

ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU *

(TCK md 91-93)

Arş. Gör. Çağrı Kan AYDIN**

ÖZ

Organ ve doku nakli kişilik hakları ile yakından ilgili bir müdahale çeşididir. Bu müdahale çeşidi kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmemeyerek hukuka uygun bir fiil olarak kabul edilmiştir. Son yıllarda organ ve doku ticareti yaygınlık kazanmıştır. Bu durum da yeni bir suç kategorisinin ortaya çıkma gereğini doğurmuştur. Bu suç Türk Ceza Kanunu'nun 91-93. maddeleri arasında ele alınarak yaptırıma bağlanmıştır. Organ veya doku nakli suçu Türk Ceza Kanunu'nda ölü veya canlı kişiyi kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu müdahale çeşidi ancak tıbbi ve yasal koşulları oluştuğunda kabul edilebilir. Bu makalede biz organ veya doku ticareti suçunun Türk Ceza Kanunu'ndaki yasal düzenlemelerini ele aldık. Aynı zamanda nakil türlerini, naklin yasal müdahale koşullarını araştırarak suçun tartışmalı noktalarına ışık tutmaya çalıştık.

Anahtar Sözcükler: Organ, doku, ticaret, nakil, kişilik hakları

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Nevşehir Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Elemanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Doktora Öğrencisi.

ORGAN OR TISSUE TRADE CRIME

ABSTRACT

Organ and tissue transportation is a kind of intervention which is closely related with personal rights. This kind of intervention is not accepted as a aggression to personel rights but instead confirming to lawful legal acts. In recent years organ and tissue transportation become widespread. A new category of crime emerged due to the essentialness. This crime is handled in article 91 to 93 of Turkish Penal Code. It is also imposed sanctions. Organ or tissue trade crime is organised to include from death or alive person in Turkish Penal Code. This intervention is just acceptable if it contains penal and medical conditions. In this article we analyse organ or tissue trade crime regulations in Turkish Penal Code. We also try to shed light to types of transportation, investigate legal conditions of intervention and debated points of criminal elements.
Keywords: *Organ, tissue, trade, transportation, personal rights.*

İLK SÖZ

Kuşkusuz geçtiğimiz ve içinde bulunduğumuz yüzyıla damgasını vuran, günümüzde ve gelecekte de insan yaşamı açısından sunulan ikinci bir yaşama şansı düşünüldüğünde önemini kaybetmeyecek gelişmelerden biri organ ve doku nakli ameliyatlarıdır.¹ Günümüzde tıp bilimi çerçevesinde organ ve dokular çeşitli şekillerde aktarılabilir. ² Organ ve doku nakilleri, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale çeşididir. Pek çok ülke düzenlemesinde ve Türkiye’de de kabul edildiği üzere, organ ve doku nakli, belli şartlar altında kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmemiş ve yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.³ Önceleri geçerli olan “iyileştiren daima haklıdır”

1 DOUGLAS, Lisa, Organ Donation, Procurement and Transportation: The Process, The Problems, The Law, UMKC, Law Review, Volume:65:2,201 (1996-1997) <http://heinonline.org/HOL/PDF?Handle=hein.journals/umkc65&collection=journals&id=211&print=30%sectioncount=1&ext=.pdf>. (Erişim Tarihi 11.10.2009): Organ ve doku naklinde ortaya çıkan en temel sorun organ bağışının ve dolayısı ile organ naklinin yeterince yaygınlaşmamasıdır. Amerika’da yapılan bir ankette alınan sonuca göre, halkın % 70’i organlarını tamamen veya kısmen bağışlamaya istekli olduklarını ifade etmişlerdir. Ancak Amerikalılara aile üyelerinin birinin organlarını bağışlaması konusu sorulduğunda olumlu yanıt verenlerin yalnızca % 36 oranı ile sınırlı olduğu saptanmıştır. Oranlardaki bu belirgin farklılık, organ kıtlığının, organ bağışına karşı duyulan kamusal bir tepki veya itirazdan ötürü değil, ölen vericinin dileklerini yerine getirmede başarılı olamayan sistemden kaynaklandığını göstermektedir, <http://www.makaleler.com/oku-doku+ve+organ+nakli>, (Erişim Tarihi 21.12.2009) : İnsanda canlıdan ilk böbrek nakli 1947 de Boston’da gerçekleştirilmiştir. İlk başarılı kalp nakli ise 1967 yılında Dr. Christian Barnard tarafından gerçekleştirilmiştir. Türkiye’de organ nakli ilk defa 22 Kasım 1968’de Ankara Yüksek İhtisas Hastanesi’nde Dr. Kemal Beyazıt tarafından yapılmış ancak hasta kaybedilmiştir. İlk başarılı organ nakli ise 3 Kasım 1975 yılında Dr. Mehmet Haberal ve ekibince Hacettepe Üniversitesi Hastanesi’nde bir anneden oğluna yapılan canlıdan canlıya böbrek nakli olmuştur. Bunu 1978 yılında eşdeğer ekibin kadavradan yaptığı ilk böbrek nakli izlemiştir.

2 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 216: Bunlar arasında kişinin kendi bedeninden kaynaklanan dokuların başka bir yere aktarılması (Otolog Transplantasyon), canlı veya ölü bir insandan alınan dokuların bir başkasına aktarılması (Alojen Transplantasyon) veya insan dışında bir canlıdan ya da yapay olarak üretilmiş organların bir kişinin bedenine yerleştirilmesi (Kseno Transplantasyon) yer almaktadır.

3 ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 156.

tezi bugün artık tıp hukukunda geçerli değildir. Bugün tıp hukukunda tıbbi müdahalenin haklılığı için belirli koşullar aranmaktadır.⁴

Organ ve doku nakli yeterli sayıda organın bulunmaması, kültürel ve eğitimsel farklılıklar, ölen kişinin vücudundan bir organ alınırsa kişinin öteki dünyada sıkıntı çekeceği veya bunun din açısından sakıncalı olduğu yaygın fikri nedeniyle yeterince yapılamamaktadır. Organ sıkıntısı tüm dünyada yaygın olan bir sorun olunca, bunun yasal olmayan ticareti de başlamış, özellikle Rusya, Hindistan ve bazı Uzakdoğu ülkelerinde birtakım insanlar için bir “geçim kaynağı” olmuştur. Konunun bu derece güncel ve önemli olması cezai anlamda da düzenleme yapılmasını gerektirmiştir. Dünyadaki gelişmelerden bağımsız kalamayacak ülkemizde de “organ ticareti” organ mafyasının organize ettiği “yeni bir suç kategorisinin” ortaya çıkmasına yol açmış bu alanda önceleri 2238 Sayılı özel bir kanun olan Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanunla düzenleme altına alınan suç,⁵ en son olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 91 ila 93. maddeleri arasında düzenlenerek yaptırıma bağlanmıştır.⁶

I. ORGAN VE DOKU NAKLİNİN TARİHÇESİ VE ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Tarihçe

Organ aktarması kavramına mitolojide rastlanmaktadır. Yunan mitolojisinde Medea isimli bir sihirbazın kan nakli suretiyle Anchise isimli ihtiyara gençlik ve kuvvet aşıladığı anlatılmaktadır. Efsanelerin yanısıra tarihi bilgiler de organ aktarımının yapıldığına işaret etmektedir. Hindistan’da bundan 2000 yıl önce yüzdaki kusurları örtmek için vücudun diğer kısımlarından alınan parçalar aktarılmış bunu kan, 1771’de dış, aynı yıllarda üreme sistemi aktarmaları izlemiştir.⁷

Günümüze geldiğinde ise alınan başarılı sonuçların zorlu bir gelişim sürecinin ürünü olduğunu ifade etmek mümkündür.⁸ 1967 yılında gerçekleştirilen kalp nakli ameliyatı ile

4 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 93.

5 EROL, Haydar, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 466.

6 “Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemini Tanıtım Sitesi”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, s.176,177. (Erişim Tarihi 19.12.2009) : TCK’nın 91. maddesinin gerekçesinde, hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiillerinin suç olarak tanımlandığı belirtilmekte hukuka aykırılığın belirlenmesi bakımından 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’a herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır. Hukuken geçerli rıza olmaksızın organ alımı, TCK’nın 91. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, ölüden organ veya doku alımı ise hukuka aykırı olarak alınması durumunda yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca ticari bir içeriği ifade eden organ ve doku satın alma, satma, satımına aracılık etme de üçüncü fıkrada cezai yaptırıma bağlanmıştır. Yine dördüncü ve beşinci fıkralarda tanımlanan suçların örgüt faaliyeti içinde işlenmesi, altıncı ve yedinci fıkralarda da çıkar karşılığında işlenmesi ve tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenmesi yaptırıma bağlanarak deontolojik anlamda insan hayatının ve organlarının ticari meta haline dönüştürülmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

7 BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 169, 170.

8 BAŞPINAR, Veysel, Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 208: Nakledilecek organın yeni organizma içinde yer alan damarlarla bağlantısının sağlanması ve böylece alıcının kan dolaşımı sistemine dahil edilmesi olasılığı doğduktan sonra tıp bilimi bu alana yoğun olarak eğilmeye başlamıştır. Özellikle böbrek nakli, araştırmaların merkezinde yer almıştır. İlk defa 1933 yılında Rusya’da 26 yaşında bir kadına bir ölüden alınan böbrek nakledilmiş, hasta nakilden 2 gün sonra

organ naklinde yeni bir çığır açılmıştır. Dr. Christian Barnard yönetiminde Cape Town'da gerçekleştirilen ameliyatta 24 yaşında trafik kazasında ölen bir kadının kalbi 54 yaşında bir erkeğe nakledilmiştir. Her ne kadar hasta 18 gün sonra ölmüş olsa bile bu iddialı müdahale bütün dünyada özellikle tıp ve hukuk camialarının uzun süre gündeminde kalmıştır.⁹

Organ nakli son derece önemli bir konu olmasına rağmen bugün itibarı ile ülkemizde gerekli olan seviyeye ulaşabilmiş değildir. İstatistiki veriler bu konuda Türkiye'nin gelişmiş ülkelerin ne kadar gerisinde kaldığını göstermeye yeterlidir.¹⁰

B. ORGAN VE DOKU NAKLİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

1. Doku

Çok hücreli canlılarda, fonksiyon ve yapı bakımından birbirine benzeyerek, anatomik olarak bütün oluşturan hücre, lif gibi unsurlardan oluşan yapıdır.¹¹

2. Organ

Dokuların bir araya gelerek anatomik ve işlevsel bir bütün oluşturduğu birimdir. Transplantasyonun konusu insanın vücuduna organik olarak bağlı bulunan doğal organlardır. Dolayısı ile yapay organlar transplantasyonun konusu olamaz.¹²

3. Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon) Kavramı

Transplantasyon kavramı etimolojik olarak trans ve plante kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur.¹³ Organ ve doku nakli öğretide değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Genel olarak organ veya doku nakli fonksiyon göremez hale gelmiş hücre, doku veya organın

ölmüştür. 1950 yılında Chicago'da yine bir ölüden böbrek nakli, 1952 yılında Paris'te canlı vericiden böbrek nakli ameliyatları gerçekleşmiş ancak her birinde hastalar kısa bir süre sonra ölmüştür. Bu sonuçlar organ nakli karşısındaki ikinci büyük engelin, nakledilen kişinin bağışıklık sisteminin yabancı organa karşı gösterdiği tepki olduğunu ortaya koymuştur. 1954'te Boston'da yapılan bir ameliyat ile 23 yaşındaki tek yumurta ikizlerinden birinin böbreğinin diğerine aktarılması organ nakli tarihinde ilk başarılı ameliyat sayılmaktadır. Bu ameliyat organ naklinin tedavi yöntemi olarak benimsenmesi ve bu alandaki araştırmaların sürdürülmesi açısından büyük bir teşvik olmuştur.

9 <http://www.cnnturk.com/2008/tarihte.bugun/12/03/tarihte.bugun.3.aralik/503048.0/index.html>, (Erişim Tarihi, 30.11.2009)

10 PARLAK, Şafak, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar, TBB. Dergisi, Sayı 83, Yıl 2009, s.189,190: Dünya Transplantasyon Birliği'nin 2000 yılında Roma'da kabul ettiği karara göre milyon nüfusa donör sayısı 25'tir. Dünya ortalamasına ilişkin veri bu olmakla beraber 2004 yılı rakamlarına göre, milyon nüfus başına kadavra donör sayıları İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da 13.8 iken, bu rakam ülkemizde 2'dir. Sağlık Bakanlığı verilerine göre ülkemizde en çok nakli gerçekleştirilen organlar olan böbrek, karaciğer ve kalp nakillerinde bile ihtiyacın çok gerisinde kalmıştır. Üstelik bu konudaki ihtiyaç yıllara göre artan oranda devam ederken; organ bağışı yıllara göre artmakla beraber, aynı oranı yakalayabilmiş değildir. Mesela 1999 yılında 3220 hasta böbrek nakli için sırada beklerken, her yıl on bin hasta gerekli organ nakli yapılamadığından hayatını kaybetmektedir. <http://www.tekilhaber.com/?syf=Haber&kategori=Saglik&katid=7&id=1220&detay=16-bin-hasta-organ-bekliyor> (Erişim Tarihi 24.5.2009) : Yine 2008 yılında akciğer, böbrek ve kalp nakli bekleyen hasta sayısı 15 bin 787 iken; 2008'in ilk 8 ayında yine bu organlarda gerçekleşen nakil sayısı 1723 olmuştur.

11 ÇAKMUT- Yenerer, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızasının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.1.

12 TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.159.

13 TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.159.

çıkarılarak yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir.¹⁴

29.5.1979 tarih ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁵un 1. maddesinde “Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.” denilerek yalnızca organ naklinin konusu sınırlı olarak tanımlanmış ancak “organ nakli” tanımlanmamıştır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinde¹⁶ ise “Organ ve doku nakli; terminal dönemdeki hastalıklarla mücadele amacı ile uygulanan organ ve doku nakli ameliyesini ifade eder.” şeklinde, Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarı Taslağı’nda ise nakil işlemi, “Vericiden alınan organ, doku veya hücrenin tedavi amacı ile alıcı vücudu ile bütünleştirilmesine yönelik tıbbi işlem”¹⁷ olarak tanımlanmıştır.

II. ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN HUKUKSAL TEMELİ VE KAPSAMI

Organ naklinin hukuka uygunluğu konusunun neye dayandırılacağı konusu önceleri oldukça problemleri bir konuydu. Organ ve doku nakli genel olarak hukuka uygunluk nedenleri arasında değerlendirilmekteydi.¹⁸ Bugün kanunun açıkça organ nakline izin veren düzenlemesi karşısında böyle bir tartışmaya artık gerek kalmamıştır. Organ ve doku nakli pek çok ülkeden önce Türkiye’de düzenlemeye kavuşturulmuş¹⁹ ve 1979 yılında tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşayan kişilerden ve ölülerden organ ve doku naklinin şartlarını düzenleyen 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun çıkarılmış, yasaya aykırı davranmanın müeyyideleri ise, TCK’nın 91. maddesinde gösterilmiştir. TCK’nın 91-93. maddelerinde organ ve doku naklinin ve ticaretinin hangi hallerde suç sayılacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.²⁰ Bu düzenleme ile bireysel olarak kişilerin yaşam hakları, vücut bütünlükleri, irade hürriyetleri; genel olarak da insan

14 ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s. 103.

