

ORGAN TİCARETİ VE ORGAN NAKLİ TURİZMİ İLE MÜCADELEDE İSTANBUL DEKLARASYONU'NUN ROLÜ

Doç. Dr. Murat Volkan Dülger¹

Ar. Gör. Neslihan Can²

GİRİŞ

Geçtiğimiz yüzyılın en önemli mucizelerinden kabul edilebilecek organ nakli her ne kadar organları işlevsizleşmiş kimseler bakımından umut olsa da bu, yalnız tedavi umudu olmayıp aynı zamanda organ ticareti adında yeni bir illegal sektörün doğuşuna da neden olmuştur. Bu nedenle insan bedeninin meta ve bu sektörün ürünü haline gelmesini önlemek için ulusal ve uluslararası düzeyde birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa Konseyi'nin 1997 yılında imzaya açtığı ve Türkiye'nin de taraf olduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi), açık şekilde insan vücudu ve onun parçalarının ticari kazançla konu olamayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla verici, her ne kadar kendi vücut bütünlüğünün ihlaline; alıcının menfaati için rıza göstermiş olsa da bunun karşılığında bir menfaat temin edemeyecektir.

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi düzeyinde insan ticareti ile mücadelenin bir ayağını da organ ticareti oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu kuruluşların öncülüğünde ihdas edilen ve bağlayıcı olan uluslararası sözleşmelere taraf olan devletler, organ ticareti ile caydırıcı ve önleyici mücadele etmektedirler. Ancak bahsi geçen sözleşmeler, yalnız organ ticaretine ilişkin olmadığından organ nakli ve organ ticareti arasındaki ayrımı tespit etmeye müsait fiilleri öngörmemiş ve spesifik bir koruma sağlayamamışlardır.

Organ ticareti ve organ nakli turizmine ilişkin keskin tanımların yapıldığı ilk uluslararası düzeyde belge 2008'de ilan edilmiş olan Organ Ticareti ve Organ Nakli Turizminin Önlenmesine İlişkin İstanbul Deklarasyonu'dur. Belge, bağlayıcı olmamakla birlikte ilk kez organ ticareti ile mücadeleye ilişkin prensipler ve tanımlar öngörmesi nedeniyle önemlidir. 2018 yılında yürürlüğe giren Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi de Deklarasyon ile uyumlu olup sözleşmeciler devletleri, organ ticareti ile etkin mücadele için cezai hükümler ve organ ticareti mahiyetindeki fiilleri suç tipi olarak düzenlemeye sevk etmektedir. Deklarasyon yalnız uluslararası sözleşmelere rehber olma niteliğinde olmayıp devletlere, organ ticareti ile mücadele için aynı zamanda etkin bir organ nakli ve bağış sistemi kurmayı ve böylece kişilerin organ ticaretine yönelmesi gereğini ortadan kaldırmayı önermektedir.

Çalışmamızda organ ticaretine ilişkin uluslararası sözleşmelerden kısaca bahsedilip 2008 yılında ilan edilen ve organ ticareti ve organ nakli turizmi ile mücadelede ilkeleri ile

¹ İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi, volkan.dulger@dulger.av.tr

² İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi, neslihancan@aydin.edu.tr

standardizasyonu sağlamaya çalışan İstanbul Deklarasyonu'nun 2018 yılında revize edilmiş hali ile gelen yenilikler değerlendirilecektir.

A. Hukuki Dayanaklar

1) Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (1997)

Biyotıp Sözleşmesi m. 21 insan vücudu ve onun parçalarının bu nitelikleri dolayısıyla ticari kazanca konu olamayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte nakil amacıyla canlı vericiden ya da kadavradan organ ve doku alınması mümkündür. Alıcının canlı bir kişiden alınan organ veya dokunun nakli tedavisinden yararlanması, ölmüş bir kişiden alınabilecek uygun bir organ veya dokunun ve başkaca bir tedavi yönteminin bulunmaması halinde mümkündür. Ancak Sözleşme m. 5'te otonomi ilkesinin özel bir görünümü olarak vericinin bu hususta açık ve belirli şekilde yazılı veya resmi bir makam önünde verilmiş rızasını aramaktadır. Sözleşme'nin 2002 yılında yürürlüğe giren Ek Protokolü de insan bedeninin ticari kazanca konu edilmesi ile bu yasağın ihlal edilmesi halinde akit devletlere, uygun yaptırım uygulamayı emretmektedir³.

2) Birleşmiş Milletler Sınırşan Organize Suçlara Karşı Sözleşmeye Ek İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Mücadele ve Cezalandırılmasına Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol (2003)

Esas olarak insan ticareti ile mücadele edilmesi için ihdas edilen bu Sözleşme'nin 3. maddesine göre insan ticareti kapsamlı bir biçimde tanımlanmış⁴ ve istismar amaçlı kişilerin temini, teslim, taşınması, devredilmesi olarak belirlenmiştir. İstismar kavramında kişinin organlarının alınması da mündemiçtir. Maddede belirtilen yöntemlerle kişinin aldatılarak organlarının alınması haline mağdur bu istismara rıza gösterse dahi organlarının alınması insan ticareti olarak değerlendirilmektedir.

3) Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi (2005)

Birleşmiş Milletler Sınırşan Organize Suçlara Karşı Sözleşmeye Ek İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Mücadele ve Cezalandırılmasına Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'deki standartları geliştirmek amacıyla Avrupa Konseyi'nce üretilmiş bir düzenlemedir. Sözleşme insan ticareti kavramıyla uyumlu olacak biçimde insan ticaretini tanımlamıştır. Buna göre mağdurların organlarının m. 4'te sayılan yollarla ya da aldatılarak alınması insan ticaretidir.

³ Bkz. m.26.

⁴ “Kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içermektedir.”

4) Organ Ticareti ve Organ Nakli Turizminin Önlenmesine İlişkin İstanbul Deklarasyonu (2008)

2008 yılında Organ Nakli Topluluğu (*The Transplantation Society- TTS*) ve Uluslararası Nefroloji Derneği'nin (*International Society of Nephrology-ISN*) başta tıp uzmanları olmak üzere Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerden ve farklı disiplinlerden katılımcının İstanbul'da bir araya gelmesi sonucu organ nakli ve organ kaçakçılığının önlenmesine ilişkin standardizasyonun sağlanmaya çalışıldığı toplantı sonucunda, Organ Ticareti ve Organ Nakli Turizminin Önlenmesine İlişkin İstanbul Deklarasyonu adı altında birtakım prensipler sayılmıştır. Deklarasyon, hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte ortak ilkeler belirlemesi bakımından önemlidir. Zira esas amacı, açıklayıcı raporunda da belirtildiği üzere profesyonellere ve yasa koyuculara etik rehberlik yapmaktır. Deklarasyon, ekonomik bir menfaat karşılığı gerçekleşen organ alınması ve organ bağışısı arasında ayırımın yapılmasını, insan bedeninin ekonomik kazanca konu edilmesinin önlenmesi, organ bağışısının teşvik edilmesi, organ ticaretine ilişkin güvenilir bir veri sistemi oluşturulması ve devletlerin organ ticareti konusunda müşterek bir tanım benimsemesi gerektiğini belirtmiştir.

Deklarasyona göre organ ticareti (*organ trafficking*):

a) geçerli bir rızaya veya idari otoritenin iznine dayanmaksızın kadavradan ya da yaşayan bir kişiden organ alınması veya verici ya da üçüncü kişiye ekonomik ve sair menfaat karşılığında organ alınması

b) bu organların taşınması, manipüle edilmesi, nakli ve başka amaçlarla kullanılması

c) sağlık personeline, devlet otoritesine, özel kurum çalışanınca organ alınması ya da alımının kolaylaştırılması için hukuka aykırı bir menfaat talep edilmesi ya da teklif edilmesi

d) alıcı ve vericilerin ekonomik ve sair menfaat karşılığı tutulması ve teşvik edilmesi

e) bahsi geçen fiillerin işlenmesine teşebbüs, yardım ve azmettirme

manasına gelmektedir.

