de, "*Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" denilmek suretiyle, TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda kendisinden organ veya doku alınan kişinin ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Söz konusu bu madde ve fıkranın gerekçesinde ise, "*Maddesinin sekizinci fıkrasında, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Aslında bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali söz konusudur. Ancak bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kast ile hareket edebileceği düşünülmüştür.*" açıklamasına yer verildiği görülmektedir.

Çağdaş ceza hukuku kusura dayanan sorumluluğu esas almaktadır. Bu nedenle, suçlar kural olarak kastla ve ancak kanunda özel olarak düzenlenen suçlarla sınırlı olarak taksirle işlenebilmektedir. Bazı suç tipleri ile ilgili, temel bir suç ve buna bağlı olarak gerçekleşen özel neticelerine kanuni tarifte ayrıca yer verilmektedir. Kast taksir kombinasyonu olarak da adlandırılan bu durumda karşımıza "*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç*" kavramı çıkmaktadır[115].

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç TCK'nin 23. maddesinde, "*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu suretle, ceza

[114] Bayraktar *v.d.*,**Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.148.
[115] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.405; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.243 vd.

kanunlarında bazı suçlarla ilgili, failin suç kastının yöneldiği neticeden daha ağır veya farklı bir netice meydana gelmesi nedeniyle, ortaya çıkan netice sebebiyle cezai yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Böyle durumlarda esasen fail, kanuni tarifte yer verilen temel suç tanımı bakımından kasıtlı olarak hareket etmekte, ancak icra edilen fiil sonucunda failin kastettiğinden daha ağır veya başka bir netice meydana gelmektedir. Bu suç tiplerinin öne çıkan özellikleri failin temel şekli itibariyle işlemiş olduğu fiil ile kastettiği neticenin dışında gerçekleşen daha ağır veya başka herhangi bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kasten hareket etmemiş olmasıdır[116]. Bu durumda faile gerçekleşen daha ağır veya başka bir neticenin sorumluluğunun yüklenebilmesi için işlediği fiil ile ortaya çıkan netice arasında illiyet bağının bulunması ve asgari olarak taksir düzeyinde kusurunun bulunması gerekmektedir[117].

TCK'nin 91/8. maddesinde yer alan bu düzenlemenin doktrinde bazı yazarlar tarafından "*suçun nitelikli unsurları*" başlığı altında ele alındığı[118], bazı yazarlarca da manevi unsurlar içerisinde "*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç*" başlığı altında ele alındığı[119] görülmektedir. Söz konusu fıkranın (TCK md.91/8) yukarıda açıklanan gerekçesinde de, fıkranın "*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali*" olarak düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, yapılmış olan düzenleme, suçun düzenlenmiş olduğu fıkranın gerekçesi ve söz konusu fıkrada failin hukuken geçerli rızası bulunmayan mağdurdan organ veya doku alma kastıyla eylemini gerçekleştirmiş olmasına karşın, işlenen bu fiil sonucunda failin kastetmediği mağdurun ölmesi neticesinin gerçekleşmesi haline özgü olarak yaptırıma bağlanmış olması göz önüne alınarak, daha yerinde olacağı kanaatine ulaşmamız nedeniyle, konu "*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç*" başlığı altında ve manevi unsurlar içerisinde incelenmesi tercih edilmiştir.

Yukarıda belirtilen TCK'nin 91. maddesinin (8) numaralı fıkrası ile, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun işlenmesi nedeniyle

[116] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.295; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.251.
[117] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.243-244; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.405-406, 421.
[118] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141-142; Algan, **A.g.e.,** s.143-145.
[119] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.428-429.

mağdurun ölmesi şeklinde kastedilmeyen neticenin ortaya çıkması halinde, fail hakkında kasten öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir[120]. Söz konusu bu düzenleme ile, mağdurun ölmesi şeklindeki neticenin gerçekleşmesi halinde failin eyleminin olası kast ya da taksirle işlendiğine bakılmaksızın, doğrudan kasten öldürme hükümleri gereğince cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından TCK'nin 91/8. maddesi ile yapılan düzenleme, failin organ veya doku aldığı sırada mağdurun ölebileceğini öngörmüş ve kabullenmiş olması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemeyeceği ve failin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekeceği, bu durumda gerçek anlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmektedir[121]. Yukarıda açıkladığımız üzere, ceza hukukunda suçların kastla işlenmesi kural, taksirle işlenmesi ise istisnai ve Kanun'da özel olarak düzenlenmiş olduğu durumlarda kabul edilmiştir[122]. TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen suçun kanuni tarifinde yer verilen temel şeklinin kasten işlenebilen bir suç olduğu[123], ancak olası kastla işlenemeyeceği[124] gibi, taksirle de işlenemeyeceği[125] yukarıda "kast" başlığı altında açıklanmıştır. Failin söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen temel şekli olan organ veya doku alma fiilini kastla işlemesine ve bu sırada mağdurun ölmesi olasılığını öngörmesine karşılık, bunu istememesi halinde olası kastla hareket etmiş olacağından, bu durumda TCK'nin 91/8. maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun olası kastla işlenmesinin olanaklı olduğu anlaşılmaktadır[126]. Failin hukuken geçerli rızası bulunmayan mağdurun organ veya dokusunu alma fiilini mağduru öldürmeye yönelik kastla işlemesi halinde, failin kastının ve olası kastta kabullenmesinin zaten öldürmeye yönelik olması nedeniyle

---

[120] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.304; Hakan Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.179 (Tıp Ceza Hukuku).
[121] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141-142; Algan, **A.g.e.,** s.143-146.
[122] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.331-332.
[123] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; Bayraktar *v.d.,* **Özel Ceza Hukuku**, s.302; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Algan, **A.g.e.,** s.97.
[124] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1564; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.452; Soyaslan, **Özel Hükümler**, s.199; Karşı görüş için *Bknz.* Bayraktar *v.d.,* **Özel Ceza Hukuku**, s.302; Algan, **A.g.e.,** s.98.
[125] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, s.302; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Algan, **A.g.e.,** s.97-98.
[126] Benzer görüş için *Bknz.* Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1564.

neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığından söz edilemeyecek, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekecektir[127]. Örneğin hekim olan failin yaşayan bir kişiyi öldürmek kastıyla hareket ederek cerrahi usulle organ veya dokularından birini alması ve bu fiil sonucunda mağdurun ölmesi neticesinin gerçekleşmesi halinde, failin kastının mağduru öldürmeye yönelik olması nedeniyle, esasen TCK'nin 23. maddesi kapsamında kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi söz konusu değildir. Ancak, TCK'nin 91/8. maddesi ile getirilen düzenlemenin, aynı Kanun'un 91/1. maddesi ile temel şekli kabul edilmiş olan suçla ilgili olduğu, bu nedenle failin kastının organ veya doku almaya yönelik olmadığı durumda TCK'nin 91/8. maddesinin zaten uygulama alanı bulamayacağına da işaret etmek isteriz. Bu bağlamda, failin kastının mağduru öldürmeye yönelik olduğu hallerde TCK'nin 91/8. maddesi ya da 23. maddesinin uygulanması söz konusu edilemeyeceğinden, söz konusu duruma ilişkin gerçek anlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemeyeceği yönünde getirilen eleştiriye bu gerekçelerle olmak üzere katılıyoruz.

Doktrinde düzenleme ile ilgili getirilen bir diğer eleştiri, failin ölüm neticesi bakımından taksirle hareket etmiş olması durumunda TCK'nin 91/8. maddesi gereğince kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulması nedeniyle adaletsiz sonuçların ortaya çıkacağına ilişkindir[128]. Failin yaşayan kişiden organ veya doku alma kastıyla hareket ettiği sırada, mağdurun ölmesi şeklinde suç kastına nazaran daha ağır olan neticenin gerçekleştiği durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Bu anlamda, örneğin yaşayan kişiden hukuken geçerli rızası bulunmadığı halde organ veya dokusunu alan hekim olan failin ameliyat sırasında yapmış olduğu hatalı cerrahi işlem ile mağdurun iç organlarından birinin harabiyetine neden olması sonucunda mağdurun ölmüş olması halinde, ortaya çıkan ölüm neticesi failin taksirli eyleminden kaynaklanmaktadır. Failin taksirli eylemi nedeniyle kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin meydana geldiği böyle bir durumda TCK'nin 23. maddesi gereğince failin gerçekleşen ağır neticeden ve verilen örnekte mağdurun ölümünden dolayı sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Buna karşılık, örnekteki olayda failin taksirli

[127] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.142; Algan, **A.g.e.,** s.144.
[128] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141-142; Algan, **A.g.e.,** s.145.

fiili nedeniyle gerçekleşen mağdurun ölümü şeklindeki daha ağır neticeden dolayı TCK'nin 91/8. maddesi gereğince kasten öldürmeye ilişkin hükümler kapsamında cezalandırılması yoluna gidilecektir. Bu durumun kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına hakim olan ilkelerle bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir[129]. Diğer yandan, TCK'nin 91. maddesinin (8) numaralı fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemiş olması halinde, verilen örnekteki olayda gerçekleşen ağır netice sebebiyle failin taksirli fiilinden dolayı sorumlu tutulması gerekeceği de açıktır. Çağdaş ceza hukukunda ve ceza kanunlarımızda ceza sorumluluğunun kusur esasına dayandırılmış olması göz önüne alındığında, failin taksirli fiili nedeniyle ortaya çıkan mağdurun ölümü neticesinden dolayı kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması ceza adalet sistemi kapsamında orantısız cezalandırmaya ve adaletsiz sonuçlara yol açacağından, getirilen eleştirilere katılıyoruz.

Doktrinde düzenlemeye yönelik getirilen bir diğer eleştiri konusu ise, failin öldürmeye yönelik olası kastının dahi bulunmadığı hallerde hakkında TCK'nin 87/4. maddesi gereğince daha hafif şekilde cezalandırılması mümkün olduğu halde, TCK'nin 91/8. maddesi atfıyla 81. maddesi kapsamında daha ağır ceza yaptırımına tabi tutulmasının adil olmayan sonuçlara neden olabileceği ve bu nedenle söz konusu düzenlemenin fazlaca radikal olduğu yönündedir[130]. TCK'nin 91/8. maddesinin uygulanmasının olmazsa olmaz koşulu, failin 91/1. Maddesinde düzenlenen suçu işleme kastıyla fiilini gerçekleştirmesidir. Bu nedenle, eğer fail yaşayan kişiden organ veya doku alma kastıyla değil de, yaralama kastıyla fiilini gerçekleştirmiş ve bunun sonucunda daha ağır veya başka bir netice meydana gelmiş ise, bu durumda TCK'nin 87/4. maddesinin uygulanması gündeme gelebilir. Yine başka bir ihtimal olarak hukuken geçerli bir rıza mevcut olduğu halde failin organ veya doku alması sonucunda mağdurun ölümü gerçekleşmiş ise, bu durumda mağdurun mevcut olan hukuken geçerli rızası TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen suça yönelik kastı

[129] Fatih Selami Mahmutoğlu, "TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları**, Ed. Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.296 (A'dan Z'ye Sağlık Hukuku); M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141-142; Algan, **A.g.e.,** s.145.

[130] Mahmutoğlu, **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku**, s.296; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.142.

ortadan kaldıracağından, suçun kanuni tarifinde yer verilen temel şekline yönelik kastın bulunmaması nedeniyle TCK'nin 91/8. maddesinin de uygulama alanı bulması olanaklı değildir, bu durumda fail hakkında taksirle ölüme neden olma suçu gündeme gelebilecektir.

M.Aydın tarafından, düzenlemenin organ ve doku ticaretiyle mücadele maksadıyla getirilmiş olması ve caydırıcılığı artırması sebebiyle yerinde olduğu belirtilmektedir[131]. Söz konusu düzenlemenin, hukuka aykırı biçimde organ ve doku alınmasının önüne geçilmesi, bu hususta mevzuat hükümlerine tolerans tanımaksızın uyulmasının sağlanması ve kişilerin maddi ve manevi varlığının korunmasına yönelik olarak getirildiğini değerlendirmemiz sebebiyle düzenlemenin yerinde olduğu görüşüne katılıyoruz. *Algan*'ın getirmiş olduğu düzenlemenin "*neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına son derece uzak olduğu*" eleştirisi ve düzenlemenin yerinde olmadığı yönündeki düşüncesine[132] ise, yukarıda açıkladığımız görüş ve kanaatlerimiz nedeniyle iştirak etmiyoruz.

TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenmiş olan yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçunun kanuni tarifinde yer alan temel şeklinin kasten işlenen bir suç olması, bu suçun olası kastla da işlenemeyeceği yönündeki görüşümüz, suçun taksirli halinin zaten Kanun'da düzenlenmemiş olması hususları göz önüne alındığında, suçun temel şeklinde hukuken geçerli rızası bulunmayan mağdurun bir organ veya dokusunun alınması kastıyla icra edilen fiil bulunmasına karşılık, TCK'nin 91/8. maddesi kapsamında kastedilene göre daha ağır olan mağdurun ölümü neticesinin geçekleşmesi halinin, Kanun'un bu madde ve fıkrasına ilişkin gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi, "neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç" niteliğinde olduğu kanaatindeyiz[133].

Ancak, yukarıda açıklandığı şekilde, TCK'nin 91/8. maddesinde "kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı" şeklindeki atıf düzenlemesi yerine, doğrudan yaptırım içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi halinde, Kanun'un sistematiği, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı ve buna ilişkin genel hüküm

[131] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141-142.
[132] Algan, **A.g.e.,** s.143-146.
[133] Benzer görüş için *Bknz.* Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1325-1326.

olan TCK'nin 23. maddesi hükmü ile uyum sağlanmış olacağını değerlendirmekteyiz.

c. Kastı Kaldıran Hata Hali

Kişinin kasten hareket etmesi için suçun maddi unsurlarını bilmesi gerekir, şayet bilmiyorsa bir hatadan söz edilir. "Hata" kişinin bilmeme, yanlış veya eksik bilmeye dayalı tasavvuru ile gerçek arasındaki uyuşmazlıktır[134].

TCK'nin 30. maddesinde çeşitli hata halleri düzenlenmiştir. Bunlardan ilk bölümü suçun maddi unsurlarında hata (md.30/1), suçun nitelikli unsurlarında hata (md.30/2) ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata (md.30/1,3) olup, bunlar kastı kaldıran hata hali olarak kabul edilmektedir. Diğerleri ise, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata (md.30/3) ve yasak hatasına (haksızlık yanılgısı) (md.30/4) ilişkin olup, bunların kusurluluğu etkileyen hata halleri olduğu kabul görmektedir[135]. Burada inceleme konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bağlamında yukarıda açıklanan hata hallerinden birinci bölümde yer alan suçun maddi unsurlarına ve suçun nitelikli hallerine ilişkin kastı kaldıran hata halleri incelenecektir.

TCK'nin 30. maddesinin 1. fıkrasında "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*" denilmek suretiyle, suçun maddi unsurunu bilmeyen bir kimse yönünden içinde bulunduğu hatanın kastını ortadan kaldıracağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

Bu kapsamda, açıklanan TCK'nin 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsurlarında hata (unsur yanılgısı), somut bir olayda suçun

[134] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.698; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.254.
[135] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.532; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.701; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.255.

maddi unsurlarıyla ilgili bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgiyi ifade etmektedir[136]. Bu hususlarda düşülen hata hali kastı kaldırmakta[137], ancak taksirli sorumluluk saklı tutulmaktadır[138]. Örneğin, kendisinden organ veya doku alınan kişinin sağ olduğunu bilmeyip ölü olduğunu zanneden ve bu nedenle haklı bir yanılgıya düşen fail, TCK'nin 30/1. maddesi gereğince bu hatasından yararlanacak ve failin bu hatası kastını kaldıracaktır. Diğer bir örnek ise, failin organ veya doku alınacak kişide veya alınacak organ veya dokuda yanılgısı halidir. Bu kapsamda, karışıklık nedeniyle yanlış kişiden organ veya doku alınması ya da planlananın haricinde bir organ veya dokunun alınmış olması durumlarında, rıza ile ilgisi de göz önüne alındığında failin yanılmasının TCK'nin 30/1. maddesi gereğince suçun maddi unsurlarında gerçekleşmiş olacaktır[139].

TCK'nin 30. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında suçun nitelikli hallerinde failin hatası durumunda, yanılgı suçun temel şekline ilişkin olmayıp, daha ağır ya da daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerin gerçekleşmesine yöneliktir[140]. Bu durumda failin yanılması ister suçun daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerine, ister daha hafif ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerine ilişkin olsun, fail bu hatasından yararlanacaktır[141]. Suçun nitelikli halleri ile kastedilen, suçun kanuni tarifinde yer verilen temel şekline göre cezanın artırılmasını ya da azaltılmasını gerektiren unsurlardır. İnceleme konusu suça ilişkin olarak yukarıda açıklandığı üzere, TCK'nin 91/4. maddesi ile suçun bir örgütün faaliyeti

---

[136] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.702; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.533-534; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.256.

[137] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.255 vd.; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.702-703, 705 vd.; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.533.

[138] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.255-256; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.534; "*TCK'nin 27/1 maddesinde; kanunun hükmünü yerine getirme (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) gibi hukuka uygunluk nedenlerinde, sınırın kast olmaksızın aşılması halinde sorumluluk statüsü belirlenmiştir. Kasten, sınırın aşılması halinde ceza sorumluluğu değişmeyecektir. Ancak sınırın aşılmasındaki yanılgı failin taksirinden ileri geliyorsa ve eylemin taksirle işlenmesi suç olarak cezalandırılabiliyorsa, taksirden dolayı sorumlu olacaktır. Buradaki yanılgı sadece kastı ortadan kaldıracaktır.*" Yrg. CGK, T.03/11/2021, E.2019/16-620, K.2021/523.

[139] Doktrinde açıklanan örnek olaylardaki durumu TCK'nin 30/3. maddesi kapsamında kusurluluğu etkileyen hata hali olarak değerlendirenler bulunmaktadır; Olgun Değirmenci, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", **TBB Dergisi,** 2014 S:110**,** s.169,170; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.135.

[140] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.723; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.263.

[141] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.263.

çerçevesinde işlenmesi hali, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiş[142], daha az cezayı gerektiren nitelikli unsura ilişkin ise bir düzenleme yapılmamıştır. Bu anlamda, daha fazla cezayı gerektiren suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali ile ilgili olarak failin hatasından yararlanmasına engel bir durum yoktur.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata halinde kişi, tipik fiili bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu düşüncesi ile gerçekleştirdiği halde, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları bulunmamaktadır[143]. Bu durumda fail, işlediği fiil ve haksızlığa ilişkin tüm hususları bilmektedir, yanılgısı hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleşmesine ilişkindir. Fail somut bir olayda hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiğini zannetmektedir. Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları ile ilgili bilgi kasta dahil olup, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılgısı halinde suç kastının varlığından söz edilemez[144]. Örneğin failin, organ veya dokusunu aldığı yaşayan kişinin hukuken geçerli rızası bulunduğu zannıyla tipe uygun fiilini işlediği hallerde, bu yanılgısının ceza sorumluluğuna etkisi hangi yönde olacaktır? İnceleme konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu yönünden organ veya dokusu alınan yaşayan kişinin hukuken geçerli rızasının varlığı tipikliği ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir[145]. Bu nedenle organ veya dokuyu alan failin rıza konusunda mevcut yanılgısı suçun maddi unsurlarında hata kapsamındadır[146]. Bu durumda failin hatası kastını kaldıracak nitelikte olması nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir.

Diğer yandan, yukarıda açıklandığı üzere, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun taksirle işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, açıklanan kastı kaldıran hata hallerinde, failin taksirli sorumluluğu da ortaya çıkmayacaktır.

---

[142] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303; Algan, **A.g.e.,** s.140; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.267.
[143] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.299, 302; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.731.
[144] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.538; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 302.
[145] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.278.
[146] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.291; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280.

Neticeli suçlar yönünden nedensellik bağı suçun unsurlarındandır. Bu bakımdan, nedensellik bağındaki önemsiz sapmalar kastı kaldıran hata sayılmaz, ancak, adeta yeni bir nedensellik serisinin başladığı durumlarda oluşan neticeden sorumluluk doğmaz. İnceleme konusu suç neticeli suçlardan olmadığından[147], nedensellik bağı aranmayacak ve dolayısıyla nedensellik bağında hatanın varlığından da söz edilemeyecektir.

Yasak hatası (haksızlık yanılgısı) halinde fail, işlediği fiilin maddi şartlarına ilişkin tüm hususları bilmesi ve bu hususta bir yanılgısı söz konusu olmaması itibariyle, işlediği fiil yönünden kastı tamdır. Ancak işlediği fiilin hukuk düzenine aykırı düşmediği düşüncesiyle hareket etmektedir[148]. Bu itibarla, yasak hatası kastı kaldıran hata kapsamında değerlendirilemez, bu durumda failin ceza sorumluluğu vardır. Bu bağlamda, yukarıda da açıklandığı üzere, failin işlemekte olduğu fiilin yöneldiği biyolojik maddenin organ veya doku olarak nitelendirilen türden olduğunu bilmemesinin, yani hukuki yanılgısının suçun oluşmasına bir etkisi olmayacaktır. Başka bir örnek olayda, hekim olan failin yaşayan vericinin hukuken geçerli rızasının bulunmadığını bilmesine rağmen, yine de olanaklı olduğu düşüncesiyle bir organ veya dokusunu almış olması halinde söz konusu olan failin haksızlık yanılgısıdır. Bu ve benzeri yasak hatasının söz konusu olduğu durumlarda, failin hekim olması itibariyle eğitim ve bilgi düzeyi dikkate alındığında hatasının kaçınılmaz olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır[149].

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Geniş anlamda haksız bir fiil olan suç kavramının bir unsuru da hukuka aykırılıktır[150]. Hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurlar yönünden tamamlanmış ve kanundaki suç tanımına uyan fiil ile hukuk düzeninin uyumsuzluğunun devam etmekte olmasıdır[151]. Bu uyumsuzluk ceza hukuku ile sınırlı olmayıp hukuk

[147] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.301; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279.
[148] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.545 vd.; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.301.
[149] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.136.
[150] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.124; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.263.
[151] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 265 vd.; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.470.

düzeninin bütünüyle olan çatışma halidir[152]. Bir fiilin hukukun bir alanında caiz başka bir alanında yasak olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durum hukuk düzeninin bütüncüllüğünün, yani tutarlı bir bütün oluşturmasına ilişkin gerekliliğin bir sonucudur[153].

Hukuka aykırılığın içeriği pozitif hukuk normlarının yorumu ile belirlenmektedir. Ceza kanunlarında "suç" olarak tanımlanan bir eylemin gerçekleştirilmesine cezai olsun veya olmasın başka bir hukuk normu tarafından cevaz verildiği takdirde[154], o eylemin hukuk düzeninde yasak olmadığı, yani suç teşkil etmediği sonucuna varılır[155]. Hukuka uygunluk sebepleri tüm suç kategorileri için geçerli olup, suçun kasten veya taksirle yahut icraî veya ihmali hareketle işlenebilen suç kategorilerine dahil olmasının bir önemi yoktur[156]. Bu şekilde ceza normu ile yasaklanan bir fiile izin vermek suretiyle, "hukuka aykırı" olmasına engel olan kuralın uygulanmasını gerektiren fiil, olay veya olguya "hukuka uygunluk sebebi" denir[157]. TCK'nin genel hükümlerinde dört adet hukuka uygunluk sebebi sayılmış olup bunlar, "kanun hükmünün yerine getirilmesi" (md.24/1), "meşru savunma" (md.25/1), "hakkın kullanılması" (md.26/1) ve "ilgilinin rızası" (md.26/2) olarak belirtilmiştir[158].

Söz konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bakımından, yaşayan vericinin hukuken geçerli rızasının bulunması halinde eylemin tipikliği ortadan kalkacağı gibi, aynı zamanda yaşayan

---

[152] Arslan, **A.g.e.,** s.95; Gür, **A.g.e.,** s.8; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.266; Mahmutoğlu, **Şerh**, s.470; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.302; Benzer görüş için Bknz. Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.232.

[153] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 267; Benzer görüş için *Bknz.* Özgenç, **Genel Hükümler**, s.302 vd.

[154] Mülga 734 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 267. maddesindeki "*Ana baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir.*" kuralı (4721 Sayılı TMK. md. 339) bunun bir örneğidir; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.267.

[155] Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 263; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.120; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.302.

[156] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 275.

[157] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.249; Köksal Bayraktar, "Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler**-(26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul, 1998, s.68 vd. (Hukuka Uygunluk Nedenleri); Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.120.

[158] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.312; Zafer, **A.g.e.,** s.278-279; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.309 vd.; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 276; Algan, **A.g.e.,** s.101.

vericinin hukuken geçerli rızasının TCK'nin 26/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu aydınlatılmalıdır. Diğer bir anlatımla, yaşayan verici tarafından hukuka uygun bir şekilde açıklanmamış olan rızanın "suçun maddi unsuru" çerçevesinde mi yoksa "hukuka aykırılık unsuru" çerçevesinde mi değerlendirilmesi gerektiği hususu doktrinde tartışmalı olup, bu husus aşağıda ele alınacaktır.

Yaşayan vericinin açıklamış olduğu rızanın geçerliliği ve hukuka uygunluğuna ilişkin koşullar, temel olarak ODNK'da yer verilen kriterler göz önüne alınarak belirlenmesi gerekecektir[159]. Yaşayan kişiden organ ve doku alınmasına ilişkin koşullar ODNK'nın 5-10. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda tarafı olduğumuz Oviedo Biyotıp Sözleşmesi, ONHY ve diğer sağlık hukuku mevzuatının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hususlar yukarıda birinci bölümde açıklanmış olup, ilgisi bağlamında aşağıda ilgilinin rızası başlığı altında irdelenecektir.

Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunma hali inceleme konusu suç bakımından uygulama alanı bulamayacağından burada incelenmeyecektir. Ancak, belirtilen diğer hukuka uygunluk nedenleri söz konusu suç bakımından başlıklar halinde aşağıda ele alınacaktır.

a. Kanunun Hükmünün (Görevin) Yerine Getirilmesi

TCK'nin 24. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile, kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceği ve aynı maddenin (2) numaralı fıkrası ile, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayanın sorumlu olmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir[160]. Buna göre, kanun hükmü ile bir kişiye herhangi bir konuda yetki verilmesi ya da yükümlülük getirilmesi halinde, bu kanun hükmünün uygulanması halinde hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir[161]. Yine, Devletin üstlendiği kamusal hizmetlerin yürütülmesinde

[159] Taşkın, **A.g.e.,** s.137; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.303; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.278-279.
[160] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.319; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.471.
[161] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.283-284; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.471;

hiyerarşik yapılanma kapsamında yetkili bir merci tarafından verilen ve yerine getirilmesi kanun gereği zorunlu olan emri uygulayan kişi bu nedenle sorumlu tutulamayacaktır[162].

Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasının koşulları temelde ODNK ile belirlenmiş olup, Oviedo Biyotıp Sözleşmesi ve ONHY hükümleri de bu anlamda göz önünde bulundurulmalıdır. Yaşayan kişiden belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde açılanmış ve hukuken geçerli bir rıza açıklamasının bulunması halinde organ veya doku alınması hukuka uygun kabul edilecektir. Organ veya doku alma işlemi karmaşık bir tıbbi müdahale niteliğinde olup, yeterli donanıma sahip bir sağlık kuruluşu ortamında ve hekimler eliyle yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda, söz konusu suçla ilişkili olarak fail bakımından kanunun hükmünün yerine getirilmesinden söz edilemeyecektir[163].

Yaşayan kişiden organ veya doku alacak olan hekime aydınlatma yükümlülüğü ve geçerli bir rıza bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Örneğin bir hastanede yaşayan kişiden böbreğinin alınması operasyonunu gerçekleştirecek olan hekim, ODNK'nın 7. maddesi gereğince bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede organ veya doku alacak hekimin yaşayan vericinin özgür iradesine dayalı rızasının bulunup bulunmadığını, verilen rızanın ODNK hükümlerine uygun ve hukuken geçerli olup olmadığını araştırması ve eğer yaşayan vericinin hukuken geçerli bir rızası yoksa organ veya dokuyu almaması gerekmektedir. Aydınlatma ve araştırma yükümlülüğünü bizzat organ veya doku alma ameliyatını gerçekleştirecek hekimin yapması gerekmesi nedeniyle, örneğin başhekimin ya da diğer amirlerinden birinin hukuken geçerli bir rızası bulunmayan bir yaşayan kişiden organ veya dokusunun alınması yönündeki emri kanuna aykırı ve incelenen TCK'nin 91/1. maddesi itibariyle konusu suç teşkil eden emir niteliğinde olacaktır. Anayasanın 137/2. maddesinde, "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*" ve TCK'nin 24/3. maddesinde "*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir*

[162] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.482
[163] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.102.

surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur." hükümlerine yer verilmiştir. Amirin emrinin hukuka aykırı olması ve ayrıca suç teşkil etmesi halinde, emrin yerine getirilmesi Anayasa ve TCK tarafından korumadığı gibi, böyle bir emrin yerine getirilmesinden hem emri verenin ve hem de emri yerine getirenin sorumluluğu doğacaktır[164]. Bu çerçevede, organ veya doku alacak olan hekime hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde yaşayan bir kişiden organ veya dokusunun alınması yönünde amirlerince verilecek emrin konusu suç teşkil etmesi nedeniyle fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu itibarla da, söz konu suç yönünden amirin emri ya da görevin yerine getirilmesi şeklinde bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı söz konusu değildir.

b. Hakkın Kullanılması

TCK'nin 26/1. maddesinde "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" hükmüne yer verilerek, hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir[165]. Bu düzenleme hukuk düzeninin bütüncüllüğünün bir yansımasıdır, zira daha önce açıkladığımız gibi, bir fiilin hukukun bir alanında caiz başka bir alanında yasak olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir[166]. Bu itibarla, hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılmasından söz edebilmek için, hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış bir sübjektif hakkın mevcut olması, kişinin bu hakkını sınırları içinde kullanmış olması ve hakkın kullanılması ile işlenen ve tipe uygun fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekir[167].

ODNK ile yapılan düzenlemeler göz önüne alındığında, Kanun'da belirtilen koşullara uyulması şartıyla, yaşayan kişilerden organ veya doku alınması konusunda hekimler için mesleğin icrasına ilişkin bir hakkın ortaya çıktığı söylenebilir[168]. Bu anlamda, hekimler yönünden organ veya doku alınması ya da nakli, sağlıkla ilgili mevzuat kapsamında ve mevzuatla belirlenen koşullara uyulması kaydıyla hakkın

[164] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.493-494.
[165] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.312; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.573-494.
[166] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 267.
[167] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.574-576; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.312 vd.
[168] Algan, **A.g.e.,** s.103; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.430, 452; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.286.

kullanılması biçiminde bir hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya çıkmaktadır[169]. Nitekim, hekimlik mesleği hastalığın teşhisi ve bunun tedavisi amacına yönelik faaliyette bulunmayı gerektirmektedir. Ancak, bu şekilde meşru amaç taşıyan her türlü tıbbi müdahale peşinen hukuka uygun kabul edilemez. Bu bağlamda belirtilen amaç çerçevesinde bir insanın vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi amaçlı müdahalenin hukukiliği, "rıza" veya "görevin yerine getirilmesi" ile birlikte izah edilmektedir[170].

Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ile TŞSTİK'nın konuyla ilgili hükümleri birlikte değerlendirildiğinde tıbbi amaçlı müdahalenin hukukiliği için dört ana kriterden söz edilebilir[171]. Bunlar, tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından yapılması[172], tıbbi müdahalenin yapılmasının tıbbi bir zorunluluktan kaynaklanması gerekliliği (tıbbi gereklilik), hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması veya bu rızanın var sayılmasını gerektiren acil bir durumun varlığı[173], tıbbi müdahalenin tıbbi kural ve standartlara uygun bir yöntemle yapılmış olmasıdır[174].

Yaşayan bir kişiden organ ya da doku alınmasının "hukuka uygun" kabul edilebilmesi için öğretide kabul görmüş belirli koşulların gerçekleşmiş olması gereklidir. Bu kapsamda ve önemlerine binaen aşağıda üstün amaç, zararsızlık ve elverişlilik koşulları üzerinde durulacaktır[175].

Yaşayan bir insanın vücut bütünlüğü temelde Anayasa ile koruma altına alınmış olduğu gibi, TCK ile de vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiiller cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğünü etkileyen müdahalelerin genel anlamda hukuka aykırı kabul edilmiş olduğu söylenebileceği gibi, böyle bir fiile ilgilinin rıza göstermesi de çoğunlukla hukuka aykırılığı ortadan

---

[169] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.291; Gökcen, **Düşünceler**, s.64; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.121; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.619.
[170] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.347.
[171] İsmail Atak, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", **TOTBİD Dergisi**, 2020, s.19-26, (Çevrimiçi) https://doi.org/10.14292/totbid.dergisi.2020.04, Erişim Tarihi: 11 Ekim 2020.
[172] *Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015.
[173] Yrg. 4. HD, E.1976/6297, K.1977/2541 T:07/03/1977.
[174] Yrg. 13. HD, E.2016/26894, K.2018/8072, T: 18.9.2018; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.34.
[175] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.162 vd.

kaldırmaz. Rızaya dayalı olsun ya da olmasın, bir insanın kişilik haklarına yapılan müdahaleler kural olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir[176]. Temel kural bu şekilde olmakla birlikte, kişinin vücuduna yönelik tıbbi müdahale ve özellikle yaşayan kişiden organ veya doku alınması fiili üstün amacın varlığı halinde hukuka uygun kabul edilebilir[177]. Böyle bir "üstün amaç", kişinin kendi sağlığı ve yaşamının kurtarılması veya bir başka kişinin yaşamının kurtarılması veya sağlığının iyileştirilmesi şeklinde tezahür edebilir[178].

Her ne kadar yaşayan vericinin vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen müdahale tedavi amacına yönelik değilse de, alıcının iyileştirilmesine yönelik üstün amaca hizmet etmektedir[179]. Üstün amaç, vericiden organ veya doku ya da biyolojik herhangi bir materyal çıkarılmasını meşru kılacak bir amaçtan ibarettir. Başka bir ifadeyle organ veya doku ya da herhangi bir biyolojik materyal çıkarıldığı takdirde yaşayan vericinin uğrayacağı zarar ile bunun karşılığında sağlanacak fayda mukayese edildiğinde, yaşayan verici bakımından gerçekleşen zarar çok önemsiz hale geliyor ve bu zarara katlanması makul ve orantılı görülebiliyorsa üstün amacın varlığı kabul edilebilir[180]. Buna karşılık, yararlar karşılaştırıldığında alıcının yararı bariz bir şekilde ağır basmıyor veya yaşayan vericinin yararı ağır basıyorsa hukuken geçerli bir rıza mevcut olsa dahi organ veya doku alınamaz[181]. Benzer şekilde müdahalenin yapılmasındaki üstün amacın tıbbi araştırma olduğu hallerde de aynı ilkenin söz konusu olduğu tabiidir. Bu hususa ilişkin olarak HHY'nin 32/II. maddesine göre: "*Tıbbi araştırmadan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz.*" Buna göre, yaşam ve vücut bütünlüğünü korumak bakımında gereklilik arz ettiği takdirde, organ veya doku alınması veya naklin söz konusu olduğu durumdaki gibi tıbbi deneyden

[176] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.121; benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.33.
[177] Zevkliler, **Tedavi Amaçlı Müdahale**, s.22; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.121.
[178] Akünal, **A.g.e.,** s.20.
[179] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.22.
[180] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1557; Yücel, **A.g.m.,** s.685.
[181] Peter Tress, **Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht**, Mainz, 1977, s.27 (Nakleden: Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.122).

vazgeçilmesi gerekmektedir[182]. Organ veya doku alınması yönünden mesele ele alındığında, yaşamın kurtarılmasının "üstün amaç" olarak kabul edilebileceği görülmektedir. Dolayısıyla, yaşayan bir insandan organ ya da doku alınmasının temel koşulu, yaşamı nakil operasyonuna bağlı bir hastanın mevcut olması ve nakil gerçekleştiğinde bu hastanın yeniden sağlığına dönebilecek olmasıdır[183].

Yaşayan bir insandan organ veya doku alınması için gereken bir diğer koşul "zararsızlık" halidir. Bir kişinin vücuduna yönelik olarak rızasına istinaden yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için söz konusu müdahale nedeniyle o kişinin "aşırı bir zarar görmemesi" ve "büyük bir tehlike altına girmemesi" gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kişinin yaşamı için tehlike oluşmaması, vücudunda önemli bir noksanlık meydana getirmemesi ve vücuttan çıkarılan organ veya dokunun yokluğunun kişinin toplum ve ailesi karşısındaki konumunu sarsmaması gereklidir[184].

Organ ve doku nakli konusunda yaşanan en büyük tıbbi problem doku uyumluluğudur. Nakil operasyonunun başarıya ulaşabilmesi için, alıcı vücudun doku yapısı ile nakil konusu organın doku yapısı arasında uyumluluk olması gereklidir. Bu nedenle, nakil öncesi birtakım tetkik ve tahlillerin yapılmış olması gereklidir. Mesela, kan grupları arasında uyumluluk olup olmadığına bakılmalı, deri ve lenfositler test edilmelidir[185]

c. İlgilinin Rızası

Yaşayan kişiden organ veya doku alınabilmesi için, vericinin hukuken geçerli irade beyanı, yani rızasının bulunması gerekir[186]. Bu bağlamda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızası bulunmadığı halde organ veya doku alınamaz[187].

---

[182] Şafak Parlar, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", **TBB Dergisi,** 2009, S:83, s.201.
[183] Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.122.
[184] Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.145; Mustafa Dural, **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, 3.Bs., İstanbul, 1987, s.126.
[185] Kopetzki, **A.g.e.,** s.41; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.189.
[186] Kanaatimizce suçun maddi unsuru kapsamında olan bu başlık, "rıza" kavramının genel ve kategorik olarak "hukuka uygunluk sebepleri" arasında değerlendirilmesi nedeniyle "hukuka aykırılık unsuru" başlığı altında incelenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasının gerekçesinde "*Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ veya doku alınması, suç oluşturmaktadır. Fiili suç oluşturmaktan çıkaran rızasının hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.*" denilmektedir. Burada "ilgili mevzuat" kavramıyla kastedilen temelde ODNK ve yine buna dayalı olarak yürürlüğe konulmuş olan ONHY ile ilgili diğer sağlık hukuku mevzuatıdır.

Söz konusu suç bakımından organ veya doku alınması doğrudan yaşayan kişinin bedensel bütünlüğüne yönelmiş bir eylemdir. Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı fiziki kişiliğe ilişkin kişilik değerlerindendir[188]. Anayasanın 17. maddesi, TMK'nın 23. maddesi ve HHY'nin 12. maddesi hükümleri çerçevesinde, kural olarak kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik değeri üzerinde mutlak biçimde tasarrufta bulunamayacağı kabul edilmektedir[189]. Bu husus yukarıda birinci bölümde yaşayan kişiden organ ve doku alınması başlığı altında ve yine aşağıda ilgilinin rızası/ rızanın hukuki niteliği başlığı altında irdelenmiş olup, tekrardan kaçınmak maksadıyla burada atıfla yetiniyoruz. Buna karşın, organ veya doku alınmasına yönelik yaşayan kişinin açıklamış olduğu rızası diğer koşullarının yanında üstün bir amacın varlığı halinde hukuken geçerli kabul edilebilir[190].

Yaşayan vericinin rızasının şekli ve geçerlilik koşulları, ODNK'nın "Muvafakat" başlıklı 6. maddesinde açıkça düzenlenmiş[191] olup, buna göre, "*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*

---

[187] Köksal Bayraktar, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'a İlişkin Düşünceler", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, 1979, s.16 vd. (Düşünceler); Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.122.

[188] Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir,**A.g.e.,** s.184; Ömer Uğur Gençcan, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu**, C:I, 4.Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.243; Öztan, Gürpınar, **A.g.e.,** s.289.

[189] Benzer görüş için *Bknz.*; Gençcan, **A.g.e.,** s.241 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir,**A.g.e.,** s.180; Öztan, Gürpınar, **A.g.e.,** s.294 vd.; Gürbüz, **A.g.e.,** s.145, 151; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.344.

[190] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1557; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.523 vd.

[191] Bayraktar, **Düşünceler**, s.17; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.122; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 390; Toroslu, **Organ Aktarma**, s. 91 vd.

imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur." Görüleceği üzere, vericiye ait rıza beyanının hukuka uygunluğu ve geçerliliği, belirtilen şekil kurallarına tabi tutulmuştur.

Bir kişinin kendisinden organ veya doku alınması konusundaki irade beyanının dikkate alınabilmesi için öncelikle bu konuda yetkili olması ve ortaya koyduğu rıza beyanının da geçerli olması gerekir[192].

Organ ve doku nakli işlemi vericinin tıbbi yararına olmadığından ve kendisinden görece yaşamsal önemde bir fedakârlık talep edildiğinden, rıza alınması bakımından klasik ve tek yanlı bir tıbbi müdahaleden farklı ve TCK'nin 26/2. maddesinin çerçevesini daraltan ek koşullar öngörülmüştür[193]. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 4/7/2018 tarih ve E.2016/25663, K.2018/7615 sayılı kararında bu hususlar şu şekilde ifadesini bulmaktadır:

> *"...Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. ... Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. ... Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır... Aydınlatılmış onamda ispat külfeti hekim ya da hastanededir."*

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararında da değinildiği üzere, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun düzenlendiği TCK'nin 91/1. maddesinde rızanın hukuka uygunluk koşulları düzenlenmemiş ve ilgili mevzuata atıf yapılmıştır. Organ ve doku nakli ile ilgili temel kanun niteliğinde olan ODNK'da ise bu koşullar tek bir maddede düzenlenmemiş ve muhtelif maddelere serpiştirilmiştir. Bu bağlamda, yaşayan vericinin açıklamış olduğu rızanın geçerlilik koşullarının ODNK'nın 5-10. maddeleri

[192] Atak, **A.g.e.,** s.22,23; Benzer görüş için *Bknz*. Gürbüz, **A.g.e.,** s.102 vd.
[193] Yrg. 13. HD, 04.07.2018 tarih, E. 2016/25663 ve K. 2018/7615 sayılı kararı.

ile ONHY'nin 12. maddesinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu cümleden olarak ODNK'nın 3. maddesinde organ veya doku naklinin herhangi bir bedel veya çıkar karşılığında yapılması yasaklanmış, bu hükmün bir uzantısı olarak aynı Kanun'un 7. maddesinin 1-(e) bendinde de hekime, nakle rızanın herhangi bir bedel veya çıkar karşılığında yahut insani olmayan düşünceyle, örneğin bir menfaat karşılığı verilmesi halinde reddetme yükümlülüğü yüklenmiştir.

Bu çerçevede ve inceleme konusu suç yönünden taşıdığı önem göz önüne alınarak, rızanın hukuki niteliği ile rızanın hukuken geçerliliğine ilişkin koşullar aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

(1) Rızanın Hukuki Niteliği

Yaşayan bir kişiden organ veya doku alınabilmesi için aranan "hukuken geçerli rıza" olgusunun tipiklik kapsamında mı yoksa hukuka aykırılık unsuru kapsamında mı değerlendirileceği konusunda doktrinde farklı iki görüş ortaya çıkmıştır[194]. Doktrindeki baskın görüş, TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen "rıza"nın tipiklik kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir[195]. Kanaatimizce de isabetli olan görüş "rıza"nın tipikliğe dahil olduğu yönündedir[196]. Zira TCK'nin 26/2. maddesinde "rıza" olgusu bir hukuka uygunluk sebebi olarak zaten düzenlenmiş olmasına rağmen, kanun koyucunun bu hususu TCK'nin 91/1. maddesindeki suç tanımında tekrar etme ihtiyacı bilinçli bir tercih olup, tipiklik kapsamında değerlendirilmesi yönünde bir iradenin ön plana çıktığı görülmektedir. Hukuken geçerli rızaya dayanılarak gerçekleştirilen organ ya da doku alınması ya da nakil işleminde hukuka aykırılık unsurundan önce zaten kanun metnindeki tanımlamaya uygun olmayan bir fiil söz konusu olduğu için fiilin tipikliğinden söz edilemeyecektir. Bu noktadan sonra artık hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gereksiz hale gelecektir.

---

[194] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.290 vd.; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.455.
[195] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.303; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.357; Özbek, v.d., **Özel Hükümler**, s.263; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.116; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.292-293.
[196] Aksi görüş için *bkz.* Soyaslan, **Özel Hükümler**, s.198.

Böyle bir ayrımının pratik sonucu, suçun manevi unsuru olan kastın, yani "bilme ve isteme" halinin suç tanımına uygun tipik davranışı kapsaması, bir başka ifadeyle failin hukuka uygun bir rızaya dayanmaksızın organ veya doku alınması fiilini gerçekleştirdiğini bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekliliğinin ortaya çıkmasıdır[197].

Yaşayan bir kimseden organ veya doku alınmasına ilişkin en önemli konu rızadır. Kişilik hakları ile korunan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı varlıklara rıza olmaksızın yapılan müdahaleler, (Anayasa'nın 17. maddesindeki güvencelere halel gelmemek kaydıyla) kanunlarda belirlenen çok sınırlı bir alanı teşkil eden istisnai durumlar haricinde hukuka uygun olmayıp, aksi yöndeki davranışlar sorumluluk doğurur. Ancak rızanın mevcut olduğu her olayda hukuka uygunluk hali bulunduğu peşinen kabul edilemez. Organ ve doku alınmasında veya diğer kişisel varlıklara müdahalelerde kişinin rızası ancak belirli koşullar altında eylemi hukuka uygun hale getirir ve ilgililerin sorumluluğuna yol açmaz. Dolayısıyla organ ve doku alınmasına yönelik rızanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir[198].

Türk Medeni Kanunu'nun "Kişiliğin korunması" başlıklı 23. maddesine göre "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez, maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*" Görüldüğü üzere, bu madde ile kişilik haklarından vazgeçilmesi yasaklanmış olup, kısmi vazgeçmenin ise "hukuka ve ahlaka aykırı" olmaması gerekmektedir[199]. Anılan TMK'nın 23. maddesinin açık hükmünden de anlaşıldığı üzere kişilik hakkından tamamen vazgeçilmesi anlamına gelen rıza beyanları, hakka müdahale niteliğindeki fiilleri hukuka uygun hale getirmez. Kişi ancak kişisel değerleri üzerinde kısmi ve geçici bir kısıtlamaya rızası olduğunu beyan edebilir.

[197] Algan, **A.g.e.,** s.105.
[198] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.250-251; Benzer görüş için *Bknz*. Gürbüz, **A.g.e.,** s.145-146.
[199] Ş.Parlak, **A.g.m.,** s.207; Gürbüz, **A.g.e.,** s.145, 151.

Hukuk ve ahlak kuralları ile çatışmadığı sürece bu beyan hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.

Doktrinde rıza beyanının geri alınması durumunda tazmin talebinde bulunulamayacağına dair kuralın amaca göre yorumlanmasının doğru olacağı savunulmuştur[200]. Biyolojik maddelerin ve konumuz itibariyle organ veya dokunun alınması için rıza beyanında bulunmuş kişinin sonradan organ veya doku vermekten vazgeçmesi durumunda tazmin sorumluluğundan bağışık tutulmasının amacı, tazmin sorumluluğu öne sürülerek o kişinin organ veya doku vermeye zorlanmasının önüne geçilmesidir. Dahası tazmin sorumluluğu aynı zamanda kişilerin organ veya doku verme konusundaki kararlarını da olumsuz etkileyecektir. Ayrıca tazmin sorumluluğuna ilişkin bu hükmün organ ve doku ticaretinin önlenmesi bakımından da faydalı olduğu söylenebilir. Zira organ ve doku satımı için kişiler arasında yapılan sözleşmeler kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması nedeniyle TBK'nın 27. maddesi hükmü gereğince geçersiz olduğundan, bu kapsamda yapılan parasal ödemeler eksik borç niteliğinde kalacak ve iadesi talep edilemeyecektir[201]. Yaşayan vericiyi tazmin sorumluluğundan bağışık tutan söz konusu düzenleme olmasaydı, kişiler anılan TBK hükmünü dolanmak amacıyla tazmin mekanizmasını devreye sokarak yaşayan vericiyi vadettiği organ veya dokusunu vermeye zorlayarak, hukuken geçersiz olan böyle bir sözleşmenin ifasını sağlamaya çalışabilirlerdi.

Diğer yandan hakkaniyet gereği belirli bir miktar veya oranı aşmamak kaydıyla organ veya dokuyu alacak kişinin salt vericinin rızasına güvenerek yaptığı masraflar mevcut olduğu takdirde, bu masrafların karşılanmasını talep edebileceği görüşü ileri sürülmüştür[202]. Öncelikle ifade edilmelidir ki, anayasal hak ve özgürlük alanını daraltan ve Devletin müdahale alanını genişleten istisnaların kanuna dayanması ve dar yorumlanması gerekir. TMK'deki kişilik hakları ve vücut

[200] Gürbüz, **A.g.e.,** s.152; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku**, C:II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s.108; Benzer görüş için *Bknz.* Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.184.
[201] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.34; Gürbüz, **A.g.e.,** s.151 vd.; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207; Köksal, **A.g.e.,** s.97-98; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624.
[202] Ş.Parlak, **A.g.m.,** s.207; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.207; Metin, **A.g.e.,** s.457.

bütünlüğü lehine getirilen düzenleme herhangi bir istisna öngörmeksizin her türlü tazminat talebini kapsamaktadır. Rızaya güvenerek yapılan masraflar "müspet" veya "menfi" zarar kategorisinde olup bunların geri istenmesi de tazmin talebi niteliğindedir. Anayasa'nın 17. maddesini ilgilendiren bir konuda hak ve özgürlükler aleyhine böyle bir istisna getirilmesi Anayasa'ya aykırıdır. Dahası, rıza açıklaması öncesinde veya sonrasında yaşayan vericinin üzerinde en ufak bir baskı hissetmesi iradesinin hukuken geçersiz olmasına sebep olacağından ve rızaya güvenerek yapılan masrafların talep edilebilmesi de yaşayan verici üzerinde az veya çok bir baskı oluşturabileceğinden, kanuna dayalı olarak öngörülse dahi bu şekilde bir istisna getirilmesinin rıza iradesinin sıhhati bakımından sakıncalı olduğu düşüncesindeyiz. Belirtilen nedenlerle organ veya doku alınmasına yönelik rıza beyanına güvenilerek yapılan masrafların talep edilebileceğine dair görüşe katılmamaktayız.

Diğer taraftan rıza, ancak hak sahibinin kişilik haklarına müdahaleden önce verilmişse hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir. Müdahaleden sonra verilen rıza, kural olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayıp, şartları oluştuğu takdirde meydana gelen zararların tazmini talebinden vazgeçme niteliğini taşır[203].

Tüm bu açıklamalar ışığında, organ veya doku alınması işlemine yönelik olarak açıklanan rıza, diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda kişinin beden bütünlüğüne yönelen müdahaleyi hukuki kılan bir irade beyanıdır. Bu yolla kişinin kanunlar çerçevesinde kendi bedensel bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunma imkânı doğmaktadır. Bu nedenle de kişinin öncelikle böyle bir tasarrufta bulunmaya ehil olması gereklidir[204]. Böyle bir ehliyetin varlığı için ise kişinin "ergin" ve "ayırt etme gücüne sahip" olması gerekir. Kişinin "akıl hastalığı" veya "akıl zayıflığı" haricinde bir sebebe bağlı olarak kısıtlılığına karar verilmiş olması böyle bir rıza vermesine engel teşkil etmemektedir. Zira kişi mümeyyiz mahcur (kısıtlı) olsa dahi organ ve doku alınmasına razı olması "kişiye sıkı sıkıya bağlı" bir hakkını kullanması anlamına geldiğinden, böyle bir hakkı kısıtlı kişi ayırt etme gücüne sahip olmak

[203] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.251; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.178-180; Gürbüz, **A.g.e.,** s.141-142.
[204] Gürbüz, **A.g.e.,** s.108; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.132 vd.

koşuluyla bizzat kendisi kullanabilir. Temsilcisi kısıtlının yerine geçerek rıza beyanında bulunamaz[205].

HHY'nin 24. maddesi "*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 sağlanır.*" hükmünü içermektedir. Söz konusu ifade, asıl verici olan şahsın yapılacak olan müdahaleyi mümkün olduğunca geniş ölçüde idrak etmesinin önemini vurgulamaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere ODNK'nın 5. maddesi ile 18 yaşını doldurmamış olan kişilerden organ veya doku alınması yasaklanmıştır. 18 yaşını doldurmuş, mümeyyiz ve fakat kısıtlı olanlardan organ ve doku alınabilmesi için kanuni temsilciden izin alınması şartı öngörülmemiştir. Fakat TŞSTİK'nın 70. maddesiyle, mümeyyiz küçük ve mümeyyiz kısıtlılara yönelik tüm ameliyatlar için kanuni temsilcileri olan vasi veya velilerinden izin alınması koşulu getirilmiştir[206]. Aynı iznin organ ve doku alınmasında da gerekli olduğu görüşü ileri sürülmüştür[207].

Oysa, organ ve doku verilmesi konusunda rıza beyanında bulunulması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olması nedeniyle temsil kabul etmeyen bir hukuki muameledir. Bu sebeple temsilci vasıtasıyla rıza beyanında bulunulması mümkün değildir. Kişi rıza beyanını bizzat kendisi açıklamalıdır[208].

(2) Hukuken Geçerli Rızanın Koşulları

i. Ehliyet

Organ ve doku verebilmek için vericinin tam ehliyetli bir kişi olması gerekir. ODNK'nın "Yaş ve nitelik" kenar başlıklı 5. maddesine göre 18 yaşını

[205] Atak, **A.g.e.,** s.22; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.335; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.111-112.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **A.g.e.,** s.191-192.
[206] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 348.
[207] Gürbüz, **A.g.e.,** s.114; Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.251; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 348; Bu konuda, yukarıda "ehliyet" başlığı altında ifade ettiğimiz *de lege ferenda* niteliğindeki düşüncemizi bu noktada hatırlatmakla yetiniyoruz.
[208] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.252.

tamamlamamış ve ayır etme (temyiz) gücü bulunmayan kimselerden organ ve doku alınması yasaktır. Bu şekilde Kanun, organ ve doku alınması konusunda TMK'deki tam ehliyetlilik haline ilişkin genel düzenlemeden ayrılarak özel bir hüküm getirmiştir[209].

TMK, ayırt etme gücüne sahip olan kişileri üç durumda tam ehliyetli olarak kabul etmektedir. Bunlardan ilk ikisi, TMK'nın 11. maddesinde yer alan "*Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.*" ve "*Evlenme kişiyi ergin kılar.*" şeklindeki düzenlemedir. Buna göre kişi, on sekiz yaşını tamamlamakla veya evlenmekle tam ehliyetli olur. Üçüncüsü yine TMK'nın 12. maddesinde yer alan "*on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.*" şeklindeki düzenleme olup, buna göre kişi mahkeme kararıyla tam ehliyete kavuşmaktadır. Ancak tüm bunlara rağmen ODNK ile TMK'nın genel ilkesinden ayrılmış olup evlenmenin ve mahkeme hükmünün kişiyi ehil saymasını, organ ve doku verilmesine razı olabilme ehliyeti bakımından yeterli görmemiştir[210].

ODNK'nın 5. maddesinde geçen "mümeyyiz olma" halinin TMK'nın "ayırt etme" başlıklı 13. maddesinde yer alan "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*" hükmü çerçevesinde anlaşılması gerekmektedir. Yani, organ veya doku verecek kişinin, bu işlem için rıza beyan ettiği sırada akli yönden zayıflık, sarhoş olma veya benzer başka bir sebeple makul davranışta bulunma kabiliyetinden mahrum olmaması gerekmektedir.

ODNK'nın 6. maddesinde bir kimsenin kendisinden organ veya doku alınması operasyonuna yönelik rızasının sonuç doğurabilmesi için 18 yaşını tamamlamış ve ayırt etme (temyiz) gücünü haiz olması gerekmektedir. Belirtilen 18 yaş koşulu tamamlanmış olsa bile, eğer kişi ayırt etme gücüne sahip değilse, bu durumda organ ve doku alınması ODNK'ya aykırı olacaktır[211]. Küçükler ve temyiz

---

[209] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.250; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.109-110.
[210] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.178; Gürbüz, **A.g.e.,** s.110; Algan, **A.g.e.,** s.112.
[211] Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **AÜHFD**, 2001, C:50, S:4, s. 73.; Artuç, **A.g.e.,** s.497; Gür, **A.g.e.,** s.8; Zevkliler, **Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar**, s.282.

kudretini haiz olmayan kısıtlıların veli veya vasileri tarafından rıza beyanına izin verilmesi de mümkün değildir[212]. Aynı doğrultuda olmak üzere, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 06.03.2014 Tarihli ve 2013/16178 Esas, 2014/3998 Karar sayılı Kararı ile ehliyetsiz vericiden kardeşine böbrek nakli hususunda veli ve vasisince verilen izin hukuka aykırı bulunmuştur[213].

Temyiz kudretini haiz kısıtlıların ise verici olarak organ veya doku alınması ya da nakline rıza göstermeye ehil oldukları kabul edilmektedir[214]. Kanaatimizce TMK'nın kısıtlı kişilerin vesayet ve denetim makamı olan mahkemelerin iznine tabi olan iş ve işlemlerin sayıldığı 462. ve 463. maddelerine "organ veya doku nakline rıza göstermek" başlığının eklenmesi ve ilgili mahkemeye bu konuda karar verirken kişinin kısıtlanmasına neden olan olguları dikkate alma görevi yüklenmesi *de lege ferenda* (olması gereken hukuk, tabii/doğal hukuk) açısından üstünde düşünülmesi gereken bir seçenektir.

ODNK'nın 6. maddesi ile, organ ve doku alınmasında vericinin ehliyetiyle ilgili olarak "mümeyyiz olma" koşulu getirildiği gibi, aynı Kanun'un 7. maddesinin (c) bendinde hekimlere, "akli ve ruhî durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek" yükümlülüğü getirilmiştir. Aslında ODNK'nın 6. maddesindeki hüküm varken 7. maddesindeki hüküm aynı hususun tekrarı niteliğinde ortaya çıkmıştır. Zira, akli ve ruhi durumu yerinde olmayan kişi, TMK'nın 13. maddesi anlamında temyiz kudretinden yoksun ve dolayısıyla zaten ehliyetsiz bir kişi olduğundan, organ veya doku alınmaması gereken kişilerdendir. Bu kişilerin organ veya doku vermesini reddetme yükümlülüğünün ötesinde hekimin, bu kişilerden kesinlikle organ ve doku almama yükümlülüğü bulunmaktadır[215].

Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'ne ilişkin yukarıda birinci bölümde ayrıntılı açıklamalar yapılmış olup, anılan Sözleşme'nin ehliyete ilişkin hükümlerine ilişkin

[212] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.335; Gürbüz, **A.g.e.,** s.117; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.325; Algan, **A.g.e.,** s. 111.
[213] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.734; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.624; Gürbüz, **A.g.e.,** s.117-118.
[214] Nuşin Ayiter, "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", **AÜHFD**, 1968, C:XXV, S.1-2, s.142; Gürbüz, **A.g.e.,** s.111-112; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.319-320.
[215] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.250; Gürbüz, **A.g.e.,** s.119.

açıklamaların yeri geldiği için burada tekrarında yarar bulunduğunu değerlendirmekteyiz. Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 20/1. maddesinde, "5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz" denilmek suretiyle, Sözleşme'nin 5. maddesine göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden kural olarak organ veya doku alınamayacağı hükme bağlanmıştır[216]. Anılan 20. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre ise, istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına, "i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması, ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması, iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması, iv) 6. maddenin ikinci ve üçüncü paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması, v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması" koşullarının gerçekleşmesi halinde izin verilebilmektedir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti bu fıkraya, ODNK'nın 5. maddesiyle uyumlu olmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur[217].

Bu noktada (1) numaralı fıkraya çekince konulmaması dikkat çekicidir. Zira (1) numaralı bentteki "muvafakatini açıklama yeteneği" koşulu, kapsam itibarıyla ODNK'nın 5. maddesindeki "Onsekiz yaşını doldurma…" şartından farklı ve daha geniş bir kategoriyi işaret eden, medeni hukuktaki "ayırt etme gücü" veya "temyiz kudreti"nden başkası değildir. Belirtilen ifadenin karşıt anlam delilinden, nakil işlemine yönelik muvafakatini açıklama yeteneğine sahip olan bir kimseden diğer şartların da gerçekleşmesi halinde organ veya doku alınması ya da nakli yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu itibarla, Anayasa'nın 90/5. maddesinin

---

[216] Benzer görüş için Bknz. Katoğlu, **A.g.m.,** s.187.

[217] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.291-292; Köksal, **A.g.e.,** s.94; "*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 36. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin 20. maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan (2) numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar.*", (Çevrimiçi) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/declarations?p _auth =9FOTj4qm, Erişim Tarihi: 26 Mart 2019.

üçüncü cümlesi gereğince Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin normlar hiyerarşisinde ODNK'ya nazaran konumuna[218] karşılık, organ veya doku alınmasına muvafakat verilmesi için gerekli olan koşulun kişinin ayırt etme gücünü haiz olması gerektiği[219], on sekiz yaşını doldurmuş olsun veya olmasın, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden kural olarak organ veya doku alınmasının mümkün olmadığı yönünde açıkladığımız birinci bölümdeki görüşlerimizi burada tekrar ediyoruz[220].

ii. Hayati tehlikenin olmaması

Rızanın konusunun üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak olması gerekir. Bu itibarla, yaşam ve beden bütünlüğünden vazgeçilmesi anlamına gelecek surette bir rıza bildirimi geçerli değildir[221].

Nitekim, ODNK'nın 8. maddesinde "*Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır.*" denilerek, yaşayan vericiye ait yaşam hakkını ortadan kaldıracak veya yaşamı

[218] Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinin anlamlandırılması bakımından aynı yönde görüş içeren bireysel başvuru kararı için bkz. *Sevim Akat Eşki*, 2013/2187, 19/12/2013, §§ 41-42.

[219] Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin "*Daha geniş koruma*" kenar başlıklı 27. maddesine göre "*Bu Sözleşme'deki hükümlerden hiçbiri, Tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşme'de belirtilenden daha geniş bir koruma sağlama imkânını kısıtlayacak veya etkileyecek şekilde yorumlanamaz.*" Söz konusu hüküm çerçevesinde Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin, ODNK'nın 5. maddesi karşısında ifade ettiği anlam değerlendirilirken *vericinin* vücut bütünlüğü ile *alıcının* yaşam hakkı arasındaki denge bağlamında hangi hükmün insan haklarını koruma bağlamında daha güvenceli olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce, bu noktada -haddizatında organ ve doku naklinin de bir koşulu olan- alıcının üstün yararının arka planındaki *yaşam hakkına* üstünlük tanınarak 20. maddenin ODNK'ya nazaran daha güvenceli bir rejim sunduğunun kabulü gerekir.

[220] Öte yandan ONHY'nin "Canlı vericiden organ bağışı ve nakli" kenar başlıklı 12. maddesinde "alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi" veya "dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından" olmayan bir kişiden yapılacak organ nakli, nakil işleminin yapılacağı ilde oluşturulacak "Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu" tarafından alıcı ile verici arasında mevzuata aykırı herhangi bir ilişki bulunmadığının ve organ bağışının etik yönden uygunluğunun tespitine bağlanmıştır. Aynı maddenin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde ise Etik Komisyona yapılacak başvuru için gereken belgeler arasında "Vericinin mümeyyiz olduğuna dair rapor" da sayılmış olup bunun dışında vericinin on sekiz yaşını doldurduğuna dair bir belge zikredilmemiştir. Kimlik bilgilerinden bu husus zaten tespit edilebilecek olmasına karşın, Yönetmelikteki düzenlemenin bu çerçevede olmasının ve bilinçli bir tercih olduğu ve Yönetmeliği çıkaran iradenin, ODNK yerine Oviedo Biyotıp Sözleşmesi ile uyum sağlama gayretinde olduğu açıktır. Nitekim Oviedo Biyotıp Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti açısından bağlayıcılık kazandığı tarihin 1 Kasım 2004, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihin ise 1 Şubat 2012 olması da neden-sonuç ilişkisi bağlamında bu çıkarımı doğrulamaktadır.

[221] Taşkın, **A.g.e.,** s.137.

bakımından risk oluşturacak şekilde organ veya dokuların alınmasının yasaklanmış olduğu görülmektedir[222].

Yukarıda açıklanan bu kural, kişinin kendi rızası kapsamında olsa dahi "kişilik haklarından vazgeçmesini" geçersiz kabul eden TMK'nın 23. maddesiyle koşut bir hükümdür[223]. Bu hükümlerle, başkasının yaşamını kurtarma pahasına kişinin kendi yaşam hakkında vazgeçmesi veya yaşamını riske atması yasaklanmaktadır[224].

ODNK'nın yukarıda açıklanan 8. maddesi ile, yaşayan vericinin sadece yaşamını mutlak surette sona erdirecek organ ve doku alımlarına değil, aynı zamanda yaşamını tehlikeye sokacak olanlara da yasak getirmektedir. Organ ve doku alınmasının yaşayan vericinin yaşamını sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak olup olmadığı hekim tarafından belirlenecektir[225].

ODNK'nın "Tahlil ve inceleme yapma zorunluluğu" başlıklı 9. maddesine göre "*organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur.*" Görüldüğü üzere, organ ve doku alınmasında birtakım tıbbi tahlil ve incelemeler yapılarak bir rapora bağlanacak ve söz konusu rapor ile kişinin yaşamını yitirme ihtimali ve potansiyel riskler belirlenecektir. Bu hususlar çerçevesinde, söz konusu raporun sürecin işleyişindeki belirleyici niteliği ve dolayısıyla raporu düzenleyen hekimin sorumluluğunun ağırlığı gözden kaçırılmamalıdır[226].

iii. Hekimin Onayı ve Aydınlatma Yükümlülüğü

Aydınlatma yükümlülüğünün temelinin Anayasanın 17. maddesi ile TMK'nın 23-24. maddelerinin kişilik hakkını korumaya yönelik hükümlerine dayandığı haklı

[222] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.254; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.291; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3148; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3494-3495; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.237.
[223] Algan, **A.g.e.,** s.108; Gürbüz, **A.g.e.,** s.91.
[224] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.254-255; Gürbüz, **A.g.e.,** s.103, 145-146.
[225] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.255; Benzer görüş için *Bknz*. Gürbüz, **A.g.e.,** s.92-93.
[226] Toroslu, **Organ Aktarma**, s.115,116; Ataş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.90-91.

olarak belirtilmektedir[227]. ODNK'nın 6. maddesine göre "*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.*"

ODNK'nın 7. maddesi ile yaşayan kişiden organ ya da doku alacak hekimler yönünden çeşitli yükümlülükler getirilmiş olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, yaşayan vericinin aydınlatılması, yapılacak tıbbi müdahaleye dair bilgilendirme yapılması ve kişinin serbestçe karar verebileceği bir zihni berraklığa kavuşturulması öngörülmüştür. Tıbbi müdahale yapılmasına razı olan kişi, hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar çerçevesinde "kendi geleceğini tayin etme" hakkına sahiptir. Kişinin söz konusu hakkını kullanırken iradesi özgür biçimde şekillenmelidir. Özgür iradeye dayalı kararın işlevselliği ise, kişinin müdahale konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olması ile doğru orantılıdır. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızadır. Rızayı hukuken geçerli hale getiren ise, iradenin sıhhatli bir şekilde şekillenmesini temin eden bilgilendirme ve aydınlatma işlemlerinin eksiksiz şekilde ve ciddiyetle yapılmasıdır[228].

Organ ve doku nakli işleminin yararlanıcısı değil, katlananı olan yaşayan vericiden alınacak rızanın sağlam temellere dayanması, kişinin iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşması bakımından aydınlatma yükümlülüğü oldukça önem arz etmektedir. Bu nedenle ODNK'da bu yükümlülük en geniş anlamda sağlanmak istenmiştir.

"Aydınlatma yükümlülüğü" ile ilgili ilk basamakta muayene sonuçlarının bilgi olarak hastaya aktarılması işlemi yer almaktadır. Teşhis hakkında bilgi sahibi olan hastaya tedavinin gerekliliği hakkında bilgi verilmelidir. Bir başka deyişle

---

[227] Gürbüz, **A.g.e.,** s.125; Benzer görüş için *Bknz*. Gökcan, ***Tıbbi Müdahale***, s.337 vd.

[228] *Bkz.* Hans-Jürgen Kramer, **Rechtsfragen der Organtransplantation**, Florentz, München, 1987, s. 23 (Nakleden: Jale Bafra, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu", **İBD**, 1993/1-2, C:67, s.114); Walter Brügmann, "Widerrechtlichkeit des aerztlichen Eingriffs und Aufklaerungspflicht des Arztes", **NJW**, 1977, s. 1473 (Nakleden: Bafra, **A.g.e.,** s. 114); Gürbüz, **A.g.e.,** s.123; Zevkliler, **Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar**, s.283; benzer görüş için *Bknz.* Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.88-89; Yener Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, 1. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2005, S.2, s.187 (Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi); Gürbüz, **A.g.e.,** s.124.

önerilen tedavi yapılmadığı takdirde ortaya çıkabilecek istenmeyen sonuçlar bildirilmelidir. Son olarak hastaya tedavinin gereği olan tıbbi müdahalenin mahiyeti hakkında bilgiler verilmelidir. Bu aşamadaki bilgilendirmenin genel risklerin yanı sıra daha düşük ihtimal barındıran özel durumları da kapsaması gerekir[229]. Hastaya operasyon teknikleri, alternatiflerin olumlu ve olumsuz yönleri, başarı şansı, kullanılacak ilaçların ve müdahalenin yan etkileri ve ortaya çıkabilecek riskler etraflıca açıklanmalıdır[230]. Bilhassa güçlük arz eden yeni ameliyat tekniği denemeleri söz konusu olduğunda, hastaya iyi bir şekilde bilgilendirme yapılarak aydınlatma görevinin yerine getirilmesi operasyonun hukuka uygunluğu bakımından çok kritik bir öneme sahiptir[231]. Ayrıca hastanın önerilen operasyonun mali yükü konusunda da bilgilendirilmiş olması gerekir[232].

Genel kabule göre, hekimin tedavisi bulunmayan hastalığı hakkında hastasını bilgilendirme mükellefiyeti vardır. Ancak, mevzuatımızda Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14/2. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesi hükümleri de dikkate alındığında, istisnai olarak hastalığın seyri ve tedavisinde olumsuzluk oluşturabilecek bazı hususların hastadan gizlenebileceği kabul edilmektedir[233].

Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasında vericinin, özellikle müdahalenin niteliği, tehlikeleri, cerrahi riskler ve ileride kişinin bünyesinde oluşabilecek istenmeyen durum ve etkiler hususunda aydınlatılması gerekir[234].

ODNK'nın 7. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde organ ve doku alacak hekimlerin aydınlatma ve bilgi verme yükümlülükleri ile ilgili açık düzenlemelere yer verilmiş olup, buna göre organ ve doku alacak hekimler, "*a) Vericiye, uygun bir*

---

[229] Klaus Ulsenheimer, "Zur Zivil - und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judicatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin", **MedR**, Y/N:1992/3, s. 133, (Nakleden: Bafra, **A.g.e.,** s.115).

[230] Hans Lüttger, "Die Organtransplantation beim Menschen strafrechtlicher Sicht", **AÜHFD**, 1978, C:35, S:1, s. 180 vd. (Nakleden: Bafra, **A.g.e.,** s.115); Gürbüz, **A.g.e.,** s.134.

[231] Lüttger, **A.g.e.,** s.180 vd. (Nakleden: Bafra, **A.g.e.,** s.115).

[232] Şeref Ertaş, "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **DEÜHFD**, 1980, S.1, s.188.; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.124.; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.124; Gürbüz, **A.g.e.,** s.134.

[233] Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.190; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.365-367; Katoğlu, **A.g.m.,** s.173; *Ekici Şahin*'e göre, "Yapılan aydınlatma vericiyi caydırıcı biçimde olmamalıdır."; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.336.

[234] Gürbüz, **A.g.e.,** s.135; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.123-124.

biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek, b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak" zorundadırlar.

TDN'nin 14/2. maddesine göre de, "*Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.*" TDN'de kimi durumlarda "hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin hastadan saklanmasının uygun olacağı" ifade edilmiş ise de, organ ve doku alınması gibi oldukça ciddi bir tıbbi müdahale bakımından vericiye gerçeğin mümkün olan açıklıkla bildirilmesinin ve iradesinin sağlıklı bir bilgilendirme üzerine şekillenmesinin sağlanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz[235].

Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahaleye ilişkin sözleşmeye taraf olan hekimin üzerindedir[236]. Hatta, sözleşme kurumsal olarak bir hastaneyle yapıldığı takdirde de, aydınlatma yükümlülüğü yine müdahaleyi yapacak olan hekim tarafından yerine getirilmelidir[237]. Aydınlatma yükümlülüğü hasta ve hekim arasında kurulan hekimlik sözleşmesinden doğan akdi bir borç niteliğinde olması itibariyle, kural olarak bu yükümlülük başkasına devredilemez[238]. Ayrıca yapılacak müdahalenin değişik aşamalarında farklı uzmanlık dalından hekimler görev yapacak olmaları halinde her hekim görev alacağı aşamaya ilişkin ve uzmanlık alanında aydınlatma yapmakla yükümlüdür[239]. Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekim, bunun yerine getirilmesini acil hallerde sadece bir diğer hekime bırakabilir, ancak hekimler haricinde kalan hemşire gibi yardımcı personelin aydınlatma sorumluluğu yoktur[240].

---

[235] Benzer görüş için *Bkz.* Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.125.
[236] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.345; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.124; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.342; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.70; Gürbüz, **A.g.e.,** s.130.
[237] Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.125; Gürbüz, **A.g.e.,** s.130.
[238] Gürbüz, **A.g.e.,** s.130; Benzer görüş için Bknz. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.342.
[239] Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.70; Gürbüz, **A.g.e.,** s.130; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.343.
[240] Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.357-358; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.70; Gürbüz, **A.g.e.,** s.130.

Aydınlatma yükümlülüğünün hangi aşamada yerine getirilmesi gerektiği hususunda açık bir mevzuat hükmü bulunmadığı gibi, bu konuda yeknesak bir kaide belirlemek de mümkün değildir. Ancak her halükârda yaşaya vericinin aydınlatılması, rızası alınmadan evvel yapılmış olmalıdır. Yaşayan vericiye düşünmesi ve yakınlarıyla görüşmesi için mutlaka fırsat tanınmalıdır. Aydınlatmanın işlevsel bir zamanlamaya sahip olması gerekir. Bir başka ifadeyle aydınlatma, yaşayan vericinin kendisine önerilen organ veya doku alınması işlemini hür iradesiyle kabul edebileceği veya geri çevirebileceği bir aşamada yapılmalıdır[241]. Bu nedenle ameliyat masasındayken yapılan bir aydınlatmanın zamanlamasının yaşayan vericiye özgür karar verebilme fırsatı verilmesi bakımından işlevsel olmadığından ve böyle bir durumda açıklanan rızanın serbest iradeye dayalı olamayacağından dolayı muteber kabul edilmesi mümkün değildir[242]. Genel olarak tıbbi müdahalelerde aciliyet arz eden hallerde ameliyata az bir zaman kala ve hatta somut olayın özelliklerine göre hasta ameliyat masasındayken aydınlatıcı bilgi verilmesi mazur görülebilir. Bunun gibi, hastanın bilincinin kısmen veya tamamen kapalı olması sebebiyle aydınlatmanın yapılamadığı acil hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir[243]. Buna karşılık, klasik tıbbi müdahalelerden farklı olarak organ ve doku alınmasında yaşayan vericinin aydınlatılmasının acil durumlarda dahi ihmali mazur görülemez[244].