15 Metin içinde 2238 Sayılı Kanun OVDNHK olarak kısaltılmıştır.

16 <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-560/organ-ve-doku-nakli-hizmetleri-yonetmeli.html> (Erişim Tarihi 05.02.2011)

17 Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı, md. 1-d, Metin için bakınız, Aydın, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

18 GÖKCEN, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Y. 2000, s. 64. Öğretide suçun unsurları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hukuka aykırılığı suçun ayrı bir unsuru kabul eden görüşler olduğu gibi; Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.144, ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 275. vd., ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 187 vd., CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 279 vd., Hukuka aykırılığı suçun ayrı bir unsuru olup, özü kabul eden bizim de katıldığımız görüş de bulunmaktadır, TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 70 vd.

19 Organ nakli ile ilgili kanun Avusturya’da 1982’de, Belçika’da 1986’da, İngiltere’de 1989’da, İtalya’da 1993’de , Rusya Federasyonu’nda 1992’de, Yunanistan’da ise 1989 yılında yürürlüğe girmiştir, GÖRKEY, Şefik, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, Tıbbi etik Yıllığı V, 16 Mart 1995’te Düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumu’nda Sunulan Bildiriler, (Yay. Terzioğlu, Arslan) İstanbul 1996, s. 33 vd.

20 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, s.198. (Erişim Tarihi 21.12.2009.) TCK m. 91’in gerekçesinde maddede hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiillerinin suç olarak tanımlandığı belirtilmiştir. Kanaatimizce madde başlığı ile gerekçenin birbiri ile örtüşmesi gerekirken, organ veya doku ticareti suçunun gerekçede “ve” olarak belirtilmesi her ne kadar gerekçeler bağlayıcı değilse de kanun yapma tekniği açısından yerinde olmamıştır.

onuru korunmaktadır.²¹

OVDNHK'nın 2. maddesinde kanunun kapsamı düzenlenmiştir.²² OVDNHK'da gerek canlılardan, gerekse ölülerden organ ve doku alınması, bunların başkasına aşılması ve nakli konuları düzenlenmiş ve dolayısı ile belirtilen şartlara uyulması kaydı ile bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle organ ve doku nakli *mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi* olarak girmiştir.²³ Organ ve doku nakli konusunda en önemli problemlerden biri, organ alımının ve naklinin hukuka uygun olup olmadığı konusudur. Özellikle hareketin ne zaman hukuka uygun, ne zaman hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda vericinin canlı veya ölü olmasına göre bir ayırım yapılmaktadır.²⁴

Organ ve dokunun yalnızca yaşayan insandan değil, ölüden de alınabilmesi karşısında ölümün tespiti konusu da hukuki açıdan önem arz etmektedir. Bu noktada henüz ölmemiş hastanın hayati organı alınarak ölüme sebebiyet verilirse bu durumun suç oluşturacağı kuşkusuzdur. Bazı durumlarda kendisinden organ veya doku alınan kimseler intihar etmiş ya da öldürülmüş kimseler olabilir. Harici bir etki dolayısı ile meydana gelen bu ölümlere doğal olmayan ölümler adı verilmektedir. Bu şekilde hayatını kaybeden bir kimseden organ veya doku alınırken iki noktanın çok iyi dengelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki alınacak olan organ ya da dokunun görev yapma kabiliyetini terketmemesi için bir an önce cesetten çıkarılması, ikincisi de bu operasyon yapılırken cesetten elde edilecek olan suç delillerinin kaybolmamasıdır.²⁵ Ölüden organ veya doku alırken hukuka aykırı hareket edilirse TCK m. 91 f. 2 uyarınca sorumluluk doğacaktır. Ülkemizde OVDNHK'nın değişik 14. maddesinin 4. fıkrasında "*Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyetler nedeniyle yaşamı sona ermiş bir kişinin ...sağlam doku ve organları...yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde adli otopsi bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır.*" denilmek suretiyle bu sorun kısmen de olsa halledilmiş görünmektedir.

III. ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ

TCK m. 91'de Organ veya Doku Ticareti Suçu 1. fıkrada kişiden organ alan kimse ifadesi etrafında canlılardan organ veya doku naklini, 2. fıkra düzenlemesinde ise ölüden organ ve doku naklini kapsamına almaktadır. Bu noktada 91. madde düzenlemesini tam olarak değerlendirebilmek amacı ile canlılardan organ ve doku nakli ile ölülerden organ ve doku naklini belirlemek gerekmektedir.

21 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 436.

22 "Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto-greffer, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir."

23 ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 573.

24 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 574: Yaşayan vericiden organ ya da doku alımının hukuka uygun olabilmesi için doktrinde kabul edilen belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar üstün amaç, zararsızlık ve elverişlilik, vericinin rızası, hekimin onayı ve aydınlatma yükümlülüğü olarak ifade edilebilir.

25 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 573.

A. Canlılardan Organ ve Doku Nakli

Bir kimsenin kendisi için yararı olmadığından kendi organını veya dokusunu, rızasıyla da olsa bir başkasına vermesi esasen kişilik haklarına aykırıdır. Organını veren kişinin rızası tek başına eylemi hukuka uygun kılmaz. O nedenle canlılardan organ veya doku nakli mümkün olmadığından, konuya ilişkin özel bir düzenleme ile bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılınması zorunluluğu vardır ve bu zorunluluk da hukukumuzda Organ Nakli Kanunu ile sağlanmıştır.²⁶

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınabilmesi için ön şart verici konumundaki kişinin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olmasıdır. Bu ön şartı haiz olan kişi en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan ettiği ve imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması ile organ veya dokusunu verebilecektir (ODNHK. m. 6).²⁷

Alman Organ Nakli Kanunu'nda yeniden oluşması mümkün olmayan organların ancak birinci ve ikinci derecede akrabalara, eşe, nişanlıya ve bağışlayan ile özel kişisel bağlılık içinde bulunan kimselere nakledilmesine müsaade edilmiştir. Böylelikle organ ticareti önlenmek istenmiştir.²⁸

Organ ve doku aktarmada, yapılan işlemin hukuka ve ahlaka aykırılığı konusu ancak kendisinden organ alınan kişi açısından gündeme gelebilecektir. Buna karşılık kendisine organ ve doku aktarılan kişi açısından ortada açık bir iyileştirme amacı bulunduğundan, işlemin bu bölümü tamamen tıbbi müdahalelerin genel koşullarına tabi olacaktır.²⁹

1. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Organ Aktarma

Burada verici ve alıcı aynı insandır. Yani bir insan vücudunun belirli bir bölümünden elde edilen doku, yine aynı insan vücudunun başka bir bölümüne aktarılmaktadır. 2238 Sayılı OVDNHK aynı insan üzerinde yapılan aktarmaları 2. maddesinde otogreft³⁰ işlemini

26 PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar" TBBD, Sayı 83, Yıl 2009, s. 192, Yener, Ünver, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara 2009 "AYDIN, Murat, 'Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler', s.162: Alman Hukuku'nda yaşayan kişilerden organ ve doku alınması konusunda "ikincillik prensibi" geçerlidir. Bu prensip nakil bakımından önceliğin ölümlerden nakil olması gerektiğini, ancak ölümlerden uygun bir organ temin edilemediği takdirde yaşayan kişilerden nakil yapılabileceğini öngörmektedir. (Alman Organ Nakli Kanunu m. 8/1-3)

27 ÜNVER, Yener, "Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri" Kamu Hukuku Arşivi Kasım 2005, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s.188: Avrupa Birliği Biyotıp Sözleşmesi'nde ise istisnai olarak 20. maddede belirtilen şartların varlığı halinde onsekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınabileceğini belirtmektedir. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 36. maddesi uyarınca, sözleşmenin 20. maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerden kendisini yenileyen dokuların alınmasına imkan tanıyan 2 numaralı bende, ülkemiz 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'a uygun olmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur. Doktrinde Ünver, bu konuda çekince koymak yerine ilgili hüküm paralelinde Türk mevzuatının yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

28 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 430: Ancak bu düzenleme Almanya'da organ nakli konusunda önemli bir engel oluşturduğu düşüncesi ile eleştirilmektedir.

29 ATAMER, Yeşim, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar" MHB 1999-2000, Y. 19-20, S.1-2, s.118.

30 Otogreft, kişinin kendine ait dokunun yine kendisine aktarılma işlemidir. Hastanın başka bir bölgesinde kullanılmak üzere kendi vücudundan alınan doku veya kemik parçasıdır. <http://www.tipterimleri.com/>

kanunun düzenleme alanından çıkararak kapsamı dışında bırakmıştır.³¹

2. İnsanlararası Organ Aktarma

“Burada verici ve alıcı farklı insanlardır. Zira yapılacak olan aktarma faaliyeti insanın beden bütünlüğüne, hatta taşıdığı risk göz önünde tutulursa insanın hayatına yapılabilecek ağır bir tıbbi müdahaledir. Dolayısı ile anayasal teminat altında bulunan kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı ile yakından ilgilidir (AY/ 11 f.2). Bu durum organ aktarmalarına hukuken olur verilip verilmeyeceği konusunda önemli tartışmalara yol açmış, yürürlükteki hükümlerin yetersiz olduğu görülünce, 21.1.1982 tarih ve 2238 sayılı OVDNHK kabul edilip yürürlüğe konulmuştur. 2238 sayılı OVDNHK’nın 2. maddesinin 1. fıkrası, organ ve doku deyiminin insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarını ifade ettiğini açıklamıştır. Aynı insan üzerinde yapılan aktarım, saç ve deri alınması, aşılama ve nakli ile kan transfüzyonu bu OVDNHK’ya tabi değildir.”³² TCK m. 91 bu konuda bir düzenleme getirmemiştir. Bu konuda OVDNHK’ya başvurulacaktır.

3. Canlı Vericiden Organ Aktarma

OVDNHK’nın 1. maddesinde yalnızca tedavi ve teşhis amacı ile değil, bilimsel amaçla da yaşayan insandan organ ve doku alınabileceğini ve yine bunların yaşayan insana aşılanabileceğini ve nakledilebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca kanun tedavi, teşhis ve bilimsel amaçla olmak şartıyla, yaşayan insanlardan alınan organ ve dokuların saklanabileceğini kabul etmektedir.³³ Canlı vericiden organ aktarmanın tedavi amacı ile bile olsa, kalp, akciğer gibi hayati organların alınamayacağına şüphe yoktur. Buna karşılık hayati nitelikte olmayan özellikle böbrek ve göz gibi “çift organların” tedavi amacı ile alınabileceği kabul edilmektedir. Diğer yandan genital organ ve dokuların, bu arada hüseye ve yumurtalıkların alınması ve aşılama konusunda tereddütler mevcuttur. Tedavi amacına yönelik olmadığı, ayrıca genel ahlak ve adaba aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile bu gibi organ ve dokuların aktarılmasına karşı çıkmaktadır.³⁴

Erişim tarihi, 26.10.2009.

31 AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.17.

32 AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.18.

33 TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk” Yıl 1978, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 97, 98: Toroslu ise, böyle bir organ aktarmanın meşru sayılabilmesi için herşeyden önce “tedavi amacına” yönelik olması gerektiğini, bu nedenle tedavi dışındaki amaçlarla, örneğin bilimsel araştırma veya deney amacıyla yaşayan insandan organ ve doku alınması veya yine yaşayan insana organ veya doku aşılama kabul edilmediğini, aksine bir uygulamanın tıp biliminin gelişmesine büyük katkıda bulunacağı ve sonuçta yine insan sağlığına hizmet edeceği gerekçesi ile meşru gösterilmesi çabalarının şüphe ile karşılanması gerektiğini ve bilimsel amaçlarla yaşayan insanlar arasında organ ve doku aktarma işlemlerini kabul etmenin uygulamada da büyük sakıncalar doğurabileceği ve suistimallere yol açabileceğini ifade etmektedir.

34 TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk” Yıl 1978, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 99, 100: “Yumurtalık naklinin yapılabilirliği konusunda yasal bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır.” Bu konudaki asıl sıkıntı kanaatimizce ahlaki boyutun ötesinde tıbben naklolunan dokunun reddedilme olasılığıdır. Tıbben ikiz kardeşler arasında böyle bir nakil mümkündür. En son nakil Amerika’da erken menepoza girmiş ikiz kızkardeşlerden birine gerçekleştirilmiş ve başarılı sonuçlar alınmıştır. Yine kanser hastası kadınların da kemoterapiye girmeden önce kendi vücutlarından alınan yumurtalar yine dondurularak iyileşme sürecinden sonra kendilerine nakledilebilmektedir, http://www.doktornevra.com/kisirlik/yumurtalik_nakli.asp, (Erişim Tarihi 27.10.2009.), Hicks, Stephen, “The Regulation Of Fetal Tissue Transplantation: Different

Yasak olmamakla birlikte hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmayan kordon kanı ve kök hücre nakli gibi konulara değinmek gerekir.³⁵ Yeni doğan bebeklerin kordon kanı özel koşullarda saklanarak ileride doğacak birtakım hastalıklara karşı korunma ve tedavi amacıyla kullanılabilir. Bu konuda özel koşulları yerine getirmeyenlere uygulanacak müeyyide ile ilgili bir düzenlemenin olmaması hukuki bir boşluğa sebebiyet vermektedir.³⁶

A. Ölülerden Organ ve Doku Nakli

TCK m. 91 f. 2'de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kimsenin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır. Bu noktada ölüm kavramının tespiti önem arz etmektedir. Organ nakli açısından asıl önemli olan ölümün tespitidir. Zira, ancak vericinin ölümü belirlendikten sonra hayati önem taşıyan organları alınabilir. Örneğin kalbin alınabilmesi için, kişinin ölmüş olmasına rağmen organın hayatini devam ettirebilmesi gerekir. Vericinin kalbinin hangi anda duracağı kestirilemeyeceği için alıcının ne zaman ameliyata hazırlanacağı da bilinemez ve nakil de kısa süre içerisinde gerçekleştirilemez. Bu durumda, özellikle kalp nakilleri açısından ölüm anının öne alınmasında zorunluluk vardır. Bu da vericinin kalbi çalışıp nefes almaya devam ederken kalbinin alınmasının hukuka uygun sayılması ile mümkündür. İşte asıl sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Acaba bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için mutlaka kalbinin durmuş ve solunumunun sona ermiş mi olması gerekir, yoksa kalbi çalışıp bazı hallerde nefes almaya devam eden bir kimse de bazı hallerde ölü sayılabilir mi?³⁷ Bu noktada ölümün tarifi ve tespiti zorunludur. Bu tarif ve tespit esas itibarı ile hekimleri ilgilendirmekle birlikte ölüm birtakım hukuki sonuçlar da meydana getirdiği için aynı zamanda hukuki bir sorun olarak da ortaya çıkmaktadır. Fakat problemin çözümü üzerinde henüz uzlaşılabilmemiş değildir. Ölümü insan hayatının ve buna

Legislative Models For Different Purposes”, Suffolk University Law Review, Volume XXVII, s. 1613, 1614, [Http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults). (Erişim Tarihi 20.12.2010.): Günümüzde ise fetüse ait dokuların organ nakli kapsamında değerlendirilmesi ve yasal bir boyut kazanması ise hukuk, politika, bilim ve ahlak arasında birtakım gerilim noktaları içermektedir. Düzenleyici bir bakış açısı ile fetüse ait doku nakli özgün birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Örneğin fetüse doğum öncesi ve deney ortamında test yapılması her ne kadar kabul edilebilir nitelikte olsa da organ bağışından ayrılması gerekmektedir.

