

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ULUSLARARASI VE ULUSAL YÖNÜYLE ORGAN TİCARETİ SUÇU

THE CRIME OF ORGAN TRAFFICKING IN NATIONAL AND INTERNATIONAL CONTEXTS

Dr. Öğr. Üyesi Gülen Soyaslan Akdemir*

ÖZ

Global bir halk sağlığı sorunu olan organ ticareti, organ bağışının yetersiz olması ve gelir adaletsizliğinden kaynaklanmaktadır. Organının işlevini yitirmesi sonucu ölüm ile yaşam arasında olan hasta, kendisine uygun donör bulamadığında para karşılığı organ bulmanın yollarını aramakta, borçları sebebiyle organını para karşılığı bağışlamaya razı olan bir başkasının zor durumundan yararlanarak sağlığına kavuşmaya çalışmaktadır. Bazen de organ bağışı için kanunun öngördüğü kurucu şartlar olmaksızın, genellikle kişilerin rızaları sakatlanmak suretiyle, hukuka aykırı surette organ bağışı gerçekleştirilmektedir. Her iki durumda da insan bedeni nesne konumuna indirildiğinden, hukukun korumayı amaçladığı temel değerler olan insan onuru ve irade hürriyetine zarar verilmektedir.

Bu makalenin amacı, organ ticaretine hem kriminolojik hem de ceza hukuku perspektifinden bakarak, uluslararası ve ulusal arenada suçun nasıl işlendiği yönünde okuyucuyu aydınlatmak, organ ticareti ile mücadele amacıyla getirilen uluslararası ve ulusal düzenlemeleri inceleyerek ortak yönleri ile farklılıklarını tespit etmek ve Türk mevzuatında geliştirilmesi gereken yönleri ortaya koymaktır. Bu bağlamda özellikle Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile İstanbul Deklarasyonundaki organ ticaretine ilişkin hükümler detaylı surette incelenerek, Türk Ceza Kanunundaki organ ticareti suçu ile benzerlik ve farklılıkları saptanmaya çalışılmıştır. Ayrıca organ ticaretinin başka ülkelerde işleniş şekli ile Türkiye'deki işlenme şekli arasındaki farklılıklar da ortaya konmuştur.

Türk Hukukunda organ ticareti ile ilgili daha önce yapılan çalışmalardan farklı olarak, bu makale suçun unsurlarının ve özel görünüş şekillerinin kategorik ve soyut şekilde incelenmesi yerine, özellikle suç teşkil eden fiillerin kapsamına ve somut olaylardaki işlenme şekillerine değinerek, bunların organ ticareti ile mücadelede yerine getirdikleri fonksiyon konusunda okuyucuyu aydınlatmayı hedeflemiştir.

Anahtar Kelimeler: organ ticareti, organ kaçakçılığı, İstanbul Deklarasyonu, Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, organ nakli, insan onuru.

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı.

☎ 0000-0003-4725-1416 ✉ gulensoyaslan@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Organ trafficking, a global public health issue, stems from insufficient organ donations and income inequality. Patients facing life-threatening conditions due to organ failure, unable to find suitable donors, seek organs in exchange for monetary compensation. They exploit the dire circumstances of indebted individuals willing to donate their organs for financial reasons. In some cases, organ donations occur unlawfully, without the foundational legal requirements, often compromising individuals' consent. Both scenarios reduce the human body to an object, undermining fundamental values protected by law, such as human dignity and freedom of will.

This article aims to examine organ trafficking from both criminological and criminal law perspectives, enlightening readers on how the crime is perpetrated internationally and nationally. By analyzing international and national regulations introduced to combat organ trafficking, it seeks to identify commonalities and differences, highlighting areas for improvement in Turkish legislation. In this context, the provisions related to organ trafficking in the Council of Europe's Convention against Trafficking in Human Organs and the Istanbul Declaration are scrutinized in detail, comparing their similarities and differences with the organ trafficking offense in the Turkish Penal Code. Additionally, the article outlines the differences between the methods of committing organ trafficking in other countries and in Turkey.

Unlike previous studies on organ trafficking in Turkish law, this article does not examine the elements and specific forms of the crime in a categorical and abstract manner. Instead, it focuses on the scope of acts constituting the offense and their manifestation in concrete cases, aiming to inform readers about their function in combating organ trafficking.

Keywords: organ trafficking, organ trade, Istanbul Declaration, Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, organ transplantation, human dignity.

GİRİŞ

20. yüzyılın en önemli tıbbi ilerlemelerinden olan organ nakli, ABD’de ilk defa başarılı olarak gerçekleştirildiği 1954 yılından bu yana dünya çapında yüz binlerce insanın hayatını kurtarmış ve yaşam kalitesini yükseltmiş bir uygulamadır.¹ Gönüllü donörler ve ailelerinin fedakarlığı ile organ nakil profesyonellerinin uzmanlığı ve mesleğe adanmışlığı sayesinde, organ nakli hayat kurtaran bir tıbbi müdahale olmanın ötesinde, insanlar arasındaki dayanışmayı pekiştiren bir uygulama olarak yerini almıştır.

Bununla birlikte, organ bağışçı sayısının yetersizliği ve bekleme listesinin uzunluğu karşısında, hastanın vücuduna uygun organ bulmak kolay değildir. Organ bağışlayan insan sayısının azlığı, bekleme listesinin ilerlememesine ve hastaların organ beklerken ölmelerine sebep olmaktadır. Bu durum, hastaları çok geç olmadan organ bulmak için hukuken izin verilen organ nakil prosedüründen ayrılıp, illegal yollarla organ bulmaya yöneltmektedir. Bulunan organ vericisi, para karşılığı organını satacak kadar mali yönden zor durumda olan vatandaşlarımız veya genellikle Pakistan, Mısır ve Hindistan gibi az gelişmiş veya gelişmekte olan ülke vatandaşları olmaktadır. Para karşılığı organ satımının yanında, vericinin rızasını cebir, tehdit, hile gibi yöntemlerle sakatlayarak organ alımı da bir başka yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doğuştan özgür ve otonom bir varlık olduğu kabul edilen insanın, organının para karşılığı veya rızası sakatlanarak elde edilmesi, onun zor durumundan yararlanması, bireyin nesneleştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum insan hürriyetlerinin ve hukuk sistemlerinin temeli olan insan onuruna aykırıdır. İnsan onurunun korunması en önemli amaç olduğuna göre, organ ticaretinin önlenmesi ve cezalandırılması elzemdir. Bu çalışmanın amacı, organ ticareti suçunun ortaya çıkış sebepleri ile dünyada ve Türkiye’de işleme şekilleri hakkında okuyucuyu aydınlatarak, organ ticaretinin önlenmesi ve cezalandırılması konusunda mevcut olan uluslararası düzenlemeler ile ulusal hukukumuz hakkında bilgi vermek ve Türk hukukunda organ ticareti ile mücadele bakımından geliştirilmesi gereken yönleri ortaya koymaktır.

Makale dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde organ ticaretinin sebeplerinden, suçun işleme şekillerinden, aktörlerinden ve organ ticaretinin cezalandırılmasının gerekçelerinden bahsedilecektir. İkinci bölümde organ ticareti ile ilgili suçlar ile organ ticareti ile mücadele kapsamındaki uluslararası düzenlemelerden, üçüncü bölümde ise bir uluslararası sözleşme olmamasına rağmen uluslararası arenada çok etkili bir doküman olan Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu ve öneminden bahsedilecektir. Dördüncü bölümde ise Türk Ceza Hukukunda organ ticareti suçu, Yargıtay uygulaması ve Türkiye’de suçun işleme şekli dikkate alınarak anlatılacak ve geliştirilmesi gereken yönler vurgulanacaktır.

¹ Kristen D. Nordham and Scott Ninokawa, “The History of Organ Transplantation”, Baylor University Medical Center Proceedings, 35/1 (2021), (p. 124-125).

I. GLOBAL BİR PROBLEM OLARAK ORGAN TİCARETİ, İŞLENME SEBEPLERİ VE ŞEKİLLERİ İLE CEZALANDIRILMASININ GEREKÇELERİ

Tıbbın ilerlemesine bağlı olarak gerçekleştirilen başarılı organ nakli ameliyatları, organ kaybı yaşayıp da nakle ihtiyaç duyan hastaların organ taleplerinin artmasına, canlı veya ölü donör sayısının organ ihtiyacını karşılamaması sebebiyle organ nakli için illegal yollara başvurmalarına sebep olmaktadır. İnternet ile kolaylaşan global iletişim ağı sayesinde yabancı ülkelerde illegal nakil ile uğraşan kişilere ulaşılmakta, alıcı ile yakınlığı bulunmayan canlı donörlerden para karşılığı organ satın alınarak nakil ameliyatları gerçekleştirilmekte, veya insan ticaretine maruz kalan insanların organları alınmaktadır.² Bu durum onurlu bir varlık olan insanın alınıp satılabilen bir nesne konumuna indirgenmesine ve fakir ve savunmasız durumdaki insanların güçlüler karşısında ezilmelerine sebep olmaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü, insan organlarının ticarete konu olması sorununu ilk defa 1987 yılındaki kararı ile ortaya atmıştır. İki sene sonra bir başka kararında ise, üye devletlere nakil amacıyla organ alım satımını önlemek için gerekli tedbirleri almaları konusunda çağrıda bulunmuştur. 1991 yılında ise Dünya Sağlık Örgütü İnsan Organ Nakli Üzerine Rehber İlkeleri kabul etmiştir.³ Beşinci rehber ilkenin yorumunda organ ticaretinin neden cezalandırıldığından bahsedilmektedir. Buna göre; hücreler, dokular ve organlar için ödeme yapılması en fakir ve en savunmasız durumda olan insanların büyük ihtimalle haksız yere istismar edilmesine sebep olur, fedakar başışa zarar verir, kar vurgunculuğuna ve insan ticaretine sebep olur. Bu tür ödemeler, bazı kişilerin onurdan yoksun olduğu, yalnızca başkaları tarafından kullanılacak nesnelere oldukları fikrini aşlar.⁴

Organ ticareti, canlı veya ölü vericiden geçerli bir rıza olmaksızın veya maddi bir kazanç veya fayda karşılığında organların alınmasıdır.⁵ Bir halk sağlığı ve insan hakları sorunu olan organ ticareti,⁶ aynı zamanda gün geçtikçe büyüyen ciddi bir suçtur. Dünya Sağlık Örgütü ve Avrupa Konseyi, organ ticaretini savunmasız organ donörlerini sömüren kârlı ve ciddi bir organize suç türü olarak kabul etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün 2007 yılı verilerine göre, dünya çapındaki yaklaşık 60.000 böbrek naklinden %5-10'u organ ticareti yoluyla gerçekleştirilmektedir.⁷ Organ ticaretinin, 12.000 illegal nakilden yıllık tahmini 840 milyon dolar ile

² World Health Organization, WHO Guiding Principles On Human Cell, Tissue And Organ Transplantation, January 2010, (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf>).

³ World Health Organization, Human Organ and Tissue Transplantation, 26 March 2009, (https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/a62/a62_15-en.pdf).

⁴ World Health Organization, WHO Guiding Principles On Human Cell, Tissue And Organ Transplantation, January 2010, (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf>).

⁵ "Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)", son güncelleme 2018, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_Turkish.pdf.

⁶ U.N. Secretary-General, Preventing, Combating and Punishing Trafficking in Human Organs: Rep. of the Secretary-General, 21 February 2006; *aktaran* Emily Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", *Boston College Law Review*, 54/3 (2013), (p. 1319). (erişim: 8.10.2024). "A New Convention to Combat Trafficking in Human Organs", son güncelleme 08.07.2014, <https://rm.coe.int/16807212f2>.

⁷ Yosuke Shimazono, "Mapping "Transplant Tourism" (Presentation at the World Health Organization's Second Global Consultation on Human Transplantation, World Health Organization, Cenevre, March 28–30, 2007);

1.7 milyar dolar kâr ile dünyanın en kârlı ilk on suçu arasında yer aldığı düşünülmektedir (2017 yılı verilerine göre).⁸ Böbrek nakli canlı donörlerden gerçekleştirilebilmeleri dolayısıyla en çok gerçekleştirilen ve en ucuz nakil türüdür. Organ ticaretinin geleneksel şeklinde, organ simsarları, satıcıları, alıcıları ve gerekli tıbbi profesyonelleri temin etmek için karmaşık ve uzmanlaşmış ağlar içinde faaliyet gösterirler. Birçok olayda donörler rıza ile organlarını satmakla birlikte, satışa zorlandıkları veya baskı altında organ vermeye razı olduklarına da rastlanmaktadır. Organ tacirleri aynı zamanda, göçmenlere veya sığınmacılara Avrupa'ya geçiş ücretini ödeyebilmek için organlarını satmaları konusunda baskı da yapmaktadır.⁹

Gerek Dünya Sağlık Örgütü gerekse Avrupa Konseyi, organ ticaretinin sebepleri ve doğurduğu neticeler hakkında farkındalık uyandırmaya çalışmakta, organ ticaretini insan onurunu yok sayan uluslararası bir halk sağlığı problemi olarak kabul etmekte ve çeşitli uluslararası düzenlemelerle devletlerin organ ticareti ile mücadele konusunda işbirliği yapmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Organ ticareti bugün İran hariç tüm devletlerde yasaktır.¹⁰

Organ ticaretinin en temel sebebi organ yetersizliğidir.¹¹ Organ bağışının azlığı, nakil bekleme listesinin uzamasına ve hastaların organ beklerken ölmelerine sebep olmaktadır. Türkiye'de 31 Aralık 2023 itibarıyla 32.038 hasta organ bekleme listesinde olup 643.593 kişi organını bağışlamayı organ bağış kartıyla açıkça taahhüt etmiştir.¹² Amerika Birleşik Devletlerinde ise 15 Eylül 2024 itibarıyla 106.837 kişi organ beklemektedir. Her gün 17 kişi organ beklerken vefat etmektedir.¹³ 2023 yılında Türkiye'de 5277, global ölçekte ise 173.848 nakil gerçekleşmiştir.¹⁴

Ölüden organ bağışının azlığı, organ yetersizliğine sebep olan en önemli faktördür. Türkiye'de 2023 yılındaki böbrek nakillerinin 301'i ölüden, 3151'i ise canlıdan

aktaranlar D A Budiani-Saberi and F L Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities", *American Journal of Transplantation* 8/5 (2008), (p. 927) ve F Ambagtsheer et al., "On Patients Who Purchase Organ Transplants Abroad", *Am J Transplant*, 16/10 (2016), (p. 2800).

⁸ Global Financial Integrity-Channing May, *Transnational Crime and the Developing World*, March 2017, p. xii, (https://gointegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf).

⁹ Global Financial Integrity-Channing May, *Transnational Crime and the Developing World*, March 2017, p. xii, (https://gointegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf).

¹⁰ Frederike Ambagtsheer and Linde Van Balen, "I'm Not Sherlock Holmes': Suspicions, Secrecy and Silence of Transplant Professionals in the Human Organ Trade", *European Journal of Criminology*, 17/6 (2020), (p. 764).

¹¹ Emily Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", *Boston College Law Review*, 54/3 (2013), (p. 1317); Sarah Shepp, "Priceless Kidney: The Ineffectiveness of Organ Trafficking Legislation", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 46/2 (2019), (p. 388).

¹² Türkiye Organ Nakli Vakfı, Hayat Devam Etsin, 2023, (<https://www.tonv.org.tr/>). Ayrıca 8770 nakil gerçekleşmiştir ve 305 ölü donör vardır.

¹³ Organ bekleme listesindeki hastalardan 89,792'si böbrek, 9,424'ü karaciğer, 850'si pankreas, 3456'sı kalp ve 898'i akciğer nakli beklemektedir. Health Resources & Services Administration, *Organ Donation Statistics: Patients on the Waiting List by Organ*, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).

ABD'de 2023 yılında toplamda 47,492 nakil gerçekleşmiş olup, bunların 28,144'ü böbrek, 10,660'ı karaciğer, 4599'u kalp, 3080'i akciğer, 914'ü pankreas, 95'i ince bağırsak naklidir. Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>). Ayrıca bakınız: Health Resources & Services Administration, *Organ Donation Statistics*, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).

¹⁴ Türkiye'de 2023 yılında gerçekleştirilen nakillerin 3,452'si böbrek, 1,768'i karaciğer, 40'ı kalp, 15'i akciğer, 1'i pankreas ve 1'i ince bağırsak naklidir. Dünyada gerçekleştirilen nakillerin ise, 112,549'u böbrek, 41,133'ü karaciğer, 10,121'i kalp, 7,814'ü akciğer, 2,054'ü pankreas, 177'si ince bağırsak naklidir. Global Observatory on Donation and Transplantation, Türkiye, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

gerçekleştirilmiştir.¹⁵ Organ bağışında altın standardı uyguladığı kabul edilen İspanya’da ise 2023 yılında ölüden böbrek nakli sayısı 3,255 iken, canlıdan böbrek nakli sayısı ise 435’tir.¹⁶ ABD’de ise ölüden böbrek nakli sayısı 21,854 iken, canlıdan böbrek nakli sayısı ise 6,290’dır.¹⁷ Türkiye’de ölüden organ bağışı, organ bağışında öncü kabul edilen bahsi geçen ülkelere göre çok zayıftır. Organ yetersizliği ile mücadele için ölüden organ bağışının teşvik edilmesi gerekir.

Organ ticaretinin ikinci sebebi ise gelişmekte olan ülkelerdeki aşırı fakirliktir.¹⁸ Para karşılığı organ talebinin karşılık bulmasının sebebi, organını satmayı göze alacak derecede paraya ihtiyaç duyan çaresiz insanların varlığıdır. Örneğin, Pakistan, fakir vatandaşları tarafından ayakta tutulan en önemli böbrek pazarlarından biri olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Her yıl 2000’den fazla organ satıldığı ve bu organların 2/3’ünün -özellikle Orta Doğu, Güney Asya, Avrupa ve Kuzey Amerika’dan olan- yabancılara satıldığı düşünülmektedir.²⁰ 2007 yılında yapılan bir araştırmaya göre Pakistan’da insanlar ortalama 1737 dolara böbreklerini satmaktadır.²¹ 2006 yılında Doğu Pakistan’da yapılan bir başka araştırmaya göre ise, Pakistan’daki organ satıcılarının yüzde 90’ı okuma yazma bilmemektedir ve aşırı derecede fakirdir. Araştırmaya katılan organ satıcılarından yüzde 62’si 10 ila 30 dolar arasında aylık gelire sahipken, yüzde 32’si ise 10 dolardan az kazanmaktadır. Yüzde 6’sı ise aylık 20 dolardan fazla kazanmaktadır. Bakmakla yükümlü oldukları kişilerin (2-11 kişi) çokluğu ve borçlu olmaları da dikkat çekmektedir. Kendilerine böbreklerini satmaları için 1146 ile 2950 dolar arasında rakamlar taahhüt edildiye de, araştırmaya katılan organ satıcılarından hiçbirine taahhüt edilen meblağ ödenmemiştir.²² Hindistan’da ise 2002 yılında yapılan bir araştırmaya göre organ satışı ortalama 1410 dolara gerçekleşmektedir.²³ Her iki halde de donörlere taahhüt edilen rakamdan yaklaşık 400 dolar daha azı ödenmiştir. Hindistan’daki bir araştırmada donörlere neden organ sattıkları sorulduklarında, yüzde 96’sı borçlarını ödemek için olduğundan, yüzde 1’i ekstra para kazanmak istediğinden, yüzde 1’i iş kurmak için sattığından bahsetmiştir.²⁴ Mısır’da ise vericiler böbreklerini 1500 dolara satmıştır.²⁵ Filipin ve Bangladeş’te (1400\$) yapılan araştırmalar da

¹⁵ Global Observatory on Donation and Transplantation, Türkiye, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

¹⁶ Global Observatory on Donation and Transplantation, Spain, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

¹⁷ Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

¹⁸ Shepp, “Priceless Kidney: The Ineffectiveness of Organ Trafficking Legislation”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, (p. 388).