Aydınlatmanın mümkün olabildiğince açık ve anlaşılır bir dille yapılması gerekmektedir. Kişinin neye rıza gösterdiğini tam olarak bilmesi ve bir etki altında olmaksızın rızasını açıklaması, bu bilinç düzeyine ulaştığı konusunda tereddüt kalmaması gerekir. Aydınlatmada kullanılan dil aynı zamanda, vericinin içinde bulunması muhtemel psikolojik ve vicdani baskıyı gidermeli ve kişinin özgür iradesini ortaya çıkarmalıdır[245].

---

[241] Gürbüz, **A.g.e.,** s.129-130; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.71; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.358.
[242] Ertaş, **A.g.e.,** s.188.; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.188; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.125; Çilingiroğlu, **A.g.e.,** s.71.
[243] Brügmann, **A.g.e.,** s.1473; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.142.
[244] Algan, **A.g.e.,** s.110; Benzer görüş için *Bknz.* Gürbüz, **A.g.e.,** s.129-130; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.338.
[245] Gürbüz, **A.g.e.,** s.143; Algan, **A.g.e.,** s.109; Benzer görüş için *Bknz.* Zevkliler, **Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar**, s.283.

iv. Rızanın şekline ilişkin Koşullar

HHY'nin "*Rızanın Şekli ve Geçerliliği*" başlıklı 28. maddesinde, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığı düzenlenmiş olmakla birlikte, aynı Yönetmeliğin "*Organ ve Doku Alınmasında Rıza*" başlıklı 29. maddesinde, 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınamayacağı, bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınmasının, 2238 sayılı ODNK'nın 6. maddesinde öngörülen *yazılı şekil şartına* tabi olduğu belirtilmiştir.

ODNK'nın 6. maddesi ile de organ veya doku alınmasına yönelik rıza açıklamasının şekle bağlı kılındığı ve bu bakımından iki yöntem getirildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, rızanın en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden yazılı ve imzalı olarak verilmesidir, ikincisi ise, en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması şeklinde belirtilmiştir. Benzer şekilde TMK'nın 23/3. maddesinde de insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin yazılı rıza üzerine yapılabileceği belirtilmek suretiyle şekle bağlı olduğu vurgulanmıştır[246].

Bu kapsamda ve belirtilen ODNK'nın 6. maddesi hükmüne göre yaşayan kişiden organ veya doku alınabilmesi için, ilk olarak, rızanın "yazılı olarak" belirtilmesi gereklidir. Yazı, kişinin kendisi veya başkası tarafından el yazısı ile, daktilo ya da bilgisayar aracılığıyla yazılmış olabilir. Önemli olan yazıyı vericinin kendisinin imzalamasıdır. Zira, Kanun yazılılık için tümüyle vericinin elinden çıkmış olma koşulunu aramamaktadır[247]. İkinci olarak, rızaya ilişkin iradenin sadece yazılı hale getirilmesi yeterli değildir, ayrıca irade açıklamasına ilişkin söz konusu yazının kişi tarafından imzalanmış olması da gerekir. İmza ile ilgili olarak TBK'nın 14. ve 15. maddeleri uygulanacaktır. Kişi imza atmaya muktedir değilse sözlü rızanın tespitine ilişkin yönteme başvurulabilecektir.[248]. Üçüncü olarak, yazılı rıza en az iki tanık huzurunda verilmiş olmalıdır. Bu bir geçerlilik koşuludur. İşlemin geçerliliği

[246] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.177; Gürbüz, **A.g.e.,** s.137-138; Algan, **A.g.e.,** s.113. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **A.g.e.,** s.192.
[247] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.252.
[248] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.252.

bakımından tanıkların yazıyı imzalaması koşulu aranmamış olmakla birlikte, imzalamaları ispat açısından önem taşıyacaktır. Son olarak, rızanın serbestçe (özgür iradeye dayalı olarak) verilmiş olması gerekmektedir. Kanun'daki bu düzenleme ile rızanın "*açık, bilinçli ve tesirden uzak*" verilmesi öngörülmüştür. Bununla, kişinin maddi veya manevi zorlama veya telkinin etkisi altında organ veya doku vermeye rıza göstermesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Nitekim, Kanunda rızanın iki tanık huzurunda açıklanması ve tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunluluğunun getirilmiş olmasının da bu amacın teminine yönelik olduğu anlaşılmaktadır[249].

Diğer yandan, ODNK'nın açıklanan 6. maddesinde "en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip, imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması" şeklindeki düzenleme ile getirilenin sözlü rıza olduğu belirtilmektedir. Belirtilen bu nitelikleri itibariyle "sözlü rıza" da sonuçta vericinin elinden çıkan imzasına dayandığından pratikte "yazılı rıza" olarak nitelendirilebilir. Aksine yorum, TMK'nın 23. maddesinin son fıkrası hükmü bakımından önemli sorunları da beraberinde getirebilir. Zira bu yeni hüküm "ancak, yazılı rıza üzerine" biyolojik maddelerin verilebileceğini öngörmektedir. ODNK'nın 6. maddesinde düzenlenen tutanağa bağlı rıza, "sözlü rıza" olarak nitelendirildiği takdirde, "sonraki tarihli kanun" olan TMK'nın 23/3. maddesi karşısında geçersiz olarak kabul edilebilecektir. *Zevkliler*'e göre, yaşayan vericinin ODNK'nın 6. maddesi kapsamında açıklamış olduğu sözlü beyanı tutanağa geçirilerek imzalanmış olması nedeniyle yazılı beyan niteliğindedir ve yazılılık noktasında hükümler arasında çatışma yoktur[250]. *Gürbüz*'e göre, ODNK'nın 6. maddesinde de TMK'nın 23/3. maddesinde olduğu gibi yazılılık şartının aranması ve ilaveten tanık şartı getirilmiş olması nedeniyle hükümler arasında çatışma yoktur[251]. *Kılıçoğlu*'da benzer görüşleri ileri sürmektedir[252]. Bu bağlamda, yukarıda açıklanan gerekçe ve düşüncelere aynen iştirak ederek, hükümler arasında çatışma bulunmadığı ve ODNK'nın 6. maddesinde yer verilen sözlü rıza

[249] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.252-253.
[250] Zevkliler, **Organ ve Doku Nakli ve Hukuki Sorunlar**, s.282.
[251] Gürbüz, **A.g.e.,** s.139.
[252] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.253.

açıklamasının tutanağa bağlanması ve hekim onayı gerekliliği nedeniyle yazılı şekle tabi kılınmış olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz.

Oviedo Biyotıp Sözleşmesinin rıza açıklamasının şekline ilişkin 19. Maddesinin (2) numaralı fıkrasının, "*... muvafakat, açıkça ve özel olarak, yazılı şekilde veya resmi bir makam önünde verilmiş olmalıdır*" şeklindeki düzenlemesi ile, ODNK ile öngörülene göre farklı bir düzen getirildiği görülmektedir. Bu düzenleme karşısında ve Oviedo Biyotıp Sözleşmesinin iç hukuka etkisi göz önüne alındığında, doktrinde organ veya doku alınmasına yönelik rızanın noter veya mahkeme gibi resmi makamlardan biri önünde verildiğinde de geçerli kabul edileceği değerlendirilmektedir[253].

ODNK'nın 15. maddesinin birinci fırkasında yapılan değişiklik öncesi duruma ilişkin olarak, öğretide bu başlık altında belirtilen şekil koşullarının "rızanın hukuka uygunluğu" kavramı dışında olduğu ve bu çerçevede şekil koşullarına uyulmamasının ODNK'nın 15. maddesindeki suçu oluşturacağı ve TCK'nin 91/1. maddesindeki suça vücut vermeyeceği savunulmaktaydı[254]. Ancak sözü geçen değişiklikle TCK'nin 91. maddesine yapılan kümülatif atıfla bu ayrım ortadan kalkmış ve mevcut durumda örneğin önceden verilen yazılı rızanın iki tanık yerine bir tanık huzurunda imzalanması gibi bir şekil şartı uygunsuzluğu TCK'nin 91/1. maddesi gereğince ve öngörülen oldukça ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalması riski oluşmuştur. Bu olumsuz sonucun önlenebilmesi açısından hukuken geçerli rıza şartının şekil şartından bağımsız olarak değerlendirilmesi ve hatta özel olarak düzenlenmeye tabi tutulması daha adil bir tercih olacaktır. Nitekim aynı olumsuz sonucun kişiden rızası dışında organ veya doku alınması suçu ile on sekiz yaşından küçük bir kişiden rızası ile organ veya doku alınması suçunun yaptırımının aynı olması durumunda da ortaya çıkacağı görülmektedir[255].

[253] Gürbüz, **A.g.e.,** s.140-141.
[254] Algan, **A.g.e.,** s.36, 42; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **A.g.e.,** s.126.
[255] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.177.

v. Rızanın Hukuken Geçerliliğini Etkileyen Diğer Koşullar

Organ ve doku alınmasında Kanun'un aradığı koşullardan biri de "vericinin evli olması halinde eşinin durumdan haberdar edilip edilmediğinin araştırılması" yükümlülüğüdür. Nitekim, hekimlerin bilgi verme ve araştırma yükümlülüğüne ilişkin ODNK'nın 7. maddesinin (d) bendinde *"Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek"* yükümlülüğüne yer verildiği, benzer düzenlemeye ONHY'nin 12. maddesinin 6-h fıkrasında da yer verilmiş olduğu görülmektedir.

Görüldüğü üzere ODNK, organ ve doku verilmesini evli olan yaşayan vericinin eşinin rızasına veya onayına tabi tutmamış, ancak yalnızca evli olan yaşayan vericinin organ veya doku vereceğinden birlikte yaşadığı eşinin haberdar edilmesini zorunlu kılmıştır. Durumdan haberdar edilen eşine, yaşayan vericiden organ veya doku alınmasına engel olma hak ve yetkisi verilmemiştir[256].

ODNK'da kendisine haber verilecek eş, yaşayan vericinin birlikte yaşadığı eş olarak düzenlenmiştir. O halde taraflar evli oldukları halde birlikte yaşamıyorlarsa, örneğin aralarında terk eylemi ya da görülmekte olan bir boşanma davası, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı mevcutsa eşin haberdar edilmesi ve bunun tutanakla tespit edilmesi yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Bu şekilde yaşayan vericinin özel hayatına ilişkin detayların araştırılmasının özel hayata saygı hakkı ile bağdaşmadığına ilişkin yukarıda birinci bölümde ilgili kısımda ifade etmiş olduğumuz düşüncemizi burada tekrar etmekle yetiniyoruz.

Bu düzenlemeler ile, yaşayan vericinin birlikte yaşadığı eşinin durumdan haberdar edilmesinin zorunlu tutulmasının altında yatan sebebin, yaşayan vericinin sağlık durumunu, organ veya doku alınmasına rıza gösterme sebebini ve rıza açıklamasına ilişkin iradesini sakatlayan bir durumun mevcut olup olmadığını en iyi bilebilecek durumda olan kişinin birlikte yaşadığı eşi olması ve bu çerçevede söz

[256] Toroslu, **Organ Aktarma**, s.103; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3148; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3495; Gerçeker, **A.g.e.,** s.985; Metin, **A.g.e.,** s.457; Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.292.

konusu haberdar etme işleminin, yaşayan vericinin kişilik haklarının korunması bağlamında bir güvence olarak görülmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır[257].

Yine ODNK'nın 7. maddesinin (f) bendinde verici ile alıcı arasında kan veya sıhri hısımlık hali veya yakın kişisel ilişkilerin bulunması durumları haricinde, tarafların isimlerinin açıklanmaması zorunlu tutulmuştur.

ODNK'nın 10. maddesinde nakil işleminin Sağlık Bakanlığınca özel olarak yetkilendirilmiş gereken uzmanlığa sahip personeli ve donanımı bulunan sağlık kuruluşlarınca icra edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Ayrıca ONHY'nin "Canlı vericiden organ bağışı ve nakli" başlıklı 12. maddesinde, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısmı olmayan bir kişiden yapılacak organ veya doku alınması ya da nakli, nakil işleminin yapılması planlanan ilde teşekkül edecek Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonunun alıcıyla vericinin mevzuata aykırı herhangi bir ilişki içinde bulunmadığının ve organ bağışının etik yönden uygunluğunun tespitine bağlanmıştır.

Doktrinde *bir görüşe göre,* bu başlık altında belirtilen koşulların da rızanın hukuken geçerliliği olgusunun içinde yer aldığı ve bunlara riayet edilmemesi halinde rızanın hukuken geçerli kabul edilemeyeceği, buna karşılık *diğer bir görüşe göre ise,* belirtilen diğer koşulların, rızanın hukuken geçerli olma niteliğine bir etkisinin bulunmadığı ve bunun pratik sonucu olarak belirtilen koşullara uyulmaması halinde TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan suç değil, ODNK'nın 15. maddesinde tanımlanan suçun oluşacağı savunulmakta idi[258]. Yukarıda yapılan açıklama bu noktada da geçerli olup, ODNK'nın 15/1. maddesinde 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile yapılan değişiklik sonrasında, organ veya doku nakli süreçlerinde ortaya çıkacak olan hukuka aykırı fiiller, ancak TCK'nin 91. maddesinde yer verilen suç tanımlarından birine uyması halinde suç olarak kabul edilebilecektir.

---

[257] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.254.

[258] Faruk Erem, "Organ Nakli Hakkında Kanun", **Yargıtay Dergisi**, 1979, S.4, C:5, s.713 (Organ Nakli); Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.122-125; Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.254; Taşkın, **A.g.e.,** s.101; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.43 vd.

D. Kusurluluk

Kusur ilkesi Anayasal bir ilke olup, çağdaş ceza hukukunun dayandığı temel ilkelerdendir. Kusur ilkesi gereğince fail ancak fiili ona yüklenebilecekse cezalandırılabilir. Fail kusurlu hareket ettiği durumda fiilinden sorumlu tutulabilir[259]. Yine aynı ilke gereğince faile ancak kusuru oranında ceza verilebilir. "Kusursuz ceza olmaz" ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerindendir[260]. Yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu ile ilgili kusur ilkesi bakımından bir özellik bulunmamaktadır.

Modern ceza hukukunda "fail ceza hukuku" anlayışı dışlanarak, "fiil ceza hukuku" anlayışı esas alınmıştır. Bu kapsamda failin suç oluşturan bir fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için ayrıca kusurlu olması da aranacaktır. Yani, faile ceza verilebilmesi için tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştirmiş olmasının yanında, işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilir olması da gereklidir[261]. Kusur failin hukuka uygun davranma olanağı bulunduğu halde, hukuk düzenine karşı gelmesi ve haksızlığı seçmesidir[262]. Haksızlık kavramı hukuk düzeninin davranış normları ile yasakladığı fiilleri ifade etmekte olup, failden bağımsız olarak dikkate alınır. Oysa kusur fail ile ilişkilidir[263] ve fail söz konusu edildiği andan itibaren ortaya çıkar. Bu nedenle kusur ve haksızlık kavramları birbirinden farklıdır.

Kişinin diğer suçlarda olduğu gibi işlediği yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması fiil nedeniyle kınanabilmesi için öncelikle fiili gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Bu anlamda, algılama yeteneği ve irade yeteneği kusurun unsurlarını oluşturmaktadır.

---

[259] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.309.
[260] Koca. Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.311 v.d.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.353.
[261] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.312; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.354.
[262] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.309; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.313; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.354.
[263] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.385; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.650; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.354.

Ceza hukuku sistemimizde kusurluluğu kaldıran veya azaltan (etkileyen) haller bağlamında olmak üzere, yaş küçüklüğü (md.31), sağır ve dilsizlik (md.33), akıl hastalığı (md.32), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucunun etkisinde olma (md.34), hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi (md.24/2-4), zorunluluk hali (25/2, 92, 99, 147), meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (md.27/2), cebir ve tehditin etkisi (md.28), haksız tahrik (md.29) ve çeşitli hata hallerinin (md.30, f.3,4) düzenlenmiş olduğu görülmektedir[264].

Mazeret sebepleri ise, hukuka aykırılığı ve kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklı bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Mazeret sebeplerinin bulunduğu halde, kusurluluk ve eylemin haksızlık niteliği varlığını korumakla birlikte, faili eylemini işlemeye yönelten etken haksızlığı da azaltmaktadır. Bu bağlamda, mazeret sebeplerinin bulunduğu durumda, kusur yeteneğinin etkilenmesi ve haksızlık içeriğinin hafiflemesi itibariyle, sınır failin cezalandırılmasının makul görüleceği bir noktaya ulaşmaması nedeniyle cezalandırılmaması eğilimi öne çıkmaktadır[265].

Yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bakımından kusurluluğu kaldıran veya etkileyen nedenlerden zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, cebir ve tehditin etkisi ve kusurluluğu etkileyen hata halleri konuyla ilgisi ve önemine binaen aşağıda başlıklar halinde incelenecektir. Ancak, yukarıda belirtilen kusurluluğu kaldıran veya azaltan/etkileyen diğer haller bu suç yönünden özellik arz etmemesi nedeniyle burada incelenmeyecektir.

1. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali, kişinin kendisini veya başkasını, bilerek ve isteyerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kurtarmak için ceza kanunundaki özel suç tanımına göre suç oluşturan bir fiili işlediği durumlarda, o fiilin mazur görülmesi ve failin kusurlu addedilmemesini sağlayarak ceza normları ile kamu düzeninin

[264] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.466-467.
[265] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.650; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.323.

sağlanması bakımından dengeleyici bir işlev görür[266]. Bu bağlamda örneğin hekim olan failin, ağır düzeyde böbrek rahatsızlığı bulunan ve nakil yapılmadığı takdirde ölmesi gündemde olan hasta alıcıya nakledilmek üzere ticarete konu edildiğini bildiği yaşayan vericinin böbreklerinden birini almış olması halinde zorunluluk haline ilişkin hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Zorunluluk halinin hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu *görüşlerden ilkine göre*, zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir[267]. Bu görüşün taraftarlarına göre, failin işlemiş olduğu fiil haksızlık teşkil etmeye devam etmekle birlikte, ortaya çıkan zorunluluk halinden dolayı failin irade kabiliyetinin ortadan kalkması ya da genel anlamda etkilenmesi nedeniyle fail mazur görülmekte ve kusurlu addedilmemektedir. Bu durumda, failin zorunluluk halinde işlemiş olduğu fiili mazur görülmekle birlikte, meşru değildir[268]. *İkinci bir görüşe göre*, zorunluluk halinde işlenen fiil ortalama bir insanın normal fiili olup, hukukun buna izin vermesi nedeniyle fiil objektif olarak hukuka uygundur, bu nedenle de zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir[269]. *Üçüncü bir görüşe göre ise*, "ayırma teorisi" benimsenmek suretiyle, failin tehlike altında olan ve korumak istediği değer feda edilen üçüncü kişinin yararından önemli ölçüde üstün olması halinde zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği kabul edilmesi gerekirken, failin korumayı amaçladığı hukuksal yararın feda edilen üçüncü kişinin hukuksal yararından önemli ölçüde üstün değilse veya her iki hukuksal yararın eşit olması halinde ise mazeret nedeni teşkil ettiği, yani duruma göre bir hukuka uygunluk nedeni, duruma göre de kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmelidir[270]. Alman CK'nda da doktrinde hukuki niteliğine

---

[266] Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 3. Bs., Ankara, 2005, s. 379; Benzer görüş için *Bknz.* Kangal, **A.g.e.,** s.30 vd.

[267] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.489; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.542; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.349 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.379.

[268] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.349; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.490.

[269] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s.361, 367; *Öztürk-Erdem*'e göre de TCK'nin 25/2. maddesindeki düzenlemeye göre zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.282.

[270] Kangal, **A.g.e.,** s.47 vd., 483; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.283; Elif Bekar, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, 2013, s.54 vd.; Mahmutoğlu ve

ilişkin bu farklı görüşler ve tartışmalar ekseninde zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk nedeni (m.34) ve hem de mazeret nedeni (m.35) olarak düzenlenmiş olduğu görülmekte olup, ileri sürülen bu görüşlerin zorunluluk halinde kalan kişinin koruduğu hukuki değerin ihlal ettiği değerden daha üstün olup olmadığı esasına dayandırıldığı görülmektedir. Bu itibarla korunan değerin üstün olması halinde hukuka uygunluk nedeni, korunan ve feda edilen değerlerin eşit olması halinde ise mazeret sebebinin bulunduğu kabul edilmektedir[271]. Yargıtay tarafından ise, zorunluluk hali CMK'nin 223/3. maddesinin (b) bendi ve son fıkrasında yer verilen düzenleme de dikkate alınarak kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir[272].

Zorunluluk hali, TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fırkasında "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" şeklinde düzenlenmiş, madde gerekçesinde de, *kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak* zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâlinin düzenlenmiş olduğu, zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğunun olmadığı, meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlikenin söz konusu olduğu, zorunluluk hâlinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan

---

Karadeniz'e göre de, *"...zorunluluk halinin, ayırma teorisi çerçevesindeki kabullerden hareket ederek, somut olaya göre hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu etkileyen hal olarak kabul edilmesi mümkündür. Ne var ki kanun koyucunun, her ne kadar gerekçe kanun metnine dahil olmasa da, madde gerekçesinde ... ifadesine ve TCK m.223/3'teki (b) bendinde ... şeklinde hükme yer verilmiş olması; zorunluluk halini kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak saydığının göstermektedir.*", Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.542.

[271] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.347-348; Benzer görüş için *Bknz.* Kangal, **a.g.e**, s.28.

[272] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.387 vd.; Yrg. CGK'nun bir kararında, "...*zorunluluk hali 765 sayılı TCK'nunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte iken, 5237 sayılı TCK'nunda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında, zorunluluk halinde suç işleyen kişi hakkında "beraat" değil, TCK'nun 25/2. maddesi uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK'nun 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır.*" Denilmektedir: Yrg. CGK. E.2012/8-1551, K.2013/64, K.T:19.02.2013; Benzer kararlar için *Bknz.* Yrg. 8.CD., E.2019/6403, K.2022/3403, K.T:24.02.2022; Yrg. 21.CD., E.2015/8453, K.2016/4500, K.T:17.05.2016.

kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olmasının da araştırılacağı, ayrıca, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında "orantılılık ilkesi" nin kabul edilmiş olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, TCK'nin 25/2. maddesinin gerekçesinde zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin olarak "kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden" olarak kabul edildiği açık bir biçimde belirtilmiştir. Bu bağlamda, yukarıda açıklanan görüşlerden, zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni olduğu yönündeki ilk görüşe gerekçeleriyle birlikte katılıyoruz.

Zorunluluk halinin varlığının kabulü için aranan şartlar doktrinde korunmaya ilişkin şartlar ve tehlikeye ilişkin şartlar şeklinde sınıflandırılmaktadır[273]. Bu kapsamda, tehlikeye ilişkin şartlar, tehlikenin halen mevcut olması, tehlikenin kişiye ait bir hakkı ağır bir zarara uğratacak nitelikte olması, tehlikenin muhakkak olması, tehlikenin meydana gelmesine bilerek sebebiyet vermemiş olması, tehlikeye göğüs germe, katlanma yükümlülüğünün bulunmaması şartları, korunmaya ilişkin şartlar ise, tehlikeden başka türlü korunma imkanının bulunmaması, korunma hareketiyle tehlike arasında orantı bulunması şartlarının bulunması gereklidir[274].

Zorunluluk halinin koşulları arasında yer alan ağır zarara uğrama ihtimali olan hakkın, önemli bir hak olması gereklidir. Bu bağlamda, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelen tehlikeler "ağır" olarak kabul edilmektedir[275]. Gerçekten de bir kimsenin yaşamsal organlarından birinin kaybı veya işlevsiz hale gelmesi, müdahale edilmediği takdirde yakın bir zamanda kişinin hayatının tehlikeye girmesi ve hatta ölmesi bu kapsamda muhakkak bir tehlike olarak değerlendirilmelidir[276]. Bu anlamda ve yukarıda verilen örnek olayda böbrek nakli ihtiyacı bulunan hasta alıcının nakil yapılmadığı takdirde ölme riskiyle karşı karşıya bulunması nedeniyle ortaya çıkan tehlikenin ağır nitelikte olduğunu kabul etmek gerektiği gibi, hal ve koşullara göre

---

[273] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s.361, 367; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.543.
[274] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.543 ve devamı; Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s.367 ve devamı; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.350 ve devamı.
[275] Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.495; benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s.369.
[276] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.285; Zafer, **A.g.e.,** s.304; Algan, **A.g.e.,** s.122.

tehlikeye ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması olanaklıdır. Bunun yanı sıra, hasta alıcının böbrek hastalığının hayati tehlike arz edecek derecede olması, organ nakli dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânı mevcut olmayıp, organ naklinde zaruret bulunması halinde korunmaya ilişkin şartlar da gerçekleşmiş olacağı gibi, yaşayan kişiden organ veya doku alınması fiiliyle üçüncü kişi olan hasta alıcı bakımından mevcut olan tehlike arasında orantı bulunduğu kabul edilebilecektir. Bu bağlamda ve yukarıda verilen örnek olayda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması fiilini gerçekleştiren hekim olan fail bakımından zorunluluk hali hükümlerinin uygulanması olanaklıdır[277].

Diğer yandan, söz konusu suç yönünden zorunluluk halinin varlığına ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla ağır koşullar getirildiği görülmektedir. Aksi takdirde, zorunluluk hali mazeretinin arkasına sığınılarak başka kişilerin vücut bütünlüğünü ve yaşamlarını tehdit eden bir kısım eylemlerin önü açılarak meşruiyet kazandırılabilir. Nitekim Yargıtay 12. CD zorunluluk haline ilişkin değerlendirme içeren bir kararında, "*organ hastası olan sanıkların hastalıklarının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemleri dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, ulaşılan neticeye göre TCK'nin 25/2. maddesi çerçevesinde zaruret hali hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi zorunludur*"[278] şeklinde bu husus vurgulanmıştır.

Zorunluluk halinin mevcudiyetinin kabulü için ağır ve muhakkak tehlikenin kişinin kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelmiş olması gereklidir. Tehlikenin üçüncü bir kişiye yönelmiş olması halinde bu üçüncü kişinin failin yakını olması gerekmemektedir. Söz konusu suç itibariyle, TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasında geçen "başkasına ait bir hakka yönelik" ifadesi çerçevesinde, failin, organ veya doku nakline ihtiyaç duyan (tehlikeden korunan) üçüncü kişi ile arasında akrabalık ilişkisi bulunması şart olmadığı gibi, alıcı olan üçüncü kişinin tehlikeden

[277] Benzer görüş için Bknz. Algan, **A.g.e.,** s.121-123.
[278] Yrg. 12. CD, E.2014/2204, K.2015/3376, K.T.24/2/2015.

korunmayı isteyip istememesinin ya da rıza gösterip göstermemesinin de bir önemi bulunmamaktadır[279].

Diğer yandan, ortaya çıkan ve kişinin korunma ihtiyacı olan tehlike ile failin fiili ile verdiği zararın orantısız olmaması, bir başka ifadeyle organ veya dokusu alınan yaşayan kişinin daha üstün bir hakkının ihlal edilmemesi de gerekir[280]. Bu anlamda, yukarıda verilen örnek olay bağlamında, kalp hastası olması nedeniyle ölüm riskiyle karşı karşıya bulunan üçüncü kişiye nakledilmek üzere ve zorunluluk haline ilişkin diğer koşullar mevcut olsa dahi, yaşayan kişinin hayatını sonlandıracak biçimde kalbinin alınması halinde, korunmak istenilen tehlike ile verilen zarar arasında mevcut açık orantısızlık nedeniyle zorunluluk halinin varlığından söz edilemez. Ayrıca, bu noktada ODNK'nın 8. maddesi ile yaşayan vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasının açıkça yasaklanmış olmasına da işaret etmek gerekir[281].

Rıza göstermeyen yaşayan kişiden ölüm riski taşıyan hasta alıcıya nakledilmek maksadıyla olsa bile, zorla bir organ veya dokusunun alınması durumunda zorunluluk halinin varlığından söz edilemez. Böyle bir durumda hukuk düzeni faili işlediği fiilinden dolayı hiçbir şekilde korumaz, failin işlediği fiili nedeniyle söz konusu suçtan sorumluluğu ortaya çıkar[282].

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Sınırın aşılması başlıklı TCK'nin 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın indirilerek hükmolunur. Yargıtay CGK tarafından bir kararında, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması konusunda, failin o anda içinde bulunduğu

[279] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh,** s.551; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.497; Kayıhan İçel, Füsun Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, F. Selami Mahmutoğlu, Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s.166.
[280] Zafer, **A.g.e.,** s.306; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.560.
[281] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.123.
[282] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.176-177.

ruh halinin adil bir tarzda göz önünde tutulması gerektiği belirtilmekte[283], başka bir kararında ise hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp, kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran nedenlerden olduğu belirtilmektedir[284].

Failin, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı kasten aşması halinde, suça ilişkin ceza ile cezalandırılması ve cezada indirim yapılmaması gerekir. Failin sınırı taksirle aşması halinde, taksirli suç nedeniyle cezalandırılması ve sınırın aşılması nedeniyle de TCK'nin 27/1. maddesi gereğince cezasından indirim yapılması gerekir[285]. Sınırın mücbir sebeple aşılması halinde ise, fail hukuka uygunluk sebebinden tamamen yararlanacaktır[286].

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, TCK'nin genel hükümlerinde hukuka uygunluk nedenleri, "kanunun hükmünün yerine getirilmesi" (md.24/1), "meşru savunma" (md.25/1), "hakkın kullanılması" (md.26/1) ve "ilgilinin rızası" (md.26/2) şeklinde düzenlenmiştir[287]. Yaşayan kişiden organ ve doku alınması işlemi karmaşık nitelikli tıbbi bir müdahaledir. Bu bakımdan yaşayan kişiden organ veya doku alınması işleminin hekim eliyle gerçekleştirilmesi halinde TCK'nin 24/1. maddesi anlamında kanun hükmünün ve görevin yerine getirilmesinden söz edilebilecektir. Hekimin yapmış olduğu yaşayan kişinin vücudundan organ veya doku alınması şeklindeki tıbbi müdahale işlemini tıp bilimi kuralları çerçevesinde yerine getirmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni yönünden sınırın aşılması halinden söz edilemeyecektir. Organ veya doku alınması ile ilgili olarak hekimler bakımından ve meslekleri gereğince sağlık

[283] Yrg. CGK, E.2013/60, K.2013/603, K.T:10.12.2013.
[284] Yrg. CGK'nın E.2017/3-305, K.2018/669, K.T:20.12.2018 sayılı ilamında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının hukuki niteliği ile ilgili olarak; "*Hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, fail hakkında 5271 sayılı CMK'nin 223. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi uyarınca beraat kararı verilecektir. Buna karşın, "sınırın aşılması" bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp TCK'nin 27. maddesinin birinci fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddesinin ikinci fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde "beraat" kararı değil, anılan maddenin birinci fıkrasına göre indirimli ceza veya ikinci fıkrasına göre CMK'nin 223. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendi gözetilerek "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilecektir.*" denilmektedir.
[285] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s.377 ve devamı.
[286] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II**, s.378.
[287] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.276.

mevzuatı çerçevesinde hakkın kullanılması hali söz konusudur. Diğer yandan, yaşayan kişiden organ ve doku alınması işlemini yapan hekim, ODNK'nın 7. maddesi gereğince bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü altındadır. Hekimin organ veya doku alınması bakımından bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü kapsamında yapması gereken hususları özen ve dikkatle yerine getirmesi gerektiği gibi, yaşayan vericinin hukuken geçerli olarak açıklamış olduğu rızasına uygun işlem yapması gerekir. Örneğin yaşayan vericinin hukuken geçerli rızası kapsamında böbreğini almak için tıbbi müdahale işlemini yapan hekimin, tıbbi işlem sırasında ayrıca yaşayan vericinin karaciğerinden bir parçasının alınması şeklinde bir olayda, görevin yerine getirilmesinde sınırın aşılmasından değil, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ alınması hali ortaya çıkacaktır. Burada yaşayan vericinin rızasına ilişkin hekimin varsa hata hali ayrıca göz önüne alınabilir. Söz konusu suç bakımından hata hali aşağıda ayrıca incelenecektir.

Son olarak, hukuka uygunluk nedenlerinden olan ilgilinin hukuken geçerli rızasının varlığı halinde tipiklik ortadan kalkacak ve fiil suç olmaktan çıkacaktır. Yaşayan kişinin rızasının hukuki niteliği ve koşulları yukarıda açıklanmış olması nedeniyle ve tekrardan kaçınmak maksadıyla burada tekrar edilmeyecektir. Ancak, burada yaşayan vericinin hukuken geçerli rızası ile ilgili failin hataya düşmesi olanaklı olmakla birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere inceleme konusu suç yönünden rıza tipikliğin maddi unsurlarından olması nedeniyle, yaşayan vericinin hukuken geçerli rızasının varlığı ile ilgili hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinden söz edilemeyecektir.

3. Cebir ve Tehdidin Etkisi

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması fiilini işleyen failin tehdit veya cebir altında filini işlediği durumda kusurlu olduğu kabul edilebilecek midir? TCK'nin 28. maddesi gereğince, bir kimse, karşı koyması veya kurtulması mümkün olmayan cebir veya muhakkak ve ağır nitelikteki bir tehdidin etkisi altında suç teşkil eden bir fiil işlemek zorunda kaldığı takdirde, kusurluluğu bulunmayan bu kişiye ceza verilmez. Böyle bir durumda cebir veya tehdit kullanan kişi suçun faili olarak kabul edilir. Cebir ve tehdidin hukuki niteliği

doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmektedir[288].

Bu bağlamda kısaca değinmek gerekirse, cebir, bir insanı belirli bir şekilde davranmaya veya davranmamaya zorlamak için fiziksel güç uygulanmasıdır[289]. Cebir halinde, suç işlemeye zorlanan kimse artık cebir yapanın aleti konumuna gelmekte, kendi iradesiyle fiili işlememektedir[290]. Tehdit ise, cebir fiilinin manevi görünümü olup, tehdide maruz kalan kimseye fiziksel bir müdahalede bulunulmamakla birlikte, kişiye veya yakınlarına zarar verileceği mesajı iletilmektedir[291]. Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere, "*TCK'nin 28. maddesinde düzenlenen tehdit bir yönüyle kaynağı insan davranışları olan zorunluluk halidir*"[292]. Cebir söz konusu olduğunda fail zor kullanımından doğan bir ikna edilme hali ile karşılaşmakta iken, tehdit söz konusu olduğunda bu kez failin iradesini etkileyen unsur korkudur. Kişi yaşadığı fiziksel bir acı nedeniyle değil, bu kez gelecekte gerçekleşeceği bildirilen muhakkak bir zarardan kaynaklanan korkunun iradesi üzerindeki etkisi ve yönlendirmesi sebebiyle suç teşkil eden eylemi işlemektedir[293].

TCK'nin 28. maddesinin başlığının "Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit" şeklinde düzenlendiği, madde metninde de "şiddet" ve "korkutma" ifadelerine ayrıca yer verildiği görülmektedir. Doktrinde ileri sürülen *bir görüşe göre*, Kanun'da "cebir" kavramının yanında "şiddet" ifadesinin ayrıca kullanılmış olmasının maddi ve fiziki zorlayıcı hareketlerin belirtilmek istenmesi ve bunun pekiştirilmesi maksadına delalet ettiği gibi, hakeza, tehdit kavramı ile birlikte "korkutma" deyimine de benzer sebeple yer verilmiştir[294]. Diğer bir görüşe göre ise, cebir kavramının içinde ele alınması gerektiği halde "şiddet" ve tehdit kavramının içinde ele alınması

[288] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.411; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.359; Yrg. 16.CD., E.2015/1336, K.2015/3686, K.T:21.10.2015.
[289] Zafer, **A.g.e.,** s.345; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.487; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.358; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.397.
[290] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk**, C:II, s.548; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.653; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.487; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.358; Rahime Erbaş, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, 1.Bs., İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015, s.174 (Suçu Bildirme Yükümlülüğü).
[291] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.358; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.398.
[292] Yrg. 16.CD., E.2015/1336, K.2015/3686, K.T:21.10.2015.
[293] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.655.
[294] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.654.

gerektiği halde "korkutma" deyimlerine ayrıca yer verilmesi gereksizdir[295]. Kanaatimizce Kanun'da cebir kavramı ile birlikte şiddet kavramına ve yine tehdit kavramı ile birlikte korkutma kavramına pekiştirme maksadıyla yer verilmiş olup, bu görüşümüz doğrultusunda yukarıda açıklanan ilk görüşe katılıyoruz.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması fiilini gerçekleştiren fail yönünden, cebir ya da tehdit altında olması halinde kusurluluğundan söz edilemeyecektir. Aynı şekilde, cebir veya tehdit kullanarak faili yaşayan kişiden organ veya doku almaya zorlayan kişinin, TCK'nin 91/1. maddesindeki suçun faili olacağından tereddüt bulunmamaktadır. Tereddütlü olan husus, bu kişinin ayrıca TCK'nin 108. maddesi gereğince cezalandırılması gerekip gerekmediğidir. Kanaatimizce bu durumda fail tek fiille birden fazla suç oluşmasına sebep olduğundan, TCK'nin 44. maddesinde yer verilen fikri içtima düzenlemesi gereğince daha ağır cezayı gerektiren kanun maddesine göre cezalandırılması gerekmektedir. Diğer yandan, TCK'nin 108. maddesi ile kasten yaralama suçunun cezasının artırılarak verilmesi öngörüldüğünden, failin hangi kanun maddesine göre cezalandırılacağı somut olayın koşullarına göre hâkim tarafından belirlenecektir.

Ayrıca, TCK'nin 28. maddesi hükmünde her türlü cebir ve tehdit fiiline kusurluluğu ortadan kaldırıcı etki tanınmamış, bunun için kişiye yöneltilen cebirin "karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı" ağırlıkta olması, tehdidin de "muhakkak ve ağır" nitelikte olması zorunluluğu aranmıştır[296]. Bu noktada cebir yönünden kişinin karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı boyuta ulaşıp ulaşmadığı ile tehdit yönünden muhakkak ve ağır nitelikte olup olmadığı, somut olayın koşullarına göre, kişinin işlemek zorunda kaldığı suç ile cebir veya tehdidin yöneldiği değer arasındaki orana bakılarak hâkim tarafından belirlenecektir[297]. Örneğin inceleme konusu suç itibariyle, başına dayanan silahın oluşturduğu tehdit altında yaşayan kişiden hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde organ veya doku alma ameliyatı yapan hekimin,

[295] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.324 vd.; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.487.
[296] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.359; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.411; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.488; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.325.
[297] Zafer, **A.g.e.,** s.346; Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk**, C:II, s.550; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.656; Erbaş, **Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s.174-175.

işlediği bu fiilde kusurlu olduğu kabul edilemeyecektir[298]. Buna karşılık, hukuken geçerli rızası bulunmayan yaşayan kişiden karaciğerinin bir parçasını ameliyatla alması istenen hekimin, özel hastane müdürü tarafından söz konusu organ alma işlemini yapmaması halinde işten çıkartılacağı bildirilerek tehdit edildiği örnek olayda, değerler arasındaki oran dikkate alındığında belirtilen tehdidin organ alımını gerçekleştiren hekimin kusurluluğunu ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz.

4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali

TCK'nin 30. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında kastı kaldıran hata halleri düzenlenmiş iken, aynı maddenin (3) ve (4) numaralı fıkralarında kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir.

TCK'nin 30. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" Failin işlediği fiilin haksızlık olduğunu bilmesine karşılık, haksızlığı tercih etmesine neden olan şartların gerçekleştiğini düşündüğü, ancak bu düşüncesinin somut olay ile uyuşmadığı durumda kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata hali söz konusudur[299]. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler TCK'nin 24-29. maddelerinde, kanunun hükmü ve amirin emri (md.24), meşru savunma ve zorunluluk hali (md.25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (md.26), sınırın aşılması (md.27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (md.28) ve haksız tahrik (md.29), hata (md.30), yaş küçüklüğü (md.31), akıl hastalığı (md.32), sağır ve dilsizlik (md.33) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (md.34) şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan tüm nedenlerde, yapı ve nitelikleri gereği, maddi şartları üzerinde hataya düşmek mümkün değildir[300]. Nitekim, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik, geçici nedenler- alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma gibi kusurluluğu etkileyen nedenler bakımından hataya düşülmesi söz konusu değildir. Buna karşılık,

[298] Algan, **A.g.e.,** s.120.
[299] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.737; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.543.
[300] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.373; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.738.

kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk halinin koşullarında, tehdit ve cebir ile amirin bağlayıcı emrinin varlığı koşullarında, yine kusurluluğu azaltan neden olarak haksız tahrikin koşullarında hataya düşülmesi olanaklıdır[301].

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bakımından ise, yukarıda sayılan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk hali ile tehdit ve cebirin varlığı ve koşulları bakımından yanılma söz konusu olabilir. Buna karşılık, organ veya doku alacak hekimin ODNK'nın 7. maddesi kapsamında bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü bulunması nedeniyle amirin bağlayıcı emrinin varlığı ile ilgili hataya düşülmesinden söz edilemez. Yine, yaşayan kişinin hukuken geçerli rızası bulunmadığı halde vücut dokunulmazlığının ihlali kabul edilemez olduğundan ve inceleme konusu suç bakımından rızanın tipikliğin maddi unsurları içerisinde bulunması nedenleriyle ilgilinin rızasına ilişkin yanılması durumunda kusurluluğu etkileyen hatasından söz edilemez. Yukarıda açıklandığı üzere rızanın varlığına ilişkin yanılma, koşullarının mevcut olması halinde failin kastını ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan söz konusu suçun tipikliği itibariyle haksız bir eyleme karşılık olarak işlenmesi söz konusu olamayacağından, bu itibarla haksız tahrikin varlığından ve koşullarında hataya düşülmesinden söz edilemez.

Söz konusu suç yönünden ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk hali ile tehdit ve cebirin varlığı ve koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail, bu hatasından yararlanacaktır. Bu durumlarda failin hatasının "kaçınılmaz" nitelikte olup olmadığı olaya ait özel koşullar çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak hakim tarafından belirlenecektir[302]. Yapılan değerlendirme neticesinde failin hatasının kaçınılmaz nitelikte olmadığı kanaatine ulaşılması halinde, diğer koşulları da dikkate alınarak failin cezai sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Buna karşılık, failin hatası kaçınılmaz olarak

[301] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.738; benzer görüş için *Bknz.* Özgenç, **Genel Hükümler**, s.544.
[302] Kanıcı, **A.g.e.,** s.36; "*Kaçınılmazlık, failin hataya düşmesindeki kişisel kusurun değerlendirilmesi ile ilgilidir. Failin, yaşı, mesleği, bilgisi, görgüsü, somut olaydaki durumu dikkate alınarak hatanın kaçınılmaz olup olmadığı bu değerlendirmede göz önünde bulundurulacaktır.*", Yrg. 3.CD., E. 2021/3824, K. 2022/3476, K.T:14/02/2022.

nitelendirildiği takdirde, cezalandırılabilir nitelikte bir fiilden söz etmek mümkün olmayacaktır[303].

Bu bağlamda, failin organ veya doku alınmasına yönelik cebir veya tehdidin varlığı hususunda bir yanılgısı söz konusu ise, bu durumda kusurluluğu etkileyen hatanın varlığından söz edilebilecektir. Cebir ve tehdidin koşullarına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar burada da dikkate alınmalıdır. Organ veya doku alınması işlemini gerçekleştiren failin kendisine yönelik bir tehdit bulunmadığı halde tehdit altında bulunduğu yönündeki yanılgısı halinde TCK'nin 30/3. maddesi kapsamında kusurluluğu etkileyen hata hali söz konusudur. Bir başka örnek de, organ veya doku alınması işlemini gerçekleştiren failin, kendisine yöneltilen cebirin karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı ağırlıkta olup olmadığı ve yine kendisine yöneltilen tehdidin muhakkak ve ağır nitelikte olup olmadığı hususunda yanılgıya düşmesi halinde TCK'nin 30/3. maddesi kapsamında kusurluluğu etkileyen hata hali söz konusudur. Bu durumlarda failin hatasının kaçınılmaz nitelikte olup olmadığı olaya ilişkin koşullar göz önüne alınarak hakim tarafından belirlenecek, failin hatasının kaçınılabilir nitelikte olduğu değerlendirilmesi halinde failin cezalandırılmasına, kaçınılamaz nitelikte olduğu değerlendirilmesi halinde ise failin kusurluluğundan söz edilemeyeceğinden, hakkında TCK'nin 28. ve CMK'nin 223/3-b-son maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekecektir.

TCK'nin 30. maddesinin (4) numaralı fıkrası ise, "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen" kişinin cezalandırılmayacağını öngörmektedir. Kişinin bu yanılgıdan yararlanması da, hatasının kaçınılmaz olması şartına bağlanmıştır. Kaçınılmazlık hali failin sahip olduğu bilgi ve eğitimi ile içinde bulunduğu sosyokültürel koşullar dikkate alınarak tespit edilebilen bir hususdur[304]. Kaçınılmazlık hali değerlendirilirken, failin işleyeceği veya işlemekte olduğu fiilin yasak olduğu yönünde bir belirti ile karşılaşması halinde hassasiyet göstererek,

[303] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134-135; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.372-373; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.544; benzer görüş için *Bknz.* Erbaş, **Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s.177-178.
[304] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.318; Kanıcı, **A.g.e.,** s.39; benzer görüş için *Bknz.* Özgenç, **Genel Hükümler**, s.545 vd.

gerekli araştırmayı yapıp yapmadığı irdelenmelidir[305]. Bu bağlamda, hekim olan failin yaşayan bir kişinin böbreğini almak üzere ameliyat işlemini yapmadan önce bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğünün hemşire tarafından yapılmış olacağını ve yine alıcı hastanın sağlık durumunun ağırlaşmış olduğu yönündeki bilgisine dayanarak mevcut olmadığı halde hukuken geçerli rızanın bulunduğu kabulüyle hareket edip, alıcının yaşamını korumak amacıyla ve haksızlık oluşturmadığı düşüncesiyle yaşayan vericiden böbreğini almış olması halinde, failin hatası kaçınılmaz ise bundan yararlanabilecek, ancak hatası kaçınılmaz değilse bundan yararlanamayacaktır.

Organ veya doku alınmasına ilişkin tıbbi operasyonun "hukuka uygun" kabul edilebilmesi için, yaşayan kişiden alınan organ veya dokunun alıcı hastaya ait metabolizma ile uyumlu, hasarsız, hastalıksız ve işlevi devam eden nitelikte olması da gereklidir. Bu koşullar sağlanmadıkça nakil işleminin başarı şansı olmayacağından ve ayrıca ODNK'nın 9. maddesi gereğince "olurluluk" hali bulunmayacağından, organ veya doku nakli hukuka aykırı kabul edilecek ve ilgili hekimler yönünden TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen suç bakımından sorumlulukları söz konusu olabilecektir[306]. Hekim olan failin yaşayan kişiden alınan organ veya dokunun alıcı hastanın metabolizması ile uyumlu olup olmadığı hususunda kaçınılmaz hataya düşmüş olması halinde de kusurlu olduğundan söz edilemeyecektir.

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak, yukarıda da açıklandığı üzere suçunun kanuni tanımında suçun gerçekleşmesi için bir neticenin veya zararın gerçekleşmesi şartı aranmadığından sırf hareket suçudur.

[305] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.746.
[306] Kılıçoğlu, **A.g.e.**s.262.

Ceza hukukunda "suç yolu" olarak da adlandırılan suçun aşamaları hazırlık hareketleri ile başlamakta, icra hareketleri ile devam etmekte, sırf hareket suçları yönünden icra hareketlerinin yapılmasıyla, neticeli suçlar yönünden ise neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanmaktadır[307]. Bu bağlamda, söz konusu yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bakımından icra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin ayırt edilmesi önem taşımaktadır.

Bir suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinin prensip olarak cezalandırılabilir nitelikte olmadığı doktrinde ve yerleşik yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir[308]. Bu bağlamda, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu yönünden de hazırlık hareketlerinin cezalandırılması söz konusu edilemeyecektir. Diğer yandan, belirli bir suç bakımından hazırlık hareketi niteliği taşıyan bazı eylemlerin (TCK'nin 220. maddesinde olduğu gibi) istisnai olarak bağımsız bir suç biçiminde düzenlendiği de görülmektedir[309]. Bir suçun icra hareketlerinin ne zaman başladığı, icra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin ne şekilde ayırt edileceği hususunun belirlenmesine yönelik TCK'de açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, TCK'nin 35. maddesinin gerekçesinde, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin objektif ölçütün kabul edildiğine vurgu yapılmış ve "*... işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.*" denilmek suretiyle, bir suçun icra hareketlerinin hangi durumda işlenmeye başlandığının belirlenmesine yönelik getirilen kriter ortaya konulmuştur. Kanun'un teşebbüse ilişkin düzenlemesinin hazırlık-icra hareketi ayırımında maddi

[307] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.555; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.813 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.452; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.416; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.347.

[308] Koca. Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.422; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.555,560; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.813-814; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.452, 459; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.453; Yrg.CGK, E.2011/6-340, K.2012/209, K.T: 22/05/2012; Yrg.CGK, E.2017/8-349, K.2020/69, K.T:11/02/2020; Yrg. 8.CD, E.2020/16198, K.2022/3233, K.T:23/02/2022; Yrg.6.CD, E.2021/4807, K.2021/20725, K.T:30/12/2021; Ankara BAM 1.CD, E.2022/1866, K.2022/2100, K.T:25/11/2022,; İstanbul BAM 31.CD, E.2021/3228, K.2022/5614, K.T:26/10/2022; İzmir BAM 22.CD, E.2022/116, K.2022/2731, K.T:20/10/2022; Antalya BAM 4.CD, E.2021/1234, K.2021/1545, K.T:11/06/2021; Van BAM 1.CD, E.2022/2407, K.2022/1342, K.T:22/11/2022; Trabzon BAM 2.CD, E.2022/510, K.2022/970, K.T:16/11/2022.

[309] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.348; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.453; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.560-561.

objektif teoriyi benimsediği doktrinde kabul edilmektedir[310]. Buna göre, suçun kanuni tanımında yer verilmiş olan unsur veya nitelikli hallere ilişkin fiillerin yapılması ile icra hareketlerine başlandığı kabul edilmektedir. Bu anlamda, örneğin hekimin yaşayan verici ile ilgili tahlillerin yapılması için istekte bulunmuş olması ve ameliyathaneyi hazırlatmış olması halinde, bu eylemlerin belirtilen anlamda TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenmiş olan suç tipiyle ve alma fiiliyle yeterince yakınlık ve bağlantı içermemesi sebebiyle hazırlık hareketleri niteliğinde olup, bu nedenle belirtilen eylemleri yapan failin cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir[311]. Bu örnek olay kapsamında, yaşayan vericinin ameliyathaneye alınması ve ameliyat hazırlıklarının tamamlanarak narkoz verilmiş olması gibi eylemler ise, suç tipi ve alma fiiliyle yeterince yakınlık ve bağlantı içermesi nedeniyle icra hareketleri niteliğindedir[312].

Yukarıda açıklandığı gibi, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu sırf hareket suçudur. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre teşebbüs kural olarak neticeli suçlar yönünden olanaklı olmakla birlikte, sırf hareket suçlarının icra hareketlerinin parçalara ayrılabilir olması halinde, bu suçlar yönünden de teşebbüs mümkündür[313]. *Koca-Üzülmez* tarafından sırf hareket suçları yönünden teşebbüs aşamasında kaldığını gösteren hususun suçun kanuni tanımında gösterilen icra hareketlerinin tamamlanamaması olduğu belirtilmektedir[314]. Yargıtay içtihatlarıyla da sırf hareket suçlarının teşebbüse elverişli kabul edildiği görülmektedir[315]. Bu bağlamda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu niteliği itibarıyla teşebbüse elverişlidir. Zira fiil, organ veya doku alma işlemi ile tamamlanacağından, failin icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle

---

[310] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.565-566; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.827; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.426; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.455.
[311] Algan, **A.g.e.,** s.126.
[312] Algan, **A.g.e.,** s.126.
[313] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.843-844; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.434-435; Algan, **a.g.e,** s.124; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301.
[314] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.416.
[315] Yrg. 19.CD, E.2015/32304, K.2016/20099, K.T:22/06/2016; Yrg. 19.CD, E.2015/13639, K.2016/16037, K.T:20/04/2016; Yrg. 2.CD, E.2008/5618, K.2008/11740, K.T:25/06/2008; Yrg. 17.CD, E.2017/2916, K.2017/9480, K.T:17/07/2017.

tamamlayamadığı takdirde, parçalara bölünebilen bu aşamaya kadarki icra hareketleri suça teşebbüs oluşturabilecektir[316]. Mesela, mağdurun vücudunun hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde organ veya doku alınmak maksadıyla açıldığı ve organ veya doku alınamadan faillerin yakalandığı şeklinde gerçekleşen bir olayda, fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır[317]. Başka bir örnek olarak, organ ve doku alınmasına özgü bir ortamda operasyon ekibi, araçlar ve yaşayan verici hazırlanmışken durumun fark edilmesi nedeniyle operasyonun yarım kalması halinde yine teşebbüs hali söz konusudur. Ayrıca yukarıdaki örnekte yaşayan vericinin organının alınması için kesme ve ameliyat işlemlerinin başlamasından sonra ve tam organ veya doku çıkarılacağı esnada operasyonun yarım kalması gibi teşebbüsün daha ileri aşamaları da söz konusu olabilir. Bunlar suç yolunda alınan mesafeleri de gösterdiğinden, TCK'nin 35, 3 ve 61. maddeleri çerçevesinde alt sınırdan uzaklaşma neden ve gerekçeleri olarak kabul edilebilir[318].

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu ve yukarıda verilen örnek olaylar kapsamında, failin kastının münhasıran mağdurun vücudundan nakil amacıyla organ veya doku almaya yönelik olması gerekmektedir. Bu bağlamda, nakil maksadıyla ve cerrahi işlemle gerçekleştirilmemekle birlikte, mağdurun vücudunda bir organ veya dokusunun ayrılması sonucuna yönelik olarak işlenen benzer fiiller, TCK'nin 91/1. maddesindeki suça teşebbüs kapsamında değerlendirilemez.

Diğer yandan failin işlediği icra hareketlerinin organ veya doku alma fiillerini gerçekleştirmeye elverişli nitelikte olması da gerekmektedir. Bu noktada icrasına başlanan ve tamamlanamayan fiilin bütününün esas alınması gerekir. Kullanılan araçların yanı sıra, suçun konusu dahil bütün fiili yönünden elverişlilik mevcut olmalıdır. Bu anlamda elverişsizlik, kullanılan araçlardan kaynaklanabileceği gibi, suçun maddi konusundan (maddi konusunun yokluğundan) da kaynaklanabilir[319].

---

[316] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.142; Gür, **A.g.e.,** s.8; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301.
[317] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501; Artuç, **A.g.e.,** s.501-502; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.114.
[318] Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.** s.1559.
[319] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.430; Algan, **A.g.e.,** s.128-129.

TCK'nin 35. maddesinde "*…suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp…*" denilmek suretiyle icra hareketlerinin suçu işlemeye elverişli olması hususu belirtilmekle yetinilmiştir. Kanun'un gerekçesinde de, "*Elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır*" denilmek suretiyle, kullanılan araç ve suçun konusunun gerçekleştirilen hareketin elverişliliğinin belirlenmesi bakımından önemine işaret edilmiştir[320]. Elverişsizlik fiil açısından söz konusu olmakla birlikte, fiilin icrasında kullanılan araçlar da fiile elverişsizlik niteliği kazandırabilir[321]. Bu anlamda, örneğin failin yaşayan kişinin bir organ ya da dokusunu kesici özelliği bulunmayan bir plastik bıçak kullanmak suretiyle almaya kalkışması halinde kullanılan araçlar yönünden mutlak elverişsizlik bulunduğundan söz edilebilir. Bunun gibi, esasen karmaşık bir tıbbi müdahale olan yaşayan kişiden organ veya doku alınması işleminin, failin yeterli eğitimi, bilgisi ve yeteneği olmaması nedeniyle yapılamaması halinde nispi elverişsizlik durumu söz konusudur. Failin icra etmiş olduğu hareketlerin amaç suçu işlemeye elverişliliği ise, objektif bir gözlemcinin bilgi ve görgüsü temel alınarak, olağan hayat tecrübelerine göre ex-ante yapılan bir inceleme ile belirlenmelidir[322].

Tipe uygun bir fiilin gerçekleşmemesinin failin inisiyatifi dışındaki nedenlerle olması, bir başka ifadeyle fiilin yarıda kalmasının, failin suçu işlemekten vazgeçmesinden kaynaklanmamış olması gerekir. Aksi takdirde suça teşebbüs değil, TCK'nin 36. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçmeden söz edililir[323]. Buna göre fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak, bir diğer deyişle herhangi bir dış etkenden bağımsız olarak kendi iradesiyle vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece

[320] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.431 vd.; benzer görüş için *Bknz.* Özgenç, **Genel Hükümler**, s.570; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.457-458.
[321] Özgenç; **Genel Hükümler**, s.571.
[322] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.843; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.430; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.571.
[323] Köksal Bayraktar, "Faal Nedamet", **İÜHFD**, 1967-1968, Cilt XXXIII, Sayı 3-4, s. 12-124 (Faal Nedamet).

o suça ait ceza ile cezalandırılır[324]. Bu bağlamda, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçunu işlemekte olan fail, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasının önüne geçerse teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Fakat failin o aşamaya kadar suç teşkil eden fiillere ilişkin sorumluluğu devam eder. Örneğin fail hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde bir organ veya dokusunu almayı planladığı mağduru bir yerde kilitli tutar, suçun icra hareketlerine başlar ve sonrasında pişmanlık duyarak organ veya doku almaksızın icra hareketlerine son verirse, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Başka bir örnekte, fail, hukuken geçerli rızası bulunmayan mağduru bir organını, mesela böbreklerinden birini almak maksadına yönelik olarak anestezi yöntemiyle bayılttıktan sonra, mağdurun böbreğini almaktan vazgeçerek ve bu çerçevede böbreğini almaksızın uyandırdığı takdirde, bu aşamaya kadar işlediği fiiller nedeniyle yalnızca yaralama suçundan sorumlu tutulabilir, ayrıca TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenmiş olan suça teşebbüsten sorumlu tutulamaz[325].

765 Sayılı TCK ile benimsenmiş olan "eksik teşebbüs-tam teşebbüs" ayrımı bakımından her olaya uygulanabilen objektif bir ölçüt bulunmaması nedeniyle adaletsiz cezalandırmaların ortaya çıktığı gerekçesiyle 5237 Sayılı TCK'de yer verilmemiş, bunun yerine "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı"na göre kanunda gösterilen oranlarda verilen cezadan indirim yapılması yönünde düzenleme getirilmiştir[326]. Bu kapsamda, 5237 Sayılı TCK ile getirilen düzenleme ile birlikte teşebbüs nedeniyle yapılacak olan indirim oranı belirlenirken, icrai fiilin ulaştığı aşamadan ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[327]. Bu kapsamda, yaşayan bir kişiden organ veya doku almak için mağdur bayıltıldıktan sonra ameliyata başlanamadan fiilin yarıda kalması hali ile, benzer durumda ameliyata başlanıp mağdurun vücudu kesildikten sonra fiilin yarıda kalması arasında zararın ağırlığı yönünden bariz bir farklılık ortaya çıkacağı

[324] Ersin Şare, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", **TBB Dergisi**, 2017, S:130, s.142.
[325] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.143.
[326] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.578.
[327] Sedat Bakıcı, **Ceza Hukuku Genel hükümleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.748.

anlaşılmaktadır[328]. Bu itibarla fail hakkında eyleminin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle belirlenecek temel cezadan yapılacak indirim oranı, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak belirlenmelidir.

2. Suça İştirak

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçunun düzenlendiği TCK'nin 91/1. maddesinde, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku alan kimsenin cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Suça iştirak, tipik fiilin tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olduğu, yani Kanundaki suç tarifinde birlikte suç işlemeye delalet eden bir zorunluluk bulunmadığı halde birden fazla kişinin bir araya gelmesiyle ve irade birliği içerisinde bir suçun işlenmesidir[329]. Ceza hukukumuzda suça iştirak, "faillik" ve "şerikliği" kapsamına alan bir üst kavram olarak değerlendirilmektedir. "Şeriklik" ise azmettirme ve yardım etmeyi kapsamaktadır[330]. TCK'nin 37/1. maddesi ile, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmek suretiyle faillik ve müşterek faillik düzenlenmiştir. Buna göre ve TCK'de benimsenen sistem itibariyle tipik fiilin bir kişi tarafından işlenmesi esas alınmakla birlikte, aynı fiilin birden fazla kişi tarafından aralarında anlaşarak birlikte işlenmiş olması halinde müşterek faillik gündeme gelecektir[331]. Bu anlamda, TCK'nin 91/1. maddesindeki suç tanımı bakımından istisnai bir özellik bulunmamaktadır, yani, bu suç bakımından belirtilen iştirakin her türünün ortaya çıkması mümkündür[332].

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma fiilinin birden fazla kimse tarafından ve fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurularak birlikte işlenmesi halinde her bir kişinin "müşterek fail" olarak

[328] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.143.
[329] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.891; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.521.
[330] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.451; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.595.
[331] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.595; benzer görüş için *Bknz.* Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.410.
[332] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3502.

sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Fiil üzerinde hakimiyet kurulması, fiilin müştereken işlenmesi şeklinde olabileceği gibi, birden fazla fail tarafından iş bölümü esasıyla işlenmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Mesela, hukuken geçerli rızası bulunmayan mağdurun böbreğinin alınması işlemini yapan hekim, mağdurun uyutulmasını sağlayan narkozitör ve diğer yardımcı sağlık görevlilerinin iş bölümü esasıyla icra ettikleri fiilleri, baştan itibaren ortak suç işleme kararının varlığı halinde ve ortak hakimiyet kurma niteliğinde olması itibariyle belirtilen suç yönünden müşterek fail oldukları kabul edilecektir[333]. Benzer şekilde, yaşayan kişiden organ veya doku alınması işleminin birden fazla hekimin kendi uzmanlık alanları ile ilgili olarak görev yapmaları suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulmuş olması nedeniyle, görev alan hekimlerin müşterek fail sıfatıyla sorumlulukları gündeme gelecektir. Bu kapsamda, her bir fail, belirtilen suç yönünden Kanun'da öngörülen yaptırımla cezalandırılır. Bireysel olarak suç yolunda tezahür eden somut ve tipik hareketlerin farklılaşması, "müşterek failliğe" engel olmadığı gibi, bilakis birbirini tamamlayan fiiller müşterekliği güçlendirir[334].

Söz konusu suç dolaylı faillik yönünden de bir özellik arz etmemektedir. Bu bağlamda, yukarıda fail başlığı altında da açıklandığı gibi, söz konusu suçu üzerinde hakimiyet kurduğu ve araç olarak kullandığı bir başkası eliyle işlemiş olan kimse TCK'nin 37/2. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulacaktır[335]. Örneğin bir hastane başhekimi veya yöneticisinin ticarete konu edilmesi nedeniyle hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde yaşayan vericinin böbreği ile ilgili alacak olan hekimi hukuken geçerli rızanın varlığına ikna ederek yaşayan vericiden böbreğinin alınmasını sağlaması halinde, hastane başhekimi veya yöneticisi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Faillik kavramının yanında, söz konusu suçun işlenmesinde kişilerin şerik olarak da rol almaları söz konusu olabilir. Bu anlamda, yukarıda da belirtildiği üzere,

---

[333] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.410; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.312.

[334] Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.389 (Ceza Hukuku); Hakeri, **Genel Hükümler**, s.525 vd.; Devrim Aydın (D. Aydın), **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2009, s.50- 51; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.154.

[335] Benzer görüş için *Bknz.* Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.908; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.595, 624 vd.; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.415.

TCK'de şeriklik 38. maddesinde "azmettirme" ve 39. maddesinde "yardım etme" şeklinde olmak üzere iki biçimde düzenlenmiştir.

"Azmettirme", suç işlemeye karar verdirmek suretiyle faile suç işletmektir[336]. Kural olarak[337] "azmettiren", icra hareketlerine maddi olarak katılmayıp, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirmemiş olmasına rağmen, yine işlenen suçun cezasıyla aynı miktarda cezalarla karşı karşıya kalmaktadır[338]. Söz konusu suç yönünden örneğin, yaşayan vericiden organ veya doku almak hususunda henüz bir fikri ve kararı bulunmayan hekimin, ihtiyaç sahibi bir alıcı kişi tarafında parasal ve benzeri menfaat karşılığı veya başhekim veya üst yönetim tarafından itibarlı makam veya görev verileceği vaadi ile ikna edilmesi sonucunda yaşayan vericiden organ veya doku alması olayında, inceleme konusu suç yönünden organ veya dokuyu alan hekim fail iken, fail hekimi ikna eden alıcı ya da hastane başhekimi veya yönetici azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir.

İştirakin suç işlenmesine ikincil düzeyde katkı sağlayan görünümleri "yardım etme" başlığında toplanmaktadır. TCK'nin 39. maddesinde bu kapsamdaki fiiller, "suç işlemeye teşvik", "suç işleme kararını kuvvetlendirme", "fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etme", "suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterme", "fiilin işlenmesinde kullanılan araçları temin etme ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunma" şeklinde sıralanmıştır. Belirtilen kapsamdaki fiillerden bir ya da birkaçını işleyen "yan failler", yardım eden sıfatıyla TCK'nin 39. maddesi hükmü çerçevesinde iştirak ettikleri suçun cezasında indirim yapılmak suretiyle cezalandırılacaklardır[339]. "Yardım etme" nitelik olarak "maddi yardım" ve "manevi yardım" şeklinde ana iki kategoride ele alınmaktadır[340]. Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı

---

[336] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.541; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.538.
[337] Kuralın istisnaları "*çocukların suça azmettirilmesi*" ve "*üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılarak*" işlenen azmettirme fiilleridir. TCK'nin 38/2. maddesine göre bu kapsamdaki azmettirme fiillerine verilecek cezanın, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasına göre "verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak" belirlenmesi gerekir.
[338] Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, Ankara, 2016, s.512; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155.
[339] Centel, Zafer, Çakmut, **A.g.e.,** s.515; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155.
[340] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.633; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s.405; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.546 vd.; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155.

olmaksızın organ veya doku alınması suçu yönünden konu ele alındığı takdirde, organ veya doku alınması ve nakli için ihtiyaç duyulan ekipmanları ve yeri tedarik eden failin bu hareketi somut olayın özellikleri çerçevesinde "olmazsa olmaz" nitelikte ise, bu kişinin suç yolundaki sorumluluğu "yardım eden" değil, TCK'nin 37. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince "fail" olarak belirlenecektir. Ancak, somut olayın koşulları çerçevesinde objektif olarak "kişinin bu yardımı olmasaydı dahi organ veya doku alınabilirdi" sonucuna varılabiliyorsa, TCK'nin 39. maddesi gereğince "yardım eden" sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır[341]. Yine, organ veya doku alınması hususunda tecrübeli ve yetenekli bir hekimin, kendisi uzakta bir yerde bulunması nedeniyle ve telefonla ya da görüntülü sistemle bağlantı içerisinde, tarif etmesi ve yönlendirmesi suretiyle ameliyathanedeki hekim ve yardımcıları eliyle hukuken geçerli rızası bulunmayan yaşayan kişiden bir organ veya dokunun alınmasını sağlaması halinde, uzakta bulunan hekimin müşterek fail olarak sorumlu tutulması söz konusu olabilecek iken, benzer bir olayda hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan vericiden bir organ veya dokusunu alan hekimin, ameliyat işlemi sırasında zorlanması üzerine telefonla ya da görüntülü sistemle bağlantı kurmak suretiyle uzakta bulunan tecrübeli ve yetenekli hekimden yardım alması halinde, uzakta bulunan hekimin manevi olarak yardım eden sıfatıyla suçtan sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Bazı suçlar birden fazla failin zorunlu olarak katılımı ile işlenebilmektedir. Doktrinde "zorunlu iştirak" olarak da tanımlanan bu koşulu barındıran suçlar "çok failli suçlar" olarak tanımlanmaktadır[342]. İnceleme konusu suç bakımından, TCK'nin 91/4. maddesi ile aynı maddenin (1) ila (3) numaralı fıkralarındaki suç tiplerinin "örgüt faaliyeti çerçevesinde" işlenmesi nitelikli hal olarak tanımlanmıştır. TCK'nin 220. maddesinde ise "suç işlemek için örgüt kurmak" fiili suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için üç veya daha fazla kişinin bir organizasyon olarak bir araya gelmesi gerekmektedir[343]. Bu gereklilik belirli suç

[341] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.145.; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155.
[342] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.737; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.592; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.448; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.891; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.496.
[343] Özgenç, **Suç Örgütleri**, s.18; Sarıtaş, **A.g.e.,** s.292; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**,

tipleri bakımından, faillerin çokluğunun suç tanımındaki tipik fiile uygunluk bakımından kurucu unsur niteliğinde olduğu "çok failli suç" durumunu çağrıştırmaktadır. Söz konusu suçlar tek bir fail tarafından işlenemez. Bu kategoride suçun zorunlu aktif süjesinin adedi nazara alınmaktadır[344]. Suçun tek failli mi ya da çok failli mi olduğunun belirlenmesi "iştirak" kurallarının tatbik edilmesi yönünden önem arz etmektedir. Çok failli suçlara iştirak, klasik iştirakle karıştırılmaması için "zorunlu iştirak" şeklinde de adlandırılmaktadır. Buna karşılık, modern ceza hukuku çok failli suçları iştirak müessesesinin bir alt kategorisi olarak görmemektedir[345]. Çok failli suçlarda zorunlu faillerce gerçekleştirilen tipik hareketlere, sadece "atipik" ve "harici" bir hareketle katılmak mümkündür. Dolayısıyla çok failli suçlara ancak "azmettirme" veya "yardım etme" yoluyla iştirak edilebilir[346].

Çok failli suçlarda ağırlatıcı veya hafifletici sebeplerin şeriklere sirayet etmesi konusunda halihazırda yürürlükte olmayan 765 sayılı mülga TCK'de hüküm bulunmasına rağmen, yürürlükteki 5237 Sayılı TCK'de açık bir kural bulunmamaktadır. Bununla birlikte nitelikli hallerin şeriklere sirayetine ilişkin genel iştirak kuralları çok failli suçlarda uygulanamaz[347]. Bu bağlamda, TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu esasen çok failli suçlardan olmamakla birlikte, TCK'nin 91. Maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesine ilişkin nitelikli halinin şeriklere sirayetine ilişkin genel iştirak kuralları uygulanmayacaktır[348].

Ankara, 2009, s.260 (Özel Kısım); Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.154.

[344] Türkan Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998, s.26.; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.154.

[345] D. Aydın, **A.g.e.,** s. 251- 252.; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.154.

[346] D. Aydın, **A.g.e.,** s.254-256; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155; benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk**, s.743; karşıt görüş için *Bknz.* Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.892.

[347] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk**, C:II, s.743-744; D. Aydın, **A.g.e.,** s.254-256; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155; benzer görüş için *Bknz.* Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.908.

[348] Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155.

3. Suçların İçtimaı

Ceza hukukumuzda gerçek içtima prensibi benimsenmiş olup, bu prensip gereğince fiil sayısınca suç ve ceza olduğu kabul edilmektedir. Suçların içtimaı ise bunun istisnasını teşkil eder[349]. Birden çok suç işlenmiş olduğu halde faile tek suçtan ceza verilmesi halinde suçların içtimaından söz edilir. TCK'de bileşik suç (md.42), zincirleme suç (md.43) ve fikri içtima (md.44) konularının suçların içtimaı başlığı altında düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak bileşik suçun varlığının söz konusu olup olmadığını irdelemekte fayda görüyoruz. TCK'nin 42. maddesine göre, biri diğerinin unsurunu veya nitelikli halini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça *bileşik suç* denir. Bu durumda tüketen-tüketilen norm ilişkisine dayalı görünüşte içtima hali ortaya çıkmaktadır. *Mahmutoğlu-Karadeniz*'e göre, bileşik suçun bünyesinde bulunan suçu veya suçları tüketmesi, "*bunların bileşik suçun yasal tanımında açıkça gösterilmesi ve bileşik suçun ceza miktarının bu suçların ceza miktarını da ihtiva etmesinden kaynaklanmaktadır.*"[350] Bileşik suç esasen iki ayrı suçtan oluşan bir suç tipidir ve bu suçun parçalarını oluşturan suçlar ya unsur ya da ağırlatıcı sebep niteliğindedir[351]. Örneğin, yağma suçunda, hırsızlık ve tehdit ve/veya yaralama suçları bütünleşerek bağımsız suç olma niteliklerini yitirmiş ve yağma suçunun birer unsuru haline gelmiştir. Bu tür suçlarda, yani bileşik suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı TCK'nin 42/1. maddesinin ikinci cümlesinde açıkça belirtilmiştir[352]. Söz konusu suç yaşayan bir kişinin bedeninden hukuken geçerli rızası bulunmadığı halde alınmasıyla tamamlanmış olacaktır. Bu bağlamda ve söz konusu suçun kanuni tanımında yer verilen fiilin niteliği itibariyle bileşik suç hali söz konusu değildir.

---

[349] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.666; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.1066; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.516 vd.; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.386.
[350] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.1049.
[351] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s.651; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.563; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.394; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.166, 566; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.670 vd.
[352] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.567; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.394.

Söz konusu suçun zincirleme olarak işlenip işlenemeyeceğini irdeleyecek olursak, *zincirleme suç* TCK'nin 43. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunmakla birlikte, faile bir kez ceza verilmektedir[353]. Aynı madde ve fıkrada, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin, aynı suç sayılacağı ve yine mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da aynı fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda söz konusu suç bakımından, failin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişinin organ veya dokularını hukuken geçerli rızası olmaksızın almış olması durumunda TCK'nin 43/1. maddesi gereğince "zincirleme suç" hükümleri uygulanabilecektir[354].