35 <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/231787.asp> (Erişim Tarihi, 29.11.2009): Anne karnında bebek ile anne arasındaki besin ve oksijen alışverişi plasenta tarafından sağlanır. Bebek göbek kordonu ile plasentaya bağlıdır. Doğum sürecinin tamamlanmasından kısa süre sonra plasenta görevini tamamlayarak rahim dışına atılır. “Kordon kanı” olarak isimlendirilen kan, bebeğin doğumundan sonra göbek kordonu içinde kalan kandır. Yakın bir zamana kadar, kordon kanı; plasenta ve göbek kordonu ile atılıyordu. Ancak son gelişmelerle kordon kanının çeşitli hastalıkların tedavisi açısından önemi anlaşıldı ve özel yöntemlerle toplanıp saklanmaya başlandı. Bebeğin kordon kanı, “kök hücreler” açısından oldukça zengin bir kaynak olması açısından önemlidir. Kök hücreler, birçok dokuda bulunan ve değişerek vücudun diğer dokularını oluşturma yeteneğine sahip bir grup hücrelerdir. Kök hücrelerin vücuttaki diğer tip hücrelere farklılaşma özelliğinin keşfedilmesi ile birlikte bu hücrelerin kanser, felç, parkinson, alzheimer, omurilik zedelenmeleri, kalp ve birçok genetik kaynaklı hastalıkların tedavisinde kullanılabileceği fikri ortaya çıkmıştır. Günümüzde kök hücreler özellikle kemoterapi ve/veya radyoterapi gören kanser hastalarının kan ve bağışıklık sistemini yeniden canlandırmak için kullanılıyor. Embriyodan, kordon kanından veya kemik iliğinden elde edilebilen kök hücreler vücudun “kaynak” hücreleridir. Kök hücrelerin en önemli özelliği, belirli uygun ortamlar sağlandığında herhangi bir doku veya organa dönüşebilme yeteneklerine sahip olmalarıdır.

36 YÜCEL, Mehtap, “Organ veya Doku Ticareti Suçu” AÜHF Mecmua, Ankara 2008, s. 689.

37 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.578.

bağlı olarak da şahsiyetinin sona ermesi olarak tarif etmek mümkündür. Bu konuda aşağıda inceleyeceğimiz klasik ölüm ve beyin ölümü anlayışı denilen iki anlayış bulunmaktadır. Günümüzde, ölüm anının saptanmasında “beyin ölümü” kriterinin en elverişli ve tek kabul edilebilir ölçüt olduğu noktasında tam bir görüş birliği bulunmaktadır.³⁸

Ölümün unsurlarını ve ölümü teşhis metodlarını tespit etme görevinin tıp bilimine ve dolayısıyla hekimlere ait olduğunda şüphe yoktur. Ancak ölüm olayının sadece tıbbî düzenlemesiyle yetinilemez; onun aynı zamanda hukukî bir düzenlemeye de tabi tutulması zorunludur. Kişiliğin korunması yönünden hukuk, organ aktarmaları ile ilgili olarak ölüm ve yaşam arasındaki sınırın tespitine yabancı kalmaz.³⁹ “Burada kanun koyucuya düşen görev, hekimlerin tespit ve önerilerine dayanarak ölüme ilişkin hukuk kurallarını koymaktan ibarettir. Yani kanun koyucu, bir yandan tıp biliminin ortaya koyduğu göstergelerden ve gelişmelerden yararlanırken, öte yandan da yine tıp biliminin ölümü tespit yöntemlerine bazı direktifler ve sınırlamalar getirmek ve böylece bu metotlara normatif bir yön vermek zorundadır.”⁴⁰ Gerek Türk Hukuku’nda gerek Alman Hukuku’nda ölüm zamanı yasal olarak belirlenmiş değildir. Önceleri ölüm, “Kişinin canlılığını sağlayan ve dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarından meydana gelen büyük hayat fonksiyonlarının durması.” şeklinde kabul edilmekte ve buna *fizyolojik ölüm* adı verilmekte idi.⁴¹ ODNHK’nın 11. maddesinde “Bu kanunun uygulaması ile ilgili olarak tıbbi ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı kuralları ve yöntemleri uygulamak sureti ile belirleneceği” ifade edilmektedir. 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde ise *beyin ölümü kistası* belirlenmiştir. Beyin ölümü Yönetmeliğin Ek 1. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır. “Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreveribl kaybıdır.” Yüksek Sağlık Şurası da 1969 yılında verdiği bir kararla beyin ölümü kistasını desteklemiştir. “Ölüm hakim durumda olan beyin fonksiyonlarının tamamıyla durması halinin tespiti” şeklinde kabul olunmuştur.⁴² Buradan da klasik ölüm ve beyin ölümü kavramlarına değinmek gereği ortaya çıkmaktadır.

38 AKINCI, Şahin, Türk Hukuku’nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s.114, ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 221,222: “Beyin ölümü ölçütünün 24 Nisan 1997 tarihinde Japon Meclisinde kabul edilmesiyle, dünyada bu ölçütü düzenlemeler veya uygulamalarda esas almayan Polonya ve Pakistan dışında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmadığı ifade edilmektedir. Dolayısı ile beyin ölümü ölçütünün tıbbin günümüzdeki gelişim düzeyinin ortaya çıkardığı verilere göre bugün insanın ölüm anını saptamanın ölçütü olduğu söylenebilir.”

39 TOROSLU, Nevzat, AÜHFD. 1978, s.106-107. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2009.)

40 Toroslu, Nevzat, AÜHFD. 1978, s.106-107. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf> (erişim tarihi: 13.10.2009.)

41 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.427, Toroslu, Nevzat, AÜHFD. 1978, s.107,108. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf> (Erişim tarihi: 13.10.2009) : Nitekim İspanyol Yasaları, ölümün kesin şekilde tespiti için hayati sinir merkezleriyle solunumun paralize olmasını ve dolaşım fonksiyonunun durmuş bulunmasını gerekli görmekte ve bi-merkezi sinir sistemi fonksiyonun da “electroencephalographique” incelemelerle kesin şekildeki kaybının tespitini tarif ederek “beyinsel ölüm” anlayışını benimsemektedir. İtalyan yasaları ise, ölümün tespitinde’ “electroencephalographique” ve “electrocardiographique” metodların birlikte uygulanmasını öngörmektedir.”

42 YŞŞ, 24.11 1969, 6293, Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, s.427’den naklen.

1. Klasik Ölüm

Tıp alanında ortaya çıkan yenilikler, klasik ölüm anlayışının ölümü tanımlamada yeterli kıstas oluşturmadığı sonucuna varılmasına neden olmaktadır. Gerçekten bir kişinin solunumu ve kalbi tamamen dursa da, beyin canlılığını bir süre daha devam ettirdiği için kalp masajı ya da yapay solunum gibi müdahalelerle bu sistemlerin yeniden canlandırılması mümkün olabilmektedir.⁴³

Ölüden biyolojik madde alınması konusunda kabul edilen modelleri genel olarak üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar irade modeli, itiraz modeli ve zorunluluk hali modelidir. İrade modeline göre eğer kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yolunda açıklanmış bir iradesi varsa ya da yakınları açıkça rıza göstermişlerse ölüden biyolojik madde alınabilir. Daha çok Anglo Amerikan Hukuku çerçevesinde, İspanya, Güney Afrika ve Venezuelâda benimsenmiş olan bu model bazı Alman hukukçular tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir. Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı kantonları tarafından benimsenmiş olan itiraz modeline göre, ölünün ya da yakınlarının herhangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ ya da doku alınması mümkündür. Olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı korumakta, fakat vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle organ ya da doku alımını engelleme imkanı tanımaktadır. Zorunluluk hali modeline göre, genellikle ölünün ya da yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ ya da doku alınması mümkündür. Burada kendisinden organ ya da doku alınacak vericinin yararı ile alıcının yararı karşılaştırılmakta ve sonuçta alıcının yararı ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme ölen kişi aleyhine sınırsız bir düzenlemeye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta ve alıcı lehine son derece önemli imkanlar tanımaktadır. Burada, bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan söz konusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır.⁴⁴

Türk hukukunda 2238 Sayılı OVDNHK ile kural olarak *irade modeli* kabul edilmiştir. Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre ölüden organ ya da doku alınabilmesi için bu kişinin sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ ya da dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan *eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerden birisinin, bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle* ölüden organ ya da doku alınabilir. Hukuk sistemimiz kural olarak irade modelini benimsemesine rağmen istisnaen bazı durumlarda itiraz ve zorunluluk hali modellerine de yer verilmiştir. İtiraz modeli 2238 Sayılı OVDNHK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında benimsenmiştir. Bu hükme göre, aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, *kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği belirtilmektedir*. Buradan itiraz modelinin yalnızca ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zorunluluk hali modeline ise, OVDNHK'nın 14. maddesinin 4. fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkraya

43 ÖZEL, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler, AÜHFHD. C.51, S.1 Y. 2002, s. 49.

44 ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.579.

göre, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle, hayatı sona ermiş bir kimseden bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan kimselere, “*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın biyolojik madde nakli yapılabilir. Burada “*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*” kavramlarından *zorunluluk halini* anlamak gerekir. Eğer böyle bir zorunluluk hali varsa yani hastanın hayatı ancak organ ve doku nakli ile kurtulabilecekse ve bunun bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölünün vasiyeti veya rızası aranmaz. Ancak bu şekilde organ ya da doku alabilmek için, ölen kişi kaza veya doğal afetler dolayısı ile vücudunun uğradığı ağır harabiyetten dolayı hayatını kaybetmiş olmalıdır.⁴⁵

2. Beyin Ölümü

İnsana insan olma özelliğini veren en önemli organ olan beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir.⁴⁶ Beyin ölümü tanısının konabilmesi genel olarak üç koşula bağlanmıştır. Bunlar *derin koma halinin bulunması, beyin sapı reflekslerinin tam kaybı ve spontane solunumun durmasıdır*. Ancak bu tespitlere gidilmeden önce hastada, beyin ölümü ile karışma olasılığı bulunan diğer bazı rahatsızlıkların bulunmadığının saptanması gerekmektedir.⁴⁷

OVDNHK'nın 11. ve 13. maddelerinde ölüm halinin saptanmasına ilişkin düzenleme bulunmasına karşın, ölümün tanımı yapılmamış, ölüm halinin saptanması ile ilgili bir kriter getirilmemiştir. Yasa bu konuda ölüm halinin “Bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle... dört kişilik bir hekimler kurulunca oybirliği ile saptanmasını gerekli görmektedir.”⁴⁸ Beyin ölümü kriteri Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği'nde belirtilmiştir. Dolayısı ile beyin ölümü kriterinin benimsendiğini söylemek mümkündür. Ölüm halini saptayan doktorların durumu bir tutanakla saptayıp organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna haber vermekle yükümlüdürler. Bu belge ve ekleri 10 yıl süre ile saklanır.⁴⁹ Günümüzde, bu anın “beyin ölümü” olarak belirlenmesinin pratik sakıncalarına ilişkin tartışmalar sürüyor olsa da bunun en elverişli ve tek kabul edilebilir ölçüt olduğu üzerinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

IV. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE

TCK m. 91 f.2'de hukuka aykırı olarak organ veya doku almanın, maddenin 5. fıkrasında ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlemesi karşısında, organ veya doku alma, saklama, nakletme, aşıl原因 fiillerinin hukuka uygun olarak yapılması için gerekli şartları tespit edebilmek ve hukuka aykırı bir tıbbi müdahalenin sınırlarını çizmek gerekmektedir. Her ne kadar TCK m. 91'in başlığı organ veya doku ticareti olarak düzenlenmiş ise de tüm fıkralar ticaret ile ilgili olmayıp tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi halinde de, özellikle hukuka uygun rızanın olmadığı ve hukuka aykırı organ ve

45 Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.580, 581.

46 ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.104.

47 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 222.

48 AKÜNAL, Teoman, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Aşıl原因ması Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s.23.

49 ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.105.

doku temin etme durumlarında da TCK m. 91 kapsamında bir suçta vücut verecektir.

Tıbbi müdahalenin meşruluğu için dört temel şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, endikasyon, aydınlatılmış hastanın rızası ve tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahalede bulunmadır.⁵⁰ TCK m. 91'de "kişiden organ alan kimse" ifadesini kullanmakla birlikte, bu kimse herkes değil işin mahiyeti icabı mesleği hekimlik olan kimsedir. Bu ifadenin suçu "mahsus suç" haline getirdiği belirtilmektedir.⁵¹ Özel faillik failin normatif / hukuki niteliğinden ya da failin doğasından kaynaklanabilmektedir.⁵² Böylelikle hekim olmayan bir kişinin de organ alması mümkün olmakla birlikte bu durum kavramın mahiyeti gereği artık organ alma veya organ aktarımı olamayacaktır. Çünkü, tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesinin şartları yukarıda anıldığı üzere bellidir. Hekimden başka bir kişinin organ alması kasten yaralama, yaralamaya teşebbüs ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama gibi suçlara vücut verecektir. Mahsus suça özel faillik sıfatı taşımayan kişilerin iştirak edebilmeleri mümkündür. Bu yargıya TCK m. 40 f.2'deki "*Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*" düzenlemesinden varılabilir.

Tıbbi müdahalenin meşruluğunu sağlayan ve üzerinde durulması gereken bir diğer unsur ise aydınlatılmış hastanın rızasıdır. Öncelikle TCK m. 91 f.1'in de kapsamını belirleyebilmek açısından hukuken geçerli rızanın üzerinde durmak yerinde olacaktır.