¹⁹ Kelly, “International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter”, (p. 1320).

²⁰ I. Glenn Cohen, “Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 41/1 (2013), (p. 270).

²¹ Syed Ali Anwar Naqvi et al., “A Socioeconomic Survey of Kidney Vendors in Pakistan”, *Transplant International*, 20/11 (2007), (p. 936). Ayrıca bakınız: Pakistanlı adamların 1700 dolara organlarını sattıklarına dair: Anne T. Gallagher, “Trafficking for Organ Removal”, *Contexts* 13/ 1 (2014), (p. 19).

²² Cohen, “Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs”, (p. 270).

²³ Madhav Goyal, Ravindra L Mehta, Lawrence J Schneiderman and Ashwini R Sehgal, “Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India”, *JAMA*, 288/13 (2002), (s.1591).

²⁴ Goyal et al., “Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India”, (p.1591).

²⁵ Sallie Yea, “Trafficking in Part(s): The Commercial Kidney Market in a Mania Slum, Philippines”, *Global Soc. Pol’y*, 10/3 (2010), (p. 364).

organlarını satanların aşırı fakir insanlar olduğunu, ekonomik ihtiyaçlar ve daha iyi bir gelecek için organlarını sattıklarını göstermektedir.²⁶

Benzer şekilde, organ alımı amacıyla insan ticaretine maruz kalan insanların mağduriyetlerinin sebebi de yine ekonomik elverişsizlikten kaynaklanan savunmasızlıktır. İnsan tacirlerinin cebir, tehdit veya aldatmasına maruz kalan, zor durumlarından yararlanılarak başka ülkeye türlü vaatlerle götürülen ve organları rızaları dışında alınan kişilerin organ simsarlarının ticari emellerine alet olmalarının sebebi içinde buldukları ekonomik çaresizlik ortamı olmasıdır.

Organ ticaretinin en yaygın gerçekleşme şekli, nakil turizmi (*transplant tourism*) adı verilen, organ donörünün veya alıcısının maddi menfaat karşılığında organ nakli amacıyla bir başka ülkeye seyahat etmesi yoluyla olmaktadır.²⁷ Bu ülke organ naklinin gerçekleştirileceği bir üçüncü ülke olabileceği gibi, organ alıcısı veya donörünün vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülke de olabilir.²⁸ Şu halde nakil turizmi şeklindeki uluslararası organ ticareti dört farklı ihtimalde gerçekleşebilir. Birincisi, organ alıcısı kişi A ülkesinden organ satıcısı (donör) ile nakil merkezinin olduğu B ülkesine seyahat edebilir. İkincisi, organ donörü A ülkesinden organ alıcısı ve nakil merkezinin olduğu B ülkesine seyahat edebilir. Üçüncüsü, aynı ülkede yaşayan donör ve alıcının organ naklini gerçekleştirmek üzere nakil merkezinin olduğu B ülkesine seyahat etmeleri şeklindedir. Dördüncüsü ise, farklı ülkelerde yaşayan donör ve alıcının, nakil merkezinin bulunduğu üçüncü bir ülkeye seyahat etmeleri yoluyla.²⁹

Organ ticareti genel olarak Pakistan, Mısır, Hindistan, Bangladeş, Meksika, Çin, Filipinler, bazı Doğu Avrupa (Ör. Moldova) ve Afrika ülkeleri gibi **donör (veya organ) ihraç eden fakir veya gelişmekte olan ülkeler**, ABD, Kanada, İsrail, Birleşik Krallık, Avustralya, Japonya, İsveç, Almanya, Suudi Arabistan gibi **donör ithal eden zengin ülkeler** ile **yasadışı nakil gerçekleştirildiği** ABD, İsrail, Güney Afrika, Filipinler, Latin Amerika ülkeleri ve Doğu Avrupa ülkeleri gibi **genellikle alıcı ile verici ülkelerin arasında yer alan üçüncü devletler** arasında gerçekleşmektedir.³⁰ Organ alıcısı hastalar genellikle zengin ülke vatandaşlarından olup,

²⁶ Yea, "Trafficking in Part(s): The Commercial Kidney Market in a Mania Slum, Philippines", (p. 363); Colleen Naumovich, "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 27/2 (2020), (p. 411); I. Glenn Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs", (p. 270-271).

²⁷ Yosuke Shimazono, "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information", *Bulletin of the World Health Organization*, 85/12 (2007), (p. 956); Frederike Ambagtsheer, Damián Zaitch and Willem Weimar, "The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context", *Global Crime*, 14/1 (2013), (p. 3-4).

Nakil turizmi tanımı için bakınız: "Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu", son güncelleme 2008, (s. 3), https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_Turkish.pdf. Örneğin; Avrupa ve Ortadoğu'dan hastaların Türkiye'ye ve eski Yugoslavya'ya, Güneydoğu Avrupa'dan iş bulma umuduyla bu ülkelere gelen genç erkeklerden organ nakli amacıyla geldikleri bilinmektedir.

Alexander M. Capron and Francis L. Delmonico, "Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking", *Journal of Human Trafficking*, 1/1(2015), (p. 57).

²⁸ Shimazono, "The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information", (p. 956-957); "A New Convention to Combat Trafficking in Human Organs".

²⁹ Shimazono, "Mapping 'Transplant Tourism.'"; aktaran Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities", (p. 926).

³⁰ Jean Allain, "Trafficking of Persons for the Removal of Organs and the Admission of Guilt of a South African Hospital", *Med Law Rev*, 19/1 (2011), (p. 117-122); aktaran Ambagtsheer, Zaitch and Weimar, "The Battle for

araştırmalara göre genellikle etnik köken ülkesine, memleketlerine, sosyal bağlarının olduğu, daha önce yaşadıkları veya çalıştıkları ülkeye veya sağlık sistemine aşına olup güvendikleri menşei ülkeye gitmeyi tercih etmektedirler.³¹

Organ ticareti yasadışı yollarla merdiven altı olarak tabir edilen yasadışı ameliyathanelerde gerçekleşebileceği gibi, naklin gerçekleşeceği ülkenin yasal koşullarına uydurulmak suretiyle ticaretin önlenmesine yönelik hukuki önlemleri atlatarak da gerçekleştirilebilir. Örneğin Türkiye’de merdiven altı ameliyathanelere rastlanılmayıp, sağlık turizmi kapsamında ülkeye gelen yabancıların hukuk sisteminin öngördüğü nakil prosedürünü kullanarak sahte evraklarla nakle hukuka uygun olduğu görüntüsü vererek nakli gerçekleştirdiğini bilmekteyiz.³²

Organ ticaretinin aktörleri sadece organ donörü ve alıcısından oluşmamaktadır. Naklin gerçekleşebilmesi için donör ile alıcı arasındaki iletişimi sağlayacak organ simsarı (veya aracı) olarak adlandırılacak üçüncü bir kişiye ve organı temin edecek ve nakli gerçekleştirecek sağlık personellerine ihtiyaç vardır.³³

Organ ticareti internetten yapılan organ satış ilanları vasıtasıyla da gerçekleştirilebilmektedir.³⁴ Organ ticaretine karşı hukuki altyapısı zayıf olan veya hukukları uygulanmayan Mısır, Hindistan, Pakistan, Filipinler ve Sri Lanka gibi dar gelirli ülkelerde hem ameliyat hem de organı içeren internet paylaşımları yapılmaktadır.³⁵ Organ tacirlerinin nakil paketi adı altında tüm illegal nakil prosedürü giderlerini içeren harcama kalemlerinden bir satış paketi oluşturduğu ve web siteleri üzerinden pazarladığı bilinmektedir.³⁶

Türkiye’de de bireysel bazda organ satımına dair internet paylaşımlarının yapıldığı bilinmekte olup, organ ticareti ilan veya reklamı yasağı kapsamında bu kişiler hakkında TCK 91/6 uyarınca soruşturma açılmaktadır.

Yapılan araştırmalara göre, organ ticaretinin donör üzerinde ağır surette olumsuz etkileri olmaktadır. Her şeyden önce, büyük çoğunluğu ameliyat sonrası yeterli sağlık hizmeti ve bakım alamamakta, bu durum sağlıkları üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmakta, çalışma

Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context”, (p. 3-4); Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 957); Susanne Lundin, *Organs For Sale: An Ethnographic Examination of the International Organ Trade*, Londra: Palgrave Macmillan, 2015, p. 6.

³¹ Cohen, “Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs”, (p. 272); Ambagshtsheer, Zaitch and Weimar, “The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context”, (p. 14-16).

³² Emniyet Genel Müdürlüğü Göçmen Kaçakçılığı ile Mücadele Şube Müdürlüğü birimindeki kamu görevlileriyle yaptığımız görüşme neticesinde bu sonuca varmış bulunmaktayız. Ayrıca bakınız IV-B bölümünde incelenen Yargıtay kararları.

³³ Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 956).

³⁴ Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 956).

³⁵ Capron and. Delmonico, “Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking”, (p. 57).

³⁶ Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 956).

kabiliyetlerini engellemekte ve uzun dönemde fiziksel ve finansal durumlarını kötüleştirmektedir.³⁷ Ayrıca donörler genellikle gerçekte kendilerine taahhüt edilen meblağdan çok daha az ödeme alabilmekte, asıl parayı organ aracıları kazanmaktadır.³⁸ Bu sebeple donörler ancak nadiren kendilerini organ satmaya iten borçlarını ödeyebilmekte, ekonomik durumları ameliyat sonrası kötüleşmekte ve organlarını satmaları anlamsız hale gelmektedir.³⁹ O halde donörler gerek sağlık gerekse finansal olarak ameliyat öncesi durumdan daha kötü hale düşmektedirler.⁴⁰ Bunlara ek olarak, organ ticaretinin psikolojik ve sosyolojik etkileri de mevcuttur. Bazı organ donörleri operasyondan sonra özsaygılarını kaybettiklerinden, kendilerini çevrelerinden izole ettiklerinden, organ sattıkları için pişmanlık veya utanma hissettiklerinden, yaşadıkları toplumun kendilerini kınaması veya ayıplamasından çekindiklerinden bahsetmişlerdir.⁴¹ Organ alıcıları açısından ise nakil sonrası enfeksiyon vakıalarına rastlanmıştır.⁴² Bir araştırmada nakil turizmi kapsamında organ satın alanlarda, yerelde organ bağışi kabul edenlere kıyasla daha yüksek oranlarda akut organ reddine rastlanıldığı ortaya konulmuştur.⁴³

Organ ticareti fakir ve çaresiz insanların zor durumlarının sömürülmesine,⁴⁴ insan bedeninin nesneleştirilerek para karşılığı satılabilecek bir eşyaya indirgenmesine sebep olduğundan insan onuruna aykırı bir fiil olarak kabul edilmektedir. Gerçekten, insanın nesne olarak muamele görmesi hukuken ve ahlaken kabul edilebilir değildir. Birey ve nesne ayrımı modern

³⁷ Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter," (p. 1323); Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs," (p. 270); Naumovich, "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition", (p. 413); Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities", (p. 928); Monir Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", *Medical Anthropology Quarterly*, 26/1 (2012), (p. 81); Goyal et al., "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India", (p.1591).

³⁸ Coğu donürün (27/33) söz verilen ücretin tamamını alamamalarına dair bakınız: Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", (p. 79).

Böbrek donörlerinin organ alıcısından alınan meblağın 1/3'ünden daha azını teslim aldığına ve aracılardan para kazandığına dair bakınız: Erica D. Roberts, "When the Storehouse is Empty, Unconscionable Contracts Abound: Why Transplant Tourism Should Not Be Ignored", *Howard Law Journal*, 52/3 (2009), (p. 781); Vivekanand Jha and Kirpal S. Chugh, "The Case Against a Regulated System of Living Kidney Sales", *Nature Clinical Practice Nephrology*, 2/9 (2006), (p. 466).

³⁹ Jha and Chugh, "The Case Against a Regulated System of Living Kidney Sales", (p. 466); Dean L' Hospital, "The Medium-of-Exchange Paradigm - A Fresh Look at Compensated Live-Organ Donation", *Human Rights and Globalization Law Review*, 2/1 (2008- 2009), (p. 10); Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs", (p. 272); Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", (p. 80-81); Goyal et al., "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India", (p.1591).

⁴⁰ Naumovich, "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition", (p. 413); Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities", (p. 928); Goyal et al., "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India", (p.1591).

⁴¹ Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", (p. 80); Farhat Moazam, Riffat Moazam Zaman and Aamir M Jafarey, "Conversations with Kidney Vendors in Pakistan: An Ethnographic Study", *Hastings Center Report*, 39/3 (2009), (p. 30, 35); Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities", (p. 928).

⁴² Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs", (p. 273); Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", (p. 1324).

⁴³ Jagbir Gill et al., "Transplant Tourism in the United States: A Single-Center Experience", *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, 3/6 (2008), (p. 1822).

⁴⁴ Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", (p. 1323); Capron and Delmonico, "Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking", (p. 57).

hukuk sistemlerinin en temel yapısal ilkesidir.⁴⁵ Bu ayrımın görünüş şekillerinden birisi, organ nakliyle ilgili birçok uluslararası ve ulusal normda yer alan **insan bedeninin ticarileştirilmesi ilkesidir**. Bu bağlamda insan organının ticarete konu olması, bu durum insan bedeninin nesneleştirilmesine yol açtığından, kınanmaktadır.⁴⁶ Nasıl ki kölelik nesneleştirilmenin en açık ve ekstrem haliyse, organ ticareti de maddi bakımdan zorda olan insanın organının ticari nesne olarak kabul edilmesi sebebiyle modern köleliğin bir görünüş şekli olarak kabul edilebilir. O halde organ satmak, kişinin kendini köleleştirmesine benzemektedir.⁴⁷

Özgürlükçü hukuk sistemlerinin temelini oluşturan insan onuruna saygı ilkesinin bir neticesi, insanın ve bedeninin objeleştirilemeyeceğidir. O halde insan organlarının satılabilir bir nesne olarak kabul edilmesine sebep olan organ ticareti, insan onurunun korunması için cezalandırılmaktadır.

II. ORGAN NAKLİ KAPSAMINDA İŞLENEN SUÇLAR VE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Yasadışı organ nakli kapsamında işlenen iki tür suç vardır: organ ticareti ve organ almak amacıyla insan ticareti suçları. Organ ticareti suçu maddi menfaat karşılığı veya geçerli bir rıza olmaksızın canlı veya ölü donörden organ alınması veya satılması iken; organ almak amacıyla insan ticareti suçu ise organ almak amacıyla ve tehdit, cebir, baskı, aldatma, gücün kötüye kullanılması, insanların zor durumda olmasından yararlanmak, bir kişiyi razı etmek için para ya da bir başka menfaat vermek veya almak gibi araç fiiller vasıtasıyla insanları temin etmek, taşımak, nakletmek, barındırmak ya da alıkoymaktır.

Organ ticareti suçunun konusu insan organı iken, organ almak amacıyla insan ticareti suçunun konusu ise insandır.⁴⁸ Organ almak amacıyla insan ticareti suçunda, organ ticareti suçundan farklı olarak, organ vericisinin bir yerden bir yere gidişine veya barınmasına dair rızasını sakatlayıcı araç fiiller (tehdit, cebir, aldatma vb.) ile organ almaya yönelik özel bir kast mevcuttur. Organ ticareti suçunda ise rıza ya hiç yoktur ya da maddi menfaat temelinde oluşturulmuştur.

Organ ticaretine ilişkin herhangi bir Birleşmiş Milletler Sözleşmesi mevcut değildir. Organ ticaretine ilişkin ilk uluslararası sözleşme ve tek bağlayıcı metin “Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi”dir (2015).⁴⁹ Organ almak amacıyla insan ticareti suçuna ilişkin olarak ise, ilk sözleşme Palermo Protokolü adı verilen 2000 yılında kabul edilen “Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın

⁴⁵ Roberto Andarno, “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, 1/ 2 (2017), (p. 120).

⁴⁶ Andarno, “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, (p. 120-121).

⁴⁷ Andarno, “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, (p. 124).

⁴⁸ United Nations and Council of Europe, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, Fransa: Council of Europe/United Nations, 2009, p. 7, (<https://rm.coe.int/16805ad1bb>).

⁴⁹ “Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, <https://rm.coe.int/16806dca3a>; Sylwia Gawronska, “A Critical Look at the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and What It Means for the Global Fight against Organ- and Transplant-Related Crimes”, *European Criminal Law Review*, 8/3 (2018), (p. 435).

ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol"dür.⁵⁰ Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ilk metin ise 2005 tarihli "Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi"dir.⁵¹ O halde organ ticaretine ilişkin uluslararası düzenlemeler, insan ticaretine ilişkin düzenlemelere göre çok daha yenidir.

Gerek Palermo Protokolü gerekse Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi insan ticaretine ilişkin aynı tanımı içermektedir. İnsan ticaretini asıl fiiller (*acts*), araç fiiller (*means*) ve özel kast (*mens rea-specific purpose*) ekseninde tanımlamaktadırlar.⁵² Buna göre insan ticareti, **sömürü amacıyla**, tehdit veya güç kullanımı ya da zorlamanın diğer biçimleri, kaçırma, dolandırıcılık, aldatma, gücün veya savunmasız bir durumun kötüye kullanılması ya da bir başkası üzerinde kontrol sahibi olan bir kişinin rızasını sağlamak amacıyla ödeme veya menfaatlerin verilmesi ya da alınması **yalıyla** kişilerin işe alınması, taşınması, nakledilmesi, barındırılması veya kabul edilmesi anlamına gelir. Sömürü, en azından, başkalarının fuhşunun sömürülmesi veya diğer cinsel sömürü biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu ya da organların alınmasını içerir.⁵³

Bu tanıma göre insan ticareti suçunun amacı "sömürü"dür. Özel kastla işlenebilen bir suçtur. Sömürü, kişilerin zor durumundan yararlanmak suretiyle fuhşa sevk edilmelerini, cinsel anlamda kullanılmalarını, zorla çalıştırılmalarını, hizmet ettirilmelerini, köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu ve bu makalenin konusu olan organ alımını kapsar. Amacı sömürü olsa da, suçun oluşması için sömürünün fiilen gerçekleşmesi gerekmez, sömürme niyetinin varlığı yeterlidir.⁵⁴

Suçun araç fiilleri ise; cebir, tehdit, şiddet, aldatma, gücün kötüye kullanımı vb. rızayı sakatlayıcı fiillerin gerçekleştirilmesidir. Bir kimsenin çalışma veya eğitim alma vaadiyle kandırılıp Türkiye'ye getirilip fuhuş yapmaya veya organlarını vermeye zorlanmasında olduğu gibi. İnsan ticaretinin asıl fiili ise, bir kimsenin bir yerden bir başka yere (ülke içi veya dışı) götürülmesi, nakledilmesi, bir yerde barındırılması veya işe alınmasıdır. Bahsedilen rızayı sakatlayıcı araç fiillerle ve sömürü özel kastıyla asıl fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda insan

⁵⁰ "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ProtocolonTrafficking.pdf>; Ambagtsheer, Zaitch and Weimar, "The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in A Global Context", (p. 4). Palermo Protokolü Türkiye tarafından 2003 yılında onaylanmıştır. United Nations Treaty Collection, "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en.