TCK'nin 43. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, zincirleme suça ilişkin birinci fıkra hükmü uygulanacaktır. Yargıtaya göre bu fıkradaki "tek bir fiil" ifadesi ile kastedilen şudur: "*Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür.*"[355] Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her durumda hukuki anlamda da fiilin tek olduğu kabul edilebilir ise de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her durumda hukuki anlamda da fiilin çok olduğu söylenemez. Kimi durumlarda bir grup fiilin, hukuken "tek bir fiil" olarak kabul edilmesi gerekebilir. Bu noktada suç tanımının farklı davranış şekillerine uyum sağlama potansiyeli, fiilin hukuki olarak tek olmasına etki etmeyecek, doğal hareketler hukuken tek olarak değerlendirilecektir. Bu durum fikri içtima müessesesi bakımından da geçerli olup, fiilin tek olması "doğal" değil "hukuki" manada tekliği ifade eder. Bazı suçlar işlenirken fiilin doğası gereği birden fazla hareket veya fiil

[353] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.529; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.675 vd.
[354] Yaşar, Gökcan, Aartuç, **A.g.e., C:III**, s.3154; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.309.
[355] Yrg. CGK, T:29/5/2018, E.2014/8-605, K.2018/243.

icra edilmekteyse de dışa vurulan söz konusu davranışlar kanundaki suç tanımında yer bulan hukuki manada "tek bir fiil" oluşturmaktadır. Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun tek fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi tipik fiilin doğası gereğince olanaklı değildir. Bu nedenle inceleme konusu suç yönünden TCK'nin 43. maddesinin (2) numaralı fıkrası uygulama alanı bulamayacaktır.

TCK'nin 43. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ise, "kasten öldürme", "kasten yaralama", "işkence" ve "yağma" suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, anılan zincirleme suça ilişkin madde hükmünün uygulanmayacağı suçlar içerisinde inceleme konusu TCK'nin 91/1. maddesinde düzenlenen suç sayılmamıştır. Bu nedenle yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu bakımından zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bir özellik ve engel bulunmamaktadır.

Fikri içtima müessesesinin düzenlendiği TCK'nin 44. maddesine göre, "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" Gerçekleştirilen tek fiille aynı neviden veya farklı neviden birden fazla suç tipinin ihlal edilmesi halinde fikri içtimadan söz edilir[356]. İhlal edilen suç tiplerinin aynı neviden olması halinde aynı neviden fikri içtima, işlenen fiilin farklı suç tiplerini ihlal etmesi halinde ise farklı neviden fikri içtima hali söz konusudur[357]. Fikri içtimaın koşulları özetle şu biçimde sıralanabilir; hukuki anlamda tek bir fiilin varlığı, tek fiilin birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi, suçların her birinin kovuşturma şartının gerçekleşmesi ve başlı başına cezalandırılabilir olması. Organ veya doku alma fiili, mağdurun bedeni üzerinde ortaya çıkan sonuçlar bakımından aynı zamanda "kasten yaralama" suçunun tanımına da uymaktadır. Söz konusu fiil sonucunda kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali de ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, failin yaşayan kişiden organ veya doku almaya yönelik fiilini hangi kastla

[356] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.542-543; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.1175; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.395.
[357] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.1176; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.543

işlediği, nakil amacı ile işleyip işlemediği önem kazanacak ve ortaya çıkan sorun özel norm – genel norm ilişkisi bağlamında ele alınarak çözümlenecektir[358].

Diğer yandan, TCK'nin 91/1. maddesinde suç için belirlenen ceza miktarının suçun konusunun "organ" veya "doku" olmasına göre farklılaştığı görülmektedir. Evvelce de değinildiği üzere, yenilenebilme olanağı bakımından organ ve doku arasında, mağdurun vücut bütünlüğüne etkisinin ağırlığı farklı düzeylerde gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, aynı ameliyat kapsamında yaşayan kişinin hem organının ve hem de dokusunun alınmış olması halinin özellik arz ettiği görülmektedir. Kanun'da yaşayan kişiden alınanın organ ya da doku olmasına göre ayrı yaptırımlar belirlenmiş olması nedeniyle, bu fiillerin seçimlik hareketler olarak düzenlenmediği anlaşılmaktadır[359]. Böyle bir durumda fail tarafından hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın hem yaşayan kişiden organ almak ve hem de yaşayan kişiden doku almak suçları işlenmiş olacaktır[360]. Lakin, failin organ alınması ve doku alınması fiillerinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu *görüşlerden ilkine* göre, maddenin birinci fıkrasında yaşayan kişiden organ veya doku alınmasının ayrı suçlar halinde düzenlenmiş olması nedeniyle, yaşayan kişiden hem organ hem de doku alan failin iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekecek, aksi yöndeki uygulama ise Kanun koyucunun düzenlemesine uygun düşmeyecektir[361]. *Karşı görüşe göre* ise, bu durumda fail sadece yaşayan kişiden organ alınmasına ilişkin 91/1. maddenin ilk cümlesi gereğince cezalandırılacaktır[362]. Bu ikinci görüşe taraf olanlardan *M.Aydın*'a göre, Kanun'da alınanın organ veya doku olmasına göre ayrı yaptırımlar öngörülmüş olması dikkate alındığında, ilk olasılık olarak mağdurdan önce alınanın doku olması halinde geçitli suçtan söz edilecek, bu durumda mağdurun iki organını birden alan failin 91/1. maddesinin birinci cümlesi gereğince bir kez cezalandırılması yoluna

---

[358] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.604.
[359] Algan**, A.g.e.,** s.135.
[360] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.308-309; Selim Banak, Etik ve Hukuki Yönleriyle Organ ve Doku Nakilleri, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Mersin, 2014, s.349-350; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.308; Algan, **A.g.e.,** s.135-136.
[361] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.308.
[362] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.268; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.149-150; Algan, **A.g.e.,** s.135-136; Banak**, A.g.e.,** s.349-350; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.308.

gidildiği halde, mağdurun organ ve dokusunu alan failin iki kez cezalandırılması halinde adaletsiz sonuçlar ortaya çıkacak olduğundan, failin yalnızca organ alınmasına ilişkin 91/1. maddenin birinci cümlesi gereğince cezalandırılması yoluna gidilmesi gerekecek, ikinci olasılık olarak mağdurdan önce alınanın organ olması durumda ise, organ alınmasına ilişkin norm sonraki fiil olan doku alınmasına ilişkin normu tüketeceğinden, tüketen – tüketilen norm ilişkisi bağlamında cezalandırılmayan sonraki hareket dikkate alınacak ve yine failin organ alınmasına ilişkin 91/1. maddenin birinci cümlesi gereğince cezalandırılması gerekecektir[363]. *Özbek – Doğan – Bacaksız tarafından ise,* dokunun insan organlarını meydana getiren hücreler bütünü şeklinde tanımlandığı dikkate alındığında, aynı hukuki değeri ihlal eden iki suçun birlikte işlenmesi ve dolayısıyla tüketen – tüketilen norm ilişkisinin söz konusu olduğu belirtilmektedir[364]. Kanaatimizce de, failin hukuken geçerli rızası bulunmayan yaşayan kişiden aynı ameliyat kapsamında hem bir organını (örneğin böbreklerinden birini) ve hem de bir dokusunu (örneğin kas veya kıkırdak) almış olması halinde, organ alınması ve doku alınması şeklindeki eylemlerinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilemez, yalnızca TCK'nin 91/1. maddesinin organ alınmasına ilişkin ilk cümlesi gereğince cezalandırılabilir. Nitekim, hukuken geçerli rızası bulunmayan yaşayan kişiden aynı ameliyatla iki ayrı organın alınmış olması durumunda fail yalnızca TCK'nin 91/1. maddesinin ilk cümlesi gereğince cezalandırıldığı halde, failin mağdurun bir organının yanında, yenilenebilir olması nedeniyle hayati açıdan organa göre daha az önemli olan ve mağdurun sağlığı ve yaşamı açısından daha az risk yaratan dokusunun da alınmış olması halinde (failin) iki kez cezalandırılması nedeniyle adaletsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Bu durum, birçok bıçak darbesi ile adam öldürme suçu işlenmesinde, birden fazla yaralama fiili de işlendiği halde failin sadece adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmasına benzemektedir. Yine, kanaatimizce mağdurun önce organının mı yoksa dokusunun mu alındığı hususunun da bir önemi bulunmamaktadır. Burada geçitli suç söz konusu olmayıp, tüketen-tüketilen norm

[363] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.149-150; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.135-136; Banak**, A.g.e.,** s.349-350; Karşıt görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.308.
[364] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.268.

ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda ve açıkladığımız bu görüşler ışığında, yukarıda açıklanan görüşlerden ikincisine katılıyoruz.

Diğer yandan, yukarıda değindiğimiz üzere, insanın biyolojik yapısı itibariyle organ yenilenemediği halde doku yenilenebilmekte, bu nedenle organ sağlıklı yaşam açısından dokuya nazaran görece daha kritik bir önem arz etmektedir. Kanun koyucunun bu durumu göz önüne alarak yaşayan kişinin vücudundan alınanın organ veya doku olmasına göre farklı yaptırımlar getirme ihtiyacı duyduğu anlaşılmaktadır. Mehaz Almanya'da TPG'nin 18. maddesi ile de yaşayan kişiden alınanın organ ya da doku olmasına göre farklı yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Bu itibarla TCK'nin 91/1. maddesinde açıklandığı şekilde hukuken geçerli rızası bulunmayan mağdur kişiden organ ya da doku alınmasına göre farklı yaptırımlar öngörülmüş olmasının ve yine Kanun'da yer alan şekli ile mevcut düzenlemenin ceza kanunumuzun sistematiğine uygun olduğunu değerlendiriyoruz[365].

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması durumunda, mağdur üzerinde failin eylemlerinin tipiklik açısından bir yaralama suçu da oluşturduğu halde, özel normun önceliği ilkesi gereğince failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir[366]. Bu anlamda, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması şeklinde gerçekleşen bir eylem, arka plandaki organ veya doku alınması ve nakli amacından bağımsız düşünüldüğünde yaralama suçunu da oluşturur. Nitekim, TCK'nin 91 vd. maddelerinde yaralama suçundan ayrıca ceza verileceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, bu durumda sadece özel norm niteliğinde olan TCK'nin 91/1. maddesinin uygulanması ile yetinilecektir. Diğer yandan TCK'nin 91/1. maddesinde yer verilen suçun öngörülen yaptırımının ağır olması nedeniyle, söz konusu haksızlık içeriğini (yaralama) de karşıladığı açıktır. Ancak TCK'nin 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçu ile 91/1. maddesinde düzenlenmiş olan inceleme konusu suç arasındaki ilişki her zaman göz önünde tutulmalıdır.

---

[365] Karşıt görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.150.
[366] Kanıcı, **A.g.e.,** s.45 ve 46; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.309; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.137.

Yaşayan kişinin hukuken geçerli bir rızası bulunmadığı halde bir organ veya dokusunun alınması nedeniyle ölmesi halinde, TCK'nin 91/8. maddesi gereğince, fail hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu düzenleme TCK'nin 23. maddesinde yer verilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin düzenleme kapsamında failin taksirle hareket etmiş olması halinde dahi kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler gereğince cezalandırılmasının adaletsiz sonuçlara yol açacağı ileri sürülerek doktrinde eleştirilmektedir[367]. Bu husus yukarıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmış olup, tekrardan kaçınmak için burada atıfla yetiniyoruz. Failin doğrudan öldürme kastıyla eylemlerini gerçekleştirdiği sabit olması halinde ise, artık yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması suçundan değil, kasten öldürme suçundan bahsedilecektir.

Bir başka soru ise TCK'nin 91/1. maddesine uyacak şekilde, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alan failin, aldığı organ veya dokuyu TCK'nin 91/3. maddesine uyacak şekilde başkasına satması halinde, 91/1 ve 91/3. maddeleri gereğince ayrı ayrı mı, yoksa sadece bu maddelerden biri gereğince mi cezalandırılması gerektiğidir. *M.Aydın* tarafından bu durumda, failin gerçekleştirdiği ilk fiili nedeniyle cezalandırılması, daha sonra buna bağlı olarak işlemiş olduğu fiillerinin ise ayrıca cezalandırılmaması gerekeceği, böyle bir durumda "önceki fiilin işlenmesi ile meydana gelen hukuka aykırılığın daha sonraki fiilleri de kapsadığı" yönünde tezahür eden düşünce itibarıyla, failin sadece bir defa cezalandırılabileceği görüşü ileri sürülmüştür[368]. *Bayraktar et al.* ile *Taneri* tarafından ise, kanun koyucunun söz konusu eylemleri ayrı ayrı düzenlemiş olması, düzenlemeler ile korunan hukuki değerlerin ve dolayısıyla mağdurlarının faklı olması nedenleriyle belirtilen fiiller yönünden failin ayrı ayrı cezalandırılması gerekeceği görüşü ileri sürülmüştür[369]. Yukarıda belirtilen görüşlerden ilki kanaatimizce söz

[367] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.141-142; Algan, **A.g.e.,** 146-147; Bayraktar *et al*. ise, maddenin gerekçesinde yer alan "*...en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür...*" ifadesinin doğru olmadığı ve en azından failin taksirinin varlığının aranması gerektiği belirtilmektedir; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.304.
[368] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.147.
[369] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.310-311; Taneri, **A.g.e.,** s.492; Benzer görüş için *Bknz*. Algan, **A.g.e.,** s.139-140.

konusu ceza normlarının sözüne ve ruhuna uygun olmadığı gibi, adil de değildir. Zira TCK'nin 91/1. maddesinde cezalandırılan fiil "almak"tır. Kanun, söz konusu fiilden sonra ne yapıldığı ile ilgilenmemiştir. "Alma" fiili işlendikten ve bu şekilde TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan suç tamamlandıktan sonra, suça konu organ veya dokunun başka bir suça, söz gelimi TCK'nin 91/3. maddesindeki "satın alma, satma, satılmasına aracılık etme" suçuna konu olmasının önünde bir engel yoktur. Dahası aksi düşüncenin kabulü halinde, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızası olmaksızın organ veya doku aldıktan sonra bunu satıp para kazanan ve bu çerçevede toplum için arz ettiği tehlike daha çok somutlaşmış olan kişi hukuk düzenince ödüllendirilmiş, buna karşılık organ veya dokuyu aldıktan sonra başka bir fiil işlemeyen kişi de ikinci bir suç işlemediği halde diğer fail ile eşit düzeyde yaptırımla karşılaşmış olacaktır. Yukarıda belirtilen ikinci görüşte temel alınan "kanun koyucunun söz konusu eylemleri ayrı ayrı suç olarak düzenlemiş olması, düzenlemeler ile korunan hukuki değerlerin ve dolayısıyla mağdurlarının birbirinden faklı olduğu" tespitinin kıymetli olduğunu değerlendirmekteyiz. Kanaatimizce yukarıda yer verilen birinci görüş bağlamında hiç de adil olmayan böyle bir sonucun, "önceki fiilin işlenmesi ile meydana gelen hukuka aykırılığın daha sonraki fiilleri de kapsadığı" şeklinde afaki bir varsayımla izahı da mümkün değildir.

TCK'nin "İnsan ticareti" başlığını taşıyan 80/1. maddesinde, özellik arz eden bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Buna göre, "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 çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran" kişiler cezalandırılacaktır. Aynı maddenin (2) numaralı fırkasına göre "*Belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.*" Aynı maddenin (3) numaralı fıkrasına göre ise on sekiz yaşını tamamlamamış olan kişilerin "yukarıdaki maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa

da" fail TCK'nin 80/1. maddesinde belirtilen cezalarla cezalandırılır. Maddenin son fıkrasına göre ise, söz konusu suçun işlenmesinde rol oynayan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekecektir. Bu düzenleme karşısında akla gelen soru, yaşayan bir kişiden organ veya doku alınmasını sağlamak maksadıyla mağdur üzerinde "tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulayan", "nüfuzu kötüye kullanan", "kandırarak veya kişiler üzerinde denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka yere götüren veya sevk eden ya da barındıran" faillerin eylemlerinin hangi madde kapsamında değerlendirileceğidir. Bu bakımdan, verilen örnekte "organ veya doku alma" fiilinin, söz konusu TCK'nin 80/1. maddesinde tarif edilen fiillerin amaçlarından birini teşkil ettiği ve cezalandırılan asıl fiil olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, örneğin verilen örnekte belirtilen amaçlarla ülkeye sokulan mağdurun, amaç suçlardan biri kapsamında böbreklerinden birinin ya da başka bir organ veya dokusunun alınmış olması halinde, ayrıca suç teşkil etmesi nedeniyle gerçek içtima hükümleri doğrultusunda fail TCK'nin 80/1. ve 91/1. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılacaktır[370].

Başka bir durum da 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun (ACK) "*kendini askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası*" başlığını taşıyan 79. ve "*başkasını askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası*" başlığını taşıyan 80. maddeleri açısından ortaya çıkmaktadır. Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nin 37. maddesine göre bir böbreğin çıkarılması veya fonksiyon yapacak durumda olmaması, o kişinin askerlik hizmetini yapmasını engellemektedir. ACK'nın 79/1. maddesi ile, kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasiyle bu hale getirten kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Kanun'un 80. maddesine göre ise 79. maddesindeki eylemleri "bilerek başkasına yapan" kişi hakkında da aynı cezaya hükmedilecektir. Asker kişi olan ya da Anayasa'nın 72. maddesi ile 25/06/2019 tarihli ve 7179 Sayılı Askeralma Kanunu (R.G. 26/6/2019 Tarih ve Sayı:30813) gereğince askerlik yükümlülüğü altında olan bir yaşayan vericiden hukuken geçerli rızaya dayalı

[370] Kanıcı, **A.g.e.,** s. 45; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.178; Taneri, **A.g.e.,** s.493; Algan, **A.g.e.,** s.138-139.

olmaksızın, bu bağlamda örneğin satıma konu olacak şekilde böbrek alımında hem yaşayan verici hem de organ veya dokuyu alan hekim açısından TCK'nin 91/1. maddesi ve yine ACK'nın 79. ve 80. maddeleri kapsamında sorumlu tutulmaları olasılığı gündeme gelecektir. Böyle bir durumda, alıcı hastanın yaşamının tehlikede olması, bu anlamda ortaya çıkan üstün amaç ve yaşayan vericinin sağlığı bakımından önemli bir tehlike içermemesi hususları göz önüne alınarak ACK'nın belirtilen maddeleri kapsamında suç kastının bulunmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu noktada askerlik yükümlülüğünden kurtulma gibi bir niyet söz konusu değil ve başka bir verici de bulunamıyorsa, diğer hukuka uygunluk koşullarının da mevcut olması şartıyla, failin cezalandırılması söz konusu olmayabilir[371]. Buna karşılık, yaşayan vericinin amacı böbreğini satmak suretiyle bir yandan para kazanıp, diğer yandan askerlik yükümlülüğünden kurtulmak ise, bu takdirde her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir[372]. Bu örnek olay kapsamında böbreğin alınması işlemini yapan hekimin de, TCK'nin 91/1. maddesinde tanımlanan suçu işlerken aynı zamanda böbreği alınan mağduru (mağdurun böyle bir kastı olmasa dahi) askerliğe yaramayacak hale getirme kastı ile de hareket etmişse, bu takdirde ortaya çıkan farklı neticelerin (organ veya doku alma ve bunun sonucunda ortaya çıkan askerliğe elverişsizlik hali) ihlal ettiği ceza normları nedeniyle TCK'nin 44. maddesi gereğince farklı neviden fikri içtima hali söz konusu olacaktır.

F. Yaptırım

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun yaptırımı olarak, TCK'nin 91/1. maddesinde, suçun konusunun "organ" olması halinde fail hakkında "beş yıldan dokuz yıla" kadar hapis cezası verilmesi, suçun konusunun "doku" olması halinde ise "iki yıldan beş yıla" kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

Söz konusu suça ilişkin kanuni tarifinde "doku alma" fiili ile "organ alma" fiili arasında ceza miktarı yönünden farklı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

[371] İmdat Elmas, Erdem Akkaya, "Organ Naklinin Hukuksal Yönünün Değerlendirilmesi", **Sendrom**, 1993, C:5, S:2, s.79; Kanıcı, **A.g.e.,** s.46.
[372] Kanıcı, **A.g.e.,** s.46.

Suça etki eden sebeplerin eşit olduğu varsayımında "doku alma" fiili, "organ alma" fiiline kıyasla daha düşük miktarda bir ceza yaptırımı ile karşılanmaktadır. Bu noktada ceza adalet sistemimizde, dokuların yenilenebilmelerine karşılık, tümüyle alınan organların yenilenme imkânının bulunmamasını dikkate aldığı anlaşılmaktadır[373].

Suçun konusunun organ olması halinde faile verilecek cezanın Kanun'da öngörülen asgari haddi dikkate alındığında, verilecek cezanın TCK'nin 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve yine TCK'nin 51. maddesi kapsamında ertelenmesi olanaklı değildir. Ayrıca fail hakkında TCK'nin 53. maddesi gereğince belli haklardan yoksun bırakılmasına (f.1) ve yine bir görevin (hekimlik v.b.) veya hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi (f.5) gerekecektir[374].

Suçun konusunun doku olması halinde faile verilecek cezanın Kanun'da öngörülen asgari haddi dikkate alındığında, verilecek cezanın TCK'nin 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi olanaklı değildir. Ancak, hükmolunacak cezanın 2 yıldan az hapis cezası olması ve diğer koşulların da mevcut olması halinde fail hakkında verilen hükmün 5271 Sayılı CMK'nin 231. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları kapsamında açıklanmasının geri bırakılması ve TCK'nin 51. maddesi kapsamında ertelenmesi mümkündür. Ayrıca fail hakkında TCK'nin 53. maddesi gereğince belli haklardan yoksun bırakılmasına (f.1) ve yine bir görevin (hekimlik v.b.) veya hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi (f.5) gerekecektir[375].

Suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre ve TCK'nin 91/4. maddesi gereğince, inceleme konusu

[373] Artuç, **A.g.e.,** s.498; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.264.
[374] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3157; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3511.
[375] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3157; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3511.

suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde fail hakkında, "sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve 10.000 güne kadar adli para cezası" verilmesi öngörülmektedir[376]. Bu suçun failine verilecek cezanın kanunda öngörülen asgari haddi dikkate alındığında, 5271 Sayılı CMK'nin 231. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi, cezanın TCK'nin 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve yine TCK'nin 51. maddesi kapsamında ertelenmesi mümkün değildir. Ayrıca fail hakkında TCK'nin 53. maddesi gereğince belli haklardan yoksun bırakılmasına (f.1) ve yine bir görevin veya hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi (f.5) gerekecektir[377].

Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ise, TCK'nin 91. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunması gerekmektedir[378]. Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ise TCK'nin 60. maddesinde düzenlenmiş olup bunlar, "müsadere" ve "iznin iptali" yaptırımlarıdır. Söz konusu hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun şirket, dernek veya vakıf gibi bir tüzel kişiliğin faaliyetiyle bağlantılı olarak gerçekleştirilmesi durumunda, ayrıca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesi gerekecektir. Örneğin suçun, bir ticaret şirketi tarafından işletilen özel hastane veya klinikte işlenmesi halinde, hastaneye ait ruhsatnamenin iptaline de karar verilmesi gerekecektir[379].

TCK'nin 91/8. maddesi gereğince, işlenen fiilin mağdurun ölümüne sebep olması durumunda, fail hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu durumda, TCK'nin 81 ve devamı maddeleri gereğince, fiilin

[376] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.313.
[377] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3157; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3511.
[378] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.268; Öztezel, **A.g.m.,** s.228.
[379] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.439; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.127; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1308; Algan, **A.g.e.,** s.147-148; Benzer görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.462-463.

niteliği göz önünde bulundurularak cezai yaptırım tayin edilecek olup, buna göre failin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması gündeme gelecektir[380].

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rıza olmaksızın alınmış olan organ veya dokunun TCK'nin 54/1. maddesi gereğince müsadere edilmesi olanaklı olmakla birlikte, organ veya dokunun yaşayan bir başka kişiye nakil veya aşılanmış olması halinde artık müsadere edilmesi olanaklı değildir. Zira böyle bir işlem söz konusu organ veya dokunun nakledildiği ya da aşılandığı kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik zarar oluşturacak bir müdahale niteliği taşıyacaktır[381]. Ancak bu durumda tazminat istenebilecektir.

G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlı olmayıp, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır[382].

Failin kamu görevlisi olması ve TCK'nin 91/1. maddesi kapsamındaki fiilleri görevi sebebiyle işlemiş olması halinde, bu suça ilişkin muhakeme 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre izin şartına bağlıdır[383].

Bu suç bakımından yargılama görevi, 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10-12. maddelerine göre asliye ceza mahkemesine aittir. Ancak nitelikli hal olan "suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde" işlendiği (md.91/4) ya da suçun işlenmesi neticesinde mağdurun öldüğü (md.91/8) durumlarda görevli mahkeme aynı Kanun'un 12. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesi olacaktır[384].

---

[380] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.152.
[381] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.313; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.152-153; Benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.750.
[382] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1565; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.314; Algan, **A.g.e.,** s.149.
[383] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3159; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513; Algan, **A.g.e.,** s.148-149.
[384] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.269; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.314;

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın "organ" alınmış olması ya da "doku" alınmış olması haline bağlı olarak dava zamanaşımı süresi değişmektedir. Bu itibarla, yaşayan kişiden "organ" alınmış olması halinde TCK'nin 66/1-d maddesi gereğince dava zamanaşımı süresi on beş yıl iken, "doku" alınmış olması halinde aynı Kanun'un 66/1-e maddesi gereğince dava zaman aşımı süresi sekiz yıldır[385]. Belirtilen eylemlerin örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ise, yaşayan kişiden alınanın organ veya doku olmasına ilişkin ayırımı gözetilmeksizin dava zamanaşımı süresi TCK'nin 66/1-d maddesi gereğince her halükârda on beş yıldır. Fiil neticesinde mağdurun ölmesi halinde olağan dava zamanaşımı süresi TCK'nin 66/1-b maddesi gereği yirmi beş yıldır.

TCK'nin 67/4. maddesine göre olağanüstü (uzamış) dava zamanaşımı süresi ise, yukarıda olağan dava zamanaşımı süreleri açıklanan suçlar itibariyle sekiz yıllık süreler bakımından on iki yıl, on beş yıllık süreler bakımından yirmi iki yıl altı ay, yirmi beş yıllık süre bakımından ise otuz yedi yıl altı aydır.

II. ÖLÜDEN HUKUKA AYKIRI OLARAK ORGAN VEYA DOKU ALINMASI SUÇU

A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler

Yaşayan vericiden alınması mümkün olan organ ve dokuların azlığı, sosyokültürel veya dinsel gerekçelerle bazı toplumlarda yaşayan vericiden organ ve doku alınmasına sıcak bakılmaması ve buna bağlı olarak nakil bekleyen hastalardaki artış sebebiyle ölüden organ veya doku alınmasının önemi giderek artmıştır. Ölüden elde edilen organ ve dokuların sayısı günümüzde, insandan insana aktarılan toplam organ ve doku sayısı içerisinde önemli bir kalem oluşturmaktadır[386].

Algan, **A.g.e.,** s.149; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.153; Taneri, **A.g.e.,** s.494.

[385] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.153; Algan, **A.g.e.,** s.149; Taneri, **A.g.e.,** s.494.

[386] Beatriz Domínguez-Gil, Rafael Matesanz, **Newsletter Transplant International Figures on Donation and Transplantation** 2017, EDQM Vol.23, 2018, s.42-48, (Çevrimiçi) https://www.tonv.org.tr/wp-content/uploads/2019/05/organ-nakli-istatislikler-2018.pdf, Erişim Tarihi: 02 Kasım 2020

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, organ veya doku temini bakımından önceliğin ölüden alınmasına hasredilmesi gerekmektedir. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması yönünden ise, tarafı olduğumuz Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 19 ve 20. maddeleriyle ve ONHY'nin 12/1. maddesi ile "*ikincillik prensibi*" kabul edilmiştir[387]. Bu prensip gereğince, ihtiyaç duyulan organ veya dokunun öncelikle ölüden temin edilmesi yönünde çaba gösterilecek, ölüden temin edilemeyen organ veya dokunun ise ancak karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yöntemi seçeneğinin bulunmadığı hallerde yaşayan kişiden alınması yoluna gidilebilecektir.

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması TCK'nin 91/2. maddesi ile bağımsız suç olarak düzenlenmek suretiyle cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, "*Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*". Görüldüğü üzere, organ veya dokusu alınan ölünün yaşam ve sağlık yönünden bir zarara uğraması olasılığı mevcut olmadığından, yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alma fiiline nazaran daha az ceza öngörülmüştür[388].

Ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullar ODNK'nın 11-14. maddelerinde belirtilmiştir. Belirtilen bu koşulların mevcut olması halinde inceleme konusu suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Bu bağlamda, her ne kadar inceleme konusu suçun düzenlendiği TCK'nin 91/2. maddesinin gerekçesinde *"... fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.*" ifadesine yer verilerek, hukuka aykırılık olgusunun "rıza" ile sınırlı olduğu izlenimi uyandırılsa da, anılan 91/2. maddede, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasında olduğu gibi "hukuken geçerli rıza" kavramı yerine daha geniş bir kavram olan "hukuka aykırılığa" atıfta bulunulması ile kanun koyucunun esasen, ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin ODNK'deki tüm hukuka uygunluk kriterlerine atıf yaptığı anlaşılmaktadır[389].

---

[387] Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.47-48; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.40; Gürbüz, **A.g.e.,** s.64.
[388] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.440; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.128; Algan, **A.g.e.,** s.149.
[389] Algan, **A.g.e.,** s.150; Benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.182.

Ölüden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu bakımından ilk şart, organ veya dokunun alındığı kimsenin ölmüş olmasıdır. Biyolojik bir olay olan ölüm halinde canlı yaşamı sona ermektedir. Doktrinde ölüm anına ilişkin en elverişli ve kabul edilebilir ölçütün beyin ölümü olduğu kabul edilmektedir[390]. Ölüden organ veya doku alınması işleminin hukuka uygunluğu açısından ise, ölümün tespiti, ölünün yaşamındayken vermiş olduğu rızası ve/veya yakınlarının rıza içeren beyanı önem taşımaktadır.

B. Korunan Hukuki Değer

TCK'nin 91/2. maddesi hükmü ile kanun koyucu, insani, vicdani veya başka her ne maksatla olursa olsun, ölen bir kişinin bedeninden kuralsız ve keyfi bir şekilde organ veya doku alınamayacağını ve aksi yöndeki davranışların suç olarak cezalandırılacağını ifade etmiştir[391].

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu ile korunması hedeflenen hukuki değerlerden ilki, kişinin sağlığında ölümü sonrasında cesedinden nakil amacıyla organ veya doku alınmasına yönelik açıklamış olduğu olumlu ya da olumsuz iradenin korunması ve kişinin ortaya koyduğu iradeye saygı gösterilmesi gereğidir[392]. İkinci olarak, bedeniyle bağlantılı olarak ölenin hatırasına saygı gösterilmesinin yanında, insan sağlığını ilgilendiren konularda kamu düzeni ve disiplininin teminine yöneliktir[393].

Ayrıca, inceleme konusu suçu oluşturan fiil, aynı zamanda sağlığında iradesini açıklamamış olan kimsenin geride kalan yakınları ve akrabalarının kişilik haklarına yönelik bir müdahale niteliğinde olması nedeniyle, bu kapsamda ölenin yakınlarının ölene yönelik saygı ve hatıralarının korunması da suç ile korunan bir diğer hukuki değer olarak ortaya çıkmaktadır[394].

---

[390] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.292; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.269; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.443-444.
[391] Şen, Türk Ceza Konunu Yorumu, s.317.
[392] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.286; Özoğlu, **A.g.m.,** s.3.
[393] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.128-129; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.103.
[394] Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e**, s.1545; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.286.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

Ölüden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçunun düzenlendiği TCK'nin 91/2. maddesinde hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan "kimse" nin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda suçun kanuni tarifinde suçun faili ile ilgili özel bir nitelik aranmadığı görülmektedir.

Yukarıda yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu ile ilgili fail başlığı altında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Kısaca değinmek gerekirse, söz konusu suçun faili ile ilgili olarak, doktrinde, *bazı yazarlar tarafından*; organ ve doku alınmasının karmaşık tıbbi müdahale niteliği dikkate alındığında ancak organ veya doku alınması hususunda uzman hekimlerin fail olabileceği ve bu nedenle söz konusu suçun özgü suçlardan olduğu görüşü ileri sürülmekte[395] iken, *karşıt görüşte olan yazarlarca ise*; suçun faili ile ilgili kanun koyucunun madde metninde bir özelliğe yer vermemiş olması nedeniyle suçun hekim olup olmadığına bakılmaksızın herkes tarafından işlenebileceği ileri sürülmektedir[396]. Yine yukarıda açıkladığımız üzere, fiili imkânsızlık ile hukuki imkansızlığın ortaya çıkardığı sonuçların, ceza normunun yorumlanmasında ayrı ayrı değerlendirilmesinde yarar vardır. Bu çerçevede hekimlik vasfına sahip olmayan, örneğin hekimlik mesleğinden çıkartılmış veya tıp fakültesi öğrencisi olup henüz hekimlik sıfatını almamış olan bir kimsenin, veteriner hekim olan ya da sağlık mesleği mensubu memur olmakla birlikte hekim olmayan bir kimsenin, yabancı uyruklu olan ve kendi ülkesinde organ ve doku alınması ile ilgili hekim olan ve uzmanlığı bulunan, ancak Türkiye'de hekim olarak kabul edilmeyen bir kimsenin ya da her nasılsa başarılı bir şekilde organ veya

[395] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.178; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.151; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s. 287; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.106.
[396] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hükümleri**, C:II, s.287; Özbek, v.d., **Özel Hükümler**, s. 264; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.425; Ünver, Avrupa **Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.191; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Taneri, **A.g.e.,** s.484; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983; Algan, **A.g.e.,** s.88; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.103.

doku alabilen hekim olmayan kişinin söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan fiili işlemiş olması halinde, bu kimsenin işlediği fiilinin cezasız kalmaması için, bu alanda kanun koyucunun 91. maddenin lafzında da herhangi bir şekilde zikretmediği vasıfların failde aranmamasının ve bu şekilde ceza normunun alanının kanun koyucunun iradesine aykırı olarak daraltılmamasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu ile ilgili fail başlığı altında zikretmiş olduğumuz failde hekim vasfı aranmaması yönündeki görüşümüz, kişinin zaten ölmüş olduğu ve bu bağlamda bir "yaşam hakkının korunması" sorununun mevcut olmadığı bir zaman periyodunda işlenen ölüden hukuka aykırı organ veya doku alma fiilleri bakımından öncelikle geçerlidir. Bu çerçevede, Kanun'da failin hekim ya da sağlık mensubu gibi bir nitelik taşıması koşulu aranmadığından, söz konusu suçun "özgü suç" niteliği bulunmamaktadır ve bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir[397].

Söz konusu suç ile ilgili dolaylı faillik yönünden bir özellik söz konusu değildir. Bu itibarla, ölüden hukuka aykırı organ veya doku alma fiilini bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştiren kişinin TCK'nin 37/2. maddesi gereğince dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerelkir.

Yukarıda açıklandığı gibi, tüzel kişilerin hareket yeteneği ve yine kusur yeteneği bulunmaması nedeniyle suçun faili olamayacakları kabul edilmekte[398] olup, bu bağlamda söz konusu suç yönünden de tüzel kişilerin fail olarak kabul edilmeleri olanaklı değildir.

b. Mağdur– Suçtan Zarar Gören

TCK'nin 91. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kimsenin" cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu

[397] Üzülmez, **A.g.e.,** s.130; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.287; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s. 128; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.136; Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.103-104; benzer görüş için *bknz.* Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Algan, **A.g.e.,** s.151.

[398] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.213; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.114; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.271.

fıkrada düzenlenen suçun oluşması bakımından ilk şart, organ veya dokusu alınan kişinin ölmüş olmasıdır. Ölü, tıbbi anlamda öldüğü kabul edilen kimseye denir[399]. Bu bağlamda, suçun maddi konusu, ölmüş olan bir kimsenin bedeninden alınan organ veya dokudur.

Söz konusu suç yönünden, bedeninden organ veya dokusu alınan ölünün mağdur olarak kabul edilip edilemeyeceği problemi ile karşılaşılmaktadır. Bir kişinin işlenen bir suçun mağduru olduğundan bahsedebilmek için, suç tanımına uyan fiilin gerçekleştirildiği sırada hayatta olması gerektiğinden, ölmüş olan bir kimsenin mağdur olarak kabul edilmesi olanaklı değildir[400]. Nitekim "mağdur" kavramı, yaşayan insanlara has bir sıfat olup, ölünün cesedine bu sıfat verilemez. Yani "mağdur" sadece yaşayan (canlı) bir kimse olabilir[401]. Bu nedenle, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun mağduru, bedeninden organ veya doku alınan ölen kimseye ait "ceset" olamaz[402].

Bu bağlamda ve hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alınması suçu ile korunan hukuki değer de dikkate alındığında, söz konusu suçun mağduru ölen kimsenin yakınlarıdır.

Suçun mağduru olan ölenin yakınlarının kimler olduğu hususunda ise, ODNK'nın 14. maddesinin birinci fıkrasında sayılan ölüden organ veya doku alınmasına rıza göstermeye yetkili kişilerin dikkate alınması gerektiği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[403]. ODNK'nın belirtilen madde ve fıkrasında ölüden organ veya doku alınmasına rıza göstermeye yetkili yakınları, "*... sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi…, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını…*"

---

[399] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280.
[400] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.115; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.264; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.131.
[401] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.224; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.264; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.117; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.104.
[402] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu,** s.131; Algan**, A.g.e.,** s.151; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Öztan, Gürpınar'a gör; "*Ceset, ne bir hak süjesidir, ne de bir eşya niteliği taşır.*"; Öztan, Gürpınar, **A.g.e.,** s.238.
[403] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; Üzülmez, **A.g.e.,** s.130; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.288; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.108; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1309; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.104.

şeklinde sayılmıştır. Buradan hareketle, söz konusu suçun mağduru olarak, ölen kimsenin eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşleri veya bunlardan hiçbiri yoksa yine ölüm sırasında ölenin yanında bulunan herhangi bir yakını olarak kabul edilmektedir[404].

Bununla birlikte suçun mağdurunun ölen kişinin kanuni mirasçıları olduğu yönünde görüşler de mevcuttur[405].

c. Suçun Konusu

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun maddi konusu, ölen bir insanın bedeninden hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokudur[406].

Ölüden organ veya doku alınmasının öncelikli şartlarından biri, bedeninden organ veya doku alınan kimsenin ölmüş olmasıdır. "*Doktrinde ölüm anına ilişkin en elverişli ve kabul edilebilir ölçütün beyin ölümü olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır*"[407]. Yukarıda birinci bölümde ölüm anının belirlenmesi ve beyin ölümü ile ilgili ayrıntılı açıklamalar yapılmış olup, tekrardan kaçınmak maksadıyla burada atıfla yetiniyoruz. Bu çerçevede, suçun konusu bir kimsenin bedeninden ölüm olayının gerçekleşmesinden sonra alınmış olan organ veya dokudur[408].

Cesedin hukuki mahiyeti ile ilgili farklı görüşler öne sürülmektedir. Yaygın olarak kabul gören görüşe göre ölenin yakınları ceset üzerinde nitelik olarak mülkiyet benzeri bir hakka sahiptir. Fakat, bu hak "mülkiyet hakkı" gibi mutlak nitelikte değildir. Daha çok "nev'i şahsına münhasır" bir hak olarak nitelendirilmektedir[409].

---

[404] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Algan, **A.g.e.,** s.151.
[405] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.412; Halıcı, **A.g.e.,** s.61; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983.
[406] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.263; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.131; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983; Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.104.
[407] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.444; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280.
[408] Algan, **A.g.e.,** s.151-152; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280.
[409] Hakkı Mert Doğu, "Cesedin Bilimsel Araştırmalarda Kullanılması Amacıyla Vasiyeti: Anatomi Sözleşmesi", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Diğer yandan, fiilin ölen bir kimsenin organ veya doku niteliği taşımayan bir biyolojik maddesi ile ilgili veya bir insana ait olmayan organ veya doku ile ilgili gerçekleştirilmiş olması halinde, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun konusunun varlığından söz edilemez.

d. Fiil

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun fiil (hareket) unsuru, ölen bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak bir organ veya dokunun alınmasıdır. Söz konusu suçun varlığından söz edilebilmesi için ilk şart, organ veya dokunun alındığı kimsenin ölmüş olmasıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, öğretide "almak" fiili, "cerrahi usullerle organ veya dokuyu bulunduğu yerden söküp çıkarmak" şeklinde tanımlanmaktadır[410]. Burada almak sözcüğüyle kastedilen, bir organ veya dokunun ölen kimsenin bedeninden ayırılmasıdır. Bu sebeple failin, ölen bir kimsenin bedeninden bir organ veya dokuyu hukuka aykırı olarak ve nakil maksadıyla ayırmasıyla söz konusu suçun fiil unsuru gerçekleşmiş olur.

Söz konusu suçun bağlı hareketli suç mu yoksa serbest hareketli suç mu olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden *ilkine göre,* organ veya doku alma işleminin karmaşık bir tıbbi müdahale niteliğinde olması nedeniyle sağlık yasaları, yönetmelikler ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde cerrahi usullerle yapılabileceği, bu nedenle bağlı hareketli bir suçun söz konusu olduğu ileri sürülmektedir[411]. *Karşıt görüşe göre ise,* suçun kanuni tanımında organ veya dokunun vücuttan nasıl alınacağı hususunda sınırlama içeren bir ifadeye yer verilmemiş olması nedeniyle söz konusu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu söylenemez ve burada serbest hareketli bir suç söz konusudur[412]. Yukarıda yaşayan

---

Dergisi, 2011, C:2, S:2010/1, İstanbul, s.1473-1474; Jale G, Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)**, İkinci Kitap, Mülkiyet, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973 (Akipek, İkinci Kitap), s.16 vd.; Ayiter**, A.g.e.,** s.143; Karauz, **A.g.e.,** s.355, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489108, Erişim Tarihi: 22 Mayıs 2022.

[410] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.117; Algan, **A.g.e.,** s.92.

[411] Algan, **A.g.e.,** s.153; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.107.

[412] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.292; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.450; Benzer

kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçuna ilişkin fiil başlığı altında açıklamış olduğumuz gibi, organ veya doku alma işleminin bir tıbbi müdahale olarak gerektirdiği bilgi ve uzmanlık seviyesi nedeniyle ancak cerrahi usullerle yapılabilecek olması nedeniyle, söz konusu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda yukarıda belirtilen görüşlerden ilkine iştirak etmekteyiz.

Bu çerçevede, ölmüş olan bir kimsenin bedeninden organ veya doku almaya yönelik olarak icra edilen her çeşit hareket suçun oluşması bakımından yeterli kabul edilemez[413]. Organ veya doku alınması fiilinin tıbbi nakil amacıyla ve bu kapsamdaki cerrahi işlemlerle gerçekleştirilmesi de gereklidir. Burada fiille birlikte bulunan amaç olgusu ve bunu tamamlayan "işlemin tıbbi niteliği", suçun maddi unsurunu teşkil eden "fiil" ile yakın bir bağlantı içerisindedir. Bu çerçevede organ veya doku alınması amacı taşımayan ve tıbbi nitelikte olmayan fiillerin TCK'nin 130. maddesinde tanımlanan "kişinin hatırasına hakaret" suçuna vücut verebileceğini söylemek mümkündür[414].

Suça konu fiil, ölünün cesedinden bir organ veya dokusunun alınması ile tamamlanır, ancak suçun oluşması için fiilin hukuka aykırı ve nakil maksadıyla işlenmiş olması da gereklidir[415]. Suçun kanuni tanımında ayrıca bir neticenin gerçekleşmiş olmasına yer verilmemiştir. Bu çerçevede kanundaki tanımlamada hareketten bağımsız olarak suçun tamamlanması için bir neticenin gerçekleşmesi öngörülmemiş olması itibariyle, söz konusu suç, "sırf hareket suçu" niteliğindedir[416].

Söz konusu suçun ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşler yukarıda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu ile ilgili "fiil" başlığı altında ayrıntılı olarak tartışılmış olup, belirtilen görüşler bu suç bakımından da geçerlidir. Bu çerçevede ve belirtilen tartışma ve görüşlerimize atfen,

---

görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.461; M.Aydın, Ceza Sorumluluğu, s.131. Gözübüyük, **A.g.e.,** s.124.
[413] Halıcı, **A.g.e.,** s.60; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.292; Algan, **A.g.e.,** s.153; karşıt görüş için *Bknz.* M.Aydın, Ceza Sorumluluğu, s.131.
[414] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.62.; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.189.
[415] Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s.280;
[416] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.301; Algan, **A.g.e.,** s.153.

Kanun'da söz konusu ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun ihmali davranışla işlenebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasını da dikkate alarak, bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği yönündeki kanaatimizi tekrarla yetineceğiz[417].

e. Netice

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu, ölen bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak organ veya dokunun alınmasıyla tamamlanmaktadır[418].

Söz konusu suçun kanuni tanımında fiilin hukuka aykırı olması koşuluna yer verilmiş olmakla birlikte, ayrıca bir neticenin ya da zararın gerçekleşmesi aranmamıştır[419]. Bu itibarla, söz konusu suç, ölen bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak bir organ veya dokusunun alınmasıyla tamamlanmış olacağından, sırf hareket suçu niteliğindedir.

Hukuka aykırı olarak ölüden alınan organ veya dokunun ayrıca alıcıya nakledilmesi ya da aşılanması da gerekmez. Nitekim, TCK'nin 91/2. maddesinde suçun kanuni tanımında ölüden organ veya dokunun hukuka aykırı biçimde alınmasının suç olarak düzenlenmesiyle yetinilmiş, sonraki olası fiiller aynı maddenin sonraki fıkralarında yer verilmiş olan düzenlemeler (örneğin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu (md. 91/5)) ile yaptırıma bağlanmıştır.

Bu suç bağlamında, ölenin bedeninden bir organ veya dokunun hukuka aykırı olarak alınmış olması halinde, ölen kimsenin geride kalan yakınları yönünden üzüntü verici olabilir. Ancak fiil neticesinde somut bir zararın gerçekleştiğinden söz edilemez. Bu itibarla burada söz konusu olan bir zarar suçu değil, tehlike suçudur[420].

---

[417] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.290; Algan, **A.g.e.,** s.152; Karşı görüş için *bkz.* M.Aydın, Ceza Sorumluluğu, s.132; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.292; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149.
[418] Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.107.
[419] Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301; Algan, **A.g.e.,** s.153.
[420] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301.

f. Nitelikli Unsurlar

Ölüm sorasında artık bir insanın vücut dokunulmazlığından söz edilemeyecektir. Ancak, ölen kişinin hatırasının korumasından söz edilebilir ve buna yönelik olarak, ceset ve kemiklere karşı işlenen eylemlerin cezalandırılması söz konusu olabilir.

Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından, inceleme konusu ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bakımından "daha ağır" veya "daha hafif" ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli hale ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

TCK'nin 91/4. maddesi ile Kanun'un aynı maddesinin 1 ve 3. fıkralarında düzenlenmiş olan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiş iken, Kanun'un aynı maddesinin inceleme konusu (2) numaralı fıkrasında düzenlenen ölüden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu aynı kapsamda düzenlenmemiştir[421]. Bu hususun, yani söz konusu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinin nitelikli hal olarak düzenlenmemiş olmasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, söz konusu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK'nin 220/4. maddesi gereğince olayın içtima kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğinden şüphe yoktur.

2. Manevi Unsur

a. Kast

Ölüden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Yani suça ait manevi unsur kast olup, failin saikinin bir önemi bulunmamaktadır[422].

---

[421] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.178.

[422] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302;

Söz konusu suça ilişkin TCK'nin 91. maddesinin (2) numaralı fırkasında "*Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse…*" denilmek suretiyle, Kanun'un maddesinde "hukuka aykırılık" unsuruna özel olarak yer verilmiş olduğu görülmektedir. Suçun varlığında mündemiç olan "hukuka aykırılık" unsurunun kanun koyucu tarafından suç tanımında ayrıca zikredilmesi genel olarak "özel hukuka aykırılık" olarak nitelendirilmekte olup, söz konusu ifadelerin suç teorisi bakımından yerine getirdiği işlevin ne olduğu hususunda ise öğretide farklı görüşler dile getirilmiştir. Doktrinde bu hususta ortaya çıkan görüşler ilgisi itibariyle aşağıda hukuka aykırılık unsuru başlığı altında ayrıntılı olarak tartışılmış olup, tekrardan kaçınmak amacıyla burada atıfla yetiniyoruz. Ancak söz konusu suçun kast unsuru ile ilgili olduğu ölçüde ve faildeki suç işleme kastının işlenen fiilin hukuka aykırılığını kapsaması gerekip gerekmeyeceği hususunda doktrinde ortaya çıkan görüşlere aşağıda kısaca değinilecektir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bir suçun kanuni tanımında "hukuka aykırı olarak" ve benzeri kavramlara yer verildiği hallerde, kanun koyucunun bu tutumunun bir kısım suç tipleri yönünden "özel hukuka uygunluk sebepleri" oluşturma amacından kaynaklandığı, bu suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmesi gerektiği, yani hukuka aykırılık unsurunun kastın kapsamında bulunduğu, bu nedenle de söz konusu suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği ileri sürülmektedir[423]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da bir kararında doktrinde ileri sürülen bu görüşle paralel yönde kabule gidilerek, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır[424]. Diğer görüş taraftarı olan yazarlarca ise, eğer hukuka aykırılık unsuruna suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak yer verilmiş ise, bu durumda tipiklik unsurunun öne çıktığı ve kastın tipikliğin bir unsuru olan bu hukuka aykırılığı da kapsaması gerektiği, bu nedenle de failin fiilini doğrudan kastla işlemesi gerektiği[425], buna karşılık hukuka

---

M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.132; Algan, **A.g.e.,** s.153.

[423] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.309; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.289; Hamide Zafer, **A.g.e.,** s. 280 vd.; B. Erman, **Yanılma**, s.61.

[424] Yrg. CGK, T.12/11/2013, E.2013/14-511, K.2013/449.

[425] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269; Algan, **A.g.e.,** s.157; Benzer görüş için *Bknz.* Neslihan

aykırılık unsuruna tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olarak yer verildiği hallerde ise, hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerekmeyeceği ileri sürülmektedir[426].

Söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen "hukuka aykırı olarak" ifadesinin suçun belirli bir maddi unsurunu nitelemeyip, tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olduğu anlaşılmaktadır[427]. Bu nedenle ve doktrinde ileri sürülen katıldığımız görüş kapsamında, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen hukuka aykırılık unsuru, tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olması nedeniyle kastın kapsamında yer almamaktadır[428].

Söz konusu suç yukarıda da ifade edildiği üzere "sırf hareket suçu" niteliğinde olduğundan, failin kastının yani bilme ve isteme halinin "alma" fiilini kapsaması gerekli ve yeterlidir. Bunun dışında suçun tamamlanması için herhangi bir neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden kastın kapsaması gereken bir "netice" olgusu ve dolayısıyla bir "nedensellik bağı" olgusu bulunmamaktadır. Diğer yandan failin kastının, suçun konusunu yani cesetten alınan şeylerin "organ" veya "doku" niteliğinde olmasını da kapsaması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, failin suçun maddi konusu olan ölenin bedeninden alınan organ veya dokuya ilişkin vasıflandırma hatası kastı ortadan kaldırmaz, bu nedenle ceza sorumluluğuna da tesir etmez[429].

Failin kastının kapsamında olması gereken bir diğer husus, suçun maddi konusunu teşkil eden organ veya dokular alındığı sırada, söz konusu organ veya dokunun ait olduğu insan bedeninin "ölü" olmasıdır. Ölüm olayının tespitine ilişkin hususlar yukarıda birinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu noktada özetle ONHY'nin (4) numaralı fıkrasının 1-e bendinde beyin ölümünün tanımlanmış olduğu gibi, (8) numaralı fıkrası ile beyin ölümü ve koşulları düzenlenmiş olduğu ve yine Ek

---

Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2016, C:7, S:1, s.427.

[426] Hakeri, Genel Hükümler, s.275-276; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269-270; Göktürk,**a.g.m**, s.427-428.

[427] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Algan, **A.g.e.,** s.157-158

[428] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Algan, **A.g.e.,** s.155-158.

[429] Değirmenci, **A.g.m.,** s.132,133; Algan, **A.g.e.,** s.154.

1. maddesinde organ ve doku nakli bakımından beyin ölümü tanısı kriterlerinin düzenlenmiş olduğunu ifade etmeyi yeterli görmekteyiz.

Söz konusu suç, kastla işlenebilen bir suç olması ve suçun kanuni tarifinde taksirle işlenebileceğine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, söz konusu suçun taksirle de işlenmesi olanaklı değildir[430].

b. Kastı Kaldıran Hata Hali

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun kanuni tanımında yer verilen "hukuka aykırı olarak" ifadesi suçun bütün olarak değerlendirilmesiyle ilgili olması nedeniyle tipikliğin maddi unsurları içerisinde ve kastın kapsamında değerlendirilemez[431]. "*Ancak somut olayda failin haksızlık yanılgısına düşüp düşmediği noktasında yapılacak değerlendirmenin bağlantı noktasını oluşturur*"[432].

Ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullar, ODNK'nın 11-14. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, ölen bir kimsenin hukuken geçerli bir vasiyetinin/rızasının bulunduğu düşüncesiyle veya ölenin kıyafetlerinin içinden çıkan bağış kartını geçerli bir irade beyanı kabul ederek organ veya dokusunu alan bir failin cezalandırılması yoluna gidilebilecek midir?

Yukarıda verilen örnek olay kapsamında, fiilin hukuka aykırılığının fail tarafından bilinmesi gerekip gerekmeyeceği ve bahsi geçen hukuka aykırılığın kastın kapsamında olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler ve belirtilen konudaki kanaatimiz yukarıda kast başlığı altında açıklanmıştır. Bu bağlamda kısaca değinmek gerekirse, ceza hukukumuzda bazı suç tiplerinde, failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi suçun oluşması bakımından vazgeçilmez bir unsur olarak tanımlanmıştır. "Hukuka özel aykırılık" olarak da adlandırılan bu durumla ilgili öğretide *bazı yazarlara göre*, ilke olarak fiilin hukuka

[430] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.302; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134.
[431] Algan, **A.g.e.**, s.157-158; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.3292; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281;
[432] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Benzer görüş için *Bknz.* Göktürk, **A.g.m.,** s.427-428.

aykırı olduğunun bilinmesi gerekmemekte, yalnızca kanunda özel olarak düzenlenen durumlarda fiile ait hukuka aykırılık boyutunun bilinmesi ve fiilin bu yönü de dikkate alınarak ve bu haliyle istenerek icra edilmesi aranmaktadır. Bu durumda hukuka aykırılık olgusu, fiilin bilinmesi ve istenmesinin bir öğesi durumuna geldiği gibi, fail tarafından fiilin hukuka aykırılık unsuru bilinerek gerçekleştirilmesi gereklidir[433]. Diğer *bir görüş ise*, "hukuka özel aykırılık" olarak ifade edilen durumların esasen doğrudan kast çerçevesinde ele alınması gerektiği yönündedir. Hukuka aykırılık hali bilinmeksizin ve istenmeksizin işlenen fiil yönünden kast ve dolayısıyla suçun manevi unsuru gerçekleşmiş kabul edilemeyeceğinden bu kapsamda ortaya çıkan "hata" hali suçun oluşmasını engeller[434]. Bu gibi durumlarda, failin içine düştüğü yanılgı bakımından bir kusurunun olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Zira, esaslı hata, fiilin "kasıtlı olma" niteliğini ortadan kaldırır[435].

Bu açıklamalar doğrultusunda, yukarıda vermiş olduğumuz örnek olayda olduğu gibi, ölenin hukuken geçerli bir vasiyeti bulunduğu zannıyla veya kıyafetlerinin içinden çıkan bağış kartını geçerli bir irade beyanı kabul ederek bir organ veya dokusunu alan fail yönünden, belirtilen hususdaki esaslı hatası kastını ortadan kaldıracağından, failin cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Bu noktada, suçun kanuni tanımında yer verilen hukuka aykırılık unsuru failin olayda haksızlık yanılgısına düşüp düşmediği noktasında yapılacak değerlendirmede bağlantı noktası olarak dikkate alınacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun taksirle işlenebileceğine ilişkin Kanun'da bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, yukarıda verilen örnek olay ve benzeri biçimde kastı kaldıran hata halinin ortaya çıktığı durumlarda failin taksirli sorumluluğu ortaya çıkmaz. Söz konusu suç neticeli suçlardan olmadığından, nedensellik bağında hata halinin de ortaya çıkması olanaklı değildir.

---

[433] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.309-310; İçel v.d., **A.g.e.,** s.110-111; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.289.
[434] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.135; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.152.
[435] Ç. Aydın, A.**g.e.,** s.152; Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.257; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.533-534.

Söz konusu suç yönünden yasak hatası (haksızlık yanılgısı) halinde failin kastı ortadan kalkmayacağından, işlediği fiili sebebiyle failin ceza sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda, failin ölen kimsenin bedeninden ticarete konu edildiğini bilmesine rağmen, ölümün gerçekleşmiş olması nedeniyle yasaklanmamış olduğu düşüncesiyle karaciğerini alması şeklindeki örnek olayda, failin içinde bulunduğu yasak hatası kastını ortadan kaldırmayacağından, ceza sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun düzenlendiği TCK'nin 91/2. maddesinde özel olarak ifade edilme ihtiyacı duyulan "hukuka aykırı olarak" ifadesi ile ölüden organ ve doku nakli prosedürünün hukukiliğine ilişkin hükümlere atıf yapıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan bu atıf aynı zamanda hukuk düzeninin bütüncüllüğü ve tutarlılığının bir gereği olarak TCK'nin genel hükümlerinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerini de zorunlu olarak kapsamaktadır.

TCK'nin 91/2. maddesinin gerekçesinde *"...Bu fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.*" denilmektedir. Buradan açıkça anlaşılacağı üzere, ODNK hükümleri çerçevesinde hukuken geçerli rızanın varlığı fiili hukuka uygun hale getirecektir[436].

Bir suçun varlığında mündemiç olan "hukuka aykırılık" unsurunun kanun koyucu tarafından suç tanımında ayrıca zikredilmesi genel olarak "özel hukuka aykırılık" olarak nitelendirilmekte olup[437], söz konusu ifadelerin suç teorisi bakımından yerine getirdiği işlevin ne olduğu hususunda öğretide farklı görüşler dile getirilmiştir. *Bazı yazarlara göre,* kanun koyucunun bu tutumu bir kısım suç tipleri yönünden "özel hukuka uygunluk sebepleri" oluşturma amacından kaynaklanmakta olup, buna göre, kanun koyucu, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu

[436] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303; Benzer görüş için Bknz. Algan, **A.g.e.,** s.159 vd.; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1320.
[437] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.268-269; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.250; Benzer görüş için Bknz. Özgenç, **Genel Hükümler**, s.309; Kangal, **A.g.e.,** s.184.

bilmesini aramış[438] olması nedeniyle, söz konusu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir[439]. *Koca-Üzülmez'e göre*, Türk hukukunda genel kabul gören görüş te bu yöndedir[440]. *Bazı yazarlara göre ise*, hukuka aykırılık kavramının suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak yer alıp almamasına göre ikili bir ayırım yapmak gereklidir. Bu ikili ayırım çerçevesinde, *ilk olarak,* eğer hukuka aykırılık kavramı suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birini nitelendirmekte ise, bu durumda hukuka aykırılık unsuruna ilişkin koşulların haksızlık tipinin parçası olduğu ve bir tipiklik unsuru olarak öne çıktığı değerlendirilmektedir[441]. Bu durumda ise faildeki suç işleme kastını ifade eden "bilme" ve "isteme" halinin işlenen fiilin hukuka aykırılığını da kapsamına alması gerekir ve bu tür suçlar ancak doğrudan kast ile işlenebilir[442]. *İkinci olarak,* hukuka aykırılık kavramının tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olması halinde ise, bu durumda hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili ve hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna yönelik gereksiz ve fazladan bir işaret etme hali mevcut olduğu, kanun koyucunun olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunabileceğine ilişkin hâkimi özellikle düşünmeye sevk etmek istediği belirtilmektedir[443].

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında, "*5237 sayılı kanunda bazı suç tanımlarında "hukuka aykırı olarak", "hukuka aykırı başka bir davranışla", "hukuka aykırı diğer davranışlarla", "hukuka aykırı yolla", "hukuka aykırı yollarla" gibi ifadelere yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.*" denilmek suretiyle, yukarıda belirtilen ilk görüş yönünde kabulde bulunulduğu görülmektedir[444].

---

[438] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.251-252; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.309.
[439] Özgenç, **A.g.e.,** s.309; İçel v.d., **A.g.e.,** s.109; B. Erman, **Yanılma**, s.61; Özbek v.d., **Genel Hükümler**, s.289; Hamide Zafer, **A.g.e.,** s. 280 vd.
[440] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269.
[441] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.275-276; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269; Kangal, **A.g.e.,** s.184-185; Algan, **A.g.e.,** s.157; Göktürk, **a.g.m.** s.427.
[442] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269; Algan, **A.g.e.,** s.157; Benzer görüş için *Bknz.* Göktürk, **A.g.m.,** s.427.
[443] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.275-276; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269; Benzer görüş için *Bknz.* Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.261-263; Göktürk, **A.g.m.,** s.427-428.
[444] Yrg. CGK, E.2013/14-511, K.2013/449, K.T:12/11/2013; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.309-310.

Kanaatimizce, hukuka aykırılık kavramı suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak yer aldığı hallerde hukuka aykırılık unsuruna ilişkin koşullar haksızlık tipinin parçası ve bir tipiklik unsuru olarak ortaya çıkmakta[445] iken, suçun kanuni tarifinde söz konusu hukuka aykırılık kavramı tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili yer verildiği hallerde ise, hakimi olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunabileceği düşüncesine sevk etmek maksadıyla yer verilmiş bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kanaatimiz nedeniyle yukarıda belirtilen görüşlerden ikili ayırım yapılmasına ilişkin ikinci görüşe iştirak etmekteyiz. Bu bağlamda, söz konusu ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun kanuni tarifinde yer alan "hukuka aykırı olarak" kavramına, suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak değil, tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olarak yer verilmiş olması itibariyle, söz konusu "hukuka aykırı olarak" kavramı tipikliğin maddi unsurlarından değildir[446].

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak, hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünün (görevin) yerine getirilmesi, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıkları altında aşağıda incelenecektir.

a. Kanun Hükmünün (Görevin) Yerine Getirilmesi

Ölüden organ veya dokunun alınmasına ilişkin koşullar ODNK'nın 11-14. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'da yer verilen bu koşullara uygun olarak ölüden organ veya doku alınması halinde yapılan işlem hukuka uygun olacağından, söz konusu ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu da oluşmayacaktır.

Söz konusu suç bakımından, ODNK'nın belirtilen hükümleri gereğince, öncelikle organ veya dokusu alınan kimsenin beyin ölümünün gerçekleşmiş olması

---

[445] "*Hukuka aykırılık ifadesinin tipikliğe mi ilişkin olduğu, yoksa hukuka aykırılık unsuru bağlamında mı ele alınması gerektiği meselesinde belirleyici kriter, bu ifadenin tüm hukuk düzeni karşısında bir değerlendirmeyi gerekli kılıp kılmadığıdır. Şayet tüm hukuk düzeni karşısında fiilin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekiyor ise, bu ifade hukuka aykırılık ile; buna karşılık, suç tipindeki belirli unsurlar bakımından kısmi bir değerlendirme yapılması ile yetiniliyor ise, tipiklik ile ilintilidir.*", Görkem, **A.g.m.,** s.428.

[446] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.292; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Benzer görüş için Bknz. Kangal, **A.g.e.,** s.184.

(md.11 ve ONHY'nin md.8, Ek.1), ölenin 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 yanında bulunan herhangi bir yakınının organ veya doku alınmasına muvafakat etmiş olması (md.14) gereklidir. Kanun'un 7. maddesi ile organ veya dokuyu alacak olan hekime bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü getirilmiştir.

ODNK ile getirilen yukarıda belirtilen koşullar itibariyle, organ veya doku alan hekim ile ilgili görevin yerine getirilmesi halinden söz edilebilmesi için, icra edilen ölüden organ veya doku alınması işleminin ODNK'da belirtilen şartlara uyularak gerçekleştirilmesi gerekecektir. Zira, organ veya doku alma işleminin hukuka uygun olup olmadığı hususunda tüm araştırma yapma ve bilgi verme yükümlülüğü organ veya dokuyu alacak hekime aittir[447].

Diğer yandan, yukarıda fail başlığı altında açıklandığı gibi, incelemeye konu suç yönünden kanuni tarifinde bir sınırlamaya yer verilmemiş olması nedeniyle suçun faili bir hekim ya da sağlık görevlisi olabileceği gibi, sağlık işleriyle ilgisi bulunmayan sıradan bir kişi de olabilir[448]. Örneğin, hekim olmamakla birlikte bireysel bilgi ve becerisi bulunan bir kimsenin, evvelce hekimlik yapmakla birlikte meslekten çıkartılmış olan bir kimsenin, ileri sınıflarda tıp fakültesi öğrencisi olan bir kimsenin ya da yabancı uyruklu organ ve doku alınması ve nakli konusunda uzman olmakla birlikte Türkiye'de hekim olarak çalışma izin ve yetkisi bulunmayan bir kimsenin ölüden organ veya doku alma işlemini yapmış olması halinde, sağlık mevzuatı ve tıbbi deontoloji kuralları gereğince zaten tıbbi müdahale işlemleri yapmaya yetkili olmaması nedeniyle, TCK'nin 24. maddesi kapsamında görevin

[447] Gürbüz, **A.g.e.,** s.130; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.184-185; Ergün Yılmaz, **A.g.m.,** s.207-208; Köksal, **A.g.e.,** s.77 ve 86-87.
[448] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hükümleri**, C:II, s.287; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Taneri, **A.g.e.,** s.484; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149; Algan, **A.g.e.,** s.88; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.103; Karşı görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280.

yerine getirilmesine ilişkin hukuka uygunluk nedeni korumasından yararlandırılması söz konusu olamaz.

Failin hekim olması halinde de, eğer ODNK'nda belirtilen koşullara uyulmaksızın ve hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması söz konusu ise, bu durumda yine TCK'nin 24. maddesi kapsamında görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni korumasından yararlanması söz konusu olamayacaktır.

b. Hakkın Kullanılması

Yukarıda açıklandığı üzere, temelde ODNK ve diğer sağlık mevzuatı ile belirlenen koşullara uyulması şartıyla, organ veya doku alınması konusunda hekimler yönünden mesleğin icrasına ilişkin bir hakkın ortaya çıktığı düşüncesi ön plandadır[449].

Bu itibarla, ODNK ve sağlık alanındaki mevzuat kapsamında ölüden organ veya doku alınması işlemi, bir hekim açısından mesleki bir hakkın kullanılması niteliğinde ve bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Ancak şu da var ki, hekimin bir ölüye ait cesetten hukuka uygun bir şekilde organ veya doku alması halinde fiil zaten atipik olacağından, bu hukuka uygunluk sebebinin pratikte uygulanması şansının da düşük olacağı tabiidir[450].

Diğer taraftan hukuki ve teknik yönüyle organ veya doku alınması ve nakli prosedüründe hekimin konumu, aynı zamanda özel düzenleme olan ODNK ve yine genel anlamda TŞSTİK'ten doğan mesleğin icrasına ilişkin bir "hakkını kullanan" kişi olarak ortaya çıkmaktadır[451].

Yukarıda açıklandığı gibi, ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullar ODNK'nın 11-14. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu koşullara uyarak ölü bir insanın

---

[449] Algan, **A.g.e.,** s.159; Benzer görüş için Bknz. Gökcen, **Düşünceler**, s.64; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.121; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.303 vd. Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.452; Benzer görüş için Bknz. Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.286.

[450] Selahattin Keyman, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", **AÜHFD**, 1980, C:37, S:1, s.97; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.452.

[451] Gökcen, Balcı, **Armağan,** s.137.

bedeninden bir organ veya dokusunu alan hekimin/ failin eylemi, yine görevin yerine getirilmesi hususunda da belirtildiği şekilde değerlendirilmelidir.

c. İlgilinin Rızası

Ölüden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçunun düzenlendiği TCK'nin 91. maddesinin (2) numaralı fırkasında geçen "hukuka aykırı olarak" ifadesi, zorunlu olarak TCK'nin genel hükümlerini ve bu çerçevede Kanun'un 26/2. maddesinde düzenlenen "ilgilinin rızası"nı da kapsayacaktır. Bu bağlamda öncelikle ODNK kapsamında ölüden organ veya doku alınması ve nakline yönelik hukuken geçerli rıza müessesesine müracaat edilmelidir.

Ölüden organ ve doku alınmasının hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından rızaya müracaat konusunda, Türk hukukunda da yansımaları olan mukayeseli hukuktaki temel modeller önceki bölümde açıklanmıştır. Bu modeller irade, itiraz ve zaruret modelleri olarak sayılmaktadır. Özetle tekrarlamak gerekirse, irade modelinde açık rıza aranmakta, itiraz modelinde açık rıza aranmamakta, hak sahibinin pasif tutumuna, sessiz kalmasına bir anlam yüklenerek rızanın (zımni rıza) var olduğu değerlendirilmekte, zaruret modelinde ise Kanun'da belirtilen koşullar gerçekleştiği takdirde hak sahiplerinin olumlu veya olumsuz iradelerine bakılmaksızın organ veya doku alınması yönünde işlem yapılmaktadır.

Türk hukukunda ana hatlarıyla belirginleşen bu modellerin farklı farklı konularda kabul edildiği ve dolayısıyla Türkiye'de uygulanan rıza modelinin *karma* nitelikte olduğu da yukarıda birinci bölümde ifade edilmiştir[452]. Bu çerçevede ana kural irade modeli ile uyumlu bir temaya sahip olup, öncelikle kişinin sağlığında organ veya doku alınması konusunda açıkladığı olumlu veya olumsuz bir vasiyet vb. irade açıklaması olup olmadığına bakılacaktır. Söz konusu irade açıklamasının geçerliliği, ODNK gereğince birtakım şekil koşullarına bağlanmıştır. Böyle bir irade açıklaması mevcut olması halinde bu iradeye göre hareket edilecektir. Böyle bir irade tespit edilemediği takdirde ODNK'nın 14/1. maddesindeki tamamlayıcı hüküm

[452] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.447 ve 448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.11; Yücel, **A.g.m.,** s.683.

devreye girecek ve ölüm esnasında ölüye refakat eden "eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden biri" veya "bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle" ölen kimsenin bedeninden organ veya doku alınması olanaklı bulunmaktadır[453].

ODNK'nın 14/2. maddesinin "*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*" şeklindeki hükmü itiraz modelinin tipik bir örneğidir. Bu noktada olumsuz bir vasiyet ibraz edilmediği takdirde, hiçbir şekilde rıza alınmaksızın ölünün bedeninden ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilmektedir. Zaruret modelinin diğer bir örneğini de ODNK'nın 14/4. fıkrasındaki düzenlemenin içeriğinde gözlemlemekteyiz. Bu hükme göre organ veya doku alınması hiçbir şekilde rıza veya vasiyet bulunmasına bağlı değildir.

Bu bağlamda, ölüden organ veya doku alınmasına yönelik rızanın hukuken geçerlilik koşulları aşağıda başlıklar halinde ele alınacaktır.

(1) Ölenin Rızası ve Açıklanması

ODNK'nın yukarıda belirtilen 14. maddesinin lafzından da anlaşıldığı üzere, ölenin rızasını sağlığında açıklamasının resmi vasiyetname, özel vasiyetname ve sözlü beyan olmak üzere üç şekli öngörülmüştür[454].

İlk olarak, kişi ölümü sonrasında organ veya doku alınmasına yönelik rızasını *resmi vasiyetname* ile açıklamış olabilir. Bu durumda TMK'nın 479-484. maddelerinde öngörülen resmi vasiyetname ile ilgili hükümler uygulanacaktır. Kişinin resmi vasiyetname yöntemiyle organlarını bağışlayabilmesi, işlemin belirtilen kurallara göre yapılmış olmasına bağlıdır. TMK'nın 532/II. maddesinde resmi memur olarak "sulh hâkimi", "noter" veya "yasada kendisine yetki verilmiş diğer bir görevli" sayıldığından, belirtilen bu kişiler haricinde herhangi bir şahsın ya

[453] Algan, **A.g.e.,** s.69; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.69; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.18-19; Köksal, **A.g.e.,** s.122.
[454] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.164; Benzer görüş için *Bknz*. Gürbüz, **A.g.e.,** s.182.

da kurumun resmi vasiyetname düzenleyemeyeceği açıktır[455]. Dolayısıyla pratikte sıkça rastlanan bazı kurumlarca düzenlenen "organ bağış belgeleri" resmi vasiyetname niteliği taşımayacaktır. Bu bakımdan örneğin "sürücü belgesi" işlemleri sırasında tanzim edilen belgeler veya sürücü belgesinde yer verilen organ bağışı bilgisi ya da bağış kartı gibi belgeler resmi vasiyetname olarak nitelendirilemez.

Kişinin ölümü sonrasında organ veya doku alınmasına ilişkin rızasını açıklamasının ikinci bir yolu ODNK'ya göre *özel vasiyetnamedir*. Bununla ifade edilmek istenen husus TMK'nın 538. maddesinde düzenlenen "el yazılı vasiyetname"dir. Böyle bir vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için başından sonuna kadar el yazısıyla yazılması, düzenlendiği gün, ay ve yıl bilgisinin eklenmesi ve miras bırakan (burada, organ veya doku bağışlayan) tarafından imza edilmesi gerekir[456]. Bu unsurlardan herhangi biri eksik olduğu takdirde el yazılı vasiyetname geçerli kabul edilemez. Ancak, bu geçersizlik TBK'nın 19-20. maddeleri kapsamında mutlak butlan yaptırımına tabi olmayıp, TMK'nın 499. maddesi anlamında iptal edilebilirlik durumu söz konusu olur. El yazılı vasiyetname gerekli şekil koşullarına sahip olmasa bile iptal edilinceye kadar geçerli bir vasiyetnamenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan, kişi el yazılı vasiyetname ile öldüğünde bazı organ ve dokularının alınması konusunda iradesini açıklamış ise, iptal edilmediği sürece bu vasiyet gereğince söz konusu organ ve dokuların alınmasına yasal bir engel yoktur[457]. Organ veya doku nakli gerçekleştikten sonra vasiyetnamenin iptali halinde, bu işlem

[455] Ş. Parlar, **A.g.e.,** s.212; "TMK m. 532/2'ye göre resmi memur olabilecek kimseler: Sulh hakimi, Noter ve Kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevlidir. Kanunla kendisine bu yetki verilen kimselere örnek olarak konsoloslar gösterilebilir. Yargıtay, noter yetkisine sahip yeminli başkatiplerin de resmi vasiyetname düzenleyebileceğini kabul etmektedir21. Burada sayılanlar dışında resmi vasiyetname düzenlemeye yetkili kimse yoktur (Ör. Yeminli olmayan başkatipler, muhtarlar resmi vasiyetname düzenleyemezler", Coşkun Çaldağ, "Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi İçin Özel Durumlar ve Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması", **Adalet Dergisi**, Y:2021/2, S:67, s.267-268, (Çevrimiçi), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2088237, Erişim Tarihi: 01 Mayıs 2023; Benzer görüş için Bknz. Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Resmi Vasiyetname", **TBB Dergisi,** 2017 S:133, s.377-378, (Çevrimiçi), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1705, Erişim Tarihi: 01 Mayıs 2023

[456] Gürbüz, **A.g.e.,** s.183.