A. Hukuken Geçerli Rıza

Bir kişiden organ alınması, bedensel bütünlüğe doğrudan yönelen, ağır ve geri dönülemez sonuçlar doğuran bir eylem olduğundan, kural olarak "insan yaralama" olarak görülmesi ve kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki değerinin kişinin tasarruf alanı dışında bulunduğu gerekçesi ile hukuka aykırı sayılması gerekmektedir. Ancak bu eylem organ alıcısının yaşamının veya sağlığının kurtarılması açısından gerçekleştirildiğinde bu durum işlemin iyileştirici niteliğinin organ vericisi açısından da kabul edilmesini sağlamaktadır. Canlı bir insanın kendisinden organ alınmasına rıza göstermesi, ancak bu durumu haklı gösterecek üstün bir amacın varlığı halinde hukuka uygunluk sağlayabilecektir.⁵³ Çünkü kişilik hakları gerek uluslararası gerekse ulusal metinlerde, iç hukukta ise Anayasa, TCK ve kamu hukuku nitelikli özel kanunlarda korunmaktadır. MK'nın 23. maddesi kişinin rızası ile olsa dahi kişilik haklarından vazgeçmeyi yasaklamaktadır.⁵⁴ Bu kapsamda yapılmakta olan ötenazi tartışmaları ise bu çalışmanın dışında ancak konunun farklı bir boyutu olarak varlığını halen devam ettirmektedir.

50 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 94: Hakeri, endikasyon şartının hekimin tıp biliminin verilerine göre özenli müdahalesi içinde ele alınabileceğini tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun anılan üç şart altında özetlenebileceğini belirtmektedir. Bunlar, tıbbi müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması, aydınlatılmış hastanın rızası, tıp biliminin verilerine göre gerekli olan ve bu verilere uygun olarak yapılan müdahaledir.

51 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, s. 99, Ankara 2010.

52 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, s. 270, Ankara 2009.

53 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 217.

54 KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBB, Yıl 1991, Sayı 2, s. 246, 247.

Kişinin kendisinden organ alınmasına gösterdiği rıza üstün bir yarara yöneldiğinde kural olarak geçerli sayılmakla birlikte, bu kişinin kendi iyileşmesine değil, bir üçüncü kişinin iyileşmesine yönelik bir operasyona rıza gösterdiğinden, hukuka uygunluğunun *ancak rıza verme ehliyetine sahip organ vericinin bizzat, açık ve sağlıklı olarak gerçekleştirdiği bir irade beyanı ile sağlanabileceği ifade edilmektedir.* Yasal temsilcinin rızası hiçbir şekilde geçerli olmayacağı gibi, organ vericinin açık rızasının yerine, başka hiçbir hukuka uygunluk nedeni de- özellikle varsayılan rıza- kabul edilmeyecektir.⁵⁵ Bu konuda OVDNHH bize yardımcı olmaktadır. OVDNHH'nin 6. maddesine göre bir kişinin kendisinden organ alınmasına yönelik tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için 18 yaşını doldurmuş olması ve temyiz kudretine sahip olması gerekir. Zira OVDNHH'nin 5. maddesinde 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Kanunun bu iki şartın varlığını aramasından hareketle, doktrinde temyiz kudretine sahip kısıtlıların bu tip bir tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecekleri kabul edilmektedir. Bu rızayı gösteren kimse rızasını tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada geri alabilir. “Yasanın aradığı koşullara uygun olarak biyolojik bir madde vermeyi kabul eden ve bu konuda gerekli rızayı açıklayan kişinin sonradan bundan rücu etmesi mümkündür. Hatta rıza sözleşme ile taahhüt edilmiş olsa bile sonradan bu yöndeki rızasını geri alabilir. Bu durumda kişinin verdiği rızasından geri dönemeyeceği ve kendisinden zorla biyolojik maddenin alınabileceğini kabul etmek olanaksızdır.”⁵⁶ Organ verme taahhüdünü içeren bir sözleşme hukuken geçerli olmakla birlikte, bu sözleşmede taahhüt edilen edimin ifası ya da ifa edilmemesi nedeniyle tazminat ödenmesi talep edilemez. Bu kural MK m. 23 f. 3'te “... biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz” şeklinde hükme bağlanmıştır.⁵⁷ İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı, ilgilinin söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olması ve rızanın açıklanmasını gerektirir.⁵⁸

Burada yapılabilecek bir diğer tartışma kuşkusuz verici konumunda bulunan kişiden organ ve doku alınmasına kişinin gösterdiği rızanın, hareketi tek başına hukuka uygun hale getirmeye yeterli olup olamayacağıdır.⁵⁹ Ancak pek tabii ki rıza tek başına hareketi

55 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 217.

56 KILIÇOĞLU, Ahmet, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, TBB, Yıl 1991, Sayı 2, s. 255, 256: bu konuda iki yasak getirilmiştir. Verdiği rızadan dönen kişi aleyhine vermeyi üstlendiği organ ya da dokunun alınmasını sağlayan bir aynen ifa davasının açılmaması, diğeri ise verdiği rızadan dönen kişi aleyhine tazminat davasının açılmamasıdır. Kılıçoğlu ikinci duruma ilişkin olarak rızasından dönen kişinin maddi ve manevi zararlardan sorumlu tutulmamasının adil olmadığı ve rızadan dönmeyen in azından bir tazminat sorumluluğuna yol açması gerektiği görüşündedir.

57 PARLAK, Şafak, “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar” TBB, Sayı 83, Yıl 2009, s. 205, 206, 207.

58 YOKUŞ- Sevik, Handan, Marmara Ü. Hukuk Fak. 17 Kasım 2008, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007, “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler” s.225, 226.

59 ÜNVER, Yener, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10: ‘Aydın, Murat “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Problemler” s.166.’

hukuka uygun hale getirmeye yeterli değildir. Bunun dışında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartlarının kümülatif olarak bulunması hareketi hukuka uygun hale getirir.

Ölmüş bir vericiden organ ve doku alınabilmesi için ise yine öncelikle rızanın bulunması gerekir. Bu rıza ölmeden önce kişi resmi ya da elyazısı ile vasiyetname ile veya iki tanık huzurunda, vücudunun tamamını veya organ ve dokularını bıraktığını açıklayıp (OVDNHK m.14) buna rızası bulunduğunu söylemesi ya da açıkça bu duruma rızası bulunmadığını ifade etmesi ile gerçekleşir. Rıza yoksa ölümü üzerine hiçbir şekilde organ ve dokularının alınması mümkün değildir.⁶⁰

Kişinin sağlığında bu konuya ilişkin beyanı yoksa ya da vasiyetnamesi bulunmuyorsa, bu durumda sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin, söz konusu kişilerin bulunmaması halinde yanındaki herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilecektir (OVDNHK m.14). Bu arada aksi yönde bir beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde herhangi bir değişiklik yapmayan dokuların alınabilmesi mümkündür. Bu durumda yakınların rızasına ihtiyaç yoktur. Yine kaza veya doğal afetler sonucu vücut ağır bir harabiyete uğrar ve kişinin yanında yukarıda sayılan kimseler bulunmazsa, sağlam doku ve organları hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. 14. maddenin 4. fıkrasındaki bu düzenleme ile rıza halinin istisnası olarak acil durumlarda şartları varsa rıza olmadan da nakle izin verilmiştir. Türk Hukuku'nda organ ve doku naklinde *rıza ve anlaşma modellerine* üstünlük tanınmıştır. Ancak hukukumuzda *istisnai de olsa itiraz ve zaruret modellerine* yer verilmiştir.⁶¹ Böylelikle Türk sistemi gerçekte “rıza modelini” temel almakla birlikte, olağanüstü durumlar ve ölünün dış görünüşüne zarar vermeyecek müdahaleler açısından “itiraz modeline” yaklaşmaktadır.⁶²

B. Rıza Kavramı ve Aydınlatma Kavramı İlişkisi

Hastanın özerkliğinin temeli Anayasa'da yer almaktadır (AY/ m. 17 f.1). Hastanın teşhise, tedaviye ve önlemeye yönelik müdahalelere rıza göstermesi gerekliliği; onura, özgürlüğe, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına saygı ve koruma yükümlülüğünü öngören anayasal prensiplerden kaynaklanmaktadır. Vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı kişiye verilen en yüksek değerdeki haklardandır. Bu haklar hekimin tıbbi müdahalesinin niteliğini doğrudan belirleyen haklardandır.⁶³

Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, vücut üzerinde yapılmak durumunda bulunan tıbbi müdahalenin ancak hastanın rızası ile yapılabilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısı

60 ZEVKLİLER, Aydın, “2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ- Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000, s.192, Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 222, 223: Ölü vericiden organ alınmasının rızaya bağlı olup olmayacağı ve olacaksa kimlerin buna rıza göstermesi gerektiği konusunda çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlardan “rıza modeli”ne göre, kişinin kendi iradesi öncelikli olarak aranacak, bu konuda bir bilgi bulunmadığında yakınlarının rıza verebileceği kabul edilecektir. “İtiraz modeli”nde ise, sağlığında organ aktarması ile ilgili bir açıklamada bulunmayan bir kişiden organ alınması kesin olarak kabul edilmektedir. 1979 tarihli Alman Transplantasyon Kanun Tasarısı'nda kabul edilen bu yaklaşım kişilik haklarını zedelediği ve bu nedenle anayasaya aykırılığı gerekçesi ile eleştirilmiştir.

61 ÇAKMUT- Yenerer, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 167,168.

62 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 223.

63 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 104.

ile hastanın rızası hem özel hukuk hem de ceza hukuku anlamında bir hukuka uygunluk nedenidir. Hastanın açık ve doğrudan rızası olmasa dahi, varsayılan rızası, kanuni temsilcinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır. Ancak hastanın rızasının da geçerli sayılabilmesi için *hastanın neye rıza gösterdiğini* de bilmesi gerekmektedir. Bu konuda yanıtılmaması gerekir. Bunun sağlanabilmesi de ancak hastanın *aydınlatılması* ile mümkündür.⁶⁴

Aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavi ve uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü olarak” tanımlanmaktadır.⁶⁵

Sağlık Bakanlığı Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın birinci maddesinde aydınlatmanın her türlü tıbbi girişimin ön şartı olduğu işaret edilmektedir.⁶⁶

OVDNHK'nın 7. maddesinde organ ve doku naklinde aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir. B bendinde “Organ ve doku alacak hekimlerin organ ve doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak... zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Aydınlatma konusunda genel olarak geçerli bir formül ortaya koymak mümkün görünmemektedir. Ancak önemle belirtilmesi gereken nokta, *hastanın neye rıza gösterdiğini* bilmesinin gerektiridir.⁶⁷

V. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇUNU DÜZENLEYEN TCK'DAKİ HÜKÜMLER

765 Sayılı TCK döneminde organ veya doku ticareti suçunun tam karşılığı bulunmamakta idi. Ancak mülga TCK'nın m. 201/ b bendi hükmündeki insan ticareti suçu organ veya doku ticareti kapsamında değerlendirilmekte idi.⁶⁸ 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren TCK organ ve doku nakline ilişkin hükümler getirmiştir. TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde 91-93. maddeler arasında organ ve doku nakline ilişkin hükümler içermektedir.⁶⁹ 5237 Sayılı

64 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 103.

65 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 103, Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 107 : Aydınlatma hekimin ana ödevlerinden biridir. Tedavi sözleşmesine göre hekim hastaya tavsiyelerde bulunmak ve yardım etmek için hastayı kendi sorumluluğunun bilincinde bir partner olarak ve onun kişisel haklarına saygı göstererek kabul etmek durumundadır. Hekimin tıbbi müdahale şeklinde kendini gösteren yardımı için uzlaşma şarttır ve uzlaşma için de aydınlatma gereklidir.

66 Taslakta, “Bu yönetmeliğin amacı yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeni ile ilgili tasarruflarının sağlanmasını, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesi ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.” denilmektedir.

67 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 113: Uygulamada Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1962 yılında verdiği ve paralel olarak Yargıtay 4. HD.'nin 7. 3. 1977 yılında verdiği kararda hastanın rızasının geçerliliği için hastanın genel olarak neye rıza gösterdiğini bilmesi gerektiğini açıklamıştır, ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 220: Almanya'da 5 Kasım 1997'de yoğun tartışmalardan sonra kabul edilmiş olan Transplantasyon Yasası hekimin hastaya yönelik olan aydınlatma yükümlülüğü yanında, devlete de halkın organ aktarımları konusunda aydınlatılması görevi yüklemektedir

68 ARSLAN, Çetin- AZİZOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 406.

69 SOYASLAN, Doğan, “Organ, Doku Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku

TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15. maddesi 10. maddesinde belirtilen durumlar haricinde uygulama alanını kaybetmiştir. Artık organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler hakkında TCK'nın 91. maddesi uygulanacaktır. TCK'nın 91. maddesinin başlığı "Organ veya Doku Ticareti" olarak belirlenmiştir.⁷⁰ Bu çerçevede organ ve doku nakline ilişkin *cezai hükümler açısından* artık 2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi uygulanmayacak, TCK'nın 91. maddesi hükümleri uygulanacaktır. Ancak OVDNHK'nın 10. maddesindeki, "Organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur." hükmünü cezalandıracak bir düzenleme TCK'da yer almamaktadır. Bu durumda 2238 Sayılı OVDNHK uygulanacaktır. Bu konuda TCK'da düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

TCK'nın organ ve doku nakline ilişkin hükümleri 2238 Sayılı OVDNHK ile birlikte değerlendirilmelidir. TCK, OVDNHK tarafından düzenlenen hususların *cezai boyutunu* ele almış ve bu kapsamda *yaptırımlar* getirmiş veya *var olan yaptırımları genişletmiştir*. Bu açıdan 2238 Sayılı OVDNHK organ ve doku nakline yönelik temel düzenleme olma vasfını muhafaza etmektedir. TCK'nın 91 ve devamı hükümlerinde getirdiği düzenleme ise, 2238 Sayılı OVDNHK'nın aynı yönde düzenleme getiren hüküm ya da hükümlerini zımnen ilga etmiştir. Ancak organ ve doku nakline ilişkin *genel hükümler halen yürürlükte olup* 2238 Sayılı OVDNHK tarafından düzenlenmektedir.⁷¹ TCK ile getirilen hükümler sayesinde artık organını satan kişiye de ceza verilebilecektir. Ancak bu durumda bulunan kişinin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınacak ve cezası bu durum çerçevesinde tayin edilecek ya da ceza vermektен vazgeçilebilecektir. TCK'nın 92. madde hükmüyle kişisel durum özel bir zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir.⁷²

Bakımından Değerlendirilmesi", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1, s. 153; TCK'nın 91. maddesinin başlığı ile maddenin içeriği uyumsuzdur. Maddede yalnızca organ ticareti değil, organ alım ve muhafazası da cezalandırılmaktadır.