Deklarasyondaki bir diğer tanım da organ alınması amacıyla insan ticaretidir (*trafficking in persons for the purpose of organ removal*). Birleşmiş Milletler Sınırşan Organize Suçlara Karşı Sözleşmeye Ek İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Mücadele ve Cezalandırılmasına Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol ile de uyumlu olan bu tanıma göre:

“kişilerin organının alınması amacıyla tehdit, güç kullanma ve sair zorlanması ile taşınması, transfer edilmesi, barındırılması, alınması, kaçırılması, aldatılması, hataya düşürülmesi, kırılganlığının suiistimal edilmesi, rızasının alınması için ödeme yapılması ya da sair menfaat sağlanması, zor durumda olmasından yararlanılması”

organ alınması amacıyla insan ticaretidir.

Deklarasyona göre mukim (*resident*) ifadesinden anlaşılması gereken vatandaşlık bağı gözetilmeksizin bir ülkede yaşayan kişiyken; mukim olmayan (*non resident*) ifadesinden ise geçici olarak bir yerde yaşayan, bir yere seyahat eden ve nakil amacıyla bir yerde bulunan anlaşılabılır.

Nakil için seyahat (*travel for transplantation*) ise kişilerin farklı yargı sınırlarından organ nakli amacıyla geçmesidir. Bu seyahatin nakil turizmi haline gelmesi ise etik olmayan biçimde organlarının alınması için insan ticareti veya organ ticareti ya da devlet organlarının, sağlık mesleği mensuplarının veya özel nakil merkezlerinin bulundukları ülkenin nakil hizmetlerini ülkedeki nakle muhtaç kişi popülasyonunu gözetmeksizin mukim olmayan kişilere nakli sağlamalarıdır.

Organ bağışısı ve organ naklinde kendine yeterlilik (*self sufficiency in organ donation and transplantation*) ise devletlerin ülkeleri içinde nakil ve bağış servislerini kullanarak ülkede mukim olanlara naklin yapılabilmesi ve imkanlar dahilinde diğer yargı çevrelerinde bulunan kişilerle de kaynakların paylaşılabilir durumda olmasıdır. Kendine yeterlilik organ nakli ve bağışında devletlerin temel amacı olmalıdır, zira devletler nakil hizmetleri bakımından kendilerine yeter durumda olmadıklarından kişiler organ ticaretine yönelebilmektedir.

Finansal olarak nötr olma durumu (*financial neutrality*), verici ve ailelerinin organ bağışısı nedeniyle ekonomik olarak bir kayba uğramadığı gibi kazanç da sağlamamış olmalarıdır. İnsan bedeni ve parçalarının meta konumuna indirgenmemesi için vericinin menfaat temin edememesi anlaşılabilir olmakla beraber bir kişinin kendi yaşamını riske atarak organ nakline rıza göstermesi de beklenemeyeceğinden organın alınması ve sonraki süreçte vericinin tıbbi bakımı ve tedavisi verici bakımından bir külfete yol açmamalıdır. Zira verici bakımından bir endikasyon bulunmasa da alıcının yararına bir tıbbi müdahaleye maruz kalmıştır ve özel düzenlemelerle de korunması gerekir. Aksi durumda organ bağışısında bulunmak kişiler için tercih edilir bir durum olmayacak ve organ ticaretine yönelinecektir. Bunu önlemek için Deklarasyon'un ilk halinde canlı vericinin organ bağışısı sırasında ve sonrasında da genel sağlık sigortası veya özel sigortalarca karşılanan tıbbi bakımının ve takibinin yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Yani esas olarak bu noktada verici için yapılacak ödemeler; bağışının karşılığını teşkil etmeyip organ nakli nedeniyle alıcıyı tedavi etmenin yasal maliyetinin bir kısmıdır.

İstanbul Deklarasyonu hukuken bağlayıcı bir belge olmamakla beraber etkisi bir hayli büyük olmuş ve başta Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi olmak üzere pek çok oluşumca referans olarak kullanılan bir belgeye dönüşmüştür. Deklarasyon birtakım fiilleri tanımlayıp bunların organ ticareti ve nakil turizmi teşkil eden fiiller olduğunu saysa da açıkça bağlayıcı olmadığından devletleri bu fiillerle mücadeleye teşvik etmiştir⁵.

Türk hukuku bakımından da Deklarasyon'un etkileri olmuş ve alıcı ve verici arasında ne türden bir ilişki olduğunun saptanamaması organ ticaretine şüphe teşkil oluşturabileceğinden Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi m. 9/1-f'ye göre akrabalık şartı getirilmiştir. Böylece canlı alıcıdan dördüncü dereceye kadar (dahil) kan ve kayın hısımlarına nakil yapılabileceği ve bu akrabalık şartını sağlamayan kişiler bakımından etik kuruldan izin alınması gerektiği öngörülmüştür.

5) Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi (2015)

2011 yılında Bakanlar Komitesi'nin davetiyle toplanan Suçlara İlişkin Komite, Biyoetik Yönetim Kurulu, Organ Transplantasyonu Avrupa Komitesi mevcut bağlayıcı uluslararası sözleşmelerin önemli boşluklar içerdiği kanısına varmış ve organ ticareti ile mücadele için

⁵ Ata Bozoklar, "İstanbul Deklarasyonunun Önemi", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, Ed. Hakan Hakeri/ Cahid Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss.805-809.

Avrupa Konseyi yeni bir sözleşme ihdas etme gereği duymuştur. Zira bahsi geçen sözleşmelerin kişinin organının alınmasına rıza göstermesi halinde organ ticaret bakımından mağdur olarak kabul edilmemektedir.

Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁶ açıklayıcı raporunda da belirtildiği üzere; organ ticareti, insan onuru ve yaşam hakkı ile bağdaşmayıp aynı zamanda kamu sağlığına da ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Sözleşme'nin düzenlenmesinin amacı, uluslararası mevzuatta var olan ve taraf devletlere iç hukuklarında suç olarak tanımlama yükümlülüğü getiren fiillere ek olarak yeni suç tipleri oluşturma ve nihayetinde organ ticaretini ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla Avrupa Konseyi küresel bir tehdit olarak nitelendirdiği organ ticareti ile mücadele ve önleme için sözleşmeciler devletlere; detaylı ceza muhakemesi süreci oluşturma, organ ticaretini önlemeye ilişkin takip mekanizmaları belirleme ve maddi ceza hukuku bakımından da düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir.

Sözleşme'nin amaçları yalnız cezai düzenlemeler getirerek organ ticareti ile bastırıcı mücadele etmek değil, aynı zamanda mağdurları korumak ve küresel boyuta ulaşmış olan organ ticareti ile mücadele için taraf devletler arasında uluslararası işbirliğini artırmaktır.

Sözleşme'nin suç tipi olarak düzenlenmesini öngördüğü fiiller: hukuka aykırı biçimde organların alınması (m.4), implantasyon ya da diğer amaçlarla hukuka aykırı biçimde alınan organların kullanılması (m.5), iç hukuktaki transplantasyon sistemi haricinde organların implantasyonu (m.6), hukuka aykırı olarak menfaat talep etme, önerme, hukuka aykırı teşvik, takviye (m.7), illegal biçimde alınan organların hazırlanması, muhafaza edilmesi, depolanması, taşınması, transfer edilmesi, alınması, ihraç edilmesi ve ithal edilmesi (m.8) ve sayılan bu fiillere yardım etme, azmettirme ya da teşebbüs edilmesidir (m.9).

Organın illegal biçimde alınmasından anlaşılabilecek olan, Sözleşme m. 4'te detaylı olarak açıklamıştır. Buna göre yaşayan bir kişi ya da kadavradan iç hukuka uygun olmayarak özgür, aydınlatılmış ve özel bir rızaya dayanmayan organ alımı hukuka aykırıdır. Yaşayan bir kişi, kadavra ya da üçüncü kişiden ekonomik ya da bu minvalde bir edim karşılığı organ alınması ya da teklif edilmesi de hukuka aykırıdır.

Ayrıca Sözleşme, organların yalnız nakil amacı ile alınmasını değil; bilimsel araştırma, kalpten kalp kapakçığının alınması biçiminde organ ve hücre toplanması ve hukuka aykırı hücre tedavisi için organların alınmasını da organ ticareti kapsamında değerlendirmektedir⁷.

Sözleşme m. 12; implantasyon ya da diğer amaçlarla hukuka aykırı biçimde alınan organların kullanılması, hukuka aykırı olarak menfaat talep etme, önerme, hukuka aykırı teşvik, takviye ve Sözleşme'de suç olarak düzenlenmesi önerilen fiillere yardım etme, azmettirme ya da teşebbüs edilmesi olarak sayılan fiiller için yaptırım olarak hürriyeti kısıtlayıcı ceza dahil cezai yaptırımların uygulanmasını öngörmektedir. Caydırıcı, etkili ve ölçülü olması gereken bu yaptırımlar ayrıca adli ya da idari para cezası ve ticari faaliyetten geçici ya da sürekli biçimde men, devlet organı tarafından faaliyete müdahale ya da tasfiye olabilecektir. Ayrıca Sözleşme'nin saydığı suç tiplerinden elde edilen gelirlere de el konulabilecektir.

⁶ Avrupa Konseyi'nin hazırladığı Sözleşme 2015 yılında Avrupa Birliği, Birlik üyesi devletler, Avrupa Konseyi'nin gözlemci statüsündeki ülkeler ve diğer üye olmayan devletlere imzaya açılmış ve 01/03/2018'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye de Sözleşme'yi 25/03/2015'te imzalamış olmakla beraber iç hukukuna dahil etmemiştir.

⁷ Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, para. 21.

B) İstanbul Deklarasyonu 2018 Revizyonu İle Getirilenler

Cezai hükümler lafız bakımından değişiklik gösterse de esas olarak *quid pro quo* organ nakli, organ ticareti olarak nitelendirilmiştir. 2008 yılında İstanbul Deklarasyonu'nun ilanından sonra profesyonellerden oluşan ve TTS ve ISN'nin faaliyetlerini finanse ettiği İstanbul Deklarasyonu Gözetim Grubu (*Declaraton of Istanbul Custodian Group-DICG*) Deklarasyon ile sayılan prensipleri yaymaktadır. Zira prensiplerin yayılması ve insanların etik ilkeler gözetilerek organ bağışına teşvik edilmeleri ve organ naklinin yaygınlaşması ile ülkeler, tedavi metodu olarak başvurulacak nakilde kendine yeter hale gelecek ve organ ticareti ve turizmi sona erecektir⁸. DICG'nin de çabalarıyla örneğin Çin'de mahkumlardan alınan organların kullanılmasına ilişkin düzenlemeler ilga edilmiş olup global manada önemli adımlar atılmıştır⁹.

Deklarasyonun 2008'deki ilk halinde organ ticareti ve organ ticareti amacıyla insan ticareti ayrımı yapılmamış; bu ayrım 2018 revizyonu ile getirilmiştir.

2008 versiyonunda organ ticareti teşkil eden fiiller esas olarak canlı ya da kadavradan alınacak organın tehdit, güç kullanımı, sair zorlama, kaçırma, hataya düşürme, aldatma, kırılabilirlik ve hassas durumundan istifade ederek yapılan organ naklini organ ticareti olarak tanımlamıştır. Yani kişinin ekonomik bir menfaat karşılığı organ nakline özgür iradesiyle rıza göstermesini, organ ticareti olarak nitelendirmemiştir. Organ ticareti tanımının ekonomik ve sair bir menfaat karşılığı rızaen gerçekleştirilmesi, 2018 yılında yürürlüğe giren Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi m.4 ile uyum sağlamak maksadıyla yapılmıştır. Rızanın mevcut olması organ naklini, organ ticaretinden ayırmak için yeterli olmamakta ve bu rızanın ayrıca, ekonomik ve sair menfaatten uzak, vericinin rızai ehliyetinin bulunması ve aydınlatılmış gerekmektedir.

Kişinin rızasının bulunması halinde yapılan organ naklini yasaklamamak, organ ticaretine zemin hazırlamaktadır. Zira organ ticaretinde vericilerin çoğu, fakirlik ve diğer sosyal sorunlar nedeniyle verici olma yolunu seçmektedirler, bu durumda da gönüllü ve zorlamanın olmadığı bir rızadan söz edilemez¹⁰. Bu hüküm, organ ticareti ve nakil turizminin taraflarından vericinin cezai sorumluluğuna yol açabilecek olsa da hukukun kişiyi kendine karşı koruma fonksiyonu da gözetildiğinde rızaya dayalı ekonomik menfaatlerle yapılan naklin organ ticareti olarak nitelendirilmesi aynı zamanda alıcı ve vericinin de korunmasına da hizmet etmektedir.

Rızaen ekonomik ve sair menfaat karşılığında organ nakli, organ ticareti oluşturmakla birlikte bu durumda Deklarasyon'un organ ticareti mağduru ve mağdurun korunmasına ilişkin bakış açısı ve bu düşünce tarzı dikkate alınarak yapılacak cezai düzenlemelerde de değişiklik olmalıdır. Söz gelimi ekonomik bir menfaat temin etmek için böbreğini naklettiren kişi bu durumda mağdur kabul edilmemelidir. Şüphesiz bu biçimde menfaat temini için verici olan kimseler çoğu durumda bunu, hayatlarını idame ettirmek için yaptırırsalar da bununla cezai anlamda mücadele edilirken aynı zamanda vericinin de cezalandırılması gerekir. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 91'in organ ve doku ticaretini düzenlediği suç tipinde aynı zamanda organ ve dokularını satanlar da hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın bir kişiden organ alanlar ile aynı cezaya mahkûm edilir. Ancak Türk kanun koyucu organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu ekonomik ve zor durumu da gözетerek cezasında indirim

⁸ Francis L. Delmonico, The Declaration of Istanbul and Its Global Impact on Organ Transplantation, s.1 <https://www.kidneynews.org> (27.05.2019).

⁹ Delmonico, s.1.

¹⁰ Murat Volkan Dülger, "Organ Bağışı ve Nakline İlişkin Düzenleyici Kuralların Önemi", II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, Ed. Hakan Hakeri/ Cahid Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss.781-789.

gidilmesi veya ceza verilmemesini cezayı azaltan bir kişisel neden veya cezasızlık nedeni olarak yer vermektedir. Caydırıcılık ancak bu türden cezai hükümlerle mümkün olabilirken vericileri organ ticaretine sevk eden durumları ve bu kişilerin sermaye zeminlerini ortadan kaldırmak da devletin sosyal politikaları ile mümkün olabilecektir.

Deklarasyon'un ilk halinde organ ticareti ve organ alınması için insan ticareti ayırımına yer verilmemiş, 2018'de bu ayırım getirilmiştir. Organ Ticaretine Karşı Avrupa Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ve bu Sözleşme'nin, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'ne göre organ ticareti bakımından daha detaylı ve incelikli düzenlemeler öngörmesi, bu ayırımı Deklarasyon'a da yansımaya neden olmuştur.

Deklarasyon'un 2018 versiyonunda organ alınması için insan ticareti fiillerini sayarken kişilerin rızasının olmadığı ön kabulüyle başlamıştır. Yani organ ticareti oluşturan fiillere vericinin özgür iradesi ile rıza göstermesi hali Deklarasyona göre organ ticareti olarak cezalandırılmalı iken; özgür iradesiyle organlarının alınması için insan kaçakçılığına rıza gösteren kişi organ ticaretinden cezalandırılmamalıdır.

Deklarasyon'un ilk halinde nakil ticareti (*transplant commercialism*); organı, alınabilir, satılabilir veya maddi kazanç karşılığı kullanılabilir bir meta olarak değerlendiren uygulama ve politikalar olarak tanımlanmışken; bu tanıma 2018 versiyonunda yer verilmemiştir. Zira bu tanım ile cahil ve yoksul kimseler, illegal göçmenler, mahkumlar, ekonomik ya da siyasi mülteciler gibi hassas grupların zor durumda olduğu için organ ticaretine konu teşkil etmesi ve mağdur edilmesi ile mücadele vurgulanmaktaydı¹¹. Oysa 2018 versiyonu ile Deklarasyon ve organ ticaretine ilişkin uluslararası bakış değişmiş ve yalnız zorunluluk hali nedeniyle organ vericilerinin bulunmadığı ve bu vericilerin de organ ticareti suçunun faili olduğu kabul edilmiştir.

2018 revizyonu ile mukim (*resident*)- mukim olmayan (*non resident*) ayırımı yapılmıştır. Bu tanımın getirilmesi, nakil turizmine konu olacak kişilerin belirlenmesi bakımından önemlidir.

Nakil amacıyla seyahat 2008'de organ, verici, alıcı ve nakil konusunda uzmanlaşmış sağlık mesleği mensubunun nakil amacıyla farklı yargı sınırına geçmesi iken; 2018'de kişilerin geçmesi olarak belirtilmiştir. Deklarasyon bağlamında yargı sınırından (*jurisdictional border*) anlaşılması gerekenin yalnız farklı milletler olmadığı; devletler, iller, resmi olarak ülke içinde tanımlanmış diğer yerler, organ bağışı ve naklini düzenleme yetkisine sahip bölgesel ve uluslararası tüzel kişilikler arasında seyahatin de olduğu belirtilmiştir.

Deklarasyonun ilk halinde organ ticareti teşkil eden fiil olarak sayılmamış olan organ ticareti teşkil eden fiillerin işlenmesine teşebbüs etme, azmettirme ve yardım etmenin de bağımsız suç tipleri olarak organ ticareti tanımında yer almıştır. Bu değişikliğin gerekçesine bakıldığında Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi 9. maddesinde sözleşmeciler devletlere getirilen organ ticaretine teşebbüs etme, azmettirme ve yardım etme suç tipi ile uyumluluğu sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

2008 versiyonunda Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) yönetici organı olan Dünya Sağlık Meclisi'nin (WHA) nakil amacıyla organ alım satımına dair 44.25 nolu kararına yer vererek

¹¹ Bkz. 6 ilke "Organ trafficking and transplant tourism violate the principles of equity, justice, and respect for human dignity and should be prohibited. Because transplant commercialism targets impoverished and otherwise vulnerable donors, it leads inexorably to inequity and injustice and should be prohibited"

nakil ticareti, organ ticareti ve nakil turizmi amacıyla elektronik ve basılı medya dahil tanıtım faaliyeti, teşvik, komisyonculuk faaliyetlerinin yasaklanmasını ve cezalandırılmasını öngörmüştür. Nitekim Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi m. 21/3'e göre akit devletlerin ulusal düzeyde alması gereken önleyici tedbirlerden biri de ekonomik menfaat ya da sair kazanç için yapılan reklam, tanıtım gibi faaliyetlerin yasaklanmasıdır. Ancak Deklarasyon 2018 versiyonunda anlaşılmayacak şekilde bu biçimdeki tanıtım, reklam faaliyetlerinin yasaklanmasına ilişkin ilke sevk etmemiştir.

C) Çözüm Ve Öneriler

Organ kaçakçılığı ve ticareti ile mücadelenin bir ayağı da şüphesiz tedavileri için organ nakli gereken insanların bu tedavilerini illegal yollarla sağlamalarının önüne geçilmesidir. Uygulamada kadavradan organ naklinde kişinin organlarını bağışlamış olması ya da vasiyeti olmasına karşın yakınlarına bu hususta söz hakkı tanınması, organ bağışını sekteye uğratmaktadır.

Gelişen teknoloji ile beraber kök hücre tedavisi, terapötik klonlama (tedavi edici klonlama) organ üretmek maksadıyla kök hücrelerin kopyalanması anlamına gelmektedir. Bu uygulama da organ bağışına olan ihtiyacı ortadan kaldırabilir ve de elde edilen organ ve dokuların bünyeye refüze edilmesi sorunu da doğmayacağından daha etkin bir tedavi mümkün olabilmektedir. Ancak bu da bir zamanlar organ naklinin bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmesine değin karşılaşılan pek çok etik problemler gibi yeni problemleri de meydana getireceğinden henüz kabul görmemiştir. Ayrıca biyomühendisliğin gelişmesi ile yapay organ nakli de yaygınlaştırılarak insan kaynaklı organ ve doku nakline ihtiyaç azaltılabilecektir.

Yasal olarak da Biyotıp Sözleşmesi ve Türk iç hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik sadece araştırma amaçlı embriyo üretilmesine cevaz vermediğinden klonlama da Türk hukuku bakımından etik ve hukuken henüz mümkün görünmemektedir. Ancak teknolojinin getirdiği kök hücre tedavisinden de yararlanarak organ nakline ihtiyaç azaltılabilir ve dolayısıyla organ ticareti ile mücadele edilmesi mümkün olabilir.