⁵¹ "Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings", <https://rm.coe.int/168008371d>; Türkiye Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesini 19.03.2009 tarihinde imzalamış, 02.05.2016 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme 01.09.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Council of Europe Treaty Office, "Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 197", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=197>.

⁵² Nicole J. Siller, "The Codification of Transplant-Related Crimes in the Convention Against Trafficking in Human Organs", *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, 1/2 (2017), (p. 164-165).

⁵³ "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", art. 3(a) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ProtocolonTrafficking.pdf>; "Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings", art. 4(a), <https://rm.coe.int/168008371d>.

⁵⁴ Siller, "The Codification of Transplant-Related Crimes in the Convention Against Trafficking in Human Organs", (p. 165).

ticaretinden bahsedilir. Eğer sömürü maksadı organ almak ise, bu durumda organ almak amacıyla insan ticareti suçundan bahsedilecektir.

Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi, üye devletler tarafından bazı durumların insan ticaretinin ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğinden bahsetmektedir. 24. Maddeye göre; a) suçun kasıtlı olarak veya ağır ihmalle mağdurun hayatını tehlikeye sokması, b) suçun çocuğa karşı işlenmesi, c) suçun bir kamu görevlisi tarafından görevin ifası sırasında işlenmesi, d) suçun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halleri ağırlatıcı sebep olarak ihdas edilmelidir. Türk Ceza Kanunu'nun insan ticaretine ilişkin 80. maddesinde ise herhangi bir ağırlatıcı sebebin düzenlenmemesi bir eksikliktir.

Organ ticareti ile ilgili olarak ise, Organ Kaçaklığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi kısa ve öz bir tanım yapmak yerine, birkaç maddesinde organ ticaretine ilişkin cezalandırılması gereken fiilleri sıralamak yolunu tercih etmiştir.⁵⁵ Organ ticareti suçunun özü ve çekirdeği, Sözleşmenin 4. maddesinde “insan organlarının hukuka aykırı nakli” başlığı altında düzenlenmiştir.⁵⁶ Buna göre; canlı veya ölü donörlerden insan organlarının alınması, kasten işlenmesi halinde, aşağıdaki hallerde suç teşkil etmelidir:

a) Organ alımı, canlı veya ölü donörün özgür, bilgilendirilmiş ve belirli rızası olmadan; ya da ölü donör söz konusu olduğunda, organ alımının yasalarca yetkilendirilmemiş olması durumunda;

b) Organ alımı karşılığında, canlı donöre veya üçüncü bir tarafa maddi kazanç ya da benzer bir fayda teklif edilmiş veya sağlanmışsa;

c) Ölü bir donörden organ alımı karşılığında, üçüncü bir tarafa maddi kazanç ya da benzer bir fayda teklif edilmiş veya sağlanmışsa.

Şu halde, rıza olmaksızın veya geçersiz rıza ile gerçekleştirilen canlıdan veya ölüden organ nakli, ilgili kanunların belirlediği şartlar gerçekleşmeden yapılan ölüden organ nakli, donöre veya üçüncü kişiye maddi fayda karşılığı gerçekleştirilen canlıdan organ nakli, üçüncü kişiye maddi fayda karşılığı gerçekleştirilen ölüden organ nakli, organ ticareti suçu kapsamındaki temel fiillerdir.

Bundan başka Sözleşme, üye devletlere aşağıdaki fiilleri suç haline getirme yükümlülüğünü yüklemiştir:

a) Yasa dışı olarak alınmış bir organın nakli veya başka bir şekilde kullanımı (5. Madde)

b) Organların yerel nakil sistemi dışında veya ulusal nakil yasaasının temel ilkelerini ihlal ederek nakledilmesi (6. Madde)

c) Organ donörü veya alıcısının, talep edene, işe alana veya üçüncü tarafa maddi kazanç veya benzer yarar sağlamak amacıyla, talep edilmesi veya işe alınması (7. Madde- 1. bent)

⁵⁵ Türkiye Organ Kaçaklığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni 25/03/2015 tarihinde imzalamıştır, ancak Sözleşme henüz onaylanmamıştır. Bakınız: Council of Europe Treaty Office, “Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 216”, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-List?module=signatures-by-treaty&treaty-num=216>.

⁵⁶ “Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, art. 4-1, <https://rm.coe.int/16806dca3a>.

d) Herhangi bir kişinin, bir insan organının çıkarılması veya naklinin gerçekleştirilmesi ya da kolaylaştırılması amacıyla, sağlık profesyonellerine, kamu görevlilerine veya özel sektör kuruluşlarında herhangi bir pozisyonda çalışan ya da bu kuruluşları yöneten kişilere doğrudan veya dolaylı olarak her türlü uygunsuz yararı vaat etmesi, teklif etmesi veya vermesi (7. Madde-2. bent)

e) Bir insan organının çıkarılmasını veya naklini gerçekleştirmek ya da bu işlemi kolaylaştırmak amacıyla, sağlık profesyonellerinin, kamu görevlilerinin veya özel sektör kuruluşlarında herhangi bir pozisyonda çalışan ya da bu kuruluşları yöneten kişilerin her türlü uygunsuz yarar talep etmesi veya kabul etmesi (7. Madde-3. bent)

f) Yasa dışı olarak alınmış insan organlarının hazırlanması, korunması, depolanması, taşınması, aktarılması, alınması, ithalatı ve ihracatı (8. Madde)

g) Sözleşmedeki suçların herhangi birinin işlenmesi için yardım etme, azmettirme ve teşebbüste bulunma (9. Madde)

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, devletlere bazı durumların iç hukukta organ ticaretine ilişkin suçların ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmesi yükümlülüğünü yüklemiştir. Sözleşmenin 13. Maddesine göre, aşağıdaki haller, eğer ulusal hukuklarda suçun unsuru niteliğinde değilse, ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmelidir: a) organ ticaretinin mağdurun ölümüne, fiziksel veya zihinsel sağlığında ciddi zarara neden olması, b) makamını kötüye kullanan bir kimse tarafından işlenmesi, c) suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi, d) Sözleşme kapsamındaki suçlardan dolayı failin daha önce mahkum olması, e) suçun çocuğa veya savunmasız başka bir kimseye karşı işlenmesi. Bizim hukukumuzda yalnızca örgüt kapsamında işlenen organ ticareti (TCK md. 91/4) ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme 15. Maddesinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilmemesi ve şikayet geri çekilse dahi takibatın devam etmesi gerektiğinden de bahsetmektedir.

Sözleşme 21. Maddesinin 3. Fıkrasında organ ticaretini önlemeye yönelik önlemler kapsamında, üye devletlere, maddi kazanç veya benzer bir fayda sağlamak veya elde etmek maksadıyla insan organlarına ihtiyaç olduğu veya organların mevcut bulunduğu reklamının yapılmasının yasaklanması için gerekli yasal ve sair önlemlerin alınması yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu bağlamda TCK md. 91/6'nın çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlamayı cezalandırması, ilgili bölümde de belirtileceği üzere bu suçun organ ticaretini önleme fonksiyonu gören bir önleyici suç niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır.

III. ORGAN TİCARETİ VE NAKİL TURİZMİ İSTANBUL DEKLARASYONU

Organ ticareti ve nakil turizmi konusunda önemli bir gelişme, 2008 yılında Organ Nakli Topluluğu ile Uluslararası Nefroloji Topluluğu tarafından İstanbul'da bir uluslararası toplantının gerçekleştirilmesidir. Dünyanın dört bir yanından (seksen ülkeden) 150'nin üzerinde nakil uzmanının, bilimsel ve tıbbi temsilcinin, hükümet yetkilisinin, sosyal bilimcinin ve etik üzerine çalışan uzmanın bir araya geldiği Zirve Toplantısı sonucunda, Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu yayımlanmıştır. Bağlayıcı bir doküman olmamasına karşın, 135 ulusal ve uluslararası kuruluş tarafından onaylanması dolayısıyla önemli uluslararası etkisi olan bu Deklarasyonda, nakil turizmi ve organ ticareti (kaçakçılığı) tanımlanmış ve bu

uygulamaların eşitlik, adalet ve insan onuruna saygı ilkelerini ihlal ettiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁷ Organ bağışını insanlararası dayanışmanın parlayan sembolü olarak niteleyen Deklarasyona göre, organ ticaretinin temel sebebi organ yetersizliği olup, sonucu ise fakirlerin istismar edilmesidir. Organ ticaretini önlemenin yolu ise, organ yetersizliğinin azaltılıp organ bulunabilirliğinin artırılmasından geçer.⁵⁸

Organ bağışının soyluluğuna dikkat çeken Bildirgede, ayrıca eşitlik, bağış ve nakil hizmetleri ile organlara eşit erişim, ayrımcılık yasağı, adalet, savunmasız olanın korunması, organ naklinin karşılıksızlığı gibi organ nakline ilişkin etik ilkeler de ortaya konulmuştur.⁵⁹

İstanbul Deklarasyonu (2008)'nda organ kaçakçılığı, hem organ ticaretini hem de organ almak amacıyla insan ticaretini kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Buna göre;

Organ kaçakçılığı, organ nakli için organların alınmasıyla organları kullanma amacıyla, **organları temin etmek, ulaştırmak, transfer etmek, barındırmak** veya **yaşayan veya ölmüş insanları ya da onların organlarını** tehdit aracılığıyla ya da aldatma, dolandırıcılık, kaçırma, zorlama gibi başka biçimlerde güç kullanarak, ya da insanların zor durumda olmasından yararlanarak potansiyel donör üzerinde transfer kontrolünü sağlamak için üçüncü bir tarafa para vermek ya da ondan para almak veya yarar sağlamaktır.⁶⁰

2018 yılında ise Deklarasyon revize edilmiş, organ ticareti ile organ almak amacıyla insan ticareti fiilleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre;

Organ ticareti, aşağıdaki fiillerden herhangi birinden meydana gelir:

- (a) Canlı ya da ölü vericiden, geçerli rıza ya da yetki olmaksızın veya mali kazanç ya da verici ve/veya üçüncü kişiye yönelik ölçülebilir bir fayda karşılığında organların alınması,
- (b) Bu organların taşınması, saklanması, nakli ya da diğer bir şekilde kullanılması,
- (c) Sağlık mesleği erbabı, kamu görevlisi ya da özel sektör tüzel kişiliği çalışanı tarafından ya da bu kimselere yönelik olarak, organların tanımlanan şekilde alınmasını veya kullanılmasını kolaylaştırmak ya da sağlamak için hukuka aykırı herhangi bir fayda teklif edilmesi,
- (d) Vericilerin veya alıcıların, mali kazanç ya da ölçülebilir bir fayda sağlamak için teşvik veya temin edilmesi,
- (e) Bu fiillerden herhangi birinin işlenmesine yardım etmek veya azmettirmek ya da işlenmesine teşebbüs etmek.

Organ almak amacıyla insan ticareti ise; “organların alımı amacıyla, tehdit ya da zor kullanarak veya cebir kullanma, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, aldatma ya da hile gibi başka biçimlerde gücün kötüye kullanımı yoluyla ya da insanların zor durumda olmasından yararlanarak veya bir başkası üzerinde kontrol sahibi olan bir kişiyi razı etmek için para ya da bir başka menfaat vererek veya alarak insanları temin etmek, taşımak, nakletmek, barındırmak ya da alıkoymaktır”.⁶¹

⁵⁷ “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”, son güncelleme 2008, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_English.pdf; “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2018 Edition)”, son güncelleme 2018, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_English.pdf.

⁵⁸ “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”.

⁵⁹ “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”.

⁶⁰ “Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu”.

⁶¹ “Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)”.

O halde organ ticareti, esas itibarıyla maddi bir menfaat karşılığında veya geçerli bir rıza olmaksızın organların alınması iken, organ almak amacıyla insan ticareti ise insanların organlarını almak saikiyle rızaları sakatlanarak bir yerden bir yere götürülmesi veya bir yerde barındırılmasıdır. Her iki fiil de uluslararası toplum tarafından suç olarak kabul edilen fiillerdir.

Eğer organ nakli için seyahat, “organ alımı amacıyla insan ticaretini ya da organ ticaretini içeriyorsa veya bir ülkede ikamet etmeyen hastalara nakil hizmeti sunmaya özgülenmiş kaynaklar (organlar, meslek erbapları ve nakil merkezleri), o ülkenin kendi nüfusuna nakil hizmeti sunma kapasitesini zayıflatıyorsa, nakil için seyahat etik kabul edilmeyen **nakil turizmi** halini alır”.⁶²

İstanbul Deklarasyonu her ne kadar bir uluslararası sözleşme niteliğinde olmasa da, önemli uluslararası etkiye sahip bir bildiridir. Bir önceki bölümde bahsedilen BM ve Avrupa Konseyi Sözleşmelerindeki organ ticareti ve organ almak amacıyla insan ticareti suçlarına ilişkin tanımlar, İstanbul Deklarasyonundaki tanımlarla benzer niteliktedir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ORGAN TİCARETİ SUÇU

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi (2015) ile İstanbul Deklarasyonu (2018) incelendiğinde, organ ticaretinin temelini teşkil eden iki esaslı fiil olduğu tespit edilmiştir. Birincisi, hukuka aykırı olarak canlı veya ölüden organ alınmasıdır. İkincisi ise, maddi menfaat karşılığı bir kimseden organ alınmasıdır. Bu ikisi dışında, yasadışı nakle konu olacak organların hazırlanması, depolanması veya nakli, organ naklinde görev alacak kişilere maddi menfaat teklif edilmesi veya bu kişiler tarafından maddi menfaat talep edilmesi ile önleyici suç özelliğindeki organ satışına yönelik ilan veya reklam verme fiilleri gibi ikincil nitelikteki bazı fiiller de cezalandırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu da bu anlayıştan hareketle, öncelikle 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (kıs. Organ ve Doku Nakli Kanunu)’da belirtilen nakil şartlarını taşımayan hukuka aykırı nakiller ile maddi menfaat karşılığı gerçekleştirilen nakilleri suç kapsamına almış; sonrasında ise, nakle konu organları saklama, nakletme veya aşılama ile yasadışı organ bağışına yönelik ilan veya reklam vermeyi cezalandırmıştır.

Gerçekten TCK’nin “organ veya doku ticareti” başlıklı 91. Maddesine göre;

- (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.
- (4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

⁶² “Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)”, son güncelleme 2018, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_Turkish.pdf.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun cezai müeyyidelerine ilişkin 15. Maddesi de "Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşıl原因 organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır" ifadesiyle TCK 91. Maddesine gönderme yapmaktadır.

TCK'ye göre organ veya doku ticareti suçunun kapsamına; a) Canlıdan geçerli rızaya dayanmayan organ veya doku nakli, b) Ölüden hukuka aykırı organ veya doku nakli, c) Canlıdan veya ölüden maddi menfaat karşılığı organ veya doku nakli: organ veya doku satmak, satın almak, satılmasına aracılık etmek, e) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak, nakletmek, aşıl原因, f) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiilleri girmektedir.

Makalenin odak noktası organ nakli olduğundan, ilerleyen bölümlerde doku nakli kavramına değinilmeden yalnızca organ nakli kavramı kullanılacaktır. Suç teşkil eden her bir fiil incelenerek ilgili Yargıtay kararlarından bahsedilecek ve organ ticaretinin Türkiye'de pratikte nasıl gerçekleştiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

A. HUKUKA AYKIRI OLARAK CANLIDAN VEYA ÖLÜDEN ORGAN NAKLİ

1. Canlıdan Geçerli Rıza Olmaksızın Organ Alma

Organ, insan vücudunda bulunan, farklı dokularca oluşturulan, yapısını, vaskülarizasyonunu ve fizyolojik fonksiyonlarını gerçekleştirme yeteneğini devam ettiren ayrılaşmış parçadır (32038 Sayılı Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 4/1-r). Organ ve Doku Nakli Kanunu'na göre, canlıdan organ nakli için vericinin rızası gerekmektedir. Rızanın geçerli kabul edilmesi için, rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişilerce, belli şekil ve usul şartları takip edilerek açıklanmış olması gerekmektedir. Öncelikle vericinin 18 yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekir (md. 5). 18 yaşından küçük çocukların veli ya da vasilerinin rızası ile de olsa organlarının nakli yasaktır. Vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli, tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı tutanağın veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın, bir hekim tarafından onaylanması zorunludur (md. 6). Rıza tehdit, cebir, şiddet, aldatma ve korkutma yoluyla alınmamış olmalıdır.

Canlıdan organ nakli sınırlı kişiler arasında olabilir. Birincisi, eşler arasında organ naklidir. Eşlerin en az iki yıldan beri evli olmaları gerekir. Bunun sebebi organ bağıışı amacıyla yapılacak sahte evliliklerin önüne geçmektir. Eğer hastalık evlilikten sonra teşhis edilmişse, eşlerin en az iki yıldır evli olmaları şartı aranmaz. Zira bu durumda organ bağıışı amacıyla sahte evlilik yapılması

ihtimali düşüktür. İkinci grup, dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımları arasında nakildir. Bu iki kategori için herhangi bir komisyon kararına gerek olmaksızın, ilişkinin kanıtlanmasıyla nakil sürecinin başlatılması gerekir (Organ ve Doku Nakli Kanunu ek madde 2/1).

Üçüncü grup ise, aralarında hısımlık bulunmayanlar arasında gerçekleşecek nakildir. Ancak bunlar arasındaki naklin uygunluğunun etik açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu ek madde 2/2). Organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde yer alan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu, donör ile alıcının arasında organ bağışını haklı kılacak bir sebebin veya yakınlığın (arkadaşlık vb. pozitif bir ilişki) bulunup bulunmadığını, donörün rızasının geçerliliğini, bağışın herhangi bir menfaat karşılığı yapıp yapılmadığını inceler. Organ Nakli Etik Komisyonları İl Sağlık Müdürü başkanlığında toplanır. İl emniyet müdür yardımcısı ya da göçmen kaçakçılığıyla mücadele ve hudut kapıları şube müdürü, naklin yapılacağı hastane haricindeki bir kamu hastanesinden bir doktor, naklin yapılacağı hastane haricindeki sağlık kuruluşundan bir ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat ile bir sosyal hizmet uzmanından oluşur (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 13). Komisyon, organ bağışı başvurusunda bulunanların aralarındaki ilişkiyi kanıtlayan evraklarını inceleyerek, rızanın sahliliğini ve menfaat karşılığı verilip verilmediğini değerlendirir.

Etik Komisyon değerlendirme aşaması organ ticaretinin önlenmesinde önemli bir aşamadır. Zira sağlık turizmi kapsamında ülkemize gelen yabancılardan bazılarının, sahte evraklarla aralarında gerçekte olmayan yakınlık ilişkisini var göstererek, Etik Komisyon kararıyla legal yollardan organ nakli olmaya çalıştığı bilinmektedir. Benzer durum Türk vatandaşları tarafından da gerçekleştirilebilir. Maddi menfaat karşılığında organ bağışı konusunda anlaşılan donör ve alıcı, birbirlerini tanınamalarına rağmen aralarında nakli gerektirecek bir ilişkinin var olduğunu Etik Komisyon önünde kanıtlayarak, görünürde legal ancak gerçekte hukuka aykırı bir nakli gerçekleştirebilirler. Bu sebeple Etik Komisyonunda, sunulan evrakların sahliliğini araştırarak bir Emniyet Mensubu, tarafların rızalarının geçerliliğini değerlendirmek üzere ruh sağlığı konusunda incelemede bulunacak bir psikiyatrist de bulunur.

Etik Komisyon başvurusunda, alıcı ve vericinin kimlik bilgileri ile nakil için gerekli belgelere ek olarak, alıcı ile verici arasındaki yakınlığın nereden kaynaklandığını gösteren evrak, fotoğraf veya video gibi kanıtlayıcı belgeler, aralarında herhangi bir borç ilişkisinin olup olmadığı konusunda fikir vermek üzere gelir düzeyine ve vericinin alıcıya borcunun olup olmadığına dair beyanları ile komisyonun gerekli gördüğü diğer belgeler yer alır (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 12/6). Komisyon üyeleri taraflara ne zamandan beri birbirlerini tanıdıkları ve birbirlerinin kişisel özellikleri ile ilgili sorular sorarak taraflar arasında gerçekten nakli gerektirebilecek bir yakınlığın veya sair sebebin olup olmadığını tespit etmeye çalışır. Bu kapsamlı değerlendirmenin amacı, nakil başvurusunun gerçekten gönülden, menfaat karşılığı olmaksızın ve geçerli bir rıza ile yapılmasını temin etmek ve organ ticareti vakıalarını önlemektir. O halde Etik Komisyon incelemesi organ ticareti suçunu önleyici bir işlev görür.

İl Organ Nakli Etik Değerlendirme Komisyonunun kararlarına karşı Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu'na itirazda bulunulabilir. Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu, Genel Müdür veya

görevlendireceği en az daire başkanı düzeyinde bir yetkili başkanlığında, Genel Müdür tarafından görevlendirilecek ilgili dairede görevli bir personel, Sağlık Bakanlığında görevli bir hukuk müşaviri, ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı, Emniyet Genel Müdürlüğü Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Daire Başkanlığı tarafından görevlendirilecek en az şube müdürü düzeyinde bir yetkili, tıp etiği alanında çalışmaları olan bir hekim ve sosyal hizmet uzmanından oluşur (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 14). Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu itiraz üzerine Etik Komisyonu'nun kararını inceleyerek kararı onaylar, iptal eder veya komisyonun yerine geçip yeniden karar alır. Kurulun kararları kesindir (Organ ve Doku Nakli Kanunu ek madde 2/3).

Rızanın geçerli olabilmesi için özgür iradeye dayanması gerekir. İradenin özgür olması, hiçbir tesir, baskı, tehdit altında olmaması ve aydınlatılmış olması anlamına gelir. Tesir altında veya yeterince bilgilendirilmeden oluşan irade sağlıklı bir irade olmadığı gibi, açıklanan rızanın da geçerliliğinden bahsedilemez. Rızanın ayrıca ahlaka ve hukuka aykırı olmaması da gerekir.⁶³

Kanaatimizce TCK md. 91/1 kapsamında rızanın geçerliliğinin, genel hukuk ilkeleri ile birlikte Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda yer alan organ nakline rızaya ilişkin özel şartların varlığına göre değerlendirilmesi gerekir. Cebir, şiddet, tehdit veya aldatma yoluyla elde edilen rıza geçersiz olduğu gibi, Kanunda gösterilen ehliyet, şekil ve usul kapsamında açıklanmayan rızanın da geçersiz sayılması gerekir. Bu bakımdan öncelikle, rıza ehliyetine sahip olmayan 18 yaşından küçükler, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile kanunda belirtilen akrabalık ile Etik Komisyon tarafından aranan manevi yakınlık şartını taşımayanların rıza ehliyetine sahip olduğundan bahsetmek kanaatimizce mümkün değildir.⁶⁴

Ayrıca verici tarafından en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli, **tesirden uzak** olarak önceden verilmiş ve hekim tarafından onaylanmış yazılı ve imzalı tutanak veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edilip imzalanan ve daha sonra hekim tarafından onaylanan tutanak olmaksızın açıklanan irade beyanı da geçersiz kabul edilecektir. İki değil de bir tanık huzurunda açıklanan rıza ile hekim tarafından onaylanmayan rızanın da geçersiz olarak kabul edilmesi gerekir. Zira tanıkların sayısı ve hekim onayı, rızanın sahilliğinin tesisine yönelik güvencelerdir. Rızanın geçerliliğinin, kurucu unsurları ile birlikte rızanın gerçekliğine yönelik teminatlarla birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.

Rızanın aydınlatılmış nitelikte olması gerekir. Organ nakli ameliyatının şekli, ameliyat sırasında gerçekleşebilecek komplikasyonlar ile ameliyatın alıcı ve verici açısından sonuçlarının ayrıntılı olarak her iki tarafa da anlatılması gerekir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 7. Maddesi de organ ve doku alacak hekimlerin vericiye “uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek” ile organ ve doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak yükümlülüğünden bahsetmektedir. O halde hekim naklin sadece tıbbi sonuçları hakkında değil, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları ile alıcıya sağlayacağı faydalar hakkında da bilgi vermekle

⁶³ Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, (s. 1204).

⁶⁴ On sekiz yaşından küçükler ile ayırt etme gücüne sahip olmayanların veya bunların kanuni temsilcilerinin rızasıyla dahi olsa organ alımının 91/1. Maddedeki suçu oluşturacağına dair bakınız: Ömer Ömeroğlu, “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, 5/42 (2010), (s. 63).

yükümlüdür. Ancak bu halde vericinin rızasının tam anlamıyla aydınlatılmış olduğundan bahsedilebilir.

Geçerli rıza kavramının kapsamına sadece vericinin değil, alıcının rızası da girmektedir. Organ alıcısının da ayırt etme gücüne sahip olması, on sekiz yaşından küçükse kanuni temsilcinin nakle rıza göstermesi ve bu rızanın özgür iradeye dayalı ve aydınlatılmış nitelikte olması gerekir.⁶⁵ Aydınlatılmış rıza bakımından Kanun, verici için hekimlere genel aydınlatma yükümlülüğüne ek olarak özel bazı hususlarda bilgilendirme yükümlülüğü getirmişken (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 7/a, b), alıcı açısından bu şekilde aydınlatılması gereken ek hususlar öngörmediğinden, ameliyat için aranan genel aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin yeterli olacağı kanaatindeyiz. Zira organ naklinde asıl fedakarlığı yapan ve hayatı olumsuz yönde etkilenebilecek olan verici olduğundan, organ naklinin sadece tıbbi değil, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında da bilgi sahibi olmaları ve kararlarını buna göre vermeleri gerekir. O halde vericiye daha kapsamlı bir aydınlatma gerçekleştirilmesi için niteliği gereği normaldir.

Bununla birlikte, bazı hallerde alıcıya genel aydınlatma metninin ötesinde aydınlatmada bulunmak gerekebilir. Alıcıyı mevcut durumundan daha kötü hale getirme riski olan nakillerde durum böyledir. Örneğin, hayati önemi haiz olmayan organ nakillerinde (yüz, kol, uterus vb.),⁶⁶ organın alıcının vücudu tarafından reddi halinde ölüm riski bulunabileceğinden, alıcının ancak bu risk hakkında bilgilendirilmesi halinde rızanın tam anlamıyla aydınlatılmış olduğundan bahsedilebilir. O halde aydınlatma metni hazırlanırken nakledilecek organın özellikleri de dikkate alınmalı ve alıcı ameliyat özelindeki riskler hakkında bilgilendirilmelidir.

Başkasının tesiri altında verilmiş olan rıza, eğer bu durum kanıtlanabiliyorsa geçersiz olacağı gibi, para veya sair menfaat karşılığı organ nakline gösterilen rızanın da **maddi menfaat tesiri altında olması dolayısıyla geçersiz kabul edilmesi** gerekmektedir. Maddi menfaat elde etme güdüsüyle şekillenen rızanın, özgür iradeye dayandığından kanaatimizce bahsetmek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında, tarafların daha önceden aralarında anlaştıkları belli bir miktar karşılığında gerçekleşen böbrek naklinin hukuken geçerli rızaya dayalı olmadığına ve organ ticareti suçunun oluştuğuna karar vermiştir.⁶⁷ Menfaat karşılığı verilen rızanın hukuka ve ahlaka uygun olduğundan da bahsedilemez. Nitekim kanun insan onurunu en temel hukuki ve ahlaki değer olarak gördüğünden, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamaktadır (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 3).

Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınması da yasak olduğundan (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 8), bu nitelikteki organların nakline yönelik verilecek rıza geçersiz olacaktır.

⁶⁵ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınevi, 2024, (s. 166- 168).

⁶⁶ Rahim naklinin hayati olmayan ve geçici nitelikte nakil niteliğinde olduğuna, nakil tamamlandıktan sonra (uzun süreli bağışıklık baskılayıcı ilaçlara olan ihtiyacı ortadan kaldırmak için) nakledilen uterusun çıkartıldığına dair ayrıca bakınız: Cahid Doğan, “Rahim (Uteris) Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler” (Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, 15 Mart 2019), Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, (s. 60, 80).

⁶⁷ Y 12. C.D. 10.03.2015 E: 2014/7311 K: 2015/4445.

Kanun, vericinin eşinin vericinin organ ve doku verme kararından haberdar olması gerektiğinden ve bunun hekim tarafından bir tutanakla tespit edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 7/d). Burada aranan ihbar yükümlülüğü olup eşin rızası olmadığından, eşin nakle razı olmaması rızayı geçersiz hale getirmeyecektir. Eşe bildirim yükümlülüğü rızayı geçersiz hale getiren kurucu şartlardan olmadığından, eşin organ naklinden haberdar olmaması, geçersiz rızaya dayalı bir organ naklinin gerçekleştiği anlamına gelmez.⁶⁸

Verici ve alıcının doku uyumuna ilişkin tetkik ve araştırmanın yapılması ve sonucunun olumluluk raporu ile saptanması gerekmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 9). Bu nitelikte bir araştırma yapılmaksızın, dokular uyumluymuşçasına verici ve alıcıdan rıza alınması durumunda bu rıza aldatma sebebiyle geçersiz hale geleceğinden aydınlatılmış olduğundan bahsedilemez. Bu durumda vericiye yönelik fiil açısından geçerli rıza olmaksızın organ alımı suçu, alıcıya yönelik fiil açısından ise hekimin subjektif iradesine göre kasten veya taksirle yaralama suçları ile kasten, olası kastla veya taksirle öldürme suçlarının oluşacağı kabul edilebilir.⁶⁹

Organ ticareti kapsamına giren ilk fiil, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ alınmasıdır (TCK md. 91/1). Bu suçla korunan hukuki yarar vücut bütünlüğü hakkı ile birlikte insan otonomisidir.⁷⁰ Zira otonomi insanın hiçbir baskı veya tesir altında kalmaksızın kendi özgür iradesiyle karar alabilmesi yeteneğidir.⁷¹ Otonomi, insanın diğer canlılardan farklı olarak sahip olduğu bağımsız düşünme, karar alma ve uygulama yeteneğinin bir sonucudur. İrade hürriyeti de insanın otonom bir varlık olmasından kaynaklanır. O halde rızası geçersiz olan veya hiç var olmayan bir kimsenin organının alınması durumunda, insanın sadece vücut bütünlüğü değil, otonomisi ve irade hürriyeti de zarar görmüş olur.⁷²

Almak kelimesi, “bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak” anlamına gelmektedir.⁷³ Organ naklinde organı alan, diğer bir deyişle insan vücudundan ayıran kimse, hekim olacağı için birinci fıkradaki fiil ancak hekimler tarafından işlenebilecektir.⁷⁴ Bu bakımdan, her ne kadar kanunda açıkça hekimler tarafından alınması şeklinde açık bir ifade bulunmasa da, birinci fıkradaki suçun özgü suç olduğunu kabul etmek

⁶⁸ Eşin rızasının aranmadığına, bunun sadece bir ihbar yükümlülüğü olduğuna dair bakınız: Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi (3. Cilt), Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, (s. 3495).

⁶⁹ Ayrıca bakınız: Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (s. 170).

⁷⁰ Mehmet Ali Zengin, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5/18 (2014), (s. 183).

⁷¹ Bernard Berofsky, Liberation from Self: A Theory of Personal Autonomy, New York: Cambridge University Press, 2007, (p. 9, 17); Susan Meld Shell, Kant and the Limits of Autonomy, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, (s. 1-2).

⁷² İrade hürriyetinin de suçun hukuki konusunu oluşturduğuna dair bakınız: Çağrı Kan Aydın, “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 1/0 (2011), (s. 146).

⁷³ “Güncel Türkçe Sözlük”, son güncelleme 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁴ Hakan Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, (s. 220). Kanunun maddede faile ilişkin bir özellik arandığından, suçun herkes tarafından işlenebileceğine yönelik aksi görüş için bakınız: Ali Kemal Yıldız, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, Özel Ceza Hukuku: Cilt II Kişilere Karşı Suçlar, (haz., Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt, Hasan Sınar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017, (s. 287).

gerekir.⁷⁵ Hekimler dışındaki kişiler tarafından organların alınması durumunda ise, yaralama, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya kasten öldürme suçlarından sorumluluk olacaktır.⁷⁶

Canlıdan organ alımı suçunun mağduru ise organı alınan kimsedir.

Organın alınması ancak ameliyatla gerçekleştirilebilecektir. Bu bakımdan birinci fıkradaki bu suçun bağlı hareketli suç olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷ Ancak suçun serbest hareketli bir suç olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur.⁷⁸ Kanaatimizce kanunda organ alma fiilinin nasıl gerçekleştirileceğine yönelik bir sınırlandırma mevcut olmadığından serbest hareketli suç olduğu kabul edilmelidir.

Geçerli rıza olmaksızın organ alımı suçunun cezası beş yıldan dokuz yıla kadar haptistir.

Canlıdan organ alımı sonucu ölümün meydana gelmesi durumunda ise, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK md. 91/8). Kanaatimizce burada bir ağırlatıcı sebepten ziyade netice sebebiyle ağırlaşmış suç halinden bahsedilebilir.⁷⁹ Zira madde suçun temel halinin cezası üzerinden bir artırım öngörmemekte, kastedilenden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi sebebiyle bir başka suçta gönderme yapmaktadır.

2. Ölüden Hukuka Aykırı Olarak Organ Alma

Organ ve Doku Nakli Kanunu'na göre, ölüden organ nakli için öncelikle tıbbi ölüm halinin tespit edilmesi gerekir. Tıbbi ölüm halinin kalp veya beyin ölümü ile gerçekleşeceği konusunda tartışmalar olmuş olmakla birlikte, hukukumuz beyin ölümünü tıbbi ölüm hali olarak kabul etmektedir (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 8).⁸⁰ Beyin ölümü, tüm beyin ve beyin sapı fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümsüz kaybını ifade eder (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 4/1-e). Beyin ölümü durumunda beyin hücreleri geri dönemez şekilde zarar görmüş olsa da, organlar belli sürelerle suni aletlerle görevlerini yerine getirebilmektedir.⁸¹ Beyin ölümü tanısının zamanında ve isabetli bir şekilde konulması çok önemlidir. Beyin ölümünün gerçekleştiğine, biri *nörolog veya nöroşirürjiyen* biri de *anesteziyoloji ve*

⁷⁵ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: U-S-A Yayıncılık, 2022, (s. 106). Aksi görüş için bakınız: Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, 19/2 (2013), (s. 117); Gökcan ve Arıuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt*, (s. 3492). Gökcan ve Arıuç'a göre, kanuna faille ilgili herhangi bir özel hüküm konulmadığından, suçun faili organ işiyle uğraşan kamu görevlileri olabileceği gibi, özel doktorlar, sade vatandaşlar ve organ mafyasının üyeleri olabilir.

⁷⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, (s. 106); Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, (s. 220); Kan Aydın, "Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK md 91-93)", (s. 141); Ezgi Aygün Eşitli, "Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1 (2023), (s. 107-108).

⁷⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, (s. 107).

⁷⁸ Gökcan ve Arıuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt*, (s. 3495); Gökçen ve Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)", (s. 117).

⁷⁹ Aynı yönde bakınız madde gerekçesi ve Gökcan ve Arıuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt*, (s. 3506).

⁸⁰ Gökçen ve Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)", (s.130-131, 111-151). Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin klasik (biyolojik) ölüm anlayışı ve beyin ölüm anlayışı ile Türk ve yabancı hukuklarında kabul edilen anlayışlarla ilgili bilgi için bakınız: Cengiz Topel Çiftçiöğlü, "Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/2 (2015), (s. 118-121).

⁸¹ Klasik ölüm anlayışının (büyük hayat fonksiyonlarının durması) terk edilerek beyin ölümü anlayışının tercih edilmesinin neden isabetli olduğu, beyin ölümü anlayışına göre ölümün tespitinde uygulanacak metotlar, beyin ölümü-bitkisel hayat farkı için bakınız: Şahin Akıncı, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, (s. 112-116).

reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından oybirliği ile karar verilmelidir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 11). Alıcının devamlı doktoru, vericinin beyin ölümü tanısını koyan hekimler arasında yer alamaz (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 12).

Türk sisteminde ölüden organ nakli için organ bağışına yönelik açık bir irade açıklaması gerekmekte, itiraz (varsayılan rıza) modelini kabul eden İtalya, Avusturya, İspanya veya Fransa gibi ülkelerde olduğu gibi her ölenin -aksini ifade etmediği sürece- organlarını bağışladığı varsayılmamaktadır.⁸² Kişinin sağlığında organlarını bağışladığına yönelik bir irade açıklaması veya öldükten sonra ailesinin buna yönelik bir tasarrufu gerekir. Ölen kişi organlarını bağışladığını, sağ iken resmi veya yazılı (adi) vasiyetname ile belirtebileceği gibi, bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklayabilir. Vasiyetname veya iki tanık huzurunda açıklanan beyan yoksa; ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi (sırasıyla), bunlar yoksa, yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakati ile ölüden organ veya doku alınabilir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 14/1). Uygulamada ölüm anında ölenin yanında bulunan yakınlarına sırasıyla sorulmakla birlikte, genellikle ailenin bağış konusunda topluca bir muvafakata varmasının beklendiğini bilmekteyiz.

Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular açık bir irade beyanına gerek olmaksızın alınabilir (varsayılan rıza, Organ ve Doku Nakli

⁸² Organ bağışına ilişkin iki temel sistem mevcuttur. İlk sistem, nakil için açık bir irade beyanını gerekli kılan açık rıza (opt-in) sistemidir. Donör sağken kendisi veya öldükten sonra yakınları organları bağışladığına yönelik rıza göstermezse, organların alınması mümkün değildir. Danimarka, Hollanda, Almanya, İngiltere, Romanya, İrlanda, Malta ve Türkiye bu sistemi kabul eden ülkelerdendir.

İkinci sistem ise, opt-out sistem adı verilen, itiraz veya varsayılan rıza sistemidir. Fransa, İspanya, İtalya, Belçika, Yunanistan, Finlandiya vb. birçok AB ülkesi bu sistemi kabul etmiştir. AB ülkelerinin çoğu (20 ülke) varsayılan rıza (opt out) sistemini kabul etmektedir. Varsayılan rıza (itiraz) sistemi bazı ülkeler tarafından katı, bazıları tarafından yumuşak uygulanmaktadır. Katı itiraz modelinde, donör sağlığında organlarını bağışlamak istemediğini açıklamamışsa, aileler organ bağışını reddedemez. Yumuşak itiraz modelinde ise, donör sağlığında organlarını bağışlamak istemediğini açıklamamışsa, ailenin organ bağışı konusunda rızasının alınması gerekir. Avusturya katı itiraz modelini benimsemişken, İspanya ve Fransa yumuşak itiraz modelini benimsemiştir.

Dünyadaki en yüksek ölüden bağış oranıyla altın sistem olarak kabul edilen İspanya, her ne kadar 1979 yılındaki kanun ile varsayılan rıza sistemini kabul etmiş olsa da, donörün bağışa yönelik rızası olsa dahi, organ bağışından önce ailenin yazılı rızasını almayı zorunlu tutmaktadır. Bu durum İspanya’da gerçekten bir itiraz sistemi olup olmadığını tartışılmasına sebep olmuştur. İspanya’nın organ bağışından çıkmak isteyenlere yönelik bir kayıt sisteminin olmaması ve devletin vatandaşlarının 1979 itiraz sistemini öğrenmeleri için hiçbir çaba sarf etmemesi, İspanya’nın itiraz modelinin uykuda (inaktif, dormant) olarak adlandırılmasına neden olmuştur. O halde İspanya teorik olarak itiraz sistemini kabul etse de, ailenin rızasının her halükarda aranması sebebiyle, pratikte açık rıza sisteminin uygulandığı kabul edilmektedir.

Ayrıca İspanya 1979 yılında varsayılan rıza sistemine geçmesine rağmen organ bağışlarında ciddi bir artış meydana gelmeyince, 1989’da organ nakil sistemiyle ilgili yapısal reformlar yapmak zorunda kalmıştır ve bağışlar bu reformlardan sonra artmıştır (1989’da bağış oranı milyon nüfus başına 14.3 iken 1999’da 33.6’ya çıkmıştır). Bu da organ bağışını artıran gerçek faktörün, varsayılan rıza sisteminin kabulü değil, yapılan önemli politika değişiklikleri olduğunu göstermiştir.

Petru Cotrău vd., “Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries”, *Applied Medical Informatics*, 42/1 (2020), (s. 36, 37); John Fabre, “Presumed Consent for Organ Donation: a Clinically Unnecessary and Corrupting Influence in Medicine and Politics”, *Clinical Medicine*, 14/6 (2014), (s. 568); John Fabre, Paul Murphy and Rafael Matesanz, “Presumed Consent: a Distraction in the Quest for Increasing Rates of Organ Donation”, *BMJ*, 341 (2010), (p. 922); Büşra Hazel Ateş Sarıdağ, “Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar”, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, (s. 132-135); A. Rithalia et al., “A Systematic Review of Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation”, *Health Technology Assessment*, 13/26 (2009), (s. 2, 3).

Ölüden nakilde rızaya ilişkin dünya genelinde uygulanan sistemler hakkında ayrıca bakınız: Elif Rumeysa Gürbüz, *Organ ve Doku Naklinde “Rıza”*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, (s. 172-178); Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, (s. 222-225).

Kanunu md. 14/2). Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda 02.01.2014 tarihli 6514 Sayılı Kanunun 42. maddesiyle yapılan değişiklik ile fıkradaki "veya beyan" ifadesi "ibraz edilmedikçe" kelimesiyle değiştirilmiştir. Bu sebeple korneanın alınmamasına yönelik bir vasiyetin geçerli olabilmesi için, bu iradenin sözlü olarak beyan edilmesi yeterli değildir. Resmi veya adi yazılı vasiyetnamenin ibraz edilmesi gerekir kanaatindeyiz.

Ölü sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 14/3).

Kaza veya doğal afet sonrası vücudun uğradığı ağır harabiyet sebebiyle yaşamı sona ermiş olan kimselerin yakınlarına ulaşılamıyorsa ve organlarının naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk varsa, ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı hekimler kurulunun raporuyla belirlenmek kaydıyla, vasiyet veya rıza aranmaksızın sağlam organları nakledilebilir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 14/4). Uygulamada bazı hekimlerin her halükarda ölenin yakınlarının iznini aradığını, yakınlarla ulaşılamıyorsa nakil yapmaktan çekindiklerini bilmekteyiz.⁸³

TCK'nin 91. maddesinin 2. fıkrasında bahsedilen hukuka aykırı olarak organ alımı, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda aranan rızanın veya organ nakli işleminin temel kurucu şartları gerçekleşmeksizin organ alımı anlamına gelir ve organ ticareti suçunu oluşturur. O halde ölüden hukuka aykırı olarak organ alımı birkaç şekilde gerçekleşebilir:

- a) Ölü'nün sağlığında organlarını bağışlamaya yönelik bir irade açıklamasının bulunmaması ve ölenin yakınlarının da organ alımına rıza göstermemesine rağmen ölüden organ alınması,
- b) Ölü'nün organlarını bağışlamamaya yönelik irade açıklaması bulunmasına rağmen ölüden organ alınması,
- c) Ölüm hâlinin bahsi geçen iki hekim tarafından saptanmaksızın naklin yapılması
- d) Nakli gerçekleştirecek hekimlerin ölüm halini saptayan hekimlerden biri olması
- e) Cesette değişiklik yapmayan kornea vb. organların alımı konusunda ölü'nün sağlığında bunların alınmasına rıza göstermediğini vasiyetname ile açıklamasına rağmen, bu tür organların alınması,
- f) Ölü'nün rızasının aranmasına gerek olmayan kaza veya doğal afetler haline ilişkin zorunluluk halinin tüm şartları gerçekleşmeksizin organların alınması.

Suçun korumak istediği hukuki menfaat ölü'nün hatırası ile yakınlarının onurudur.⁸⁴ Ayrıca cesedin bütünlüğünün bozulması kamu sağlığını da tehdit edici nitelikte olduğundan, kamu sağlığı da korunan hukuki değerlerden biridir.⁸⁵

⁸³ Benzer yönde bakınız: Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (s. 175).

⁸⁴ Gökçen ve Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)", (s. 115).

⁸⁵ Gökçen ve Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)", (s.115).

Ölüden hukuka aykırı olarak organ alımı suçunun faili, organ alımını hekimler gerçekleştirebileceğinden, ancak hekim olabilir. Bu bakımdan ölüden hukuka aykırı organ alımı suçu da özgü suç niteliğindedir.⁸⁶ Mağduru ise ölünün rıza açıklamaya hakkı olan yakınlarıdır.⁸⁷

Maddede “hukuka aykırı olarak” organ alımından bahsetmektedir. Suçun tüm unsurları üzerinde kastın bulunması gerektiğinden, kanun burada ayrıca naklin hukuka aykırı olduğu yönünde özel bir bilinç de aramaktadır. Buna özel hukuka aykırılık bilinci denir. Kanun failden yaptığı fiilin hukuka aykırı olduğu konusunda özel bilinç de beklemektedir. Fiilin suç olduğunun ve kanunun yasakladığı hallerin bilinmesinden öte, hukukun diğer dallarının ceza kanununda tanımlanan suçlarla ilişkili olduğu ve suçun oluşup oluşmadığının belirlenmesinin diğer kanundaki hükümlere göre belirleneceği hallerde kanun genellikle özel hukuka aykırılık bilinci arar. Bu hallerde ceza kanunu uyarınca bir suçun varlığı, kanunun atıf yaptığı diğer hukuk dalına ilişkin kanunda aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine de bağlıdır. Tıpkı haksız arama suçunda hukuka aykırı olarak üst veya eşya araması veya kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinde olduğu gibi. O halde bu gibi hallerde daha yoğun bir kastın arandığı sonucuna varılabilir.⁸⁸

Bu suçun cezası bir yıla kadar haptistir. Ölüden hukuka aykırı olarak organ naklinin cezası, canlıdan geçerli rıza olmaksızın organ naklinin cezasına göre daha hafiftir. Bunun sebebi, ölüden hukuka aykırı organ nakli gerçekleştirenin kötü niyetinin ve sebep olduğu zararın daha hafif olmasıdır. Gerçekten, canlıdan organ nakli gerçekleştiren, hem vericinin rızasını sakatlamaktadır hem de organ kaybı sebebiyle ömür boyu yaşam kalitesini düşürmektedir. Ölüden hukuka aykırı olarak organ naklinde bulunan ise ölen kimseye bir zarar vermemektedir. Organa ihtiyacı olan bir kimseyi yaşatmak gayesi gütmektedir. Varsayılan rıza sistemini uygulayan ülkelerin olduğu da düşünüldüğünde, ölüden geçerli rıza olmaksızın organ naklinin cezasının daha hafif olmasını doğal karşılamak gerekir.

B. CANLIDAN VEYA ÖLÜDEN MADDİ MENFAAT KARŞILIĞI ORGAN NAKLİ

Organ ticareti suçunun belki de en yaygın gerçekleştirilme şekli, maddi menfaat karşılığı organların alınıp satılması suretiyledir. Canlı veya ölü fark etmeksizin, insan organlarının parasal ilişkinin konusunu oluşturması, insan onurunun en temel değer olduğunu ve bireyin objeleştirilemeyeceğini kabul eden özgürlükçü hukuk sistemlerinin temeline aykırıdır. Bu anlayıştan hareket eden Organ ve Doku Nakli Kanunu, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasının yasak olduğunu teyit etmiştir (md.3). TCK da bu yasağa aykırı davranmanın yaptırımını koymuştur.

TCK'nin 91. maddesinin 3. Fıkrasına göre; “Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolünür”. Esasen, sadece organ alma, satma, buna aracılık etme fiillerinin organ ticareti kapsamında olması

⁸⁶ Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, (s. 114). Aksi görüşte: Gökcan ve Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)”, (s. 136). Gökcan ve Artuç da 91. Maddedeki suçların tamamı açısından suçun failinin herkes olabileceğini ifade etmişlerdir. Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3492).

⁸⁷ Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 108).

⁸⁸ Hukuka aykırılık kavramının tüm suçun değerlendirmesiyle ilgili olduğu, hakimi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı konusunda araştırmaya sevk etmek amacına yönelik olduğu, bu tür hukuka aykırılık hallerinin kastın kapsamına girmediğine ilişkin aksi görüş için bakınız: Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, (s. 329).

gerektiği, geçerli rıza olmaksızın canlıdan organ alımı ile hukuka aykırı olarak ölüden organ alımının ticaret kapsamında olmadığı, zira bunların maddi menfaat karşılığında gerçekleştirilmediği savunulmuşsa da; yukarıdaki bölümlerde açıklanan Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile İstanbul Deklarasyonunda da ifade ettiği üzere, organ ticaretinin (*organ trafficking*) kapsamına sadece menfaat karşılığı gerçekleştirilen nakiller değil, hukuka aykırı veya geçerli rıza olmaksızın gerçekleştirilen nakiller de girmektedir. Bu sebeple başlık ile içerik uyumsuz gibi gözükse de, aslında uluslararası metinlere uygun bir düzenleme mevcuttur.⁸⁹

Organın satılması, kişinin kendisinin veya bir başkasının organını maddi karşılığı olacak şekilde tedavüle sokması anlamına gelir.⁹⁰ Organ satın alınması da, obje konumuna indirgenerek satışa sunulmuş bir organın bir kimse tarafından mülkiyetinin ele geçirilmesidir. Alıcı organ kendisine nakledilen kimse olabileceği gibi, organın ücretini ödeyen kişi de olabilir. Kendisine böbrek nakledilecek çocuk ile birlikte ücreti ödeyen babası da alıcı konumundadır.⁹¹ Aracılık etmek ise, “satanla alanı karşı karşıya getirmek, buluşturmak” anlamına gelir.⁹²

Maddi menfaat karşılığı gerçekleştirilen organ ticaretinin en az iki faili vardır. Organı satan olduğuna göre, organ alıcısı da olmak zorundadır. Kimi hallerde alıcı ve satıcıyı buluşturan, nakle konu organın fiyatının belirlenmesi konusunda tarafları anlaştıran, yasadışı nakil sürecinin yürütülmesine destek olan (hastane, hekim bulunması gibi) satışa aracılık eden kimse de bulunabilir.⁹³ O halde maddi menfaat karşılığı gerçekleştirilen organ ticareti mutlaka çok failli bir suçtur.

Kişi kendi organını satıyorsa, bu suçun aynı zamanda mağduru olduğu düşüncesindeyiz. Zira mali yönden zor durumda olmasından istifade edilerek organı alınmakta ve sağlığından ödün vermek zorunda kalmaktadır.

Maddi menfaat karşılığı organ ticareti suçunun tamamlanma anı önemlidir. Maddi menfaatin sağlandığı an değil, maddi menfaat sağlanması konusunda sözlü olarak anlaşıldığı

⁸⁹ Madde başlığı ile içeriğin uyumsuz olduğuna yönelik görüş için bakınız: Doğan Soyaslan, "Organ Nakilleri" (Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 17.11.2006), İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007, (s. 135).

⁹⁰ Organın satılmasının kişinin kendi organını veya bir başkasının vücudundan aldığı organı satması şeklinde olabileceğine ilişkin bakınız: Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 110). Çiftçiöğlü, “Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu”, (s. 131-132). Ölülerin organları da bu madde kapsamında satışa konu olabileceğine göre, satanın sadece organ sahibi olmadığı, başkalarının da bir organı tedavüle sokması durumunda satıştan bahsedilebileceği neticesine varmak gerekir. Bakınız madde gerekçesi: Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3491).

⁹¹ 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

⁹² Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 111).

⁹³ Hastane veya hekim ayarlanmasının satışa aracılık kapsamında değil, nakle aracılık kapsamında bir fiil olduğu, Kanunun açıkça satışa aracılıktan bahsettiği için bahsedilen fiillerin madde kapsamında aracılık olarak değerlendirilemeyeceği, alım-satım konusunda anlaşma ile suç tamamlandığı için hastane veya hekim ayarlanmasının 91/3. Maddedeki satışa maddi yardım kapsamında değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suç oluşturmayacağına dair aksi görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 226-227).

Kanaatimizce satışa aracılık nakle aracılığı da kapsar. Zira satıcı nakle ilişkin koşullara göre satmak konusunda anlaşmaya varacaktır. Satışın olup olmayacağı ve koşulları nakil sürecine bağlı olduğundan, iki süreci birbirinden ayırmamak gerekir. Nakil koşullarının uygun olmaması durumunda, örneğin seçilen hastane veya hekime güven duyulmaması halinde, satıcının organını satması düşük bir ihtimal olacağından, iki süreç birlikte değerlendirilmelidir.

an alıcı ve satıcı açısından suç tamamlanır.⁹⁴ Yargıtayın istikrar kazanan uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, kararlarında madde gerekçesini de gerekçe göstererek, önemli olan hususun **organ veya dokunun para veya sair menfaat karşılığında tedavüle tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının veya yapılıp yapılmadığının önemli olmadığı, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmadığı yönünde** birçok karar vermiştir.⁹⁵ Genellikle olaylar satıcı ve alıcının bir aracı veya internet vasıtasıyla iletişim kurup, sahte nüfus cüzdanıyla birbirlerini akraba olarak gösterip hastaneye nakil için başvurmaları sonrasında yapılan tahlillerde genetik olarak uygunluk olmaması sebebiyle akraba olmadıklarının anlaşılması ve hastanenin durumu Emniyete bildirmesi suretiyle gerçekleşmektedir.⁹⁶ Bu gibi hallerde Mahkemeler organ naklinin henüz gerçekleşmediği gerekçesiyle teşebbüsten dolayı cezayı indirmemeli, anlaşma ile suç tamamlandığından suçun tamamlanmış halinden ceza vermelidirler.

Benzer sebeptendir ki, nakil ameliyatı öncesinde veya sırasında menfaatten bahsedilmemişken, ameliyat sonrasında menfaat sağlanması durumunda suç oluşmayacaktır.⁹⁷ Önemli olan menfaat motifli bir naklin bulunmayıp, gönül rızasına dayanan bir naklin mevcudiyetidir.

Organın ölü veya canlıya ait olması arasında kanun fark gözetmemiştir. Benzer şekilde, organın hukuka uygun veya aykırı olarak alınmasının önemi yoktur.⁹⁸ Önemli olan organ veya dokunun para veya sair maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır.

Aracılık fiili açısından ise, suç satıcı ile alıcı arasındaki iletişimin aracı vasıtasıyla kurulmasıyla tamamlanacaktır.⁹⁹ Maddi menfaat sağlama konusunda anlaşmanın sağlanmış olması, aracılık suçunun tamamlanması için gerekli değildir.¹⁰⁰ Anlaşmaya aracılık etmiş olmak yeterlidir.¹⁰¹

Organ ticaretine aracılık edenler iştirak hükümleri çerçevesinde yardım eden olarak değil, birinci fıkra çerçevesinde organ ticareti suçundan aracı sıfatıyla asıl fail olarak sorumlu

⁹⁴ Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, (s. 1207); Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, (s. 167).

Suçun maddi menfaatin sağlandığında tamamlanmış sayılması gerektiğine ilişkin bakınız: Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul: Der Yayınları, 2025, (s. 486).

⁹⁵ Y 12 CD. 27.01.2021 E: 2018/959 K: 2021/797; Y 12. CD. 28.02.2018 E: 2015/15330 K: 2018/2266; Y 12. C.D. 17.02.2015 E: 2014/2281 K: 2015/2805; Y 12.C.D. 10.06.2014 E: 2013/17615 K: 2014/14203; 12. C.D. E: 2014/3632 K: 2014/26400; Y 12. C.D. 23.09.2014 E: 2013/26896 K:2014/18492; Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269.

İstikrar kazanan uygulamanın tam tersi yönünde bir karar: Y 12. C.D. 10.12.2013 E: 2012/32970 K: 2013/28517. Kararda sanıkların akraba olmadıklarının anlaşılması ile organ naklinin yapılamadığı sahte kimlik kullanımı içeren olayda teşebbüsün uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Oysa ki istikrar kazanan uygulamayı gösteren yukarıdaki kararlarda, bu durumda suçun tamamlanmış halinden ceza verilmesi gereği vurgulanmıştır.

⁹⁶ Y 12. C.D. 10.06.2014 E: 2013/17615 K: 2014/14203 (aracı); Y 12. C.D. 17.02.2015 E: 2014/2281 K: 2015/2805 (aracı); Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524 (aracı); Y 12. C.D. 23.09.2014 E: 2013/26896 K: 2014/18492 (aracı); Y 12. CD. 27.01.2021 E: 2018/959 K: 2021/797 (aracı); Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378 (aracı); Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269 (aracı); Y 12. C.D. 23.12. 2014 E: 2014/3632 K: 2014/26400 (internet); Y 12. C.D. 13.03.2019 E: 2017/2959 K:2019/3450 (internet); Y 12. C.D. 26.05.2015 E:2015/3906 K: 2015/8955 (internet).

⁹⁷ Y 12. C.D. E: 2012/32443 K: 2013/2014/337 T: 14.01.2014.

⁹⁸ Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3491, 3499) (Madde gerekçesine atıfla).

⁹⁹ Eşitli, "Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi", (s. 118).

¹⁰⁰ Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, (s. 1207).

¹⁰¹ Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, (s. 167).

olacaklardır. Nitekim Yargıtay bir kararında, alıcıya para karşılığında organ ayarlayan kimsele-
rin fiili ile organ alıcısının kardeşinin, satış işlemini bağış gibi göstermek için kendi kimlik
kartını aracılara vermesi ve nakilden sonra aracılara ödeme yapması fiillerinde organ satın alın-
masına aracılık olduğuna karar vermiştir.¹⁰²

Yargıtay kararları incelendiğinde, olayların birçoğunun sahte kimlik belgesi düzenleye-
rek alıcı ile satıcının birbirlerini akraba göstermesi şeklinde gerçekleştirildiği görülmektedir.¹⁰³
Ancak her halükarda Yargıtay maddi karşılık beklentisini aramaktadır. Bir olayda, böbrek has-
tası olan bir çiftçinin çiftliğinde uzun süredir çalışan sanığın, çiftçiyi babası gibi sevmesi sebe-
biyle böbreğini vermek istemesi ve nakil için çiftçinin oğlunun kimliğine kendi fotoğrafını
yapıştırarak kendini oğluymuş gibi gösterip böbrek naklinin yapılmasının sağlanmasında,
maddi karşılık beklenmeksizin hukuka uygun rızaya dayalı olarak naklin gerçekleştirildiğinden
bahisle suçun oluşmadığını kabul etmiştir.¹⁰⁴ Bu olayda maddi menfaat karşılığı organ alımı
(TCK md. 91/3) olmasa da, nakli gerçekleştiren hekimler açısından 91/1 maddesinde yer alan
geçerli rızaya dayanmaksızın organ alımı suçunun oluşup oluşmadığı tartışılabilir. Her ne kadar
yakın akraba olmayanlar arasında nakil için Etik Komisyon kararı gerekse de, Etik Komisyon
kararının olmaması rızanın sakat olduğu anlamına gelmez. Ceza Hukuku şekilden çok öze
ilgilenir. Etik Komisyon başvurusu yapılmış olsaydı dahi, taraflar arasındaki güçlü manevi ilişki
dolayısıyla Komisyonca organ nakline müsaade edilecekti. Ayrıca hekimin tarafların akraba
olmadığını bilmemesinin sebebi aldatılmasından kaynaklanmaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla
kimlikteki fotoğraflar benzerlik gösterdiği için, hekimin hataya düşmekte kusurunun olduğun-
dan bahsedilemeyecektir. O halde birinci fıkradaki suçun da oluşmayacağını kabul etmek
doğru olur.

Üçüncü fıkradaki suç satma, alım veya aracılık fiillerinden herhangi birinin gerçekleştiril-
mesiyle tamamlanacağından seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketlerden herhangi birinin
gerçekleşmesiyle suç tamamlanacağından sırf hareket suçudur. Tarafların anlaşması ile suçun
tamamlandığı kabul edilmektedir. Mali açıdan bir ödemenin yapılmasına veya naklin gerçek-
leşmesine gerek olmamasına rağmen, anlaşma ile bunlara yönelik gerçek bir tehlike ortaya çık-
tığı varsayıldığından ve hakimnin bir tehlikenin oluştuğunu ayrıca değerlendirmesi gerekmeye-
ceğinden, bu suçun soyut tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz.¹⁰⁵

Organ satıcı, alıcısı veya satılmasına aracılık eden kimse, geçerli rıza olmaksızın canlıdan
organ alımına ilişkin birinci fıkra hükmünde belirtilen ceza ile cezalandırılacaktır.

¹⁰² Y 12. C.D. 31.03.2015 E: 2014/6076 K: 2015/5530.

¹⁰³ Y 12. C.D. 10.06.2014 E: 2013/17615 K: 2014/14203; Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269; Y
12. C.D. 11.03.2014 E: 2013/13718 K: 2014/6023; Y 12. C.D. 23.09.2014 E: 2013/26896 K: 2014/18492; Y 12.
C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

¹⁰⁴ Y 12. C.D. 11.03.2014 E: 2013/13718 K: 2014/6023.

¹⁰⁵ Suçun zarar değil, tehlike suçu olduğuna ve hakimnin ayrıca tehlikenin oluşup oluşmadığı konusunda bir değer-
lendirme yapmasının gerekmediğine yönelik bakınız: Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk
Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, (s. 276). Somut zarar tehlikesinin istenmemesi
sebebiyle suçun soyut tehlike suçu olduğuna dair benzer görüş için bakınız: Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel
Hükümler Cilt I*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, (s. 362). Yargıtay'ın bazı kararlarında, anlaşma halinde teşebbüs-
ten cezalandırması, suçun somut tehlike suçu olduğu düşüncesini akla getirmekle birlikte, kanunda somut tehli-
kenin aranmasına yönelik herhangi bir ibare bulunmadığından, suçun tehlike doğurduğunun varsayıldığı düşüncesi
galip gelmektedir. Bu sebeple suç soyut tehlike suçu olarak kabul edilmiştir.

Organ ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi de mümkündür. Türkiye’de merdiven altı tabir edilen yasadışı organ nakil yerleri bulunmasa da, yasal organ nakil sistemi kullanılarak örgütlü surette organ ticareti suçunun işlendiği vakıtlara rastlanmıştır.¹⁰⁶ Potansiyel organ alıcı ve vericisiyle temas kuran, bunları anlaştıran ve hastanede naklin gerçekleşmesini sağlayan kimselerin bir hiyerarşi veya görev paylaşımı altında sürekli olarak bu işi yapmaları durumunda örgütlü şekilde işlenen organ ticareti suçundan bahsedilecektir. Örneğin, bir olayda böbrek hastası olan sanığın, kendisi başkasından böbrek satın aldıktan sonra, başka insanlara da maddi menfaat karşılığı böbrek tedarik etmeye yönelik örgütlü bir sistem kurduğundan ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen organ ticareti suçlarından bahsedilmektedir. Karara göre; kendisi de böbrek hastası olan sanık, 08.01.2009 tarihinde bir başka sanıktan böbreğini satın alarak, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesinde böbrek nakli olduktan sonra, kendisi gibi böbrek hastası olan kişileri tespit ederek, başkalarını organizasyona dahil etmiş, böylece organ ticareti suçunu işlemeye başlamışlardır. Sanıklardan birinin çalıştığı diyaliz merkezi ile irtibatlı olarak, böbrek hastalarını tanıdığı, burada böbrek nakli için bekleyen hastalarla irtibat sağlayıp, bedeli karşılığında böbrek bulmayı teklif ettiği, hastaların kan grubuna göre adı geçen diğer sanıklara verdiği talimatlarla kan grubu uyan böbrek satıcısı şüphelileri tespit edip, yol, barınma, hastanedeki tüm masrafları ve noter masraflarını karşıladıkları, gerektiğinde sahte evrak tanzim edilmesi, noter işlemlerinin yerine getirilmesi, hastanedeki yasal prosedürlerin tamamlanması faaliyetlerinin, bir disiplin içerisinde, verilen talimatlarla diğer sanıklar tarafından gerçekleştirildiği, elde edilen gelirlerin sanığın belirlediği düzende sanıklar arasında paylaşıldığı anlaşılmıştır. Yüksek Mahkeme, sanıkların sanık ... liderliğinde suç işlemek amacıyla eylem ve fikir birliği içinde bir araya geldikleri, bir işbölümü ve hiyerarşi dahilinde gizliliğe de uymak suretiyle örgütsel ilişkilerini yakalanmalarına kadar sürdürdükleri, bu bağlamda sanık ... yönünden suç işlemek için örgüt kurma, diğer sanıklar haklarında ise kurulan bu örgüte üye olma suçlarının sübut bulunduğu yönünde karar vermiş ve işlenen tüm organ ticareti suçlarından örgüt yöneticisi sanığın TCK md. 220/5 uyarınca sorumlu olacağına karar vermiştir.¹⁰⁷

Organ ticareti suçunun bu şekilde bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi, suçun işlenmesi ihtimali ve kişiler için zarar tehlikesini artıracığından, TCK md. 91/4’te bir ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Canlıdan geçerli rıza olmaksızın organ alımı (1. Fıkra) ile canlı veya ölüden maddi menfaat karşılığı organ nakli (3. Fıkra) fiilleri, suç işlemek için kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilirse, 220. Maddedeki örgüt kurma, yönetme veya üyelik suçlarına ek olarak (TCK md. 220/4 uyarınca), organ ticaretinin ağırlaştırılmış halinden (sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası) de ceza verilecektir.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Yargıtay’a göre, TCK 220. Madde kapsamında örgütün varlığından bahsedilmek için; en az üç kişinin, konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu olmayan belirli suç veya suçları işlemek amacıyla, amaç suçları işlemeye elverişli üye, araç ve gerece sahip bir surette, belli bir hiyerarşi ve iş bölümü altında, sürekli ve devamlı surette bir araya gelmeleri gerekir. Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafında fiili birleşme yeterli olup, amaç suçların işlenmesi şart değildir. YCGK 03.04.2007 E: 2006/10-253 K: 2007/80; Y 12. C.D. 23.11.2015 E: 2014/12641 K: 2015/18074.

¹⁰⁷ Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378.

¹⁰⁸ Hem 220. Maddeden hem de 91/4. maddeden ceza verilmesi gerektiğine ilişkin, bakınız: Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen organ ticareti suçunda TCK’nin 91/1-3 değil, 91/4 maddesinden ceza verilmesi gerektiğine ilişkin bakınız: Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269.

Ölüden hukuka aykırı olarak organ alınımının (2. fıkra) örgütlü surette işlenmesinin neden ağırlatıcı sebep kapsamına alınmadığı anlaşılmalıdır. Madde gerekçesinde buna yönelik bir açıklama mevcut değildir.

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi (2015) de benzer bir anlayışla suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin, üye devletlerce ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmesi gereğinden bahsetmektedir.

Organ ticareti suçunun asıl mağduru, organlarını satmak zorunda kalacak kadar mali yönden zor durumda olan organ vericisidir. Buna ceza verilmesi, zaten mağdur olan satıcının daha da mağdur olmasına sebep olacaktır. Bu sebeple TCK satıcı için özel bir zorunluluk hali kabul ederek, organını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulları göz önüne alarak hakime ceza indirimini yapmak veya ceza vermemek yetkisi tanımıştır.¹⁰⁹ Aslında bu hüküm, özel bir zorunluluk hali olmaktan çok, satıcı lehine özel bir cezasızlık hali olarak kabul edilmektedir.¹¹⁰ Yalnızca organ satıcısı için uygulanabilecek olan bu hüküm, organ ticareti ile mücadeleyi zorlaştıracağı ve satıcının organ satmasına bir tür izin verildiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.¹¹¹ Ancak kanaatimizce organ ticareti suçunun asıl sorumluları, alıcı ve vericinin mağduriyetlerinden menfaat sağlayan aracı kimselerdir. İçinde bulunduğu zorlu mali koşullardan dolayı organını satacak kadar hayatını riske atmayı göze almış bir kimse için zorunluluk halinin uygulanarak ceza verilmemesi veya daha hafif ceza verilmesi, suçun sosyolojik sebeplerini göze alan nitelikte bir yorum olup, toplum vicdanını tatmin edici niteliktedir. Aksi halde ceza alan verici, sosyal ve ekonomik açıdan daha da mağdur olacaktır. Bunu kabul etmek mümkün değildir.¹¹²

Özel zorunluluk hali olarak adlandırılan bu halde, cezanın ne kadarının indirileceğinin belirli olmaması, kanunilik ilkesini zedeleyici niteliktedir. Cezanın öngörülebilir ve belirli olmamasının keyfi uygulamalara kapı aralayıcı nitelikte olduğu kanaatindeyiz.¹¹³

¹⁰⁹ “İçinde bulunulan sosyal ve ekonomik koşullar” ifadesinin objektif nitelikte olmayıp, subjektif ve suistimale açık bir ölçüt olduğuna, düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğuna, adalet duygusunu zedeleyici ve eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarabileceğine, ceza indirimini veya ceza vermemeye yönelik karar için bir ölçütün belirlenmemesinin keyfi uygulamalara yol açabileceğine dair madde eleştirisi için bakınız: Ali Kemal Yıldız, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, (s. 306).

¹¹⁰ Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3507-3508). Y 12. C.D. 26.05.2015 2015/3906 2015/8955. Hükümde geçen zorunluluk hali kavramının bir hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali olmayıp, vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartları ifade ettiği ve zorunluluk hali kavramının kullanılmamasının daha isabetli olacağına dair bakınız: Doğan Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Dedeman, Ankara, 28 Şubat- 1 Mart 2008), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, (s. 356). Hükümün hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile ilgisi olmadığına dair: ayrıca bakınız: Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, (s. 1211); Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, (s. 327).

¹¹¹ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 232); Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 328). Hükümün Anayasanın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesi ile 12. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez olduğu ilkelerine aykırılık teşkil ettiği hakkında bakınız: Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3507).

¹¹² Aynı yönde bakınız: Yusuf Kaçar, “Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)”, Esam Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2/1 (2021), (s. 70).

¹¹³ İndirim oranının belirli olmamasını sorgulayan bir başka görüş için bakınız: Soyaslan, “Organ Nakilleri”, (s. 356).

Yargıtay uygulamada organ ticaretinin satıcı açısından suç olmaktan çıkartılmasını, organ ticareti ile mücadelenin etkisiz kalmasını ve hukuk düzeninin kendi içinde çelişmesini önlemek amacıyla, bahsedilen özel zorunluluk halini değerlendirirken özel şartlar getirerek, hüküm uygulama alanını daraltmayı seçmiştir. Buna göre, 92. madde hükmünün uygulanabilmesi için;

- 1- Sanığın ekonomik sıkıntıya kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek sebep olmamış olması
 - 2- Hayati önem taşıyan organlarını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla ekonomik sıkıntısını giderebilme imkanının bulunmaması
 - 3- Kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan söz edebilme imkanının bulunması
 - 4- Eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olmaması
- Gerekir.¹¹⁴

Yargıtay bir kararında, bir araba alışverişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek organ ticareti suçunun işlendiği olayda, sanığın ekonomik sıkıntısına kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olması, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olduğu gerekçeleriyle, TCK'nın 92. Maddesindeki özel zorunluluk hali hükmünün uygulanması için yeterli şartların oluşmadığının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹¹⁵

Bir başka kararında, sanığın işleri dolayısıyla bankalardan almış olduğu kredi borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, başka bir kişi aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanık ... ile irtibata geçerek organ ticareti suçunu işlediği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olduğu gerekçeleriyle, TCK'nın 92. maddesinin uygulanmasına yeterli şartların oluşmadığına karar vermiştir.¹¹⁶

Yargıtay bir diğer kararında da, borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar veren kişi için, ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri

¹¹⁴ Y 12. C.D. 23.11.2015 E:2014/12641 K: 2015/18074; Y 12. C.D. 26.05.2015 E:2015/3906 K: 2015/8955.

¹¹⁵ Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378.

¹¹⁶ Y 12. C.D. 17.02. 2015 E: 2014/2281 K: 2015/2805.

gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olduğu gerekçeleriyle 92. Maddedeki zorunluluk hali hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.¹¹⁷ Kişilerin böbreklerini satmalarının temel sebebinin borçlarını ödemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, olayların birçoğunda 92. Maddenin uygulanamayacağı ve satıcıya ceza verileceği bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Organ satıcısı açısından özel zorunluluk hali hükmünün bulunmasına rağmen, organ nakli olmazsa hayati tehlikesi olan veya yakınına nakledilen organ karşılığı ödeme yapan organ alıcıları açısından benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa alıcı da kendisinin veya yakınının canını kurtarmak için başkasının zor durumundan yararlanarak organ satın almak zorunda kalmaktadır. Yargıtay gerek organ kendisine nakledilecek olan gerekse organın ücretini ödeyen organ alıcısı için genel zorunluluk hali (TCK md. 25/2) hükmünü uygulamaktadır.¹¹⁸ Genel zorunluluk hali hükmü, 92. Maddedeki özel zorunluluk hali hükmüne göre daha ağır koşullar içermektedir. Buna göre; “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”. Yargıtay kararlarına göre, organ ticareti suçunda alıcılar açısından 25/2. madde hükmünün uygulanabilmesi için; “organ hastası olan failin hastalığının hayati tehlike arz edecek nitelikte olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemi dışında başka bir yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı” hususlarının araştırılması gerekmektedir.¹¹⁹

Organ aracısı açısından zorunluluk halinin uygulanması ihtimaline gelince; kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, aracının menfaat karşılığı hareket edip etmediğine göre değerlendirme yapmak gerekir kanaatindeyiz. Organ alıcısının ölümünü önlemek için alıcının bir yakını veya arkadaşı tarafından ücret karşılığı olmaksızın kendisine organ bulunması halinde, 25/2 maddesi uyarınca (üçüncü kişi lehine) zorunluluk hali hükmü kanaatimizce uygulanabilir. Satıcının borçlarını ödemesine yardım etmek için, ücret almadan organ alıcısı ayarlayan bir kimse ise ancak satıcı açısından 25/2’deki zorunluluk halinin şartları var kabul edilirse, bu maddeden yararlanabilir. Satıcı açısından ekonomik müşkülâtın ne ölçüde “ağır ve muhakkak bir tehlike” teşkil edeceği bir sorundur. Ayrıca korunmak istenen değer malvarlığı değeri olmasına karşılık, zarar verilen hukuki değer insan onuru ve vücut bütünlüğü olduğundan kanaatimizce orantılılıktan da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Her halükarda, organ alım satımına maddi menfaat karşılığı aracılık eden kimseye zorunluluk hali hükmünün

¹¹⁷ Y 12. C.D. 26.05.2015 E:2015/3906 K: 2015/8955.

¹¹⁸ Y 12. C.D. 23.11.2015 E: 2014/12641 K: 2015/18074; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

Alman Hukukunda, organ naklinin derhal yapılmaması halinde kişinin kesin olarak veya yüksek ihtimalle ölmesinin beklenmesi hali (kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali uyg.) hariç olmak üzere, organ nakli alanında zorunluluk halinin kabul edilmediği, verici açısından maddi sıkıntılarının bulunmasının da zorunluluk hali olarak kabul edilmediğine ilişkin bakınız: Murat Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, (s. 140).

¹¹⁹ Y 12. C.D. 03.07.2019 E: 2018/2623 K: 2019/8062; Y 12. C.D. 31.03.2015 E: 2014/6076 K: 2015/5530; Y 12. C.D. 24.02.2015 E: 2014/2204 K: 2015/3376; Y 12. C.D. 23.11.2015 E: 2014/12641 K: 2015/18074; Y 12. C.D. 29.03.2016 E: 2015/2567 K: 2016/5200; Y 12. C.D. 13.03.2019 E: 2017/2959 K:2019/3450; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/10852 K: 2018/525; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

uygulanması düşünülemez. Aksi halde suçu ihdas etmenin bir anlamı kalmaz. Organ ticareti suçunun en ağır kusurlu tarafı, organını satan ve organ alan kimsenin zor durumlarından maddi menfaat sağlamaya çalışan aracı kimselerdir ve cezalandırılmaları gerekir.

TCK'nin organ satıcısının ticaretin asıl mağduru olduğunu kabul ettiğinin göstergesi olan diğer bir durum, yalnızca organını satan açısından geçerli olan ve bir şahsi cezasızlık veya cezada indirim gerektiren şahsi sebep olan etkin pişmanlık hükmüdür. 93. Maddeye göre, organ veya dokularını satan kimse, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, durumu yetkili makamlara haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa hakkında ceza verilmeyecektir.¹²⁰ Resmi makamlar suçu haber aldıktan sonra, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse, cezası indirilecektir. Organını satan ne kadar erken devletle işbirliği yaparsa, o kadar lehine olacaktır. Bu hükmün uygulanması için organın nakline gerek yoktur. 93/3. maddesinde olduğu gibi, organın tedavile sokulması yeterli olacaktır.¹²¹ Dolayısıyla satanın organını para karşılığı vereceğine yönelik anlaşma yaptıktan sonra, henüz nakil olmadan, etkin pişmanlık göstermesi hükmün uygulanması için yeterli olacaktır.

Etkin pişmanlık hükmü, organını satan açısından avantajlı bir hüküm olmasına karşın, alıcı, aracı veya suç ortakları açısından uygulanamaması yönünden eleştirilmektedir.¹²² Ancak kanaatimizce, organ ticareti suçundan en ağır zarar gören kişi organını satan kimsedir. Nakil sebebiyle vericinin sağlık durumu kötüleşeceği gibi, psikolojik, sosyal ve ekonomik açıdan zarara uğrayacaktır. Alıcı ise bir başkasının sağlığının kötüleşmesi pahasına, iyileşecek ve ölümden kurtulacaktır. Aracı ise en ağır kusurlu taraf olup, verici ve alıcının müşkülatlarından menfaat elde etmektedir. Organ ticareti suçunun takibatında devletin temel amacı, aracılara ve varsa örgütlü olarak organ ticaretinde yer alanları cezalandırmak olmalıdır.¹²³ Dolayısıyla etkin pişmanlık hükmünün sadece satıcıya uygulanması kanaatimizce isabetli olmuştur.

C. HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLMİŞ ORGANI SAKLAMAK, NAKLETMEK, AŞILAMAK

Ceza Kanununun 91. Maddesinin 5. Fıkrası, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakli veya aşılmasını cezalandırmaktadır. Saklamak, bir şeyin “bozulmadan doğal durumları ile durmasını sağlamak” veya “muhafaza etmek” anlamlarına gelmektedir.¹²⁴ Nakletmek, “nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek” demektir.¹²⁵ Aşılama kelimesi ise “vücutta bağışıklık yaratmak veya yerleşmiş bir hastalığa karşı

¹²⁰ Başka bir suçtan dolayı yürütülen soruşturma kapsamında, sanığın Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde organ ticareti suçunu da anlatması sonrasında bu suçtan soruşturmaya başlandığı olayda, 93. maddenin uygulanması hususunun kararda tartışılması gereği hakkında bakınız: Y 12. C.D. 26.05.2015 E: 2015/3906 K: 2015/8955.

¹²¹ Madde hükmünün uygulanması için organın satılmasının yeterli olduğuna, ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmesinin gerekmediğine ilişkin bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 235).

¹²² Yener Ünver, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi, 192 vd., *aktaran* Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 235). Etkin pişmanlığın alıcıya da uygulanması gereği hakkında bakınız: Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 329).

¹²³ Aynı yönde bakınız: Gökcan ve Arıtuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3510).

¹²⁴ “Güncel Türkçe Sözlük”.

¹²⁵ “Güncel Türkçe Sözlük”. Nakil ifadesinin, hiçbir şekilde organın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesi olarak anlaşılması gerektiğine dair bakınız: Gökcan ve Arıtuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3500); Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 325).

koyabilmek için hazırlanmış bir aşığı vücuda vermek” olarak tanımlanmakla birlikte,¹²⁶ organın aşılama kavramı bir kimsenin organının başkasının vücuduna yerleştirilmesi anlamına gelir. Kanaatimizce, nakilden farklı olarak aşılama işleminde, organın veya parçasının vücuda entegre olarak üremesi fonksiyonu ve anlamı da bulunmakta olduğundan, aşılama kelimesinin çoğalma kapasitesine sahip olan dokular için kullanılmasında fayda vardır.¹²⁷

Bu suçun oluşabilmesi için, organın hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması gerekmektedir. Organın hukuka aykırı olarak elde edilmesi fiili; Organ ve Doku Nakli Kanunu’ndaki canlıdan veya ölüden hukuka uygun surette organ nakli için gereken kurucu şartlar olmaksızın veya menfaat karşılığı gerçekleştirilen organ bağışi neticesinde organların alınması, veya bağışa ilişkin herhangi bir legal prosedür takip etmeksizin bir kimsenin organlarının cebir, tehdit, hile yoluyla zorla alınması şeklinde gerçekleştirilebilir. Organın ölüden veya canlıdan elde edilmiş olması fark etmez. Önemli olan ele geçiriliş şeklinin hukuka aykırı olmasıdır. Kişi organı doğrudan kendisi donör kaynaktan elde edebileceği gibi, bir aracı vasıtasıyla ele geçirip sonrasında saklama, nakletme ve aşılama fiillerini gerçekleştirebilir.

Saklama fiili, başta organ saklamaya özgülenmiş ekipmanlara erişimi olan sağlık mesleği mensupları tarafından olmak üzere saklama kapasitesine sahip herkes tarafından işlenebilirken, aşılama ve nakil fiillerinin yalnızca nakil konusunda yetkilendirilmiş hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği düşüncesindeyiz.¹²⁸ Maddenin 1 ve 2. fıkrasındaki hukuka aykırı organ alımını yapan hekim, bu işlemin ardından organı başkasına naklederse, her iki fıkrayı da ihlal etmiş olacaktır.

Bu fıkradaki suç yalnızca saklamak, nakletmek, aşılama fiilleri ile gerçekleştirilebileceğinden bir bağıli hareketli suçtur.¹²⁹

Saklama, nakil ve aşılama fiillerini gerçekleştiren kişinin organın hukuka aykırı olarak elde edildiğini bilmesi gerekir. Kişide hukuka aykırı olarak temin edilmiş bir organı bir yerde saklama, bir başkasına nakletme veya aşılama iradesi ve bilinci olmalıdır. Bu bakımdan genel kastın yeterli olduğu bir suçtur.

Bir görüşe göre, yalnızca hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen organların değil, hukuka uygun yöntemlerle elde edilip de hukuka aykırı olarak saklanan, naklolun veya aşılama organları açısından da bu maddenin geçerli olması gerekir.¹³⁰ Zira Organ ve Doku Nakli Kanunu 15. maddesinde “hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılama organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlama kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır” hükmünü içermektedir. Bu hüküm ile TCK 91/5’teki hüküm ifade yönünden farklılık arz etmektedir. Bu hüküm hukuka aykırı olarak organ saklama, nakil ve aşılama organlarından, 91/5. Madde ise hukuka aykırı olarak elde edilmiş organın saklanması,

¹²⁶ “Güncel Türkçe Sözlük”.

¹²⁷ Nitekim Şen, aşılama kavramını bir dokunun alıcıya aktarılması işlemi olarak tanımlamıştır. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 325).

¹²⁸ Aynı yönde bakınız: Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, (s. 120).

¹²⁹ Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 113).

¹³⁰ Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, (s. 121).

nakledilmesi veya aşılmasından bahsetmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, bu farklılığın pratikte bir neticesinin olduğu konusunda şüpheliyiz. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen organın saklanması, nakli veya aşılması da hukuka aykırıdır. Organ saklama, nakil ve aşılama işlemi hukuka aykırı ise, kanaatimizce ilgili organın elde edilme yöntemi de genellikle hukuka aykırı olacaktır. Organın elde edilme şekli hukuka uygunsa, saklama, nakil ve aşılama fiilleri de ekseriyetle hukuka uygun olacaktır. Asıl önemli mesele organın elde edilmesidir. Organın elde edilmesinin hukuka uygun olduğu, ancak nakli veya aşılmasının hukuka aykırı olduğu bir hal, vericinin bir kimseye organ bağışı yapmak konusunda rıza açıklamasında bulunması ancak organın çıkarıldıktan sonra asıl alıcı dışında bir başkasına nakli olabilir. Bu durumda organ vericisinin nakle rızasının olması sebebiyle organ hukuka uygun elde edilmiş gibi gözükse de, rızası aldatma sebebiyle aslında sakatlanmıştır. Aksi durum, ancak bir başkasının asıl nakil için organı alan doktordan organı çalması, dolayısıyla nakil için rızayı alan kişinin organın bir başkası tarafından üçüncü kişiye nakledileceğinden haberdar olmaması halinde düşünülebilirse de, bu gerçekleşmesi çok düşük bir ihtimaldir. Dolayısıyla hukuka uygun nakil veya aşılama için organın hukuka uygun surette elde edilmesi gerekecektir. Ancak her halükarda her iki kanunun ifadelerinin aynı olacak şekilde değiştirilmesi yorum farklılıklarını ortadan kaldıracak ve belirliliği sağlayarak kanunilik ilkesine hizmet edecektir.

D. ÖNLEYİCİ SUÇ: BELLİ BİR ÇIKAR KARŞILIĞINDA ORGAN TEMİNİNE YÖNELİK İLAN VEYA REKLAM VERMEK VEYA YAYINLAMAK

TCK'nin 91. maddesinin 6. fıkrasına göre, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçtur. İlan vermek, “çeşitli basın yayın organlarıyla bir durumu duyurmak, açıklamak”, reklam ise “bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol” anlamına gelmektedir.¹³¹ İlan veya reklamın hazırlanması yetmez, aleniye kavuşacak şekilde yayınlanması da gerekir.¹³² Önemli olan, aleni yani herkesin görüp duyabileceği bir surette menfaat karşılığı organ temin edileceğine yönelik bir duyuru veya yayın yapılmasıdır. Hangi araçla (basılı, işitsel, görsel vb. yayın araçları) yapıldığı konusunda bir sınırlama olmadığı gibi, bir araçla yapılması da zorunlu değildir. Günümüzde bu tip ilanların ağırlıklı olarak Facebook gibi sosyal medya platformları aracılığıyla yapıldığı bilinmektedir.

Uygulamada ayrıca potansiyel satıcıların organ nakli yetkililerine e-mail atarak “Borçlarımı ödemek için böbreğimi ... liraya satıyorum, böbrek bulmam konusunda yardım edin” şeklinde çağrıda bulunduğu da bilinmektedir. Bu fiilin 91/5. maddedeki suçu oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerekir. Kanun ilan veya reklam vermek veya yayınlamak ifadelerini kullanmıştır. Bir organ nakli yetkilisinin elektronik postasına e-mail atmanın ilan veya reklam vermek veya yayınlamak kavramının kapsamına dahil olup olmadığı değerlendirilmesi gerekir. Burada önemli olan, organ satışına ilişkin çağrının aleni yani başkaları tarafından algılanma veya öğrenilme ihtimali doğuracak bir biçimde yapılmasıdır. Bahsedilen elektronik

¹³¹ “Güncel Türkçe Sözlük”.

¹³² Aynı yönde bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 225). İlan veya reklam vermek kavramının ilan veya reklamın alenileştirilmesi anlamına geldiğine yönelik bakınız: Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 114-115).

posta adresine erişim yalnızca hesap sahibi yetkili tarafından olabileceğinden, gönderilen e-mailin başkaları tarafından öğrenilme ihtimalinin doğduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla kanaatimizce ilan, reklam, yayın unsurlarının gerçekleştiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu fiil ancak bahsi geçen suça yönelik hazırlık hareketi niteliğinde kabul edilebileceğinden, cezalandırılması mümkün değildir.

Organ temini, organın sağlanması veya elde edilmesi anlamına gelir. Kanun genel bir ifade kullandığından, organı temin etme fiilini kimin yaptığının önemli olmadığı kanaatimizdeyiz. Bu suçun özellikle organ satıcısı veya aracı tarafından işlenebileceğini düşünmekle birlikte, temin etmek elde etmek anlamına da geldiğinden, alıcı tarafından da işlenebileceği kanaatimizdeyiz.¹³³ Borçları olan bir kimsenin internette bir web sitesinde veya sosyal medya üzerinden böbreğini sattığına dair ilan vermesi, keza aracı kimsenin “böbrek temin edilir” şeklinde bir ilanda bulunması veya organ alıcısının böbreğini verene belli bir maddi menfaat sağlayacağına yönelik ilanları suç kapsamında değerlendirilecektir. İlan veya reklamın verilmesiyle suç oluşur. Organın temin edilmesine gerek yoktur.

İlan veya reklamın hazırlanması ancak henüz alenileştirilmemesi durumunda ise, cezalandırılabilir nitelikteki bir hazırlık hareketine hazırlık yapmak suç yolunda cezalandırılabilirliği çok öne çekeceği ve kişi hürriyetini haddinden fazla sınırlandıracağı için, kanaatimizce suç oluşturmaz.¹³⁴

İlan veya reklamı yayınlayan bir basın-yayın kuruluşu ise, ilgili kuruluş yetkililerinin ilan veya reklamın organ teminine yönelik olduğunu bilerek ve isteyerek bu fiili gerçekleştirmeleri halinde, bu suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir.

Organ temininin belli bir çıkar karşılığında gerçekleştirilecek olması gerekir. Buradaki çıkar kanaatimizce değeri ölçülebilir nitelikte olan maddi veya manevi nitelikteki çıkarlardır. Organ temini karşılığında vericiye, büyük dedesinden kalan günlüğün verilecek olması, günlüğün manevi değerinin yüksek olması ve eşyanın vericinin gözündeki değeri dolayısıyla, kanaatimizce iradeyi etkilemeye yetecek ölçüde bir çıkar niteliğindedir.¹³⁵

Aslında bu suç niteliği itibarıyla önleyici nitelikte bir suçtur. Potansiyel organ ticareti vakıalarının henüz hazırlık aşamasındayken tespit edilerek, somut bir zarar veya zarar tehlikesi

¹³³ Organ satışına ilişkin ilan veya reklamların cezalandırılmadığı, “böbreğimi satıyorum” şeklinde ilan verenlerin fiillerinin suç oluşturmadığına ilişkin aksi görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 225).

¹³⁴ İlan veya reklamın ilgili kuruluşa yayınlanmak üzere verilmesi durumunda teşebbüsten bahsedilebileceğine ilişkin aksi görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 225). İlan veya reklamın henüz yayınlanmadan ele geçirilmiş olması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kalmış olacağına ilişkin bakınız: Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, (s. 169).

¹³⁵ Çıkarın maddi veya manevi nitelikte olabileceğine ve mutlaka para ile ölçülebilir olmasının gerekmediğine, önemli olanın bir çıkar niteliğinde olması olduğuna dair bakınız: Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (s. 278).

Çıkarın maddi ve manevi nitelikte olabileceğine, manevi nitelikteki çıkar açısından çıkarın beşeri deney kurallarına göre en azından bazı kişilerin iradeleri üzerinde etkili olabilecek nitelikte olması gerektiğine ilişkin bakınız: Hafızoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 115).

doğurmadan önlenmesi amacını gütmektedir. Naklin gerçekleşmesi ihtimaline yakınlık aranmadığından kanaatimizce bir soyut tehlike suçudur.¹³⁶

Kanun bu suçta düşünceyi açıklama hürriyeti ile organ ticaretinin önlenmesine yönelik menfaat arasında bir denge kurmaya çalışmış, organ ticaretinin önlenmesine yönelik menfaati daha üstün tutmuş ve ilan veya reklam fiillerini cezalandırmayı tercih etmiştir. Organ ticareti suçunun koruduğu insan onuru ve bedeninin objeleştirilemeyeceğine yönelik hukuki değeri, düşünceyi açıklama hürriyeti karşısında daha üstün kabul etmiş ve normal şartlarda hazırlık hareketi olarak kabul edilerek hürriyet alanı içerisinde kalabilecek olan bu fiili suç olarak ihdas etmiştir. Bu durum insan onurunun en temel değer olduğunun bir teyidi niteliğindedir.

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 21/3. maddesi, üye devletlere, maddi kazanç veya benzer bir fayda sağlamak veya elde etmek amacıyla, organa ihtiyaç olduğu veya organların mevcut bulunduğu reklamının yapılmasının yasaklanması için gerekli yasal ve sair önlemlerin alınması yükümlülüğünü yüklemektedir. İlan ve reklam verme yasağına ilişkin bu hüküm, bahsedilen uluslararası yükümlülüğün bir yansımasıdır.

Bildiğimiz kadarıyla bu maddeye, organ ticareti ile mücadelede önleyici fonksiyon icra etmesi dolayısıyla kolluk kuvvetleri tarafından sıklıkla başvurulmaktadır. Hükümün amacı insanın küçültülmesini önleyerek insan onurunu korumak ve organ alım-satımını önlemektir.¹³⁷ Kolluğun organı objeleştiren alım satım işlemi gerçekleşmeden müdahale etmesinde, organın bir meta olduğu düşüncesinin yayılmasının önlenmesi ve organ ticareti suçuna erken müdahale edilmesi açılarından, üstün toplumsal menfaat mevcuttur.

Belli bir çıkar karşılığı olmaksızın organ teminine yönelik ilan veya reklam vermek veya yayınlamak ise suç kapsamına girmeyecektir. Keza organ bağışını teşvik edici nitelikteki ilan veya reklamlar da madde kapsamına girmez.¹³⁸ Aksine, organ ticaretini önlemek ve gönüllü bağışları artırmak için bu tür reklamların teşvik edilmesi gerekir.

SONUÇ

İnsan onurunun korunmasını hedefleyen organ ticareti suçu ile mücadele çok yönlü bir bakış açısı gerektirmektedir. Cezaların artırılması tek başına bir çözüm olmayıp, organ ticaretinin ortaya çıkış sebeplerinin ortadan kaldırılması en etkili mücadele yöntemi olacaktır. Suçun temel sebeplerinden olan organ yetersizliğinin azaltılması ve fakirlikle mücadele konusunda devletin adımlar atması gerekecektir. Organ yetersizliğinin azaltılması için özellikle ölüden organ bağışının artırılması gerekir. Ölüden organ bağışının az olmasının sebepleri ortadan kaldırıldığında bağışa hazır olan organ sayısı da artacağından, insanlar hayatta kalmak için başkasının organını satın almaya gerek duymayacaktır.

¹³⁶ Suçun oluşabilmesi için bir zararın meydana gelmesine gerek olmadığına, fiilin zarar oluşturabilecek nitelikte dahi olmasının şart olmadığına, dolayısıyla suçun soyut tehlike suçu olduğuna yönelik benzer görüş için bakınız: Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (s. 279).

¹³⁷ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza sorumluluğu*, (s. 486).

¹³⁸ Aynı yönde bakınız: Hakeri, *Tip Ceza Hukuku*, (s. 225); Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt*, (s. 1208); Meran, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, (s. 169).

Varsayılan rıza yöntemine geçmek ölüden bağış sayısını artırıcı bir etki yapabilirse de, uluslararası araştırmalarda tek başına varsayılan rıza yöntemine geçmenin bağış oranını önemli ölçüde artırmadığının tespit edilmesi, yalnızca bu sisteme geçişe bağlanan umudun hayal kırıklığı yaratabileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Bu bakımdan araştırmalarda da öngörül- düğü üzere, varsayılan rıza sistemi ile birlikte, toplumun ulusal sağlık sistemine güveni, nakil sistemi ve yapısı, etik, sosyo-kültürel ve dini meseleler, organ bağışına yönelik toplumsal farkındalık ile toplumun genel tavrının hep birlikte göz önüne alınarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.¹³⁹ Nitekim ölüden organ bağışı konusunda dünya birincisi olan İspanya'nın bağış oranı, varsayılan rıza sistemine geçtikten sonra değil, toplumsal eğitime güçlü ve uzun soluklu yatırımları ve yoğun bakım hemşire ve doktorlarına sunduğu özel eğitim programları sayesinde artmıştır.¹⁴⁰

Bu sebeple organ bağışını artırmanın en iyi yolu, insanları organ bağışlamaktan alıkoyan dini ve kültürel sebeplerin ortadan kaldırılması, insanların bağışın önemi konusunda bilgilendirilmesi olabileceği kanaatindeyiz. Ülkenin refah seviyesinin yükseltilmesi de organ arzını azaltacağından yine mücadeleye katkı sağlayıcı bir işlev görecektir.

Organ ticareti ile mücadeleye yönelik sosyal ve ekonomik tedbirler alındıktan sonra, ceza hukuku devreye girecektir. Organ teminine yönelik olan ilan veya reklamların cezalandırılması, organ ticaretinin henüz anlaşma sağlanmadan önlenmesine yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Gerek Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi gerekse ceza kanunumuz bu fiilin suç haline getirilmesini öngörmektedir. Kolluk kuvvetlerimiz organ ticaretinin somut herhangi bir zarar tehlikesi doğmadan önlenmesi için bahsedilen maddeye sıklıkla başvurmaktadır.

Organ ticaretinin örgütlü surette gerçekleştirilmesi, özellikle ilk bölümde bahsettiğimiz yabancı ülkelerde olmak üzere, Türkiye'de de daha küçük ölçekte (organ mafyası olmaksızın) olacak şekilde, suçun işleniş şekillerinden biri olarak karşımıza çıkmıştır. Türkiye'de bu makalede bahsedilen az gelişmiş ülkelerden farklı olarak, merdiven altı tabir edilen yasadışı nakil yerlerinde gerçekleştirilen organ nakli vakıalarına rastlanmamaktadır. Organ ticareti amacıyla kurulan örgütler ise, uluslararası örgüt şeklinde olmayıp, genellikle diyaliz merkezlerinde hayattan umudu kalmamış hastaları tespit etmek suretiyle bunlara diğer suç ortakları vasıtasıyla organ ayarlayan ve sahte belge ve beyanlarla legal nakil sistemini kullanarak organ ticareti yapılması konusunda alıcı ve vericiye yardımcı olan küçük ölçekli örgütleri ifade etmektedir.

Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde suçun örgütlü işlenmesinden başka, çocuğa veya savunmasız bir kimseye karşı işlenmesi ile görevini kötüye kullanan bir kimse tarafından işlenmesi ağırlatıcı sebepler arasında sayılmışken, Türk Hukukunda bu

¹³⁹ Cotrău et al., "Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries", (s. 37, 39-40); Rithalia et al., "A Systematic Review of Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation", iii,x; Petru Cotrau et al., "Ethical, Socio-Cultural and Religious Issues in Organ Donation", *Maedica*, 14/1(2019), (s. 13-14).

¹⁴⁰ Cotrău et al., "Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries", (s. 39-40); "Is an opt-out system likely to increase organ donation?", son güncelleme 6 Mart 2019, <https://doi.org/10.1136/bmj.1967>.

şekilde ağırlatıcı sebeplerin olmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmekteyiz. Bunun dışında, organ ticareti suçuna ilişkin tanımların örtüştüğü sonucuna varmak mümkündür.

Türk doktrininde organ satıcısına yönelik şahsi cezasızlık veya ceza indirimi gerektiren özel bir zorunluluk halinin olması, suçlulukla mücadeleyi güçleştireceği düşüncesiyle eleştirilse de, biz hükmün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizce, suçun kök sebepleri araştırılmadan suçlulukla mücadele etkin bir surette gerçekleştirilemeyeceği gibi ceza adaleti de sağlanamaz. Organını satmaya karar verecek kadar maddi yönden zor durumda olan bir kimseye ceza vermek, onu daha çok mağdur edecektir. Organını satan kimsenin temel amacı suç işlemek değil, borçlarını kapatmak olduğundan, kendisinde kanuna karşı gelme iradesi zayıftır. Dolayısıyla kanunun bunu ödüllendirmesi gerekir kanaatindeyiz. Devletin ticareti önlemek için cezaları şiddetlendirmek yerine, organ yetersizliğine bir çözüm bulması ve potansiyel vericiler olan ekonomik yönden dezavantajlı insanların yaşam seviyelerini yükseltmesinin daha etkili olacağı düşüncesindeyiz. Ceza hukuku sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmedikçe etkili olamayacaktır. Zira kişi sosyal şartların da etkisiyle suç işlemektedir.

Organ ticareti suçunda asıl kötüniyetli kişi, organ vericisinin ve alıcısının zor durumlarından kâr etmeye çalışan aracı kimsedir. Dolayısıyla kanaatimizce en ağır cezayı hak eden odur. Kanunumuz satıcı, alıcı ve aracı arasında cezalandırmada ayırım yapmamıştır, ancak kanaatimizce Mahkemeler aracı kimseye cezayı üst sınırdan uygulamalıdır. Organını satan veya organ alan kimseye sırasıyla 91. Maddedeki özel zorunluluk hali ile 25/2. Maddedeki genel zorunluluk hali hükümlerinin uygulanması, ancak aracı için benzer bir cezasızlık sebebinin öngörülmemesi, kanun koyucunun da benzer bir anlayışa sahip olduğuna yönelik bir işaretir.

Tıp hukukunu ilgilendiren diğer suçlarda olduğu gibi organ ticaretinde de, hekimlerin sorumluluğu belirlenirken, etik ilkelere ne derece uyulduğu konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira tıp hukukunun temeli etik değerlere dayanır. Hekimin kusurunun ağırlığı, kanun ile birlikte etik ilkelere ne ölçüde aykırı hareket ettiğine göre belirlenmelidir.

Türk Sisteminde organ ticareti suçu, gerek Türkler gerekse sağlık turizmi kapsamında tedavi amacıyla ülkeye gelen yabancılar tarafından, sahte belge ve beyanlarla, aslında öyle olmadıkları halde birbirlerini akraba olarak göstermeleri veya Etik Komisyonundan uygunluk kararı alabilmek için birbirlerini duygusal anlamda yakın (arkadaş, dost vb.) olarak göstermeleri suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu sebeplerdir ki, hukukumuz Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 13/11 ile organ ticareti şüphesi bulunan riskli bölgelerden gelen kimselerin, aralarında akrabalık olsa dahi ancak Etik Komisyon kararıyla organ nakli olabileceklerine yönelik düzenleme yapması konusunda Sağlık Bakanlığına yetki vermiştir.

Etik Komisyon incelemesi, bir prosedürel işlem olmaktan öte, organ ticaretinin tespit edilmesi ve yasadışı naklin önlenmesi bakımından önemli bir aşama niteliğindedir. Bu konuda farkındalık artırılmalı, komisyon üyeleri taraflar arasındaki yakın bağ veya (bazı ülke vatandaşları için) akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti konusunda tatmin olmadan nakle yönelik olumlu görüş bildirmemelidir. Benzer surette, hastanenin nakil aşamasında görevli sekreterinden doktoruna tüm görevlilerinin, organ ticaretinin işleme şekilleri, kimlikte veya evrakta sahteciliğin

tespiti yöntemleri konularında eğitim almaları, herhangi bir bedensel zarar oluşmadan suçun tespit edilmesi ve suçla mücadele açısından önemlidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Ambagtsheer, F, J de Jong, W M Bramer, W Weimar. "On Patients Who Purchase Organ Transplants Abroad". *Am J Transplant*. 16/10 (2016): (p. 2800-2815).
- Ambagtsheer, Frederike and Linde Van Balen. "I'm Not Sherlock Holmes': Suspicion, Secrecy and Silence of Transplant Professionals in the Human Organ Trade". *European Journal of Criminology*. 17/6 (2020): (p. 764-783).
- Ambagtsheer, Frederike, Damián Zaitch and Willem Weimar. "The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context". *Global Crime*. 14/1 (2013): (p. 1-26).
- Andarno, Roberto. "Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity". *Journal of Trafficking and Human Exploitation*. 1/2 (2017): (p. 119-127).
- Ateş Sarıdağ, Büşra Hazel. "*Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar*". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Aydın, Murat. *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Aygün Eşitli, Ezgi. "Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8/1 (2023): (s. 87-137).
- Bayraktar, Köksal. *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*. İstanbul: Der Yayınları, 2025.
- Berofsky, Bernard. *Liberation from Self: A Theory of Personal Autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- BMJ. "Is an opt-out system likely to increase organ donation?". Son güncelleme 6 Mart 2019. <https://doi.org/10.1136/bmj.1967>.
- Budiani-Saberi, D A and F L Delmonico. "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities". *American Journal of Transplantation*. 8/5: (2008): (p. 925-929).
- Capron, Alexander M. and Francis L. Delmonico. "Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking". *Journal of Human Trafficking*. 1/1(2015): (p. 56-64).
- Cohen, I. Glenn. "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs". *Journal of Law, Medicine and Ethics*. 41/1 (2013): (p. 269-85).
- Cotrau, Petru, Viviana Hodosan, Adriana Vladu, Cristian Daina, Lucia Georgeta Daina, Carmen Pantis. "Ethical, Socio-Cultural and Religious Issues in Organ Donation". *Maedica*. 14/1(2019): (s. 12-14).
- Cotrău, Petru, Viviana Hodoşan, Adriana Vladu, Lucia Daina, Marcel Negrău, Cristian Daina, Carmen Pantiş and Corina Vernic. "Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries". *Applied Medical Informatics*. 42/1 (2020): (p. 36-41).
- Council of Europe Treaty Office, "Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 216", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-List?module=signatures-by-treaty&treaty=216>.
- Council of Europe, A New Convention to Combat Trafficking in Human Organs". Son güncelleme 08.07.2014. <https://rm.coe.int/16807212f2>.
- Çiftçiöğlü, Cengiz Topel. "Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 14/2 (2015): (s. 107-146).

- Doğan, Cahid. "Rahim (Uteris) Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler" (Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezaî Sorunlar Paneli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, 15 Mart 2019). Ankara: Adalet Yayınevi, 2020: (s. 51-80).
- Erman, Barış. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Fabre, John, "Presumed Consent for Organ Donation: a Clinically Unnecessary and Corrupting Influence in Medicine and Politics". *Clinical Medicine*. 14/6 (2014): (p. 567-71).
- Fabre, John, Paul Murphy and Rafael Matesanz. "Presumed Consent: a Distraction in the Quest for Increasing Rates of Organ Donation". *BMJ*. 341 (2010): (p. 922-924).
- Gallagher, Anne T.. "Trafficking for Organ Removal". *Contexts*. 13/1 (2014): (p. 18-19).
- Gawronska, Sylwia. "A Critical Look at the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and What It Means for the Global Fight against Organ- and Transplant-Related Crimes". *European Criminal Law Review*. 8/3 (2018): (p. 404-440).
- Gill, Jagbir, Bhaskara R Madhira, David Gjertson, Gerald Lipshutz, J Michael Cecka, Phuong-Thu Pham, Alan Wilkinson, Suphamai Bunnapradist, Gabriel M Danovitch. "Transplant Tourism in the United States: A Single-Center Experience". *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*. 3/6 (2008): (p. 1820-1828).
- Global Financial Integrity-Channing May, Transnational Crime and the Developing World, March 2017, (https://gfiintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, Spain, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, Türkiye, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Goyal, Madhav, Ravindra L. Mehta, Lawrence J. Schneiderman and Ashwini R. Sehgal. "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India". *JAMA*. 288/13 (2002): (s.1589-93).
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (3. Cilt). Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı. "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*. 19/2 (2013): (s. 111-149).
- Gürbüz, Elif Rumeysa. *Organ ve Doku Naklinde "Rıza"*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: U-S-A Yayıncılık, 2022.
- Hakeri, Hakan. *Tip Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Health Resources & Services Administration, Organ Donation Statistics: Patients on the Waiting List by Organ, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).
- Health Resources & Services Administration, Organ Donation Statistics, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).
- Jha, Vivekanand and Kirpal S. Chugh. "The Case Against a Regulated System of Living Kidney Sales". *Nature Clinical Practice Nephrology*. 2/9 (2006): (p. 466-467).

- Kaçar, Yusuf. "Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)". *ESAM Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*. 2/1 (2021): (s. 50-88).
- Kan Aydın, Çağrı. "Organ veya Doku Ticareti Suçu". *Ankara Barosu Dergisi*. 1/0 (2011): (s. 129-162).
- Kelly, Emily. "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter". *Boston College Law Review*. 54/3 (2013): (p. 1317-1350).
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- L' Hospital, Dean. "The Medium-of-Exchange Paradigm - A Fresh Look at Compensated Live-Organ Donation". *Human Rights and Globalization Law Review*. 2/1 (2008- 2009): (p. 1-22).
- Lundin, Susanne. *Organs For Sale: An Ethnographic Examination of the International Organ Trade*. Londra: Palgrave Macmillan, 2015.
- Meran, Necati. *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Moazam, Farhat, Riffat Moazam Zaman and Aamir M Jafarey. "Conversations with Kidney Vendors in Pakistan: An Ethnographic Study". *Hastings Center Report*. 39/3 (2009): (p. 29-44).
- Moniruzzaman, Monir. "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar". *Medical Anthropology Quarterly*. 26/1 (2012): (p. 69-91).
- Naqvi, Syed Ali Anwar, Bux Ali, Farida Mazhar, Mirza Naqi Zafar and Syed Adibul Hasan Rizvi. "A Socioeconomic Survey of Kidney Vendors in Pakistan". *Transplant International*. 20/11 (2007): (p. 934-939).
- Naumovich, Colleen. "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 27/2 (2020): (p. 409-429).
- Nordham, Kristen D. and Scott Ninokawa. "The History of Organ Transplantation". *Baylor University Medical Center Proceedings*. 35/1 (2021): (p. 124-128).
- Ömeroğlu, Ömer. "Organ ve Doku Ticareti Suçu". *Terazi Hukuk Dergisi*. 5/42 (2010): (s. 57-72).
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Parlar, Ali. *Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Rithalia A., C. McDavid, S. Suekarran, G. Norman, L. Myers, A. Sowden. "A Systematic Review of Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation". *Health Technology Assessment*. 13/26 (2009): (iii-95).
- Roberts, Erica D.. "When the Storehouse is Empty, Unconscionable Contracts Abound: Why Transplant Tourism Should Not Be Ignored". *Howard Law Journal*. 52/3 (2009): (p. 747-790).
- Shell, Susan Meld. *Kant and the Limits of Autonomy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.
- Shepp, Sarah. "Priceless Kidney: The Ineffectiveness of Organ Trafficking Legislation". *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 46/2 (2019): (p. 379-403).
- Shimazono, Yosuke. "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information". *Bulletin of the World Health Organization*. 85/12 (2007): (p. 955-62).
- Siller, Nicole J.. "The Codification of Transplant-Related Crimes in the Convention Against Trafficking in Human Organs". *Journal of Trafficking and Human Exploitation*. 1/2 (2017): (p. 161-173).
- Soyaslan, Doğan. "Organ Nakilleri" (Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 17.11.2006). İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007, (s. 123-139).

- Soyaslan, Doğan. “Organ Nakilleri” Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Dedeman, Ankara, 28 Şubat- 1 Mart 2008). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, (s. 328-358).
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2024.
- Şen, Ersan. *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- The Declaration of Istanbul. “Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu”. Son güncelleme 2008. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_Turkish.pdf.
- The Declaration of Istanbul. “Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)”. Son güncelleme 2018. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_Turkish.pdf.
- The Declaration of Istanbul. “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”. Son güncelleme 2008. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_English.pdf.
- The Declaration of Istanbul. “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2018 Edition)”. Son güncelleme 2018. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_English.pdf.
- Türk Dil Kurumu. “Güncel Türkçe Sözlük”. Son güncelleme 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Türkiye Organ Nakli Vakfı, Hayat Devam Etsin, 2023, (<https://www.tonv.org.tr/>).
- United Nations and Council of Europe, Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs, Fransa: Council of Europe/United Nations, 2009, (<https://rm.coe.int/16805ad1bb>).
- World Health Organization, Human Organ and Tissue Transplantation, 26 March 2009, (https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/a62/a62_15-en.pdf).
- World Health Organization, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation, January 2010, (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf>).
- Yea, Sallie. “Trafficking in Part(s): The Commercial Kidney Market in a Mania Slum, Philippines”. *Global Soc. Pol’y.* 10/3 (2010): (p. 358-376).
- Yıldız, Ali Kemal. “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, *Özel Ceza Hukuku: Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, (haz., Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt, Hasan Sınar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.
- Zengin, Mehmet Ali. “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 5/18 (2014): (s. 153-196).

EXTENDED SUMMARY

THE CRIME OF ORGAN TRAFFICKING IN NATIONAL AND INTERNATIONAL CONTEXTS

Gülen Soyaslan Akdemir, Asst. Prof.

Cankırı Karatekin University, gulaysoyaslan@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4725-1416>

Organ trafficking, a global public health issue, stems from insufficient organ donations and income inequality. Patients facing life-threatening conditions due to organ failure, unable to find suitable donors, seek organs in exchange for monetary compensation. They exploit the dire circumstances of indebted individuals willing to donate their organs for financial reasons. In some cases, organ donations occur unlawfully, without the foundational legal requirements, often compromising individuals' consent. Both scenarios reduce the human body to an object, undermining fundamental values protected by law, such as human dignity and the freedom of will. This article aims to examine organ trafficking from both criminological and criminal law perspectives, enlightening readers on how the crime is perpetrated internationally and nationally. By analyzing international and national regulations introduced to combat organ trafficking, it seeks to identify commonalities and differences, highlighting areas for improvement in Turkish legislation. In this context, the provisions related to organ trafficking in the Council of Europe's Convention against Trafficking in Human Organs and the Istanbul Declaration are scrutinized in detail, comparing their similarities and differences with the organ trafficking offense in the Turkish Penal Code. Additionally, the article outlines the differences between the methods of committing organ trafficking in other countries and in Turkey.

Unlike previous studies on organ trafficking in Turkish law, this article does not examine the elements and specific forms of the crime in a categorical and abstract manner. Instead, it focuses on the scope of acts constituting the offense and their manifestation in concrete cases, aiming to inform readers about their function in combating organ trafficking.

The research article has drawn many conclusions while analyzing international and national aspect of the crime of organ trafficking. For one thing, the punishment of advertisements or announcements aimed at organ trafficking serves a significant function in preventing organ trade before any agreements are made. Both the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and our penal code criminalize this act. Turkish law enforcement agencies frequently refer to the aforementioned provision to prevent organ trafficking before any danger of concrete harm arise.

Second, organized organ trafficking, particularly occurring in foreign countries mentioned in the first section, also appears in Turkey on a smaller scale (without organ mafia). Unlike the underdeveloped countries referenced in this article, cases of organ transplantation performed in illegal “backdoor” facilities are not observed in Turkey. Organizations established for the purpose of organ trafficking are typically small-scale groups that identify patients who have lost hope at dialysis centers, arranging organs through other accomplices and utilizing the legal transplantation system with forged documents and statements.

Third, in the Turkish doctrine, the existence of a specific obligation requiring personal immunity from punishment or a reduction in punishment for organ sellers has been criticized on the grounds that it harms the fight against organ trafficking. However, we believe that this provision is justified. In our view, effective combat against criminality cannot be achieved without investigating the root causes of the crime, nor can justice be served. Punishing an individual who is in a dire financial situation and decides to sell their organ would further victimize them. The primary aim of someone selling their organ is not to commit a crime but to settle debts, indicating a weak will to contravene the law. Therefore, we believe the law should reward this behavior. Instead of intensifying penalties to prevent trafficking, the state should seek solutions to organ shortages and elevate the living standards of economically disadvantaged potential donors. Criminal law will not be effective unless supported by social and economic measures, for individuals commit crimes also due to social conditions.

Fourth, in organ trafficking, the main malicious actor is the intermediary who seeks to profit from the dire situations of both the organ donor and recipient. Therefore, in our view, they deserve harsher penalties than the organ seller and buyer.

Fifth, in the Turkish system, the crime of organ trafficking is perpetrated by both Turks and the foreigners coming to the country for treatment as part of health tourism, who falsely present themselves as relatives or emotionally close (friends, etc.) to each other to obtain approval from the Ethics Committee. Therefore, our law grants the Ministry of Health the authority to regulate that individuals from the high-risk countries suspected of organ trafficking may only undergo organ transplantation with the decision of the Ethics Committee, even if a familial relationship exists.

Finally, the Ethics Committee review is not merely a procedural step; it is a critical phase in detecting organ trafficking and preventing illegal transplants. Awareness should be raised in this regard, and committee members should not provide a favorable opinion on transplantation without being satisfied about the existence of close ties or (for some nationalities) familial relationships between the parties.