70 Soyaslan, Doğan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 2008, s. 328 vd. Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s.135: Başlıkta tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasına ilişkin herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Ancak 91. maddede organ ticaretinin yanısıra, organ alım ve muhafazası da cezalandırılmaktadır. Bu nedenle doktrinde başlık ile madde metni arasındaki uyumsuzluk eleştirilmektedir.

71 HAKERİ, Hakan, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s.244, AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 120, 121: Organ ve doku naklinin cezalandırılabilirliği hususunda Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı, 2238 Sayılı OVDNHK'ya göre daha açık bir düzenleme getirmektedir. Bu noktada taslak 16. maddesi ile açıkça TCK'ya atıf yapmakta ve cezai açıdan TCK'nın 91-93. maddelerinin uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca failin sağlık personeli olması durumunda cezasının artırılması öngörülmüştür. Taslağın 16. maddesinde TCK'dan farklı olarak afet durumlarında yaralı ve ölümlerden kanunun yasakladığı şekilde organ ve doku alanlara ömür boyu hapis ve meslekten men cezası gibi ağır bir ceza da düzenlenmiştir. Organ ve Doku Nakli Taslağının 16. madde hükmü şu şekildedir: " Bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, dağıtan ve nakledenler ile, bunların alım ve satımını yapanlar, alım satım aracılığı edenler veya bunun komisyonculuğunu veya reklamını yapanlar hakkında, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın 91, 91 ve 93. maddeleri uygulanır. Suçun failinin sağlık personeli olması halinde fail verilecek ceza iki kat oranında artırılır ve fail hakkında ömür boyu meslekten men cezasına, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesine hükmolunur."

72 AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008,

TCK'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen yaşayan kişilerden organ ve doku alınması durumu ile, TCK'nın 80. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen insan ticareti suçu çakışabilir. Bu durumun varlığı halinde suçun faili her iki madde hükmünden de ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Onsekiz yaşını doldurmamış ve temyiz kudreti olmayan kişilerden rızaları dahilinde olsa dahi organ ve doku nakli söz konusu olursa bu durumda TCK'da düzenleme olmadığı için 2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. madde hükmüne başvurulabilecektir. Ancak burada 2238 Sayılı Kanun'un 5. ve 15. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Bu hükümlerle TCK'nın 80. maddesinin 3. fıkrasındaki insan ticareti suçu aynı olayda bir araya gelebilecektir. Bu durumda her iki maddeden ayrı ayrı sorumluluk doğacaktır. 2238 Sayılı OVDNHK'nın 5-14. maddelerindeki şartlara uyulmadan elde edilen organ veya dokuyu saklayan, nakleden, aşıl原因an kişi TCK'nın 91. maddesinin 5. fıkrasına göre cezalandırılacaktır.⁷³

TCK'nın 91. maddesinde 5 ayrı suç düzenlenmiştir. Buna göre birinci fıkrada, sağ olan bir kişiden geçerli rızası olmadan organ veya doku alma; ikinci fıkrada ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma; üçüncü fıkrada belli bir maddi menfaat karşılığı organ ve doku alıp satma, aracılık yapma; beşinci fıkrada hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama; altıncı fıkrada ise, belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya bunları yayınlama suç olarak düzenlenmiştir.⁷⁴

A. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu bakımından objektif, subjektif ve karma kriterler bulunmaktadır. Özünde bu teorilere göre suç bir hakkı ya da hukuki menfaati ihlal edebilir.⁷⁵ Bu bağlamda 91. madde bir bütün olarak ele alındığında hiç şüphesiz yaşam hakkının korunduğu sonucu çıkacaktır. 91. maddenin 1. fıkrasında geçerli rıza olmaksızın organ ve doku alımı yaptırıma bağlanmıştır. Hukuka uygunluğun sınırını 2238 Sayılı OVDNHK çizeceğine göre, yaşam hakkının korunması gereken birincil değer olduğu sonucuna varılması mümkündür. Zira kişiden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınıp yaşamının sonlanmasına ya da yaşamsal aksaklığa yol açılmış ise yaptırımla karşılanacaktır. Bunun yanında vücut bütünlüğü, irade hürriyeti ve insan onuru da suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır. İnsan hayatı ve vücut bütünlüğü ceza hukuku tarafından korunan değerlerin başında gelmektedir.⁷⁶ 2238 Sayılı OVDNHK'nın 8. maddesinde vericinin yaşamını tehlikeye sokacak organların alınması yasaklanmıştır. Ayrıca kişinin rızasının bulunmamasına rağmen organ ve doku alınması durumunda da yapılan işlemin hukuka aykırı kabul edilmesi, vücut bütünlüğü ve irade hürriyetini suçun hukuki konusuna dahil etmemizi

s. 120, 121.

73 Aydın, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s. 121.

74 Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", s.1, http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%... (Erişim Tarihi, 3.12.2009)

75 TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 87, 88 vd: Teorilerin ayrıntısı ve eleştirileri için bakınız, Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s.64: Suç ihlal ediciliğini ve kaynağını hukuki konudan almaktadır. Her suçta nasıl bir fail varsa bir de hukuki konu vardır. Suçun hukuki konusu suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.

76 PARLAR- HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK Yorumu, Ankara 2008, s.1545.

sağlar. İnsan onuru da ceza hukukunun koruması gereken asli değerlerden biri olduğuna göre insan onurunu da suçun hukuki konusuna dahil etmek mümkündür.

B. FAİL VE MAĞDUR

1. Fail

TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen fiilleri işleyecek fail bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Fail hekim olabileceği gibi, hekim olmayan III. kişi de olabilecektir.

TCK'nın 91. maddesinin 3. fıkrası bakımından organ ve doku alma ve satma fiilleri bakımından çok failli bir suçun olduğunu söylemek mümkündür.⁷⁷

TCK'nın 91. maddesinin 7. fıkrasında maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında verilecek güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı ifadesi yer almaktadır. TCK özel hukuk tüzel kişilerini suçun faili saymamasına rağmen (TCK m. 20 f.2), organı veya temsilcisinin iştiraki ile işlenen suçlarda suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması kaydıyla emniyet tedbirinin muhatabı saymıştır. (TCK m. 20 f.2) Böylece kanun isterse organ veya temsilci kişi olsun, üçüncü kişinin fiilinden, fiilin faili yanında tüzel kişiyi de sorumlu tutmuş olmaktadır. Bu durumda kanun tüzel kişiyi kendi fiilinden dolayı değil, üçüncü kişinin suç oluşturan fiili ile ilgili olarak güvenlik tedbirinin muhatabı kılmaktadır.⁷⁸ Bunun suç genel teorisi açısından tartışması bir yana bırakılacak olursa tüzel kişi hakkında uygulanabilecek, izin iptali (TCK m. 60 f.1), müsadere (TCK m. 60 f.2) gibi yaptırımlar uygulanabilecektir. Yine TCK m. 60 f.3 bakımından hakim tedbirin ağır sonuçlar doğurması durumunda uygulanmamasına da hükmedebilecektir.

2. Mağdur

“Bu suçun mağduru herkes olabilir. Sağ kimseden organ ve doku alınıp, bunların ticaretinin yapılması suçlarının mağduru kendisinden organ veya doku alınan kişi iken, ölüden organ ve doku alma ve bunların ticaretini yapma eyleminde suçun mağduru kendisinden

77 EROL, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s.466, Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 364: Çok fail kavramından kanun hükmü gereği ya da suçun niteliği gereği birden fazla fail tarafından işlenen suç anlaşılmalıdır, Sancar, çok failli suçlarda asıl sorunun suçun teklifi ve çokluğu sorununun nasıl saptanacağı sorunu olduğunu ceza hukukunda üzerinde çok tartışılan ve görüş birliğinin bulunmadığı konulardan birinin de ne zaman tek ne zaman birden çok suç bulunduğu. Bu konuda bazı yazarlar suçun maddi unsurunu ele alırken, bazıları da hareket ve fiil sayısından bağımsız olarak norma başvurmakta ve normun ihlali ölçütünü ele almaktadır. Bu konudaki tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, çeşitli unsurların biraraya gelmesinden doğan bir bütün olan suçun sayısının tayininde sadece maddi unsurun gözönünde tutulması suçun diğer unsurlarının hesaba katılmaması anlamına gelir. Bundan dolayı normun ihlali ölçütüne katılmayı Sancar doğru bulmaktadır. (Bknz. Ayrıntılı bilgi için İÇEL, Kayıhan Suçların İçtimatı, İstanbul 1972, s.40) Her suçun bir hukuki konusu vardır ve bu bizatihi suçun ihlal ettiği şeydir. Bu nedenle çok failli suçlarda suçun teklifi- çokluğunu saptamada bakılması gereken husus sadece normun, dolayısı ile norm tarafından korunan menfaatin kaç kez ihlal edildiğidir: SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 190,191. Yine Sancar suçun çok failli olup olmadığını belirlemede yalnızca kanuni unsurun incelenmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Çok failli suçtan bahsedebilmek için kanuni tipte fail sıfatı ile hareket eden birden çok kimsenin bulunması ve bu kişilerin hareketlerinin kurucu unsur olarak öngörülmesi gerekir. Bu durumda da çok failli suçun tespitini yapabilmek için fiilin tipikliği ile ilgilenilmeli faillerin cezalandırılabilir olup olmadıkları üzerinde durulmamalıdır: Sancar, age., s. 88, 89.

78 HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 492, 493.

organ ve doku alınan ölünün mirasçıları ve devlettir.”⁷⁹ 91. maddenin 1. fıkrasında mağdur gerçek bir kişidir. 1. fıkra kapsamına girebilmesi için kişinin yaşaması ya da beyin ölümünün gerçekleşmemiş olması gerekir. 91. maddenin 7. fıkrasında mağdurun ölmesi halinde kasten adam öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. 91. maddenin 2. fıkrasında ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu noktada tartışılacak nokta “ölü” nün mağdur kavramı içerisinde ele alınıp alınmayacağıdır. “Mağdur, belirli bir suç ile zarara uğratılan, hak ve menfaatin sahibi kişidir. Mağdur ile suçun konusu ve yine suçtan zarar gören kişi arasında fark bulunmaktadır. Dolayısı ile suçun mağduru ancak gerçek ve tüzel kişiler olabilir.”⁸⁰ Burada beyin ölümünün gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Bu nedenle komada bulunan kişiden organ ve doku alınmasının da bu fıkra kapsamında gerçekleşmesi gerekmektedir.

C. MANEVİ UNSUR

Genel olarak TCK 91. madde hükmü ele alınacak olursa anılan suçların kasten işlenmesi mümkündür. Bunun için kişiden organ veya dokuları alma, ölüden organ veya dokuları alma, organ ve doku satın alma, satma, satımına aracılık etme, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokuyu saklama, nakletme, aşılama, çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama gibi fiillerin kasten işlenmesi gerekir. TCK'nın 22. maddesi uyarınca taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilen suçun TCK'nın 91. maddedeki düzenlemesinde taksirli hal de öngörülmemiş bulunduğundan taksirle işlenmesi mümkün değildir.

TCK'nın 91. maddesinde tanımlanan suçların manevi unsuru bakımından failde doğrudan kast bulunması gerekir. Bu suçların olası kast veya taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak birinci fıkradaki “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ alma” suçunun işlenmesi ve mağdurun ölmesi durumunda kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından bu durumda failin olası kastından dolayı sorumluluğu bulunabilir. Bunun için organ veya doku alma sonucunda kişinin ölebileceği öngörülmesine karşın failin bu sonucu kabullenerek gerçekleştirmiş olması gerekir.⁸¹

D. HAREKET

Canlılardan organ ve doku alınması her türlü hareketle gerçekleştirilebileceğinden bunu serbest hareketli suç olarak nitelendirmek mümkündür. Canlılardan ve ölülerden organ ve doku alınması için hareketin nasıl gerçekleştirildiğinin önemi yoktur. Hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçun oluşması için yeterlidir. TCK m. 91 f. 1'deki geçerli rızaya dayalı olmaksızın ve f. 2'deki hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasının kapsamı 2238 Sayılı ODNHK'a göre gerçekleşecektir. Doktrinde Ünver tarafından hukuka aykırılık kavramının içeriğinin belirsizliği nedeniyle kavramın kullanımı eleştirilmektedir.⁸² Hareketin

79 Artuç, Mustafa, “Organ veya Doku Ticareti”, s.1, http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%... Erişim Tarihi, 3.12.2009)

80 DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.508.

81 PARLAR- HATİPOĞLU, Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 133.

82 ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun” I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 103. Hukuka aykırılık

icrai olarak gerçekleşebileceği gibi ihmali olarak da gerçekleşebileceği savunulmaktadır. Buna örnek olarak bir hekimin hastanın rızasını almadan organ veya doku alması halinde icrai suretle gerçekleştirilen hareketin, hukuka aykırı organ veya dokunun alınmasına göz yumma şeklinde ihmali olarak da gerçekleşebileceği gösterilmektedir.⁸³ Ancak, icra ve ihmali suçları sınıflandırılmasında esas alınması gereken o suçun gerçekleşebilmesi için gerekli olan tipik davranışın niteliğidir. TCK 91 ve devamında tipik davranışın tarifinde organ veya dokunun alınmasını geçerli rızanın bulunmamasına bağlamıştır. Ancak organ veya doku yalnız ameliyatla alınabildiğinden suç bağlı hareketli suçtur.⁸⁴ Doktrinde “icra suçları” olarak adlandırılan suçlar, ihlal edilebilmeleri için bir icra hareketini gerektiren suçlardır. Bundan dolayıdır ki bu suçlara “icra suçları” denilmektedir. İcra hareketi kişinin yapmak biçiminde nesnelleşen davranıştır. İhmali hareketi ise vücudun şuurulu olarak bir devinimde bulunmamasıdır. İhmali nesnellliğini bizim de katıldığımız bir düşünce, failin kendisinden beklenen davranışı yapmayarak yaptığı başka bir icra hareketinde bulunduğunu ifade etmektedir. İhmalle birlikte kişi aslında hareketsiz kalmamakta başka bir hareketi yapmamakla birlikte “kendinden beklenen hareketi” yapmamaktadır.⁸⁵ Yukarıda anılan organ veya dokunun alınmasına göz yumma fiilin suçun ihmali olarak gerçekleştirilebileceğine kanımızca vücut vermez.