[457] Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, **Türk Miras Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2021, s.230-232.

geriye yürümeyeceğinden, nakil işlemi hukuka uygun niteliğini korur ve organ veya doku alınması işlemi suç oluşturmaz[458].

Nihayet, kişinin ölümünden sonra organ veya dokularının alınması konusunda rıza beyan etmesinin sonuncu yöntemi "*sözlü beyan*" olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözlü vasiyetname ve koşulları TMK'nın 539-541. maddelerinde düzenlenmiş olup, sıkı şekil kurallarına bağlanmıştır. Ancak ODNK burada TMK'nın belirtilen maddelerinde yer verilen sıkı şekil koşullarını aramamış, ölen kimsenin sağlığında sadece bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olmasını yeterli görmüştür[459].

Bu bağlamda, sözlü beyanın bir yansıması olarak değerlendirilen organ ve doku bağış kartlarının hukuken geçerliliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. *Bir görüşe göre*, bağış kartları TMK'nın 538. maddesinde düzenlenen el yazılı vasiyetnamenin koşullarını taşımadığından geçerli kabul edilemez[460]. *Diğer yöndeki görüşe göre ise,* organ ve doku bağış kartlarının düzenlenmesinin yasal dayanağı ODNK'nın 14/1. maddesinde yer verilen "iki tanık huzurunda" şeklindeki ibare olup, bu nedenle organ ve doku bağışı kartları hukuken geçerlidir[461]. *Gürbüz'e göre,* ODNK'nın 14/1. maddesi ile iki tanık huzurunda rıza açıklamasına olanak tanınmış olması nedeniyle, TMK'nın 538. maddesi bakımından bir problem olmamakla birlikte, tanık olarak hazır bulunan ve bağışçıyı tanımayan kişilerin neye tanıklık ettiklerini ve bağışçının gerçek iradesini bilemeyebilecekleri, tanıklıklarının ise yalnızca bağış kartının düzenlenmesine ilişkin olması nedenleriyle, bağış kartının geçerliliği tartışmalıdır[462]. *M.Aydın'a göre ise*, bağış kartları ODNK'nda belirtilen şekil şartlarını taşımadığı için geçerli değildir, buna karşılık Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın 2/3. ve 3/3. maddeleri ile organ ve doku alınması yönünden bağış kartları geçerli kabul edilmektedir[463]. Yukarıda birinci bölümde Türk hukukunda kabul gören modeller başlığı altında

[458] Eren, Yücer Aktürk, **A.g.e.,** 204.
[459] Gürbüz, **A.g.e.,** s.185.
[460] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.140; Ş.Parlak, **A.g.m.,** s.212.
[461] Gözübüyük, **A.g.e.,** s.108; Gökhan Şahan, "Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza", **II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ankara, 2018, s.182.
[462] Gürbüz, **A.g.e.,** s.187.
[463] M.Aydın, **A.g.e.,** s.35-36.

belirtmiş olduğumuz gibi, kanaatimizce; eğer organ ve doku bağış kartları şekil şartlarını barındıracak biçimde ve usulüne uygun tanzim edilmiş ise, ölenin sağlığında açıkladığı rızasının tespit edilememesi halinde Kanun'da sayılan yakınlarının rızasının organ veya doku alınması için yeterli görüldüğü dikkate alındığında, bağış kartının ölenin sağlığında açıklamış olduğu rızasını göstermesi nedeniyle geçerli kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşımdır.

Diğer yandan, kanun koyucu organ veya doku alınması ile ilgili kişinin sağlığında rızasını açıklamasının ilk iki şeklini resmi ve el yazılı vasiyetname olarak öngördüğüne göre, sözlü rıza açıklamasını da esasen sözlü vasiyetname şeklinde düzenlemek istemiş olduğu, ancak kanun koyucunun bu iradesinin, kanun metnine yeterince açık bir dille yansıtılmadığı, bu hususun da önemli bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz. ODNK'nın 14/1. maddesi hükmünün mevcut şekli karşısında, ölenin sağlığındaki sözlü açıklamasına dayanılarak cesetten tamamen ya da kısmen yararlanabilmek için en azından tarafsız iki tanık önünde bu iradenin açıklanmış, tanıkların da bu iradeyi bir zapta geçirip imzalamış olmaları ve tanzim olunan tutanağın organ veya dokuyu alacak hekim tarafından onaylanmış olması koşullarının aranması daha doğru olacaktır.

(2) Ölenin Yakınlarının Rızası

ODNK'nın 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bir kimsenin sağlığında organ veya doku alınmasına yönelik olumlu veya olumsuz irade açıklamasında bulunmamış olması halinde, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakati ölüden organ veya doku alınabilmesi için yeterli görülmüştür[464]. Buradaki rızanın "ikame" nitelikte olduğu söylenebilir.

[464] "*Şikayetçinin kızı olan …'un rahatsızlanması üzerine 24.05.2006 tarihinde … Tıp Fakültesi Hastanesine götürüldüğü, 24.05.2006 tarihinde kalp yetmezliği sebebiyle vefat ettiği, hastane morguna getirilen cenazenin … Göz Bankası teknisyeni … tarafından sadece kornealarının alındığı, diğer teknisyenler …. ve …. tarafından korneaların değerlendirilmesi yapılıp kayıtları tutulduktan sonra Göz Hastalıkları Ameliyathanesinde kullanılmak üzere ameliyathaneye götürüldüğü, öğretim üyeleri … ile … tarafından 30.05.2005 tarihinde korneaların iki ayrı hastaya nakledildiği olayda, ölen hastanın gözlerinin değil sadece kornea tabakalarının alınmış bulunması, ilgilinin sağlığında*

Kanun'da ölüden organ veya doku alınması için rızalarına başvurulabilecek yakın kategorisi arasında ölüm anında yanında olan eş, reşit çocuklar, ana veya baba, kardeşler, bunların yokluğu halinde ölenin yanında bulunan herhangi bir yakını sıralı olarak belirtilmiştir. Kanun'da rızasına başvurulacak yakınlar arasında sıralama yapılmış olması nedeniyle, ölüm anında birden fazla yakının bulunması ve bunların rıza açıklamaları arasında çatışma bulunması halinde, Kanun'da belirlenen sıralama itibariyle önce olan yakının irade açıklaması esas alınacaktır. Başka bir ifadeyle, önceki sırada yer alan yakını mevcut olduğu takdirde sonrakilerin beyanlarının hukuki bir değeri bulunmamaktadır[465]. Mesela eşin rıza göstermesi durumunda çocuklardan birinin rıza göstermemesi organ ve doku alımını hukuka aykırı hale getirmeyecektir. Buna karşılık, eşin organ veya doku alınmasına razı olmaması durumunda çocuklarından birinin rıza göstermiş olması da yeterli olmayacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse burada Kanun'da belirtilen sıraya riayet edilmesi gerekmektedir. Kişinin eşi yanında yok iken reşit çocukları yanında ise bu durumda bu reşit çocuklarından birinin rıza göstermesi yeterli olacaktır. Yani burada çocuklarının tümünün rıza göstermesi gibi bir şart söz konusu değildir[466]. Bir başka

---

aksine bir vasiyet ya da beyanının olmaması ve kornea dokusunun yetkili kişilerce usulüne uygun biçimde alınmasının mevzuat karşısında suç teşkil etmediği belirtilerek şüpheliler hakkında men-i muhakeme kararı verilmiş ise de, cenazenin defnedilmesi aşamasında gözlerinin tamamen alındığının fark edilmesi üzerine 25.05.2005 tarihli dilekçe ile Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı'na müracaat edildiği, Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Fatih İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne yazdığı 25.05.2005 günlü ... talimat üzerine cesedin sol göz kapağının kaldırıldığında sol gözün tamamen boş olduğunun, sağ göz kapağının ise dikili olduğunun ... saptandığı, bu tutanakla ölünün gözünün alındığı tespit edilmiştir. Yukarıdaki kanun hükmü gereğince, gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabi olmadığı belirtilmesine rağmen, 25.05.2005 tarihli tespit tutanağına göre cesedin sol gözünün tamamen alındığı, sağ göz kapağının ise dikili olduğunun saptandığı, nöbetçi teknisyenin ise soruşturmacıya verdiği ifadede ölünün sadece her iki göz kornea dokularının alındığını, ne sağ ne de sol göz kapaklarına dikiş koymadığını beyan ettiği, bu ifade ile sağ göz kapağının dikili olduğu yolundaki polis tespit tutanağı arasında çelişki bulunduğu, ... hastalara uygulanan operasyonların niteliğinin ve kapsamının bu hastaların dosyalarındaki tüm tıbbi verilerin ve kanıtların takdirinin ceza yargısına ait bulunduğu, bu durumda yukarıda sözü edilen kanun hükmüne aykırı olarak ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin oluştuğu ... anlaşıldığından, ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan 03.11.2006 günlü ve 49 sayılı 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, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunun 15'inci maddesi gereğince yargılanmalarına ... oyçokluğuyla karar verildi.", Danıştay 1. Daire, E. 2006/1270, K. 2007/101, K.T:07.02.2007, (Çevrimiçi), http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/ 1d-2006-1270.htm, Erişim Tarihi: 14 Haziran 2017.

[465] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.164-165; Benzer görüş için *Bknz*. Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1322; Gürbüz, **A.g.e.,** s.191; Mermut, **A.g.m.,** s.1473; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.344.

[466] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Algan, **A.g.e.,** s.69; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.25; Koçak

ifadeyle kategoride ve sırada yer alan birden fazla kişi olması halinde bir tanesinin olumlu rıza beyanı yeterlidir.

Burada önemle vurgulanması gereken bir başka husus da "herhangi bir yakın" kavramıdır. Kanun'da *"yanında bulunan herhangi bir yakını*" şeklinde belirtilmiş, ancak bu yakının kim olabileceği hususunda bir sınırlama getirilmemiştir. Bu hususta doktrinde öncelikle Kanun'da yer verilen kavramın belirsizlik yarattığı eleştirisi getirilmekle birlikte, "yakın" kavramı içerisinde kimlerin bulunduğu hususunda iki farklı görüş öne çıkmıştır. *Bir görüşe göre*, yakın kavramına ölen ile aile hukuku bağlamında ilişkili olan kişiler dahil edilmeli, bu bağlamda Kanun'da belirtilen akrabalar dışında, gelinler, damatlar, yeğenler, kuzenler gibi aile bağı ile bağlı diğer kişiler yakın olarak kabul edilmeli, herhangi bir tanıdığın yakın kavramına dahil edilmesinin ise kapsamı çok genişleteceği dikkate alınmalıdır[467]. *Diğer bir görüşe göre ise*, yakın kavramı kapsamına, ölenle mirasçılık ilişkisi bulunan ya da ölenle arasında aile hukuku bağı bulunan kişilerin yanında, ölen ile duygusal bağı ve arkadaşlık ilişkisi olan kişiler de dahil edilmelidir[468]. ODNK'de yer alan bu yakın kavramı her ne kadar eleştiriye açık bir düzenleme olsa da kanaatimizce düzenlemenin bu şekilde olması açısından herhangi bir sakınca yoktur. Çünkü zaten güçlük çekilen organ ve doku temininde mutlaka belli derecede yakınlık koşulu aranacak olursa bu durumda zaten sınırlı olan zaman daha fazla daraltılmış olacak ve sağlıklı şekilde organ veya doku elde etme şansı iyice azalmış olacaktır[469]. Bu bağlamda, yakın kavramı ile ilgili yukarıda belirtilen görüşlerden, ölenle arasında aile hukuku ve mirasçılık bağı bulunan kişilerin dışında, ölen ile duygusal bağı ve arkadaşlık ilişkisi olan kişilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşe iştirak etmekteyiz. Sözü edilen bu yakının ölüm anında ölen kişinin yanında olması yeterlidir. Ayrıca hekim tarafından ölenin yanında bulunmayan akrabalarının araştırılmasına gerek yoktur. ODNK'nın 14/1. maddesinde

---

Süren, **A.g.m.,** s.185; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.121-122; Mermut, **A.g.m.,** s.1473.

[467] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.157; Gürbüz, **A.g.e.,** s.194; Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.345.

[468] Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.344-345; Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.157; Gürbüz, **A.g.e.,** s.195; Metin, **A.g.e.,** s.458.

[469] Soyaslan, **Değerlendirme**, s.131; Gökcen, **Düşünceler**, s.77; Atabek, **A.g.e.,** s.195; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.20; Köksal, **A.g.e.,** s.124.

belirtilen akrabalardan birinin ölüm sırasında ölenin yanında bulunması halinde ise, "yakın" kapsamında değerlendirilebilecek kişinin vereceği rıza geçerli olmayacaktır.

Yakınlarının rızası alınarak ölünün bedeninden organ veya doku alınmasının koşulu kişinin hayattayken aksi yönde verdiği bir beyanının olmamasıdır. Kişi hayattayken, öldükten sonra organ veya dokularının alınmasını istemediğini beyan etmiş ise, bu durumda ölenin yakınlarının rızalarına başvurulması mümkün değildir ve kişinin sağlığında aktif olarak ortaya koyduğu beyanı esas alınacaktır[470]. Söz konusu gereklilik ODNK'nın 14/3. maddesinde "*Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve dokusu alınamaz.*" hükmü ile açıkça ifade edilmiştir. Kanun'un bu hükmü gayet yerindedir. Ölümünde cesedinin kaderini tayin yetkisi kişinin en tabi hakkıdır. Cesedinden yararlanılmasını tamamen ya da kısmen yasaklamış olan bir kişinin, bu iradesinin çiğnenmesi kabul edilebilir bir tutum değildir. Böyle bir yasak, derecesi ne olursa olsun ölenin yakınları tarafından da aşılamaz[471].

(3) Rızanın Aranmadığı Haller

ODNK'da iki durumda ölünün veya yakınlarının izni aranmaksızın organ veya doku alınmasına olanak sağlanmıştır. Bunlardan ilki, 14/2. maddesi ile "kornea gibi ceset üzerinde değişiklik sonucu doğurmayan dokuların" alınmasına ilişkin ve ikincisi ise, 14/4. maddesi ile "*Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan kişi*" den organ ve doku alınmasına ilişkin olan haldir.

ODNK'nın 14/2. maddesi gereğince, ölen kişinin daha önce aksine bir vasiyeti veya beyanı olmadıkça, herhangi bir rıza ya da izine gerek olmaksızın kornea gibi ceset üzerinde değişiklik sonucu doğurmayan dokuların alınması mümkündür. Zira, bu kapsamdaki dokuların nakli vericinin vücut bütünlüğüne etki eden bir işlem değildir. Ölenin vücut bütünlüğünün etkilenmemesi sebebiyle de kişilik hakkı ihlali söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, ölen kimse sağlığında

[470] Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1321; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64; Benzer görüş için *bknz.* Gerçeker, **A.g.e.,** C:I., s.986.
[471] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.260-261; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1320-1321.

organ ve dokularının alınmasına rıza göstermediğini açıklamış olması halinde, artık ölen kimsenin bedeninden kornea gibi ceset üzerinde değişiklik sonucu doğurmayanlar da dahil olmak üzere herhangi bir organ veya dokusunun alınması olanaklı değildir[472].

ODNK'nın 14/4. maddesi hükmüne göre "*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 anlamda yukarıda birinci bölümde rıza iradesinin belirlenmesine ilişkin modellerden "zaruret modeli" ile ilgili yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

ODNK'nın 14/4. maddesi hükmüyle, "kaza veya doğal afet" neticesinde ölümün gerçekleştiği ve "vücudun ağır tahribata uğradığı" hallerde ölünün sağlığında ortaya koyduğu vasiyeti veya yakınlarının muvafakati olmadan da organ ve doku alınabilmesine olanak sağlanmaktadır. Bu durumda uyulması gereken koşullar ise, ölümün "kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet" sebebiyle gerçekleşmiş olması, ölenin yanında "eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden biri" veya "başka herhangi bir yakını" bulunmaması, tıbbi ölüm halinin alınması düşünülen organ veya dokulara bağlı olmadığının ODNK'nın 11. maddesinde belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmesi, potansiyel alıcının yaşamının organ ve doku nakline bağlı olması ve naklin acilen yapılmasında tıbbi zorunluluk bulunması şeklinde belirtilmiştir.

Bu koşullara sırasıyla değinmekte fayda görüyoruz. Öncelikle ölüm olayının mutlaka bir kaza veya doğal afet sonucunda vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle gerçeklemiş olması gerekmektedir. Bunun dışında gerçekleşen ölümlerde

[472] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.295; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1322; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.71; Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.261; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.621, Metin, **A.g.e.,** s.460.

bu hükmü uygulamak mümkün değildir. Deprem, yangın, su baskını, trafik kazası, iş kazası vb. doğal afet ve kaza halleri bu kapsamda değerlendirilebilir[473].

Kanun'da, ölen kişi sağlığında cesedinden organ ve doku alınması konusunda rızasını ortaya koymamışsa, bu rızanın verilip verilmediği konusunda yakınlarına başvurulması öngörülmüştür. Ancak, kanun koyucu tarafından yukarıda belirtilen koşullarda ve rızasına başvurulacak bir yakının bulunmaması durumunda hekim tarafından başka bir araştırma yapılmasına gerek olmaksızın kaza veya doğal afet sonucu ölen kişiden organ ve doku alınmasına müsaade edilmiştir[474]. Burada kastedilen ölen kişinin kimsesiz olması değil, o sırada Kanun'da belirtilen hısımları ya da yakınlarının bulunmamasıdır[475].

Kaza ya da doğal afet sonucu ölüm halinin, ODNK'nın 11. maddesinde belirtildiği üzere, belirtilen uzmanlıklarda olan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile saptanması ve karar verilmesi gerekir. Kanun'un belirtilen hükmü kapsamında tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir[476].

Ayrıca söz konusu tıbbi ölüm halinin, alınacak organ veya dokuya bağlı olmaması gerekmektedir. Bu husus ODNK'nın 11. maddesinde belirtilen hekimler kurulunun raporu ile belirlenmelidir. Örneğin, trafik kazasına bağlı olarak hayatını kaybeden bir kişinin karaciğerinin alınabilmesi için, ölüm olayının tıbben karaciğer temelli olmaması gerekir. Bu halde kişinin karaciğer yetmezliği neticesinde hayatını kaybettiği hekimler kurulu tarafından saptandığı takdirde, ölen kimsenin karaciğeri alınamayacaktır. Buna karşılık, kaza veya doğal afet sonucunda ölen kişinin ölüm

[473] Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1323; Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.261; Gürbüz, **A.g.e.,** s.201.
[474] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.262; Benzer görüş için *Bknz*. Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1323; Gürbüz, **A.g.e.,** s.202; Akıncı, **Cesetten Organ Nakilleri**, s.435.
[475] Gürbüz, **A.g.e.,** s.202; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1323; Mermut, **A.g.m.,** s.1475; Akıncı, **Cesetten Organ Nakilleri**, s.435.
[476] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.293; Algan, **A.g.e.,** s.59; Taneri, **A.g.e.,** s.488; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.17; M. Aydın, **Digesta**, s.226.

nedeni kafa travması, kan kaybı vs. nedenden kaynaklı olması halinde, ölenin karaciğeri alınabilecektir[477].

Son olarak, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için organ veya doku alınmasında zaruret bulunması da gerekmektedir[478]. Yani, yaşamı organ veya doku nakline bağlı olan ve hayati tehlike içinde olan bir potansiyel alıcının mevcut olması ve alıcı yönünden organ veya doku naklinde tıbbi zorunluluk bulunması gerekmektedir[479].

Yukarıda açıklanan bu koşullar "seçimlik" nitelikte olmayıp, tümünün birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Belirtilen bu koşullardan birinin gerçekleşmemesi halinde, ölüden rıza alınmaksızın yapılan organ veya doku alınması işlemi hukuka aykırı hale gelecektir[480].

Buna karşılık, ölen kimse hayatta bulunduğu sırada, ölümü sonrasında bedeninden organ veya doku alınmasını reddetmiş ise, bu durumda ölenin bedeninden organ veya (14/2. maddesi kapsamındakiler de dahil olmak üzere) dokularının alınması hukuken mümkün değildir[481].

(4) Kadavra Olarak Bağışlanan veya Kimsenin Sahip Çıkmadığı Cesetler

ODNK'nın 14. maddesinin (5) numaralı fırkası ile cesedin bilimsel amaçlar için kullanılması olanaklı hale getirilmiştir. Bu kapsamda, 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 adli kovuşturma ile ilgili

---

[477] Benzer görüş için *Bknz.* Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.262.
[478] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.21 ve 22; Gökcen, **Düşünceler**, s.79-80; Gür, **A.g.e.,** s.5; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.13 ve 27; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.185; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64-65; Yücel, **A.g.m.,** s.684; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.128.
[479] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.449; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1323; Gürbüz, **A.g.e.,** s.203; Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.262.
[480] Artuç, **A.g.e.,** s.499; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1323; Gürbüz, **A.g.e.,** 201; Mermut, **A.g.m.,** s.1475.
[481] Mermut, **A.g.m.,** s.1476; Gürbüz, **A.g.e.,** 204; Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.261. Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.295; Metin, **A.g.e.,** s.460; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1322; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.621; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.71.

olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilecektir.

Görüldüğü üzere cesede sahip çıkmayan "ölenin yakınlarına" ceset üzerinde söz hakkı verilmemiştir. Kanun'un söz konusu düzenlemesi ile, kimsenin sahip çıkmadığı cesetler yönünden herhangi bir rızaya gerek bulunmaksızın bilimsel araştırmalar için kullanılması olanaklı hale getirilmiştir[482]. Gerçekten de ölenin cesedine karşı ilgisiz kalan yakınlarına, sahip çıkmadıkları cesedin akıbetine ilişkin takdir hakkı verilmesi adil olmayacaktır.

Kanun'un sözü edilen hükmünün lafzı itibariyle yalnızca bilimsel amaçlarla cesedin kullanılmasına müsaade edildiği görülmektedir. Bu noktada anılan kategoride mütalaa edilen bir cesetten yaşayan başka bir kişiye nakledilmek üzere organ veya dokuların alınıp alınamayacağı ve cesedin münhasıran bilimsel maksatlarla kullanılması zorunluluğu olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu tür vakıalarda önce nakil amacının değerlendirilmesi, ardından bilimsel amaçların gözetilmesi gerektiği dillendirilmektedir[483]. Bu konudaki görüşümüz, Kanun'un belirtilen düzenlemesinin "bilimsel amaç" noktasında sağladığı hareket alanının, esasen her bir girişimde tıp biliminin gelişmesinde bir "kilometre taşı" özelliği barındıran organ ve doku naklini de olanaklı kıldığı yönündedir. Ancak, yine de uygulamacılar ve karar alıcıların muhtemel tereddütlerinin önlenmesi bakımından bahsi geçen soru işaretinin kanunla özel olarak düzenleme getirilerek giderilmesinde yarar vardır.

Ölen kişinin cesedine yakını olarak sahip çıkan kimselerin olması halinde kanunun lafzi yorumu cesedin bilimsel araştırmalara tabi tutulmasına engel teşkil etmektedir. Böyle bir durumda kişinin cesedine sahip çıkan kişilerin cesedin bilimsel araştırmalarda kullanılmasına rıza gösterebilmelerinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Buna karşılık, ölen kimse sağlığında vücudunun bilimsel araştırmalarda kullanmasına muvafakat etmediği yönünde irade açıklamış ise, ölenin

[482] Gürbüz, **A.g.e.,** s.206; Benzer görüş için *Bknz*. Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.263.
[483] M.Aydın, **A.g.e.,** s.37; Gürbüz, **A.g.e.,** s.206.

yakınları bu yasağa aykırı davranarak buna rıza gösteremezler, esas olan ölenin sağlığında açıklamış olduğu iradedir[484].

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da kişinin ölmeden önce aksine bir vasiyette bulunmamış olmasıdır. Kişinin sağlığında bedeninin bilimsel araştırmalarda kullanılmasını yasaklayan bir açıklama yapmış olması halinde, ölümü sonrasında cesedi yukarıdaki koşullar gerçekleşse bile bilimsel araştırmalar için dahi kullanılamaz. Yasanın burada sözünü ettiği "vasiyet" kavramını TMK'de belirtilen şekliyle düşünmemek gerekir. Burada "vasiyet" kavramı, kişinin sağlığında bu yönde belirtmiş olduğu herhangi bir beyanı ifade etmektedir. Zira bu halde asıl olan kişinin ölmeden önceki iradesidir[485].

Yukarıda sayılan koşulların varlığı halinde ceset en fazla altı ay süreyle korunabilecek ve sadece bilimsel araştırmalar için kullanılabilecektir. Bu süre içinde bu amaçla kullanma yetkisi "yüksek öğretim kurumlarına" verilmiştir[486].

D. Kusurluluk

Ölen bir kişinin bedeninden organ veya doku alınmasının hukuki koşulları ODNK'nın 11-14. maddeleri ile belirlenmiştir. Ölen bir insanın bedeninden organ ve doku alınmış olması halinde, failin kusurlu olup olmadığı ile ilgili yapılacak değerlendirmede belirtilen kriterler göz önüne alınacaktır.

Anayasal bir ilke olan "kusur ilkesi" gereğince, fail ancak kusurlu hareket ettiği durumda fiilinden sorumlu tutulabilir[487]. "Kusursuz ceza olmaz" ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerinden olup, faile ancak kusuru oranında ceza verilebilir[488].

TCK'de yer verilen kusurluluğu kaldıran veya azaltan (etkileyen) hallerden, inceleme konusu suç yönünden önem taşıdığını değerlendirmemiz nedeniyle,

[484] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.263.
[485] Ömer Bağcı, "TMK'nun Miras Hukuku Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına ve Vasiyetnamelerin Yorumuna İlişkin Düşünceler", **SDÜHFD**, 2015, C:5, S:2, s.43.
[486] Kılıçoğlu, **A.g.e.,** s.263.
[487] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.309; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.454 vd.
[488] Koca. Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.311 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.353.

zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, cebir ve tehditin etkisi ve kusurluluğu etkileyen hata hali başlıkları altında aşağıda irdelenecektir.

1. Zorunluluk Hali

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bakımından zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanması olanaklıdır. Nitekim, yukarıda yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu ile ilgili yapılan açıklamalar itibariyle, yaşayan kişinin organ veya dokularının alınması bakımından kabul edilen zorunluluk haline ilişkin mazeret nedeninin, zararlı yönü sadece ölünün yakınlarının kişilik haklarına yönelen ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bakımından öncelikle uygulama kabiliyeti olması gerekir[489].

Bu çerçevede, örneğin acilen organ veya doku nakli yapılmadığı takdirde yaşamını yitirmesi beklenen bir hastaya nakledilmek üzere ölmüş bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması halinde, yaşamına yönelmiş ağır ve muhakkak bir tehlike altında olan üçüncü kişinin korunması amacıyla hareket edildiği için, bu durumda failin içinde bulunduğu zorunluluk hali nedeniyle kusurlu kabul edilemeyecektir. Böyle bir durumda organ veya doku bekleyen yaşayan alıcının (hastanın) yaşam hakkı ile ölen kimsenin yakınlarının ceset üzerindeki kişilik hakları karşılaştırıldığında, alıcı hasta yönünden tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantı bulunduğu kabul edilebilir. Buna karşılık beklediği organ veya doku nakledilmese dahi yaşamını devam ettirebilecek olan bir kişiye, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınarak nakledilmesi halinde zorunluluk halinin "tehlikeden korunma" koşulu oluşmadığından, fail söz konusu zorunluluk haline ilişkin hükümlerden yararlanamaz.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da, bu tip durumlarla ilgili olarak TCK'nin 25/2. maddesi çerçevesinde zorunluluk hali hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı bakımından "hastanın durumunun hayati tehlike arz edip etmediği", "gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemleri

[489] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.21 ve 22; Gökcen, **Düşünceler**, s.79-80; Gür, **A.g.e.,** s.5; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.448; Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.13 ve 27; Koçak Süren, **A.g.m.,** s.185; Ömeroğlu, **A.g.e.,** s.64-65; Yücel, **A.g.m.,** s.684; Topcan, **A.g.m.,** s.12; Köksal, **A.g.e.,** s.128.

dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânı olup olmadığı" ve "organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı" kriterlerinin arandığı görülmektedir[490].

ODNK'nın 14/4. maddesi (Değişik: 21/1/1982 - 2594/1 md.) ile, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişi bakımından, belirtilen koşulların varlığı halinde yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku alınabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemenin zorunluluk haline delalet ettiği açık olmakla birlikte, özel olarak düzenlenmiş olması nedeniyle burada TCK'nin 25/2. maddesinin uygulama alanı bulması olanaklı değildir. ODNK'nın 14/4. maddesi ile getirilmiş olan rızadan muafiyet hali yukarıda ilgilinin rızası başlığı altında irdelenmiş olup, tekrardan kaçınmak maksadıyla burada atıf yapmakla yetinilmiştir.

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Yukarıda yaşayan kişiden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu ile ilgili hukuka aykırılık unsuru başlığı altında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, TCK'nin genel hükümlerinde "kanun hükmünün yerine getirilmesi", "meşru savunma", "hakkın icrası" ve "ilgilinin rızası" olmak üzere dört adet hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır.

Söz konusu suç ile ilgili olarak TCK'nin 91/2. maddesinde, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kimsenin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yukarıda manevi unsur başlığı ve "kast" alt başlığı altında açıkladığımız üzere, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen "hukuka aykırı olarak" ifadesi suçun belirli bir maddi unsurunu nitelemeyip, tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili olması nedeniyle kastın kapsamında yer almamaktadır[491]. Buna karşılık, söz konusu suç bakımından ölüden yapılan organ veya doku alınması işleminin ODNK'nın 11-14. maddelerinde belirtilen koşullara uyularak yapılması halinde ve özellikle hukuken

[490] Yrg. 12. CD, E.2014/2204, K.2015/3376, K.T.24/2/2015.
[491] Benzer görüş için Bknz. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Algan, **A.g.e.,** s.155-158.

geçerli rızanın varlığı halinde filin tipikliği ortadan kalkacaktır[492]. Zira yasaklanan ölüden organ veya dokunun alınması değil, bunun hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesidir. Bu bakımdan yapılacak değerlendirmelerde ise, ölüm halinin belirlenmesi ve hukuken geçerli rızanın varlığı ön plana çıkmaktadır.

Ölümle yaşam sona ermiş olacağından, ölünün bedeninden organ veya doku alınması esnasında, yukarıda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinden biri bakımından hukuka uygunluk nedenlerinde "sınırın aşılması" söz konusu olamayacaktır. Zira, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen unsurları itibariyle, öncelikle, hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunmaya ilişkin hükümlerin uygulanmasına elverişli değildir. ODNK ile organ veya dokuyu alan hekime araştırma ve bilgi verme yükümlülüğü getirilmiş (md.7) olması nedeniyle, Kanunun hükmünün yerine getirilmesi ve yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin de yasal koşullarının varlığından ve dolayısıyla bu hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasından söz edilemeyecektir. Yukarıda açıklandığı üzere, hekim olan failin mesleği itibariyle organ veya doku alınması işlemi bakımından hakkın kullanılması söz konusudur. Ancak, ölüden organ veya doku alınması bakımından yasal koşulların mevcut olup olmadığını araştırma yükümlülüğü altında bulunan hekim olan failin, mesleğinden kaynaklı olarak kullanmakta olduğu hakkını kendisine yüklenmiş olan işlemin hukuka uygun olup olmadığı hususundaki araştırma yükümlülüğü ile birlikte kullanması gerekmesi nedeniyle, bu hukuka uygunluk nedeni yönünden de sınırın aşılmasının olanaklı olmadığını değerlendirmekteyiz. Yine, yukarıda açıklandığı üzere, ilgilinin hukuken geçerli rızasının varlığı fiili tipik olmaktan çıkaracaktır. Bu anlamda, fiili tipik olmaktan çıkartacak olan rıza ya vardır ya da yoktur. Eğer hukuken geçerli rıza varsa, bu durumda failin eylemi tipik olmaktan çıkacak, ancak hukuken geçerli bir rızanın varlığı söz konusu değilse, bu durumda suç oluşacaktır.

Tüm bu nedenlerle, inceleme konusu suç yönünden hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinden söz edilemeyeceğini değerlendirmekteyiz.

[492] Bayraktar v.d., **Ceza Özel Hukuku**, C:II, s.303.

3. Cebir veya Tehdidin Etkisi

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun cebir veya tehdit altında işlenmesi halinde TCK'nin 28. maddesi gereğince kusurluluğu ortadan kalkan faile ceza verilmeyecek ve bunun yerine cebir veya tehdit uygulayan fail söz konusu suçun faili sayılacaktır. Bu itibarla, cebir veya tehdidin etkisine ilişkin inceleme konusu suç yönünden istisnai bir durum söz konusu değildir.

Tehdit ya da cebir sebebiyle zorlama halinden söz edebilmek için, cebir veya tehditle tecavüze maruz kalan hukuki değer ile bu cebir veya tehdidin etkisinde gerçekleştirilen haksızlığın ilişkin olduğu hukuki değer arasında yapılan karşılaştırmada "hukuki değerler arasında değerlendirmeye dayalı karşılaştırma ilkesi" gereğince ilk şıkkın tercih edilmesi gerekir[493].

Bu bağlamda, ölüden organ veya doku alınması suçunda meydana gelen zarar, yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçuna nazaran daha hafif nitelikte olduğundan, failin maruz kaldığı tehdidin yöneldiği değerin ağırlık eşiği de buna paralel olarak daha düşük olacaktır. Örneğin nakil yapması için tehdide maruz kalan doktorun, malvarlığına yönelik bir tehdit, yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçu bakımından "ağır" kabul edilmezken, ölüden organ veya doku alınması suçu bakımından "ağır" kabul edilebilir.

4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu ile ilgili olarak, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, TCK'nin 30/3. maddesi gereğince bu hatasından yararlanacaktır.

Kaçınılmaz hata, failin gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen hataya düşmüş olması halidir. Failin gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde hata kaçınılabilir nitelikte ise, TCK'nin 30/3-4 maddesi hükümleri kapsamında

[493] Adem Sözüer, "Tehdit Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2011, C:54, S:1-4, s.133.

kaçınılmaz hatadan söz edilemez. Kaçınılmaz hata kavramı kanunda iki şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda kaçınılmaz hata (TCK md. 30/3), ikincisi ise, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata (TCK md. 30/4) dır.

Bu anlamda ve yukarıda verilen örnek olaylar kapsamında fail hukuka uygun rıza bulunduğu kanaatiyle ve yine ölenin kıyafetleri içerisinden çıkan organ ve doku bağış kartına dayanarak ölen kimsenin bedeninden bir organ veya dokusunu aldığında, eğer hukuken geçerli rıza mevcut değilse ve bu bağlamda örneğin ölenin kıyafetleri içerisinden çıkan organ ve doku bağış kartı şekli ve unsurları itibariyle geçerli kabul edilemeyecek nitelikte ise, bu durumda failin yanılmasından söz edilebilir. Bu örnek olay kapsamında, olayın mahiyetine ve faili organ veya doku alınmasının hukuka uygun olduğu ve geçerli rıza bulunduğu kanaatine sevk eden olgunun ve yine örnek olayda ölenin kıyafetleri içerisinden çıkan organ ve doku bağış kartının niteliğine göre failin yanılması esaslı kabul edilmesi halinde kastını ortadan kaldırabilecek iken, failin yanılmasının kaçınılmaz hata niteliğinde olduğunun değerlendirilmesi halinde ise kusurluluğunu ortadan kaldıracak ya da azaltacaktır.

Söz konusu suç yönünden ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk haline ilişkin koşulların varlığı ile ilgili ve yine tehdit ve cebirin koşulları ile ilgili kaçınılmaz hataya düşen fail, bu hatasından yararlanacaktır.

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu bakımından fiil, ölen bir kimsenin bedeninden organ veya doku alınmasıyla gerçekleşmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, ayrıca işlenen fiilin hukuku aykırı da olması gereklidir. Söz konusu suçun kanuni tarifinde bir neticenin gerçekleşmesi zorunluluğuna yer verilmemiştir.

Söz konusu suç bakımından icra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin ayırt edilmesi önemli sonuçlar yaratmaktadır. Bu çerçevede ve yukarıda açıklandığı üzere, hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin ayrımına yönelik TCK'de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, TCK'nin 35. maddesinin gerekçesinde, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin objektif ölçütün kabul edildiğine vurgu yapılmış ve işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı belirtilmiştir. Kanun'un teşebbüse ilişkin düzenlemesinin hazırlık-icra hareketi ayırımında maddi objektif teoriyi benimsediği doktrinde kabul görmektedir[494]. Diğer yandan, suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinin prensip olarak cezalandırılabilir nitelikte olmadığı doktrinde ve yerleşik yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir[495]. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre teşebbüs kural olarak neticeli suçlar yönünden olanaklı olmakla birlikte, sırf hareket suçlarının icra hareketlerinin parçalara ayrılabilir olması halinde, bu suçlar yönünden de teşebbüs mümkündür[496].

Söz konusu suç ölüden hukuka aykırı olarak organ veya dokunun alınmasıyla gerçekleşmekte olup, yukarıda belirtildiği üzere, suçun kanuni tarifinde bir neticenin gerçekleşmesine yer verilmemiştir. Bu nedenle söz konusu suç sırf hareket suçudur. Failin doğrudan doğruya ve elverişli hareketlerle başladığı ölüden organ veya doku alma kapsamındaki icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması halinde, suçun teşebbüs halinde kaldığı kabul edilecektir[497]. Söz konusu suçun icra hareketleri organ veya doku almak veya bu fiil ile yakın bağlantı içerisinde olan ya da bu hareketlere zorunluluk bağı ile bağlı olan tüm hareketler olarak nitelendirilebilir[498]. Bu anlamda, örneğin, beyin ölümü gerçekleşen ve ancak hukuken

---

[494] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.565-566; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.827; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.426; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.455.

[495] Koca. Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.422; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.560; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.813-814; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.452, 459; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.453; Yrg.CGK, T: 22/05/2012, E.2011/6-340, K.2012/209; Yrg.CGK, T.: 11/02/2020, E.2017/8-349, K.2020/69 vd.

[496] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.843-844; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.434-435; Algan, **a.g.e,** s.124; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301.

[497] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.142; Taneri, **A.g.e.,** s.491; Algan**, A.g.e.,** s.165; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Ceza Özel Hukuku**, C:II, s.301.

[498] Algan**, A.g.e.,** s.166; Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.427; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.359.

geçerli rızası bulunmayan bir kimseye ait organ veya dokunun alınmasına yönelik ameliyat işlemlerine başladıktan sonra, organ veya dokular ölünün bedeninden henüz ayrılmadan faillerin yakalanması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır[499]. Nitekim, bu olayda fail tarafından suçun icra hareketlerinden olan ölen kişinin bedeninden organ veya doku almaya yönelik elverişli bir hareket olarak nitelenebilecek şekilde ameliyat işlemlerine başlanılmış olmakla birlikte, failin yakalanması üzerine elinde olmayan sebeplerle organ veya dokunun alınması fiili tamamlanamamıştır. Bunun gibi, hukuken geçerli rızası bulunmayan ölen bir kimsenin cesedinin organ veya dokusunun alınması maksadıyla ameliyathaneye alınarak organ veya doku alınmasına yönelik hazırlıkların yapılmış olması halinde de, icra edilen bu hareketler ile suça konu fiil arasında yakın bağlantı bulunması nedeniyle icra hareketlerine elverişli hareketlerle başlanmış olduğunu kabul etmek gerekeceğini değerlendirmekteyiz[500].

Söz konusu suç ile ilgili olarak, fail doğrudan doğruya icrasına başladığı ve teşebbüs aşamasına ulaşmış olan fiili ile ilgili icra hareketlerini kendi iradesiyle yarıda bırakır ve suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik tedbirler alırsa, bu durumda gönüllü vazgeçme hali söz konusudur. Bu durumda failin suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması söz konusu edilemez[501]. Örneğin, ölen bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınmasına yönelik olarak ölünün bedeni üzerinde yaralar oluşturan failin, daha sonra herhangi bir dış etki olmaksızın kendi iradesiyle alma fiiline devam etmekten vazgeçtiği takdirde, hal ve koşullara göre hakkında gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerekebilir. Böyle bir durumda, failin icra hareketlerinin yarıda kaldığı aşamaya kadar icra etmiş olduğu fiili nedeniyle ortaya çıkan neticeler yönünden kişinin hatırasına hakaret suçundan sorumlu tutulması söz konusu olabilir[502].

---

[499] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.453; Bayraktar v.d., **Ceza Özel Hukuku**, C:II, s.301.
[500] Benzer görüş için *Bknz.* Algan**, A.g.e.,** s.166; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.142.
[501] Bayraktar v.d., **Ceza Özel Hukuku**, C:II, s.301; Benzer görüş için *Bknz.* Enes Yılmaz, "Suçun Özel bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", **AÜHFD**, 2016, C:65, S:4, s.2559; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.367 vd.
[502] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.138.

2. Suça İştirak

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun tek bir fail tarafından işlenmesi olanaklı olduğu gibi, suçun birden fazla kimse tarafından ve fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurularak birlikte işlenmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda fiil üzerinde ortak hakimiyet kuran kişilerden her birinin "müşterek fail" olarak sorumlulukları ortaya çıkar.

Daha önce de değinildiği üzere, nakil maksatlı ölüden organ veya doku alınması işlemi karmaşık bir tıbbi müdahale niteliği taşıması nedeniyle, örneğin ölen kimsenin bedeninden organ veya doku alınması işleminin birden fazla hekimin kendi uzmanlık alanları ile ilgili olarak görev yapmaları suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulması söz konusudur ve bu işlemde yer alan hekimlerin müşterek fail sıfatıyla sorumlulukları gündeme gelecektir. Nitekim, bireysel olarak suç yolunda tezahür eden somut ve tipik hareketlerin farklılaşması, "müşterek failliğe" engel olmadığı gibi, bilakis birbirini tamamlayan fiiller müşterekliği güçlendirir[503]. Bu anlamda, başka bir örnek olayda, ölü bir insanın bedeninden hukuka aykırı olarak böbreklerinin ve kalbinin alınmasına ilişkin tıbbi operasyonda fiilen görev yapan hekim veya hekimler ile yardımcıları ve yine yapılan bu hukuka aykırı organ alınması ameliyatını bilen ve yapılmasına onay veren hastane başhekiminden her biri TCK'nin 37/1. maddesi gereğince müşterek fail olarak sorumlu olacaktır[504].

Söz konusu suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması olanaklıdır. Böyle bir durumda, hukuka aykırı olarak organ veya dokunun alınması işlemini fiilen gerçekleştiren kimseyi araç olarak kullanan kişinin TCK'nin 37/2. maddesi gereğince dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekecektir. Bu anlamda ve dolaylı faillik bakımından bu suç ile ilgili istisnai bir özellik söz konusu değildir.

Bu suçun işlenmesinde kişilerin şerikliğe ilişkin TCK'nin 38. maddesi gereğince "azmettiren" sıfatıyla veya 39. maddesi gereğince "yardım eden" sıfatıyla

[503] Hakeri, **Ceza Hukuku**, s.389; D. Aydın, **A.g.e.,** s.50- 51; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.154.
[504] Bayraktar v.d., **Ceza Özel Hukuku**, C:II, s.312.

suça iştirak etmeleri söz konusu olabilir. Örneğin, ileri derecede böbrek rahatsızlığı bulunan alıcı hastanın yakını olan failin, aynı hastane bünyesinde kalp rahatsızlığı nedeniyle tedavi görmekte iken beyin ölümü gerçekleştiğini öğrendiği bir kimsenin böbreklerinin hasta olan yakınına nakledilmesi amacıyla alınması hususunda aynı hastanede hekim olan faile yüklü miktarda para teklif etmesi ve bu suretle ikna olan fail hekimin hukuken geçerli rızası bulunmayan ölenin bedeninden böbreklerini almış olması durumunda, alıcı hastanın yakını olan kişi TCK'nin 38. maddesi gereğince azmettiren olarak suça iştirak etmiştir. Ancak failin belirtilen fiili aynı zamanda organ veya doku satın alma suçunu da oluşturabileceğinden, bu hususa içtima başlığı altında değinilecektir. Başka bir örnek olayda, ölüden hukuka aykırı olarak bir organ veya dokunun alınması maksadıyla hastanenin ameliyathanesini ve olanaklarını kullandıran özel hastane sahibi TCK'nin 39. maddesi gereğince yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir.

Bu itibarla, inceleme konusu suçun işlenmesinde kişilerin icra ettikleri fonksiyonları itibariyle faillik ve şerikliğin her şekli olanaklıdır[505].

Diğer yandan, daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde çok failli suç söz konusu olacağından, bu durumda ancak suça azmettirme veya yardım etme yoluyla iştirak edilebilir[506].

3. Suçların İçtimaı

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu, beyin ölümü gerçekleşmiş olan bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak bir organ veya dokusunun alınmasıyla gerçekleşmektedir. Bu bakımdan suçun kanuni tarifinde yer verilen fiilin niteliği itibariyle biri diğerinin unsurunu veya nitelikli halini oluşturan birden fazla fiil ve suç bulunmaması nedeniyle, bu suç yönünden TCK'nin 42. maddesi kapsamında bileşik suç hali söz konusu değildir.

---

[505] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.312; Taneri, **A.g.e.,** s.492; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.114; Algan, **A.g.e.,** s.167 vd.

[506] D. Aydın, **A.g.e.,** s.254-256; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.155; benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk**, s.743; karşıt görüş için *Bknz.* Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.892.

Söz konusu suç ile ilgili TCK'nin 43/1. maddesinde düzenlenmiş olan zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması yönünden bir özellik bulunmamaktadır. Bu bakımdan, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ölen aynı kimsenin bedeninden birden fazla kez organ veya doku alma fiili işlenmesi halinde, TCK'nin 43/1. maddesi gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması olanaklıdır[507]. Ölmüş olan farklı kimselere ait cesetlerden organ veya doku alınmış olması halinde ise, organ veya dokusu alınan ölünün mağdur sıfatını taşıyan yakınlarının farklı olması nedeniyle, "aynı kişi" koşulu gerçekleşmediğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır[508]. TCK'nin 43/2. maddesinde "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" da, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak, inceleme konusu suç bakımından organ veya doku alma ameliyatının mahiyeti ve komplike tıbbi müdahale niteliği, organ ve dokunun alınacağı ölenin bedeninin bir bütün olması ve her ölen kimsenin bedeninin birbirinden bağımsız varlığı itibariyle tek fiille birden fazla ölünün bedeninden organ veya doku alınmasının fiilen olanaksız olması nedeniyle, bu suç yönünden TCK'nin 43/2. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

Ölen bir kimsenin (aynı kimse) bedeninden aynı tıbbi müdahale işlemi ile birden fazla organ veya doku alınması halinde teknik olarak birden fazla "alma" işlemi yapılmakla birlikte, bu eylemler hukuken tek bir fiil niteliğindedir[509]. Zira, burada alma fiilinin işlenme biçimi itibariyle tıbbi müdahale nitelikli ameliyat işlemi, birbirine bağlı "alma" hareketleri arasında zaman ve mekân olarak sıkı bir bağlılık oluşturmakta ve aynı hedefe yönelmektedir. Böyle bir durumda tek bir ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçu gerçekleşmekte olup, bu nedenle fail söz konusu suç nedeniyle bir defa ve zincirleme suç hükümleri

[507] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.312; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.146; Halıcı, **A.g.e.,** s.75; Algan, **A.g.e.,** s.170.
[508] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.454; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.138; Algan, **A.g.e.,** s.170.
[509] Algan, **A.g.e.,** s.170.

uygulanmaksızın cezalandırılabilecektir[510]. Ancak pek tabi cezanın belirlenmesinde alınan organ ve doku sayısı dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşılması gerekebilir.

Dikkat çeken bir diğer husus ise, hukuka aykırı olarak alınanın organ veya doku olmasına göre, TCK'nin 91/1. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, inceleme konusu suç yönünden aynı ceza yaptırımı getirilmiştir. Bu itibarla, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçuna ilişkin içtima başlığı altında yer verilen açıklamalar bağlamında, inceleme konusu ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçunun kanuni tarifinde ölünün bedeninden alınanın organ veya doku olmasına göre faklı cezai yaptırım getirilmemiş olması nedeniyle, ölen bir kimsenin bedeninden hem organ ve hem de dokunun aynı anda alınmış olması halinde birden fazla suç bulunup bulunmadığına ve suçların içtimaına ilişkin tartışmalara yer olmadığına işaret etmek isteriz.

TCK'nin "Kişinin hatırasına hakaret" başlıklı 130/2. maddesinde, bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nin 91/2. maddesinde ve sözü edilen 130/2. maddesinde düzenlenen suçun kanuni tanımında yer verilen "ölü" kavramına farklı anlamlar yüklemek için bir neden bulunmadığı ve söz konusu ibarelerin aynı manada kullanıldığı anlaşılmaktadır[511]. TCK'nin sözü edilen iki maddesinde düzenlenen suçlarla ilgili failin güttüğü amaç bakımından farklılık öne çıkmaktadır. Bu bağlamda, TCK'nin 91/2. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesinde failin amacı ölüden hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun bir başkasına nakli iken, TCK'nin 130/2. maddesinde tanımlanan suç bakımından failde böyle bir amaç bulunmamaktadır[512]. Bu durumda, failin belirlenen suç kastına göre suçun vasfı belirlenmelidir. Ancak, failin suç kastının somutlaştırılamaması ve işlenen fiilin aynı zamanda TCK'nin 130/2. maddesindeki suç tanımına uyması halinde, TCK'nin 44. Maddesi kapsamında ortaya çıkan farklı neviden fikri içtima

[510] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.308; Algan, **A.g.e.,** s.170-171.
[511] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.189.
[512] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.189.

kuralı gereğince, failin, daha ağır ceza içeren TCK'nin 130/2. maddesi gereğince cezalandırılması gerekir[513].

F. Yaptırım

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun yaptırımı TCK'nin 91/2. maddesine göre, bir yıla kadar hapis cezasıdır. Kanun'da cezanın üst sınırı belirlenmekle yetinilmiş olup, bu itibarla ve TCK'nin 49/1. maddesi gereğince, belirlenmiş olan kısa süreli hapis cezasının alt sınırı bir aydan az olamayacaktır. Dolayısıyla, inceleme konusu suçun yaptırımı bir aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır[514].

Söz konusu suç bakımından, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak, ölenin bedeninden alınanın organ olması ya da doku olmasına göre faile verilecek cezanın miktarı ile ilgili farklılaşmaya gidilmemiş, her iki durumda aynı yaptırım öngörülmüştür.

Bu suça ilişkin olarak, yukarıda belirtilen yaptırımın asgari ve azami süresi itibariyle faile verilebilecek olan ceza, diğer koşullarının bulunması halinde TCK'nin 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilebileceği gibi, yine Kanun'da belirtilen diğer koşullarının mevcut olması halinde TCK'nin 51. maddesine göre ertelenebilecektir. Ayrıca, suçun Kanun'da öngörülen yaptırımı itibariyle fail hakkında verilecek cezanın hapis cezası olması ve yasada belirtilen diğer koşulların da mevcut olması halinde fail hakkında verilen hükmün 5271 Sayılı CMK'nin 231. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları kapsamında açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir.

Faile neticeten verilen cezanın hapis cezası olması halinde, ayrıca fail hakkında TCK'nin 53. maddesi gereğince belli haklardan yoksun bırakılmasına (f.1) karar verilmesi gerekecektir. Bir görevin (hekimlik v.b.) veya hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla fail hakkında hapis

[513] M.Aydın, **A.g.e.,** s.146; Algan, **A.g.e.,** s.171; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.189; Benzer görüş için *Bknz.* Taneri, **A.g.e.,** s.493.
[514] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.312; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.151; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.454; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.153.

cezasına hükmolunması halinde ise, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilmesi (f.5) gerekecektir[515].

TCK'nin 91. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre söz konusu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri TCK'nin 60. maddesi ile düzenlenmiş olup, bu maddenin (4) numaralı fıkrasında söz konusu madde hükümlerinin kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanacağı belirtilmiştir. Bu anlamda, yukarıda açılandığı üzere TCK'nin 91/7. maddesinde tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu itibarla, bu suçun örneğin tüzel kişilik sahibi bir hastanenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde özellikle hastanenin organ nakli izninin iptali söz konusu olabilecektir[516].

Söz konusu suç ile ilgili olarak müsadereye ilişkin TCK'nin 54. maddesinin uygulanması açısından bir özellik bulunmamaktadır. Bu kapsamda ölüden hukuka aykırı olarak alınmış olan organ veya doku TCK'nin 54/1. maddesi gereğince müsadere edilebilir. Ancak, organ veya dokunun yaşayan bir başka kişiye nakledilmiş veya aşılanmış olması halinde, alıcı kimsenin vücut bütünlüğüne zarar verecek bir müdahale niteliği taşıyacağından dolayı artık müsadere edilmesi söz konusu olamayacaktır[517].

G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlı suçlardan olmayıp, resen soruşturulur ve kovuşturulur[518].

---

[515] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3157; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3511.
[516] Kanıcı, **A.g.e.,** s.43; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.454; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.171.
[517] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.313; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.152-153.
[518] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.314; Algan, **A.g.e.,** s.171.

Failin kamu görevlisi olması ve TCK'nin 91/2. maddesi kapsamındaki fiilleri görevi sebebiyle işlemiş olması halinde, muhakemenin (soruşturma ve kovuşturmanın) 4483 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereği izin şartına bağlı olduğunun kabulü gerekir[519].

Bu suç bakımından yargılama görevi, 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10-12. maddelerine göre Asliye Ceza Mahkemesine aittir[520].

Bu suç bakımından olağan dava zamanaşımı süresi, TCK'nin 66. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi gereğince sekiz yıllık sürenin geçmesine bağlıdır. TCK'nin 67. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereği olağanüstü dava zamanaşımı süresi ise on iki yıldır.

[519] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.314; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.314; Algan, **A.g.e.,** s.172.
[520] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.271; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.314; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.153.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU TİCARETİNE İLİŞKİN SUÇLAR

I. ORGAN VEYA DOKU SATIN ALMA, SATMA, SATILMASINA ARACILIK ETME SUÇU

A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler

TCK'nin 91. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile, organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme fiilleri yaptırıma bağlanmıştır. Madde başlığının "organ veya doku ticareti" olması göz önüne alındığında, bu üçüncü fıkranın madde başlığıyla olan uyumu da ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu fıkrada tam olarak "organ ve doku ticareti" fiilinin suç olarak düzenlendiği görülmektedir.

Organ ve doku bağışının yaygın kabulünün sebebi, yaşam hakkının korunması üstün amacına hizmet edilmesidir. Asıl amaç yaşam hakkının korunması olmakla birlikte, uygulamada ortaya çıkan ticari boyut fiilin niteliğini değiştirmektedir. Bu bağlamda organ ve dokuların ticari satımlara konu edilmesine öncelikle karşı çıkılmaktadır[1]. Diğer taraftan organ veya doku naklinin bu yönü aslında bu tez kapsamında incelenen diğer suçların da çıkış noktasını oluşturmaktadır. Zira söz konusu fiillerin nitelikleri itibariyle tek bir suç olarak ortaya çıkması mümkün değildir. Bu yönüyle organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu öncesiyle ve sonrasıyla tez kapsamında incelenen diğer suçların da oluşmasına ortam ve zemin hazırlamaktadır.

Organ ve dokuların ticarete konu edilmesini önlemeye yönelik düşüncenin temelinde, bu durumun ekonomik açıdan avantajlı olanlar lehine bir adaletsizliğe yol açacağı ön kabulü yatmakta olup, adil bir dağıtımın var olduğu var sayılsa bile, yaşam hakkına konu bir faaliyetin ticarete konu edilmesi etik açıdan kabul edilemez. Buna karşın, kadavradan organ veya doku nakline izin veren aile veya yakınların fedakarlığının denkleştirilmesi gerektiği ve yine çift organların ticarete konu edilmesi

[1] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.128; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.96-97.

konusunda da ilgili kişinin kişilik hakkını ilgilendirmesi nedeniyle konuyu özgür irade bağlamında değerlendirmesi gerektiği düşüncesi de ileri sürülmektedir. Bu farklı yaklaşımlar bir yana, organ veya dokuların ticarete konu edilmesi Kanuna aykırı olmasına rağmen, maalesef gerçekte oldukça yaygın biçimde karşılaşılmaktadır[2].

Modern hukuk anlayışında insan hakkın konusu değil sahibidir. Bu sebeple insana ait organ ve dokuların herhangi bir menfaate konu edilerek ticaretinin yapılması, hukuka ve ahlaki anlayışa aykırı görüldüğü için birçok ülke tarafından yasaklanmış ve buna ilişkin fiiller için cezai yaptırımlar getirilmiştir[3].

Bu suç yönünden organ veya dokunun yaşayan kişiden ya da ölüden alınmış olmasının ve yine organ veya doku alınması işleminin hukuka uygun bir şekilde yapılıp yapılmamasının önemi yoktur[4]. Burada suç ile yasaklanan organ veya dokunun maddî menfaat karşılığında "satın alma", "satma" veya "satılmasına aracılık etme" fiilleri ile dolaşıma sürülmesidir.

B. Korunan Hukuki Değer

Organ ve doku naklinin ticari boyutu söz konusu olduğunda kişisel yarar kadar toplumsal yararın korunması da önem taşımaktadır. Devletin toplumu oluşturan bireylerin vücut bütünlüğünü koruma görevinin yanı sıra, bu tip fiillerin kamu sağlığını bozucu yönünü de kontrol altına alması ve engellemesi beklenir. Bu bağlamda ortaya çıkan yükümlülükler ise; insan onurunun korunması, ölünün hatırası ve yakınlarının haysiyetinin ihlalini önlemek[5] ve daha da önemlisi, kişilerin ekonomik çaresizliğinin sömürülmesinin engellenmesi yoluyla toplumsal barışın korunması olarak ortaya çıkmaktadır[6].

---

[2] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.96-97; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.285-286.
[3] Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 2. bs., C:III, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.3469; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.419
[4] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.185.
[5] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.284 v.d.
[6] Gökcen, Balcı**, Kasten Öldürme**, s.423.

Devletin bireyi koruma yükümlülüğü kapsamında ceza yaptırımı yönünden ise; organ ve doku ticaretine engel olunması, bireylerin yaşam ve sağlık durumlarının parasal çıkarlar mukabilinde riske atılmaması ve ticaretin yaygınlaşmasının önüne geçilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır[7]. Yukarıda organ ve doku alınmasına ilişkin suçlar başlığı altında daha ayrıntılı biçimde izah edildiği gibi, bu sayede devletin korumayı güvence altına aldığı haklara ilişkin taahhüdünü yerine getirmekte olduğu konusundaki inanç da korunmuş olmaktadır[8].

Yine yukarıda daha ayrıntılı biçimde izah edilen bir diğer görüş ise, korunan hukuki değeri farklı bir boyutuyla ele alarak, kavramsal çerçeveyi sağlık hakkı olarak belirlemekte ve çatı hukuksal değerin sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olarak nitelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre, her ne kadar suç tipleri sistematik olarak ayrı ayrı hukuki değerleri korumakta iseler de, esasen değişmeyen temel amaç bireylerin yaşamını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerinin sağlanmasıdır[9].

M.Aydın, organ ve doku ticareti suçu ile korunan hukuki değerleri, buraya kadar yaptığımız nitelemeler de dahil olmak üzere beş ana başlık altında formüle etmektedir.

Katıldığımız bu görüşe göre, söz konusu suç ile korunan hukuki değerler; "yaşam hakkı", "vücut bütünlüğü", "irade hürriyeti", "insan onurunun korunması" ve nihayet "ekonomik çaresizliğin sömürülmesinin engellenmesi" suretiyle hem bireyin hem de bireylerin oluşturduğu toplumsal yapıdaki barışın korunması şeklinde ortaya çıkmaktadır[10].

[7] Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.201 (Türk Ceza Kanunu).
[8] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s.258 vd.; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.114-115; Taneri, **A.g.e.,** s.483.
[9] Algan, **A.g.e.,** s.81-82; benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.103.
[10] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.128,129; benzer görüş için bknz. Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.285-286; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.103.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

TCK'nin 91/3. maddesinde organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunacağı belirtilmektedir.

Suçun kanuni tarifinde faile ilişkin "kişi" hakkında cezaya hükmolunacağı belirtilmekle yetinilmiş, fail ile ilgili başkaca herhangi bir özelliğe yer verilmemiştir[11]. Bu nedenle söz konusu suçun faili herkes olabilir. Bir başka ifadeyle "fail" bir hekim olabileceği gibi herhangi vasfı olmayan bir kişi de olabilir. Zira Yukarıda maddenin ilk iki fıkrasına ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere, kanun koyucunun maddenin lafzında herhangi bir şekilde zikretmediği vasıfların failde aranmamasının ve bu şekilde ceza normunun alanının kanun koyucunun iradesine aykırı olarak daraltılmamasının isabetli olduğu düşüncesini[12] tekrarda fayda görüyoruz. Bu çerçevede, bu suç yönünden özgü suçtan söz edilmesi de olanaklı değildir.

Söz konusu suçla ilgili olarak organ veya doku satın alan, satan veya satılmasına aracılık eden kişilerin fail olarak cezalandırılmaları gerekecektir. Kanun'un aynı maddesinin diğer fıkralarda düzenlenmiş olan suçlardan farklı olarak, burada "çok failli" bir suç söz konusudur. Nitekim, söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nin 91/3. madde ve fıkrasının gerekçesinde, söz konusu suçun "çok failli" bir suç olduğu açıkça belirtilmiştir. Suça ilişkin kanuni tarifinde yer verilen unsurlardan veya fiilin doğal niteliğinden kaynaklı olarak birden fazla kişi tarafından işlenen bu tip suçlar "çok failli suçlar" olarak nitelendirilmektedir. Bu suçlar yönünden tipikliğin gerçekleşmesi birden fazla failin bulunması ön şartına bağlı olup, bu tür

[11] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; benzer görüş için bknz. Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.983.
[12] Benzer görüş için *Bkz*. Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.287-288; Algan, **A.g.e.,** s.151.

suçların tek kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir[13]. Nitekim, organ veya doku satan bir kişinin yanında en azından söz konusu organ veya dokuyu satın alan bir kişinin de bulunması gerekir. Söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen unsurları bir sözleşmenin varlığını ve bu nedenle birden fazla failin katılımını gerektirmektedir. Bu nedenle, söz konusu suçun tek fail tarafından işlenmesi doğası gereği mümkün değildir[14]. Bu durumda bu kişilerin her birinin müşterek fail olarak fiilin meydana getirdiği suçtan sorumluluğu ortaya çıkar[15].

Çok failli suçların ortaya çıkış şekli birleşme ve karşılaşma şeklinde olabilmektedir. Faillerin aynı yönde birleşerek suç işlemeleri halinde birleşme söz konusu iken, aynı suçta değişik nedenlerle karşılaşmaları halinde "karşılaşma şeklinde çok failli suç" meydana gelmektedir[16]. Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçuna konu eylemlerin niteliği itibariyle birden çok failin (satın alan, satan veya satılmasına aracılık eden) karşılaşma şeklinde bulunmalarını gerektiren çok failli bir suç niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır[17]. Bu suçta fail kendi organ yada dokusunu satan kişi olduğunda "satış yasağının ihlali", organ yada doku sahibi haricindeki failler yönünden ise "ticaret yasağının ihlali" gündeme gelmektedir[18].

Organ veya doku satan fail, organ veya dokunun sahibi olan (kendi vücudundan alınan) kişi olabileceği gibi, organ veya dokuyu başkasından elde etmeye müteakip üçüncü bir kimseye satan haricen bir kişi de olabilir. Bu bağlamda organ veya dokunun sahibinin satan konumunda bulunması halinde, karşısındaki kişi satın alan kişi olacaktır. Ancak satın alan kişinin daha sonra satma fiilini de işlemesi, başka bir ifadeyle birden fazla satan konumunda olan kişinin mevcut olması halinde faillerin her birinin organ veya doku "satma" fiilinden sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

---

[13] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Hakeri, **Genel Hükümler,** s.364; benzer görüş için *Bknz.* Öztezel, **A.g.m.,** s.226.
[14] Algan, **A.g.e.,** s.175 vd.; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu,** s.129; Ö.Bayraktar**, A.g.m.,** s.1308; benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.184.
[15] Gökcen, Balcı, **Düşünceler.,** s.457; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.311.
[16] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.497; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.593-594; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.666.
[17] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.130; Algan, **A.g.e.,** s.176; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3152; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3499.
[18] Taşdelen, **A.g.e.,** 158.

Böyle bir durumda dış dünyaya almak ve satmak şeklinde iki farklı davranış yansımakta ise de, suçun "seçimlik hareketli suç" niteliğini haiz olması sebebiyle fail yalnızca bir kez cezalandırılmaktadır[19].

Özbek, Doğan, Bacaksız tarafından, "satan" kavramı ile kendi organ veya dokusunu satan kişinin kastedildiği, başkasına ait organ veya dokunun satıldığı durumlarda failin eyleminin "satılmasına aracılık etmek" kavramına uyacağı ileri sürülmektedir[20]. Karşıt görüşte olan tarafından ise, "satan" deyimi ile kastedilenin sadece kendi organ veya dokusunu satan kişi değil, diğer bir kişi de olabileceği, örneğin yaşayan bir kişiden böbreğini alan hekimin, söz konusu böbreği bir başkasına satması halinde, hekim olan failin satan kişi olarak kabul edileceği belirtilmektedir[21]. Söz konusu suç yönünden ticarete konu edilen organ veya dokunun hukuka uygun ya da hukuka aykırı yollarla temin edilmesinin bir önemi bulunmamaktadır[22]. Bu nedenle ve katıldığımız görüşe göre, "satan" kavramıyla kastedilen kendi organ ve dokusunu satan failin yanı sıra, başkasına ait organ veya dokuyu temin ettikten sonra bir başkasına satan kişiyi de kapsamaktadır. Bu itibarla yukarıda açıklanan ikinci görüşe gerekçeleriyle birlikte iştirak etmekteyiz.

Söz konusu suçun seçimlik hareketlerinden "satılmasına aracılık etmek" fiili ile ilgili olarak, satma ve satın alma fiillerinin gerçekleşmesinde yardımcı olan, gerekli işlemleri takip eden ve yapan, organ veya doku satacak veya satın alacak kişileri bulan, tanıştırma vb. fiillerle yardımcı olan kimse "satışa aracılık eden" kişi olarak kabul edilmektedir[23]. Bu itibarla söz konusu aracılık faaliyetleri özel hüküm bulunmayan hallerde TCK'nin genel hükümleri gereğince kural olarak "suça yardım etme" şeklinde iştirak kategorisinde değerlendirilmekle ve bu tür fiilleri işleyen fail "yardım eden" olarak adlandırılmakla birlikte, bu suç bakımından TCK'nin 91/4. maddesi ile getirilen özel düzenleme nedeniyle, suçun maddi unsuruna dahil edilmiş

[19] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.310; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.130; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.108.
[20] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.108.
[21] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.130; Metin, **A.g.e.,** s.462; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298; Taneri, **A.g.e.,** s.484.
[22] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** C:II, s.1562; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.298.
[23] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.987.

olan söz konusu bu tali nitelikteki fiilleri işleyenler de suçun faili olarak kabul edilmektedir[24].

Söz konusu suç dolaylı faillik yönünden bir özellik göstermemektedir. Bu itibarla, bir organ veya dokunun bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle satın alınmasını, satılmasını veya satışa aracılık edilmesini sağlayan kişinin, TCK'nin 37/2. maddesi gereğince fail olarak sorumluluğu ortaya çıkar.

Tüzel kişiler yönünden ise, yukarıda açıklandığı gibi, ceza hukukumuzun benimsediği sistem itibariyle tüzel kişilere fail sıfatı verilemez[25]. Bu nedenle söz konusu suç yönünden, örneğin bir hastane tarafından organ veya doku satın alınması şeklinde gerçekleşen bir olayda, söz konusu hastanenin tüzel kişiliğinin fail olarak kabul edilmesi olanaklı olmamakla birlikte, işlemin yapıldığı Hastanenin yöneticisi gerçek kişilerin olayda fiile yönelik katkı biçimleri itibariyle fail olarak sorumluluklarının ortaya çıkması söz konusu edilebilir.

b. Mağdur – Suçtan Zarar Gören

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçunun mağduru soyut anlamda toplumdaki bireylerdir. Zira suça konu yaptırıma bağlanan seçimlik fiiller ile organ ve dokunun alınıp satılabilen ticari meta haline getirilmesinin engellenmesi hedeflenmiştir. Bu nedenle suçun mağduru toplumdaki bireylerin tamamıdır[26].

Burada kendi organ veya dokularından birini bir çıkar karşılığında satan kişi suçun faili olması nedeniyle, bu suçun aynı zamanda mağduru olarak kabul edilemez[27]. Bir organ veya dokusunu satan kişi, organ veya dokusu alınması nedeniyle aynı zamanda mağdur duruma düşeceğinden, aynı suç işleme sürecinde fail ve mağdur sıfatlarının bir kişide birleşmesi sonucu da ortaya çıkmaktadır. Ancak,

[24] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.457; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.311-312.
[25] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.114; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.121; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.213.
[26] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.104; Algan, **A.g.e.,** s.178; Benzer görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110.
[27] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.108; benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289.

faillik ve mağdurluk sıfatları aynı kişide birleşemez, yani bir kişi aynı suçun hem faili ve hem de mağduru olamaz[28].

Söz konusu suçun işlenmesiyle kamu düzeni bozulan "devlet"in suçun mağduru olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu *görüşlerden ilkine göre*, suçun bireyleri ilgilendiren yönlerinin yanı sıra kamu düzenini de ilgilendirdiği düşüncesiyle devlet de mağdur olarak kabul edilmelidir[29]. *Karşıt görüşe göre ise*, söz konusu suç yönünden devletin suçtan zarar gören olabileceği, ancak suçun mağduru olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir[30]. Yukarıda ikinci bölümde yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçuna ilişkin bölümde açıklandığı üzere, yaşayan kişi dışında, aile, devlet, kişi toplulukları ve tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilirlerse de, suçun mağduru olamazlar[31]. Bu bağlamda ve kanaatimizce, devletin bir hakkın süjesi olamaması sebebiyle, söz konusu suçun işlenmesi sonucunda bozulan kamu düzeni nedeniyle suçtan zarar gören olarak kabul edilebilirse de, suçun mağduru olarak kabul edilemez. Bu bakımdan söz konusu suça dair tanımlamanın topluma karşı suçlar arasında "kamunun sağlığına karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmesi gerektiği de savunulmaktadır[32]. Kanaatimizce ise, ilgili suçun TCK'nin "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" kapsamında düzenlenmiş olmasının, suça konu fiilin öncelikli ve doğrudan zararının kişinin vücut bütünlüğüne yönelmiş olması sebebiyle isabetli olduğu yönündedir.

[28] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.202; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 118. Hakeri, **Genel Hükümler**, s.123.
[29] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1556.
[30] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.122-123; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.117; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.201-202; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.178.
[31] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 117.
[32] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110; Katoğlu, **A.g.m.,** s.664.

c. Suçun Konusu

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçunun maddi konusu tedavüle sokulan organ veya dokudur[33]. Organ veya doku niteliğinde olmayan biyolojik maddeler ise söz konusu suçun konusunu oluşturmaz.

Organ ve doku terimlerinin kapsamı yukarıda birinci bölümde ayrıntılı incelenmiş olup, burada tekrar edilmeyecektir. Ancak, kısaca değinecek olursak, ODNK'nın 2. maddesinde Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmiş, buna karşın insan organizmasını oluşturan parçaların hangi özelliğine göre "organ" veya "doku" şeklinde değerlendirileceği konusunda bir kriter veya tanımlama yapılmamıştır[34].

İnsan vücudundan ayrılan organ ve dokuların hukuki niteliğinin ne olduğu, eşya niteliğinde olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bu kapsamda doktrinde ileri sürülen *bir görüşe göre,* insan vücudundan ayrılan organ ve dokular eşya niteliğindedir ve dolayısıyla bunlar üzerinde ayni hak tesis edilebilir[35]. *Diğer bir görüşe göre ise*, ceset ve insan vücudundan ayrılan organ ve dokular eşya niteliğinde olmayıp, kendine özgü bir hukuki niteliğe sahiptir. Bu ikinci görüş bağlamında, ölen kişinin bazı kişilik haklarının ölümden sonraya etkili olacak şekilde devam ettiği ve bu nedenle eşya olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmüştür[36].

Bu görüşler bağlamında; *ilk olarak*, ODNK kapsamında bulunan organ ve dokular yönünden, eşyanın unsurlarından "ekonomik değer taşıma" unsuru söz konusu değildir. Zira, ODNK'nın 3. maddesindeki emredici hüküm gereğince, organ

---

[33] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.289; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110; Algan, **A.g.e.**, s.178; Artuç, **A.g.e.,** s.495; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.289; Meran, **A.g.e.,** s.223.

[34] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.23.

[35] Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1984, s.21; Benzer görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.116.

[36] Doğu, **A.g.m.,** s.1472 vd.; Benzer görüş için *Bknz.* Akipek, İkinci Kitap, s.16 vd.; Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.28,30-31; Gürbüz, **a.g.e.**; s.169; *Gürbüz* tarafından "kişilik bakiyesi" görüşü, ölümle kişiliğin sona erdiği ve eskide kalan bir görüş olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir; Gürbüz, **A.g.e.,** s.168; *Özbilen* tarafından insan kökenli tüm biyolojik maddelerin "kişi dışı varlık" olduğu belirtilmektedir; Özbilen, **A.g.e.,** s.43.

ve dokuların satıma konu edilmesi yasaktır. Organ ve dokular yalnızca ODNK'nın 1. maddesindeki amaçlarla ve yine Kanun'da belirtilen şartlar çerçevesinde alınabilir ve nakledilebilir. Bu nedenle, organ ve dokular üzerinde ayni hak tesis edilemez, aksi düşüncenin kabulü, bunlar üzerinde sınırsız tasarruf yetkisi olduğunun kabulü anlamına gelebilir ve bu sonuç yasanın konuluş amacı ve emredici hükümleri ile bağdaşmaz[37]. *İkinci olarak*, eşya hukuku çerçevesinde konu ele alındığında da, organ veya dokunun mal ya da eşya olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılacaktır. TMK'nın 683. maddesine göre mülkiyet hakkının konusu ilk paragrafta "şey" kelimesi ile ikinci paragrafta ise "mal" kelimesiyle tanımlanmış olup, bu bağlamda "şey" ibaresi dış âlemi meydana getiren, insan dışındaki her türlü maddî ve maddî olmayan varlıkları tanımlarken[38], "mal" ibaresi ise para ile ölçülebilen ve başkalarına devredilebilen şeyler olarak tanımlanmaktadır[39]. Nitekim, örneğin ayni haklardan mülkiyet hakkının, sahibine eşyadan tam bir yararlanma imkânı sağladığı, bir başka deyişle kullanma, tüketme ve semerelerinden yararlanma yönünden sahibine tam bir tasarruf hakkı sunduğu düşünüldüğünde, ODNK kapsamındaki organ ve dokunun eşya hukukuna konu mal kapsamında satılamayacağı veya benzeri tasarruflara konu edilemeyeceği hususu netlik kazanmaktadır. Bu nedenle de TBK'nın 27/1. maddesi uyarınca, ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olması hükmünün olağan sonucu olarak organ ve dokunun herhangi bir ivaz (bedel) karşılığı bir sözleşmeye konu edilmesi de olanaklı değildir[40]. Bu nedenlerle, insan vücudundan ayrılan organ ve dokuların hukuki nitelikleri itibariyle eşya olarak kabul edilemeyeceği yönündeki yukarıda belirtilen ikinci görüşe katılmaktayız.

[37] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.28-29.
[38] Jale G, Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)**, Birinci Kitap, 2. Bası, Ankara Zilyetlik ve Tapu Sicili, 1972 (Akipek, Birinci Kitap), s. 32; Betül Özlük, "Mülkiyet Ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C:27, S:1, 2019, s.143.
[39] Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki, **C: II**, s.382.
[40] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.28-29.

d. Fiil

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu TCK'nin 91. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile, "*Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, ... cezalara hükmolunur*" şeklinde düzenlenmiştir. Kanun'un aynı maddesinin gerekçesinde ise, "*Üçüncü fıkrada, organ ve doku ticareti, suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi açısında kişiden veya ölüden organ veya dokunun, hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur. Burada önemli olan, organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır. Bu bakımdan, söz konusu suç, çok failli bir suç niteliği taşımaktadır.*" denilmektedir.

Kanun'un belirtilen maddesi ve gerekçesinden anlaşıldığı üzere, söz konusu suç ile, "*organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması*", *yani* ticarete konu edilmesi yasaklanmıştır. ODNK'nın 3. maddesi ile, bir bedel veya başkaca herhangi bir çıkar karşılığında, organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmış olduğu gibi, aynı zamanda bu Kanun'un 15. maddesi ile de organ ve doku ticareti suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştı. 5237 Saylı TCK'nin 91/3. maddesiyle getirilen düzenleme sonrasında, organ veya doku ticareti suçu ile ilgili yürürlükte bulunan bu düzenlemelerden hangisinin uygulanacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmış olup, bu görüşler yukarıda birinci bölümde ayrıntılı olarak tartışılmış olduğundan burada tekrarlanmayacaktır. ODNK'nın 15. maddesi 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı kanunun 15. maddesi ile başlığı ile birlikte değiştirilerek, organ ve doku satan, satın alan, satılmasına aracılık eden kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nin 91. maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle, organ ve doku ticareti suçu yönünden 5237 Sayılı TCK'nin 91/3. maddesinde öngörülen yaptırıma atıf yapılmak suretiyle, yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin yaşanan tartışmalara son verilmiştir.

TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenmiş olan suçun kanuni tarifinde organ veya doku "satın almak", "satmak", "satılmasına aracılık etmek" olmak üzere üç seçimlik harekete yer verilmiştir. Bu itibarla söz konusu suç seçimlik hareketli bir

suçtur[41]. Bu çerçevede belirtilen seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç tamamlanmış olur[42].

Suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik fiiller mahiyetleri itibariyle ancak yapma suretiyle işlenebilir. Başka bir ifade ile, organ veya dokunun satın alınması, satılması veya satılmasına aracılık edilmesi şeklindeki yasaklanan seçimlik hareketlerden birinin yapılması suretiyle inceleme konusu suç gerçekleştirilebilir, ancak bu suç ihmali davranışla işlenemez. Bu itibarla, inceleme konusu suç icrai hareketli bir suçtur[43]. Diğer yandan, Kanun'da seçimlik hareketler belirtilmekle birlikte, bu seçimlik hareketlerin işlenme biçimi ile ilgili bir tanımlamaya ve sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle seçimlik hareketlerden satın alma, satma ya da satışa aracılık etme eylemlerinin ne şekilde gerçekleştirildiğinin önemi yoktur. Bu itibarla söz konusu suç serbest hareketli bir suçtur[44].

Suçun kanuni tanımı bağlamında, kendisine ait bir organ veya dokuyu satan kimse yönünden "satış yasağı", diğer kişiler yönünden "ticaret yasağı" söz konusudur[45]. Suça ilişkin kanunun madde gerekçesinde açık bir biçimde belirtildiği gibi, söz konu suç yönünden Söz konusu suç yönünden, organ veya dokunun alınması ya da temininin hukuka uygun biçimde ya da hukuka aykırı yollarla yapılmış olmasının fiilin suç tanımına uyması bakımından bir önemi yoktur, burada belirleyici olan husus para veya diğer bir menfaat karşılığında organ veya doku alım satımı yapılmasıdır[46], organ veya dokunun yaşayan kişiden ya da ölüden temin edilmesi de önemsizdir[47].

Diğer bir husus, organ veya doku ticaretinin inceleme konusu düzenleme ile yasaklanmış olmasının özel hukuka yansımasıdır. Bu bağlamda, yasağa aykırılık

---

[41] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.133; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.107-108.
[42] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272: Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.108.
[43] Algan, **A.g.e.,** s.179; benzer görüş için Bknz. Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, 225-226.
[44] Algan, **A.g.e.,** s.179; Suçun bağlı hareketli suç olduğu yönündeki görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110.
[45] Taşdelen, **A.g.e.,** 158; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.133.
[46] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.298; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3499; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1562.
[47] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1562; benzer görüş için bknz. Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.184.

taahhüt edilen bedelin ya da çıkarın temin edilmemesi halinde bunların dava yoluyla elde edilmesine engel teşkil ettiği gibi, bu yasağa rağmen bir bedel ödenmiş ya da çıkar temin edilmişse, bu kez yapılan ifanın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iadesi de talep edilemez. Nitekim, TBK'nın 27. maddesi ile, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu, 81. maddesi ile de, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeylerin geri istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu noktada, ODNK'nın 1. maddesi ile; organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklinin tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla bu Kanun hükümlerine tabi olarak yapılabileceğinin düzenlenmiş olduğu gibi, 3. maddesi ile de; bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılmasının yasaklandığına işaret etmek isteriz. Bu bağlamda, yasa koyucunun TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenen bu suç ve yasaklama ile, organ ve doku verilmesinin ancak insani amaçlara hizmet etmesini, ekonomik amaçlar için kullanılmamasını temin etmeyi amaçladığı, insan vücudunun ve organ ya da dokularının bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı tedavüle sokulması gibi etik dışı bir yolu kapatmayı amaçladığı anlaşılmaktadır[48].

İnceleme konusu suçun seçimlik hareketleri olan organ veya doku satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme fiillerinin suç bağlamında önemi göz önüne alınarak, aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

(1) Satmak

Satmak kavramı sözlükte "*bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek*" şeklinde tanımlanmaktadır[49]. İncelenen suç tipi yönünden ise "satmak", organ veya doku üzerindeki fiili hakimiyetin maddi bir çıkar karşılığında başka bir kişiye devri anlamına gelmektedir[50].

[48] Kılıçoğlu **A.g.e.,** s.257.
[49] Bkz. (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, 11 Ağustos 2021; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.295; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.140.
[50] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.987; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.140.

Satma fiilinin gerçekleşmiş olması bakımından, taraflar arasında satıma ilişkin sözleşmenin yapılmış olmasının yeterli olup olmadığı ve ayrıca satılan organ veya dokunun zilyetliğinin devrinin de gerekip gerekmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda ortaya çıkan *bir görüşe göre*; söz konusu suçun vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olması dikkate alındığında, "satma" fiilinin gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için iki tarafın organ veya doku satımı hususunda anlaşma sağlaması yeterli olmayıp, ayrıca "zilyetliğin", bir başka ifadeyle organ veya doku üzerindeki fiili tasarruf yetkisinin veya fiili hakimiyetin de devri gerekir[51]. Bu görüşe taraf olanlardan *Algan'a göre,* bu suç ile korunan hukuki değer ancak organ veya dokunun fiilen devri ile ihlal edilebilir[52]. *Karşıt görüşe göre ise,* organ veya dokunun alınıp satılması ifadesinden, taşınırların satılmasına ilişkin kurallar kastedildiğinden, organ veya dokunun satışına ilişkin anlaşmanın yapılması ile suç oluşur, bu bağlamda suçun tamamlanması için organ veya dokunun fiilen devri gerekmez[53].

Yargıtay içtihatlarında da, TCK'nin 91. maddesinin (3) numaralı fıkrasının gerekçesine atıfta bulunularak, organ ve doku ticareti suçunun teşekkülü bakımından belirleyici olanın organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olduğu, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığı ile organ veya dokunun üzerindeki fiili tasarruf yetkisinin veya naklinin bir öneminin bulunmadığı ifade edilmektedir[54]. Bu çerçevede, taraflar arasında organ veya doku satımı hususunda anlaşma sağlanması ile suçun tamamlanmış olmasına karşılık, fail hakkında tayin edilen ceza miktarında teşebbüse

[51] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.456; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.140; Algan, **A.g.e.,** s.180-181; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110.
[52] Algan, **A.g.e.,** s.181.
[53] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.296; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:II, s.3499; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.185; Benzer görüş için *Bknz.* Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1562; Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.192-193.
[54] Yrg. 12. CD, E.2013/17615, K.2014/14203, K.T:10/6/2014; Yrg. 12. CD, E.2013/26896, K.2014/18492, K.T:23/9/2014; Yrg. 12. CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018; Yrg. 12. CD, E. 2018/2623, K. 2019/8062, K.T:3/7/2019; Benzer görüş için Bknz. Ankara BAM 12.CD., E.2021/1062, K.2022/1865, K.T:27/06/2022; Adana BAM 1.CD., E.2019/4425, K.2021/1562, K.T:17/11/2021; Antalya BAM 11.CD., E.2023/125, K.2023/657, K.T:02/03/2023.

dair hükümler çerçevesinde indirim yapılması Yargıtay tarafından kanuna aykırı görülmektedir[55].

TBK'nın 207. maddesine göre; "s*atış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*" Bu noktada tartışılması gereken husus, söz konusu suç bakımından organ veya doku satılması seçimlik fiili ile ilgili "satma" kavramının kapsamının belirlenmesi için TBK'nın 207. maddesi hükmünün esas alınıp alınamayacağıdır.

Söz konusu suç TCK'nin sistematiği içerisinde yerinde olarak vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bunun gibi, organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakline ilişkin temel esaslar da ODNK ile belirlenmiştir. Organ ve dokuların bir bedel veya başkaca çıkar karşılığında alınması ve satılması ODNK'nın 3. maddesi ile yasaklanmış ve bu fiiller TCK'nin 91/3. maddesi ile yaptırıma bağlanmıştır. Suçun konusu bir bedel veya çıkar karşılığında tedavüle konulan organ veya dokudur. Yukarıda açıklandığı gibi, suçun konusunu oluşturan organ ve dokular eşyanın unsurlarından "ekonomik değer taşıma" niteliği bulunmadığı[56] gibi, eşya hukukuna konu mal kapsamında satılamaz ve benzeri tasarruflara konu edilemez, bu itibarla ve TBK'nın 27/1. maddesi karşısında herhangi bir ivaz (bedel) karşılığı bir sözleşmeye konu edilmesi de olanaklı değildir[57]. Bu bağlamda, konusu organ ve doku satımı olan bir sözleşmenin TBK'nın 27. maddesi gereğince batıl olduğundan, hukuki açıdan geçerli bir satım sözleşmesinin varlığından da söz edilemeyecek olmakla birlikte, gerçekleşen "satma" fiili inceleme konusu suç yönünden suçun maddi unsurunu oluşturmaya devam edecektir[58].

Bu çerçevede, suç ile korunan hukuki değer dikkate alındığında, kanun koyucunun söz konusu suç ile organ ve dokuların para veya sair bir maddi menfaat

[55] Yrg. 12. CD, E.2014/2281, K.2015/2805, K.T:17/2/2015; Yrg. 12. CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018; Yrg. 12. CD, E.2018/959, K.2021/797, K.T:27/01/2021; Benzer görüş için Bknz. Ankara BAM 12.CD., E.2021/1062, K.2022/1865, K.T:27/06/2022; İstanbul BAM 19.CD., E.2020/4465, K.2021/1276, K.T:19/04/2021.
[56] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.28-29.
[57] Sert, Cihan, **A.g.e.,** s.28-29.
[58] Benzer görüş için *Bknz.* Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.456.

karşılığında tedavüle tabi tutulmasını önlemeyi amaçladığı anlaşılmakta olması nedeniyle, suçun organ veya dokunun satışına ilişkin tarafların anlaşmasıyla tamamlanacağı, organ veya dokunun fiilen devrinin gerekmediği kanaatindeyiz. Nitekim, yukarıda açıklandığı gibi, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ve Bölge Adliye Mahkemesi (İstinaf) kararları da bu yöndedir. Bu bağlamda, Yargıtay bir kararında, böbreğini satmak üzere aralarında anlaşma yaptıktan sonra çeşitli nedenlerle naklin gerçekleşmemesi üzerine, bu kez böbreğini bir başka kişiye satmak üzere anlaşmaya varan failin birden fazla organ ticareti suçu işlemiş olduğuna hükmetmiştir[59]. Bu itibarla yukarıda açıkladığımız doktrinde ileri sürülen görüşlerden ikincisine iştirak etmekteyiz.

Söz konusu suçun oluşması bakımından, organ veya dokunun nakledilmesinden önceki bir zaman diliminde satan ve satın alan arasında anlaşma sağlanmış olmalıdır[60]. Organ veya doku alınması ve nakli aşamasında taraflar arasında karşılık olarak para veya sair bir maddi menfaat sağlanması hususunda bir anlaşma yapılmamış olmasına karşılık, nakil yapıldıktan sonra alıcı kişi tarafından duyduğu minnet borcu nedeniyle, hastane masraflarına istinaden, yaşayan vericinin iş ve gücünden kalmış olması nedeniyle ya da aracılık edenin ilgisi ve desteğine istinaden yaşayan vericiye ya da aracılık edene bir çıkar sağlanması halinde, organ veya dokunun para veya sair bir menfaat karşılığında tedavüle konulması durumu söz konusu olmaması nedeniyle bu suç oluşmaz. Bu bağlamda, organ veya dokunun herhangi bir bedel veya maddi çıkar sağlanmaksızın bir başkasına verilmesine razı olunması halinde, ortada bir satımın varlığından söz edilemeyeceğinden dolayı organ veya doku satma suçu oluşmaz[61]. Nitekim, bu durum Kanun'un gerekçesinin lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Burada rıza ve bedelsiz devir iki belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Rızanın geçerli olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan hak sahipliği, beyan etme yetkisi, fiilden önce verilmesi gerekliliği gibi hukuki

[59] Yrg 12. CD., E.2015/1531, K.2015/2378, K.T:10/02/2015.
[60] Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3499-3500; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.297; Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.**, s.108-109.
[61] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.297; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.**, s.108-109; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.456.

kriterler[62] yukarıda TCK'nin 91/1. maddesi kapsamında ayrıntılı olarak izah edildiği için burada tekrar edilmeyecektir. Diğer belirleyici kriter olan bedelsiz olma hususu ise, hem Kanun metninde hem de gerekçesinde çok net belirtilmiş olması nedeniyle, uygulamada da bu hususun dikkate alındığı açıkça gözlemlenmektedir.

Yukarıda fail başlığı altında açıklandığı üzere, *Özbek, Doğan, Bacaksız* tarafından, "satan" kavramı ile kendi organ veya dokusunu satan kişinin kastedildiği, başkasına ait organ veya dokunun satıldığı durumlarda failin eyleminin "satılmasına aracılık etmek" kavramına uyacağı ileri sürülmekte[63], *karşıt görüşte olan yazarlarca ise*, organ veya dokuyu satan kişinin, organ veya dokunun sahibi olması gerekmediği, "satan" deyimi ile kastedilenin sadece kendi organ veya dokusunu satan kişi değil, diğer bir kişi de olabileceği belirtilmekte[64] olup, kanaatimizce "satan" kavramıyla kendi organ ve dokusunu satan failin yanı sıra, başkasına ait organ veya dokuyu temin ettikten sonra bir başkasına satan kişi de kastedilmektedir. Bu itibarla, kendi organ veya dokusunu satan kişinin ya da başkasına ait organ veya dokuyu temin ettikten sonra bir başkasına satan kişinin fili de söz konusu suçun seçimlik hareketlerinden satmak fiilini oluşturacaktır. Örneğin hukuken geçerli rızası bulunmayan yaşayan bir kişinin böbreklerinden birini alan hekimin, daha sonra bu böbreği bir başkasına satması halinde, hekim olan failin satma eylemi söz konusu suçu oluşturacaktır[65].

(2) Satın Almak

Satın almak kavramı sözlükte "*Bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek, mübayaa etmek*" şeklinde tanımlanmaktadır[66]. Söz konusu TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenmiş olan suç bağlamında "satın almak" fiili ise,

[62] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.318.
[63] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.108.
[64] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.130; Metin, **A.g.e.,** s.462; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298; Taneri, **A.g.e.,** s.484.
[65] Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.130; Metin, **A.g.e.,** s.462.
[66] (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2021.

organ veya dokunun bir bedel veya maddi bir çıkar temin edilerek başkasından devralınmasıyla meydana gelmektedir[67].

Yukarıda satmak fiili ile ilgili başlık altında açıklandığı üzere, suç ile korunan hukuki değer, söz konusu düzenlemenin organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasının önlenmesini ilişkin amacı ve taşınırların satılmasıyla ilgili kurallar dikkate alınarak, kanaatimizce taraflar arasında organ veya dokunun alım satımı hususunda anlaşma yapılmasıyla, satma fiili yönünden olduğu gibi "satın alma" seçimlik fiili yönünden de suçun tamamlandığını kabul etmek gerekir. Bu itibarla, organ veya dokunun satılması hususunda taraflar arasında anlaşmanın yapılmasıyla söz konusu suçun seçimlik hareketlerinden olan "satın alma" fiili tamamlanmış olacaktır. Ayrıca satıma konu edilen organ veya dokunun zilyetliğinin, bir başka ifadeyle organ veya doku üzerindeki fiili tasarruf yetkisinin veya fiili hakimiyetin de satın alan tarafından devralınmış olması gerekli değildir[68].

Kabul etmek kavramı ise, sözlükte bedelsiz olarak verilen bir nesne bağlamındaki anlamına ilişkin olarak "bir armağanı almak" şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan Kanun'da açıkça ifade edildiği üzere belirleyici unsur bedel veya menfaat olduğundan, hukuken geçerli bir rızanın varlığı ön şartına bağlı olarak organ veya dokunun maddi bir çıkar sağlanmaksızın kabul edilmesi halinde "organ veya doku ticareti" suçu oluşmayacaktır[69].

Organ ve doku satın alınması suçunun oluşabilmesi için bu olaya konu taraflar arasında gerçek anlamda bir alım-satım ilişkisinin varlığı şarttır. Nitekim, Yargıtay tarafından hukuka uygun görülerek onanan bir yerel mahkeme kararına konu olayda, ilk derece mahkemesi böyle bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamayan bir böbrek nakli olayının failin rızası dahilinde ve maddi bir alım-satım ilişkisine konu

[67] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.987; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.141; Algan, **A.g.e.,** s.185.
[68] Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.295-296; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.185; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:II, s.3499-3500; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1562; Karşı görüş için Bknz. Algan, **A.g.e.,** s.185-186; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.457; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110; Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.**, s.108.
[69] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.457; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.297; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3499-3500.

olmaksızın kendisine böbrek nakledilen kişi ile aralarındaki sona ermiş nişanlılık ilişkisi bağlamında tamamıyla insani nedenlerle gerçekleştiği, nakil olayı sonrasında bu işlemin meydana getirdiği rahatlama ve failin maddi durumunun kötü olduğunu belirtmesi üzerine üçüncü şahıs olarak diğer fail tarafından böbreğini bağışlayan faile bir miktar para verildiği sonuç ve kanaatine varılarak beraat kararı verilmiştir[70].

(3) Satılmasına Aracılık Etmek

Satılmasına aracılık etmek kavramı sözlükte "*Bir işin çözümünde araya girerek yardım etmek, tavassut etmek*" şeklinde tanımlanmaktadır[71]. Söz konusu suç bağlamında satılmasına aracılık etmek ise, satma ve satın alma fiillerinin gerçekleşmesinde yardımcı olma, gerekli işlemleri takip etme ve yapma, satacak veya satın alacak kişiyi bulma, bu kişileri tanıştırma vb. fiillerle yardımcı olmaktır[72].

Ceza hukukumuzda özel hüküm bulunmayan hallerde, TCK'nin genel hükümleri gereğince kural olarak aracılık faaliyetleri iştirak hükümleri kapsamında "suça yardım etme" şeklinde değerlendirilmektedir. Ancak, inceleme konusu suç yönünden getirilen özel düzenleme ile söz konusu tali nitelikteki bu fiiller suçun seçimlik hareketi olarak maddi unsura dahil edilmiştir[73]. Bu nedenle, organ veya dokunun satılmasına aracılık etme fiili yönünden tali nitelikte ve yardım etme şeklinde şerikliğe ilişkin değil, suçun maddi unsuru kapsamında seçimlik hareketlerden biri söz konusudur.

Yukarıda açıklandığı üzere, organ veya dokunun satın alınması ve satılması hareketleri bakımından, suçun tamamlanması için organ veya dokunun satın alınması ve satılması hususunda taraflar arasında anlaşmanın yapılması yeterli olup, para ya da diğer menfaatlerin alınıp verilmesi ve yine organ veya dokunun fiilen devri

[70] Yrg. 12. CD., E.2012/32443, K.2014/337, K.T:14/1/2014; Taneri, **A.g.e.,** s.500-501.
[71] (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 16 Ağustos 2021.
[72] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.987; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.141; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.297; Algan, **A.g.e.,** s.186.
[73] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.457; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.311-312; "*Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bu hali (yardım etme) tamamlanmış suç olarak kabul etmiştir.*" (Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.141)

gerekli değildir[74]. Organ veya dokunun satılmasına aracılık etme fiilinin suça dönüşmesi için ise, satım sözleşmesinin yapılmasına da gerek bulunmamaktadır. Zira Kanun'da tarif edilen seçimlik fiil kapsamında aracılık niteliğindeki işlemlerin yapılması ile suç tamamlanmakta olup, aracılığın başarıya ulaşması ve bu anlamda satan ve satın alan taraflar arasında organ veya doku satın alınması ve satılması hususunda anlaşılmış olması koşulu öngörülmemiştir[75].

Diğer yandan *Mermut*, hekimler yönünden farklı bir bakış açısına işaret etmekte ve ODNK'nin 7. maddesi (7/1-e) uyarınca "bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek" yükümlülüğünü ihlal etmeleri durumunda hekimler açısından aracılık fiilinin oluşacağını savunmaktadır[76]. Kanaatimizce, bu durumun her ne kadar ikincil iştirakin bir türü olarak TCK'nin 37. maddesinde düzenlenen "yardım etme" başlığı altında mütalaa edilmesi gerektiği düşünülebilir ise de, kanun koyucunun konumuzu oluşturan fiillere ilişkin yaklaşımı gereği, buradaki fiilin aracılık niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi somut olayın özel koşulları çerçevesinde mümkün olabilir. Nitekim, fiilin belirtilen fıkradaki suç tanımına uyması için, "alma" fiilinin, "para karşılığında satmaya aracılık etme" mahiyetinde de olmaması gerekir[77].

e. Netice

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu, bir organ veya dokuyu "satın almak" veya "satmak" konusunda taraflar arasında anlaşmaya varılmasıyla ya da "satıma aracılık edilmesi" suretiyle gerçekleşir[78].

---

[74] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.185; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.296; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:II, s.3499.
[75] Meran, **A.g.e.,** s.226; Benzer görüş için Bknz. Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1562.
[76] Serdar Mermut, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C:2, S:1, s.1478.
[77] Artuç, **A.g.e.,** s.498; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3149; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3496.
[78] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.296; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:II, s.3499; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.185; Benzer görüş için *Bknz.* Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1562.

Söz konusu suçun tamamlanması için seçimlik fiillerin yapılması yeterli olup, para ya da diğer menfaatlerin sağlanıp sağlanmamasının ve yine organ veya dokunun fiilen devredilip devredilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Suçun kanuni tanımında bir neticenin ya da zararın gerçekleşmesi şartı aranmamış olması nedeniyle, söz konusu olan sırf hareket suçudur[79].

Söz konusu suçun kanuni tanımında suçun oluşması bakımından işlenen fiil nedeniyle bir zararın gerçekleşmiş olması koşuluna yer verilmemiştir. Örneğin, hukuken geçerli rızası bulunan yaşayan vericinin böbreklerinden birini alan hekim olan failin, bu böbreği alıcı üçüncü kişiye bir bedel veya çıkar karşılığı satması halinde suç oluşur, ayrıca bir zararın gerçekleşmesi gerekmez. Bu itibarla, burada söz konusu olan zarar suçu olmayıp, soyut tehlike suçudur[80].

f. Nitelikli Hal: Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi

TCK'nin 91/4. maddesi ile, aynı maddenin (1) ve (3) numaralı fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali daha fazla ceza gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir[81]. Bu çerçevede, TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenen organ veya doku satın alma, satma veya satılmasına aracılık etme suçunun seçimlik hareketlerinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde fail hakkında verilecek ceza TCK'nin 91/3. maddesi yerine 91/4. maddesine göre belirlenecektir[82].

Örgütün varlığı TCK'nin 220. maddesi hükmü esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Anılan TCK'nin 220. maddesinde örgüt kavramının açık ve net bir tanımı yapılmamış[83], ancak ilk fıkrasında, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması ve örgütün üye

[79] Algan, **A.g.e.,** s.179; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.301.
[80] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 272; Algan, **A.g.e.,** s.179; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.301.
[81] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1563; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.458; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.303; Taneri, **A.g.e.,** s.490; Algan, **A.g.e.,** s.206; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.106.
[82] "Sanıklar ... ve ... ... ile temyize gelmeyen sanık ...'in suça konu eylemlerinin suç islemek amacıyla kurulan örgütün faaliyeti çerçevesinde islenmesi sebebiyle TCK'nin 91/4. maddesi yerine, TCK'nin 91/1-3. maddesi uyarınca mahkumiyetlerine hükmedilmesi, …", Yrg. 12. CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018.
[83] Erkan Sarıtaş, **A.g.e.,** s.18.

sayısının "en az üç kişi" olması belirtilmekle yetinilmiştir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla örgütün varlığını belirlemeye yönelik bir kısım kriterler belirlenmiş olup, bu kriterler, üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arası soyut birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması, hiyerarşik ilişki nedeniyle örgütün mensupları üzerinde hakimiyet kuran bir güç kaynağı niteliğinde olması şeklinde sıralanabilir[84]. Bu anlamda, suç örgütünün yasada aranan nitelik ve vasıfları yukarıda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçu altında ayrıntılı biçimde irdelendiğinden ve belirtilen yerde yapılan açıklamalar burada da geçerli olduğundan, tekrardan kaçınmak maksadıyla daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

Suç örgütünden maksat ise, yapılanma biçimine bakılmaksızın, kanunlarda suç olarak tanımlanmış olan fiillerin işlenmesi amacıyla oluşturulmuş örgütlerdir[85]. Bu anlamda dikkat çekmek istediğimiz bir diğer husus, TCK'nin 91/4. maddesinde "suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde" denilmesi nedeniyle ve bu kapsamda örgütün niteliğinden, sırf söz konusu suçu işlemek üzere veya amacıyla kurulup kurulmadığından, yapısından ve büyüklüğünden söz edilmemiş olmasıdır. Bu çerçevede, örgütün belirtilen anlamda özel bir niteliğini aramaya gerek bulunmamaktadır. Önemli olan, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmasıdır. Fakat örgütün mutlak bir suç örgütü niteliğini haiz olması gerekir[86].

Organ ve doku ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, fail hakkında TCK'nin 91/4. maddesi hükmünün uygulanması, ilgili failin TCK'nin 220. maddesi gereğince "suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak" suçundan da "ayrıca" cezalandırılmasına engel teşkil etmez[87]. Nitekim TCK'nin 91. maddesinin (4) numaralı fırkasının gerekçesinde "*Dördüncü*

[84] Yrg. 10. CD, E.2010/841, K.2010/28759, K.T:22/10/2010; Yrg. 11. CD, E.2007/8458, K.2008/915, K.T:20.02.2008; Benzer görüş için Bknz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s.14 vd.
[85] İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, s.14; Sarıtaş, **A.g.e.,** s.24.
[86] Donay, **A.g.e.,** s.151.
[87] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.279; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.303; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III,** s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3503; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1563.

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." ifadelerine yer verilerek bu gerekliliğe dikkat çekilmiştir[88].

Kanaatimizce de Kanun'da anılan biçimde bir nitelikli hal düzenlenmek suretiyle daha ağır bir cezai yaptırım öngörülmesi isabetlidir. Zira suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi suç işlemeyi kolaylaştırmakta, mağdurların savunma ihtiyacını artırmakta ve söz konusu suç bağlamında organ ve doku ticaretinin yaygın olarak işlenmesinin önünü açmaktadır[89].

Yargıtay'ın bir kararına da konu olan somut bir olayda; kendisi de böbrek hastası olan birinci fail, ikinci failden böbreğini satın alarak nakil ameliyatı sonrasında başka böbrek hastalarını belirlemiş, hedef suça ilişkin faaliyetleri yürütmek üzere diğer sekiz suç failini de organizasyona dahil etmiş ve birlikte organ ticareti suçunu işlemeye başlamışlardır. Ayrıca diyaliz merkezinde görevli bir başka fail vasıtasıyla da böbrek hastası olan kişileri belirlemiş ve söz konusu merkezde nakil beklemekte olan hastalar ile temasa geçerek maddi çıkar karşılığında uygun böbrek bulmayı teklif ve taahhüt etmiştir. Birinci fail, diğer faillere talimatlar vererek ve onlarla koordineli olarak irtibat halinde olduğu hastalarla kan uyumu olan böbrek satıcılarını belirleyip, seyahat, konaklama, hastane, noterlik işlemleri ve gerektiğinde sahte belge düzenlenmesine ilişkin masrafların karşılanmasını sağlamıştır. Söz konusu faaliyetler belirli bir disiplin dahilinde birinci failin verdiği talimatlar ile diğer failler tarafından gerçekleştirilmiş ve işlenen suçlardan sağlanan gelir yine birinci failin belirlediği düzende failler arasında paylaşılmıştır. Yargıtay'a göre bu olayda, diğer faillerin birinci fail önderliğinde bir dizi suç işlemek maksadıyla düşünce ve eylemsel birliktelik içerisinde bir araya geldikleri, belirli bir iş bölümü ve hiyerarşi çerçevesinde, gizlilik kuralları da koyup uygulamak suretiyle örgütsel bir yapı tesis ettikleri ve bu yapılanmayı yakalandıkları zamana dek devam ettirdikleri,

[88] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.789.
[89] Arslan, Azizağaoğlu, **A.g.e.,** s.783; Gökcen, Balcı, **Düşünceler**, s.118.

bu çerçevede birinci failin "suç işlemek için örgüt kurma" ve diğer faillerin ise "örgüte üye olma" suçlarını işledikleri kabul edilmiştir[90].

Böyle bir olayda örgüt yöneticisi olan birinci failin, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen tüm organ ticareti suçlarından TCK'nin 91/4. maddesi ve 220/5. maddesi gereğince cezai sorumluluğu ortaya çıkar. Yönetici statüsünde olmayan örgüt üyesi faillerin ise, TCK'nin 91/4. maddesi gereğince suçun nitelikli hali çerçevesinde suçun basit haline nazara daha ağır bir şekilde cezalandırılmaları ve ayrıca aynı Kanun'un 220/4. maddesi gereğince "örgüte üye olmak" suçu nedeniyle de cezalandırılmaları olasıdır[91].

Bu noktada "suç örgütü yönetmek" veya "örgüte üye olmak" suçlarının, TCK'nin 91. maddesinin (4) numaralı fıkrasında tanımlanan "nitelikli organ veya doku ticareti" suçunun unsuru olduğu, bu çerçevede TCK'nin 42. maddesinde düzenlenen "bileşik suç" niteliği bağlamında ayrıca ceza verilmesinin Kanun'a aykırı olabileceği düşüncesi akla gelebilir. Ancak belirtilen 91/4. maddesi hükmüne bakıldığında nitelikli suç tanımına eklenen husus bir fiil değil, olgudur. Bir başka ifadeyle 91/4. maddesindeki "bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde" ifadesi ile atıf yapılan TCK'nin 220. maddesinde tanımlanan "örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma" fiilleri değil, organ veya doku ticareti fiilinin 220. maddede tanımlanan bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, faillerin suç işlerken örgüt organizasyonundan güç ve destek almaları olgusudur. TCK'nin 220. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki "örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağına" dair ifade de bu düşüncemizi doğrulamakta olup, kanun koyucunun TCK'nin bütüncül yapısı çerçevesinde 91/4. maddesindeki ifadeleri bilinçli ve dikkatli bir şekilde seçtiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bu husus TCK'nin 91/4. maddesinin gerekçesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir[92].

[90] Yrg. 12. CD., E.2015/1531, K.2015/2378, K.T.10/2/2015.
[91] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III,** s.3154; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3505; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1563; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.206; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.107.
[92] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.789.

2. Manevi Unsurlar

a. Kast

Organ veya doku satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme suçu, organ veya doku satın alan ve satan failler arasında satış konusunda anlaşmaya varılması ile, satılmasına aracılık etme fiili ise, satın alan ile satan arasında aracılık faaliyeti niteliğinde iş ve işlemlerin yapılması ile tamamlanmaktadır.

Söz konusu suç kasten işlenebilen bir suçtur[93]. Bu itibarla failin suçun kanuni tarifinde yer verilen unsurlarını bilmesi ve istemesi gerekir. Suçun kanuni tanımında failin saikine yer verilmediğinden, söz konusu suçun gerçekleşmesi bakımından failin saiki bir önem taşımaz ve suçun gerçekleşmesini etkilemez[94]. Bu çerçevede, fıkrada yer alan seçimlik hareketler yönünden konu ele alındığında, satma fiiline ilişkin olarak bir bedel veyahut başka bir menfaat karşılığında satım yapıldığının, satın alma fiiline ilişkin olarak bir bedel veya başka bir menfaat karşılığında alım yapıldığının bilinmesi, aracılık fiili yönünden ise organ veya dokunun ticari anlamda alım satıma konu edildiğinin ve fail açısından kendisinin de bu ilişkinin bir tarafı haline geldiğinin hem bilinmesi hem de istenmesi gerekmektedir. Belirtilen bu hususlarda faillerin bilmeme hali, suç kastının varlığına tesir edecektir[95].

Organ veya doku satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, doktrinde ileri sürülen *bir görüşe göre*, söz konusu suç olası kastla işlenebilir. Bu görüşte olan, *Bayraktar et al.* tarafından bir gerekçe gösterilmeden suçun olası kastla işlenebileceği görüşü ileri sürülmekte[96] iken, benzer görüşte olan *Algan* tarafından organ veya doku bağışı için tarafları bir araya getiren kişinin operasyon sonrasında kendisine veya yaşayan vericiye belli bir menfaat

---

[93] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.458; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.302; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.111; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Taneri, **A.g.e.,** s.490; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.110.

[94] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.302; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.110.

[95] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.302; Algan, **A.g.e.,** s.186.

[96] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.302.

sağlanabileceğini öngörmesi halinde suçun olası kast ile işlenebileceği görüşü ileri sürülmektedir[97]. *Karşıt görüşe göre ise*, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla işlenemez[98]. Yukarıda belirtilen organ veya doku satın alma, satma veya satılmasına aracılık etme suçunun olası kastla işlenebileceği yönündeki görüşle ilgili verilen örnek olayda, aracılık faaliyeti niteliğinde bir eylemde bulunan kişinin iç dünyasında yaratmış olduğu bir menfaat sağlanacağı beklentisinin dış dünyada bir etki yaratmayacağı açıktır. Kaldı ki, yukarıda fiil başlığı altında açıklandığı üzere, organ veya dokunun satılmasına aracılık etme suçunun tamamlanması bakımından aracılık faaliyeti kapsamında satan ve satın alan failler arasında organ veya dokunun satışına ilişkin bir anlaşmanın sağlanması, yani aracılık faaliyetinin başarılı bir sonuç yaratması da gerekmemektedir. Yine yukarıda açıklandığı üzere, organ veya doku satın alma ve satma fiilleri yönünden tarafların alım satım hususunda aralarında anlaşmaya varmaları ile suç tamamlanmaktadır. Bu itibarla, organ veya doku satan veya satın alan tarafından satım sözleşmesine ilişkin tüm unsurların bilinerek fiilin işlenmesi, satılmasına aracılık eden yönünden ise, fiilini satım sözleşmesinin yapılamasına yönelik işlemesi nedeniyle söz konusu suç kanaatimizce ancak doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla ise işlenemez.

Diğer yandan, söz konusu suçun kasten işlenebilen suçlardan olması ve suçun kanuni tarifinde taksirle işlenebileceği yönünde özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, bu suçun taksirle de işlenebilmesi olanaklı değildir[99].

b. Kastı Kaldıran Hata Hali

Organ veya doku satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme suçu bakımından, organ veya doku satın alan, satan veya aracılık eden fail suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, satın alan failin eyleminin maddi unsuru organ ve dokuyu bedel karşılığında satın almakla ilgilidir. Eğer fail organ veya dokuyu bedel karşılığında aldığını bilmiyorsa, örneğin

[97] Algan, **A.g.e.,** s.186.
[98] Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:III, s.3501; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1564.
[99] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.302; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.111; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.458; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.989; Algan, **A.g.e.,** s.187.

ödediği paranın kendisine nakledilen organ veya dokunun bedeli olarak değil de, ameliyatı yapacak doktorun ücreti olarak ödediği bilinciyle hareket etmekteyse, bu durumda failin hatası kastını ortadan kaldırır.

Failin hatasının hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarına ilişkin olması halinde de kastının varlığından söz edilemez. Söz konusu suç yönünden organ veya dokunun bir bedel veya menfaat karşılığında tedavüle konulmasının, yani organ veya dokunun ticarete konu edilmesinin önlenmesi amaçlanmış olup, aşağıda hukuka aykırılık unsuru başlığı altında açıklandığı üzere, bu suç yönünden herhangi bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu değildir. Bu nedenle failin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hatasından söz edilemez.

Suçun nitelikli hallerindeki hata durumunda, ister suçun daha ağır ceza verilmesini gerektiren haller söz konusu olsun, ister daha hafif ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller söz konusu olsun, fail bu hatasından yararlanır. Bu suça ilişkin olarak yukarıda açıklandığı üzere, TCK'nin 91/4. maddesi ile suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiş, daha az cezayı gerektiren nitelikli unsura ilişkin ise bir düzenleme yapılmamıştır. Bu bağlamda, failin suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği hususunda hataya düşmesi halinde, bu hatasının nitelikli unsura ilişkin kastını ortadan kaldıracağı açıktır. Örneğin ileri derecede böbrek rahatsızlığı yaşayan ve tedavi görmekte olan satın alan failin, bir şekilde kendisiyle iletişim kuran ve fakat suç örgütü üyesi olduğunu bilmediği kişinin aracılık etmesiyle satan failden böbreğini satın almış olması durumunda, satın alan failin suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğine dair bilgisinin bulunmaması nedeniyle TCK'nin 30/2. maddesi gereğince hatasından yararlanacaktır. Bu örnek olayda suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin suçun nitelikli unsurunda hataya düşen satın alan failin TCK'nin 91/4. maddesi kapsamında değil, 91/3. maddesi gereğince sorumluluğu gündeme gelecektir.

TCK'nin 30/1. maddesinin ikinci cümlesinde kastı kaldıran hatanın varlığı halinde taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu belirtilmiştir. Yukarıda kast başlığı altında açıklandığı gibi, inceleme konusu suç kastla işlenebilen suçlardan olup,

taksirle işlenebilmesi olanaklı değildir[100]. Bu nedenle, kastı kaldıran hatanın varlığı halinde failin taksirli sorumluluğundan da söz edilemez.

Söz konusu suç neticeli suçlardan olmadığından[101], nedensellik bağının varlığından ve dolayısıyla nedensellik bağında hatadan da söz edilemez.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Organ veya doku satın alma, satma veya satışına aracılık etme suç olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu suç kapsamında belirtilen seçimlik fiiller kural olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir[102].

Yaşayan kişiden ya da ölüden organ veya doku alınması ve naklinin hukuksal çerçevesi temelde ODNK ile belirlenmiş olup, söz konusu bu Kanun'un 3. maddesi ile "bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması" kesin olarak yasaklanmıştır. Kanun'un 1. maddesine göre ise, organ ve doku alımı "tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla" yapılabilir. Organ ve doku nakli yapılması "*üstün bir amacın*" mevcut olmasına bağlıdır. Üstün amaç ise, en basit ifadeyle insan yaşamının kurtarılmasıdır[103]. Organ veya doku satın alınması, satılması ve satılmasına aracılık edilmesinde ön planda olanın "menfaatler" olması, yani üstün amacın göz ardı edilmesi nedeniyle yasaklandığı ve yaptırıma bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, organ ve dokunun bir bedel veya çıkar (hediye verme, arsa bağışlama, bir iş ya da görev verme gibi) karşılığında satın alınması, satılması ve satılmasına aracılık edilmesi TCK'nin 91/3. maddesinde suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır[104].

Hukuka uygunluk sebeplerinden "ilgilinin rızası" bakımından konu değerlendirildiğinde, söz konusu suç bakımından organ veya dokunun bir bedel veya menfaat karşılığında tedavüle konulması kesin olarak yasaklanmış olup, madde

[100] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134 Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.458; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.302; Algan, **A.g.e.,** s.187.
[101] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.301.
[102] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.458; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:III, s.3501.
[103] Akıncı, **Biyolojik Madde**, s.164.
[104] Kılıçoğlu **A.g.e.,** s.257; Benzer görüş için *Bkz.* Algan, **A.g.e.,** s.108.

gerekçesinde açıkça belirtildiği ve doktrinde kabul edildiği gibi organ veya dokunun hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak alınmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Burada Kanun'da rızaya bir önem atfedilmediği dikkate alındığında, organ veya dokusunu satan failin mevcut rızasının da, "satma" fiili bakımından eylemi hukuka uygun hale getirmesi söz konusu değildir[105]. Bir başka ifade ile, organ veya doku ODNK ile belirlenen şartlara uygun olarak ve dolayısıyla hukuka uygun olarak alınmış olsa ve vericinin hukuken geçerli rızası mevcut olsa dahi, organ veya dokunun bir bedel veya menfaat ilişkisi karşılığında ticarete konu edilmesi halinde failin eylemi hukuka aykırı olmaya devam edecektir.

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan ve TCK'nin 25. maddesinde (f.1) düzenlenen "meşru savunma" hükümlerinin, suçun kanuni tarifindeki seçimli fiillerin herhangi bir saldırıya karşı işlenmesi mümkün olmayan organ ve dokunun ticarete konu edilmesi ile ilgili olması nedeniyle, söz konusu suç açısından uygulanması olanaklı görünmemektedir[106].

Diğer yandan, TCK'nin 26. maddesinde (f.1) düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile ilişkili olarak, söz konusu suçun mahiyeti itibariyle koşulları bulunmadığından uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim ODNK'nın 3. maddesi ile organ veya dokunun ticarete konu edilmesi kesin bir biçimde yasaklandığı gibi, aynı Kanun'un 7. maddesinin (e) fıkrası ile de, organ ve doku alacak hekimlere "bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek" yükümlülüğü yüklenmiştir. Dolayısıyla, hekimlerin ticarete konu edilen organ veya dokuyu almayı reddetme yükümlülükleri bulunduğundan, ticaret olgusu bulunması halinde organ veya doku alacak hekimler bakımından, alıcının sağlık ve hayatını kurtarmaya yönelik de olsa, kullanabilecekleri bir hakkın varlığından söz edilemez.

[105] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.111; Algan, **A.g.e.,** s.187-188; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.108; Benzer görüş için *Bkz.* Ekici Şahin, **A.g.e.,** s.335.
[106] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.139; Algan, **A.g.e.,** s.187.

Bu itibarla, organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu ile ilgili olarak, fiili hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmamaktadır[107].

D. Kusurluluk

Organ veya doku satın alma, satma veya satışına aracılık etme suçu bakımından failin cezai sorumluluğu ancak kusurlu olması halinde ortaya çıkar. Nitekim, ceza hukukumuzda kusur ilkesi geçerli olup, fail ancak kusurlu hareket ettiği durumlarda ve kusuru oranında fiilinden sorumlu tutulabilir. Kusur ise, failin hukuka uygun davranma olanağı bulunduğu halde, hukuka karşı gelmesi, haksızlığı seçmesidir[108]. Kusur kavramı fail ile ilişkili olup[109], fail söz konusu edildiği andan itibaren ortaya çıkar, bu haliyle haksızlık kavramından farklıdır.

Söz konusu suç ile ilişkili olarak, ceza hukukumuzda yer verilen kusurluluğu kaldıran veya azaltan (etkileyen) hallerden bir kısmı özellik arz etmemektedir. Ancak, söz konusu suç bakımından değer ifade ettiğini değerlendirmemiz nedeniyle kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk hali, cebir ve tehdidin etkisi ve kusurluluğu etkileyen hata hali başlıklar halinde aşağıda ele alınacaktır.

1. Zorunluluk Hali

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu bakımından, kusurluluğu kaldıran veya etkileyen mazeret nedeni olarak zorunluluk hali TCK'nin 25/2. maddesinde genel hüküm olarak düzenlenmiş iken, TCK'nin 92. maddesi ile kendi organ veya dokusunu satan kişi yönünden zorunluluk hali özel olarak düzenlenmiştir.

---

[107] Gökcen, **Balcı, Kasten Öldürme**, s.458; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.108; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303.

[108] Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.309; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.313; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.353.

[109] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.385; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.650; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.354.

Ceza hukukumuzda hukuki niteliği bakımından zorunluluk halinin, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[110].

Kendi organ ve dokusunu satan fail yönünden TCK'nin 25/2. maddesi ile getirilmiş olan zorunluluk haline ilişkin hüküm uygulanabilir olmasına karşılık, özel bir zorunluluk hali olarak TCK'nin 92. maddesi ile ayrıca düzenleme yapılmış olmasının nedeninin, kanun koyucunun bu durumda TCK'nin 25/2. maddesinde düzenlenmiş olan zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak istemesi olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[111].

Bu bağlamda, TCK'nin 25/2. maddesinde genel hüküm olarak düzenlenmiş olan zorunluluk hali ve TCK'nin 92. maddesinde organ ve dokusunu satan fail yönünden getirilen özel zorunluluk hali aşağıda ele alınacaktır.

a. Genel zorunluluk hali (TCK md.25/2)

TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, kendisine veya üçüncü bir kişiye ait bir hakka yönelik, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Söz konusu bu düzenleme genel hüküm olması nedeniyle ve TCK'nin 5. maddesi gereğince, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulur[112].

TCK'nin 25/2. maddesinde düzenlenen bu "zorunluluk hali", -meşru savunma hükümlerinin aksine- inceleme konusu organ veya doku satın alma fiili bakımından uygulanabilir niteliktedir. Öğretide de, hayati tehlikeye karşı sosyal ve ekonomik

[110] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.348; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.489 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.379; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.190; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.139; *Öztürk, Erdem*'e göre ise hukuka uygunluk sebebidir. Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.282 vd.

[111] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.190; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.380; Ç.Aydın, **A.g.e.,** s.150; Algan, **A.g.e.,** s.189.

[112] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.381.

nedenlere üstünlük tanınmış olduğu eleştirileri getirilmekle birlikte, organ veya doku satın alan kimse yönünden koşullarının bulunması halinde TCK'nin 25/2. maddesinde düzenlenen zorunluluk haline ilişkin hükmün uygulanabileceği savunulmaktadır[113].

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da satın alan yönünden TCK'nin 25/2. maddesinin uygulanabileceği kabul edilmektedir[114]. Yargıtay zorunluluk halinin belirlenmesinde başkaca tedavi yolunun bulunup bulunmadığı hususunu belirleyici bir kriter olarak ele aldığı kararlarında, hastanın yani alıcının yakınlarının durumunun da bu kapsamda ele alınması gerektiği görüşündedir. Örneğin tam da bu hususun değerlendirildiği yeni bir kararında Yargıtay 12. Ceza Dairesi, "*...gelişen tıp biliminde başkaca bir tedavi yöntemi bulunmayan böbrek hastalarının başka suretle korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile hareket ettikleri gerekçe gösterilerek, sanıklar ... haklarında zorunluluk halinin kabulü ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği anlaşılmakla, ... böbrek hastası olan sanıklar hakkında, Adli Tıp Kurumunun ilgili dairesinden, hastalıklarının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemleri dışında başka yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı ile yaşamlarını devam ettirebilmek için böbrek naklinin zorunluluk teşkil edip etmediği konularında rapor alındıktan sonra böbrek hastası sanıklar ile sanık konumunda bulunan böbrek hastası yakınlarının hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiği...*" değerlendirmesine yer vermiştir[115],

Yargıtay tarafından, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanmadığı benzer başka bir olayla ilgili olarak, yukarıda belirtilen çerçevede bir araştırma yapmayan ve organ veya doku ticareti suçuna dair "özel zorunluluk halini düzenleyen" TCK'nin 92. maddesinde bu konunun düzenlenmemiş olduğu, güncel tıp koşulları dikkate alındığında "böbrek hastası" suç faillerinin nakil yapılmadığı

[113] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, C:III, s.3156; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3509; Algan, **A.g.e.,** s.188-189; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272.
[114] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272.
[115] Yrg. 12.CD, E.2021/2355, K. 2021/6901, K.T:13.10.2021; Aynı yönde, Yarg. 12.CD E.2018/4497, K.2021/2258, K.T:03.03.2021; Yrg. 12.CD , E.2019/2111 , K.2021/2257., K.T:03.03.2021.

takdirde yaşamlarını devam ettirme imkanlarının bulunduğu, bu durumdaki faillere yönelik olarak "zorunluluk hali" hükmünün tatbikinin, organ ticareti eyleminin alıcı ve verici kimseler açısından meşru hale getirilmesi neticesi doğuracağı gerekçesine dayanan yerel mahkemenin tutumu kanuna aykırı görülmüştür[116]. Bir başka olayda, TCK'nin 25/2. maddesinde geçen "başkasına ait bir hakka yönelik" ifadesinden hareket eden Yargıtaya göre, böbrek hastası olan oğluna böbrek alan failin durumunun da yukarıdaki kriterler çerçevesinde değerlendirilerek, alternatif tedavi imkânı veya organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, ortaya çıkan sonuca göre zaruret haline ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir[117].

Organ veya doku satılmasına aracılık eden fail yönünden ise, TCK'nin 25/2. maddesi çerçevesinde zorunluluk halinin varlığından söz edilemeyeceğinden, bunlar

[116] "Failin hastalığının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemi dışında başka bir yolla tedavi edilme imkânı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı …", Yrg. 12. CD., E.2015/1531, K.2015/2378, K.T:10/2/2015.

[117] "Ceza Genel Kurulunun 19.02.2013 tarih ve 2013/64 sayılı kararında da belirtildiği üzere; Zorunluluk hali 5237 sayılı TCK'nin 25/2. maddesinde; "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" şeklinde düzenlenmiştir. Gerek öğreti de gerekse yargısal kararlarda benimsendiği üzere zorunluluk halinin varlığının kabul edilebilmesi için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. 1-Tehlikeye ilişkin şartlar, a)Ağır ve muhakkak bir tehlike olmalıdır. b)Tehlike bir hakka yönelik olmalıdır. c)Tehlikeye bilerek neden olunmamalıdır. 2-Korunmaya ilişkin şartlar, a)Tehlikeden başka türlü kurtulma imkanı bulunmamalıdır. b)Tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmalıdır. c)Tehlikeye karşı koyma görevi bulunmamalıdır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; böbrek hastası olanların hastalıklarının hayati tehlike arz edecek derecede olması, organ nakli dışında başka bir tedavi imkanlarının bulunmaması ve organ naklinin, hastanın yaşaması için zaruret teşkil etmesi neticesinde atılı suçu işleyenlerin anılan madde kapsamında zorunluluk hallerinin oluştuğundan bahsedilebileceğinin kabulü ile, bir kısım böbrek hastası sanıklar hakkında, Akdeniz Üniversitesi Organ Nakil Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından düzenlenen 01/10/2018 tarihli raporda, organ nakil işlemlerinin zaruret arz etmediği beyan edilmiş ise de, mahkemece, gelişen tıp biliminde başkaca bir tedavi yöntemi bulunmayan böbrek hastalarının başka suretle korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile hareket ettikleri gerekçe gösterilerek, sanıklar … haklarında zorunluluk halinin kabulü ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği anlaşılmakla, Yukarıda adı geçen böbrek hastası olan sanıklar hakkında, Adli Tıp Kurumunun ilgili dairesinden, hastalıklarının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemleri dışında başka yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı ile yaşamlarını devam ettirebilmek için böbrek naklinin zorunluluk teşkil edip etmediği konularında rapor alındıktan sonra böbrek hastası sanıklar ile sanık konumunda bulunan böbrek hastası yakınlarının hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin, sanıklar hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı olup…", Yrg. 12. CD., E.2021/2355, K.2021/6901, K.T:13/10/2021; benzer yönde içtihat için Bknz. Yrg. 12. CD., E.2016/4051, K.2018/524, K.T:17/1/2018.

yönünden zorunluluk haline ilişkin söz konusu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır.

b. Özel Zorunluluk Hali Olarak TCK'nin 92. Maddesi Düzenlemesi

Organ veya dokusunu satan fail ile ilgili TCK'nin 25/2. maddesinde yer verilen genel hüküm mahiyetindeki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin uygulanması bakımından bir engel bulunmamaktadır[118]. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından organ veya dokusunu satan fail yönünden TCK'nin 92. maddesi ile özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir.

TCK'nin "zorunluluk hali" başlıklı 92. maddesine göre, "*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" Aynı maddenin gerekçesinde ise "*Yukarıdaki maddeye göre, organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması, suç oluşturmaktadır. Kişinin kendi organ ve dokuları açısından bu fiilleri işlemesi de suç oluşturmaktadır. Ancak kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.*" denilmektedir.

Söz konusu bu düzenleme gereğince, failin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar araştırılarak, bu koşulların kişinin hayatını tahammül edilemez biçimde zorlaştırması sebebiyle kendi organ veya dokusunu sattığı anlaşılırsa, bu kimseye verilecek cezadan hâkimin takdirine göre belirlenen miktarda indirim yapılabileceği gibi, hâkim ceza vermekten de vazgeçebilir[119].

---

[118] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.190; Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.191-192.
[119] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3155,3160; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3507; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.305; Kangal, **A.g.e.,** s.49-50.

Burada "zorunluluk durumu", organ veya dokusunu satan kişinin maddi değerlerine ve önemli kişisel hukuksal değerlerine yönelen tehlike nedeniyle kusuru ortadan kaldıran veya etkileyen bir mazeret nedeni oluşturmaktadır[120].

Yukarıda açıklandığı üzere, organ veya dokusunu satan fail açısından TCK'nin 25/2. maddesi kapsamında zorunluluk haline ilişkin uygulama yapılabilmesi olanaklı olduğu halde, TCK'nin 92. maddesi ile özel bir zorunluluk hali olarak ayrıca yapılmış olan düzenleme ile, kanun koyucunun TCK'nin 25/2. maddesi ile getirilen zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmayı amaçladığı doktrinde kabul edilmektedir[121]. Yargıtaya göre de, TCK'nin 92. maddesindeki düzenleme ile kanun koyucu TCK'nin 25/2. maddesinde belirlenen katı koşullardan sıyrılarak "özel bir zorunluluk hali" (*lex specialis* olarak) düzenlemiştir[122].

Söz konusu bu düzenlemenin hukuki niteliği ve getirilen zorunluluk haline yönelik öğretide farklı görüşler ortaya çıktığı gibi, çeşitli eleştiriler de getirilmiştir. Bu anlamda, bazı yazarlara göre, TCK'nin 92. maddesinde geçen "sosyal ve ekonomik koşullar" ifadesi zorunluluk hali kapsamında olduğundan bir özel hüküm olarak değerlendirilemez[123]. Nitekim *Soyaslan,* söz konusu düzenlemeye ilişkin hükmün, faile ceza verilmediğinde "bir mazeret sebebi", cezada indirim yapıldığında "cezayı azaltan sebep", sonuç olarak da kusurluluğu etkileyen bir neden olarak "istenemezlik ilkesinin*"* özel bir görünümü şeklinde ortaya çıktığı değerlendirmesinde bulunmaktadır[124.] Diğer bir kısım yazarlara göre ise, söz konusu maddenin başlığı "zorunluluk hali" olarak belirlenmiş ise de, bu hüküm TCK'nin

[120] Kangal, **A.g.e.,** s.49-50; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.392; B. Erman, **Tıbbi Müdahale**, s.27; Metin, **A.g.e.,** s.463.
[121] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.190; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.380; Ç.Aydın, **A.g.e.,** s.150; Algan, **A.g.e.,** s.189.
[122] Yrg. 12. CD, E.2014/2281, K.2015/2805, K.T:17/2/2015; Yrg. 12. CD, E.2014/12641, K.2015/18074, K.T:23/11/2015; Yargıtayın bir başka kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*Bununla birlikte madde baslığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de, esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de kabul edilmektedir.*", Yrg. 12. CD, E.2014/12641, K.2015/18074, K.T:23/11/2015.
[123] Soyaslan, **Organ Nakilleri**, s. 138; Köksal Bayraktar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", **Hukuk ve Adalet**, Nisan 2005, Yıl.2, S:5, s.223 (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar).
[124] Soyaslan, **Organ Nakilleri**, s. 138; Benzer görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.116-117.

25/2. maddesindeki anlamıyla bir "hukuka uygunluk sebebi" niteliğinde olmayıp, cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan "şahsi sebep" niteliği taşımaktadır[125].

Gerçekten de TCK'nin 92. maddesi eğer klasik hukuki anlamıyla zorunluluk halinin özel bir görünümü -*lex specialis*- olsaydı, madde hükmünde ceza verilmemesi veya cezada indirim seçenekleri yerine, fiilin suç teşkil etmeyeceği anlamına matuf olmak üzere "suç oluşturmaz" veya "hukuka uygundur" gibi ifadelere yer verilirdi. Nitekim, Yargıtay'ın da bir kararında[126] "suça konu hastalıkların hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemleri dışında başka bir yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanıklar hakkında TCK'nin 25/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, uygulama yeri bulunmayan 'hayatın olağan akısına göre herkes sağlıklı bir şekilde yaşamını sürdürmek isteyip, bu maksatla gönüllü vericilerin bir böbreğinin verici yönünden tek böbrekle de hayatını sürdürebileceği düşünülerek nakledilmesinde TCK'nin 92. maddesine göre zorunluluk hali söz konusu olduğundan' seklindeki gerekçe ile sanıklar hakkında beraate hükmedilmesi, zorunluluk halinin varlığının kabulü halinde ise CMK'nin 223/3-b maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebileceğinin gözetilmemesi" kanuna aykırı kabul edilmiş, olaya özgü zorunluluk koşullarının incelenmesi ön şart olarak değerlendirilerek, yukarıda belirtilen duruma işaret edilmek suretiyle dolaylı olarak belirtilen yöndeki görüşümüze yaklaşıldığı görülmektedir.

Söz konusu yasal düzenleme öğretide, hakime böyle bir kıstasın sunulmuş olması nedeniyle organ ve dokusunu satan kişinin neredeyse hiçbir zaman cezalandırılamayacağının kabul edilmiş olduğu, zira organ ve dokusunu satmayı göze alan kişinin hemen hemen her durumda sosyal ve ekonomik açıdan kötü durumda olacağından, organ ve dokusunu satan kişinin cezalandırılması ihtimalinin ortadan kaldırıldığı, yine "içinde bulunulan sosyal ve ekonomik koşullar" ifadesinin sübjektif ve suistimale açık bir kıstas olduğu, bu haliyle belirlilik ilkesine aykırı

[125] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s. 307; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Metin, **A.g.e.,** s.463; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.192.
[126] Yrg. 12. CD., E.2014/12641, K.2015/18074, K.T:23/11/2015.

olduğu, farklı uygulamalara neden olabileceği, adalet duygusu ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmayacak sonuçlara neden olabileceği, ayrıca getirilen ölçütün sübjektif yönü nedeniyle kararların denetlenmesi bakımından sorunlara ve keyfi uygulamalara neden olabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir[127]. Bu kapsamda, TCK'nin 92. maddesinin mevcut şekliyle organ veya doku ticaretinin engellenmesine hizmet etmediği gibi, bilakis kolaylaştırdığı iddia edilmektedir. Zira maddi açıdan zor durumda olmayan bir kimse esasen organlarını satma yoluna gitmeyecektir. Ayrıca sosyoekonomik sebeplerle organ veya doku satılmasına "zorunluluk hali" gerekçesiyle izin verilip, organ veya doku nakli yapılmadığı takdirde hayati tehlike geçirmesi veya yaşamı sona ermesi söz konusu olan alıcı hasta kişinin, organ veya doku alabilme konusunda "zorunluluk hali" çerçevesinde özel düzenleme ile herhangi bir izne veya korumaya sahip olmaması çelişki oluşturmaktadır[128]. *Hakeri de*, yukarıda belirtilen hususlara benzer eleştiriler getirdiği gibi, söz konusu düzenlemenin ODNK'nın 3. maddesinin " *Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.*" şeklindeki hükmü ile de bağdaşmadığını haklı olarak belirtmektedir[129].

ODNK'nın 92. maddesinde yer verilen düzenleme ile ilgili getirilen tüm bu eleştirilere katılıyoruz. Kanaatimizce söz konusu düzenleme maksadını aşar biçimde yoksul kimselerin organlarını ve dokularını satmalarını teşvik edecek niteliktedir. Özellikle kamu denetiminin ve vatandaşların bilinç seviyesinin nispeten zayıf olduğu yörelerde suça sebebiyet veren koşulların genel geçer bir uygulama haline gelmesi tehlikesini barındırmaktadır ki, bu sebeple bu hükmün Anayasa'nın 2. maddesi ile güvenceye bağlanan "sosyal devlet" ilkesi ve 12. maddesi ile güvence altına alınan

[127] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.305-306; Benzer görüş için *bknz*. Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.191-192; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3155; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3507; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.990; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.139; Algan, **A.g.e.,** s.190-191.

[128] Yıldız, **Türk Ceza Kanunu**, s.201; Artuç, **A.g.e.,** s.504; *Özbek, Doğan, Bacaksız'a göre de;* "söz konusu hal sadece satan bakımından değil, alan bakımından da öngörülmeliydi" Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Benzer görüş için *Bknz.* Metin, **A.g.e.,** s.463.

[129] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.191.

"temel hak ve hürriyetlerin dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez" niteliğine de aykırılık teşkil ettiğini değerlendirmekteyiz[130].

Belirtilen eleştiriler doğrultusunda Yargıtay'ın da bu kaygıları gözetmekte olduğu, söz konusu hükmün uygulanmasında dikkatli davranılması, madde yorumlanırken suçla mücadeleyi ve caydırıcılığı etkisizleştiren ve amaca uygun düşmeyen yorumlardan sakınılması, hukuk düzeninin tutarlılığı göz önünde bulundurularak ODNK'nın 3. maddesindeki yasaklama hükmünün gözetilmesi gerektiği yönünde kararlar tesis ettiği görülmektedir[131].

Bu bağlamda, Yargıtay kredi borçları nedeniyle böbreğini satmak üzere organ ticareti yapan kişilerle irtibata geçerek "organ ticareti" konusunda anlaşmaya varan failin, bilerek ve isteyerek sebep olduğu maddi dar boğazını, yaşamsal öneme sahip bir organını satmak haricinde bir yöntemle giderme olanağı bulunduğu ve mevcut ekonomik sorununu bu şekilde gidermeye yönelik tercihi bağlamında "tehlikenin ağırlığı" ile "fiilin konusu" ve "kullanılan araç" arasında orantılılık bulunmadığı ve fiilin "hukukun genel ilkeleri" gereği bireyin beden bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkına ilişkin sınırın aşılması mahiyetinde olduğu sonucuna varmış ve bu çerçevede uygulama şartları oluşmayan TCK'nin 92. maddesine göre "ceza verilmesine yer olmadığına" veya ceza miktarında indirim yapılmasına karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur[132]. Bir başka olayda bir araba alışverişi sebebiyle ortaya çıkan borçlarını ödemek için böbreğini satan kişinin durumu da Yargıtay tarafından TCK'nin 92. maddesi kapsamında görülmemiştir[133]. Yargıtay'ın bu son içtihadında dikkat çeken husus, TCK'nin 92. maddesi ile "kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi" arasında bir bağlantı kurmasıdır. Bir başka ifadeyle, Yargıtay'ın dayandığı bu gerekçe, TCK'nin 92. maddesinin uygulama şartlarının oluştuğu hallerde ceza verilmemesini "hakkın kullanılması" olgusuna dayandırdığı

[130] Benzer görüş için Bknz. Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3155; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3507.
[131] Yrg. 12. CD, E.2014/2281, K.2015/2805, K.T:17/2/2015; Yrg. 12. CD, E.2014/12641, K.2015/18074, K.T:23/11/2015; Yrg. 12. CD, E.2015/3906, K.2015/8955, K.T:26/5/2015; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.307.
[132] Yrg. 12. CD, E.2014/2281, K.2015/2805, K.T:17/2/2015; Yrg. 12. CD, E.2014/12641, K.2015/18074, K.T:23/11/2015; Yrg. 12. CD, E.2015/3906, K.2015/8955, K.T:26/5/2015.
[133] Yrg. 12. CD, E.2015/1531, K.2015/2378, K.T:10/2/2015.

izlenimi uyandırmaktadır. Ancak bu kapsamdaki fiillerde hakkın kullanılması nedeniyle suçun oluşmaması düşüncesi ile TCK'nin 92. maddesindeki cezada indirim seçeneğinin bağdaştırılması güçtür. Ayrıca kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ile TCK'nin 92. maddesinde gönderme yapılan sosyal ve ekonomik nedenler arasında ilişki kurulması da doğru bir yaklaşım değildir.

TCK'nin 92. maddesinde yer verilen zorunluluk haline ilişkin düzenleme yalnızca organ veya dokusunu satan yaşayan verici hakkında ve koşullarının mevcut olması halinde uygulanabilecektir. Doktrinde getirilen eleştirilere karşın, mevcut düzenleme itibariyle satın alan fail yönünden bu düzenlemenin uygulanması olanağı bulunmamaktadır[134]. Almanya'da TPG'nin 18. maddesi ile hâkimin organ veya dokuyu satan fail gibi satın alan fail yönünden de zorunluluk haline ilişkin uygulama yapabilmesi olanağı getirilmiştir[135]. Organ veya dokunun satılmasına aracılık eden fail hakkında ise, organ veya dokunun ticari meta haline dönüştürülmesinin kabul edilemeyeceği düşüncesi ve söz konusu düzenlemenin kapsamı itibariyle bu hükmün uygulanması olanağı zaten bulunmamaktadır[136].

2. Cebir veya Tehditin Etkisi

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu, yukarıda açıklandığı üzere, organ veya dokunun satın alınması ve satılması hususunda taraflar arasında anlaşma yapılmasıyla, aracılık eden fail bakımından ise, organ veya dokunun bir bedel veya menfaat karşılığında satımına yönelik aracılık edilmesiyle tamamlanmaktadır.

Suçun yukarıda belirtilen seçimlik hareketlerinin cebir veya tehdit altında işlenmesi halinde, TCK'nin 28. maddesi gereğince seçimlik fiili işleyen failin kusurluluğu ortadan kalkacağından, bu faile organ veya doku ticareti suçundan ceza verilemez. Nitekim daha önce açıklandığı üzere, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında TCK'nin 28. maddesinde düzenlenen cebir ve tehdidin hukuki niteliği kusurluluğu

[134] Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3507; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3156; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.110.
[135] Kocamaz Şahin, **A.g.e.,** s.71; Algan, **A.g.e.,** s.194.
[136] Benzer görüş için *Bknz.* Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.110.

ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmektedir[137]. Bu kapsamda, örneğin tehdit veya cebir nedeniyle organ veya dokusunu satan ya da organ veya dokunun satılmasına aracılık eden failin kusurluluğundan söz edilemeyecek, bunun yerine cebir veya tehdit uygulayan kimse söz konusu suçun faili olarak cezalandırılacaktır.

Diğer yandan, TCK'nin 28. maddesi gereğince kusurun ortadan kalktığının değerlendirilebilmesi bakımından kişiye yöneltilen cebirin "karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı" ağırlıkta olması, tehdidin de "muhakkak" ve "ağır" nitelikte olması koşulu aranmaktadır[138]. Örneğin silahla ve hayatıyla tehdit edilen kişinin bir bedel veya menfaat karşılığında böbreğini satması ya da satıma aracılık etmesi halinde, organ veya dokunun satılması veya aracılık edilmesi fiilinden dolayı kusurlu kabul edilemeyecektir. Bu durumda tehdit eden kişinin fail olarak sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

3. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu bakımından TCK'de yer verilen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk hali (md.25/2) ve cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (md.28) ile ilgili koşulların gerçekleştiğine ilişkin hataya düşülmesi olanaklı iken, diğer ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bakımından ise nitelikleri gereği, maddi şartları üzerinde hataya düşülmesi olanaklı değildir.

Bu anlamda, örneğin yaşadığı böbrek rahatsızlığından mustarip olan failin, tıbben zorunluluk halinin koşulları mevcut olmadığı halde bir böbrek temin edememesi halinde öleceği düşüncesine kapılarak, yaşayan bir başka kişiden böbrek satın almış olması halinde, failin TCK'nin 25/2. maddesi gereğince zorunluluk durumunun koşullarının gerçekleştiğine dair kaçınılmaz hataya düşmüş olması halinde kusurlu olduğundan söz edilemeyecektir. Bunun gibi, olayda böbreklerinden birini satan failin de TCK'nin 92. maddesi gereğince zorunluluk durumunun

[137] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.411; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.359; Yrg. 16.CD., E.2015/1336, K.2015/3686, K.T:21.10.2015.
[138] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.488; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.325; Koca, Üzülmez, Genel Hükümler, s.360; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.411.

koşullarının gerçekleştiğine dair kaçınılmaz hataya düşmüş olması halinde kusurlu olduğundan söz edilemeyecektir. Bu örnek olayda failin gerekli dikkat ve özeni gösterip yeterli bir araştırma yapmış olması halinde dahi mazeret nedeni olarak zorunluluk halinin maddi koşullarının bulunmadığını bilemeyeceği sonucuna ulaşılması halinde, failin hatası kaçınılmaz olarak kabul edilecek, aksi durumda ise kaçınılmaz olarak kabul edilemeyecektir[139].

Benzer şeklide bir organ veya dokusunu satan fail tarafından karşılaştığı cebirin karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı ağırlıkta olması veya tehdidin muhakkak ve ağır nitelikte olmasına ilişkin koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşülmüş olması halinde de kusuru ortadan kalkacaktır.

Bu itibarla, organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu bakımından ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail bu hatasından yararlanabilecektir.

E. Cezayı Kaldıran veya Cezada İndirim Gerektiren Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

TCK'nin 93. maddesi ile, kendi organ veya dokusunu satan kişi yönünden cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "*organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. 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 kadarı indirilir.*"

Burada, organ veya dokusunu satan failin resmi makamlarca suçun işlendiği haberi alınmadan önce etkin pişmanlık göstermesi hali "cezasızlık sebebi" olarak kabul edilmişken, suç haberinin alınması sonrasında etkin pişmanlık göstermesi ve suçun aydınlatılması ile suçluların yakalanmasına yardım etmesi hali "cezada indirim

[139] Kangal, **A.g.e.,** s.474 vd.

sebebi" olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede suç sonrası pişmanlık gösterilmesine ilişkin bir düzenleme söz konusudur[140]. Kanun'un belirtilen maddesinde yakalanması kolaylaştırılacak kişiler "suçlular" olarak belirtilmiş ve TCK'nin 91. maddesinin hangi fıkrasındaki fiili işleyen kişilerin kastedildiği belirtilmemiş olduğundan, sadece TCK'nin 91. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen fiilleri işleyen kişilerin yakalanmasını değil, diğer fıkralarda belirtilen fiilleri işleyen kişilerin yakalanmasını kolaylaştıracak şekilde organ veya dokusunu satan kişi tarafından yapılacak bildirimler de bu fıkradaki cezasızlık halinin uygulanması için yeterlidir[141].

Söz konusu madde hükmünde ve gerekçesinde ifade edildiği gibi etkin pişmanlık hükmüne yalnızca kendi organ veya dokusunu satan kişi açısından yer verilmiştir[142]. Nitekim, "etkin pişmanlık" cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerden olması nedeniyle, sadece etkin pişmanlık gösteren organ veya dokusunu satan kişi bu hükümden yararlanabilir[143]. Organ veya doku satın alan veya satılmasına aracılık eden fail yönünden etkin pişmanlığa ilişkin bu hüküm uygulanamaz[144].

Organ veya dokusunu satan failin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi, yetkili makamlar haberdar olmadan işlenen suçu bildirip suçluların yakalanmasına yardımcı olması ya da yetkili merci tarafından haber alındıktan sonra suçun aydınlatılması veya suçluların yakalanması konusunda yararının dokunması koşuluna bağlı olup, yalnızca yetkililerin bilgilendirilmesi ise yeterli değildir[145]. Bu cezasızlık veya indirim sebebinin TCK'nin 92. maddesinden farklı olarak, yaşayan vericinin sosyal ve ekonomik durumuyla bir alakası yoktur. Kanun koyucunun asıl amacı, hukuka aykırı olarak veya bir bedel veya çıkar karşılığında organ veya doku alan veyahut organ veya doku ticareti yapanların ve yine bu işlemleri bir örgütün faaliyeti

[140] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.760; Algan, **A.g.e.,** s.195.
[141] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.305; Karşı görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.195.
[142] Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi,** C:III, s.3503; Metin, **A.g.e.,** s.463; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.193; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.790; Benzer görüş için *Bknz.* Taneri, **A.g.e.,** s.491.
[143] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.462; Metin, **A.g.e.,** s.463; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.193.
[144] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.991; Benzer görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.463.
[145] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.305; Algan, **A.g.e.,** s.194-195.

çerçevesinde yapanların ihbar sistemi kullanılmak suretiyle yakalanmasını sağlamaktır[146].

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında oldukça net bir şekilde ifade edildiği gibi "yasa koyucu benimsediği suç politikası gereği suçu oluşturan nedenleri ortadan kaldırmak için tedbir alırken suçla mücadele amacıyla etkin pişmanlık gibi çeşitli ceza kurumlarını vasıta olarak kullanmaktadır". Suç ve suçlulukla mücadele amacı ve adalet sisteminin etkinliği gözetildiğinde, suç tiplerindeki farklılıklara göre ilgili suçun özelliği dikkate alınarak etkin pişmanlığın kapsamı ve içeriği de değişiklik gösterebilmektedir[147]. Bir kısım etkin pişmanlık hükümlerinde, yasa koyucu, "soruşturma aşaması ve kovuşturma aşaması" veya "yakalanmadan önce ve yakalandıktan sonra" ifadelerine yer vererek etkin pişmanlığın "etkinlik yoğunluğunu" ve bu bağlamda ceza vermeme ile cezada indirime gitme arasındaki tercihi belirlemekte iken, söz konusu TCK'nin 93. maddesi hükmünde belirleyici unsur, "resmî makamlarca suçun haber alınması" olarak belirlenmiştir. Diğer yandan resmî makamlarca suçun haber alınmasından önce etkin pişmanlık şartı "kolaylaştırma" olarak belirlenmişken, maddenin ikinci fıkrasında kısmen şartın ağırlaştırılması yoluna gidilmiş ve "suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etme" etkin pişmanlık şartı olarak belirlenmiştir.

Nitekim Yargıtay bir olayda dolaylı olarak, organ naklinde kullanılmak üzere bir üçüncü kişi adına düzenlenmiş kimliğin fail tarafından sonradan başka suçlarda kullanılması üzerine sürdürülen soruşturma sebebiyle, Cumhuriyet savcılığında alınan ifadesinde organ ticareti suçunu da anlatması üzerine bu suçtan adli soruşturmaya başlandığını vurgulayarak, fail hakkında TCK'nin 93. maddesinin uygulanması gerektiğine işaret etmiştir[148].

---

[146] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3156; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3510.
[147] AYM, 14.01.2015 tarih, E:2014/127, K:2015/5
[148] "Organ naklinde kullanılmak üzere şikâyetçi … adına düzenlenmiş kimliğin sanık … tarafından sonradan başka suçlarda kullanılması üzerine sürdürülen soruşturma sebebiyle sanığın 22.09.2011 tarihinde Cumhuriyet savcılığında alınan ifadesinde, organ ticareti suçunu da anlatması üzerine bu suçtan adli soruşturmaya başlandığı anlaşılmakla, sanık Y hakkında TCK'nin 93. maddesinin uygulanması hususunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi, …", Yrg. 12. CD, E.2015/3906, K.2015/8955, K.T:26/5/2015.

Bir başka olayda da Yargıtay, Cumhuriyet savcılığına başvuruda bulunarak diğer sanıklar hakkında şikayetçi olması sebebiyle hakkında soruşturma başlatılan failin, TCK'nin 93. maddesi uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmemesini kanuna aykırı kabul etmiştir[149].

Burada tartışılması gereken bir başka husus ise suçun hangi aşamada tamamlanmış olacağı, bir başka deyişle resmi makamların haberdar olması anının suçun hangi aşamasında gerçekleştiğidir. *Donay*'a göre, üstün amaç insan sağlığının korunması olduğundan, etkin pişmanlık ancak organ veya dokunun vücuttan ayrılmasından önce söz konusu olabilecektir[150]. Organın veya dokunun satılmasının yeterli olduğu, ayrıca vericiden ayrılıp naklin gerçekleşmiş olmasının aranmaması gerektiği[151] ya da suç satım sözleşmesi ile tamamlanmış olacağından, hem organ veya dokunun vücuttan alınmasından önce hem de naklin gerçekleşmesinden sonra mümkün olabileceği yönünde de görüşler bulunmaktadır[152]. *Algan*'a göre ise, suçun tarafların satım konusunda anlaşmaları ve borç altına girmeleri ile değil, tasarruf işlemi olarak bedel ve suç konusunun devrinin gerçekleşmesi ile gerçekleşeceği yönündedir. Bu görüşe göre, satan kişinin satımdan vazgeçip, organ veya dokunun teslimini yapmadığı ve bedeli de almadığı halde henüz icra hareketleri devam etmekte olduğundan, TCK'nin 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır[153]. Kanaatimizce bu hususta hükme konu edilen suçun ve kanun koyucunun amacının dikkate alınması daha uygun olacaktır. Yukarıda fiil başlığı altında açıkladığımız üzere, kanun koyucunun amacı organ ve dokunun ticari meta haline getirilmesini, bir çıkar karşılığı tedavüle sokulmasını cezalandırmak ise, bu noktadan hareketle organ veya dokunun tedavüle girmesiyle, yani satım sözleşmesinin yapılmasıyla suçun tamamlanmış olduğunu kabul etmek gerekir[154]. Bu

[149] Yrg. 12. CD, E.2013/2410, K.2013/24556, K.T:5/11/2013.
[150] Donay, **A.g.e.,** s.152.
[151] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.856.
[152] Yasemin Baba, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, Legal Kitabevi, 2013, s.83; Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.192-193.
[153] Algan, **A.g.e.,** s.196-197.
[154] Benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.193; Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.192-193.

bağlamda, Algan'ın yukarıda açıklanan görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimizce organ veya doku alım satımına ilişkin sözleşmenin yapılmasıyla suç tamamlanmış olacağından, sözleşmenin kurulmuş olması etkin pişmanlıktan yararlanma şartları açısından yeterli olacaktır.

Son olarak, TCK'nin 93. maddesi ile yapılan düzenleme cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeplerden olması nedeniyle, esasen işlenen fiil haksızlık içeriğini ve dolayısıyla suç vasfını devam ettirdiği halde, organ veya dokusunu satan failin cezalandırılması cihetine gidilmemekte ya da cezasında indirim yapılması yoluna gidilmektedir[155].

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu yukarıda fiil başlığı altında ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, organ veya dokuyu satın alan ve satan arasında satım konusunda anlaşma yapılmasıyla[156], aracılık etme fiili yönünden ise aracılık faaliyetlerinin yapılmasıyla[157] tamamlanır. Söz konusu suç ile, organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması yasaklanmaktadır.

Bu anlamda ve seçimlik hareketleri itibariyle söz konusu suçun icra hareketlerini satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme fiilleri ile bu fiillerle maddi bağlantı içinde olan ya da bu fiillere zorunlu biçimde bağlı olan tüm hareketler oluşturmaktadır[158]. Suçun tamamlanması için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi ya da zarar meydana gelmesi gerekmez. Bu nedenlerle söz konusu suç neticesiz, yani sırf hareket suçu niteliğindedir. Bunun yanı sıra, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer

[155] Algan, **A.g.e.,** s.196; Benzer görüş için *Bknz.* Özgenç, **Genel Hükümler**, s.764.
[156] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.296; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:II, s.3499; Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.192-193; Yrg. 12 CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/02/2018.
[157] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:III, s.3499; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.108; Algan, **A.g.e.,** s.179.
[158] Algan, **A.g.e.,** s.198.

verilmiş olan seçimlik hareketlerinin ancak yapma biçiminde gerçekleştirilebilir nitelikte olması nedeniyle icrai hareketli bir suçtur.

Yukarıda açıklandığı üzere, bir suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinin prensip olarak cezalandırılabilir nitelikte olmadığı doktrinde ve yerleşik yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir[159]. Yine, Kanun'un teşebbüse ilişkin düzenlemesinin hazırlık-icra hareketi ayırımında maddi objektif teoriyi benimsediği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[160]. Buna göre, suçun kanuni tanımında yer verilmiş olan unsur veya nitelikli hallere ilişkin fiillerin yapılması ile icra hareketlerine başlandığı kabul edilmektedir. Bir diğer husus, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre teşebbüs kural olarak neticeli suçlar yönünden olanaklı olmakla birlikte, sırf hareket suçlarının icra hareketlerinin parçalara ayrılabilir olması halinde, bu suçlar yönünden de teşebbüs mümkündür[161]. Yargıtay tarafından da sırf hareket suçlarının teşebbüse elverişli olduğu kabul edilmektedir[162].

Bu noktadan hareketle, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer alan satın alma ve satma seçimlik fiilleri yönünden taraflar arasında organ veya dokunun satışı ile ilgili anlaşmaya varılması teşebbüs hükümlerinin uygulanması bakımından belirleyici olacaktır. Fail organ veya doku satın alma veya satmaya yönelik icra hareketlerine elverişli hareketlerle girişmiş, fakat elinde olmayan nedenlerle söz konusu icra hareketlerini tamamlayamamış olduğu durumlarda organ veya doku satın alma veya satma suçuna teşebbüs söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesinin bir kararında, söz konsu suç bakımında önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olduğu, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının bir öneminin bulunmadığı, organ veya

---

[159] Koca. Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.422; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.409; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.813-814; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.452, 459; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.453; Yrg.CGK, E.2011/6-340, K.2012/209, K.T:22/05/2012; Yrg. CGK, E.2017/8-349, K.2020/69, K.T: 11/02/2020.

[160] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.414; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.827; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.426; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.455.

[161] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.843-844; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.434-435; Algan, **a.g.e,** s.124; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301.

[162] Yrg. 19.CD, E.2015/32304, K.2016/20099, K.T:22/06/2016; Yrg. 2.CD, E.2008/5618, K.2008/11740, K.T:25/06/2008; Yrg. 17.CD, E.2017/2916, K.2017/9480, K.T:17/07/2017.

dokunun alınmasına da gerek bulunmadığı vurgulanarak, sanığın yapmış olduğu paylaşım sonrasında herhangi bir alıcı ile irtibat kuramadan yapılan tespit üzerine soruşturmanın başlatılmış olması itibariyle, yasanın aradığı "tedavül" koşulunun gerçekleşmediğine karar verilmiştir[163]. Buna karşılık, örneğin, organ veya doku alım satım pazarlığı yapılırken faillerin yakalanması halinde fiilin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir[164].

Organ veya dokunun satılmasına aracılık etmek fiili ise, aracılık faaliyetlerinin, yani satın alma ve satma fiillerinin gerçekleşmesinde yardımcı olma, gerekli işlemleri takip etme ve yapma, organ veya dokuyu satacak veya satın alacak kişiyi bulma, bu kişileri tanıştırma vb. fiillerle yardımcı olma şeklindeki hareketlerin[165] yapılmasıyla tamamlanacaktır. Aracılık faaliyetleri başarılı olmasa, yani organ veya doku satan ve satın alan failler arasında satıma yönelik anlaşma sağlanamasa dahi, satılmasına aracılık fiili tamamlanmış olacaktır. Bu itibarla ve aracılık faaliyetlerinin nitelikleri itibariyle icra hareketlerinin parçalara ayrılabilir nitelikte olmaması sebebiyle, organ veya doku satılmasına aracılık etme fiili teşebbüse elverişli değildir[166].

Bu çerçevede, failin aracılık etmesi sonucunda bir araya gelip böbrek satımı için görüşmeler yapan faillerin pazarlık halinde iken yakalanmaları halinde, organ veya doku satın almak ve satmak için pazarlık halinde olan faillerin fiilleri teşebbüs aşamasında kalacak olmakla birlikte, organ veya doku satılmasına aracılık eden fail

---

[163] "*... organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nin 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmamakla birlikte sanığın paylaşım yapmasından sonra herhangi bir alıcı ile irtibat kuramadan yapılan tespit üzerine hakkında soruşturma başlatıldığı, bu yönüyle yasanın aradığı "tedavül" koşulunun oluşmadığı anlaşılmakla, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, hukuka aykırı...*", Adana BAM 1.CD., E.2019/4425, K.2021/1562, K.T:17/11/2021.

[164] Karşı görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.198-199: Algan'a göre, *"...satım TBK'ndaki satım sözleşmesinden farklı olarak sadece borçlandırıcı ve tarafların anlaşması ile oluşan bir satımı değil, tasarruf işlemi olan organ veya dokunun devrini de kapsamaktadır.*" Bu itibarla taraflar arasında organ veya dokunun satın alınması ve satılması konusunda yapılan anlaşma icra hareketlerine başlanmış olmasına delalet etmektedir.

[165] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.987; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.141; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.297; Algan, **A.g.e.,** s.186.

[166] Benze görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.111; Karşı görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Algan, **A.g.e.,** s.197; Taneri, **A.g.e.,** s.491-492.

yönünden suç tamamlanmış olacaktır[167]. Buna karşılık, böbreğini belirli bir bedel karşılığında satmaya karar veren bir kimsenin aldığı bilgi doğrultusunda alıcı bulması için aracılık eden fail ile yapmış olduğu görüşme hazırlık hareketi niteliğinde olması nedeniyle cezalandırılamaz. Aracılık eden failin böbreğini satmak isteyen kişi ile ilgili olarak satın alacak olan kişi ile görüşmeye başlamasıyla ise, aracılık fiili ve suç tamamlanmış olur. Yukarıda açıklandığı gibi, organ ve doku ticareti suçunun teşekkülü bakımından öne çıkan husus, organ ve dokuların maddi çıkar mukabilinde dolaşıma (tedavüle) konulmasıdır. Karşılıklı edimlerin yerine getirilmesinin bir önemi yoktur[168]. Yargıtaya göre faillerin (satın alan, satan, satılmasına aracılık eden) satım ve maddi menfaat konusunda bir konsensüse varmaları halinde suç tamamlanmış olacağından, böyle bir durumda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir[169].

Organ ve doku satma, satın alma, satılmasına aracılık etme suçuna ilişkin icra hareketlerine başlayan fail, fiilini tamamlamadan iradesiyle gönüllü biçimde vazgeçerse teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Ancak gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen fiiller suç tanımına uyduğu takdirde, yalnızca o kısım yönünden cezai sorumluluk gündeme gelir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından failin sorumluluğu TCK'nin 35/2. maddesi gereğince meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı çerçevesinde belirlenir[170]. Söz konusu suç tehlike suçu olması

---

[167] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.458.

[168] Yrg. 12. CD, E.2013/17615, K.2014/14203, K.T:10/6/2014; Yrg. 12. CD, E.2013/26896, K.2014/18492, K.T:23/9/2014; Yrg. 12. CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018.

[169] "*Sanık B.A.'un böbrek hastası olup kendisine uygun böbrek ararken, sanık A.Ö. aracılığı ile tanıştığı sanık Z.K. ile görüşmeleri neticesinde, böbrek nakli hususunda anlaştıkları, etik kurulundan onay alındığı ancak böbreğini verecek olan Z.K.'un sağlık sorunları nedeniyle organ naklinin gerçekleşemediğinin anlaşıldığı olayda, organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK'nin 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmeksizin sanığa tayin edilen cezadan teşebbüs nedeniyle TCK'nin 35/2. maddesi gereğince indirim yapılması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. ... sanık müdafinin, organ naklinin gerçekleşmediğine, menfaat temin edilmediğine ilişkin temyiz itirazlarının reddine*", Yrg. 12. CD, E.2021/2355, K.2021/6901, K.T:13/10/2021; Benzer yöndeki kararlar için Bknz. Yrg. 12. CD, E.2014/2281, K.2015/2805, K.T:17/2/2015; Yrg. 12. CD, E.2014/3632, K.2014/26400, K.T:23/12/2014; Yrg. 12. CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018.

[170] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.425; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.435-436; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.365.

nedeniyle, suçun meydana gelmesi için ayrıca bir zarar sonucunun gerçekleşmesi aranmadığından, suçun kanuni tarifinde yer verilen fiillerin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçmeden söz edilemez[171]. Bu anlamda örneğin, organ veya doku satımı hususunda görüşüp pazarlık yapan faillerin aralarında anlaşma sağlanmasıyla suç tamamlanmış olacağından, artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyecektir. Ancak, organ veya doku satımı ile ilgili pazarlıkların devam etmekte olduğu sırada faillerden birinin gönüllü vazgeçmesi söz konusu olabilir. Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerden olması nedeniyle, sadece gönüllü vazgeçen fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilir[172]. Örneğin böbreğini satmak için pazarlık halinde bulunan satan fail, ameliyat korkusu veya gelecekte sağlıklı yaşayamama düşüncesi aklına gelmesi üzerine satımdan vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilirken, burada satın almak üzere pazarlıkta bulunan fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz.

2. Suça İştirak

TCK'nin 91. maddesinin (3) numaralı fıkrasının gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi, organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu "çok failli" bir suçtur[173]. Öğretide ise, bir suçun "çok failli" nitelikte olması hali, "zorunlu iştirak" veya "gerçek olmayan iştirak" şeklinde adlandırılmaktadır[174]. Burada suçun doğasında mevcut olan kaçınılmaz nitelikte bir iştirak olgusu söz konusudur. Nitekim, organ veya doku satın alan bir failin yanında en azından satan bir failin de mevcut olması suçun doğasının gereğidir.

Söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan organ veya doku satın alma, satma veya satılmasına aracılık etme seçimlik fiillerini işleyenlerin TCK'nin 37/1. maddesi gereğince ayrı ayrı "fail" olarak sorumlulukları ortaya çıkacaktır[175].

---

[171] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku,** C:II, s.302; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.368.
[172] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282.
[173] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku,** C:II, s.311; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.282; Taneri, **A.g.e.,** s.484; Benzer görüş için Bknz. Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.459-460.
[174] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.333; Özgenç, **Genel Hükümler**, s.592 vd.
[175] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.311.

Söz konusu suçun seçimlik hareketlerinden olan "aracılık etme" fiili iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından özellik arz etmektedir. Bu bakımdan, aracılık etme fiili, TCK sistematiğinde yardım etme niteliğinde suça iştirak olarak kabul edilebilecekken, TCK'nin 91/3. maddesi ile bu fiilin ayrı bir suç, bir başka deyişle seçimlik hareket olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, aracılık yapan kişinin yardım eden değil, doğrudan fail olarak kabul edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır[176]. Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında "*sanık A.K.'ın diğer sanık D.K.'ın böbreğinin babası olan diğer sanığa nakledilmesi için aralarında anlaştıktan sonra, hastaneye müracaat etmek suretiyle diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği ve olayda doğrudan (asli) fail olarak kabul edilip hakkında TCK'nin 37/1. maddesi yollamasıyla TCK'nin 91/1. maddesi gereğince hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, olayda uygulanma yeri bulunmayan aynı Kanunun 39/2-C. maddesi ile indirim yapılarak eksik ceza verilmesinin hukuka aykırı olduğu*" kabul edilerek, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir[177].

Suç işleme konusunda bir karar vermemiş olan kişiye suç işlemesine yönelik karar aldırılması ve bu şekilde suç işlettirilmesi halinde azmettirme söz konusudur. TCK'nin 38. maddesinde, azmettiren konumundaki kişinin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı öngörüldüğünden, organ veya doku alım satımı gibi bir düşünce içerisinde olmayan, öyle bir planı bulunmayan bir kimseye belirtilen yönde telkinde bulunmak suretiyle bahsi geçen fiilleri yaptıran kişinin, aracılık etmek gibi fiillerinden ayrı olarak söz konusu azmettirme fiili nedeniyle de sorumlu tutulması söz konusu olabilir[178].

Manevi yardım da azmettirme gibi suçun işlenmesine yönelik etki ve desteğin "manevi" nitelikte sunulmasını içermektedir. Bu bağlamda, manevi yardım ile ilgili anahtar kelimeler "teşvik", "kuvvetlendirme", "vaat" ve "yol gösterme" olarak karşımıza çıkmaktadır. Azmettirmeden farklı olarak manevi yardımda failin zihninde bir suç işleme niyeti zayıf da olsa mevcuttur. Bu çerçevede, örneğin içinde

[176] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.460; Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:III, s.3502; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.311-312; Algan, **A.g.e.,** s.201.
[177] Yrg. 12. CD, E.2013/2410, K.2013/24556, K.T:5/11/2013.
[178] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.110-111; Algan, **A.g.e.,** s.202.

bulunduğu ekonomik sorunları nedeniyle böbreklerinden birini satmaya yönelik temayül ve niyeti olmakla birlikte henüz kararını netleştirmemiş olan potansiyel failin böbreğini satmaya yönlendirilmesi "teşvik" olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir örnek olarak, böbrek rahatsızlığı bulunan ve böbrek satın almayı kafasına koymuş olan failin icra hareketlerine başlamasının sağlanması, icra hareketlerine başlayıp başlamama konusundaki tereddütlerinin giderilmesi "kuvvetlendirme" niteliğindedir. Henüz suçu işlememiş olan ve suç işlemeyi planlayan, örneğin böbreklerinden birini belirli bir bedel karşılığında satmayı planlayan faile, suç işledikten sonra yardımda bulunulacağının taahhüt edilmesi ise "vaat" kapsamındadır. Suçu planlamakta olan faile suç işleme yöntemleri konusunda fikir ve bilgi desteği sağlanması ise "yol gösterme" olarak kabul edilmektedir.

Bu bağlamda, organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu bakımından söz konusu iştirak türlerinin tümünün uygulama alanı bulması olanaklıdır[179]. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, bu suça iştirak nedeniyle bir kimse hakkında cezaya hükmedilebilmesi için gerçekleştirilen fiilin kanuni tarifte yer verilen seçimlik hareketlerdeki suç tanımlarına uymaması gerekir[180]. Örneğin, hastasına ait organı satan hekimin yaptığı işlem veya bir sağlık görevlisinin tarafları bir araya getirerek aracılık etmesi gibi olaylarda iştirak halinden söz edilemeyecektir. Buna karşılık, örneğin bir hekimi yaşayan vericiden tıbbi bir operasyonla almış olduğu bir organ veya dokuyu bir bedel veya menfaat karşılığında satmaya azmettiren kişinin fiili iştirak niteliğindedir. Yine maddi zorluk içerisinde bulunan ve ancak organ veya dokusunu satma düşüncesi taşımayan bir kişiye telkinlerde bulunarak bir organ veya dokusunu satmaya ikna eden failin eylemi nedeniyle, organ veya doku satın alan ya da satılmasına aracılık eden konumunda bulunmaması kaydıyla azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

[179] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.143; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.311-312; Algan, **A.g.e.,** s.202.
[180] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.415.

3. Suçların İçtimaı

Organ veya doku satın alma, satma veya satılmasına aracılık etme suçu, yukarıda açıklandığı gibi, çok failli ve seçimlik hareketli bir suçtur. Bu kapsamda, suçun seçimlik hareketli niteliği itibariyle fail aynı organ alım satım sürecine ilişkin suç yolunda "satın alma", "satma" ya da "aracılık etme" fiillerinden ikisi veya daha fazlasını yaptığı takdirde yine tek bir suç işlemiş kabul edilecektir. Örnek olarak, başkasına ait organı satın alıp, onu da başka bir kimseye tekrar satan fail seçimlik hareketli suçlara hâkim olan kurallar gereğince alma ve satma dolayısıyla iki ayrı suçtan değil, yalnızca bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır[181].

Organ veya dokunun bir defalığına satılmasıyla, süreklilik arz edecek şekilde iş yapılması arasında suç oluşturması bakımından bir farklılık yoktur[182]. Ne var ki suçun itiyat veya meslek haline getirilmesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanacak, yani ticarete konu olan organ veya doku adedince ayrı suç oluşacaktır[183].

Söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nin 91/3. maddesine ilişkin bir başka ayrım suçun konusunun organ veya doku olmasına ilişkin olarak yapılmıştır. Kanun'un belirtilen maddesinde "organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunacağı" belirtilmekte olup, burada cezalandırma konusunda atıf maddenin birinci fıkrasına yapılmaktadır. TCK'nin 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise, suçun konusunun organ veya doku olmasına göre farklı yaptırımlar öngörülmektedir. Bu nedenle, örneğin bir böbrek ile kas dokusundan bir kısmını satan ve satın alan faillerin "organ" ticareti nedeniyle mi, "doku" ticareti nedeniyle mi ya da her ikisi

[181] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.308; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.310; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.148; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.186; Benzer görüş için Bknz. Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.124-125.

[182] Ancak, suç işlemeyi itiyat veya meslek haline getiren kişi hakkında temel ceza belirlenirken, TCK'nin 61/1. maddesindeki kriterler ("*suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki*") çerçevesinde alt sınırdan uzaklaşılması gerekir. Ayrıca TCK'nin 58/9. maddesi çerçevesinde "itiyadi suçlu" ve "suçu meslek edinen kişi" olduğu sübut bulan fail hakkında "mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri" uygulanması gerekebilir.

[183] Meran, **A.g.e.,** s.226.

bakımından mı sorumlu tutulacakları sorunu ortaya çıkmaktadır. Burada hem organ ve hem de doku satılması ya da satın alınması fiillerinin aynı anda işlenmesi halinde fikri içtima hükmü gereğince failin daha ağır olan fiil nedeniyle, yani organ alım satımı nedeniyle sorumlu tutulması gerekir[184]. Aynı anda birden fazla organ veya doku satılması veya satın alınması halinde, hukuki anlamda tek bir fiil mevcut olması nedeniyle failin yalnızca bir kez organ ticareti suçundan dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir[185].

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu ile ilgili TCK'nin 43/1. maddesinde düzenlenmiş olan zincirleme suç yönünden bir özellik bulunmamaktadır. Buna göre, fail ya da faillerin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda organ veya doku alım satımı yapmış olmaları halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir[186]. Yargıtayın da bazı kararlarında, söz konusu suç kapsamında zincirleme suç hükümlerinin hangi durumlarda uygulanması gerektiğine ilişkin kriterler getirmekte olduğu görülmekte olup, buradan hareketle ve kategorik olarak bu suç yönünden zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır[187]. Buna karşılık, Yargıtay bir kararında, faillerin organ nakli konusunda aracılık etme eylemlerinde, başka organ alıcı ve vericilerinin bir araya gelmelerine aracılık yaparak organ ticareti eylemlerine iştirak etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, faillerin mahkumiyetlerine esas alınan eylemlerin farklı tarihlerde işlenmesi, eylemin tarafları olan organ alıcı ve vericilerinin farklı kişiler olmaları, her bir eylemin ayrı suç isleme kastı ile işlenmesi karşısında, her eylemin ayrı suç oluşturduğu kabulüyle, eylemlerin tek bir suç kabul edilerek tayin edilen ceza üzerinden zincirleme suça ilişkin TCK'nin 43/1. maddesi çerçevesinde arttırım yapılmakla yetinilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır[188].

---

[184] Algan, **A.g.e.,** s.205; Benzer görüş için *Bknz.* Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.186.
[185] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.308; Zafer, **A.g.e.,** s.232; Algan, **A.g.e.,** s.205.
[186] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1565; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.146; Algan, **A.g.e.,** s.205.
[187] Yrg. 12. CD., E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018.
[188] Yrg. 12. CD, E.2014/2204, K.2015/3376, K.T:24/2/2015; Bir başka olayda da benzer gerekçelere vurgu yapılmak suretiyle; "*sanıkların böbrek hastası ... ve ... ... organ nakli konusunda aracılık etme eylemlerinde, başka organ alıcı ve vericilerinin bir araya gelmelerine aracılık yaparak organ ticareti eylemlerine iştirak etmesi seklinde gerçeklesen olayda, sanıkların mahkumiyetlerine esas alınan*

Yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın ya da ölü insandan hukuka aykırı olarak organ veya doku alan failin, daha sonra bu organ veya dokuyu satması ya da satılmasına aracılık etmesi halinde, TCK'nin 91/1 veya 91/2. maddesi ile TCK'nin 91/3. maddesi kapsamında olmak üzere iki ayrı suçun birbirinin devamı şeklinde işlenmesi söz konusudur. Böyle bir durumda doktrinde ortaya çıkan *bir görüşe göre*, fail işlemiş olduğu yaşayan kişiden geçerli rızaya dayalı olmaksızın ya da ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alma fiili nedeniyle sorumlu tutulmalı, buna karşılık maddenin diğer fıkralarına uyan fiillerinin cezalandırılmayan sonraki hareketler niteliğinde olması nedeniyle cezalandırılmamalıdır[189]. Diğer *bir görüşe göre ise,* söz konusu eylemlerin farklı fıkralarda ayrı suçlar olarak tanımlanmış olması, söz konusu eylemler ile korunan hukuki değerlerin ve mağdurlarının farklı olması gibi hususlar dikkate alındığında, aynı fail tarafından maddenin farklı fıkralarında düzenlenmiş fiillerin işlenmesi halinde, failin ilgili fıkralarda yer alan suçlardan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir[190]. Kanaatimizce de, eylemlerin farklı fıkralarda suç olarak düzenlenmiş olması, fıkralarda ayrı ayrı düzenlenen eylemler itibariyle suçla korunan hukuki değerlerin ve yine mağdurlarının farklı olması, eylemlerin bileşik suç benzeri bir ilişki içerisinde olmaması, eylemlerin birbirinden bağımsız suçlar oluşturması hususları göz önüne alındığında, maddenin farklı fıkralarında düzenlenmiş fiilleri işleyen failin gerçek içtima hükümleri çerçevesinde ilgili fıkralarda düzenlenen suçlardan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, TCK'nin 91/3. maddesinde yer verilen seçimlik hareketlerden organ veya dokunun satılmasına aracılık etme fiili farklı bir nitelik göstermektedir. Burada, organ veya doku satılmasına aracılık eden failin, organ veya doku satan ve satın alan kişilere TCK'nin 39. maddesi kapsamında yardım etmekten

---

eylemlerin farklı tarihlerde işlenmesi, eylemin tarafları olan organ alıcı ve vericilerinin farklı kişiler olmaları, her bir eylemin ayrı suç isleme kastı ile islenmeleri karsısında, sanıklar hakkında kabule esas alınan her eylemin ayrı suçu oluşturduğu kabulüyle suç sayısı kadar TCK'nin 91/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, eylemlerin tek bir suç kabul edilerek TCK'nin 91/1. maddesi uyarınca tayin edilen cezada TCK'nin 43/1. maddesi gereğince artırım yapılmak suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi" hukuka aykırı görülmüştür: Yrg. 12. CD, E.2015/15157, K.2018/2269, K.T:28/2/2018)

[189] M.Aydın, **A.g.e.,** s.148; Benzer görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.462.

[190] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.311; Banak, **A.g.e.,** s.336; Algan, **A.g.e.,** s.205

ve dolayısıyla şerik olarak değil, kendi fiili sebebiyle TCK'nin 37/1. maddesi gereğince "fail" olarak sorumlu tutulması gerekecektir[191].

G. Yaptırım

TCK'nin 91/3. maddesinde "organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden" kimseye verilecek ceza bakımından aynı maddenin birinci fıkrasına gönderme yapılmış olup, TCK'nin 91/1. maddesinde belirtilen yaptırımın ise, suçun konusunun "organ" olması durumunda "beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası", suçun konusunun "doku" olması durumunda "iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası" olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu suçun yaptırımının, suçun konusunun "organ" ya da "doku" olmasına göre değişip değişmeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde ileri sürülen *bir görüşe göre,* failin eyleminde ticaret konusunun organ veya doku olmasına göre TCK'nin 91/1. maddesinde belirtilen cezalarla cezalandırılması gerekeceği, yani suçun konusunun organ olması halinde beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile, suçun konusunun doku olması halinde ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerekeceği belirtmektedir[192]. *Karşıt görüşte olanlarca* ise, buradaki ayrım hakkında farklı bir yorum öne sürülmekte ve yaptırımdaki farklılığın suçtaki ayrımı etkilemeyeceği düşüncesinden hareketle, organ veya doku ticareti suçunun yaptırımının "beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası" olduğu sonucuna varılmaktadır[193]. Bu görüşün bir başka dayanağını ise, *Özgenç*'in TBMM Adalet Komisyonu'nda ifade ettiği görüşü oluşturmakta olup, buna göre, üçüncü fıkradaki yollama sadece cezalara ilişkin olduğu gibi, suçun konusunda bir ayrım hedeflenmemiş olup, cezalandırma açısından bir önemi bulunmamaktadır[194].

---

[191] Gökçen, Balcı, **A.g.e.,** s.460; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.312.
[192] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.312; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.281-282; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Algan, **A.g.e.,** s.207; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.115; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.151.
[193] Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.462.
[194] İzzet Özgenç, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005, s.378 vd.

Kanaatimizce ise, madde hükmünün lafzı yorumu da dikkate alındığında suçun konusundaki farklılık cezaya yansımakta, dolayısıyla organ ticareti söz konusu olduğunda farklı, doku ticareti söz konusu olduğunda farklı cezalandırma sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, yukarıda açıklanan ilk görüşe katılıyoruz. Ancak gerek yukarıda anılan görüşün devamında önerilen ifade değişikliğinin yasa hükmüne yansımış olması[195], gerekse organ ve doku arasında hayatiyet bağlamında bir ayrım yapmanın doğru olmayacağı hususları dikkate alınarak, bu ayrımın hatalı olduğunu kabul etmek gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu bakımından TCK'nin 54. maddesi gereğince "müsadere" hükmünün uygulanması mümkündür[196]. "Satın alma", "satma", "satılmasına aracılık etme" fiillerinin gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılan veya bu fiillerin işlenmesine özgülenen eşya hakkında "müsadere" kararı verilebilecektir. Dahası suçtan hasıl olan kazançlar da müsadere kapsamına alınabilecektir. Bu noktada kendisine ait organ veya doku satan kişinin elde ettiği kazancın da müsadere kapsamına alınıp alınmayacağı soru olarak akla gelmektedir. Belirtilen durumda ana kuraldan sapmayı gerektiren fiili veya hukuki bir sebep bulunmadığından müsaderenin olanaklı olduğu kabul edilmelidir. Hatta kişi hakkında TCK'nin 92. maddesi gereğince cezaya hükmedilmese dahi bir "güvenlik tedbiri" olan müsaderenin uygulanması icap eder[197]. Burada suça konu organ veya dokunun müsadere edilip edilemeyeceği sorusu akla gelse de, aktarımdan sonra artık tedavüle konu bir emtiadan değil, kişinin bir parçası haline gelmiş şeyler söz konusu olduğundan müsadere edilemeyeceği tabiidir[198]

Bu suça ilişkin olarak verilen ceza, cezanın süresine göre TCK'nin 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek, ancak suçun konusu "doku"

[195] Özgenç yukarıda yer verilen görüşün devamında yasa hükmünün 'birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır' ibaresinin 'birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur' şeklinde değiştirilmesini önermiş ve hükmün son halinde bu ifade yer almıştır. (Özgenç, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, s.378 vd.)
[196] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1566; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.313; Algan, **A.g.e.,** s.207.
[197] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.152; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.313.
[198] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.313; Gökcan, Artuç, **Şerh**, C:III, s.3513; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.313; Algan, **A.g.e.,** s.207.

olması ve alt sınırdan ceza verilmesi halinde, aynı yasanın 51. maddesine göre ertelenebilecektir. Fail hakkında, verilen hapis cezasının süresi kadar aynı yasanın 53. maddesi uyarınca belli haklardan yoksun bırakılmasına, ayrıca bu suç doktorluk gibi bir "görevin kötüye kullanılması suretiyle" işlenmiş ise, verilen cezanın infazının tamamlanmasından itibaren geçerli olmak üzere ve verilen cezanın yarısından bir katına kadar süre ile bu hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilebilecektir[199].

Yukarıda belirtildiği üzere, suçun bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi hali TCK'nin 91/4. maddesi ile nitelikli unsur olarak düzenlenmiş olup, bu durumda yaptırımı "sekiz yıldan 15 yıla kadar hapis ve 10.000 güne kadar adli para cezası" olarak belirlenmiştir. Bu suçla ilgili verilen cezanın Kanun'da öngörülen alt sınırı itibariyle TCK'nin 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve 51. maddesine göre ertelenebilmesi olanaklı değildir. Ayrıca suçun hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması halinde, fail hakkında hapis cezasına mahkûmiyet halinde, TCK'nin 53. maddesi (f.5) gereğince ve cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilmesi gerekecektir[200].

TCK'nin 91/7. maddesi gereğince, suçun işlenmesine faaliyetleriyle araç olan "tüzel kişi" hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmolunması gerekir[201].

H. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçunun muhakemesi (soruşturma ve kovuşturması) şikâyete bağlı değildir, re'sen kovuşturulur.

Bu suçun Kanun'da öngörülen yaptırımı itibariyle yargılama görevi 5235 sayılı Kanun'un 10 – 14. maddesine göre asliye ceza mahkemesine aittir[202]. Aynı suç

---

[199] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu,** C:III, s.3157; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3511.

[200] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu,** C:III, s.3157; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3511-3512.

[201] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**; 273; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1566; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3512; Algan, **A.g.e.,** s.207.

"örgüt faaliyeti kapsamında" işlendiği takdirde ise, TCK'nin 91/4. maddesindeki ceza miktarı dikkate alındığında yargılama görevi ağır ceza mahkemesine ait olacaktır.

Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında yetkili yargı mercii, CMK'nin 12-14. maddelerine göre belirlenecek olup, belirtilen 12/1. madde hükmüne göre öncelikli olarak suçun işlendiği yer yargı mercileri yetkilidir[203]. Bu bağlamda, organ veya doku satın alma ve satma suçları bakımından satın alan ve satan fail arasında sözleşme yapılmasıyla suç tamamlanmış olacağından, sözleşmenin yapıldığı yer adli mercileri, organ veya doku satılmasına aracılık etme fiili yönünden ise, aracılık faaliyetlerinin işlendiği yer adli mercileri yetkilidir.

İnceleme konusu suçun bir kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlenmesi halinde soruşturma, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a göre izin alındıktan sonra yapılabilecektir[204].

Bu suç yönünden olağan dava zamanaşımı süresi, suçun organ ile ilgili işlenmesi halinde TCK'nin 66/1-d. maddesi gereğince on beş yıl, doku ile ilgili işlenmesi halinde ise TCK'nin 66/1-e. maddesi gereğince sekiz yıldır. Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise, olağan dava zaman aşımı süresi TCK'nin 66/1-d. maddesi gereğince on beş yıldır. Uzamış zaman aşımı süreleri ise, sırasıyla 22,5 yıl ve 12 yıldır.

---

[202] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.314; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu** C:III, s.3159.

[203] Murat Aydın (M. Aydın), "Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2013, C:3, S:1, s.45 vd. (Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev).

[204] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.314; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.314; Algan, **A.g.e.,** s.208.

II. ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME VEYA AŞILAMA SUÇU

A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler

TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Kanun'un belirtilen maddesinin gerekçesinde de, bu fıkra ile hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması fiillerinin müstakil bir suç şeklinde düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir.

TCK'nin 91. maddesinin önceki fıkralarında yaşayan kişiden ve ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçları ile organ ve doku satılması, satın alınması ve satılmasına aracılık edilmesi fiilleri yaptırıma bağlandıktan sonra, TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile kanun koyucunun organ veya doku ticaretinin önceki fıkralarda yer almayan aşamasını da suç kapsamına alarak, organ veya dokunun ticaret konusu yapılmasını her yönden engellemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır[205].

Organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılamak kural olarak yasaklanmamıştır. Yasaklanan ve suç oluşturan husus ise, belirtilen seçimlik hareketleri hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya doku yönünden yapmaktır[206]. Fail organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmesi aşamasında yer almış olmasa bile, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer alan fiillerden birini işlediği takdirde cezai sorumluluğu ortaya çıkar[207].

[205] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.112; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.208-209.
[206] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299.
[207] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.291; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299; Algan, **A.g.e.,** s.209.

B. Korunan Hukuki Değer

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun koruduğu hukuki değer önceki maddelerde düzenlenen suçlarla korunan hukuki değerlerle benzeşmekte ve etkileşim içerisinde bulunmaktadır.

Bu suç ile korunan hukuki değer; yaşayan kişiden hukuken geçerli rızasına dayalı olmaksızın alınan organ veya doku ile ilgili olarak yaşam hakkı, beden bütünlüğü, insan onuru iken, ölü bir insanın bedeninden hukuka aykırı olarak alınan organ veya doku ile ilgili olarak korunan hukuki değer kişinin hatırasına saygıdır. Ortak değer olarak ise, insan sağlığını ilgilendiren konularda kamu düzeninin sağlanmasıdır[208].

Söz konusu suçun kanuni tanımında yer verilen seçimlik hareketler, organ veya doku ticareti suçunun tamamlayıcı fiillerini oluşturmakta olup, korunan hukuki değerin özünde de bir farklık bulunmamaktadır. Bu sebeple yukarıda açıklandığı üzere, organ veya doku alınması ve naklinin ticari boyutu söz konusu olduğunda yasa öncelikli olarak kişilerin yararını korumaktadır. Ancak ticari boyutun bir sonucu olarak toplumsal yararın korunması da önem kazanmaktadır. Devletin toplumsal yararın korunmasına yönelik yükümlülüklerinin en başta geleni toplumun güven içinde olmasını sağlamak olduğundan, toplumu oluşturan bireylerin vücut bütünlüğünü koruma görevinin yanı sıra, bu tip fiillerin kamu sağlığını bozucu yönünün de önem taşıdığı dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda insan onurunun korunması, ölünün hatırası ve yakınlarının haysiyetinin ihlalini önlemek[209] ve daha da önemlisi, kişilerin ekonomik çaresizliğinin sömürülmesinin engellenmesi yoluyla toplumsal barışın korunması korunan hukuki değerin belirlenmesi açısından diğer önemli unsurları oluşturmaktadır[210].

---

[208] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.414.; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** 1555.
[209] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129.
[210] Gökcen, Balcı**, Kasten Öldürme**, s.423; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.284-286.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki suç tanımında hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Suçun kanuni tarifinde fail ile ilgili olarak "kişi" deyimine yer verilmiş, başkaca özel bir vasıf aranmamıştır.

Failin sıfatı ile ilgili olarak ve söz konusu suçun özgü suç olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde ortaya çıkan bu görüşlerden *ilkine göre,* hekimlik vasfı bulunmayan bir kimsenin organ veya doku nakli veya aşılanması gibi oldukça nitelikli, zor ve karmaşık bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi mümkün olmadığından, bu işlemler ancak hekimlerce yapılabilir ve bu nedenle suç özgü suçtur[211]. Bu ilk görüşe taraf olan *Parlar/Hatipoğlu* tarafından, söz konusu suçun özgü suç niteliğinde olduğu belirtilerek, suçun failinin de hukuk dışı yollarla elde edildiği bilinen organ veya dokuyu saklayan aracı, özel veya kamu kurumunun uzman personeli, aşılama veya nakletme fiilini işleyen uzman hekim veya ekipte yer alan personel olabileceği görüşü ileri sürülmektedir[212]. *Karşıt görüşe göre ise,* Kanun'da fail ile ilgili özel bir vasıf aranmamış olması nedeniyle, fail "hekim" olabileceği gibi tıbbi donanımı olmayan sıradan bir kişi de olabilir ve bu çerçevede suç herkes tarafından işlenebilir[213]. Bu ikinci görüş yönünde *Hafızoğulları/Özen* tarafından ise, söz konusu suçun failinin herkes olabileceği kabul edilmekle birlikte, işin icabı olarak daha çok tıp mesleği mensupları tarafından işlenebileceğine işaret edilmektedir[214].

---

[211] Donay, **A.g.e.,** s.151; Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s. 287; Özbek, v.d., **Özel Hükümler**, s. 259.
[212] Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e**, s.1563.
[213] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.264; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Taneri, **A.g.e.,** s.484; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3146; Gerçeker, **A.g.e.,** s.983.
[214] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.112.

Yukarıda açıklanan faile ilişkin doktrinde ortaya çıkan farklı görüşlerin söz konusu suçun seçimlik hareketlerinden "nakletme" ve "aşılama" fiilleri üzerinde yoğunlaştığı, ancak "saklama" fiilinin failine ilişkin tartışmaya girilmediği de görülmektedir.

Yukarıda ayrıntılı biçimde ifade edildiği üzere, kanaatimizce bir şeyin hukuken mümkün olması ile fiilen mümkün olması arasında ceza kanunlarının yorumu bakımından farklılık oluşmaktadır. Doktor olmayan bir kimsenin organ veya doku nakli (nakletme veya aşılama) yapmasının hukuken yasak olması farklı, fiilen kişinin bu konuda bilgi ve yeteneğinin olmaması farklıdır. Bir kimsenin hekimlik mesleğini icra etme yetkisi olmamasına rağmen organ veya doku nakletme veya aşılama işleminde görev alması TCK'nin 91/1. maddesindeki suça ilişkin koşullardan bağımsız olarak TŞSTİK kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Aksinin kabulü halinde, hekimlik mesleğinden çıkartılmış ya da tıp fakültesinin ileri sınıflarında öğrenci olan, veteriner hekim ya da sağlık mesleği mensubu olmakla birlikte hekim olmayan, yabancı uyruklu olup kendi ülkesinde organ ve doku nakli ile ilgili uzmanlığı bulunan veya her nasılsa organ veya doku nakli hususunda yetişmiş (mahir) olan ve ancak hekim vasfı olmayan bir kişinin söz konusu TCK'nin 91/5. maddesinde tanımlanan fiilleri işlemesine rağmen, cezasız kalması gibi bir sonuca sebebiyet verilebilir. Diğer yandan, yukarıda daha önce ifade edildiği üzere *Hafızoğulları/Özen*'in organ veya doku naklinin arz ettiği karmaşık tıbbi müdahale niteliği itibarıyla uzman hekimler eliyle yapılması gerektiği yönündeki görüşüne iştirak ediyoruz. Zira her organ veya doku nakli işlemi ve inceleme konusu suç bakımından nakletme ve aşılama şeklindeki seçimlik fiiller karmaşık birer operasyon ve ameliyatlar zinciri halinde gerçekleştirilmektedir. Hatta organ veya dokunun saklanması dahi özel şartlar ve nitelikli tıbbi donanım ve malzeme gerektirmektedir. Ancak saklama fiilini hekim olmayan bir kişinin işleyebileceği hususunda tartışma da bulunmamaktadır.

Tüm bu sebeplerle ve yukarıda açıklandığı üzere, kanaatimizce suçun kanuni tanımında failin sıfatına ilişkin özel bir nitelik aranmamış olması ve Kanun'un yapılış amacı dikkate alındığında, söz konusu suçun ve bu çerçevede suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik fiillerin herkes tarafından işlenebileceğini kabul etmek

gerektiğini değerlendirmekteyiz. Bu değerlendirmemiz nedeniyle de, söz konusu suçun hukuki niteleme yönünden özgü suç niteliğinde olmayıp genel suçlardan olduğu kanaatindeyiz.

b. Mağdur–Suçtan Zarar Gören

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçunun mağdurunun kimler olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bu bağlamda, *bir görüşe göre*, söz konusu suçun mağduru, hayatta ise suça konu organ veya dokunun alındığı kişi[215], organ veya dokunun ölüden temin edilmiş olması halinde bedeninden organ veya doku alınmış olan ölenin ODNK'nın 14. maddesinin birinci fıkrası hükmü çerçevesinde organ veya doku alınmasına rıza göstermeye yetkili yakınları[216] veya ölen kişinin kanuni mirasçılarıdır[217]. *İkinci bir görüş taraflarınca*, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınan yaşayan kişi ile bedeninden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınan ölünün yakınlarının menfaatlerinin halihazırda birinci ve ikinci fıkralarda yer verilen suçların mağdurları olduklarından bahisle söz konusu suçun mağduru olamayacakları, bu çerçevede suçun mağdurunun sağlıklı bir toplum içerisinde yaşama hakkına sahip toplumun tüm bireyleri olduğu ileri sürülmektedir[218]. Bu ikinci görüş bağlamında, söz konusu suçun gayri muayyen bir suç niteliği taşıdığı da savunulmaktadır[219].

Bu konuda öğretide yer bulan *bir başka görüş ise*, yukarıda ayrıntılı biçimde izah edildiği üzere kamu düzeni bozulan devletin de "mağdur" kabul edilmesi[220] ve bu bağlamda suçun "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" içinde düzenlenmesi

[215] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.207.
[216] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.280; Üzülmez, **A.g.e.,** s.130; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.288.
[217] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.412; Halıcı, **A.g.e.,** s.61.
[218] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288-289; Algan, **A.g.e.,** s.210.
[219] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.112
[220] Arslan, Azizoğlu, **A.g.e.,** s.414, M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129, Gökcen, Balcı**, Kasten Öldürme**, s.423, Algan, **A.g.e.,** s.81-82.

gerektiği yönündedir[221]. Ancak kanaatimizce ise, suça konu fiilin öncelikli ve doğrudan zararının kişinin vücut bütünlüğüne yönelmiş olması sebebiyle ilgili suçun TCK'nin "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" kapsamında düzenlenmiş olması isabetli bir tercih olmuştur.

Tüm bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce suçun mağduru öncelikle, organ veya dokunun hukuka aykırı biçimde alındığı yaşayan kimse ya da eğer ölüden alınmışsa ölünün ODNK'nın 14. maddesinin birinci fıkrası hükmü çerçevesinde organ veya doku alınmasına rıza göstermeye yetkili yakınları ve kanuni mirasçılarıdır.

Ayrıca, söz konusu fiillerin suç olarak düzenlenmesi ile organ veya doku ticaretinin her yönüyle önlenmesinin amaçlanmış olması dikkate alındığında, toplumdaki tüm bireylerin de suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz.

c. Suçun Konusu

Organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçunun maddi konusu, bahsi geçen seçimlik fiillere konu edilen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan "organ" veya "doku" olarak kabul edilmektedir[222]. Suçu cezalandırılabilir kılan koşul, saklanan veya nakledilen veya aşılanan organ veya dokunun "hukuka aykırı yollardan elde edilmiş" olmasıdır[223].

TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasının "*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi…*" şeklindeki düzenlemesi itibariyle, suçun maddi konusunu, yaşayan kişiden hukuken geçerli rızasına dayalı olmaksızın veya ölüden hukuka aykırı olarak alınan organ ya da dokuların oluşturduğu anlaşılmaktadır. Organ veya dokunun yaşayan bir kişiden veya ölüden ODNK ile belirlenen koşullara uyularak alınması halinde, organ veya doku hukuka uygun yollarla elde edilmiş olacağından, söz konusu bu suç oluşmaz.

---

[221] Katoğlu, **A.g.m.,** s.664.
[222] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.112; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289; Algan, **A.g.e.,** s.211.
[223] Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e**, s.1563.

ODNK'nın 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmek suretiyle Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise, oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu ayrık olarak düzenlenmiş, bunların ODNK hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kurallarına tabi bulundukları belirtilmiştir[224]. Bu nedenle, hukuka uygun olmayan yöntemlerle elde edilmiş olsa bile, ODNK'nın yukarıda belirtilen 2. maddesi gereğince organ ve doku tanımı kapsamı dışında bırakılan ve yine organ veya doku niteliğini haiz bulunmayan bir insan kökenli biyolojik maddenin söz konusu olması halinde, fiil konusuz kalacağından söz konusu TCK'nin 91/5. maddesinde tanımlanan suç oluşmayacaktır[225].

d. Fiil

Organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu ile ilgili olarak TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, "*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmüne yer verilmiştir.

Suçun oluşması öncelikle "organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması" ön şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Burada suçun kanuni tarifinde yer verilen "hukuka aykırılık" kavramının suçun konusu olan organ veya dokunun temin edilme biçimine işaret ettiği açıktır. Nitekim, kural olarak yasaklanan ve suç oluşturan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması olmayıp, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanmasıdır[226]. Bu itibarla, ODNK'de belirtilen usul ve kurallara uyulmaksızın organ veya dokunun alınması, temin edilmesi halinde, belirtilen bu ilk şart, yani suçun konusu olan organ veya dokunun elde edilmesi bakımından hukuka aykırılık koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin, hekim olan failin bir bedel veya

[224] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289.
[225] Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.117.
[226] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273.

menfaat karşılığında alım satıma konu edildiğini bildiği böbreği yaşayan alıcıya nakletmesi halinde, suçun konusu olan böbrek hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması nedeniyle belirtilen suç oluşacaktır[227]. Bir başka örnek olarak, bitkisel hayatta olan bir kişinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak şekilde vücutta tek bir tane olan kalbinin alınması ve bu kişinin bağlı bulunduğu teknik cihazlarla bitkisel hayatta tutulması durumunda, bu durumu bilen failin mağdurdan hukuka aykırı yollarla alınmış olduğunu bildiği söz konusu kalbi saklaması veya nakletmesi durumunda da, failin bu fiili söz konusu suçu oluşturur[228].

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılaması suretleriyle bu suç işlenebilir. Bu haliyle suç seçimlik hareketli bir suçtur[229]. Kanun'un anılan maddesinde suçun seçimlik hareketleri "saklamak", "nakletmek" veya "aşılamak" şeklinde sayılmıştır. Sayılan bu seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla suç tamamlanır. Suçun tamamlanması için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu nedenle söz konusu suç "sırf hareket suçu" niteliğindedir[230]. Suçun tamamlanması için seçimlik fiillerin yapılması neticesinde ayrıca bir zararın gerçekleşmesi de aranmamıştır[231].

Seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli olmakla[232] birlikte, birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde de failin tek suçtan cezalandırılması gerekir[233].

Suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik hareketler yapma suretiyle işlenebilir nitelikte olmaları nedeniyle suç icrai nitelikte bir suçtur[234].

---

[227] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.133; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299.
[228] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273.
[229] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298-299; Algan, **A.g.e.,** s.112; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.109.
[230] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301.
[231] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283.
[232] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.109.
[233] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298-299; Karşıt görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113.
[234] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.211.

Doktrinde ileri sürülen katıldığımız görüşe göre, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılaması suçunun kanuni tarifinde yer verilen organ veya dokuyu nakletme veya aşılama fiillerinin, karmaşık birer tıbbi müdahale niteliğinde olması, bu işlemlerin gerektirdiği bilgi ve uzmanlık seviyesi dikkate alındığında, ancak cerrahi usullerle yapılabilecek olması, yine organ veya doku saklanması fiilinin de belirli düzeyde tıbbi bilgi ve uzmanlık ile bir takım teknik donanımın varlığını gerektirmesi, saklamanın ancak organ veya dokuyu hayatta tutacak tıbbi yöntemlerle gerçekleştirilebilecek olması nedeniyle, söz konusu suç bağlı hareketli bir suçtur[235].

Doktrinde suçun ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Bir görüşe taraf olanlarca,* suç tipinde belirtilen seçimlik fiillerin yapma biçiminde gerçekleşiyor olmasının suçu icrai hareketli bir suç haline getirmekte olduğu ve ihmali davranışla işlenebilecek suçların ceza kanununda özelikle gösterilmesi gerektiği savından hareketle, suçun ihmali davranışla işlenemeyeceği ileri sürülmüştür[236]. *Karşı görüş taraflarınca* ise, bir hastanede hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya doku bulunduğunu bilerek göz yumma davranışı örneğinin suçun ihmalen de işlenebileceğini gösterdiği ileri sürülmüştür[237]. Yukarıda yaşayan kişiden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçunda "fiil" başlığı altında aynı tartışmaları konu edecek şekilde ihmali suç ile ilgili ayrıntılı açıklamalar yapılmış olup, anılan tartışma ve görüşler burada da geçerli olduğundan tekrarlanmayacaktır. Kanaatimizce, gözetim ve denetim görevini kasten ihmal etmek suretiyle suçun işlenmesini kolaylaştıran kişilerin -*örnekte hastane başhekimi*-, bu ihmali davranışının görevle ilgili suçlar bağlamında ya da söz konusu suçun doğrudan doğruya beraber işlenmesi bağlamında cezai sorumluluk doğurması olasıdır. Ancak, Kanun'da suçun ihmali davranışla işlenebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, bu suçun ihmali davranışla işlenemeyeceğini değerlendirdiğimizden, bu yönündeki yukarıda belirtilen ilk görüşe iştirak etmekteyiz.

---

[235] Algan, **A.g.e.,** s.212; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149.
[236] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.290; Algan, **A.g.e.,** s.211; Benzer görüş için *Bknz.* Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.149.
[237] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.132; Halıcı, **A.g.e.,** s.27.

Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılaması suçu, yukarıda açıklandığı ve doktrinde kabul edildiği üzere, seçimlik hareketli bir suç olması göz önüne alınarak, seçimlik fiiller aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

(1) Saklamak

"Saklamak" kavramı sözlükte, elde bulundurmak, tutmak, kaybolmaması için gizli bir yere koymak, bozulmadan doğal durumları ile durmasını sağlamak, korumak ve muhafaza etmek anlamlarında kullanılmaktadır[238]. Söz konusu TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama suçu bakımından ise, mevzuata aykırı olarak elinde bulundurmak, muhafaza etmek anlamında kullanılmaktadır.

Bu bağlamda ve söz konusu suç itibariyle "saklama", yaşayan kişiden hukuken geçerli rızası bulunmaksızın ya da ölen bir kimsenin bedeninden hukuka aykırı olarak alınmış olan organ veya dokunun fonksiyonunu yitirmeden belli bir süre sonra alıcı kişiye nakledilmek ya da aşılanmak üzere muhafaza altına alınmasını, organ ve dokuyu her an kullanıma hazır bulundurma eylemini ifade etmektedir[239]. Diğer bir anlatımla, hukuka aykırı yollarla elde edilen organ veya dokuyu her an kullanıma hazır bir biçimde bulundurma eylemidir[240]. Örneğin bir bedel veya menfaat karşılığında ölünün bedeninden alınmış olması nedeniyle hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan böbreği, bu durumu bilerek çalıştığı hastanede ve uygun teknik donanım ve koşullarda kayıtsız olarak sakladığı tespit olunan hekim, bu fiili nedeniyle TCK'nin 91/5. maddesi gereğince sorumlu tutulacaktır[241].

Bir organ veya dokunun saklandığından bahsedebilmek için, öncelikle söz konusu organ veya dokunun saklanmasının tıbbi yönden olanaklı olması da

---

[238] (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 16 Eylül 2021.
[239] **Organ Nakli Kalitesi ve Güvenliği Rehberi**, T.C: Sağlık Bakanlığı Yayını, 2013 (Avrupa Konseyinde basılmıştır), s.77.
[240] Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3500; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3152; Algan, **A.g.e.,** s.212-213; benzer görüş için *bknz.* Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.987; Mermut, **A.g.m.,** s.1479.
[241] Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Taneri, **A.g.e.,** s.489.

gerekir[242]. Diğer yandan, organ veya dokuyu saklama işleminin süresinin, yani bir yerde muhafaza edildiği sürenin ya da ilgili yere götürülmesi sırasında geçen zamanın uzunluğunun suça etkisi yoktur[243].

(2) Nakletmek

"Nakil" kavramı sözlükte, "*Bir yerden alıp başka bir yere iletme, aktarma, taşıma, geçirme, aktarım*"[244] şeklinde tanımlanmış olmakla birlikte, tıbbi bir kavram olarak "organ nakli" ONHY'nin 4. maddesinin 1. fıkrası (u) bendinde "*Fonksiyonunu mevcut hiçbir tedavi seçeneği ile yerine getiremeyen organın yerine, ölü veya canlı vericiden alınan organın tedavi amacıyla alıcıya nakledilmesi işlemi*" olarak tanımlanmıştır. Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı taslak metninde ise nakil, "*vericiden alınan organ, doku veya hücrenin tedavi amacı ile alıcı vücudu ile bütünleştirilmesine yönelik tıbbi işlem*" şeklinde tanımlanmıştır[245].

Suçun kanuni tarifinde yer verilen "nakletme" kavramının hukuki olarak taşıdığı anlam konusunda öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Görüş ayrılığının temelini ise, "nakleden" kavramı ile kastedilenin organ veya dokunun bir başka vücuda tıbbi olarak aktarılmasının mı yoksa kişiler arasındaki dolaşımının mı olduğu konusu oluşturmaktadır. Bu kapsamda ileri sürülen *ilk görüşe göre*, kelimenin lafzından "hukuka aykırı surette elde edilmiş organ veya dokunun kişiler arasındaki dolaşımını sağlayan kişi hareketleri" anlaşılmalıdır. Bu görüşün temel dayanağı Kanun'da organ veya dokunun bir başka kimsenin vücuduna aktarılması anlamını taşıyan "aşılama" kavramının ayrıca zikredilmiş olmasıdır[246]. Bu görüşle paralel olarak, her iki kelimenin aynı anlamda kullanıldığı ve aşılama kelimesinin organ ya da dokunun tıbbi müdahaleyle alıcıya ait organizmaya eklenmesi manasına geldiği ve temelde tıbbi anlamda "nakil" kavramı ile aynı anlamı ifade ettiği de

[242] Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e**, s.1553; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1312.
[243] Meran, **A.g.e.,** s.227.
[244] (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021.
[245] Benzer görüş için *Bknz*. Ç. Aydın, **A.g.e.,** s.133.
[246] Algan, **A.g.e.,** s.213; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.109; benzer görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298.

belirtilmektedir[247]. *Karşı görüşe göre ise,* "*nakil, bir organın başka bir alıcıya aktarılması olarak tanımlanabilir ve hiçbir şekilde organın bir noktadan başka bir noktaya taşınması olarak anlaşılmamalıdır*"[248]. Bu ikinci görüş taraftarlarına göre, nakletme kavramı organa, aşılama kavramı ise dokuya münhasır olarak kullanılmaktadır. Aynı yöndeki bir diğer görüş de, kanundaki lafzın cerrahi bir anlama işaret ettiğini vurgulayarak, kişiler arasındaki dolaşımın kastedildiği yönündeki görüşün aksi yöndeki yorumu paylaşmaktadır[249].

"Nakleden" kavramının TCK'de düzenlenen çeşitli suçların tipikliğinde yer aldığı görülmektedir. Bu anlamda örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile ilgili TCK'nin 188. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında "nakleden" kavramının kişiler arasındaki dolaşımını sağlayan kişi hareketleri anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır[250]. Bunun gibi ve inceleme konusu suç dışında olmak üzere, TCK'de düzenlenmiş olan; iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile ilgili 117/3. maddesinde, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi suçu ile ilgili 174/1. maddesinde, zehirli madde imal ve ticareti suçu ile ilgili 193/1. maddesinde, parada sahtecilik suçu ile ilgili 197/1. maddesinde, kıymetli damgada sahtecilik suçu ile ilgili 199/1. maddesinde, müstehcenlik suçu ile ilgili 226. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında, yasak cihaz veya programlar suçu ile ilgili 245/A. maddesinde, ses veya görüntülerin kayda alınması suçu ile ilgili 286/1. maddesinde, silâh sağlama suçu ile ilgili 315/1. maddesinde ve savaşta yalan haber yayma suçu ile ilgili 323/1. maddesinde de suçun kanuni tanımında "nakleden" ifadesine yer verildiği ve bu kavramın kişiler arasındaki dolaşımını sağlayan kişi hareketleri anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesi bağlamında olaya yaklaşıldığında, Kanun'un çeşitli suçlara ilişkin maddelerinde yer alan aynı kavramların aynı anlamda kullanılması beklenir.

---

[247] **Organ Nakli Kalitesi ve Güvenliği Rehberi**, s.77.

[248] Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1315: benzer görüş için *bknz.* Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3152-3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3500; Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.989; Şen, **Türk Ceza Konunu Yorumu**, s.325.

[249] Mermut, **A.g.m.,** s.1479.

[250] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.779; Aynı yönde kabul için Bknz. Yrg. CGK, E.2021/10-145, K.2022/761, K.T:11/10/2022; Yrg. 10.CD, E.2023/7857, K.2023/4888, K.T:30/05/2023.

Bu yaklaşımın, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen "nakleden" kavramının kastettiği şeyle ilgili doktrinde ileri sürülen yukarıda belirtilen birinci görüşü desteklediği de açıktır. Nitekim yukarıda belirtilen suçlar bakımından "nakleden" kavramı ile kastedilenin kişiler arasındaki dolaşımını sağlayan kişi hareketleri anlamında olduğu hususunda doktrinde, yerleşik Yargıtay içtihatlarında ve İstinaf kararlarında bir tartışma da söz konusu değildir. Ancak, söz konusu organ veya doku saklama, nakletme ve aşılama suçunun tipikliği itibariyle "nakleden" kavramı ile kastedilenin ne olduğu hususunda doktrinde haklı olarak farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Kanaatimizce söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen "nakleden" kelimesi ile kastedilen husus, tıbbi anlamda organın vücuda aktarımı, yani tıbbi anlamda nakil işlemi şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim, organ ve doku nakline ilişkin temel esasların düzenlendiği ODNK'da "nakil" kavramının tıbbi anlamda kullanıldığından kuşku bulunmadığı gibi, TCK'nin 91. maddesinin önceki fıkralarında yaşayan kişiden ve ölüden organ veya dokunun hukuka aykırı olarak alınması, ayrıca satın alma, satma ve aracılık fiillerine ilişkin olarak suç ve cezaların tanımlandığı, ancak "tıbbi nakil" işlemine ilişkin bir hükmün yer almadığı görülmektedir. Diğer yandan "aşılama" kelimesinin "nakil" kelimesi ile kastedilen fiili tam olarak karşılamadığı da dikkate alındığında, kanun koyucunun bu fıkrada kastettiği işlemin "tıbbi nakil" kavramına işaret ettiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim "organ nakli" kavramının tıbbi bir işlem olarak yukarıda belirtilen ONHY'nin 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (u) bendinde yer verilen tanımı dikkate alındığında, kanaatimizce bu yöndeki bir yorum daha isabetlidir.

Kaldı ki, önceki açıklandığı üzere, kanun koyucu tarafından TCK'nin 91. maddesinin diğer fıkralarındaki suçların oluşması bakımından organ veya dokunun yaşayan vericiden "hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın" ve ölüden ise "hukuka aykırı olarak" alınması yeterli görülmüş, bu suretlerle alınmış olan organın naklinin gerçekleştirilmiş olması aranmamış, bu nedenle söz konusu suretlerle (hukuka aykırı yollarla) elde edilmiş olan organın nakledilmesi fiili söz konusu bu fıkrada müstakil bir suç şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla TCK'nin 91/5. maddesinde yer verilen seçimlik hareketlerden "nakleden" kavramıyla organın alıcı pozisyonundaki hastaya

nakline işaret edilmektedir. Buna paralel olarak "aşılamak" fiili de dokunun alıcı pozisyonundaki hastaya "aktarılması" şeklinde anlaşılmalıdır. Burada organ veya dokuyu nakleden veya aşılayan kişiye yüklenen organ veya dokunun "hukuka uygun yollarla elde edilip edilmediğini araştırma" yükümlülüğüne de gönderme yapıldığı görülmektedir.

(3) Aşılamak

"Aşılamak" kavramı sözlükte, "*vücutta bağışıklık yaratmak veya yerleşmiş bir hastalığa karşı koyabilmek için hazırlanmış bir aşıyı vücuda vermek, aşı yapmak, başkasına hastalık geçirmek*" şeklinde tanımlanmıştır[251].

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ ya da dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılanması suçu bakımından, suçun kanuni tarifinde "nakletmek" ve "aşılamak" kavramlarının birlikte kullanılmış olması nedeniyle, aşılamak kavramıyla kastedilen hususla ilgili doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu anlamda, yukarıda "nakleden" başlığı altında açıklandığı üzere, suçun kanuni tarifinde yer verilen "nakleden" kavramıyla kişiler arasındaki dolaşımın kastedildiği görüşünde olanlara göre, "aşılamak" fiili ile kastedilen, organ veya dokunun tıbbi yöntemler ile hasta kişinin (yaşayan alıcının) vücuduna aktarılmasıdır[252]. Buna karşılık, suçun kanuni tarifinde yer verilen "nakleden" kavramıyla bir organın alıcıya aktarılmasının kastedildiği görüşünde olanlara göre "aşılamak" fiili ile kastedilen, bir dokunun alıcıya aktarılması işlemidir[253].

Yukarıda nakletmek başlığı altında yapmış olduğumuz tartışma ve görüşlere atıfla, inceleme konusu suçun düzenlendiği TCK'nin 91/5. maddesinde yer verilen "nakleden" kavramıyla organın alıcı pozisyonundaki hastaya nakline işaret edildiği, buna paralel olarak "aşılamak" fiili de dokunun alıcı pozisyonundaki hastaya "aktarılması" şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

---

[251] (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 20 Aralık 2022.
[252] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Algan, **A.g.e.,** s.214.
[253] Gökcan, Artuç, **Şerh**, 3500; Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1312; Şen, **Türk Ceza Konunu Yorumu**, s.325; Mermut, **A.g.m.,** s.1479.

e. Netice

Söz konusu suç hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ ya da dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılanması ile gerçekleşir. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur.

Suçun tamamlanması için kanuni tarifinde yer verilen seçimlik hareketlerin yapılması yeterli olup, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi koşuluna yer verilmemiştir. Bu itibarla ve yukarıda fiil başlığı altında da ifade edildiği üzere, inceleme konusu suç sırf hareket suçudur[254].

Suçun neticesiz suçlardan olması nedeniyle, suçun tamamlanması bakımından bir netice ve dolayısıyla bir "nedensellik bağı" olgusu da bulunmamaktadır[255].

Suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik hareketlerin yapılması sonucunda ayrıca bir zarar ortaya çıkmış olması koşuluna yer verilmemiştir. Bu anlamda, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan organ veya dokunun nakli ya da aşılanması sonucunda alıcı kişinin yaralanması, ölmesi ya da başka bir şekilde zarar görmüş olması şart değildir. Yine saklanan organ veya dokunun herhangi bir biçimde zarar görmesi, örneğin ölmesi, işe yaramaz hale gelmesi de gerekmez Bu yönüyle söz konusu suç zarar suçu olmayıp, tehlike suçudur[256].

2. Manevi Unsurlar

a. Kast

Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun kast unsuru ile ilgili olarak, failin hukuka aykırı olarak temin edildiğini bildiği organ veya dokuyu bilerek ve isteyerek saklaması,

[254] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Üzülmez, **A.g.e.,** s.130; Algan, **A.g.e.,** s.212; Benzer görüş için Bknz. Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113.
[255] Özbek v.d., **Özel Hükümler**, s.271.
[256] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301.

nakletmesi veya aşılaması yeterlidir. Bu itibarla söz konusu suç kasten işlenebilen bir suçtur[257].

Söz konusu suçun kanuni tanımında failde herhangi bir saikin bulunmasına yer verilmemiştir. Bu nedenle failin saiki suçun meydana gelmesi bakımından bir önem taşımaz[258].

Yukarıda da ifade edildiği gibi, söz konusu suç sırf hareket suçu olduğundan[259], failin kasta ilişkin bilme ve isteme halinin seçimlik olan saklama, nakletme veya aşılama fiillerinden en az birini kapsaması gerekli ve yeterlidir. Suçun tamamlanması için herhangi bir netice veya zararın gerçekleşmesi de gerekmemektedir. Bu itibarla kastın kapsaması gereken bir netice olgusu ve dolayısıyla bir "nedensellik bağı" olgusu da bulunmamaktadır[260].

Failin kastının, suçun konusunu yani yaşayan kişiden ya da ölü insanın bedeninden alınan şeylerin "organ" veya "doku" niteliğinde olmasını da kapsaması gerekir. Bu çerçevede, failin sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı şeyin ODNK ile belirlenen koşulları itibariyle organ veya doku niteliğinde olduğunu bilmesi ve buna karşın belirtilen seçimlik fiillerden birini ya da birden fazlasını isteyerek işlemiş olması halinde, diğer koşullarının da bulunması şartıyla failin suç kastıyla hareket ettiği kabul edilebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, failin suçun konusu ile ilgili vasıflandırma hatası kastı ortadan kaldırmaz ve ceza sorumluluğuna tesir etmez[261].

Öğretide suç kalıbında hukuka aykırılığa özellikle yer verildiği durumlarda kastın bu hususu kapsayıp kapsamayacağına ilişkin farklı görüşler mevcut olup[262] bu görüş ve tartışmalar yukarıda ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçunun kast başlığı altında açıklanmıştır. Bu bağlamda, suçun kanuni tanımında yer verilen hukuka aykırılık tipikliğe dahil unsurlardan birini nitelendiriyorsa, söz konusu unsura ilişkin bir özellik olması nedeniyle haksızlık tipinin parçası ve

[257] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Algan, **A.g.e.,** s.214.
[258] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302.
[259] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274.
[260] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler,** s.273-274; Algan, **A.g.e.,** s.214.
[261] Algan, **A.g.e.,** s.215.
[262] Zafer, **A.g.e.,** s.285; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.267; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.357.

tipikliğin içerisinde yer alan normatif bir unsur olduğu[263] gibi, failin kastının bahsi geçen özel hukuka aykırılık hallerini de kapsaması gerekir[264]. TCK'nin 91/5. maddesinde "hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan" kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada suçun kanuni tarifinde yer verilen "hukuka aykırılık" kavramının seçimlik hareketlerle ilgili olmayıp, suçun konusu olan organ veya dokunun temin edilme biçimine işaret ettiği açıktır. Yukarıda açıklandığı üzere, kural olarak organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması yasaklanmamış olup, yasaklanmış olan ve suç teşkil eden "hukuka aykırı yollarla elde edilmiş" olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanmasıdır[265]. Bu çerçevede, failin sakladığı, naklettiği veya aşıladığı organ veya dokunun ODNK ve sağlık mevzuatıyla belirlenen koşullara uyulmaksızın, yani hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesi kastının varlığı bakımından gereklidir[266].

Diğer yandan, söz konusu suçun ve benzeri suçların kanuni tanımında yer verilen hukuka aykırılık tipikliğin maddi unsurlarından birini nitelendirmesi nedeniyle, failin suç kastının varlığı bakımından hukuka aykırılık unsurunu da bilmesi gerektiğinden, bu tür suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmektedir[267]. Bu bağlamda, suçun kanuni tanımında tipikliğe dahil bir unsur olan suçun konusunun bir özelliği olarak hukuka aykırılık unsuruna yer verildiğinden, yukarıda da açıklandığı üzere failin suça konu organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesi kastının varlığı için zorunlu olup, bu itibarla da inceleme konusu suç olası kastla işlenemez, yalnızca doğrudan kastla işlenebilir[268].

Söz konusu suçun kanuni tarifinde taksirle işlenebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, yani kanuni tarifinde taksirle

---

[263] Kangal, **A.g.e.,** s.184.
[264] Göktürk, **A.g.m.,** s.427.
[265] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273.
[266] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3500; Algan, **A.g.e.,** s.216; Göktürk, **A.g.m.,** s.427; Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.109.
[267] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269; Göktürk, **A.g.m.,** s.427; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.251-252;
[268] Kaplan, Kıdıl, **A.g.m.,** s.109; Göktürk, **A.g.m.,** s.427; Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, Genel Hükümler, s.269.

işlenebileceği yönünde özel bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu suçun taksirle işlenmesi söz konusu değildir[269].

b. Kastı Kaldıran Hata Hali

Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması suçunun meydana gelmesi için, suçun konusu olan organ veya dokunun hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata halinde failin kastının varlığından söz edilemez.

Bu bağlamda, failin sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı organ veya dokunun hukuka uygun yollarla elde edildiği bilgisine dayalı olarak eylemini işlemiş olması halinde, failin söz konusu hatası kastını ortadan kaldıracaktır. TCK'nin 30/1. maddesine göre, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Dolayısıyla TCK'nin 91/5. maddesi hükmü dikkate alındığında sakladığı, naklettiği veya aşıladığı organ veya dokunun "hukuka aykırı yollarla elde edildiğini" bilmeyen failin kastının varlığından söz edilemeyeceğinden söz konusu bu suçtan sorumlu tutulması mümkün değildir[270]. Örneğin, naklini yapmış olduğu karaciğerin yaşayan vericiden hukuken geçerli rızaya dayalı olarak alınmış olduğu bilgisiyle hareket eden fail hekim, örnek olayda nakledilen karaciğerin hukuka aykırı yollardan -*örneğin bir satım ilişkisi çerçevesinde*- elde edilmiş olduğu hususundaki esaslı hatasından yararlanır ve bu durumda kastı ortadan kalkacağından fiili nedeniyle sorumlu tutulamaz.

Suçun Kanun'da öngörülen seçimlik hareketleri göz önüne alındığında ve yine suçun kanuni tarifinde nitelikli unsurlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması dikkate alındığında, yukarıda belirtilen organ veya dokunun hukuka uygun biçimde elde edildiği kanısıyla fiili işlemiş olması haline ilişkin hatası dışında başkaca bir kastı kaldıran hata durumu söz konusu değildir.

---

[269] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.302; Algan, **A.g.e.,** s.214; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501.

[270] Değirmenci, **A.g.m.,** s.169-170; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Benzer görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Algan, **A.g.e.,** s.216.

Söz konusu suçun kanuni tarifinde taksirle işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle, suç taksirle işlenemeyeceğinden, yukarıda açıklanan kastı kaldıran hata hallerinde, failin taksirli sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Diğer yandan, inceleme konusu suç neticeli suçlardan olmadığından, nedensellik bağının varlığı söz konusu olmadığı[271] gibi, bu nedenle nedensellik bağında hatadan da söz edilemez.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'nin 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılamak şeklindeki seçimlik hareketlerden birini ya da birden fazlasını yapanların fiili, söz konusu suçu oluşturacaktır[272]. Organ veya dokunun alınması, saklanması, nakledilmesi ve aşılanması ile ilgili uyulması gereken kurallar temelde ODNK ve yine buna dayanılarak yürürlüğe konulmuş olan ONHY hükümleriyle belirlenmiştir. Belirtilen Kanun ve Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapılan işlemlerin hukuka aykırılık içermeyeceği açıktır.

Söz konusu suçun kanuni tarifinde "*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan*" cümlesinde hukuka aykırılığa tipikliğe dahil bir unsur olan suçun konusunun bir özelliği olarak yer verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçuna ilişkin bölümde açıklandığı üzere, suçun kanuni tanımında yer verilen hukuka aykırılık suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birini nitelendirmek üzere yer almakta ise, böyle hallerde hukuka aykırılığa ilişkin koşullar haksızlık tipinin bir parçası ve dolayısıyla tipikliğin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir[273]. Söz konusu suç bakımından da, suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık unsuruna suçun maddi unsurlarından olan suçun konusunu nitelendirmek üzere yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, failin, suçun

[271] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273.
[272] Meran, **A.g.e.,** s.227; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298-299.Taneri, **A.g.e.,** s.489.
[273] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.275-276; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.269; Kangal, **A.g.e.,** s.184-185; Algan, **A.g.e.,** s.157; Göktürk, **a.g.m.** s.427.

konusu olan organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilerek eylemini gerçekleştirmiş olması halinde suç işlenmiş olacaktır[274]. Buna karşılık, failin söz konusu organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmesi işlemine katılıp katılmamasının ve yine suçun konusu olan organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması koşuluyla yaşayan bir kişiden ya da ölü bir insanın bedeninden alınmış olmasının suç bakımından bir önemi yoktur[275]. Yani belirtilen bu haller gerçekleşen hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

ODNK'nın 15/1. maddesi ile, hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanun'a göre yaşayan kişiden veya ölüden alınan organ ve dokular, yalnızca "tedavi", "teşhis" veya "bilimsel" maksatla saklanabileceğinden (ODNK md. 1 ve 15), belirtilen bu amaçlar haricinde ortaya çıkan "saklama" fiilleri maksat yönünden hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Hukuka aykırılık olgusunun ikinci yönü tıbbi teşekkül ve donanım gereksinimlerinin karşılanması ile ilgilidir. Nitekim ODNK'nın 10. maddesi ile, organ ve dokunun taşınması, saklanması, aşılanması ve naklinin Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılacağı belirtilmek suretiyle belirtilen işlemler bakımından sınırlamalar getirilmiştir. Diğer bir anlatımla gereken vasıfta (uzman) personel ve tıbbi ekipmanı olmayan kurumlarda organ ve dokunun saklanması, aşılanması ve naklinin yapılması yasaklanmıştır.

İnceleme konusu suç yönünden hukuka uygunluk nedenlerinden görevin yerine getirilmesi, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklar halinde aşağıda incelenecektir.

---

[274] Göktürk, **A.g.m.,** s.427; Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283.
[275] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299; Benzer görüş için Bknz. Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.184.

a. Kanun Hükmünün (Görevin) Yerine Getirilmesi

Organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu yönünden, yukarıda açıklandığı üzere söz konusu organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması suçun oluşması bakımından ön koşuldur.

Organ veya dokunun yaşayan kişiden veya ölü insan bedeninden alınabilmesinin koşulları temel düzenleme olan ODNK ile belirlenmiştir. ODNK'nın 7. maddesi ile, yaşayan kişiden ve ölü insan bedeninden alınacak organ veya doku ile ilgili olarak yasal koşullarını sağlamaya dönük olmak üzere organ ve dokuyu alacak hekimlere aydınlatma ve araştırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Hekimlerin araştırma ve aydınlatma yükümlülükleri yukarıda birinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanmış olması nedeniyle ve tekrara yer vermemek bakımından burada atıfla yetinilecektir.

Hukuka uygun yollardan elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılamak yasaklanmamış olup, yasaklanan ve suç teşkil eden hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan organ veya doku yönünden belirtilen bu fiilleri yapmaktır[276]. Bu nedenle, söz konusu suç bağlamında saklanan, nakledilen veya aşılanan organ veya dokunun yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olarak ya da ölü bir insanın bedeninden hukuka uygun olarak alınmış olması halinde, tipik bir fiilin varlığından söz edilemeyecektir.

Bu çerçevede, yaşayan kişiden veya ölü insan bedeninden organ veya doku alınması aşamasında aydınlatma ve araştırma yükümlülüğü bulunan organ veya dokuyu alacak olan hekimlerin, bu itibarla organ veya doku alınması aşamasında işlemin hukuka uygun yapılması yönünden önemli rolleri ve mesleki yükümlülükleri bulunduğu da göz önüne alındığında, inceleme konusu suç yönünden görevin yerine getirilmesine ilişkin TCK'nin 24. maddesinin (2) numaralı fıkrasının uygulama alanı bulamayacağı anlaşılmaktadır[277]. Nitekim hukuka aykırı yollardan elde edildiğini,

[276] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273.
[277] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.217.

örneğin bir satım ilişkisi sonucunda elde edildiğini bildiği böbreği, buna karşın hasta alıcıya nakleden failin görevini yerine getirdiğinden söz edilemez[278].

b. Hakkın Kullanılması

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ve aşılanması suçu ile ilgili, yukarıda açıklandığı üzere, yasaklanmış olan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ve aşılanmasıdır. Bu bağlamda, ODNK ve sağlık mevzuatı çerçevesinde hukuka uygun yollardan elde edilmiş organ veya dokuyu nakletmek ya da aşılamak ile ilgili hekimler yönünden mesleki olarak bir hakkın kullanılması durumunun ortaya çıktığı doktrinde kabul edilmektedir[279].

Yukarıda ifade edildiği gibi, eğer organ veya doku hukuka uygun yollarla elde edilmiş ise, bu durumda tipik bir fiilin varlığından da söz edilemeyecektir. Yukarıda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçuna ilişkin bölümde açıklandığı üzere, temelde düzenleme olan ODNK ile belirlenen koşullara uyulması ve tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılması halinde, hekimler yönünden organ veya doku saklanması aşılanması ve nakli ile ilgili mesleki bir hakkın kullanılması söz konusudur[280]. ODNK'nın 7. maddesinin (e) fıkrası ile, bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek yükümlülüğü getirilmiştir. Bu suçla ilgili olarak ise, organ veya dokunun alınması değil, aşılanması veya nakli söz konusudur. Ancak söz konusu olan suça ilişkin Kanun'la yapılan düzenlemenin amacının organ ve doku ticareti suçuyla her bakımdan mücadele etmek olması hususu göz önüne alındığında, aşılama ve nakil işlemini yapan hekimin aşılanacak ya da nakledilecek olan organ veya dokunun hukuka uygun yollarla elde edilip edilmediğini araştırması görevinin de bulunduğu açıktır. Bu noktada fail olan

[278] Benzer görüş için *Bknz*. M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.133.
[279] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme**, s.430, 452; Algan, **A.g.e.,** s.103, 217-218.
[280] Bayraktar v.d., **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s.291; Gökcen, **Düşünceler**, s.64; Gökcen, Balcı, **Armağan**, s.121; Algan, **A.g.e.,** s.217-218; Benzer görüş için *Bknz.* Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.619.

hekimin aşılanacak ya da nakledilecek organ veya dokunun hukuka uygun yollarla elde edilmiş olup olmadığı hususunda esaslı hataya düşmüş olması hali yukarıda hata başlığı altında tartışılmıştır. Ancak, hekim olan failin aşılanacak veya nakledilecek olan organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bildiği halde, artık TCK'nin 26/1. maddesi kapsamında kullanabileceği bir hakkın varlığından söz edilemeyecektir[281].

Yukarıda verilen örnek olay bağlamında, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması suç olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Kanun koyucu söz konusu düzenleme ile organ veya dokunun mevzuatla belirlenen kurallar dışında hukuka aykırı yollarla tedavüle sokulmasının önüne geçilmesini amaçlamıştır. Kaldı ki, yukarıda açıklandığı üzere söz konusu suç özgü suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilir[282]. Bu çerçevede hekim olan failin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bildiği böbreği hastası olan bir alıcıya nakletmek ya da aşılamak için saklaması halinde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemez.

c. İlgilinin Rızası

Organ veya dokunun kural olarak saklanması, nakledilmesi ve aşılanması yasaklanmamış olup, suş teşkil eden fiil hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ve aşılanmasıdır. Bu kapsamda, organ veya dokunun alındığı yaşayan vericinin hukuken geçerli rızasının varlığı ve yine ölen kimsenin sağlığında açıkladığı ya da ölüm sonrasında yakınlarınca usulüne uygun olarak açıklanmış olan rızanın varlığı halinde fiilin tipikliği ortadan kalkacağından dolayı, böyle bir durumda fiilin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir[283].

---

[281] Benzer görüş için *Bknz.* Algan**, A.g.e.,** s.217-218.
[282] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.264; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Taneri, **A.g.e.,** s.484; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492.
[283] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.137; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.108.

Burada sözü edilen rıza suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik fiillere yönelik olmayıp, suçun maddi konusunu oluşturan organ veya dokunun elde edilme biçimi ile ilgilidir. Dolayısıyla, sözü edilen rıza, suçun seçimlik hareketleri olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek ya da aşılamakla ilgili değildir[284]. Bu itibarla, organ veya dokunun elde edilmesine yönelik hukuken geçerli rızanın varlığı fiilin tipikliğini ortadan kaldıracaktır. Bu itibarla, yaşayan vericinin hukuken geçerli rızasına dayalı olarak ve yine ölen kimsenin hayatta iken verdiği hukuken geçerli rızasına veya bunun bulunmadığı durumda ODNK'nın 14/1. maddesinde sayılan yakınları tarafından usulünce verilmiş rıza kapsamında elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması şeklindeki eylemi bakımından, organ veya dokunun "hukuka aykırı yollarla elde edilmiş" olmaması nedeniyle failin sorumluluğu söz konusu edilemeyecektir.

Buna karşılık, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya doku ile ilgili olarak, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen saklama, nakletme veya aşılama fiillerine yönelik olarak açıklanan rıza, işlenen fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğinden, suçun oluşmasına da tesir etmez.

D. Kusurluluk

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçunun faili ancak kusurlu olması halinde cezalandırılabilecektir. Nitekim, ceza hukukumuzda kusur ilkesi geçerli olup, bu bağlamda fail ancak kusurlu hareket ettiği durumlarda ve kusuru oranında fiilinden sorumlu tutulabilir.

Söz konusu suç bakımından TCK'de yer verilen kusurluluğu kaldıran veya azaltan/etkileyen hallerden bir kısmı herhangi bir özellik arz etmemesi nedeniyle incelenmeyecek olmakla birlikte, söz konusu suç yönünden incelemeye değer görmemiz nedeniyle zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, cebir ve tehditin etkisi ve kusurluluğu etkileyen hata hali aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

[284] Benzer görüş için Bknz. Algan, **A.g.e.,** s.217.

1. Zorunluluk Hali

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu yukarıda da açıklandığı gibi seçimlik hareketli bir suç olup, bu bağlamda seçimlik hareketler hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokuyu "saklamak", "nakletmek" ya da "aşılamak" olarak ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu suç bakımından, örneğin ileri derecede böbrek rahatsızlığı bulunan hasta alıcının durumunu dikkate alan hekim olan failin, örneğin bir satım ilişkisi kapsamında elde edilmiş olduğunu ya da hukuken geçerli rıza bulunmadığı halde yaşayan kişiden veya ölüden alınmış olduğunu bildiği böbreğin nakil işlemini yapmış olması halinde zorunluluk halinin varlığından ve bu nedenle failin kusurunun ortadan kalktığından söz edilebilecek midir? Bu anlamda, zorunluluk haline ilişkin TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fırkası ile, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Kanun'un söz konusu bu maddesinin gerekçesinde zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran neden olduğu açıkça belirtilmekte olup, doktrinde katıldığımız görüşe göre, ceza hukukumuzda zorunluluk hali hukuki niteliği bakımından kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni olarak düzenlenmiştir[285]. Yargıtayın yerleşik içtihatlarıyla da zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir[286]. Bu bağlamda, yukarıda verilen örnek olayda, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan böbreğin nakledildiği hasta alıcının yaşam hakkı ile ilgili içinde bulunduğu sağlık sorunları ve koşullar nakil işleminin yapılmasını zorunlu kılıyorsa, örneğin böbrek naklinin yapılmaması halinde alıcı hastanın ölmesi olasılığı varsa, bu durumda TCK'nin 25/2. maddesi kapsamında üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin ortaya çıktığını kabul

[285] Özgenç, **Genel Hükümler**, s.489; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.348; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.379; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.542.
[286] Yrg. CGK., E.2012/8-1551, K.2013/64, K.T:19.02.2013; Yrg. 8.CD., E.2019/6403, K.2022/3403, K.T:24.02.2022; Yrg. 21.CD., E.2015/8453, K.2016/4500, K.T:17.05.2016.

etmek gerekir. Bu örnek olayda söz konusu nakil işleminin yapılmaması halinde alıcı şahsın yaşamını kaybetmesi olasılığı nedeniyle üçüncü şahsın yaşam hakkına yönelik ağır ve yaşanması muhakkak bir tehlike mevcut olduğu gibi, nakil işlemi tehlikenin ağırlığı ve konu itibariyle orantılı ve alıcıyı yaşam riskinden kurtarmaya yönelik olarak işlenmiş olması nedenleriyle TCK'nin 25/2.maddesi kapsamında zorunluluk halinin koşullarına uyacaktır. Bu nedenle, örnek olayda hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği böbreği, ortaya çıkan zorunluluk hali nedeniyle alıcı hastaya nakleden hekim olan failin kusurlu olduğundan söz edilemeyeceğinden dolayı faile ceza verilmeyecektir[287].

Diğer yandan, saklama fiili ile alıcı hastaya nakledilmek üzere organ veya dokunun her an kullanıma hazır bulundurulması söz konusu olduğundan[288], örneğin saklama esnasında yaşam hakkı risk altında olan somutlaşmış bir alıcıdan her zaman söz etmek olanaklı değildir. Bir organ veya dokunun belirli bir alıcı hastaya nakledilmek üzere saklanması söz konusu olabileceği gibi, somutlaştırılmamış bir alıcıya nakledileceği düşüncesiyle de saklanması olanaklıdır. Organ ve doku nakil sıra listeleri göz önüne alındığında her zaman yaşamı organ veya doku nakline bağlı insanların mevcut olduğu da bir realitedir. Ancak organ ve doku nakil sırasında kayıtlı alıcıların mevcut olması, TCK'nin 25/2. maddesi kapsamında zorunluluk halinin varlığı için sebep teşkil ettiği kabul edilemez. Aksi yorum zorunluluk haline ilişkin TCK'nin 25/2. maddesinin lafzı ve ruhuyla bağdaşmaz. Belirli bir alıcı hastaya nakledilmek üzere bir organ veya dokuyu hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilerek saklayan hekim olan ya da olmayan fail yönünden, söz konusu organ veya dokunun nakledileceği alıcı hastanın sağlık durumu ve yaşam riski bağlamında yukarıda nakil veya aşılama fiili ile ilgili olarak verilen örnek ve açıkladığımız görüş çerçevesinde TCK'nin 25/2. maddesi kapsamında zorunluluk halinin varlığından söz edilebilir, ancak somut bir alıcısı olmayan saklama fiili ile ilgili hekim olan ya da olmayan fail yönünden zorunluluk halinin varlığından ve

[287] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299; Benzer görüş için Bknz. Algan, **A.g.e.,** s.219; Taneri, **A.g.e.,** s.490-491.
[288] Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3500; Algan, **A.g.e.,** s.212-213.

dolayısıyla zorunluluk halinden kaynaklı kusurunun ortadan kalktığından söz edilemeyeceğini değerlendirmekteyiz.

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu bakımından suça konu organ veya dokunun hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması suçun gerçekleşmesi için ön şart olarak ortaya çıkmaktadır. Failin ise, suça konu organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesi ve bun rağmen fiili işlemiş olması gerekmektedir. Organ veya dokunun nakil amaçlı alınması ve temininin kuralları ise, temel olarak ODNK ile ve yine bu Kanun'a dayanılarak yürürlüğe konulan ONHY ile belirlenmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, söz konusu suç yönünden organ veya dokunun yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olarak ya da ölüden hukuka uygun olarak elde edilmiş olması halinde, yani organ veya dokunun hukuka uygun olarak elde edilmiş olduğu hallerde saklama, nakletme veya aşılama fiilleri suç teşkil etmemektedir. Zira kural olarak organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması yasaklanmamıştır. Yasak olan ve suç teşkil eden hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan organ veya doku ile ilgili bu fiilleri işlemektir. Organ veya dokunun ODNK ile belirlenen kurallara uyularak temin edilmiş olması, yani organ veya dokunun elde edilme biçimi açısından "hukuka uygunluk" hali fiili tipik olmaktan çıkartan bir etki göstermektedir[289]. Bu bağlamda organ veya dokunun elde edilmesi bakımından önem arz eden husus ise, yaşayan kişinin hukuken geçerli rızasının veya ölünün sağlığında ya da ölüm sonrasında ODNK'nın 14. maddesinde sayılan yakınlarının rızasının varlığıdır. Suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik hareketler (hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama) bakımından ise, belirtilen bu seçimlik fiillerin işlenmesine yönelik rızanın bulunup bulunmamasının suçun gerçekleşmesi bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

[289] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.303; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.137; Ateş, Sarıdağ, **A.g.e.,** s.108.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun kanunda yer verilen seçimlik fiillerinin nitelikleri itibariyle, meşru savunma hali söz konusu değildir. ODNK ile organ veya doku alınması ve nakline ilişkin getirilen koşullar ile hekimlere yüklenen yükümlülükler göz önüne alındığında, yukarıda açıklandığı üzere söz konusu suç bakımından kanunun hükmünün yerine getirilmesi ve hakkın kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinin de uygulama alanı bulması olanağı yoktur.

Tüm bu sebeplerle, söz konusu suç yönünden seçimlik hareketlerin mahiyetleri itibariyle hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin bir özellik söz konusu değildir. Dolayısıyla, bu suç ile ilgili olarak failin hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması sebebiyle kusurluluğunun etkilenmesinden söz edilemez.

3. Cebir veya Tehdidin Etkisi

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılamak suçunun cebir veya tehdit altında işlenmesi halinde TCK'nin 28. maddesi gereğince failin kusuru ortadan kalkacağından, belirtilen suçları tehdit ve cebir nedeniyle işleyen faile ceza verilemez. Ancak cebir veya tehdit uygulayarak suçun işlenmesini sağlayan kişinin söz konusu suçun faili olarak sorumluluğu ortaya çıkar[290].

Bu anlamda, örneğin bir bedel veya menfaat karşılığı satın alınmış olan böbreği, hasta alıcıya nakletmemesi halinde kendisinin ya da eşinin öldürüleceği şeklinde silah da gösterilerek tehdit edilmesi karşısında korkuya kapılarak nakleden hekim olan failin, fiili kendi iradesiyle işlediğinden söz edilemeyecektir. Zira failin maruz kaldığı tehdidin etkisiyle davranışları iradi olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle failin işlemiş olduğu fiili ile ilgili kusurunun varlığından söz edilemeyeceğinden ceza verilmemesi gerekir. Benzer şekilde, suça konu fiili cebir altında işleyen failin de eylemini iradi olarak gerçekleştirdiğinden ve kusurlu olduğundan söz edilemez.

[290] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.219.

Bu hallerde, yani tehdit ya da cebir altında işlenen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılamak suçu ile ilgili olarak, TCK'nin 28. maddesi gereğince tehdit ya da cebir uygulayan kişi fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

4. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından failin kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlanması söz konusu olabilir.

Söz konusu suç bağlamında, örneğin karaciğer hastası olan alıcı şahsın tıbbi durumu itibariyle organ naklinde zorunluluk bulunmamasına karşılık, fail tarafından karaciğer nakli yapılmadığı takdirde ölebileceğinin değerlendirildiği olayda, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bildiği karaciğeri saklayan ya da nakleden failin, alıcının sağlık durumu ile ilgili zorunluluk halinin gerçekleştiğine ilişkin hatası kaçınılmaz nitelikte olması halinde bu hatasından yararlanacaktır. Nitekim, TCK'nin 30/3. maddesi gereğince ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen failin bu hatasından yararlanması gerekir.

Diğer bir örnek olayda, hastanede hemşire olarak çalışan failin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği organ veya dokuyu, hastanede saklamaması halinde söz konusu organ veya dokunun öleceği ve bir işe yaramayacağı düşüncesiyle ve bu bağlamda haksızlık oluşturmadığı düşüncesiyle hastane bünyesinde ya da evinde temin etmiş olduğu teknik donanımlar sayesinde saklaması halinde sorumlu tutulabilecek midir? TCK'nin 30/4. maddesi gereğince işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail cezalandırılmayacaktır. Bu çerçevede, yukarıdaki örnek olayda hastanede hemşire olan failin eyleminin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olması halinde bu hatasından yararlanacaktır.

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu kanuni tarifte yer verilen seçimlik fiillerin yapılmasıyla tamamlanır. Suçun meydana gelmesi için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, söz konusu olan sırf hareket suçudur.

Suçun kanuni tarifinde yer verilen "nakletmek" ve "aşılamak" fiilleri bakımından, hareketlerin parçalara ayrılabilir nitelikte olması nedeniyle suç teşebbüse elverişlidir. Zira nakletme veya aşılama işlemleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamadığı takdirde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır[291]. Öğretide suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde görüşler[292] bulunmakta ise de, kanaatimizce nakletmek ve aşılamak fiilleri yönünden hareketlerin parçalara ayrılabilir olması nedeniyle teşebbüse elverişli bir suç niteliği taşımaktadır. Bu anlamda, örneğin bir bedel veya menfaat karşılığı satın alınmış olduğunu bildiği böbreği, hasta alıcıya nakletmek üzere ameliyat için bütün hazırlıkları yapıp ameliyat işlemine başlamış olan fail hekimin, ameliyat işlemi devam ettiği sırada yapılan operasyon ile yakalanması üzerine nakil işlemini tamamlayamaması halinde fiili teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Suçun seçimlik hareketlerinden olan saklama fiiline gelince, "saklamak" devamlılık arz eden bir eylemdir. Saklamak fiilinin niteliği itibariyle, söz konusu olan sırf hareket suçu olduğu gibi, saklamaya başlanmasıyla fiil tamamlanmış olacağından, hareketin parçalara ayrılması söz konusu değildir. Bu itibarla, saklama fiili yönünden hareket parçalara ayrılabilir nitelikte olmaması sebebiyle teşebbüse elverişli değildir[293].

Failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başladığı suçun icra hareketlerini kendi iradesiyle tamamlamaması halinde gönüllü vazgeçmeden söz

[291] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.112; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.143; Algan, **A.g.e.,** s.220; benzer görüş için *bknz.* Yaşar, Gökcan, Artuç, **A.g.e., C:III**, s.3153; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501.
[292] Taneri, **A.g.e.,** s.492.
[293] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.220.

edilir. Söz konusu suçun seçimlik hareketleri dikkate alındığında tehlike suçu niteliğinde olması itibariyle, suçun tamamlanması için ayrıca bir netice ya da zarar sonucunun gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bu gerekçeyle *Bayraktar vd.* tarafından seçimlik hareketlerin tümü itibariyle ve hareket tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme olamayacağı görüşü ileri sürülmüştür[294]. Ancak, seçimlik hareketlerden "nakletme" ve "aşılama" fiilleri ile ilgili olarak eylemin tıbbi nakil veya aşılama işleminin tamamlanmasıyla gerçekleşeceği, örneğin bu maksatla alıcı hastanın uyutulup nakil veya aşılama için hazırlık yapıldığı esnada failin eyleminden iradesiyle vazgeçmesinin olanaklı olduğu dikkate alındığında, belirtilen seçimlik hareketler yönünden gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu kanaatindeyiz[295]. Bu nedenle *Bayraktar vd.*nin belirtilen yöndeki görüşlerine iştirak edemiyoruz. Ancak "saklama" fiili ile ilgili olarak saklama süresinin suçun gerçekleşmesi yönünden etkisinin bulunmadığı ve saklama eyleminin başlaması ile suçun gerçekleşeceği dikkate alındığında, hareketin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçme mümkün olmayacaktır. Bu itibarla saklama fiili yönünden gönüllü vazgeçmenin söz konusu olamayacağına dair Bayraktar *vd.* nin belirtilen bu görüşlerine katılmaktayız.

2. Suça İştirak

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması ile suç tamamlanır. Bu suç bakımından iştirakin her türü mümkündür. Suç tek bir fail tarafından ya da birden çok fail tarafından müştereken gerçekleştirilebileceği gibi, faillerin TCK'nin 38. maddesi anlamında azmettiren veya 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla suça iştirakleri de mümkündür. Bu anlamda, TCK'nin 37 ila 39. maddeleri arasında düzenlenmiş olan iştirak türlerinin her biri uygulanabilir[296]

Söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik fiilleri işleyenler, belirtilen suç kapsamında ayrı ayrı fail sıfatını haiz olacaktır. Suçun seçimlik

[294] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuk**, **C:II,** s.302.
[295] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.220.
[296] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.143; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.114; Halıcı, **A.g.e.,** s.75; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.312; Taneri, **A.g.e.,** s.492.

fiillerinden birini birden fazla kişinin birlikte işlemesi durumunda ise, örneğin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun alıcı hastaya nakledilmesi veya aşılanması olayında organ veya dokuyu nakleden dışında alıcı kimsenin uyutulmasını sağlayan narkozitör gibi kişilerin bu davranışları fiilin gerçekleşmesinde ortak hakimiyet kurma niteliğinde kabul edileceğinden, suça konu bu eylemleri işleyen kişilerden her biri bakımından "müşterek faillik" söz konusu olacaktır[297].

Diğer yandan iş bölümünün söz konusu olması halinde ise, işlenen fiile kasıtlı olarak katkıda bulunan bir kimsenin bu katkısının fiilin işlenişi üzerinde sağladığı hakimiyet derecesi, müşterek faillik ya da TCK'nin 39/2. maddesi kapsamında yardım eden olarak durumunun ve sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem taşıyacaktır[298].

3. Suçların İçtimaı

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu yönünden özel bir içtima hükmü düzenlenmemiş olup, suçların içtimaına ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, bu suç seçimlik hareketli suçlardandır. Bu tip suçlarda seçimlik olarak sayılan hareket tanımlarının birden fazlası veya tümünün işlenmesi ile sadece birinin işlenmesi arasında bir fark bulunmamakta ve her durumda "tek bir suç işlendiği" kabul edilmektedir. Bu nedenle, fail fıkrada belirtilen seçimlik fiillerden birini ya da birden fazlasını gerçekleştirse, örneğin hekim olan fail hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği organ veya dokuyu saklasa ve daha sonra alıcı hastaya nakletmiş olsa, bu durumda saklama ve nakletme fiillerinden ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilemeyecek, yalnızca bir kez cezalandırılabilecektir[299].

---

[297] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.312; Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.221.

[298] Muhammed Demirel, "Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,** 2017; C:5, S:2, s.133.

[299] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.298-299; Algan, **A.g.e.,** s.222; Benzer görüş için *Bknz.* M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu,** s.148; Karşıt görüş için Bknz. Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113.

Suça ilişkin kanuni tarifte yer verilen seçimlik fiiller ayrı ayrı suç teşkil ettiği gibi, bu suçlar Kanun'un aynı maddesinin diğer fıkralarıyla düzenlenmiş olan suçlardan bağımsız yapısı itibariyle, söz konusu suç yönünden bileşik suç yapısı bulunmamaktadır.

Bu bağlamda, örneğin yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın bir organ veya dokusunu alan fail hekimin, daha sonra bu organ veya dokuyu alıcı hastaya nakletmesi ya da aşılaması durumunda iki ayrı suç işlenmiş olacak ve gerçek içtima hükümleri gereğince söz konusu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilebilir[300].

Suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik fiillerin TCK'nin 43. maddesi kapsamında zincirleme olarak işlenmesi olanaklıdır. Bu çerçevede, söz konusu seçimlik fiillerden "saklama" eylemi devamlılık arz eden bir niteliğe sahiptir. Ancak hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bildiği birden fazla yaşayan kişiden veya ölüden alınmış organ ve dokuları görece uzunca bir süre saklayan fail yönünden zincirleme suça ilişkin TCK'nin 43. maddesinin uygulanması olanaklıdır[301]. Kanunda seçimlik olarak tanımlanan "nakletme" ve "aşılama" fiilleri yönünden, diğer koşulların da gerçekleştiği halde, örneğin aynı alıcı kimseye yönelik ve aynı tıbbi müdahale kapsamında hem organ nakli ve hem de doku aşılaması yapılması ya da yine aynı alıcı kimseye yönelik ve aynı tıbbi müdahale ile birden fazla organ veya doku aşılanması durumunda hukuki anlamda tek fiilin mevcut olması, bu itibarla birden fazla suçun bulunmaması nedeniyle zincirleme suçun varlığından söz edilemeyecektir. Buna karşılık, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ ve dokuların, fail tarafından aynı suç işleme iradesi ile değişik zamanlarda aynı kişiye nakledilmesi ya da aşılanması halinde TCK'nin 43. maddesi kapsamında zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir[302].

Yapılan nakil veya aşılama işlemi sonucunda alıcı kişinin sağlığının bozulması ya da ölmesi durumunda ise, diğer yasal koşulları da bulunması halinde

---

[300] Algan, **A.g.e.,** s.223; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.310-311; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.273.
[301] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.113; Algan, **A.g.e.,** s.223.
[302] Algan, **A.g.e.,** s.223; benzer görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.309.

gerçek içtima ilkesinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Bir örnek vermek gerekirse, ilgili testlerin yapılması ihmal edilerek AIDS hastası olan vericiden alınan "sperm" veya "yumurta" hücrelerinin ya da ODNK kapsamında bulunan bir organ veya dokunun -*örneğin kas dokusunun*- alıcı kişiye nakledilmesi veya aşılanması sonucunda hastalık bulaşması halinde, ilgili hekime "taksirle yaralama" veya "taksirle ölüme neden olma" suçlarından ayrıca ceza verilebilecektir[303].

F. Yaptırım

TCK'nin 91/5. maddesi ile, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişinin, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür.

Bu suça ilişkin olarak verilen ceza, cezanın süresine göre TCK'nin 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek, ancak alt sınırdan ceza verilmesi halinde, aynı Kanun'un 51. maddesine göre ertelenebilecektir. Yine bu maddede belirlenen ceza verilen kişi, hapis cezasının süresi kadar aynı yasanın 53. maddesi uyarınca belli haklardan yoksun bırakılacak, ayrıca bu suç doktorluk gibi bir "görevin kötüye kullanılması suretiyle" işlenirse, infazın tamamlanmasından itibaren geçerli olmak üzere verilen "cezanın yarısından bir katına kadar" süre ile bu hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilecektir[304].

Bu suç bakımından TCK'nin 54. maddesi gereğince müsadere hükmünün uygulanması mümkündür. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması fiillerinin gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılan veya bu fiillerin işlenmesine özgülenen eşya hakkında "müsadere" kararı verilebilecektir. Ayrıca suçtan hasıl olan kazançlar da TCK'nin 55. maddesi gereğince müsadere edilmesi gerekecektir. Ancak, hukuka aykırı yallarla elde edilmiş olan organ veya dokunun yaşayan bir kişiye nakledilmiş veya aşılanmış olması halinde müsadere edilmesi söz konusu edilemeyecek, buna karşılık tazminat istenebilecektir. Aksine bir durum ise, söz konusu organ veya dokunun

[303] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1565.
[304] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3158; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3512.

nakledildiği ya da aşılandığı kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik zarar oluşturacak bir müdahale niteliği taşıyacaktır[305].

Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK'nin 91. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmolunması gerekecektir[306].

G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı değildir, re'sen yapılır.

Bu suçun Kanun'da öngörülen yaptırımı itibariyle yargılama görevi 5235 sayılı Kanun'un 10 – 14. maddesine göre Asliye Ceza Mahkemesine aittir[307]. Suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında yetkili yargı mercii, CMK'nin 12 vd. maddelerine göre belirlenecek olup, söz konusu Kanun'un 12/1. maddesi gereğince öncelikli olarak suçun işlendiği yer yargı mercileri yetkilidir[308].

Suçun bir kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlenmesi halinde soruşturma yapılması, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a göre izin alınmasına bağlıdır[309].

Bu suç için Kanunda öngörülen yaptırımın üst sınırı itibariyle ve TCK'nin 66/1-e maddesi gereğince olağan dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. TCK'nin 67. maddesi gereğince uzamış dava zamanaşımı süresi ise 12 yıldır.

---

[305] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.313; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.152-153.
[306] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**; 273; Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1566; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3512; Algan, **A.g.e.,** s.224.
[307] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.314; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu** C:III, s.3159.
[308] M. Aydın, **Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev,** s.45 vd.
[309] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.314; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.314; Algan, **A.g.e.,** s.224.

III. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK İLAN VEYA REKLAM VERME VEYA YAYINLAMA SUÇU

A. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgiler

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu TCK'nin 91/6. maddesinde düzenlenmiş olup, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması ile tamamlanır.

Belirtilen bu fiiller suç olarak tanımlanmak suretiyle, organ ve doku ticaretine yönelik fiiller henüz gerçekleşmeden, bir başka deyişle ticari faaliyetin henüz hazırlık hareketi sayılabilecek olan reklam veya ilan verilmesi aşamasında engellenmesi amaçlanmıştır[310]. Diğer bir anlatımla, incelemeye konu düzenleme ile organ ve doku alınması, verilmesi işlemlerinin herhangi bir aşamasına parasal değer ve menfaatlerin karıştırılmasının önlenmesi, organ veya dokunun ticari meta olarak tedavüle konulmasını sağlayacak şekilde reklam ve ilanlara konu edilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır[311].

Organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında temin edilmesi maksadıyla reklam veya ilan verilmesi olayı "ticari meta" haline gelmesinden daha ileri bir aşama ve bu yönüyle evrensel etik anlayışın, ahlaki ve toplumsal değerlerin kabul edemeyeceği bir durumdur. Dolayısıyla suça konu fiiller sadece tehlikeli olduğu için değil, aynı zamanda insan onuruyla bağdaşmayan bir davranış olduğundan suç olarak düzenlenmiştir[312].

ODNK'nın 4. maddesi ile, bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklâm yasaklanmıştır. Belirtilen bu yasaklanan fiiller ODNK'nın 15. maddesi atfıyla TCK'nin 91/6. maddesi ile yaptırıma bağlanmıştır.

---

[310] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Algan, **A.g.e.,** s.225,226; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274.
[311] Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3501; Yaşar, Gökcan, Artuç, **A.g.e., C:III**, s.3153; Algan, **A.g.e.,** s.225.
[312] Şen, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.326.

İnternet üzerinde hızla yayılan yasa dışı organ satışı ilanlarını konu edinen bir gazetenin "internette organ pazarı" manşetli haberi dikkat çekici olup, bu haberde organ ve doku satışının çeşitlenmiş bir ticaret haline geldiği ve en fazla böbrek satışına ilişkin ilanların bulunduğu belirtilmektedir. Bu habere göre sigara içmeyen ve spor yapan kişilerin organ ve dokuları daha yüksek fiyatlardan satışa sunulurken, kişinin yaşı ile organ ve doku fiyatlarının ters orantılı olduğu ifade edilmektedir. İnternet üzerinden organ ve dokularını satmaya çalışan kişilerin nakil için sağlanması gereken kanuni koşulları muvazaalı evlilik, ikamet değiştirme vb. hukuka aykırı metotlarla sağlama yoluna başvurabildikleri ifade edilmektedir[313]. Haberde de dikkat çekildiği üzere, yasa dışı organ ve doku satışı ilanlarının internet üzerinde hızla yayıldığı görülmektedir.

B. Korunan Hukuki Değer

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu ile bu suçun düzenlendiği TCK'nin 91. maddesindeki diğer suçların önlenmesi arasında proaktif bir bağlantı bulunmaktadır.

Bir başka ifadeyle "ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması" fiili esas itibarıyla organ veya doku ticaretine ilişkin diğer suçların hazırlık aşamasında işlenen eylemler mahiyetinde olduğundan, kanun koyucunun ortadan kaldırmak istediği esas hedefte bulunan fiillerin önlenmesi önemli ölçüde söz konusu ilan ve reklam yayınlanmasına yönelik eylemlerin önlenmesine bağlıdır.

İlan veya reklam verme veya yayınlama yasağı ile korunan hukuki değerin, aynı maddedeki diğer suçlarla korunan hukuki değerlerin toplamından oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu bağlamda, öncelikle suç ile korunan hukuki değerin insanın organ ve dokularının ticari meta olarak alım satıma ve ticarete konu edilmesini özendiren ve zemin hazırlayan davranışların önlenmesine yönelik kamusal yarardır[314]. Diğer yandan, insan bedeninin parçası olan organ ve dokuların çıkar karşılığında teminine

[313] "İnternette Organ Pazarı", (Çevrimiçi) www.star.com.tr, Erişim Tarihi: 23 Aralık 2016.
[314] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.103.

yönelik ilan veya reklam verilmesi insan yaşamının kutsallığını ve insan onurunu da zedelemektedir[315].

Bu çerçevede, söz konusu suç ile korunan hukuki değerler, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, vericinin irade özgürlüğü, insan onur ve haysiyetinin korunması ile sağlık alanında kamu düzeninin korunması şeklinde sayılabilir[316].

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsur

a. Fail

Suçun düzenlendiği TCK'nin 91. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suçun kanuni tanımında fail ile ilgili "kişi" deyimi kullanılmakla yetinilmiş, buna karşılık suçun failinde aranacak herhangi bir niteliğe yer verilmemiştir.

Bu nedenle, söz konusu suçun faili belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam veren veya yayımlayan herhangi bir kimse olabilir. Suçun failinin belirli bir vasfa sahip olması gerekmediğinden, "özgü suç" niteliği de söz konusu değildir. Suçun faili suça konu ilanı veren veya yayımlayan kişi veya kişilerdir[317].

Buna göre suçun faili, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak internet, radyo, televizyon, gazete veya herhangi bir başka yol ile tanıtım veya beğendirme amaçlı yazı, resim, film vb. bildiren ve/veya duyuran kişi ile bu bildirim veya duyuruyu talep eden kişi ya da kişiler olarak tanımlanabilir.

---

[315] Gür, **A.g.e.,** s.31; benzer görüş için *bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.129; Ateş Sarıdağ, **A.g.e.,** s.101.

[316] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.284-286; benzer görüş için *bknz.* Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu, C:III**, s.3146**;** Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.103.

[317] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.288; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Algan, **A.g.e.,** s.226; benzer görüş için *bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.114; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu,** C:III, s.3146; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492.

b. Mağdur – Suçtan Zarar Gören

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçuna ilişkin düzenleme ile, organ veya dokunun ticari bir meta olarak alınıp satılmasının, ticarete konu edilmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu itibarla suçun mağduru toplumdaki tüm bireylerdir[318].

Söz konusu suç bakımından, organ veya dokunun temin edilmesi hedeflenen yaşayan kişi ya da ölenin ODNK'nın 14/1. maddesinde sayılan yakınları mağdur olarak kabul edilemez. Bu suç yönünden doğrudan bir kişinin mağduriyetinden bahsetmek olanaklı değildir[319].

Diğer yandan, yukarıda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçuna ilişkin bölümde açıklamış olduğumuz üzere, yaşayan kişi dışında, aile, devlet, kişi toplulukları ve tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilirlerse de, suçun mağduru olamazlar[320]. Bu bağlamda, söz konusu suçun işlenmesiyle toplumsal düzenin bozulmuş olması nedeniyle Devlet'in suçtan zarar görmesi söz konusudur. Ancak daha önce de açıkladığımız üzere, devletin bir hak süjesi olmaması nedeniyle suçun mağduru olarak kabul edilmesi olanaklı değildir. Bu çerçevede, doktrinde Devlet'i söz konusu suçun mağduru olarak kabul eden görüşlere[321] katılmıyoruz.

Bu suçun işlenmesi sırasında zor durumda bulunan bir kişinin organını bir aracı vasıtası ile satmak istemesi durumunda, aracı şahsın organını veren şahsın kimlik bilgilerini vermek suretiyle organını sattığını alenen ifşa etmesi durumunda organını satmak isteyen kişinin rencide olma ihtimali bulunduğundan, bu durumda organını veren kişi suçtan zarar gören durumunda yer alabilir, ancak bu suretle dahi söz konusu suçun mağduru olarak kabul edilemez.

---

[318] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289; Benzer görüş için *Bknz.* Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.114; Algan, **A.g.e.,** s.227.
[319] Benzer görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289.
[320] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 117.
[321] Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e**, s.1556; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3492.

Bu çerçevede, suçun kanuni tarifinde yer verilen fiiller ile organ veya dokunun ticarete konu edilmesinin önlenmesi amaçlanmış olması ve bireylerin sağlıklı bir toplum içinde yaşama hakkı göz önüne alınarak suçun mağdurunun toplumda yaşayan tüm bireyler olduğunu değerlendirmekteyiz[322].

c. Suçun Konusu

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun maddi konusu, teminine yönelik ilan veya reklam verilen "organ veya doku" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suçun konusunu oluşturan "organ" ve "doku" kavramlarının mahiyetleri yukarıda birinci bölüme ayrıntılı olarak açıklanmış olup, belirtilen bu kavramlara ilişkin yapılmış olan açıklamalar burada da geçerlidir. ODNK'nın 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı belirtilmek suretiyle Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise, oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu ayrık olarak düzenlenmiş, bunların ODNK hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kurallarına tabi bulundukları belirtilmiştir[323].

Bu itibarla, insan kökenli biyolojik maddelerden yapılan oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu işlemleri ve sayılan insan kökenli biyolojik maddeler bu suçun maddi konusuna dahil değildir. Suçun maddi konusuna örnek olmak üzere, organ olarak; kalp, karaciğer, böbrek, pankreas, bağırsak, mide, rahim, göz, beyin, dalak ve idrar torbası, doku olarak ise; kas, kemik iliği, kornea, kıkırdak, sinir sayılabilir[324].

Söz konusu suç bakımından suçun konusunu oluşturan organ ve dokunun teminine yönelik ilan veya reklamın, organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında

[322] Algan, **A.g.e.,** s.227; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.114; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289.
[323] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289.
[324] Parlar, Hatipoğlu, **A.g.e.,** s.1555-1556; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.289.

teminine yönelik olarak verilmiş veya yayınlanmış olması da gereklidir. Diğer yandan, Kanun'da ilan veya reklamda konu edilen organ veya dokunun yaşayan kişiden ya da ölüden veya hukuka aykırı yollardan ya da hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmasına göre bir ayrım yapılmamıştır[325].

d. Fiil

ODNK'nın 4. maddesi ile, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yapılmasına bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ile sınırlı olarak izin verilmiş, bunun dışındaki haller yasaklanmış, aynı Kanun'un 15/11/2018 tarihli ve 7151 Sayılı Kanun'un 15. maddesi ile başlığı ile birlikte değiştirilen 15/1. maddesi ile de, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren kişiler yönünden 5237 sayılı TCK'nin 91/6. maddesine atıf yapılmıştır.

Bu çerçevede, söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nin 91. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre, "*Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

Yukarıda belirtildiği üzere, organ veya doku alınması ve nakline ilişkin koşulları düzenleyen temel kanun niteliğindeki ODNK'nın 4. maddesi ile, bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleriyle sınırlı olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yapılmasına izin verilmiş, organ veya doku ticaretine yönelik ilan veya reklam verilmesi ise yasaklanmıştır.

Söz konusu suç belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayımlanması ile meydana gelir. Kanun'da suçun tamamlanması için ayrıca bir sonucun gerçekleşmesi aranmamıştır. Organ veya dokunun temin edilmiş olması da gerekmez[326]. Bu itibarla, söz konusu suç sırf

[325] Algan, **A.g.e.,** s.225, 228; Benzer görüş için *Bknz.* Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274
[326] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Algan, **A.g.e.,** s.229.

hareket suçudur[327]. Suçun gerçekleşmesi için bir zararın gerçekleşmesi gerekmemesi nedeniyle de, söz konusu olan bir zarar suçu olmayıp, soyut tehlike suçudur[328].

Organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu ile ilgili düzenlemenin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, ilan veya reklam "vermek" ve "yayınlamak" olmak üzere iki ayrı seçimlik harekete yer verilmiştir. Suçun kanuni tarifinde yer verilen bu seçimlik hareketlerden birinin maddi bir menfaat karşılığında organ veya doku temin edilmesine yönelik olarak işlenmesi halinde söz konusu suç oluşacaktır. Diğer yandan belirtilen seçimlik hareketlerin konusu ortaktır. Bu itibarla söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur[329].

Suçun kanuni tarifinde yer verilen ilan, reklam, ilan veya reklam vermek veya yayımlamak kavramlarının açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu anlamda, TDK sözlüğünde, ilan, "*duyuru, açıkça bildirme, açıkça duyurma*" şeklinde, ilan vermek, "*çeşitli basın yayın organlarıyla bir durumu duyurmak, açıklamak*" şeklinde, reklam, "*bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol ve bu amaç için kullanılan yazı, resim, film vb.*" şeklinde, yayın, "*basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete vb., neşriyat*" ve "*radyo ve televizyon aracılığıyla halka sunulan, duyurulan, iletilen eser, program, neşriyat*" şeklinde ve yayımlamak ise, "*dinlenilecek, görülecek şeyleri radyo ve televizyonla sunmak, bildirmek, duyurmak*" ve yine "*resmen bildirmek, açıklamak, ilan etmek*" şeklinde tanımlanmaktadır[330].

İlan veya reklam vermek, görüş, düşünce veya isteğin başkalarının bilgisine ulaştırılarak algılanabilir olmasını sağlamaktır. Bu anlamda ve inceleme konusu suç bakımından, örneğin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olmak üzere tanıtım çalışmaları yapılması, duyurular yapılması, bu maksatla

[327] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Algan, **A.g.e.,** s.229; benzer görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115.
[328] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301.
[329] Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299-300; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Algan, **A.g.e.,** s.230; Gür, **A.g.e.,** s.32.
[330] (Çevrimiçi), https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 11 Ağustos 2021; Benzer görüş için *Bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299; Algan, **A.g.e.,** s.226.

hazırlanmış olan el ilanlarının şehirde dağıtılması ve yine hazırlanan reklam afişlerinin şehirde ilan panolarında afişe edilmesi halinde ilan veya reklam vermek seçimlik fiili işlenmiş olacaktır. Bahsedildiği şekilde hazırlanmış olan ilan veya reklamın yayın organı niteliğinde radyo, televizyon, gazete, dergi, internet vb. araç ve yöntemlerle duyurulması halinde ise ilan veya reklam yayımlamak fiili tamamlanmış olacaktır. Yayımlamak fiili ile ilgili olarak elbette gelişen teknoloji ışığında belirtilen araç ve yöntemlere internet, web ve sosyal medya da eklenmelidir. Nitekim kanun koyucu bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemiştir[331]. Bu kapsamda, ilan veya reklamın nerede ve ne şekilde yayımlandığının suçun gerçekleşmesi bakımından bir tesiri yoktur[332]. İlan veya reklam gazete, radyo, televizyon, internet veya herhangi bir başka yerde, tanıtım, beğendirme veya bilgilendirme amaçlı yazı, resim, film vb. şekilde yayımlanabilir.

Failin ilan veya reklamın hazırlanmasına yönelik araştırma ve görüşmeler yapması veya bizzat kendisinin hazırlamış olduğu ilan veya reklamı, örneğin evinde muhafaza edip, başkalarına vermemiş veya yayımlamamış olması halinde, failin gerçekleştirmiş olduğu bu fiiller hazırlık hareketi niteliğinde olduğundan cezalandırılamaz[333].

Söz konusu suçun gerçekleşmesi için "ilan veya reklam verme veya yayınlama" eylemlerinin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini amacına yönelmiş olması gerekmektedir[334]. Bir başka ifade ile, suçun maddi konusu olan organ veya doku vericiden henüz alınmamış olmasına rağmen, potansiyel vericilere, nakledileceği belirtilen organlara ihtiyaç olduğunun ve belirli bir çıkar karşılığında bu işlemin gerçekleştirileceğinin ilan veya reklam verme veya yayınlama yöntemiyle beyan edilmesi gereklidir. Hukuka uygun olan veya olmayan yollarla daha önceden elde edilmiş olan organ veya dokular ile ilişkili olarak belli bir çıkar karşılığında nakledilecek alıcılar aranması halinde ise, fiil TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenen

[331] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Algan, **A.g.e.,** s.232; Benzer görüş için *bkz*. Metin, **A.g.e.,** s.462.
[332] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.300; Algan, **A.g.e.,** s.231-232; Benzer görüş için *Bknz.* Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.109-110; Metin, **A.g.e.,** s.462.
[333] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115.
[334] Gerçeker, **A.g.e.,** C:I, s.989; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274.

organ veya doku ticareti (organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme) suçunun tanımına uyacaktır. Diğer yandan, söz konusu suç bakımından ilan veya reklam vermek ya da yayımlamak suretiyle elde edilmek istenen organ veya dokunun hukuka uygun yollardan ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması önemsiz olduğu[335] gibi, yaşayan kişiden ya da ölüden temin edilmesine yönelik olmasının da bir önemi bulunmamaktadır, burada önemli olan verilen ya da yayımlanan ilan veya reklamın belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olmasıdır[336].

Suçla ilişkili düzenlemede, hükmün belirleyici unsuru olarak öne çıkan "belli bir maddi çıkar karşılığı" ibaresi ile kastedilen çıkarın organ veya doku teminine yönelik mi, yoksa ilan veya reklam verilmesi veya yayımlanmasına yönelik mi olduğu hususunun net olmadığı ve bu nedenle yanlış anlaşılmaya açık olduğu belirtilerek doktrinde eleştirilmektedir[337]. Oysa, Kanun'da "belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi"nin cezalandırılacağı belirtilmiş olup, düzenlemenin lafzı itibariyle "belli bir çıkar karşılığı" sözü ile kastedilen çıkarın "organ veya doku teminine" yönelik olduğu açıkça anlaşılmaktadır[338]. Bu nedenle ve belli bir çıkar karşılığı sözü ile kastedilen çıkarın "organ veya doku teminine" yönelik olduğundan tereddüt bulunmadığı kanaatimiz itibariyle, belirtilen eleştirel görüşe katılmıyoruz.

Kanun'un lafzında belirtilen "çıkar" kavramıyla organ veya doku verebilecek muhtemel kişilerin iradeleri üzerine etki edebilecek maddi veya manevi her türlü yarar kastedilmektedir[339]. Burada çıkarın niteliği önemli değildir, ayni ya da nakdi olabileceği gibi, manevi nitelikte de olabilir[340].

Kanun'un organ veya doku temin etmeye yönelik ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması kapsamındaki tüm fiilleri değil, yalnızca bunların belirli bir

---

[335] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Algan, **A.g.e.,** s.225.
[336] Algan, **A.g.e.,** s.225.
[337] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.300.
[338] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.300; Benzer görüş için *Bknz.* M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.109-110.
[339] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.300.
[340] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115.

menfaat karşılığında organ veya doku elde etme amaçlı olanlarını cezalandırdığı görüşü doktrinde kabul görmektedir[341]. Bu çerçevede, ihtiyaç sahiplerinin maddi menfaat temin etmeksizin kamuoyunun ilgisine başvurmasının yasaklanmadığı, yalnızca "ticari ilanlar"ın yaptırıma bağlandığı, organ veya doku satışına ilişkin ilan veya reklam verilmesi veya bunların yayımlanmasının cezalandırılmadığı belirtilerek, bu nedenle internette sıkça rastlanılan "böbreğimi satıyorum" gibi ilanları verenlerin eylemlerinin suç oluşturmadığı belirtilmiştir. Bu ilanların organ satışına teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği akla gelebilir ise de, bu tür hareketlerin henüz hazırlık hareketi niteliğinde olduğundan cezalandırılmasının mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmüştür[342]. Organ veya doku temini amacıyla verilen reklam veya ilanların, temin edilecek organ veya doku karşılığında ticari bir kâr, belli bir çıkar sağlama saiki taşıması suçun maddi unsurlarının oluşması bakımından gereklidir. Bu nedenle belli bir çıkar karşılığı bulunmaksızın organ veya doku teminine yönelik olarak verilen veya yayımlanan ilan veya reklamlar bu suçu oluşturmayacaktır. Bu çerçevede, örneğin internet ortamında "böbreğimi satıyorum" biçiminde verilen ilanlar hazırlık hareketi kapsamında olması nedeniyle söz konusu suçu oluşturmaz.

Söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan "belli bir çıkar karşılığında" ibaresi ile ilgili olarak, doktrinde, failin belli bir karşılık elde edip etmediğinin hâkim tarafından araştırılması zorunluluğunun ortaya çıktığı, sağlanması vadedilen bir çıkarın bulunup bulunmadığının belirlenememesi halinde failin cezasız kalması olasılığının ortaya çıkacağı, getirilen bu koşulun söz konusu suçla mücadeleyi zayıflattığı, bu nedenlerle yanlış bir ifade olduğu düşünceleriyle eleştirilmektedir[343]. Söz konusu ibareye suçun kanuni tanımında yer verilmesinin nedeninin ticaret olgusu içermeyen organ ve doku teminine yönelik ilanların cezalandırılmaması arzusu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bizce de, söz konusu suçun kanuni tarifinde yer verilen "belli bir çıkar karşılığında" ibaresi ile, yasa uygulayıcısı olan cumhuriyet

[341] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.179; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; benzer görüş için *Bknz.* Ö.Bayraktar, **A.g.m.,** s.1315; Öztezel, **A.g.m.,** s.228.
[342] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.179.
[343] Ünver, **Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi**, s.190-191.

savcısı ya da hakime, verilen veya yayımlanan ilan veya reklam ile failin organ veya doku temini halinde belli bir çıkar sağlayacağı ya da sağladığı hususunu araştırma ve delillendirme külfeti getirilmekte olması ve bunun somut olarak belirlenememesi halinde fiilin cezasız kalması riskini barındırması nedeniyle, suçun kanuni tanımında söz konusu ibareye yer verilmesi doğru olmamıştır.

Söz konusu suça konu eylem fail açısından yapma biçiminde gerçekleşen bir davranış olduğundan icrai hareketli bir suç olarak nitelendirilmektedir[344]. Doktrinde ileri sürülen *bir görüşe göre,* ilan ve reklamın mevzuatıyla belirtilmiş olması, bu bağlamda mevzuatında yeri olmayan bir davranışın ilan veya reklam kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçeleriyle söz konusu suç bağlı hareketli bir suçtur[345]. *Karşıt görüşe göre ise,* ilan veya reklamın çok çeşitli biçimlerde yapılabilecek olması ve Kanun'da ilan veya reklamın belirli bir biçimde yapılması koşulu getirilmemiş olması nedenleriyle söz konusu suç serbest hareketli bir suçtur[346]. Kanaatimizce, suçun kanuni tanımında seçimlik hareketler olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması şeklinde gösterilmiş olması, ilan ve reklamın yapılması usulü mevzuatıyla belirtilmiş olması, bu bağlamda mevzuatında yeri olmayan bir davranışın ilan veya reklam kapsamında değerlendirilemeyecek olması nedenleriyle söz konusu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu değerlendirdiğimizden, yukarıda belirtilen görüşlerden ilkine katılıyoruz.

Özbek, Doğan, Bacaksız tarafından, suçun kanuni tarifinde verme ve yayınlama şeklinde iki ayrı fiil öngörülmesi, ilan veya reklamın verilmesinin yeterli olup, yayımlanmasının gerekmemesi, ilan veya reklam verilmesinin yeterli olmasının bazı ispat zorlukları getirdiği göz önüne alınarak, fiilin yayını cezalandırır biçimde ve vermenin ise fiilin teşebbüs aşamasını oluşturacak şekilde yeniden düzenleme yapılmasının yerinde olacağı görüşü ileri sürülmektedir[347]. İlan veya reklam verme ve yayınlama ile ilgili olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde,

---

[344] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.849; M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.107; Algan, **A.g.e.,** s.228.
[345] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.108; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Algan, **A.g.e.,** s.228.
[346] Öztezel, **A.g.m.,** s.228.
[347] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274.

ilan veya reklam verme fiili ile yayımlama fiilinin birbirinden bağımsız seçimlik hareketler olduğunu düşündüğümüzden, belirtilen bu görüşe katılmıyoruz.

e. Netice

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması ile tamamlanmış olur.

Suça ilişkin kanuni tanımında söz konusu suçun tamamlanması için ayrıca bir neticenin gerçekleşmiş olması aranmamıştır. Bu nedenle söz konusu suç sırf hareket suçu niteliğindedir[348].

Yukarıda açıklandığı üzere, ilan veya reklam verme veya yayınlama fiilinin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, söz konusu organ veya dokunun potansiyel vericilerden henüz alınmamış olmasına karşın, bu organların sağlanacak bir çıkar karşılığında bir başkasına nakledilmek üzere alınacağının potansiyel vericilere ilan veya reklam verilmesi veya yayımlanması suretiyle açıklanması gereklidir. Daha önceden hukuka uygun ya da aykırı yollara elde edilmiş olan organ veya dokular için maddi çıkar karşılığında alıcılar aranmasına yönelik ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması şeklindeki fiiller ise, TCK'nin 91/5. maddesinde düzenlenen suçu değil, ancak koşullarını taşıması halinde TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenen organ veya doku ticareti suçunu oluşturacaktır.

Söz konusu suçun kanuni tanımında suçun tamamlanması bakımından herhangi bir zararın meydana gelmesi şartı da aranmamıştır. Bu itibarla ve yukarıda fiil başlığı altında da ifade edildiği üzere, söz konusu suç bir zarar suçu olmayıp, soyut tehlike suçudur[349].

---

[348] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Algan, **A.g.e.,** s.229; Benzer görüş için *Bknz.* Taneri, **A.g.e.,** s.492.

[349] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301; Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283.

2. Manevi Unsur

a. Kast

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu failin kasten hareket etmesinin yanı sıra belli bir maksatla hareket etmesi suretiyle ve bu nedenle ancak kasten işlenebilir[350].

Belirli suç tiplerinde "kast" unsurunun yanı sıra failin belli bir maksadı takip ederek veya belli bir "saik" ile hareket etmesi tarif edilir[351]. Bu durumda, suç tipi açısından kastın yanında ayrıca özel bir maksat aranmakta olup, failin suçun kanuni tarifinde yer verilen fiilleri ancak bu maksat doğrultusunda işlemesi halinde suçun oluştuğundan söz etmek mümkündür[352]. *Maksat,* failin işlediği fiil ile ulaşmayı tasavvur ettiği nihai hedef olarak, *saik ise,* faili haksızlık teşkil eden fiili, bu itibarla suçu işlemeye sevk eden neden, çıkar, his, dürtü (iç etken) olarak tanımlanmaktadır[353]. Amaç veya saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşüncedir[354]. Saik, kasttan farklı ve bağımsız olup, haksızlığın özel bir sübjektif unsurudur[355]. Ceza hukukunda suçun hangi saikle işlendiğinin genel olarak bir önemi bulunmamakla birlikte, suçun kanuni tarifinde suçun temel veya nitelikli şekline ilişkin bir unsur olarak yer verilmesi halinde ise, "saik" suç kastı ile birlikte önem taşır[356]. Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu bakımından, failin işlediği seçimlik fiil ile ilgili kastla hareket etmesinin

---

[350] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.300; Algan, **A.g.e.,** s.232.
[351] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.269; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.247 -248; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.252 vd.
[352] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.849; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.252.
[353] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.252; Hakeri, **Genel Hükümler**, s.272.
[354] Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.299; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.266; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.252.
[355] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.272; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.258; Diğer yandan, suçun kanuni tarifinde suçun temel şekli veya nitelikli şekli ile ilgili sübjektif unsur olarak amaç veya saike ayrıca yer verildiği durumlar bazı yazarlarca "özel kast" olarak tanımlanmakla (*Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.266; Öztürk, Erdem, **Genel Hükümler**, s.258.*) birlikte, 5237 Sayılı TCK ile "genel kast", "özel kast" ayrımı terk edildiği yönündeki (*Özgenç, **Genel Hükümler**, s.299-300*) katıldığımız görüş itibariyle, tarafımızca söz konusu "genel kast", "özel kast" ayrımına ve belirtilen bu kavramlara yer verilmemiştir.
[356] Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.252-253; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.258.

yanında, ayrıca belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etme maksadının da bulunması gereklidir[357]. Bu kapsamda, failin seçimlik fiiller yönünden bilme ve isteme halinden (kast) bağımsız olarak, ilan veya reklam verme veya yayınlama fiilinin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etmeye yönelik olduğuna ilişkin bilme ve isteme hali de mevcut olmalıdır. Burada, suçun temel şekli olan ilan veya reklam verme veya yayınlama fiili bakımından belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etmeye yönelik olması şeklindeki saik suçun sübjektif unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, ilan veya reklamın kanuni tarifinde suçun temel şekline nazaran sübjektif unsur olarak yer verilen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etmeye yönelik maksat veya saikle verilmemiş veya yayımlanmamış olması halinde suçun haksızlık niteliği gerçekleşmeyecektir[358]. Nitekim, kanunda organ veya doku teminine ilişkin reklam ya da ilan yasağı yalnızca ticari kazanç veya belli bir çıkar elde etme haliyle kısıtlandığından, insanlara yardım ve destek yahut manevi huzur amaçlı organ ve doku bağışına ilişkin reklam ve ilanlar, çıkar saiki bulunmaması nedeniyle suç teşkil etmemektedir. Organ veya doku bağışında bulunan insanlar eğer herhangi bir çıkar elde etmeyi amaçlamıyorlarsa, bu durumda insanlara yardım etme çabası içerisinde oldukları ve manevi huzur bulmayı amaçladıkları değerlendirilmelidir.

Suçun kanuni tarifinde suçun temel şekli ile birlikte sübjektif unsur olarak maksat veya saike yer verilmiş olması halinde, bu maksat veya saikin suç kastının yanında ve kasttan bağımsız olarak varlığının gerekmesi nedeniyle, bu tür suçlar olası kastla işlenemez, ancak doğrudan kastla işlenebilir[359]. Bu bağlamda, söz konusu suç yönünden suçun kanuni tarifinde ilan veya reklamın verilmesi veya yayımlanması seçimlik fiillerinin "belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etmeye yönelik olması" saiki ile yapılması belirtilerek sübjektif unsur olarak saike

[357] Şen, **Türk Ceza Konunu Yorumu**, s.326; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283. Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115; Metin, **A.g.e.,** s.462; Algan, **A.g.e.,** s.233.
[358] Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.253.
[359] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.266; Öztürk, Erdem, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, s.258.

yer verilmiş olması nedeniyle, bu suç olası kast ile işlenemez, ancak doğrudan kast ile işlenebilir[360].

Diğer yandan, söz konusu suçun kanuni tarifinde taksirle işlenebileceği yönünde özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, bu suçun taksirle işlenmesi de söz konusu değildir[361].

b. Kastı Kaldıran Hata Hali

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu kapsamında ilan veya reklamı veren veya yayımlayan failin, bu ilan veya reklamın belirli bir menfaat karşılığında organ veya doku temin etmeye yönelik olduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir[362].

Bu bağlamda, örneğin ilan veya reklam veren ya da yayımlayan failin bu nedenle ödediği parasal değer ya da sağladığı çıkarın ilan veya reklamın bedeli ya da hastane masrafları için olduğunu tasavvur etmekte, yani ödediği parasal değer ya da sağladığı çıkarın organ veya dokunun temini için olmadığını bilmekte ise, bu durumda failin yanılması suç kastına ne şekilde etki edecektir? TCK'nin 30. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları ile ilişkili failin hatası kastını ortadan kaldıracaktır. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında da, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu suç kasten işlenen suçlardan olduğu gibi, yukarıda açıklandığı üzere suçun kanuni tanımında ilan veya reklam veren veya yayımlayan failde belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik saikin varlığına da yer verilmiştir. Bu çerçevede, failin suçun kanuni tarifinde yer verilen saike ilişkin sübjektif unsuru ile ilgili içinde bulunduğu hatası kastını ortadan kaldıracaktır. Bu itibarla içinde bulunduğu hatası nedeniyle suç kastı ortadan kalkan fail hakkında ceza

[360] Algan, **A.g.e.,** s.234-235; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; karşıt görüş için *bknz.* Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II**, s.302.
[361] M. Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.134; Algan, **A.g.e.,** s.232; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302.
[362] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.849; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302; Algan, **A.g.e.,** s.233.

verilemeyeceği gibi, söz konusu suçun taksirle işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, kastı ortadan kalkan failin taksirli sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Söz konusu suça ilişkin olarak daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsura ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, suçun nitelikli unsurları ile ilgili kastı kaldıran hata halinden söz edilemez.

Diğer yandan, söz konusu suç neticeli suçlardan olmadığından[363], nedensellik bağı aranmayacağı gibi, bu itibarla nedensellik bağında hataya düşülmesinden de söz edilemez.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu, ilan veya reklamın belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak verilmesi veya yayımlanması ile meydana gelmektedir.

ODNK'nın 4. maddesine göre, "*Bilimsel, İstatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.*" Bu itibarla, organ veya doku teminine yönelik olarak yalnızca "bilimsel" ve "istatistiki" verilerin paylaşıldığı ve haber niteliğine sahip olan reklamlar hukuka uygundur. Buradan açıkça anlaşılacağı üzere, organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine, alım satıma konu edilmesine yönelik reklamlar hukuka aykırıdır. Bir haber veya reklam içeriğinde herhangi bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olduğuna delalet eden hususlar bulunması halinde, bunları veren ve yayınlayanlar yönünden söz konusu TCK'nin 91/6. maddesinde düzenlenmiş olan suç gündeme gelecektir.

Suçun düzenlendiği TCK'nin 91/6. maddesi ile verilmesi ve yayınlanması yaptırıma bağlanmış ve yasaklanmış olan ilan ve reklamlar, maddi çıkar karşılığında organ veya doku alım satımının hedeflendiği türdendir. Bu şekilde, ihtiyaç sahiplerinin herhangi bir çıkar karşılığı olmaksızın, organ veya doku teminine

[363] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.301; Algan, **A.g.e.,** s.229.

yönelik olarak kamuoyunun ilgisine başvurması yasaklanmamakta, yalnızca "ticari ilanlar" yaptırıma bağlanmaktadır[364]. Acil olarak beklenen organ veya dokuların süratli biçimde temini, söz konusu aciliyet halinin kamuoyu ile etkin biçimde paylaşılmasına bağlıdır. Bu noktada "ilan ve reklam" oldukça etkili araçlar olup, bu sayede donör sayısının artırılması mümkün olacaktır. Ancak ülkemiz gibi gelir dağılımında ciddi farklılıklar bulunan ülkelerde, organ ticaretine zımni bir meşruiyet sahası açılmaması bakımından ilan ve reklam yayınlarının titiz bir şekilde denetlenmesi önem arz etmektedir. Buna ek olarak internet hukukunun da söz konusu kapsamdaki ilan ve reklâmlar için caydırıcı tedbirlerle donatılması gerekmektedir[365].

Diğer yandan organ veya doku teminine yönelik ilan ve reklamlarda esasen bir bilgi veya düşünceyi yayma hakkı ve gayesi de bulunduğundan, bu gibi durumlarda menfaatlerin dengelenmesi ihtiyacı da ortaya çıkmaktadır. Örneğin belirli bir menfaat karşılığı organ bağışı talep eden bir ilan ile yaşadığı rahatsızlık sebebiyle herhangi bir menfaatten söz edilmeksizin donör arayan kişinin verdiği ilan arasındaki farklılık, söz konusu suç ve fiilin haksızlık içeriğini belirleyen fark olacaktır[366]. Bu bakımdan, organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verilmesiyle ilgili getirilen "bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı" hallerine ilişkin istisna gibi, suçun kanuni tanımında yer alan "belli bir çıkar karşılığı" ibaresi önemle dikkate alınmalıdır.

Buna karşılık, yukarıda kast başlığı altında açıklandığı üzere, suçun kanuni tarifinde yer verilen veya yayımlanan ilan veya reklamların "belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olması" şeklindeki saik, suçun özel sübjektif unsuru olarak kabul edilmekte ve söz konusu saikin bulunmaması halinde fiilin haksızlık niteliği gerçekleşmeyeceği değerlendirilmektedir[367]. Bu itibarla, söz konusu suç yönünden herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanı

[364] Hakeri, **Tıp Ceza Hukuku**, s.179; Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:I, s.477; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.300.
[365] Özoğlu, **A.g.m.,** s.16, (Çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=3600, Erişim Tarihi: 16 Eylül 2021.
[366] Algan, **A.g.e.,** s.239.
[367] Benzer görüş için *Bknz.* Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.253.

bulması olanaklı olmayıp, suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik fiiller her durumda hukuka aykırıdır[368].

Bu kapsamda, organ veya dokunun ticaretine konu edilmesini önlemeye yönelik olarak ve öngelen fiil olarak belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek veya yayımlamak suç olarak kabul edilmiş olup, bu bakımdan söz konusu suç ile ilgili hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesine ilişkin hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümlerin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Diğer yandan, daha önce ifade edildiği üzere, organ veya doku ticaretine yönelik fiiller bakımından "rıza" ya bir değer atfedilmemiş olması, ayrıca söz konusu suç ile korunan hukuki değer ve suçun mağdurunun kamu düzeni ve toplumdaki tüm bireyler olduğu dikkate alındığında, organ veya dokunun belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik olmak üzere, örneğin yaşayan verici tarafından ilan veya reklam verilmesine veya yayımlanmasına yönelik verilmiş rızanın suça konu fiilleri hukuka uygun hale getirmesi olanaklı değildir..

D. Kusurluluk

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu kusurluluk bakımından bir özellik göstermez. Bu itibarla, ceza hukukumuzda geçerli olan kusur ilkesi bağlamında, fail ancak kusurlu hareket ettiği durumda ve kusuru oranında fiilinden sorumlu tutulabilir.

Ceza hukukumuzda yer verilen kusurluluğu kaldıran veya azaltan (etkileyen) hallerden söz konusu suç ile ilişkili önem arz eden zorunluluk hali, cebir ve tehditin etkisi ve kusurluluğu etkileyen hata hali aşağıda başlıklar halinde incelenecektir. TCK'de yer verilen kusurluluğu kaldıran veya azaltan/etkileyen diğer haller ise, söz konusu suç yönünden özellik arz etmemesi nedeniyle burada incelenmeyecektir.

[368] Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115.

1. Zorunluluk Hali

Organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu yönünden zorunluluk haline ilişkin TCK'nin 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasının hasta/alıcı ve yakınları ile ilgili olarak uygulanması olanağı vardır.

Söz konusu suç bakımından, örneğin ileri düzeyde böbrek rahatsızlığı olan alıcı ve yakınlarından birinin, nakil için elverişli böbrek almak istediği yönünde belli bir bedel ya da çıkar da içerecek şekilde ilan veya reklam vermiş olması halinde, alıcı adayı olan hastanın böbrek nakli yapılmadığı takdirde yaşam tehlikesi ile karşı karşıya olması durumunda bu hasta alıcı ve yine ilan veya reklamı veren yakınının belirtilen zorunluluk haline ilişkin hükümden yararlandırılmaması için bir sebep bulunmamaktadır[369]. Bu örnek olayda, belli bir menfaat karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam veren ya da yayımlayan alıcı hasta ya da yakını yönünden, kendisinin veya yakını olan üçüncü kişinin yaşam hakkına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikenin mevcut olması, verilen ya da yayımlanan ilan veya reklam sayesinde elverişli organ veya dokuya ulaşılması olasılığı bulunduğu gibi, bu durumda alıcı hastanın sağlıklı yaşama hakkının sağlanabilecek olması, işlenen fiil yoluyla ihlal edilen kamusal yarar ile korunması amaçlanan yaşama hakkı arasında orantı bulunması hususları birlikte göz önüne alındığında, olayın koşullarına göre TCK'nin 25/2. maddesi kapsamında zorunluluk halinin şartlarının bulunduğu değerlendirilebilir.

Yukarıda yaşayan kişiden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması ve ölüden hukuka aykırı argan veya doku alınması suçu ile ilgili bölümde zorunluluk hali ile ilgili TCK'nin 25/2. maddesinin uygulanmasına ilişkin doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları tartışılmış ve açıklanmıştır. Bu kapsamda, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulama koşulları arasında yer alan ağır zarara uğrama ihtimali olan hakkın önemli bir hak olması gerekmekte olup, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelen tehlikeler "ağır" olarak kabul edilmektedir[370].

---

[369] Karşı görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.240: *Algan*'a göre, eylem hakka yönelik tehlikeden kurtulmak için elverişli nitelikte değildir.

[370] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.546; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.394-395;

Diğer bir husus kendi organ veya dokusunu satmak maksadıyla ilan veya reklam veren veya yayımlayan failin koşullarının varlığı halinde TCK'nin 92. maddesi ile getirilmiş olan zorunluluk halinden yararlanmasının olanaklı olup olmadığıdır. Yukarıda organ veya dokuyu satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçuna ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, TCK'nin "zorunluluk hali" başlıklı 92. maddesi ile kendi organ veya dokularını satan kişi yönünden cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını öngören bir zorunluluk hali getirilmiştir. Buna göre, organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir. TCK'nin 92. maddesi ile münhasıran kendi organ veya dokusunu satan kişi bakımından zorunluluk hali öngörülmüş olup, doktrinde benzer düzenlemeye organ nakli yapılmadığı takdirde yaşamı risk altında bulunan alıcı hasta yönünden yer verilmemiş olması eleştiri konusu yapılmıştır[371]. Belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçu esasen organ veya dokunun satılmasına ve satın alınmasına yönelik olarak ve satım olayı öncesinde gerçekleştirilen bir eylemdir. Nitekim, suçun kanuni tanımında yer verilen fiiller eğer Kanun'da ayrı bir suç olarak tanımlanmamış olsaydı, bu durumda suça konu ilan veya reklam verme veya yayınlama şeklindeki seçimlik hareketlerin işlenmiş olması hali, TCK'nin 91. maddesinin (3) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan "organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme" suçuna teşebbüs niteliğinde değerlendirilebilirdi. Bu çerçevede ve eylemin niteliği göz önüne alınarak, diğer koşullarının varlığı halinde zorunluluk haline ilişkin TCK'nin 92. maddesinin kendi organ veya dokusunu satmak maksadıyla ilan veya reklam veren veya yayımlayan fail yönünden de uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak TCK'nin 92. maddesinde açıkça "organ veya dokularını satan kişinin" şeklinde belirtilmiş olup, TCK'nin 2/1. maddesinde yer verilen kanunilik ilkesi ve 2/3. maddesinde yer verilen kıyas yasağı ilkesi dikkate alındığında, kendi organ veya dokusunu satmak

---

Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s.495; Yrg. 12. CD, E.2014/2204, K.2015/3376, K.T:24/2/2015.

[371] Yıldız, **Türk Ceza Kanunu**, s.201; Artuç, **A.g.e.,** s.504; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.272; Metin, **A.g.e.,** s.463.

maksadıyla ilan veya reklam veren veya yayımlayan fail yönünden TCK'nin 92. maddesinin uygulanması olanaklı değildir.

Bu düşünceler ışığında, yaşayan verici, alıcı hasta ve yakınları dışındaki inceleme konusu suçu işleyen failler yönünden ise, TCK'nin 25/2. maddesi kapsamında zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanmasının olanaklı olmadığını değerlendirmekteyiz.

2. Cebir veya Tehditin Etkisi

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçu ile ilgili, cebir ve tehdide ilişkin TCK'nin 28. maddesinin uygulanması açısından bir özellik bulunmamaktadır.

Söz konusu suçun cebir veya tehdit altında işlenmesi halinde, TCK'nin 28. maddesi gereğince failin kusurundan söz edilemeyeceğinden, belirtilen suçu tehdit ve cebir nedeniyle işleyen faile ceza verilemez. Ancak cebir veya tehdit uygulayarak belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiillerinin işlenmesini sağlayan şahsın söz konusu suçun faili olarak sorumluluğu ortaya çıkar[372].

Bu bağlamda, örneğin kendisine ya da ailesinden birinin hayatına yönelik tehdit içeren eylemin tesiri altında belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak hazırlanmış olan reklamı yayınlayan gazete veya radyo çalışanın, söz konusu eylemi kendi iradesiyle işlememiş olması nedeniyle kusurunun varlığından söz edilemeyeceğinden dolayı cezalandırılması yoluna gidilemez. Bu durumda gazete veya radyo çalışanı üzerinde tehdit uygulayan gerçek irade sahibi kişi fail olarak yargılanmalıdır.

3. Kusurluluğu Etkileyen Hata Hali

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçu bakımından failin TCK'nin 30/3. maddesi

[372] Benzer görüş için *Bknz.* Algan, **A.g.e.,** s.239-240.

gereğince ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlanacaktır.

Söz konusu suç bakımından TCK'nin 24-29. maddelerinde düzenlenmiş olan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden yalnızca zorunluluk hali (md.25/2) ile cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (md.28)'e ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşülmesi söz konusu olabilir, diğer ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ile ilgili ise, bu suçun tipikliğinde yer verilen unsurların mahiyetleri itibariyle failin hataya düşmesinden söz edilemez.

Bu bağlamda, örneğin böbrek hastası olan ve belli periyotlarla diyalize giren babasının rahatsızlığının TCK'nin 25/2. maddesinde belirtilen başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikenin mevcut olmasına ilişkin zorunluluk durumuna ilişkin koşullara uyduğunu, böbrek nakli yapılmaması halinde babasının kısa süre içerisinde öleceğini tasavvur eden failin, bu nedenle babasına nakledilmek üzere böbreğini vermeyi kabul eden vericiye karşılık olarak marka ve modeli ile bedelini de belirtmiş olduğu arabasını devretme vaadi içerecek biçimde hazırlatmış olduğu el ilanlarını şehir meydanında dağıtması şeklindeki olayda, babasının böbrek rahatsızlığı nedeniyle TCK'nin 25/2. maddesi gereğince ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk haline ilişkin koşulların gerçekleştiği hususundaki hatasının kaçınılmaz nitelikte olması halinde, TCK'nin 30/3. maddesi gereğince bu hatasından yararlanacaktır.

Başka bir örnek olarak, telefonla arayan bir şahsın sözleri üzerine muhakkak ve ağır bir tehdit altında olduğunu düşünen televizyon sunucusu olan failin, belirtilen bedel (parasal çıkar) karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak hazırlanıp gönderilmiş olan reklamı yayınlaması halinde, muhakkak ve ağır bir tehditin varlığına ilişkin koşulların gerçekleştiği hususundaki hatasının kaçınılmaz nitelikte olması halinde, TCK'nin 30/3. maddesi gereğince bu hatasından yararlanacaktır. Bu itibarla, etkisinde kaldığı tehdidin muhakkak ve ağır nitelikte olmasına ilişkin koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olması halinde, failin bu hatası kusurluluğunu ortadan kaldıracağından hakkında ceza verilemeyecektir.

Başka bir örnek olayda, araba almak isteyen failin suç teşkil etmediğini zannederek belli bir parasal değere de yer vererek böbreğini satacağına dair hazırlatmış olduğu ilanı sosyal medya hesabından kamuya açık olacak şekilde vermesi/ilan etmesi ve yine aynı hususta hazırlatmış olduğu el ilanlarını şehir meydanında dağıtmış olması halinde ceza sorumluluğunun söz konusu olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Haksızlık yanılgısı durumunda fail işlediği fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklandığını bilmemekte, meşru olduğunu düşünmektedir. Bu durumda failin hatasının kaçınılmaz nitelikte olup olmadığının belirlenmesi bakımından kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitimi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulmalıdır[373]. TCK'nin 30/4. maddesi gereğince, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. Bu bağlamda, yukarıda verilen örnek olayda failin haksızlık yanılgısı kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi halinde bu hatasından yararlanacaktır.

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Teşebbüs

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçu, kanuni tarifte yer verilen seçimlik fiiller olan ilan veya reklam vermek veya yayımlamak fiillerinin, suçun özel sübjektif unsuru olan belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olması saiki ile yapılmasıyla tamamlanır. Suçun meydana gelmesi için söz konusu ilan veya reklamın verilmesi veya yayımlanması gerekli olmakla birlikte, suçun kanuni tanımında ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamıştır. Bu itibarla yukarıda da açıklandığı üzere söz konusu suç sırf hareket suçudur[374].

Daha önce açıklandığı üzere, kural olarak neticeli suçlar yönünden teşebbüsün olanaklı olduğu, sırf hareket suçları yönünden ise icra hareketlerinin parçalara ayrılabilir olması halinde teşebbüse elverişli olduğu doktrinde ağırlıklı

[373] Hakeri, **Genel Hükümler**, s.438; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.372.
[374] Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Algan, **A.g.e.,** s.229.

olarak kabul edilmektedir[375]. Söz konusu suçun meydana gelmesi için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin aranmaması ve sırf hareket suçu niteliği sebebiyle teşebbüse elverişli bir suç olup olmadığı yönünde doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu *görüşlerden ilkine göre*, suçun oluşması için bir neticenin aranmaması, bu itibarla suçun sırf hareket suçu olması ve suç kalıbında yer alan ilan veya reklam verme veya yayımlama seçimlik fiillerinin niteliksel olarak parçalara ayrılabilir olmaması nedenleriyle, söz konusu suç teşebbüse elverişli değildir[376]. Diğer bir *görüşe göre ise*, maddi menfaat temin edilmesine karşın, organ veya doku teminine yönelik olan ilan veya reklam yayımlanmadan suçun engellenmesi durumunda fiilin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilir, bu itibarla söz konusu suç teşebbüse elverişlidir[377].

Suçun kanuni tarifinde yer alan seçimlik fiilleri "ilan veya reklam vermek" ve "ilan veya reklam yayımlamak" şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu seçimlik hareketlerin belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak yapılmasıyla suç tamamlanır. Yani söz konusu suçun meydana gelmesi için belirtilen nitelikteki ilan veya reklamın verilmesi veya yayımlanması suretiyle aleniyet kazanmasının sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda organ veya dokunun temin edilip edilmemesi ya da bir çıkar sağlanmış olup olmamasının suçun gerçekleşmesi bakımından bir önemi yoktur[378]. Yukarıda fiil başlığı altında açıklandığı üzere, ilan veya reklamın "verilmesi" kavramı ile ilan veya reklamın şehirde elden dağıtılması, ilan panolarına asılarak alenileştirilmesi ve benzeri yöntemlerle duyurulması kastedilmiş iken, "yayımlanması" kavramı ile yayın organı niteliğinde radyo, televizyon, gazete, dergi, internet vb. araç ve yöntemlerle yayımlanarak alenileştirilmesi kastedilmektedir. Bu bakımdan ilan veya reklamla ilgili "vermek" ve "yayımlamak" fiilleri birbirinin devamı veya tamamlayıcısı olmayıp, birbirinden

[375] Mahmutoğlu, Karadeniz, **Şerh**, s.843-844; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s.434-435; Algan, **a.g.e,** s.241; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, C:II, s.301.
[376] Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Hafızoğulları, Özen, **A.g.e.,** s.115; Taneri, **A.g.e.,** s.492; Algan, **A.g.e.,** s.242; Ersan Şen, "İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı", (Çevrimiçi) https://www.hukukihaber.net/internet-uzerinden-organ-ve-doku-satisi-makale, 5409.html, Erişim Tarihi: 27 Kasım 2021.
[377] Gökcan, Artuç, **Şerh**, 3501; Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu** C:III, s.3153; Benzer görüş için Bknz. Meran, **A.g.e.,** s.227.
[378] Algan, **A.g.e.,** s.241; Benze görüş için Bknz. Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283.

bağımsız seçimlik fiillerdir. Nitekim, suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu hususunda doktrinde bir tartışma bulunmamaktadır[379].

Yukarıda açıklandığı üzere, suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılabilir nitelikte değildir. Bir suçun icra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin ayırt edilmesine yönelik Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, TCK'nin 35. maddesinin gerekçesinde icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin objektif ölçütün kabul edildiği vurgulanarak, suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, örneğin suçun seçimlik fiillerine yönelik olmak üzere bastırılmış olan el ilanlarının veya reklam panosunda ilan edilecek afişlerin şehirdeki reklam panolarına asıldığı sırada yetkililer tarafından tespit edilerek engellenmesi halinde ya da benzer şekilde hazırlanmış ilanların bir gazetenin ilanlar sayfasında veya bir derginin ilanlar sayfasında basılmasından sonra, gazete veya derginin dağıtılması sırasında yetkililer tarafından tespit edilerek engellenmesi halinde, ilan veya reklam vermeye yönelik belirtilen hareketler suç tipiyle açık bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketler olup, bunların yapılmasıyla suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanmış olacaktır. Buna karşılık, henüz ilan ve reklamların hazırlattırılması veya bastırılması maksadıyla görüşmeler yapılması, el ilanlarının bastırılması, reklam panosunda ilan edilecek afişlerin bastırılması, ilan veya reklamın verileceği veya yayımlanacağı yere ve araçlara ilişkin internet ortamında veya yüz yüze görüşmelerle araştırma yapılması, hazırlanmış olan el ilanları veya afişlerin reklam panolarında ilan edilmesi için görüşme ve pazarlık yapılması gibi hareketler suç tipiyle yeterince bir yakınlık ve bağlantı içinde olmaması ve hazırlık hareketleri kapsamında bulunması nedeniyle, bu hareketler suça teşebbüs olarak değerlendirilemeyecektir. Bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce suçun kanuni tanımında yer verilen seçimlik hareketleri parçalara ayrılabildiğinden dolayı söz konusu suç teşebbüse elverişli olup, yukarıda belirtilen görüşlerden suçun teşebbüse elverişli olduğuna ilişkin ikinci görüşe iştirak etmekteyiz.

[379] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.299; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Özel Hükümler**, s.274; Algan, **A.g.e.,** s.230; Kaplan, Kıdıl, **A.g.e.,** s.109.

Söz konusu suç, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması ile gerçekleşmektedir. Suçun tamamlanması için ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamış olması nedeniyle sırf hareket suçudur. Suça konu ilan veya reklamın verilmesi veya yayımlanmasıyla suç tamamlanacağından, bu suretle suça konu ilan veya reklamların alenileşmiş olması ve suçun meydana gelmesi için organ veya dokunun temin edilmesi ve yine belirlenen çıkarın sağlanmış olmasının gerekmemesinden dolayı, bu suç yönünden hareketlerin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir[380].

2. Suça İştirak

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçu bakımından iştirakin her türü olanaklıdır[381]. Bu bağlamda, suç tek bir fail ya da birden çok fail tarafından müştereken gerçekleştirilebileceği gibi, TCK'nin 38. maddesi kapsamında azmettiren veya 39. maddesi kapsamında yardım eden sıfatıyla suça iştirak edilmesi de mümkündür.

Söz konusu suç belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması suretiyle işlenmektedir. Suç tek bir fail tarafından işlenebileceği gibi, birden fazla fail tarafından müşterek fail olarak da işlenebilir. Bu anlamda, örneğin, fail belli periyotlarla diyalize giren ve ileri derecede böbrek rahatsızlığı bulunan babasına nakledilmek için böbrek temin etmek maksadıyla bir böbreğini verecek olana 100.000,00 TL. ödeme yapılacağı açıklamasını içerecek şekilde bastırmış olduğu el ilanlarını şehrin sokaklarını dolaşarak dağıtması durumunda TCK'nin 37/1. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu örnek olaydaki fail söz konusu el ilanlarını kardeşi olan diğer fail ile birlikte bastırıp, ardından şehri iki bölgeye ayırmak suretiyle paylaşarak basılı el ilanlarını dağıtmaları halinde her ikisi TCK'nin 37/1. maddesi gereğince müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

---

[380] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.302.
[381] M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.143; Halıcı, **A.g.e.,** s.75; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku**, **C:II,** s.312; Taneri, **A.g.e.,** s.492; Algan, **A.g.e.,** s.242 vd.

Suça TCK'nin 38. maddesi kapsamında azmettiren olarak iştirak etmek olanaklıdır. Bu anlamda, örneğin failin hasta olan eşi için karaciğer temin etmeye yönelik ve belli bir çıkar içerecek şekilde hazırlamış olduğu ilanı internet ortamında yayınlaması için görüştüğü ve bir miktar para vermeyi teklif ettiği kişinin söz konusu ilanı internet üzerinde sosyal medya hesabından kamuya açık biçimde yayımlaması halinde, ilk fail suça azmettiren olarak ve ikinci fail ise suçun faili olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu örnek olayda ikinci failin söz konusu ilanı birinci fail tarafından kendisine yöneltilen karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucunda sosyal medya hesabından kamuya açık biçimde yayımlaması halinde ise, TCK'nin 28. maddesi gereğince kendi iradesiyle fiili işlememiş olması nedeniyle ikinci fail cezalandırılmaz iken, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi (birinci fail) suçun faili olarak sorumlu tutulacaktır.

Suça TCK'nin 39. maddesi kapsamında yardım eden olarak da iştirak etmek olanaklıdır. Bu anlamda, yukarıda verilen örnekte hasta olan eşi için karaciğer nakli gereken failin bu maksatla belli bir çıkar karşılığında karaciğer teminine yönelik ilan veya reklam verme kararını kuvvetlendiren kişi manevi yardım sağlaması nedeniyle, buna yönelik fail tarafından hazırlatılmış ilan veya reklamı yayımlaması için internet kafesini kullanmasına olanak sağlayan kişi ise maddi yardım sağlaması nedeniyle iştirak hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilecektir.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklamların basın yayın organları üzerinden yayımlanmış olması halinde, söz konusu basın ve yayın kurum ve kuruluşlarının görevlileri bakımından TCK'nin 37 ila 39. maddelerinde düzenlenmiş olan faillik ve iştirak hükümleri bakımından bir özellik bulunmamaktadır. Ancak, söz konusu ilan veya reklamların ilan veya yayımlanması nedeniyle kim ya da kimlerin sorumlu tutulacağı hususunda Basın Kanunu ve ilgili kurum ve kuruluşlara özgü mevzuat dikkate alınması gerekecektir[382].

[382] 5187 sayılı Basın Kanunu, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve 561 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun; Algan, **A.g.e.,** s.242-246.

3. Suçların İçtimaı

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçu yönünden özel bir içtima hükmü düzenlenmemiştir. Bu nedenle ceza kanunumuzda suçların içtimaına ilişkin yer alan genel hükümler gereğince uygulama yapılmalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun kanuni tarifinde yer verilen seçimlik hareketler belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak "ilan veya reklam vermek" ve "ilan veya reklam yayınlamak" şeklinde ortaya çıkmaktadır. Suç seçimlik fiillerden birinin yapılmasıyla tamamlanır. Buna karşılık, her iki seçimlik fiili aynı anda işleyen fail eylemlerinden dolayı bir kez cezalandırılacaktır. Örneğin, hasta babası için böbrek temin etmek isteyen failin bu maksatla bir böbreğini vermeyi kabul eden kişiye belirli bir para ödeneceği içeriğini barındıracak şekilde bastırmış olduğu el ilanını şehir merkezinde elden dağıtmak suretiyle başkalarına duyurarak alenileştirdiği ve ilan verme fiilini gerçekleştirdiği gibi, aynı zamanda söz konusu ilanı internet ortamında yayımlayarak ilan yayınlama fiilini de gerçekleştirdiğinde, seçimlik hareketli suçlara hakim kurallar gereğince yalnızca bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır[383].

Söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan seçimlik fiiller organ ve doku teminine yönelik olup, yaşayan vericinin iradesini baskı altına almaya yönelik belli bir çıkar sağlanması ile karakterize edilmektedir. TCK'nin 91/3. maddesinde düzenlenmiş olan "organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme" suçuna konu seçimlik fiiller ise doğrudan ticarete ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu haliyle her iki suç arasında proaktif bir ilişki mevcut olduğu yukarıda belirtilmiştir. TCK'nin 42. maddesinde bileşik suç "biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç" olarak tanımlanmış ve bu tür suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda belirtilen

[383] Algan, **A.g.e.,** s.246-247; Benzer görüş için Bknz. Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.310,311; M.Aydın, **Ceza Sorumluluğu**, s.148.

TCK'nin 91/3. maddesinde ve 91/6. maddesinde düzenlenmiş suçlar arasında TCK'nin 42. maddesi kapsamında bileşik suç ilişkisi bulunmamaktadır.

Söz konusu suç yönünden zincirleme suça ilişkin TCK'nin 43. maddesi hükmünün uygulanması bakımından bir özellik bulunmamaktadır. Bu nedenle ve diğer koşulların mevcut olması halinde söz konusu suçun faili hakkında zincirleme suça ilişkin TCK'nin 43. maddesinin uygulanması olanaklıdır[384].

Organ ve doku nakli konusunda "ilan ve reklam yasağı" konusuna ODNK'da de temas edilmiştir. ODNK'nın 4. maddesi organ veya doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklamı yasaklamıştır. Fakat bu yasağın yaptırımı belirtilmemiştir. ODNK'nın 15. maddesinde 7151 sayılı Kanunla 2018 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile özel ceza normları kaldırılarak TCK'nin 91. maddesine atıf yapılmıştır. Anılan 15. maddede organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında TCK'nin 91. maddesi hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde daha önce TCK'nin 91. maddesi ile ODNK'nın 15. maddesi arasında mevcut olan "fikri içtima" ilişkisi ortadan kaldırılmıştır.

Ancak her iki düzenlemenin farklılaştığı alanlar kapsamında bir suç söz konusu olduğunda ODNK'nın 4. maddesinin uygulanması gerekliliği doğabilecektir. Bu bağlamda, örneğin kişinin kendi böbreğini satmasına ilişkin bir ilan söz konusu olduğunda bedel söz konusu olmasına rağmen organ ya da doku temini söz konusu olmadığından TCK'nin 91/6. maddesi değil ODNK'nın 4. maddesi uygulama alanı bulacaktır[385]. Ancak söz konusu ODNK'nın 4. maddesindeki yasak bir yaptırıma bağlanmadığından ve aynı Kanun'un 15. maddesinde yaptırım yönünden tamamen TCK'nin 91. maddesine atıf yapılmış olduğundan, ODNK'nın 4. maddesi ile getirilen uygulama alanının işlevselliği bulunmamaktadır.

F. Yaptırım

TCK'nin 91/6. maddesi ile, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişilerin bir yıla

[384] Algan, **A.g.e.,** s.247.
[385] Hakeri, **Tıp Hukuku**, C:II, s.849.

kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Söz konusu cezanın doğal alt sınırı TCK'nin 49/1. maddesi gereğince bir aydır[386].

Bu sınır arasında sanığa verilecek ceza ile ilgili olarak TCK'nin 50. maddesi gereğince cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi yahut TCK'nin 51. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi yönünde kararlar verilebilir[387]. Yine, diğer koşulların varlığı halinde CMK'nin 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilebilir.

Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK'nin 91. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmolunması gerekecektir[388]. Nitekim, yukarıda önceki bölümlerde açıklandığı gibi TCK'de tüzel kişilerin ceza sorumluluğu da düzenlenmiştir. TCK'nin 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtilmiştir.

G. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

TCK'nin 91. maddesinin (6) numaralı fıkrasında düzenlenen bu suçun kovuşturulması şikâyet şartına bağlı değildir, re'sen kovuşturulur.

Bu suçun bir kamu görevlisi tarafından ve göreviyle ilgili olarak işlenmesi halinde 4483 sayılı Kanun gereğince gerekli soruşturma izni alındıktan sonra soruşturma ve kovuşturma yapılabilir[389].

Diğer yandan, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanuna tâbi olarak yükseköğretim kurum ve kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işlemiş oldukları fiillerden dolayı ceza soruşturması 2547 sayılı Yükseköğretim

[386] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.313; Koca, Üzülmez, **Özel Hükümler**, s.283; Algan, **A.g.e.,** s.248.
[387] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu** C:III, s.3158; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3512.
[388] Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.313; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3512; Algan, **A.g.e.,** s.248.
[389] Yıldız, **Organ ve Doku Ticareti**, s.314; Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku, C:II,** s.314.

Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrası kapsamında gerçekleştirilecek olup, düzenlemenin öngördüğü prosedürün kovuşturma izni mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu suçun Kanun'da öngörülen yaptırımı itibariyle yargılaması 5235 sayılı Kanun'un 10-14. maddelerinde yer alan hükümlere göre asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir[390].

Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında yetkili yargı mercii, CMK'nin 12. maddesi gereğince kural olarak suçun işlendiği yer esas alınarak belirlenmektedir. İstisnai durumlarda ise, yetki yönünden CMK'nin 13-16. maddeleri ile TCK'nin 8/1. maddesi de göz önünde bulundurulmalıdır[391].

Bu suç için Kanunda öngörülen yaptırımın üst sınırı itibariyle ve TCK'nin 66/1-e maddesi gereğince olağan dava zamanaşımı süresi sekiz yıl ve TCK'nin 67. maddesi gereğince uzamış dava zamanaşımı süresi 12 yıldır.

[390] Yaşar, Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu**, **C:III**, s.3159; Gökcan, Artuç, **Şerh**, s.3513.
[391] M. Aydın, **Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev,** s.45 vd.

SONUÇ

İnsan yaşamı ve vücut bütünlüğü anayasal planda korunan değerlerin başında gelmektedir. Zira yaşam hakkı, mahiyeti ve kapsamı itibarıyla diğer insan haklarına ilişkin değerlerin varlık sebebi ve öncülü durumundadır. İnsan vücudu ve vücut dokunulmazlığı ise, yaşam hakkını tamamlayan ve anlamlı hale getiren temel değerlerdir.

Kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaatleri Anayasa'nın yanı sıra, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ceza Kanunu gibi kanunlarla birtakım güvence ve koruma mekanizmalarına bağlanmıştır. Kanun koyucunun kişinin kendi yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hak ve yetkisini sınırladığı da anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri gereğince devletin bireylere belirli bir organizasyon çerçevesinde sağlık hizmeti sunma ve tıbbi destek sağlama yükümlülüğü olduğu gibi, söz konusu hizmetler kapsamında yapılan tıbbi müdahalelerin hatalı veya istismar edici şekilde uygulanmasını önleme ve önlenemediği durumlarda ise, kusur durumuna göre tazmin veya ceza mekanizmalarını etkili biçimde işleterek bireylerin maddi ve manevi zararlarını giderme yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinin (2) numaralı fırkasıyla belirli koşullar altında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabileceği kabul edilmiştir. Bu hallerden biri de tıbbi zorunluluk durumudur.

Bir tıbbi müdahale yöntemi olarak organ ve doku alınması ve nakli, birden fazla kişinin vücut bütünlüğüne müdahale işlemi gerektirdiğinden, hukuki perspektiften bakıldığında oldukça dikkat çekici istisnalar barındırmaktadır. Bu noktada vücut bütünlüğünü ihlal eden bu işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde daha üstün bir yarar olan kişinin yaşamının korunması başta olmak üzere, birçok hukuki kavram ve belirteç ön plana çıkmakta ve önem kazanmaktadır.

Tıp biliminde ve teknolojisinde yaşanan müspet ilerlemelere koşut biçimde organ ve doku nakli alanında da kayda değer gelişmeler yaşanmaktadır. Sağlığını kaybetmiş ve çaresiz durumda olan insanlar için "umut" olan organ ve doku nakli pek tabiidir ki birtakım istismarları da beraberinde getirmiş, bu bağlamda kamu düzeninin ve bireylerin kişilik değerlerini tehdit eden fiiller işlenmeye başlamıştır.

Bu kapsamda organ ve dokuların tedavüle konulması ile ilgili fiillerin önlenmesi maksadıyla ulusal ve uluslararası düzeyde birçok düzenleme getirilmiştir.

Yaşayan kişiden veya ölüden organ veya doku alınmasına ve nakline ilişkin hukuki rejim Türkiye'de ilk defa 2238 Sayılı ODNK ile hukuki çerçeveye kavuşturulmuştur. Bu bakımdan, ülkemizde hukuka aykırı biçimde organ ve doku alınması ve nakli ile mücadele birçok ülkeden daha önce hayata geçirilmiştir. TCK'nin 91 ilâ 93. maddeleri ile de hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması ve organ ve dokuların ticaretinin yapılmasına ilişkin fiiller yaptırıma bağlanmıştır. TCK'nin 91. maddesinde suç tipleri tanımlanmış, kendi organ veya dokusunu satan fail bakımından TCK'nin 92. maddesi ile zorunluluk hali ve 93. Maddesi ile cezayı kaldıran veya cezada indirim gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir.

Ülkemizde organ ve doku nakli ile ilgili kanuni düzenlemelerin tıp bilim adamlarının öncü uygulamalarını takiben yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan organ ve doku nakline ilişkin yürürlükteki mevzuatımızın çağdaş hukuk anlayışına uygun olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, yaşayan vericiden organ aktarımında ODNK'nın öngördüğü "üstün amaç", "zararsızlık ve elverişlilik", "vericinin rızası", "bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü" kurallarının çağdaş etik normlarla uyumlu olduğu, ölüden organ ve doku alınmasında da benzer şekilde çağdaş ve bilimsel görüşler gözetilerek beyin ölümü kriterinin kabul edildiği görülmektedir. Ancak kanun yapımına ilişkin birtakım aksaklıkların da potansiyel hukuki problemler barındırdığı söylenebilir.

Organ ve doku ticareti suçunun düzenlendiği TCK'nin 91. maddesi ile ilgili olarak, doktrinde madde başlığı ile fıkralardaki düzenlemelerin uyuşmadığı temelinde eleştiri getirilmektedir. TCK'nin 91. maddesinin başlığının "organ ve doku ticareti" suçu olmasına karşılık, madde içeriğinde, "Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ ve doku alma" (f.1), "Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alma" (f.2), "Organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme" (f.3), "Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama" (f.5) ve "Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ve reklam verme ve yayınlama" (f.6) olmak üzere beş

ayrı suç düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun madde başlığını tamamen karşıladığı, altıncı fıkrada düzenlenen suçun da madde başlığı ile kısmen uyum içerisinde olduğu söylenebilirse de, diğer fıkralarda düzenlenen suçların madde başlığı ile uyuşmasının söz konusu olmadığı açık olduğundan, bu hususta doktrindeki eleştirilere katılmaktayız. Ancak, söz konusu madde hükmünün temelde organ ve dokunun ticarete konu edilmesini önlemeye yönelik düzenlendiği dikkate alındığında, mevcut madde başlığının düzenlenen suçları ortak biçimde en iyi tanımlayan başlık olduğu ve bu itibarla madde başlığı ile içeriği arasında kapsayıcılık bakımından mevcut uyuşmazlığın sorun teşkil etmediği kanaatindeyiz.

ODNK'nın 2/1. maddesinde, Kanun'a göre organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı ifade edilmekle birlikte, gerek ODNK'de ve gerekse de TCK'de "organ" ve "doku" terimlerinin açıkça tanımlamaları yapılmamıştır. Tıp bilimi ve teknolojisinde yaşanan hızlı gelişme ve değişimler dikkate alındığında, söz konusu kavramların Kanun'un kapsamıyla sınırlı olarak tanımlanmasıyla yetinilmesi ve belirtilen kavramların daha ayrıntılı tanımlanmasının kanunla yapılmak yerine tıp bilimine bırakılmış olmasının yerinde olduğunu değerlendirmekteyiz.

TBMM Adalet Komisyonunun 20/2/1979 tarihli ve E.2/658, K.88 sayılı raporunda, kapsam dışı tutulan nakillerin pek çok sağlık kuruluşu bünyesinde tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde ve yaygın olarak yapıldığı, uygulamada güçlükler ve sakıncalar oluşturmaması bakımından bunların kanunun kapsamı dışında tutulduğu belirtilmiştir. Ancak bu noktada sperm gibi hassas nitelikteki maddelerin muafiyet kapsamı dışında bırakılması tutarlılık yönünden önemli bir eleştiri konusu oluşturmuştur. Kanun koyucunun amacı belirli bir organ ve doku nakli kategorisi bakımından yukarıda belirttiğimiz katı kuralların uygulanmasının orantısız sonuçlara neden olmasını önlemek olduğuna göre, bu konudaki belirlemenin kapsayıcı bir çerçevede ve tutarlı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce vücuttan alındığında eksilen kısmını metabolizmanın yenileyebildiği ve verici için yaşamı, vücut bütünlüğü ve hatta yaşam kalitesi açısından tıbben ihmal edilebilir

düzeyin ötesinde risk oluşmayan ve kişilik hakları bakımından yüksek önem arz etmeyen tüm nakillerin muafiyet kapsamına alınması doğru bir tercih olacaktır.

01.02.2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin "Canlıdan organ bağışı ve nakli" kenar başlıklı 16. maddesinde, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi veya dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısmı olmayan bir kişiden yapılacak organ naklinin, nakil işleminin gerçekleştirileceği il merkezinde teşekkül edecek Etik Komisyonu tarafından, alıcı ve vericinin mevzuata aykırı herhangi bir ilişki içinde bulunmadığının ve organ bağışının etik yönden uygunluğunun tespitine bağlanmıştı. 2018 yılında yapılan değişikliğe kadar ODNK'da böyle bir hüküm bulunmaması ve söz konusu sınırlamanın Yönetmelik ile getirilmiş olması önemli bir hukuki sorun teşkil etmekteydi. Ancak 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanun ile ODNK'ya eklenen Ek 2. maddesi ile, eş yönünden en az iki yıldan beri evli olma şartı getirilmekle birlikte, Yönetmeliğin anılan maddesinde yer alan fiilen birlikte yaşama şartına yer verilmemiş olması, ayrıca hastalığın evlilikten sonra teşhis edilmesi halinde iki yıllık süre şartının da aranmayacağı düzenlemesi olumlu yönde bir gelişme olmuştur. Bu suretle, Yönetmelik yerine Kanunla düzenleme yapılarak eleştirilen hukuksal sorun ortadan kaldırıldığı gibi, aynı zamanda kanaatimizce ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 20. maddesi ile korunan "özel hayata saygı" hakkı ile bağdaşmayacak biçimde "fiilen ayrı yaşayan eşler" ve "fiilen birlikte yaşayan eşler" şeklinde bir ayrıma gidilmesine son verilmiştir. Nitekim, ODNK ile yapılan belirtilen değişiklik sonrasında 09 Aralık 2022 tarihli ve 32038 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan yeni Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 12. maddesi ile ODNK'nın belirtilen hükümlerine paralel düzenlemeler yapılarak belirtilen tartışmalar tümden ortadan kaldırılmıştır.

ONHY'nin 12. maddesi ile ve tarafı olduğumuz Oviedo Biyotıp Sözleşmesi ile, yaşayan kişiden organ veya doku alınması yönünden "ikincillik prensibi" benimsenmiştir. Bu prensip gereğince ve yaşayan verici yönünden tedavi edici ve iyileştirici bir yönü bulunmadığı gibi, tıbbi müdahale ile vücudundan alınan organ veya dokunun gelecekte sağlığı ve yaşam konforu için yaratacağı riskler göz önüne alındığında, organ veya doku ihtiyacının öncelikle ölüden temin edilmesi

gerekmektedir. İkincillik prensibinin Ancak, söz konusu ikincillik prensibinin Yönetmelik yerine, yasal değişiklikle ODNK ile düzenlenmesinin yerinde olacağını değerlendirmekteyiz.

TCK'nin 91/8. maddesinin, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı şeklindeki düzenlemesi ile ilgili olarak doktrinde, ölüm neticesi bakımından failin taksirle hareket etmiş olması halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulmasının adaletsiz sonuçlara yol açacağı ve bu nedenle düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına uzak olduğu, yine failin öldürmeye yönelik olası kastının dahi bulunmadığı hallerde TCK'nin 87/4. maddesi gereğince daha hafif şekilde cezalandırılması olanaklı iken, daha ağır ceza yaptırımına tabi tutulmasının adil olmayan sonuçlara neden olacağı yönünde eleştiriler getirilmektedir. Söz konusu düzenlemenin organ ve doku ticaretinin önlenmesi amacına yönelik ve tolerans barındırmayan niteliği itibariyle yerinde olduğu, ayrıca suçun temel şeklinin kasten işlenebilen bir suç olması, suçun temel şeklinin olası kastla ve taksirle işlenememesi göz önüne alındığında, organ veya doku alınması kastıyla icra edilen fiil neticesinde, mağdurun ölümü şeklinde kastedilene göre daha ağır bir neticenin geçekleşmesi nedeniyle, Kanun'un gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla ve belirtilen bu yönüyle doktrinde getirilen eleştiriye katılmamakla birlikte, söz konusu TCK'nin 91/8. maddesinde "kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı" şeklinde yapılmış olan atıf yerine, fiilin ve ortaya çıkan neticenin ağırlığıyla orantılı olarak doğrudan yaptırım içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi halinde, Kanun'un sistematiği, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı ve buna ilişkin genel hüküm olan TCK'nin 23. maddesi hükmü ile uyum sağlanmış olacağını değerlendirmekteyiz.

Ölüden organ veya doku alınması konusu, hayati organları da kapsaması, tedavi amacının yanı sıra bilimsel amacı da içine alması ve potansiyel vericilerin daha fazla olması nedeniyle oldukça önemli bir seçenektir. Bu konu bakımından arz ettiği önem ve yararlar dengelemesindeki hassasiyeti ortaya çıkarması itibarıyla en çok tartışılan husus ölüm anı ve ölüm anının nasıl tespit edileceğidir. Bu sebeple

ölüm anının tespitine ilişkin karar son derece hassas dengeler üzerine kurulu hayati bir işlemdir. ODNK'nın 11. ve 13. maddeleri ile ölümün tespitine dair kurallar belirlenmiş olmakla birlikte "ölüm" olgusu tarif edilmemiştir. Kanun'un tıp biliminin alanına giren bir hususta inisiyatifi belirli bir düzeyde tıp bilimine ve hekimlere bırakmış olması kanaatimizce doğru bir tercih olmuştur.

Ölüden organ veya doku alınması konusunda önemle vurgulanması gereken bir başka husus da yakın kavramının açıklığa kavuşturulması ihtiyacıdır. ODNK'nın 14/1. maddesinde belirtilen akrabalardan birinin bulunması durumunda "diğer yakın" kapsamında değerlendirilebilecek kişinin vereceği rıza geçerli olmayacaktır. Bu yakının kim olabileceği hususunda Kanun'da bir sınırlama getirilmemiştir. Ölen kişiyi tanıyan herhangi biri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu yakının ölüm anında ölen kişinin yanında olması yeterlidir. Ayrıca ölenin yanında bulunmayan akrabalarının araştırılmasına gerek yoktur. ODNK'de yer alan bu yakın kavramı her ne kadar eleştiriye açık bir düzenleme olsa da, kanaatimizce düzenlemenin bu şekilde yapılmış olması herhangi bir sakınca getirmemektedir. Zira, zaten güçlük çekilen organ ve doku temininde mutlaka belli derecede yakınlık koşulu aranacak olması halinde, sınırlı olan zaman daha fazla daraltılacak ve sağlıklı şekilde organ veya doku elde etme şansı iyice azalmış olacaktır.

TCK'nin 92. maddesi ile, "zorunluluk hali" hem bir indirim ve hem de cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, "organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasının suç oluşturduğu, kişinin kendi organ ve dokuları açısından bu fiilleri işlemesinin de suç oluşturduğu, ancak kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önüne bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanındığı" belirtilmektedir. Bu düzenleme organ ve doku ticaretini kolaylaştıracağı gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Kanaatimizce de, sosyal ve ekonomik koşullar bakımından zorda kalmayan bir kimsenin organ veya dokularını satması eşyanın doğasına uymaz. Dahası sosyoekonomik sebeplerle organ veya doku satılmasını mazur görüp, organ veya doku nakledilmediği takdirde yaşam riski bulunan bir kimsenin organ satın almasının özel bir zorunluluk hali olarak düzenlenmemiş olması çelişkili bir

tutumdur. Nitekim öğretide hayati tehlikeye karşı, sosyal ve ekonomik nedenlere üstünlük tanınmış olduğu eleştirileri getirilerek, organ veya doku satın alan kimse için TCK'nin 25/2. maddesinde yer verilen "…ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile …işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği" yönündeki hükmün burada uygulanabileceği savunulmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında kabul ettiği yaklaşımı da bu yöndedir. Hatta Yargıtay kanaatimizce oldukça isabetli olarak bu hükmün kapsamını alıcının yakınlarını da kapsayacak şekilde geniş tutmaktadır.

Diğer yandan kanaatimizce TCK'nin 92. maddesinde düzenlenmiş olan zorunluluk hali maksadını aşar biçimde yoksul kimselerin, organ ve dokularını satmalarını teşvik eden bir nitelik taşımakta, özellikle kamu denetiminin ve vatandaşların bilinç seviyesinin nispeten zayıf olduğu yörelerde suç işlenmesine zemin oluşturması tehlikesini barındırmaktadır. Bu sebeple, söz konusu hükmün Anayasa'nın 2. maddesi ile güvenceye bağlanan "sosyal devlet" ilkesi ve 12. maddesi ile güvence altına alınan "temel hak ve hürriyetlerin dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilmez" niteliğine de aykırılık içerdiğini değerlendirmekteyiz.

TCK 91/6. maddesinde düzenlenmiş olan belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu ile ilgili olarak, doktrinde, verme ve yayınlama şeklinde iki ayrı fiil öngörülmesi, suçun tamamlanması için yayınlanmış olmasının da şart olmamasının ispat yönünden sorunlara sebep olacağı, yayınlama fiili açısından değerlendirildiğinde ilan verme fiilinin yayınlama fiilinin teşebbüs aşamasını oluşturacağı eleştirileri getirilmiştir. Ancak, söz konusu suçun kanuni tanımında yer alan ilan veya reklam verme ile ilan veya reklam yayımlama seçimlik fiillerinin, "verme" ve "yayımlama" kavramlarının dilbilimindeki karşılıkları ve teknik boyutları göz önüne alınarak seçimlik fiiller olarak düzenlendiğini ve bu nedenle yapılmış olan düzenlemenin yerinde olduğunu değerlendirdiğimizden, belirtilen eleştiriye katılmıyoruz.

Ancak, "belli bir çıkar karşılığında" ibaresinin beraberinde sorunlar getiren bir ifade olduğunu değerlendirmekteyiz. Bu haliyle, yasa uygulayıcılarına failin belli bir karşılık elde ettiğini ispat yükümlülüğü getirildiği gibi, vadedilen çıkarın ispat edilememesi halinde ise failin cezasız kalması tehlikesini barındırmaktadır. Söz

konusu ifade anlam yönünden de karışıklıklara neden olmaktadır. Söz konusu suç ile ilan veya reklamın her türlüsü değil, maddi menfaat sağlama amaçlı olanları cezai yaptırıma bağlandığı fikrinden hareketle, ihtiyaç sahiplerinin maddi menfaat temin etmeksizin kamuoyunun ilgisine başvurmasının yasaklanmadığı, yalnızca "ticari ilanların" yaptırıma bağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla internette sıkça rastlanılan "böbreğimi satıyorum" gibi ilanları verenlerin eylemleri suç oluşturmamakta, ancak bu ilanlar organ satışına teşebbüs olarak değerlendirilebilecekse de, bu tür hareketler henüz hazırlık hareketi niteliğinde olduğundan cezalandırılmaları da mümkün görülmemektedir.

Organ ve doku nakline ilişkin bu tez kapsamında ifade edilmeye çalışılan tüm bilimsel ve hukuki gelişmeler konunun toplumsal yaşamda giderek artan bir yer ve önem kazandığını göstermektedir. Ancak her konuda olduğu gibi bu konuda da kapsam ve genişlik arttıkça konunun karmaşıklığı ve yol açabileceği hukuki uyuşmazlıklar da artmaktadır. Hukuk düzeninden beklenen yalnızca toplumsal ve hukuki gelişmeleri takip etmek değil, aynı zamanda uyuşmazlık alanlarının önceden tespit edilerek, hak kayıplarına ve telafisi imkânsız zararlara yol açmadan önce konuyla ilgili gerekli düzenlemelerin ve belirleyici kriterlerin ortaya konulmasıdır.

Mevzuatımızda ve yargısal uygulamalarda bu bağlamdaki son gelişmeler organ temininin hukuki kapsamı önündeki engellerin kaldırılması eğilimini yansıtmaktadır. Bilimsel ve toplumsal gelişmelere paralel olarak konunun hayvanlara bakan yönünde de olumlu gelişmelerin bulunması umut vericidir. Bu tutum çalışmamız içerisinde işaret ettiğimiz birtakım eksikliklerine rağmen konunun hukuki öngörülebilirliğinin, dolayısıyla da yasal zeminin sağlanması yönünde olumlu olarak değerlendirilmelidir.

Diğer yandan organ ve doku alınması ve naklinin hukuk koruması dışında kalan kısımları ve özellikle yasadışı insan ve organ ticaretine bakan yönüyle de hukuki düzenleme ve uygulamalar ayrı bir önem taşımaktadır. Bu konuda da gerek caydırıcılık gerekse de yasal koruma kapsamında kalan alanların netliği ilerleyen dönemdeki gelişmelerin belirlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin: **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

AKINCI, Şahin: "Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri", **Sağlık Hukuku Sempozyumu** (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara, 2007.

AK İKİNCİ, Özlem: "72 Yıllık Yaşamda Kurtarılan Binlerce Hayat Prof. Dr. Münci Kalayoğlu", **Bilim ve Teknik Dergisi**, Mayıs 2012, Y:45, S:534, , s.24-30.

AKİPEK, Jale G.: **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)**, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 1. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972.

AKİPEK, Jale G.: **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)**, İkinci Kitap, Mülkiyet, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

AKÜNAL, Teoman: "2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Aşılanması Nakli Hakkındaki Kanun Açısında Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, 1983.

AKYILDIZ, Sunay: "Organ Nakli Talebinin Etik kurulda Reddi Karşısında Hastanın İdari Dava Açma Hakkı", **III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, (Ed. Hakeri/Doğan), C:1, Ankara, 2019.

ALACAKAPTAN, Uğur: **Suçun Unsurları**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1975.

ALGAN, Hazal: **Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

ARSLAN, Çetin, AZİZOĞLU, Bahattin: **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları, 2004.

ARTUÇ, Mustafa: **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **Türk Ceza Kanunu Şerhi (5 Cilt)**, Ankara, Turan Kitabevi, 2009.

ATABEK, Reşat: "İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar", **İHFM**, 1935, S:2, Y.1.

ATAMER, Yeşim M.: "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, **Milletlerarası Hukuk Bülteni,** 1999-2000, S:1-2, s.125-155.

ATEŞ SARIDAĞ, Büşra Hazel: "Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2021.

AYDIN, Çağrı Kan: "Organ veya Doku Ticareti Suçu", **Ankara Barosu Dergisi,** Y:69, S:2011/1, s.129-162.

AYDIN, Devrim: **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009.

AYDIN, Murat: **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

AYDIN, Murat: "Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C:3, S:1, s.29-60.

AYDIN, Murat: "Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Digestası**, Ankara Barosu Yayınları, 2009, Y:1, S.1, s.209-276.

AYİTER, Nuşin: "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", **AÜHFD**, 1968, C:XXV, S:1-2, s.137-144.

BABA, Yasemin: **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, Legal Kitabevi, 2013.

BAFRA, Jale: "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu", **İBD**, 1993, C: 67, S:1-2.

BAĞCI, Ömer: "TMK'nun Miras Hukuku Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına ve Vasiyetnamelerin Yorumuna İlişkin Düşünceler", **SDÜHFD**, 2015, C:5, S:2, s.39-63.

BAKICI, Sedat: **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

BALKIR, Z.Gönül: "Organ Nakillerinde Tıbbi Müdahaleye Uygunluk ve Rıza Ehliyeti", **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2009-2010, Ed. Hanzade Doğan, Fatih Selami Mahmutoğlu, Arın Namal, İstanbul, Nobel Matbacılık, 2011, s.145-152.

BANAK, Selim: "Etik ve Hukuki Yönleriyle Organ ve Doku Nakilleri", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Mersin, 2014.

BAYRAKTAR, Köksal, KESKİN KİZİROĞLU, Serap, ZAFER, Hamide, MEMİŞ KARTAL, Pınar, SINAR, Hasan, ERMAN, Barış R., EROĞLU, Fulya, ÖNOK, R.Murat: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman),** 15. Tıpkı bs. İstanbul, DER Yayınları, 2021.

BAYRAKTAR, Köksal, YILDIZ, Ali Kemal, ALTUNÇ, Sinan, ERMAN, Barış, KURT, Gülşah, KİZİROĞLU, Serap Keskin, KARTAL, Pınar Memiş, BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, EROĞLU ERMAN, Fulya, SINAR, Hasan: **Özel Ceza Hukuku, C:II (Kişilere Karşı Suçlar-1-)**, 1.bs. İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020.

BAYRAKTAR, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1972.

BAYRAKTAR, Köksal: "Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler** (26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul, 1998.

BAYRAKTAR, Köksal: "Faal Nedamet", **İÜHFD**, 1967-1968, Cilt XXXIII, S:3-4, s.122-154.

BAYRAKTAR, Köksal: "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'a İlişkin Düşünceler", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, İstanbul, 1979.

BAYRAKTAR, Köksal: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", **Hukuk ve Adalet**, Nisan 2005, Y:2, S:5.

BAYRAKTAR, Ömer: "Organ ve Doku Nakli", **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C:2, S:2010/1, s.1297-1329.

BEKAR, Elif**:** **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013,

BRÜGMANN, Walter: "Widerrechtlichkeit des aerztlichen Eingriffs und Aufklaerungspflicht des Arztes", **NJW**, 1977.

CARTENS, Thomas: "Das Recht der Organtransplantation", **Juristen Zeitung,** Frankfurt am Main u.a., 1978.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, YENERER ÇAKMUT, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş,** Ankara, Beta Yayınevi, 2016.

ÇİL Orçun, GÖRKEY Şefik: "Beyin ölümü kriterlerinin tarihsel gelişimi ve kadavradan organ nakline etkisi", **Marmara Medical Journal**, 2014, S:27, s.69-74.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: **Tıbbi müdahaleye Rıza,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

DEĞİRMENCİ, Olgun: Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı Ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, **TBB Dergisi**, 2014, S:110, s.129-188.

DEMİREL, Muhammed: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, 2017, C:5, S:2, s.119-161.

DEMİRER, Mustafa, GÜRPINAR, Serhat, KÜPELİ, Ahmet, ÇAYLI, Erdinç, BAYDAR, Çetin Lütfi: "Şüpheli Ölüm Olgusunda Organ Nakli, Adli Tıbbi ve Etik Sorunlar", **Adli Tıp Bülteni**, 2011, C:16, S:1, s.18-24.

DOĞRU, Osman: **Yaşama Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Ankara, 2018.

DOĞU, Hakkı Mert: "Cesedin Bilimsel Araştırmalarda Kullanılması Amacıyla Vasiyeti: Anatomi Sözleşmesi", **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C:2, S:2010/1, s.1469-1509.

DONAY, Süheyl: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, C:I, 12. Bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1997.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, C:II, 12. Bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1999.

DÖNMEZER, Sulhi: "Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi", **Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Armağanı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku**, **Kişiler Hukuku,** C:II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.

DURAL, Mustafa: **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, 3.Bs., İstanbul, 1987.

ELDEGEZ, Cumhur Uluğ, YALÇIN, Seyhun: "Türkiye'de ve Dünyada Transplantasyonun Tarihçesi", **Türkiye Klinikleri J Gen Surg Special Topics**, 2013, C:6, S:1.

ERBAŞ, Rahime: **Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, 1. Bs., İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015.

ERBAŞ, Rahime: **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, 1.Bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.

ERDOĞAN, Ayşen: "Yoğun bakım ünitelerinde beyin ölümünün teşhisi", **Süleyman Demirel Ünüversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, 2014, C:21 S:4, s.158-162.

EREM, Faruk: "Organ Nakli Hakkında Kanun", **Yargıtay Dergisi**, 1979, C:5, S:4.

EREM, Faruk: "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", **AÜHFD**, Mart-Nisan 1968, C:25, S:1-2.

EREN, Fikret, YÜCER AKTÜRK, İpek: **Türk Miras Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2021.

ERMAN, Barış: **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

ERMAN, Barış: "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **Yayımlanmamış Doktora Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2005.

ERSOY, Nermin, AYDIN, Erdem: "Tıbbi Etik'te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi**, 1994, C:2, S:2.

ERTAŞ, Şeref: "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **DEÜHFD**, 1980, S.1.

ERTİN, Hakan, MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, BAŞAĞAOĞLU, İbrahim: "Organ Bağışında Modeller: Etik ve Ceza Hukuku Açısından Yorumlanması", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları – I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2007, s.923-938.

ESER, Albin, V. LUTTEROTTİ, Markus. SPORKEN, Paul. (Yay.): **Lexikon Medizin Ethik Recht**, Basel, Wien Freiburg i. Br., 1989.

FORKEL, Hans: "İnsan Vücudunun Parçaları Üzerinde Hukuki Tasarruflar" Tcr. Enis Açar, **Ankara Barosu Dergisi**, 1976, S:3, s.404-408.

GENÇCAN, Ömer Uğur: **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu**, C:I, 4.Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

GERÇEKER, Hasan: **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu** C:I,, 6.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu–Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:3, 1.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 4.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat: **Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat: "Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87)", **Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2015, C:21, S:2, s. 369-412.

GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat: "Organ ve Doku Ticareti Suçları", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, İstanbul, Pasifik Ofset, 2013.

GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat: "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, C:19, S:2, 111-150, s.111-149.

GÖKCEN, Ahmet: "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı**, 2000, C:VIII, S:1-2.

GÖKTÜRK, Neslihan: "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2016, C:7, S:1, s.407-450.

GÖZÜBÜYÜK, Gizem: "Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ Ve Doku Naklinin Hukuki Sınırları", **Yüksek Lisans Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2016.

GUTMANN, Thomas, LAND, Walter: "Avrupa Bakış Açısı", Çev. Fulya Eroğlu, **Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.15-28.

GÜNEŞ, Cemile: "Hukukumuzda Organ ve Doku Naklindeki İzin Koşulu", **Legal Hukuk Dergisi**, Aralık 2005C:3, S:36, s.4273-4276.

GÜRSOY, Kemal Tahir, EREN, Fikret, CANSEL, Erol: **Türk Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1984.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar,** 8. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2022.

HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

HAKERİ, Hakan: **Tıp Hukuku**, 23. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

HAKERİ, Hakan: **Tıp Ceza Hukuku**, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

HAKERİ, Hakan: "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", **Terazi Hukuk Dergisi**, Mayıs 2014, C:9, S:93, s.131-142.

HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.

HALICI, Türkan: "Türk Ceza Kanunu'nda Organ veya Doku Nakline İlişkin Suçlar: 5237 S. TCK m.91,92,93", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2009.

HASBAHÇECİ, Mustafa: "Organ Nakli Yasa Tasarısı Üzerine", **Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Mart-Nisan-Mayıs 2008.S:6,

İÇEL, Kayıhan, SOKULLU AKINCI, Füsun, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, F. Selami, ÜNVER, Yener: **Suç Teorisi**, 2. Kitap, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004.

KANGAL, Zeynel T.: **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin Yayınevi, 2010.

KANICI, Musa: "Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.

KAPLAN, Mahmut, KIDIL, Fahrettin: "Organ veya Doku Ticareti Suçu", **Mondros ve Versay'ın 100. Yılında Türk–Alman İlişkileri**, Konya, Selçuk Üniversitesi, 2020, s.101-116.

KARLIKAYA, Esin, HOT, İnci: "Hayvandan İnsana Doku ve Organ Naklinin (Xeno transplantasyon) Etik Boyutu", **Türk Nefroloji Diyaliz ve Transplantasyon Dergisi,** 2007, s.169-175.

KATOĞLU, Tuğrul: "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", **AÜHFD**, 2006, C:55, S:1, s.157-193.

KERMAN, Onur Kemal: "Tıbbi Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.

KEYMAN, Selahattin: "Tipiklik ve Ceza Hukuku", **AÜHFD**, 1980, C:37, S:1, s.59-105.

KILIÇOĞLU, Ahmet: "Organ ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991, S:2, s.246-265.

KIZILARSLAN, Hakan: "Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı", **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C:2, S:2010/1.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan: "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m. 27)", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, C:11, S.1-2, s.39-53.

KOCAMAZ ŞAHİN, Begüm: **Organ Nakli Hukuku Türk ve Alman Organ Nakli Hukukunun Karşılaştırılması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2019.

KOCATÜRK, Utkan: **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, 10.Bs, Ankara, Nobel Tıp Kitabevi, 2005.

KOÇAK SÜREN, Özlem: "Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi", **TBBD**, Kasım-Aralık 2007, Y:20, S:73, s.174-195.

KOPETZKI, Christian: **Organgewinnung Zu Zwecken Der Transplantation: Eine Systematische Analyse Des Geltenden Rechts**, (Band 82 der Reihe "Forschungen aus Staat und Recht"), Wien/New York, Verlag Springer, 1988.

KÖK, Ahmet Nezih: "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu** (13-14 Kasım 2009 İstanbul), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.209-222.

KÖKSAL, Atacan: "Organ ve Doku Ticareti Suçları", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2015.

KRAMER, Hans-Jürgen: **Rechtsfragen der Organtransplantation**, Florentz, München, 1987.

KRÜGER Matthias: "Alman Organ Nakli Hukuku Bakış Açısıyla Yüz, Kol ve Rahim Nakilleri", Çev. Hakan Hakeri, **Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Dergisi (Hukuk Köprüsü)**, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, 2012, S:2, s.185-192.

KURT, Ekrem: "Organ Naklinde Modeller", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009 İstanbul)**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

KÜÇÜK, Ahmet, KARAHAN, Mahmut Alp: "Beyin Ölümü Tanısı ve Son Değişiklikler", **Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, 2015, C:12, S:2, s.328-331.

LÜTTGER, Hans: "Die Organtransplantation beim Menschen strafrechtlicher Sicht", **AÜHFD**, 1978, C:35, S:1.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, KARADENİZ, Serra: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2.Bs., İstanbul, Beta Yayınları, Mart 2021.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: "TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları**, Ed. Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.293-298.

MERAN, Necati: **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.

MERMUT, Serdar: "Organ ve Doku Ticareti Suçu", **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üni-versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, S:2010/1, C:2, s.1457-1488.

METİN, Sevtap: **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, 2.Bs., İstanbul, Betim Yayıncılık, 2019.

ODYAKMAZ, Zehra, "İdare Hukuku Açısında Hasta Hakları Uygulamaları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Nisan 2011, S:5, Y:2, s.1-56.

OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 21.Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.

OĞUZMAN, M. Kemal: **Medenî Hukuk Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.

ÖMEROĞLU, Ömer: "Organ ve Doku Ticareti Suçu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Şubat 2010, Y:5, S:42, s.57-72.

ÖZBEK, Veli Ö., DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

ÖZBİLEN, Arif Barış: "İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakkın Hukukî Niteliği ve Bu Maddelerin Hukukî İşlemlere Konu Edilmesi", **Doktora Tezi,** Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2011.

ÖZGENÇ, İzzet: **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adalet Bakanlığı, 2005.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 3.Bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006.

ÖZGENÇ, İzzet: **Suç Örgütleri**, 14.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

ÖZLÜK, Betül: "Mülkiyet Ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C:27, S:1, s.139-166.

ÖZSUNAY, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4.Bs., İstanbul, 1979.

ÖZSUNAY, Ergun: "Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul 1998, s.1-63

ÖZTAN, Bilge, GÜRPINAR, Damla: **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 47.Bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2022.

ÖZTEZEL, Aslıhan: "Organ ve Doku Nakli Suçları", **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ed. Hakan Hakeri, Cahit Doğan, Lefkoşa, Türkiye Barolar Birliği, 16-17 Ekim 2014, s.219-232.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 20.Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

PARLAK, Şafak: "Organ Bağışı Ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", **TBB Dergisi**, 2009, S:83, s.189-222.

PARLAK, Türkan Melis: "Vücudun Metalaştırılması: Organ ve Doku Ticaretinin Önlenmesine İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzeblemeler Efektif mi?", Prof.Dr. İbrahim Dülger'in Anısına Armağan, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** s.283-296.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

POLAT, Oğuz, ÖZTEL, Hilal: "Çocukların Kaçırılması ve Organ Ticareti", **CHD**, Aralık 2007, Y:2, S:5, s.5-20.

SARITAŞ, Erkan: **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221)**, 1.Bs., İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2018.

SCHREIBER, Markus: **Die Gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland**, Frankfurt am Main, 2004.

SERT, Selin, CIHAN, Ali Hulki: **Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.

SIEGEL, Byron: "The Moment of Death: An International Medico Legal Problem Concerning Human Organ Transplantation", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol.2, No.2, 1970.

SİVRİKAYA, Erkut Ziya: "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Organ ve Doku Nakli", **Yıldırım Uler'e Armağan**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, s.115-136.

SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10.Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

SOYASLAN, Doğan: "Organ Nakilleri", **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008.

SOYASLAN, Doğan: "Organ, Doku Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu** (17 Kasım 2006), İstanbul, 2007, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1.

SÖZÜER, Adem: "Tehdit Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** 2011, C:54, S:1-4, s.124-146.

ŞAHAN, Gökhan: "Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza", **II. Uluslararası Tıp Hukuku. Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ankara, 2018, s.169-186.

ŞARE, Ersin: "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", **TBB Dergisi,** 2017, S:130, s.119-156.

ŞEN, Ersan: **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C:I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

ŞENOCAK, Zarife: "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **AUHFD**, 2001, C:50, s.65-80.

TANERİ, Gökhan: **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.

TAŞDELEN, Aziz: "Türkiye'de Mali Hukuk Açısından Organ Nakilleri", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları**, (Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu), İstanbul 2007, s.155-163.

TAŞKIN, Ahmet: **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997.

TEPEHAN, Selma: "**Beyin Ölümü ve Organ Naklinin Sağlık Personeli ve Hukuki Mevzuat Açısından İncelenmesi**", **Yayınlanmamış Doktora Tezi,** İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2012.

TERZİOĞLU, Aslan: "Organ Plantasyonu ve Getirdiği Etik Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi**, 1993, C:1, S:1.

TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, 2009.

TOROSLU, Nevzat: "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", **AÜHFD**, C:XXXV, S.1-4, s.91-118.

TOZMAN, Önder: **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 2.Bs., İstanbul, 2017.

TRESS, Peter: **Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht**, Mainz 1977.

TROCKEL, Horst: "Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht", **Neue Juristische Wochenschrift,** 1970.

ULSENHEIMER, Klaus: "Zur Zivil - Und Strafrechtlichen Verantwortlichkeit Des Arztes Unter Besonderer Berücksichtigung Der Neueren Judicatur Und Ihrer Folgen Für Eine Defensive Medizin", **MedR**, 1992, S:3.

ÜNAL, Recep: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Şerefe Karşı Suçlar", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,** Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, 2008.

ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 5.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

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)", Ankara, Ağustos, 2008, **CHD**, Y:3, S:7, s.203-221.

ÜNVER, Yener: **Adli Tıp ve Ceza Hukuku,** 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2012.

ÜNVER, Yener: "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri", **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2005, S:2, s.182-198.

ÜZÜLMEZ, İlhan: **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara, 2013.

YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C:III, 2.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.

YILDIZ, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

YILDIZ, Ali Kemal: "Organ ve Doku Ticareti", **Özel Ceza Hukuku, C: II, Kişilere Karşı Suçlar (1)**, İstanbul, İki Levha Yayınları, 2017.

YILMAZ, Enes: "Suçun Özel bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", **AÜHFD**, 2016, C:65, S:4.

YILMAZ, Ergün: "Organ ve Doku Nakli", **Sağlık Hukuku Digestası**, 2012, Y:2, S:2, Ankara Barosu Yayınları s.205-230.

YILMAZ, Zahit: "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Haziran 2018, C:24, S:1, s.122-131.

YÜCEL, Mehtap: "Organ veya Doku Ticareti Suçu", **Mecmua: Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, 1.Bs., Ankara, Sözkesen Matbacılık, 2008.

ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

ZEVKLİLER, Aydın: "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1983, S:1, s.1-37.

ZEVKLİLER, Aydın: "2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar", **Ankara Borosu Hukuk Kurultayı**, Ankara, 2000, s.277-289

ZEYTİN, Zafer: "Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı", **Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2007, s.251-264.

ZİROĞLU, Şefik: **Türkiye'de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019,

------- **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Deutscher Bundestag, Çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, Berlin 2010.

------- **Meydan Larousse**, C: XV.

------- **Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu**, 30 Nisan 2008 -2 Mayıs 2008, İstanbul, 2008.

------- **Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı**, Adalet Bakanlığı Yayını, 2.Bs., Ankara, Kasım 2009.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR :

ALPER, Behnan, Azmak, Derya, Çekin, Necmi, Gülmen, Mete Korkut, Koç, Sermet, Salaçin, Serpin: "Adli Otopsiler ve Adli Patoloji", (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/3.html, Erişim tarihi: O2 Şubat 2023.

ATAK, İsmail: "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları, **TOTBİD Dergisi,** 2020, s.19-26, (Çevrimiçi) https://doi.org/10.14292/totbid.dergisi.2020.04 , Erişim tarihi:11 Ekim 2020.

Code Pénal de France: Article 511., (Çevrimiçi), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/, Erişim tarihi:11 Ekim 2020.

COMPTON, A. Christian:"Telling The Time Of Human Death By Statue: An Essential And Progressive Trend", **Washington and Lee Law Review**, Vol.31, Issue 3, Article 4, 9-1-1974, (Çevrimiçi), https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/waslee31&div=31&id=&page= , Erişim tarihi:12 Ocak 2022.

ÇALDAĞ, Coşkun: “Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi İçin Özel Durumlar ve Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması”, Adalet Dergisi, Y:2021/2, S.67, s.263-296, (Çevrimiçi), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2088237, Erişim Tarihi: 01 Mayıs 2023.

DOMÍNGUEZ-GİL, Beatriz, MATESANZ, Rafael: Newsletter Transplant International Figures on Donation and Transplantation 2017, EDQM Volume 23 2018, https://www.tonv.org.tr/wp-content/uploads/2019/05/organ-nakli-istatislikler-2018.pdf, Erişim tarihi: 02 Kasım 2020.

EVİK, Vesile Sonay: “Cürüm İşlemek Amacıyla Örgütlenme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.695, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/811233, Erişim tarihi: 27 Kasım 2022

GÖZÜBÜYÜK, Alper: “Solid Organ Nakli Tarihçesi”, http://www.jcam.com.tr/files/KATD-1720.pdf, Erişim Tarihi: 06 Haziran 2017.

GÜR, Necip Taha: Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK Md. 91-92-93) http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1390.htm, Erişim tarihi: 14 Kasım 2011.

HAKERİ, Hakan: “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, http://www.hekimhukuku.com/?p=46, Erişim Tarihi: 19 Mart 2012.

Human Organ Transplant Act: (Singapore) (Çevrimiçi) https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1994-42.pdf, Erişim Tarihi: 19 Aralık 2021.

KARAASLAN, İnci: “Türkiye’de Organ Transplantasyonu ile ilgili Sorunlar”, http://www. sdplatform.com/ Baslik.aspx?BID=119, Erişim Tarihi: 03 Kasım 2010.

KARAR.COM: http://www.karar.com/dunya-haberleri/organ-mafyasinin-yeni-hedefi-suriye-63323, Erişim Tarihi: 23 Aralık 2016.

KARAUZ, Agâh Kürşat: "Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S.1, Y:2018, s.349-370, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/tr/download /article-file/489108, Erişim Tarihi: 14 Mart 2022.

KILIÇOĞLU, Yılmaz: Kumru: "Resmi Vasiyetname", TBB Dergisi, 2017 (133), (s.369-392), s.377-378, (Çevrimiçi), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr /m2017 -133-1705, Erişim Tarihi: 01 Mayıs 2023

LARRY, Rohter: "The Organ Trade: A Global Black Market, Tracking the Sale of a Kidney On a Path of Poverty and Hope", The New York Times, 23 Mayıs 2004, (Çevrimiçi), https://www.nytimes.com/2004/05/23/ world/organ-trade-global-black-market-tracking-sale-kidney-path-poverty-hope.html, Erişim Tarihi: 08 Şubat 2021.

LAVEE, Jean, ASHKENAZI, T., STOLER, A., COHEN, J., BEYAR, R, : Preliminary Marked Increase in the National Organ Donation Rate in Israel Following Implementation of a New Organ Transplantation Law, American Journal of Transplantation, Willey Periodicals InC:, 2013, (Çevrimiçi), https://onlinelibrarY:wileY:com/doi/10.1111/ajt.12001, Erişim Tarihi: 12 Ocak 2022.

ÖZDERİN, Metin: "Ölüm", **Adli Tıp Ders Notları**, http://adlitip.blogspot.com/ 2006/10/5-lm.html, Erişim Tarihi: 11 Kasım 2018.

ÖZOĞLU, Mehmet Soner: "Organ ve Doku Ticareti Suçuna Genel Bir Bakış", http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=3600, Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2021.

PRICE, David: "The Human Tissue Act 2004", Modern Law Review, Vol.68, Issue 5, September 2005. (Çevrimiçi), https://onlinelibrarY:wileY:com/doi/10. 1111/j.1468-2230.2005.00561.x, Erişim Tarihi: 12 Ocak 2022.

RODRIGUEZ, Sara Naomi: "No Means No, Silence Means Yes? The Policy and Constitutionality of the Recent State Proposals for Opt-Out Organ Donation Laws", **FIU Law Review**, Vol.7, No.1, 2011, (s.149-186), (Çevrimiçi) https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol7/iss1/9/, Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2019.

SCHEPER HUGHES, Nancy: "Prime numbers: Organs Without Borders", Foreign Policy, California, 2005, (Çevrimiçi), https://foreignpolicY:com /2009/10/21/organs-without-borders/ , Erişim Tarihi: 12 Ocak 2022.

SIEGEL, Byron E.: "The Moment of Death: An International Medico Legal Problem Concerning Human Organ Transplantation", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol.2, No.2, 1970, s.123, (Çevrimiçi), https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2227 &context=jil, Erişim Tarihi: 12 Ocak 2022.

SHIMAZONO, Yosuke: "Bulletin of the World Health Organization The state of the international organ trade: a provisional Picture based on integration of avaliable information", http://www.who.int./bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/, Erişim Tarihi: 12 Haziran 2015.

ŞEN, Ersan: "İnternet Üzerinden Organ ve Doku Satışı", https://www.hukukihaber.net/internet-uzerinden-organ-ve-doku-satisi-makale, 5409.html, Erişim Tarihi: 27 Kasım 2020.

The Criminal Code of the Republic of Hungary: (Çevrimiçi), https://www.legislationline.org/download/id/5619/file/HUngary_Criminal_Code_of_2012_en.pdf, Erişim Tarihi: 27 Aralık 2021.

The Public Health Service Act. : (United States Code, 2009 Edition) (Çevrimiçi) https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2009-title42/html/USCODE-2009-title42-chap6A-subchapII.htm, Erişim Tarihi: 27 Aralık 2021.

TOPCAN, Abbas Sercan: "Tarihsel ve Teolojik Perspektiften Organ Nakli Üzerine Bir Değerlendirme", https://www.academia.edu/36942691/AN_ASSESSMENT_OF_ORGAN_TRANSPLANTATION_FROM_HISTORICAL_AND_THEOLOGICAL_PERSPECTIVE_TARİHSEL_ve_ TEOLOJİK_PERSPEKTİFTEN_ORGAN_NAKLİ_ÜZERİNE _BİR_DEĞERLENDİRME, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2019.

VERHEIJDE, Joseph, RADY, Mohamed, McGREGOR, Joan: "The United States Revised Uniform Anatomical Gift Act (2006): New challenges to balancing patient rights and physician responsibilities", Philos Ethics Humanit Med. 2007 Sep (Çevrimiçi) https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2001294// Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2019.

YILMAZ, Yeşim: "Terörizmin Finansmanı Suçu", s.177-267, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1249893, Erişim tarihi: 12 Ocak 2023.

MAHKEME KARARLARI

AİHM

Calvelli ve Ciglio/İtalya [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002

Elberte/Letonya, B. No: 61243/08, 13/1/2015

İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013

Petrova/Letonya, B. No: 4605/05, 24/6/2014

Pretty/Birleşik Krallık, B. No: 2346/02, 29/4/2002

Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya [BD], B. No: 34044/96, 22/3/2001

Şerif Gecekuşu/Türkiye (k.k.), B. No: 28870/05, 25/5/2010

Trocellier/Fransa (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006

Vo/Fransa [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004

ABD

Law and Equity Court of Richmond, Virginia:

William E. Tucker, Administrator v. Dr. Lower et al., Law File 2831, 25 Mayıs 1972

Supreme Court of Arkansas:

Smith v. Smith, 229 Ark. 579, 317 S.W.2d 275 (1958)

Supreme Court of Missouri, En Banc:

Schmitt v. Pierce, 344 S.W.2d 120 (Mo. 1961)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015.

İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015.

Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.

Karlis A.Ş., B. No: 2013/849, 15/4/2014.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

(İptal Başvurusu),14.01.2015 tarih, E:2015/127, K:2015/5

WEB SİTELERİ

Academia https://www.academia.edu

Académie Nationale de Médecine http://www.academie-medecine.fr

Adli Tıp Ders Notları http://adlitip.blogspot.com

Avrupa Konseyi https://www.coe.int

https://www.bbC:com

Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz https://www.gesetze-im-internet.de

Dinler Tarihi Net http://www.dinlertarihi.net

Diyanet İşleri Başkanlığı https://www.diyanet.gov.tr

Doku.gen.tr https://www.doku.gen.tr

İlim Hizmet Araştırma Derneği https://www.iham.org.tr

Journal of Clinical and Analytical Medicine http://www.jcam.com.tr

National Center for Biotechnology Information https://www.ncbi.nlm.nih.gov

Özel Medikal Park Hastanesi https://www.medicalpark.com.tr

Resmî Gazete http://www.resmigazete.gov.tr

Sinerji Mevzuat www.sinerjimevzuat.com.tr

Tıp Terimleri Sözlüğü www.tipterimlerisozlugu.com

Türk Dil Kurumu www.tdk.gov.tr

Türk Hukuk Sitesi http://www.turkhukuksitesi.com

Türk Nefroloji Derneği http://tsn.org.tr

Türk Tabipler Birliği http://www.ttb.org.tr

Türkiye Büyük Millet Meclisi www.tbmm.gov.tr

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı www.saglik.gov.tr

Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, https://islamansiklopedisi.org.tr

Türkiye Organ Nakli Vakfı http://www.tonv.org.tr

Uluslararası Florida Üniversitesi (FIU) https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/

Wikipedi http://tr.wikipedia.org

Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi Tanımı Sitesi www.ceza-bb.adalet.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

Alaattin Karakaya, sırsıyla; Ağcaşar Köyü İlkokulu (Yahyalı/Kayseri), Yahyagazi Ortaokulu (Yahyalı/Kayseri) ve Işıklar Askeri Lisesi (Bursa)'nde ilk ve orta öğretimini tamamladıktan sonra, 1986 yılında girmiş olduğu Kara Harp Okulu (Ankara)'ndan 30 Ağustos 1990 tarihinde Topçu Teğmen rütbesiyle mezun olarak subaylık hayatına başlamıştır.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin muhtelif birliklerinde Takım ve Tim Komutanlığı, Batarya Subaylığı, Topçu Batarya Komutanlığı ve Bölük Komutanlığı görevlerinde bulunmuş, aynı sırada 1993 yılında girmiş olduğu Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Buca/İzmir)'nden 1999 yılında mezun olmuştur.

Daha sonra 2002 yılında yapılan sınav sonucuna göre TSK bünyesinde sınıf değiştirmek suretiyle Askeri Hakimliğe geçiş yapmış, bir yıl süreyle Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı (Ankara) bünyesinde yapmış olduğu askeri hakimlik stajından sonra, sırasıyla; Kıbrıs Türk Barış Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi (Girne/KKTC)'nde üç yıl süreyle Askeri Hakim olarak, Harp Akademileri Komutanlığı (Yenilevent/İstanbul)'nda dört yıl süreyle Adli Müşavir olarak, 3. Kolordu Komutanlığı Askeri Savcılığı (Hasdal/İstanbul)'nda bir yıl yedi ay süreyle Yardımcı Askeri Savcı ve üç yıl beş ay süreyle Askeri Savcı olarak ve 8. Kolordu Askeri Savcılığı (Elazığ)'nda iki yıl süreyle Askeri Savcı olarak görev yaptıktan sonra, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylamasıyla kabul edilen 21/01/2017 tarihli ve 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Askeri Mahkemelerin kaldırılmasının ardından, yapmış olduğu başvuru üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından Antalya Hakimliği görevine ataması yapılmış, bunun üzerine 20 Ekim 2017 tarihinde Askeri Hakim Kıdemli Albay rütbesiyle TSK'dan terhis olmuş, ardından HSK tarafından atandığı Antalya Hakimliği görevi kapsamında sırasıyla; Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde bir yıl süreyle üye hakim olarak, Antalya 25. Asliye Ceza Mahkemesi hakimi olarak iki yıl yedi ay süreyle görev yaptıktan sonra, 2021 yılı

Temmuz ayından itibaren ve halen Antalya 3. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi olarak görev yapmaktadır.

Girne Amerikan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Girne/KKTC)'nde 2003-2005 yılları arasında Uluslararası İlişkiler ABD'da tezsiz yüksek lisans, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Beşiktaş/İstanbul)'nde 2006-2008 yılları arasında Kamu Hukuku ABD'da tezli yüksek lisans ve İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Beyazıt-Fatih/İstanbul)'nde 2009-2023 yılları arasında Kamu Hukuku ABD'da doktora eğitimini yaparak tamamlamıştır.

Fransızca bilmektedir. Evli ve bir çocukludur.