TCK m. 91 f. 3’te suçun maddi unsuru satın alma, satma, aracılık etme şeklinde tanımlanan seçimlik hareketlerin yapılması ile gerçekleştirilecektir. TCK m. 91 f. 5’te ise suçun oluşabilmesi için hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme, aşılama hareketlerinden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Organ ve dokuyu satan deyimi ile yalnızca organ ve dokuyu alan kimse değil, onun dışında birinin de olabileceği ifade edilmek istenmektedir. Bu kapsamda organın veya dokunun sahibi bir başkasına organını veya dokusunu satarsa *satan konumunda*, karşısındaki kişi ise

kavramından en genel anlamda fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma olduğunda bahsedilebilecektir. Ceza hukukunda hukuka aykırılık haksızlığın bir türüdür. Bu konuda suçun esasının hukukun ihlalinde yatan bir çatışma olduğu düşünüldüğünde, haksızlığın ortaya çıkması için bu çatışmanın tüm hukuk düzeni ile mi yoksa sadece ceza hukuku düzeni ile çatışması gerektiği tartışılmalıdır. Hukuka aykırılığın tüm hukuk düzeni için geçerli olduğu, bağımsız ve ayrı bir cezai hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceği kaynağını Binding’in Norm Kuramı’nda bulmaktadır. Buna göre kanuni tipe uygunluk ile hukuka aykırılığın farklı kavramlar olduğu, kanuni tipe uygunluğun ceza hukukunu ilgilendirmesine karşılık, hukuka aykırılığın hukukun tümünü kapsar şekilde anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Diğer görüş ise hukuka aykırılıktan yalnızca ceza hukuku normlarına aykırılığın anlaşılması gerektiğini savunur. Suç öncelikle davranış kuralını içeren ceza normunun ve ceza hukuku kuralının ihlalidir. Bir diğer tartışma da hukuka aykırılığı ayrı ayrı hukuk dalları bakımından mı yoksa hukuku geneli bakımından mı yapılacağı noktasında yoğunlaşarak suç ile haksız fiil arasında mahiyet farkı bulunup bulunmadığı noktasında yoğunlaşmıştır. Katoğlu’nun, hukuka aykırılığın genel bir mahiyet taşıdığı, her bir fiil öncelikle ilgili hukuk dalına aykırı olmakta, bununla birlikte bu değerlendirmenin hukukun birliği ve bütünlüğü karşısında hukukun geneli bakımından hüküm ifade ettiği kabulüne biz de katılıyoruz: KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.20,21,22,25,28-34-36. Dolayısı ile de madde metnindeki TCK 91 f.2’deki “hukuka aykırı olarak” ifadesinin hareket anlamında somutlaştırılmasında yarar görülmektedir.

83 AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 132.

84 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009, s. 100.

85 HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 192-195.

alan konumunda bulunacaktır. Burada organ veya dokuyu alan kişi de organ ve dokuyu üçüncü kişiye satarsa *satan konumunda olacak üçüncü kişi yine organı almaktan* sorumlu olacaktır. Yani birden fazla satanın varlığı durumunda bunların her biri organı satmaktan dolayı sorumlu olacaktır. Burada organı alan ve satan konumunda bulunan kişi iki fiil işlemiş olmasına rağmen, suç seçimlik hareketli suç niteliği taşıdığı için yalnızca bir kez cezalandırılacaktır.⁸⁶

TCK m. 91 f. 6'da organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır. Dolayısı ile bu ilan veya reklamları yayınlayanlar sorumlu olacaklardır.

E. ORGAN VEYA DOKU NAKLİ SUÇU AÇISINDAN ZORUNLULUK HALİ

Mülga Türk Ceza Kanunu ve OVDNHK'da bulunmayan bir hüküm Yeni Türk Ceza Kanunu ile mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır. TCK m. 92'ye göre "*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" Düzenlemenin içeriği yanında niteliği ve teokratik düzenlerde görülebilecek bir anlayışın ürünü olarak, fail ile mağdurun aynı kişi olması bakımından da eleştirilmektedir. Bunun dışında insanın organ ve dokularını insanın malı sayan bir anlayışın ürünü olarak da ayrıca haklı eleştirilere uğramıştır.⁸⁷ İnsan bir değerdir. Değer olması dolayısı ile ki "yaşama hakkı" ulusal ve uluslararası metinlerde korunmuş, hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik eylemler suç sayılmıştır. Her ne şekilde olursa olsun insanın kendini bir eşya gibi satması düşünülemez. Kaldı ki hukuk metinleri toplumun önünde olmak ve topluma yol göstermek durumundadırlar.

TCK'da esasen genel nitelikli zorunluluk hali düzenlenmemiştir. TCK m. 25 f. 2'ye göre "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka surette 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.*" Organ ve dokularını satmak zorunda kalan kişiler açısından da hükmün uygulanabilir olmasına rağmen, ayrıca TCK'da özel bir hükmün sevkedilmesinin nedeni doktrinde kanun koyucunun bu durumda TCK m. 25 f. 2'de düzenlenmiş bulunan zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak istemesi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Bu hükmün özel bir zorunluluk hali olduğu öğretilde savunulmakta⁸⁸ ve bunun dışındaki hareketler

86 AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s.130, Seçimlik hareketli suç, kanuni tanımda suçun gerçekleşmesi için birden fazla hareketin öngörüldüğü suçlardır. Bu öngörülen hareketlerin hepsinin yapılmasına gerek olmayıp, birinin yapılması halinde suç gerçekleşmiş sayılır. Aynı şekilde, hareketlerin birden fazlasının veya hepsinin yapılmasında da suç işlenmiş sayılır: DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.216. Bu durumda TCK/ m. 91 f.3'te belirtilen satın alma, satma, satılmasına aracılık etme şeklindeki hareketlerle suçun işlenmesi maddede tanımlanan suçu seçimlik hareketli suç haline getirir.

87 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, s. 109, Ankara 2009.

88 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 440: Öğretilde bu maddede kullanılan "zorunluluk hali" ifadesinin ceza hukukundaki genel anlamı itibarı ile kullanılmadığı, burada kastedilenin vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartlar olduğu, bu nedenle bu ifadenin kullanılmamasının daha isabetli olacağı

açısından bir zorunluluk halinden bahsetmek suçun işlenmesine teşvik niteliği taşıması ve organ ve doku ticareti ile mücadeleyle bağdaşmaması nedeniyle yerinde olmayacağı ifade edilmektedir.⁸⁹

Bu madde aynı zamanda öğretide ağır bir biçimde eleştirilmektedir. Bu hükmün suis-timallere açık bulunduğu, organ mafyasının fakir kimseleri sömürmesini sağlayacağı ve organ ticaretini arttıracığı, sosyal ve ekonomik nedenlerin bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenemeyeceği ve bu hükmün bu suçlarla mücadeleyi etkisizleştireceği belirtilmektedir. Gerçekten de çok zorda kalmayan bir kimsenin organını satması düşünilemeyeceğine göre, bu hüküm hemen bütün organ satma olaylarında uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanısıra hakime seçenekli yetki verilmesi ve bu yetkinin kullanılmasına ilişkin herhangi bir ölçütün maddede öngörülmemiş olması da keyfilige yol açacaktır. Ayrıca bu hüküm OVDNHH'nın 3. maddesinin "Bir bedel ve çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır" hükmü ile de bağdaşmamaktadır.⁹⁰ Bunların yanında özellikle Türkiye'nin belli yörelerinde bulunan yoksul kimselerin, organlarını veya dokularını satmalarını teşvik eder niteliktedir. Sosyal devlet olduğunu iddia eden bir hukuk devletinde, insanların sosyal ve ekonomik nedenlerle böyle bir yola başvurmalarına cevaz vermek eleştirilecek bir husustur. Bu düzenleme Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi ile, Anayasanın 12. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilemez niteliklerine de aykırıdır.⁹¹

belirtilmektedir, SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 138, HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009, s.109: Düzenlemede kanunun zorunluluk hali dediği durum, suçu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni midir yoksa cezayı azaltan veya kaldıran bir mazeret nedeni midir sorusunu akla getirmektedir. Kanun faille ceza verilmemesinden yola çıkarak hakimnin takdirine göre bunun faille ceza verilmediğinde bir mazeret nedeni; failin cezası azaltıldığında da cezayı azaltan bir neden olduğunu düşünmektedir. Kanımızca bir nedenin niteliğinin belirlenmesinin hakimnin takdir aşamasında değil norm aşamasında yapılması gerekir. Normdaki oluşuma göre hakim takdir hakkını kullanacaktır. Kaldı ki takdir hakkı suçun unsurları üzerinde kullanılabilir bir hak değildir. Verilecek ceza üzerindedir. Hafizoğulları-Özen ise bunun kusurluluğu etkileyen bir neden olarak hukuk düzenine yeni katılan istenemezlik ilkesinin (L'inesigibilita) bir türü olduğunu düşünmektedir, Hafizoğulları- Özen Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 323 vd., Ankara 2010., AÜHFD, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 338 vd.: Bu ilke kişinin içinde bulunduğu durumdan başka şekilde davranmasının istenememesi ve beklenememesi durumunda söz konusudur. İlk kez Alman Ceza Hukuku doktrininde ortaya atılan ve daha sonra günümüz İtalyan Ceza Hukuku doktrininde yer alan istenemezlik ilkesi kişiden içinde bulunduğu durumda yaptığı davranışta bulunmasının istenememesi veya beklenememesini ifade eder. Aksini savunanların varlığına karşı istenemezlik ilkesinin kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu düşünülmektedir. 765 Sayılı Mülga TCK'nın aksine adı geçen ilke 5237 Sayılı TCK'nın 28. maddesinde ve özel diğer hükümlerinde kabul edilmiş bulunmaktadır.

89 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 236 vd., AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 139: TCK m. 25 f. 2'de düzenlenen genel nitelikli zorunluluk hali organ veya doku ticareti suçu açısından söz konusu olmayacaktır. Burada genel nitelikte zorunluluk halinin bütün şartları mevcuttur. Ancak, zorunluluk hali dolayısıyla yapılan korunma hareketinin hukuk düzeni ile çelişki içinde olmaması gerekir. Aksi halde, zor durumda olan ve organa ihtiyaç duyan birisinin hayatını kurtarmak için rızası olmayan birisinden organ almakta olduğu gibi, zorunluluk halinden bahsetmemiz mümkün olmayacaktır.

90 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 440.

91 ARTUÇ, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s.7, (Erişim Tarihi 19. 12. 2009).

F. ORGAN VEYA DOKU NAKLİ SUÇU AÇISINDAN HATA

Hata davranışın faille ait olmasını etkilemeden kastı ve taksiri ortadan kaldırır.⁹² Bu kapsamda failin fiili yanılması cezalandırılabilirliğine nasıl tesir edecektir. Örneğin fail organ veya dokusunu aldığı kişinin geçerli bir rızasının olduğunu düşünerek fiili gerçekleştirirse ya da öldüğünde üzerinden bağış kartı çıkan kişinin rızasını geçerli sayarak organ veya dokuları alan hekim sorumlu olacak mıdır?⁹³ Bu noktada fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin kastın konusu olup olmadığı sorunu hakkında çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bazı suçların kanuni tanımı içinde hukuka aykırılık bilinci fiilin kurucu bir unsuru olarak ortaya çıkabilir. Doktrinde “hukuka özel aykırılık” olarak adlandırılan bu gibi durumlarla ilgili bir kısım görüş, kural olarak davranışın hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin gerekmediğini, buna karşılık kanunda ayrıca gösterilen hallerde, fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin arandığını dolayısı ile bu hallerde hukuka aykırılığın fiilin bilinmesinin bir unsuru haline geldiğini ve failin bu unsuru bilerek fiili işlemiş olmasının gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, hukuka özel aykırılığın olduğu iddia edilen haller aslında özel kastı ifade etmektedir. Bu unsur bilinmeden ve istenmeden fiilin işlenmiş olması kastın gerçekleşmesini önleyeceğinden bu konuda yapılan hata suçun meydana gelmesine engel olur.⁹⁴ Kanımızca TCK m. 91’in 1, 3 ve 5. fıkraları hukuka aykırılık bilincinin özel olarak arandığı hallerdir. Kanunun hukuka aykırılık bilincini aradığı hallerde de bu konuda yapılan hata kastın oluşmasını önleyecek ve fiil üzerinde hataya neden olacaktır.

Bu durumda TCK m. 30 kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Bu noktada failin hataya düşmekte kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Çünkü esaslı hata kastı kaldırmaktadır. TCK m. 30 f. 1 uyarınca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz. Dolayısı ile de TCK m. 91 f. 5 ‘deki hukuka aykırı yollarla elde edildiğini bilmiyorsa bu fıkradan sorumlu olmayacaktır. Yine bu konuda karşılaşılabilecek bir diğer olasılık organ ve doku alınacak kişinin karıştırılması veya istenilen organ ve dokunun alınmaması halinde söz konusudur. Bu durumda fail TCK m. 30 f. 3’ten yararlanabilecektir.⁹⁵

92 TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2009, s. 216, GÜNGÖR, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 24-25: Ceza hukukunda hata niteliği itibarı ile fiil üzerinde hata ve kural üzerinde hata olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Kural üzerinde hata genel olarak mazeret sayılmaz ve ceza sorumluluğunu etkilemezken, fiil üzerinde hata belirli koşulların varlığı halinde kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir. Fiil üzerinde hata genellikle dış dünyaya ilişkin bir algılama hatasından kaynaklanır. Kural üzerinde hatada kişi ceza kuralı tarafından yasaklanan fiili gerçekleştirmeyi istemekte fakat bu fiilin suç olmadığına inanmaktadır, GÜNGÖR, Devrim, “Kural Üzerinde Hata”, *TBB D Yıl 19, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007*, s. 151: Kural üzerinde hata üzerine tartışmaların temel noktasını bu hatanın doğrudan kusurluluğu mu yoksa kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırdığı oluşturmaktadır. Bu konuda kast ve kusur teorileri için bakınız s. 151 vd., HAFIZOĞULLARI, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 300: Kusurluluk ister kast, ister taksir şeklinde ortaya çıksın kanunun suç saydığı fiilin bilinmesini gerektirir. Fiile ilişkin hata suçun oluşması için aranan unsurlardan biri veya birkaçına ilişkin hatadır. Bu esaslı hata hali kastı kaldırır. Ancak burada faille dikkatli ve tedbirli olma yönünde bir kınama yöneltilemiyorsa hata kusursuzdur ve ceza sorumluluğu kalkar. Fail hataya düşmekte kusurlu ise, kanunun fiili taksirli suç olarak öngördüğü hallerde taksirli davranışından sorumlu olur.

93 AYDIN, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s.135.

94 GÜNGÖR, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s.40-41.

95 AYDIN, Murat, *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2008, s.135.

G. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Yaşayan kişilerden organ veya doku almak ve organ ve doku satın almak, satmak, satılmasına aracılık etmek fiilleri bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenirse verilecek ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası olarak düzenlenmiştir. (TCK m. 91 f. 4) TCK'da örgüte ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. TCK'nın 220. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna yer verilmiş, birinci fıkrada örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişiden oluşması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi 5. 4. 2005 yılında verdiği bir kararında, örgütü “Çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli, işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş grup” şeklinde tanımlamıştır.⁹⁶

TCK m. 91 f. 8'de *yaşayan bir kişiden* geçerli rıza olmaksızın organ ve doku alınması fiilinin işlenmesinin neticesinde mağdurun ölümü söz konusu olursa bu durumda fail kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerden sorumlu tutulacaktır. Maddeye bakıldığında failin özel bir düzenleme ile kasten sorumlu tutulacağı belirtilmiş böylelikle *netice sebebi ile ağırlanmış suçtan* sorumlu olmasının önüne geçilmiştir. Aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlanmış suç hali söz konusudur. Ancak bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür. TCK m. 23'de, “Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmek gerekir” denilmektedir.⁹⁷ Maddeden hareketle, “neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar, biri temel suça ilişkin kanuni tip, diğeri ise belli bir netice meydana geldiğinde cezanın ağırlaştırılacağını hükme bağlayan kanuni tip olmak üzere, iki hüküm arasındaki bütünleşmeden doğmaktadır. Zararlı bir hareketin cezalandırılmasını öngören kanuni tip “temel suç” ve temel suçta yer alan “hareketle” bağıntılı olarak normda tarif edilen neticenin gerçekleşmesi halinde, daha ağır bir cezayı belirleyen kanuni tip ise, “ağırlaştırıcı hüküm” olarak nitelendirilebilir. Temel suçu düzenleyen birinci norm, ağırlaştırıcı hükümde öngörülen neticenin tarifinin bağlandığı hareket tipi hakkında gerekli olan bilgiyi içermektedir. Ağırlaştırıcı hüküm ise, belirli bir netice gerçekleştiğinde, temel suçta yer alan hareketle bağlantılı olarak belirli bir cezai müeyyideyi öngörmektedir.”⁹⁸ Netice sebebiyle ağırlanmış suçtan bahsedebilmek için ise, failin belirli sonucu doğurmaya yönelik eyleminin, kasten işlenmiş olması gerekir. Bu

96 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 5.4.2005, E.2005/341, K.2005/ 2011, YKD., Kasım 2005.

97 KOYUNCU, Ali, 5237 sayılı TCK'nın Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Genel Hükümler, Ankara 2006, s.117, yasama gerekçesinde, “Bu tür sorumluluğun ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan ‘versari in re illicita’, yani hukuka aykırı durumda olan bunun tüm neticelerine katlanır, anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukukunun bu anlayışı çoktan terketmiş olduğundan” bahsedilmektedir. Kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hallerinin de ‘kusursuz ceza olmaz’ ilkesi ile açıkça çeliştiğinden bahsedilmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde, uzun süredir objektif sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesinin, Anayasa’da öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu, madde metnindeki düzenlemeyle meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısı ile kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen, kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.” Ayrıca kanımızca ifade düşüktür, fiilin master hali olan “etmek gerekir” ifadesi, edilgen çatıda kullanılmalıydı.

98 ÖZEN, Mustafa, 5237 sayılı Ceza Kanununa İlişkin Eleştiriler” TBBĐ., 2006, S. 65, s.186.

bakımdan ilk hareketin taksirli olması halinde, netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez.⁹⁹ Fail bu durumda *kasten öldürme suçundan* sorumlu olacaktır.

H. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU AÇISINDAN İŞTİRAK VE İÇTİMA

1. İştirak

Bu suçta iştirakin her hali mümkündür.¹⁰⁰ TCK m. 91'in 1., 2. ve 3., 5. fıkrasına iştirakin mümkün olup olmadığı konusunda kanımızca herhangi bir tartışma noktası bulunmamaktadır. Bu fıkralar açısından iştirak mümkündür. TCK m. 91'in 4. fıkrası açısından ise bazı tespitler yapmak gerekmektedir. Burada birinci ila üçüncü fıkralardaki suçların bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesinden söz edilmektedir. TCK'nın 220 maddesinde¹⁰¹ "Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma"dan bahsedilmektedir. Buna göre bu suçun işlenebilmesi için üç veya daha fazla kişinin birleşmesi, yani en az üç kişinin katılması gerekir.¹⁰² Bu da bir grup suçta şahısların çokluğunun kanuni tip tarafından "kurucu unsur" olarak görüldüğü çok failli suç durumuna işaret eder. Bu suçlar birden çok kişinin birleşmesi olmadan meydana gelemezler. Burada aktif süjenin sayısı dikkate alınmaktadır.¹⁰³ Çok failli suçlarla tek failli suçlar arasındaki farkın ortaya konması ise iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından önemlidir. Çok failli suçlara iştirak iştirakin belli türünden ayrılması için "zorunlu iştirak" olarak da adlandırılmıştır. Modern ceza hukukunda ise çok failli suçların iştirakin bir türü olmadığı kabul edilir.¹⁰⁴ Meseleye TCK'nın 91. maddesi açısından bakıldığında, fail olarak nitelendirmede suçun işlenişi sırasında birlikte hakimiyet kuran kişiler de örneğin organ veya doku alacak failin yanında bulunan ve kendisinden rızası dışında organ veya doku alınacak kişiye narkoz veren kişi de fail olarak nitelendirilebilecektir. Burada faillerin her biri suç için kanunda belirtilen ceza ile cezalandırılacaklardır. Faillerin hareketlerinin farklı olması müşterek faillğin oluşumuna engel teşkil etmeyecektir.¹⁰⁵

99 KAN AYDIN, Çağrı, Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 16.

100 ARSLAN, Çetin- AZİZOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 410, HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 326: Suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından da işlenebilmektedir. Kanunun suç saydığı fiili birden çok kişinin işlemesine iştirak denmektedir. Suça iştirak ya arızı ya da zorunlu iştirak biçiminde olur. Zorunlu iştirakte birden çok kişinin birlikte suç işlemesi suçun bir unsuru olduğundan bu tür iştirakin genel bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Zorunlu iştirak halinde işlenen suçlara çok failli suçlar denmektedir. Bunlar tek tek kanunun özel hükümleri arasında yer almaktadırlar. Bu nedenle suça iştirak denildiğinde genel olarak arızı iştirak anlaşılmaktadır.

101 TCK m. 220 "Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde cezalandırılır."

102 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2009, s. 260.

103 SANCAR, Türkan, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 26.

104 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 251,252: Çok failli suçta faillerden her biri tipik fiilinden dolayı fail olmaktadır, iştirak halinde işlenen suçlarda iştirakçilerin cezai sorumluluğu iştiraktan yani ceza sorumluluğunu genişleten hükümden kaynaklanır. Bunun sonucu olarak çok failli bir suçun faili hakkındaki ağırlatıcı veya hafifletici sebepler diğerlerine sirayet etmez, herkes kendi fiilinden ve kendi subjektif durumundan sorumlu olur.

105 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.389, AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça

Çok failli suçun zorunlu faillerinin tipik hareketlerine atipik ve harici hareketlerle katılmak mümkündür. *Bu nedenle, çok failli suçlara iştirak ancak azmettirme veya yardım etme biçimlerinde söz konusu olabilir.*¹⁰⁶ Suça azmettirme kişiye suç işleme kararı verdirerek suç işletmektedir. Azmettiren suçun icra hareketlerini yapmadığı halde müşterek failmiş gibi işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır.¹⁰⁷ Yardım etme suçun gerçekleştirilmesine ikinci derecede katkı sağlayan iştirak biçimleri yardım etme başlığı altında toplanmıştır. TCK m. 39'da bunlar suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaad etme, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterme, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunma durumlarında kişinin yardım eden sıfatı ile sorumlu olacağı belirtilmektedir.¹⁰⁸ Yardım etme de maddi ve manevi yardım etme olarak iki kısımda ele alınmaktadır.¹⁰⁹ Organ veya doku ticareti suçunda organ alınması için gerekli araç ve gereçleri, mekanı temin eden kişinin hareketi olmazsa olmaz nitelik taşıyorsa bu durumda kişi asli fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak kişinin hareketi olmasa idi organ veya doku alınabilecekti denilebiliyorsa bu durumda kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır.¹¹⁰ Çok failli suça iştirakte çözülmesi gereken son sorun ise, çok failli suçun failleri arasında suça etki eden nedenlerin sirayetidir. Ağırлатıcı ve hafifletici nedenlerin diğer iştirakçilere sirayetine dair mülga kanunda hüküm bulunmasına rağmen mevcut TCK'da herhangi bir hüküm yoktur. Ancak iştirak kuralları açısından ağırлатıcı ve hafifletici nedenlerin iştirakçilere sirayetine ilişkin kurallar çok failli suçlara uygulanmaz.¹¹¹ Dolayısı ile TCK m. 90 f. 4 bakımından bu nedenler uygulanamayacaktır.

İştirak, Ankara 2009, s.50,51: TCK'nın iştiraki düzenleyen 37. maddesinin gerekçesinde 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan asli- fer'i iştirak ayırımından vazgeçildiği ifade edilmiştir. Gereğçede TCK'daki düzenlemenin iştirak şekillerinin fiilin işleniş üzerinde kurulan hakimiyet olarak belirlemektedir. İştirak şekilleri *faillik, azmettirme ve yardım etme* olarak belirlenmiştir. Kanundaki düzenlemeye bakıldığında asli iştirak- fer'i iştirak kavramlarına yer verilmemiş olmasına rağmen getirilen sistemin yine ikili ayrına dayandığı açıktır. Mülga TCK'da "asli iştirak" olarak ifade edilen sorumluluk türü m.37'de "faillik" başlığı altında düzenlenmiş ancak "fiili irtikap eden ve doğrudan doğruya beraber işleyen" ayırımı benimsenmeyerek, "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler" ifadesi ile tek bir sorumluluk türüne yer verilmiştir. TCK m. 38'de düzenlenen "azmettirme" ise mülga kanunda "asli manevi iştirak" olarak düzenlenmişti. Buna rağmen TCK m. 38, azmettiren "işlenen suçun cezası ile cezalandırarak" bu kişiyi "asli manevi iştirakçı" olarak sorumlu tutmaya devam etmiştir, Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s.254-256: Çok failli suçta ancak tipik fiilde öngörülen sayıdan fazla kişinin bir araya gelmesi halinde iştiraktan söz edilebilir. Çünkü tipik fiilde öngörülen sayıda kişinin bir arada bulunması suçun kurucu unsuru olup iştirak hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaz. Çok failli suçlara iştirakte özellik arz eden husus, iştirakin ancak asli failler dışında kalan kişiler tarafından gerçekleştirilebilir olmasıdır. Çok failli suçun zorunlu faillerinin tipik hareketlerine atipik ve harici hareketlerle katılmak mümkündür. *Bu nedenle, çok failli suçlara iştirak ancak azmettirme veya yardım etme biçimlerinde söz konusu olabilir.*

106 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 254-256.

107 CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara 2008, s.512.

108 Centel-Zafer- Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara 2008, s.515.

109 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.405.

110 AYDIN, Murat, , Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008 s. 145.

111 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s.254-256.

2. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda organ veya doku ticareti suçunun birden fazla işlenmesi durumunda, TCK m. 43 f.1 uyarınca tek cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır.¹¹² TCK m. 91 f. 1 hükmü ile insan ticaretini düzenleyen TCK m. 81 f.1 hükmü aynı olayda söz konusu olduğu zaman fail ayrı ayrı cezalandırılacaktır.¹¹³ Bu suç bir kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenirse zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.¹¹⁴ Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi durumunda, özellikle doku alınırken verici kişi daha ağır ceza gerektirecek şekilde yaralanırsa yaralamadan hüküm kurulabileceği düşünülmektedir. Ancak özellikle organ alma eylemi uzuv tatilini de gerektirdiğinden bu nedenle yaralama suçundan değil organ alma suçundan hüküm kurulması gerektiği düşünülmektedir.¹¹⁵

2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi¹¹⁶ biçimindeki 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK'nın 91. maddesi karşısında yürürlükten kalktığına dair ne TCK'da ne de diğer kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle 2238 Sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi halen yürürlükte dir. Bu durumda TCK'nın 44. maddesi uyarınca *fikri içtima* kurallarına gidilmelidir. İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Öyleyse sağ kişiden organ veya doku alma eylemleri her iki yasa maddesini de ihlal ettiğinden hangisi ağır cezayı gerektiriyorsa o madde uygulanacaktır. TCK'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ölüden organ veya doku alma suçu *dışında*, diğer eylemler daha ağır cezayı gerektirdiği için bu kanunun hükümleri, TCK'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen eylemler için ise 2238 Sayılı Yasa'nın 15. maddesindeki düzenleme daha ağır cezayı gerektirdiği için de bu eylemle ilgili olarak 2238 sayılı OVDNHK'nın 15. maddesi uygulanacaktır.¹¹⁷

TCK m. 91'deki suçların zincirleme suç olarak da işlenmesi mümkündür. Organ veya dokunun nakledilmesi ve aşılması sırasında, alıcının yaralanması, bulaşıcı bir hastalığa yakalanması ve ölümü halinde, faile ayrıca bu sonuçlardan dolayı kast veya taksirine göre gerçek içtima kurallarına göre ceza tayin edilir. Örneğin gerekli tahlil ve tetkikler yapılmadan AIDS hastalığı bulunan bir vericiden alınan sperm veya yumurta hücrelerinin alıcıya aşılması sırasında bu hastalığın bulaştırılması halinde aşılama

112 MERAN, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170.

113 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.405.

114 ARTUÇ, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s.6. (Erişim Tarihi 19. 12.2009)

115 Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s. 6., (Erişim Tarihi 19. 12.2009); MERAN, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170.

116 "Bu Kanun'a aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım satımını yapanlar, alım ve satım aracılık edenler veya bunların komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükümlenir."

117 Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.htm, s. 7, (Erişim Tarihi 19. 12.2009); Meran, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170.

gerçekleştiren hekimin taksirle yaralama veya ölüme neden olma fiilinden dolayı ayrıca cezalandırılması gerekir.¹¹⁸

K. ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU AÇISINDAN ÖZEL CEZASIZLIK NEDENİ: ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlık cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Suçun bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısı ile faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kuruma etkin pişmanlık denilmektedir. Etkin pişmanlık bütün suç tipleri bakımından geçerli olmayıp, bu hükümler yalnızca düzenledikleri suçlar bakımından uygulanabilecektir. Bunlardan biri de organ ve dokularını satan kişinin etkin pişmanlığıdır.¹¹⁹ Ancak bu düzenlemenin etkin pişmanlık niteliğini taşıdığı ve yerindeligi konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

TCK m. 93 iki fıkra halinde organ ve dokusunu satan kimse bakımından “etkin pişmanlığı” düzenlemiştir. Kanun burada organ ve dokusunu satan kimse üzerinden suçun diğer faillerini ve katılanlarını bulmak istemiştir. Ancak, madde başlığı “etkin pişmanlık” olmakla birlikte maddenin düzenlediği husus teknik anlamda etkin pişmanlık değildir. Etkin pişmanlık teşebbüsle ilgilidir. Fail kendiliğinden ya icrasına başladığı suça devam etmez ya da neticenin gerçekleşmesini önler. Burada birinci durum gönüllü vazgeçme ikinci durum etkin pişmanlıktır. 93. maddede bu iki durum da yoktur. Buradaki düzenleme failin yani organ ve dokusunu satan kimsenin suçu işlemeden sonra kollukla işbirliği yapması bunun karşılığında da kendisine daha az ceza verilmesidir. Suçlu kendi içinden geldiği için pişman olmamakta devletin kendisine sunduğu çıkar karşılığında suçu kendisi ile birlikte işleyen suç ortaklarını ele vermekte ve onlara ihanet etmektedir.¹²⁰ Etkin pişmanlıkla ilgili bir diğer problem 93. madde başlığı altında düzenlenmekle birlikte failin suç yolunun (iter criminis) kapanmasını kendi çabaları ile engellemesi dolayısı ile teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak olmasıdır. Ancak o ana kadar yaptığı hareketler bir başka suçu oluşturduğu taktirde gönüllü vazgeçen bu suçtan sorumlu olacaktır. Kanımızca 93. maddedeki “cezaya hükmolunmaz” düzenlemesi bu konuda da soru işaretlerini barındırmaktadır. Zira “gönüllü vazgeçmenin varlığına rağmen fiil hukuka aykırılığını korur”¹²¹

118 PARLAR- HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'nın Yorumu, Ankara 2008, s.1556, HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 361-363; TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında zincirleme suç için bir suç işleme kararının icrası kapsamında ifadesi kullanılmıştır. Suç işleme kararında birlik ise gerekçede “suçlar arasında subjektif bağ bulunması” olarak tanımlanmıştır. Kanunun subjektif bağ olarak nitelendirdiği şey kasttan ayrı olarak, birden çok suçu planlı programlı olarak işleme iradesidir. Bu da failin bir plan ve programı olmaksızın birden çok kez aynı suçu işlemesi halinde, işlenen suçlar arasında onları bir bütün kılan manevi bağ bulunmadığından ortada zincirleme suç da yoktur. Gerçekten, ister ileri sürülsün isterse sürülmesin her somut olayda suç işleme kararının failde mevcut olup olmadığını hakim re'sen tespit edecektir. Hakim bu tespiti yapmadığında “kanaatimizce suç yoktur demek yerine şüpheden sanık yararlanır kuralı uygulanarak zincirleme suç vardır demek daha isabetlidir.” Kanunun ifadesinden, şüpheden sanık yararlanır kuralı çıkmaktadır. Böyle olunca failde birden çok suçu işleme kararının ispatlanamadığı her olayda , failin işlediği birden çok suç zincirleme suç sayılacak , faile bir suçun cezası verilecek ve cezası arttırılacaktır.

119 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 441

120 HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2009, s.110.

121 AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 236.

Bu hükmün uygulanması bakımından organın satılmış olması yeterli olup, ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmiş olması gerekmez. Bu hüküm yalnızca TCK kapsamındaki suçlarla ilgili olarak uygulanacak, OVDNHK m. 15'in uygulama alanı bulunduğu hallerde uygulanmayacaktır.¹²²

L. Yaptırım

TCK m. 91'in getirdiği en önemli sonuç, cezaların arttırılmasının yanısıra, OVDNHK'dan farklı olarak *organı satana da ceza* öngörmesidir. Ancak organ veya dokularını satan kimsenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak bu kimseye verilecek cezanın indirilmesi mümkün olduğu gibi, ceza verilmekten de kaçınılabılır. (TCK/ m.92) Bu çerçevede 2238 Sayılı OVDNHK ile TCK m. 91 birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşmak mümkündür¹²³:

Yaşayan kimselerden rızası olmaksızın zorla organ alınması (TCK m 91, OVDNHK m. 6) halinde fail 5 yıldan 9 yıla kadar, doku alınması durumunda ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. (TCK m. 91 f.1) Böylelikle TCK'nın yaptırım alanında OVDNHK'ya nazaran yaptırımın en çok ağırlaştığı hal budur. Bu noktada *öğretide isabetli olarak işaret edilen bir probleme dikkat çekmek gerekmektedir.* TCK m. 91 organ veya doku alımında hukuken geçerli rıza aramaktadır. Rızanın koşulları açısından ise OVDNHK m. 6'ya gitmek gerekecektir. Buna göre, Bu hüküm karşısında, vericinin önceden verilmiş olan yazılı rızası iki tanık değil de, bir tanık huzurunda imzalanmış ise, "hukuken geçerli olmayan rıza" söz konusu olacak ve böyle bir vericiden organ alan kimse TCK m. 91 f. 1 gereğince 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilecektir. Bu sonuç kabul edilemez. Ancak kanun hükümleri açıktır ve böyle bir uygulamayı öngörmektedir. Bu adaletsiz sonucu önlemek bakımından "hukuken geçerli rıza" şartını, şekil şartından bağımsız olarak değerlendirmek gerekir.¹²⁴ 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızası ile de olsa organ veya doku alınması durumunda hangi kanunun uygulanacağı bir sorun oluşturabilir. Gerçekten OVDNHK'da bu husus yasaklanmış ve yaptırımı da aynı kanunun 15. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık TCK'da 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ veya doku alınması açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte "*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*" ifadesi çerçevesinde, 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerin rızalarının hukuken geçerli olmadığı ve bu nedenle böyle bir organ ve doku alınmasının da TCK m.91 f. 1 kapsamında cezalandırılacağı söylenebilir. Ancak bu yorum tarzının da sonuçta haksız uygulamalara yol açabileceğinin de belirtilmesi gerekir. Gerçekten de

122 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 441, Ünver, Yener, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukukuna Etkileri", I. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, İstanbul 2005, s. 192: Bu düzenleme yalnızca organ veya dokularını satan kimse için bu olanağı sağladığı ve fakat 91. maddedeki diğer eylemlerin faillerini veya satan kişinin eylemine iştirak edenlerin bundan yararlandırılmaması dolayısı ile eleştirilmektedir. Hakeri, age, s. 441: Ayrıca organını satan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması halinde, organı satarak elde ettiği haksız kazançla ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılmaması da eleştirilmektedir

123 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 432, OVDNHK m. 6'da, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunlu olduğu ifade edilmektedir.

124 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 432, 433.

bir kimseden rızası olmaksızın organ alan kimseler 5 yıldan 9 yıla, doku alanlar 2 yıldan 5 yıla kadar cezalandırılırken, 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızası ile organ veya doku alanların da aynı şekilde cezalandırılmaları ağır bir sonuç olacaktır. Buna karşılık OVDNHK m. 15 hükmü uygulandığı takdirde daha adil bir cezalandırma söz konusu olabilecektir. Zira söz konusu maddede öngörülen ceza 2 yıldan 4 yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır.¹²⁵

Ölüden organ veya dokunun OVDNHK'da belirtilmiş bulunan koşullara aykırı olarak alınması durumunda fail hakkında TCK m. 91 f. 2 uygulanacaktır. Organ satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaklardır (TCK m. 91 f.3). Ancak maddede yer alan özel zorunluluk hali uyarınca, organ veya dokularını satan kimsenin içinde bulunduğu özel zorunluluk hali uyarınca bu kimseye verilecek cezanın indirilmesi söz konusu olabilecektir.¹²⁶

Canlılardan zorla organ veya doku alınması ve bunların satın alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi fillerin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır (TCK m.91 f. 4). Böylece TCK ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak saymamıştır. Ancak ölüden alınan organ ve dokunun satın alınması, satılması veya satılmasına aracılık edilmesinin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde yapılması halinde de TCK m. 91 f. 4 uygulanabilecektir. OVDNHK'nın 5-14. maddelerinde belirtilen koşullara aykırı olarak elde edilmiş bulunan organ ve dokuyu saklayan, nakleden ve aşıl原因an kişi 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. (TCK m. 91 f. 5) Bunların dışında organ ve doku teminine yönelik olarak reklam verilmesi veya yayınlanması yaptırım altına alınmıştır. (TCK m. 91 f. 6) Kanun her türlü ilan ve reklam verilmesini değil yalnızca çıkar amaçlı reklam verilmesini ve yayınlanmasını cezalandırmaktadır. Bu suretle, ihtiyacı olan kimselerin maddi bir çıkar sağlamaksızın, kamuoyuna müracaatı engellenmemekte, ticari ilanlar yaptırım altına alınmaktadır. Söz konusu hükümlerle ayrıca 91. maddedeki suçların bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde yapılması halinde bunlar hakkında güvenlik tedbiri uygulaması öngörülmekte (TCK m. 91 f. 7) ve son olarak TCK m. 91 f. 8'de zorla organ veya doku alınması sonucu mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçu söz konusu olacaktır. Esasen bu hüküm konulmasa idi genel hükümler gereğince bir kimsenin rızası olmaksızın kendisine yapılan tıbbi müdahale kasten yaralama olduğundan, bu tıbbi müdahaleyi yapan kimsenin olası kastı yoksa meydana gelen ölüm neticesinden dolayı sorumluluğu TCK m. 87 f. 4 ve TCK m. 23 çerçevesinde belirlenecekti. Ancak bu hükümlerle failin doğrudan kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması sağlanmıştır. Bu hükme yönelik olarak, maddede kullanılan "*birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi*" ifadesi haklı olarak eleştirilmekte ve bu ifadenin sonucu olarak organ veya dokunun alınmasının gerekebileceği, halbuki teşebbüs sonucunda da mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına olanak tanınması gerektiği belirtilmektedir. Gerçekten de bu taktirde artık genel hükümler gereğince, faili TCK m. 87 f. 4'ten sorumlu tutmakla yetinmek gerekecektir.¹²⁷

125 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 432, 433.

126 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 433.

127 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 434.

SON SÖZ

Organ ve doku naklinin kazandığı yaygınlık ve aynı zamanda vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olarak kişilik haklarını yakından ilgilendiren boyutu, bunun koşullarını düzenleyen yeni bir suç kategorisini ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle hukuka uygun bir müdahale ve bu müdahalenin koşulları oldukça önemlidir. Önceleri organ naklinin hukuka uygunluğunun dayanağı tartışma konusu iken Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun ve TCK'daki düzenleme ile bugün bu gerek ortadan kalkmıştır. Organ ve dokunun yalnızca yaşayan kişiden değil, tıbben ölmüş kişiden de yapılabilmesi ölüm anının tespiti ve zorunluluk durumunda rızanın aranıp aranmayacağına ilişkin birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalarla birlikte aynı zamanda suça asli özelliğini veren birtakım unsurlar değerlendirilirken de hassas bir denge gözetilmesinde fayda vardır.

TCK'da vücut dokunulmazlığına karşı suçlar kategorisinde yer alan organ veya doku ticareti suçunun hükümlerinin OVDNHK'nun bu yöndeki hükümlerini ilga etmiştir. Ancak genel nitelikteki hükümlerin OVDNHK ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. TCK'daki suç kapsamında getirilen özel zorunluluk haline ilişkin düzenlemeye ise yüksek sesle eleştiri getirmek mümkündür. Yine TCK'da getirilen etkin pişmanlık hükmü düzenlemenin teknik anlamda etkin pişmanlık olmaması ile de tartışmalara yol açmıştır. Son olarak suçun öneriler doğrultusunda düzenlenerek tartışmalı noktaların açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, Türk Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.

AKÜNAL, Teoman, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Aşılmasını Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1983.

ARSLAN, Çetin- AZİZOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

ARTUK- GÖKCEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

ATAMER, Yeşim, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar" MHB 1999-2000.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.

AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

BAŞPINAR, Veynel, Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972.

CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara 2008.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.

ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.104.

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

EROL, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

EROL, Haydar, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

GÖKCEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Selçuk Ü. Hukuk Fak. Dergisi, Milenyum Armağanı, C:8, S:1-2, Y: 2000.

GÖRKEY, Şefik, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, Tıbbi etik Yıllığı V, 16 Mart 1995'te Düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumu'nda Sunulan

Bildiriler, (Yay. Terzioğlu, Arslan) İstanbul 1996.

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

GÜNGÖR, Devrim, "Kural Üzerinde Hata", TBBD Yıl 19, Sayı 68, Ocak- Şubat 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009.

HAKEİRİ, Hakan, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007.

HAKEİRİ, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007.

HAKEİRİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.

İÇEL, Kayıhan Suçların İçtimai, İstanbul 1972.

KAN AYDIN, Çağrı, Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet, "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri", TBBD, Yıl 1991, Sayı 2.

KOYUNCU, Ali, 5237 sayılı TCK'nın Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Genel Hükümler, Ankara 2006.

MERAN, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005.

ÖZEL, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler, AÜHF. C:51, S:1 Y: 2002.

ÖZEN, Mustafa, 5237 sayılı Ceza Kanununa İlişkin Eleştiriler" TBBD, 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.

ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.

PARLAK, Şafak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar" TBBD, Sayı 83, 2009.

PARLAR-HATİPOĞLU, 5237 sayılı TCK Yorumu, Ankara 2008.

SANCAR, Türkan, Çok Faili Suçlar, Ankara 1998.

SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007.

SOYASLAN, Doğan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 2008.

SOYASLAN, Doğan, "Organ, Doku Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin

Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu 17 Kasım 2006, İstanbul 2007.

TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Ceza Sorumluluğu

TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Ceza Sorumluluk” Yıl 1978.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.

ÜNVER, Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukukuna Etkileri”, I. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, İstanbul 2005.

ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihi Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun” I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005.

ÜNVER, Yener, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara 2009.

YOKUŞ-SEVÜK, Handan, Marmara Ü. Hukuk Fak. 17 Kasım 2008, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007, “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”

YÜCEL, Mehtap, “Organ veya Doku Ticareti Suçu” AÜHF Mecmua, Ankara 2008.

ZEVKLİLER, Aydın, “2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ-Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000.

Elektronik Kaynaklar

ARTUÇ, Mustafa, “Organ veya Doku Ticareti”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%...

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegereke.doc>, s.198.

<http://www.cnnturk.com/2008/tarihte.bugun/12/03/tarihte.bugun.3.aralik/503048.0/index.html>

http://www.doktorneva.com/kisirlik/yumurtalik_nakli.asp.

Douglas, Lisa, Organ Donation Procurement and Transportation Law Review, Volume:65:2,201 (1996-1997) <http://heinonline.org/HOL/PDF?Handle=hein.journals/umkc65&collection=journals&id=211&print=30%sectioncount=1&ext=.pdf>

<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/231787.asp>.

<http://www.tekilhaber.com/?syf=Haber&kategori=Saglik&katid=7&id=1220&detay=16-bin-hasta-organ-bekliyor>

TOROSLU, Nevzat, AÜHFD. 1978, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Toroslu.pdf>

<http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-560/organ-ve-doku-nakli-hizmetleri-yonetmeligi.html>.

Hicks, Stephen, “The Regulation Of Fetal Tissue Transplantation: Different Legislative Models For Different Purposes”, Suffolk University Law Review, Volume XXVII, s. 1613, 1614, [Http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?Handle=hein.journals/sufflr27&div=133&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults).