

**TÜRK CEZA KANUNUNDA
ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇLARI**

Hazal ALGAN
114612006

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Prof. Dr. Hamide ZAFER
(Doğuş Üniversitesi)

2017

TÜRK CEZA KANUNU'NDA
ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇLARI

ORGAN AND TISSUE TRADE CRIMES
IN THE TURKISH PENAL CODE

Hazal ALGAN
114612006

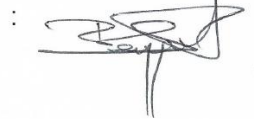
Prof. Dr. Hamide ZAFER
(Danışman, Doğuş Ü. Hukuk F.)



Yrd. Doç. Dr. Öznur SEVDİREN
(Jüri Üyesi, İstanbul Bilgi Ü. Hukuk F.)



Yrd. Doç. Dr. M. Buket SOYGÜT ARSLAN
(Jüri Üyesi, İstanbul Bilgi Ü. Hukuk F.)



Tezin Onaylandığı Tarih

: 3 Şubat 2017

Toplam Sayfa Sayısı

: 234

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Organ ve Doku Nakli
- 2) Organ ve Doku Ticareti
- 3) Türk Ceza Kanunu
- 4) 2238 Sayılı Kanun
- 5) Hekim

- 1) Organ and Tissue Transplantation
- 2) Organ and Tissue Trade
- 3) Turkish Penal Code
- 4) The Law no. 2238
- 5) Medical Attendant

ÖZET

Kişinin en temel haklarından olan vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı kapsamında kişileri iyileştirmek açısından organ ve doku nakli operasyonları hem ülkemizde hem de Dünyada giderek önem kazanmakta buna bağlı olarak bu konuya ilişkin işlenen suçlar da giderek artmaktadır.

2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun tarafından oldukça sıkı şartlara bağlanan organ ve doku nakilleri hakkında suçlar da Türk ceza hukukunda iki ayrı kanunda düzenlenmiştir. Bunlardan ilki 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun ikincisi ise Türk Ceza Kanunu'dur.

Organ ve doku nakline ilişkin suçlar Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddede beş farklı suç tipine yer verilmiştir. Bu suçlar yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu, ölüden organ ve doku alınması suçu, organ ve doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu, hukuka aykırı olarak alınmış organı veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu ve belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçudur. Aynı madde kapsamında mağdurun organ ve doku alınırken ölmesi durumunda kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacağı belirtilmiş, bir kısım suçların örgüt faaliyeti altında işlenmesi haline ilişkin olarak da nitelikli hal düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun'un 92. maddesinde bir zorunluluk hali düzenlemesine yer verilmiş; 93. maddesinde ise bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.

Çalışmamız kapsamında da Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde yer alan suçlar ceza hukuku anlamında değerlendirilecek ve bu kapsamda suçun unsurları, kusurluluğu kaldıran yahut azaltan haller, suça etki eden diğer haller ve yaptırımını incelenecektir.

ABSTRACT

Organ and tissue transplant operations are becoming increasingly important both in our country and in the world with respect to healing people within the scope of the right to life and physical integrity, which is one of the basic human rights. Therefore, the crimes committed on this issue are increasing too.

Criminal offenses related to organ and tissue transplants, which are subject to strict conditions by the Law No. 2238 on Organ and Tissue Transplantation, are also regulated in two separate codes of Turkish criminal law. The first one of these is Law No. 2238 on Organ and Tissue Transplantation and the other is Turkish Penal Code.

Crimes related to organ and tissue transplantation are regulated in Article 91 of the Turkish Penal Code, in which five types of crimes are cited. These crimes are the crime of taking organs and tissues from the living person, the crime of taking organs and tissues from the dead body, the act of buying selling or intermediating the trading of the organ and tissue, the crime of storing, grafting and transplanting organs and tissues taken illegally and the crime of advertisement in connection with the harvesting and donation of organs and tissues. Under the same article, it is stated that the provisions regarding the intentional killing shall apply in the case of death of the victim during taking of organ or tissue, and certain crimes under organizational activity are regulated as aggravated form of that crime. In addition, Article 92 of the Law regulates a state of necessity while Article 93 regulates a state of contrition.

Within the scope of our study, the crimes cited in Article 91 of the Turkish Penal Code will be assessed in the context of penal law and the elements of the crime and excusatory and mitigating causes will be analyzed.

ÖZET.....	iii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR CETVELİ.....	xi
KAYNAKÇA VE ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇLARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I.Genel Bilgilere Giriş	4
II.Organ ve Doku Ticareti Suçlarına İlişkin Normatif Durum	7
A-Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakline İlişkin Mevzuat	7
1. Genel Olarak.....	7
2. 2238 Sayılı Kanunu’nun Cezai Hükümü	10
3. 28191 Sayılı Yönetmelik	15
B- Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümleri	19
III.Organ ve Doku Nakline İlişkin Kavramlar ve Nakil Süreci	24
A-Kavramlar	24
1. Doku	24
2. Organ	24
B-Nakil Süreci	27
1. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Süreci	29
2. Ölüden Organ veya Doku Alınması Süreci	32
a) Ölüm Anının Tespiti.....	33
b) Ölüden Organ veya Doku Alınması Aşamasında Gösterilecek Rızanın Alınması	39
IV.Organ ve Doku Ticareti Suçlarıyla Korunan Hukuki Değer ve TCK m.91’de Tanımlanan Suçların Sistematikleştirilmesine İlişkin Değerlendirme	52
A-Korunan Hukuki Değer	52
B- TCK m.91’de Tanımlanan Suçların Sistematikleştirilmesine İlişkin Değerlendirme	57

İKİNCİ BÖLÜM:

ORGAN VE DOKU ALINMASI SURETİYLE İŞLENEN SUÇLAR (TCK m.91/1-2)

I.Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Suçu (TCK m.91/1).....	59
A-Genel Açıklamalar	59
B- Suçun Unsurları.....	61

1. Maddi Unsurlar	61
a) Fail.....	61
b) Mağdur	64
c) Maddi Konu.....	64
d) Fiil	66
2. Manevi Unsur	71
a) Kastın Kapsamı ve Anlamı.....	73
b) “Hukukten Geçerli Rıza Olmaması” Koşuluna İlişkin Bilincin Kast Yönünden Değerlendirilmesi.....	74
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	76
a) Genel Açıklamalar.....	76
b) Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi.....	77
c) Hakkın Kullanılması.....	77
d) İlgilinin Rızası	78
aa) Rızanın Hukuki Niteliği	78
bb) Hukukten Geçerli Rızanın Anlam ve Kapsamı	81
cc) Suç Tipi Açısından Rızayı Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Kabul Eden Görüş.....	90
C- Kusurluluk.....	92
1. Genel Açıklamalar	92
2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi	93
3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit	95
4. Zorunluluk Hali	96
D- Suçun Özel Görünüş Şekilleri	99
1. Teşebbüs	99
2. İştirak.....	105
3. İctima	109
4. Suçun Nitelikli Halleri	116
a) Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi.....	116
b) Organ ve Doku Almanın Ölümle Sonuçlanması	118
E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma	121
1. Yaptırım.....	121
2. Zamanaşımı ve Kovuşturma	123
II. Ölüden Organ ve Doku Alınması Suçu (TCK m.91/2).....	124
A- Genel Açıklamalar	124
B- Suçun Unsurları.....	125
1. Maddi Unsurlar	125

a) Fail.....	125
b) Mağdur	126
c) Maddi Konu.....	127
d) Fiil	127
2. Manevi Unsur	129
a) Kastın Kapsamı ve Anlamı.....	129
b) “Hukuka Aykırı Olarak” Şeklinde Belirtilen Unsurun Kast Yönünden Değerlendirilmesi.....	131
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	134
a) Genel Açıklamalar.....	134
b) Kanunun Hükmünü Yerine Getirme.....	135
c) Hakkın Kullanılması.....	135
d) İlgilinin Rızası	136
C- Kusurluluk.....	139
1. Genel Açıklamalar	139
2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi	140
3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit	140
4. Zorunluluk Hali	141
D- Suçun Özel Görünüş Biçimleri	142
1. Teşebbüs	142
2. İştirak	145
3. İçtima	147
E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma	149
1. Yaptırım.....	149
2. Zamanaşımı ve Kovuşturma	149

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

ORGAN VE DOKUNUN TİCARETE KONU YAPILMASI SURETİYLE

İŞLENEN SUÇLAR

(TCK m.91/3-5-6)

I. Organ ve Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu (TCK m.91/3).....	151
A- Genel Açıklamalar	151
B- Suçun Unsurları.....	153
1. Maddi Unsurlar	153
a) Fail.....	153
b) Mağdur	155
c) Maddi Konu.....	156
d) Fiil	156

aa) Satmak	158
bb) Satın Almak	162
cc) Satılmasına Aracılık Etmek	163
2. Manevi Unsur	163
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	164
C- Kusurluluk.....	165
1. Genel Açıklamalar	165
2. Zorunluluk Hali	166
3. Kusuru Etkileyen Özel Hal Olarak TCK m.92 Düzenlemesi	167
4. Cezayı Kaldıran Şahsi Bir Sebep Olarak Etkin Pişmanlık.....	171
D- Suçun Özel Görünüş Biçimleri	175
1. Teşebbüs	175
2. İştirak	178
3. İctima	180
4. Suçun Nitelikli Hali: Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi	182
E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma	183
1. Yaptırım.....	183
2. Zamanaşımı ve Kovuşturma	184
II.Organı veya Dokuyu Saklama, Nakletme ve Aşılama Suçu (TCK m.91/5)	185
A-Genel Açıklamalar	185
B- Suçun Unsurları.....	186
1. Maddi Unsurlar	186
a) Fail.....	186
b) Mağdur	187
c) Maddi Konu.....	187
d) Fiil	188
aa) Saklamak.....	189
bb) Nakletmek	190
cc) Aşılama	191
2. Manevi Unsur	191
a) Kastın Kapsamı ve Anlamı.....	191
b) “Hukuka Aykırı Olarak” Şeklinde Belirtilen Unsurun Kast Yönünden Değerlendirilmesi.....	192
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	194
a) Genel Açıklamalar.....	194
b) Kanunun Hükmünü Yerine Getirme.....	195
c) Hakkın Kullanılması.....	195

C- Kusurluluk.....	196
1. Genel Açıklamalar	196
2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi	196
3. Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit	197
4. Zorunluluk Hali	197
D- Suçun Özel Görünüş Şekilleri	198
1. Teşebbüs	198
2. İştirak	199
3. İçtima	201
E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma	203
1. Yaptırım.....	203
2. Zamanaşımı ve Kovuşturma	203
III. Organ ve Doku Teminine Yönelik Olarak İlan veya Reklam Verme veya Yayınlama Suçu (TCK m.91/6)	204
A- Genel Açıklamalar	204
B- Suçun Unsurları.....	205
1. Maddi Unsurlar	205
a) Fail.....	205
b) Mağdur	206
c) Maddi Konu.....	207
d) Fiil	207
aa) Reklam veya İlan Vermek	210
bb) Reklam veya İlan Yayınlamak	211
2. Manevi Unsur	212
a) Kastın Kapsamı ve Anlamı.....	212
b) Suça Özgü Maksadın Anlamı.....	213
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	216
a) Genel Açıklamalar.....	216
b) Hakkın Kullanılması.....	217
C- Kusurluluk.....	219
1. Genel Açıklamalar	219
2. Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit	220
3. Zorunluluk Hali	220
D- Suçun Özel Görünüş Şekilleri	221
1. Teşebbüs	221
2. İştirak	223
3. İçtima	227

E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma	229
1. Yaptırım.....	229
2. Zamanaşımı ve Kovuşturma	230
SONUÇ.....	231
YAYIMLANMAMIŞ KAYNAKLAR.....	235
ÖZGEÇMİŞ.....	236

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e	: Adı Geçen Eser
AY	: Anayasa
b.	: bent
bkz.	: bakınız
C. Senatosu	: Cumhuriyet Senatosu
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev	: çeviren
E.	: esas numarası
ETCK	: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
f.	: fıkra
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: karar numarası
M. Meclisi	: Millet Meclisi
m.	: madde
OVDNHK	: Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TPG	: Transplantationgesetz (Alman Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu)
TRT Kanunu	: Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu
vb.	: ve benzeri
Y.	: Yargıtay
YGCK	: Yargıtay Genel Ceza Kurulu

KAYNAKÇA VE ELEKTRONİK AÇ ADRESLERİ

- Akıncı** : Şahin Akıncı, Türk Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
- Aksoy İpekçioğlu** : Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009.
- Arslan/Azizoğlu** : Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kasım 2004.
- Artuk/Gökçen/Yenidünya** : Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016.
- Ataay** : Aytekin Ataay, “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, 1996.
- Atamer** : Yeşim Atamer, Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1999-2000, C.19-20.
- Aydın** : Murat Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (editör: Yener Ünver), Ankara 2009.
- Aydın** : Murat Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.
- Aydın** : Murat Aydın, Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu, Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tebliğler, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara 2008.
- Aygörmez** : Gülsüm Ayhan Aygörmez, “(Alman) Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon) Kanunu”, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara, 2009.
- Ayiter** : Nuşin Ayiter, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:25, Ankara 1968.
- Azizoğlu** : Çetin Azizoğlu, Yeni Türk Ceza Hukuku Şerhi, Ankara 2004.
- Baba** : Yasemin Baba, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, İstanbul 2013.
- Bakıcı** : Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara 2010.

- Bayraktar** : Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Bayraktar** : Köksal Bayraktar, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanuna İlişkin Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Dergisi, 1979.
- Bayraktar** : Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005.
- Bayraktar** : Ömer Bayraktar, “Organ ve Doku Nakli”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 2, İstanbul 2011.
- Bekar** : Elif Bekar, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013.
- Centel/Zafer/Çakmut** : Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, İstanbul 2007, 1. Cilt.
- Centel/Zafer/Çakmut** : Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2010.
- Cihan** : Erol Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1973.
- Demirbaş** : Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Deutsch** : Ernst Deutsch “05.11.1997 Tarihli (Alman) Organ Nakli Kanunu” (Çeviren: Fatih Dönmez), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara 2009, s. 145.
- Donay** : Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Dural/Sarı** : Mustafa Dural, Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Genel Hükümleri, İstanbul 2004.
- Er** : Ünal Er, Sağlık Hukuku, Ankara 2014.
- Erem** : Faruk Erem, Organ Nakli Hakkında Kanun, Yargıtay Dergisi, Sayı:4 C.5, Ankara 1979.
- Erman** : Barış Erman, Ceza Hukuku’nda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Evik** : Vesile Sonay Evik, Cürüm İşlemek Amacıyla Örgütlenme, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.
- Evik** : Vesile Sonay Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011.

- Gökçen** : Ahmet Gökçen, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000.
- Gökçen** : Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994.
- Gökçen/Balcı** : Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013.
- Gökçen/Balcı** :Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, Ankara 2015.
- Hafizoğulları/ Özen** :Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010.
- Hafizoğulları/ Özen** :Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2015.
- Hakeri** : Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara 2015.
- Hakeri** : Hakan Hakeri “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:93, 2014.
- Hakeri** : Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Hakeri** : Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBBD, S.69, Mart-Nisan 2007.
- Hatipoğlu/Parlar** : Muzaffer Hatipoğlu, Ali Parlar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 2010.
- Heinrich** : Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ankara 2014.
- Hinderling** : Hans Hinderling, “Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, çev: E. Yurtcan, Sayı:5, İstanbul 1969.
- İçel** : Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008.
- İçel** : Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- İçel/Evik** : Kayıhan İçel, Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, İstanbul 2007.
- İçel/Sokullu Akıncı
Özgenç/Sözüer/**

- Mahmutoğlu / Ünver** : Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoğlu, Yener Ünver, Suç Teorisi, İstanbul 2004.
- Kan Aydın** : Çağrı Kan Aydın, “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/1.
- Kangal** : Zeynel Temel Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kaptanoğlu** : Ayşegül Yıldırım Kaptanoğlu, “Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13- 14 Kasım 2009, İstanbul 2011.
- Karakehya** : Hakan Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara 2010.
- Karan** : Ulaş Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı” in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa editör: S. İncoğlu, İstanbul 2013.
- Kılıçoğlu** : Ahmet Kılıçoğlu, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/2.
- Kıyak** : Fahrettin Kıyak, “İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, Ankara 1975.
- Kızıllarslan** : Hakan Kızıllarslan, “Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 2, İstanbul 2011.
- Koca/Üzülmez** : Mahmut Koca /İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Koca/Üzülmez** : Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Koca/Üzülmez** : Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2016.
- Koçak Süren** : Özlem Koçak Süren, “Organ ve Doku Naklinin Etik Açısından Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007.
- Kök** : Ahmet Nezih Kök, “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13- 14 Kasım 2009, İstanbul 2011.
- Kunter** : Nurullah Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- Kurt** : Ekrem Kurt, “Organ Naklinde Modeller”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13- 14 Kasım 2009, İstanbul 2011.
- Kühn** : Hermann Christoph Kühn, “Yeni Alman Nakil Kanunu” (Çeviren: Yener Ünver), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (editör: Yener Ünver), Ankara 2009.

- Mahmutoğlu** : Fatih Selami Mahmutoğlu, “TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Maurer** : S. Maurer, “İsviçre Hukuku’na göre Ölüm Sonrası Organ Alımı” (Çev: Özlem Yenerer Çakmut), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara 2009.
- Meran** : Necati Meran, YTCK’da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005.
- Mermut** : Serdar Mermut, “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 2, İstanbul 2011.
- Nuhoğlu** : Ayşe Nuhoğlu, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008.
- Özbek/ Doğan Bacaksız/Tepe** : Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- Özbek/Doğan Bacaksız/Tepe** : Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2016.
- Özbek/Kanbur/Doğan Bacaksız/ Tepe** : Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011.
- Özbilen** : Arif, Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.
- Özen** : Mustafa Özen, “Organ Ticaret Suçu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, DERLEYEN: Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK, Prof. Dr. Mathias ROHE, Dr. Ali YARAYAN, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2.
- Özgenç** : İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, İstanbul 2016.
- Özgenç** : İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Ankara 2013.
- Öztezel** : Aslıhan Öztezel, “Organ ve Doku Nakil Suçları”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 16-17 Ekim 2014, Lefkoşa Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, ed: Hakan Hakeri/ Cahid Doğan, Türkiye Barolar Birliği.
- Öztürk/Erdem** : Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2016.

- Parlar/Hatipoğlu** : Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Cilt 2.
- Polat** : Oğuz Polat, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1997.
- Sancar** : Türkan Yalçın Sancar, Çok Failli Suçlar, Ankara, 1998.
- Sarial** : Enis Sarial, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989.
- Sarıtaş** : Erkan Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, İÜHFM, C. LXXI, S.1, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan Özel Sayısı, 2013.
- Sarıtaş** : Erkan Sarıtaş, “Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler” Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, 2008.
- Schmidt-Recla** : Adrian Schmidt-Recla, “Ölü Daha Uzun Yaşar: Beyin Ölümü Organ Bağışı İçin Yeterli Bir Kriter Midir?”(çev: Koray Doğan), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara 2009.
- Schreiber** : Hans-Ludwig Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (2) Tıp ve Ceza Hukuku, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Çev: Ali Kemal Yıldız, Ankara 2004.
- Soyaslan** : Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Soyaslan** : Doğan Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 2007.
- Soyaslan** : Doğan Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.
- Soyaslan** : Doğan Soyaslan, “Organ, Doku, Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1.
- Sözüer** : Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
- Şahin** : Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Eylül 2012.
- Taneri** : Gökhan Taneri, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2014.
- Taşkın** : Ahmet Taşkın, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997.

- Toroslu** : Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Toroslu** : Nevzat Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, Cilt 35.
- Toroslu** : Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, 1970.
- Ünver** : Yener Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk hukuku’na Etkileri”, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2005.
- Ünver** : Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- Ünver** : Yener Ünver, “Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesinin Türk hukuku’na Etkileri”, Kamu Hukuku Arşivi Kasım 2005.
- Ünver** : Yener Ünver, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:3 Sayı:7, Ağustos 2008.
- Üzülmez** : İlhan Üzülmez, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013.
- Wolf** :Gerhard Wolf, “Nakil İçin Organ Temininin Cezalandırılabilirliği Üzerine” (çev: Veli Özer Özbek/İlker Tepe), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara 2009.
- Yavuz** : Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, İstanbul 2007.
- Yenener Çakmut** : Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Yıldız** : Ali Kemal Yıldız “Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuki Sorunlar”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17 – 19 Nisan 2008.
- Yılmaz** : Ergün Yılmaz, “Organ ve Doku Nakli”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Yıl:2, Sayı:2.
- Zafer** : Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2015.
- Zafer** : Hamide Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı – Normatif Teorinin Öne Çıkışı – Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, Maltepe ÜHFD, 2, 2009.

www.corpus.com

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t18/c043/cs_18043070ss0917.pdf

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents>

<http://tdk.gov.tr>

http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.html

http://old.staff.neu.edu.tr/~eergun/index_files/Page880.htm

GİRİŞ

Günümüzde gelişen teknoloji ve tıp biliminin hızla ilerlemesi sonucunda yaşayan insandan yaşayan insana, ölüden yaşayan kişiye, hayvandan insana ve aynı insandan aynı insana olmak üzere organ veya dokuların yahut bu gibi diğer biyolojik maddelerin nakli artmış ve giderek önem kazanmıştır. Kişilerde işlevini tamamen yitiren ve bu sebeple kişinin en temel insan haklarından olan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına karşı büyük tehlike arz eden hastalıkların iyileştirilmesi açısından organ veya doku nakilleri hem ülkemizde hem de dünyada oldukça önemli tıbbi operasyonlardır.

Organ ve doku nakillerinin kuşkusuz ki en büyük amacı kişileri sağlığına kavuşturmak olup, devletin gerek toplumdaki kişilere yaşayacak sağlıklı bir çevre sağlama gerekse kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme yükümlülüğü kapsamında bu alana ilişkin oldukça yoğun düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Gerçekten özellikle insanlar arası organ ve doku nakilleri açısından yegâne amaç iyileştirme olsa da bu kurumun henüz yaygınlaşmaması fakat buna rağmen birçok insanın doku yahut organa ihtiyaç duyması usulsüz ve tabiri caizse merdiven altı diye tabir edilen organ ve doku nakillerini de beraberinde getirmiştir. Hatta organ ve doku nakline duyulan yoğun ihtiyaçtan dolayı insan kökenli biyolojik maddeler ticari bir değer halini alarak, bunların ticareti de oldukça rastlanılan bir durum halini almıştır. Bu bağlamda organ ve doku nakillerinin kötüye kullanımının ve insan kökenli biyolojik maddelerin ticaretinin yapılmasının önlenerek kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını koruyan devlet bu alana ilişkin olarak oldukça sıkı şekil şartları getirerek doğan ihtiyaca paralel ceza normları da oluşturulmuştur.

Canlı insandan canlı insana ve ölüden canlı insana yapılacak organ veya doku nakilleri açısından gereken şartlar ve işletilen prosedür ilk defa 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Söz konusu bu Kanun’da organ ve doku nakli prosedürünün yanında torba hüküm şeklinde bir de ceza normu ihdas edilmiştir. Organ ve doku nakline ilişkin suçlar ise Türk Ceza Kanunu’na ilk defa 5237 sayılı Kanun ile girmiş olup, bu suçlara ilişkin düzenlemeler Kanun’un

91, 92 ve 93.'ncü maddelerinde yer almaktadır. Bu maddelerden 91. maddenin başlığı “Organ ve Doku Ticareti” şeklinde düzenlenmiş ve söz konusu madde altında “yaşayan kişiden organ ve doku alma”, “ölüden organ ve doku alma”, “organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme”, “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama” ve “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama” şeklinde beş ayrı suç düzenlenmiştir. Kanun’un 92. maddesinde organ veya doku satan kişi açısından bir zorunluluk hali düzenlemesine; 93. maddesinde ise yine aynı fail için bir etkin pişmanlık haline yer verilmiştir.

Gerek 2238 sayılı Kanun gerekse Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri ile Türk ceza hukukuna birçok yeni düzenleme ve suç tipi kazandırılmıştır. Uygulaması henüz çok fazla olmamasına rağmen alana olan ihtiyaç ve hızla gelişen tıp bilimi ile birlikte söz konusu prosedürler ve suç tipleri ceza hukuku anlamında büyük önem kazanacak ve şüphesiz hükümlerin uygulanması ve yorumlanması aşamasında birçok problematik söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, çok yeni olarak addedebileceğimiz ve özellikle farklı uygulamalar ile belirsizliklerin var olduğu bu düzenlemeler üzerinde inceleme ve araştırma yaparak doktrin ve uygulamaya görüşlerimiz ile katkı sunabilmeyi amaçlamaktayız.

Çalışmamız kapsamında yalnızca yaşayan kişiden yaşayan kişiye ve ölüden yaşayan kişiye yapılan organ ve doku nakilleri incelenmiş ve bu bağlamda 2238 sayılı Kanun ve Türk Ceza Kanunu kapsamındaki hükümler değerlendirilmiştir. Bu bağlamda çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle organ ve doku nakillerinin çerçevesini çizen 2238 sayılı Kanun ile buna ilişkin yönetmelik incelenmiş ve organ ve doku nakline ilişkin hukuki prosedür ortaya konulmaya çalışılmıştır. Aynı zamanda 2238 sayılı Kanun ile Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri karşılaştırılmış olup ceza kanununda yer alan suçların ortak korunan hukuki değerleri incelenerek, suç tiplerini sistemli bir şekilde incelemek ve aralarındaki ilişkiyi ortaya koymak açısından suç tipleri fiil açısından tasnif edilmiştir. İkinci bölümde tasniflendirilen suç tiplerinden “yaşayan kişiden organ ve doku alma” ve

“ölüden organ ve doku alma”; “Organ ve Doku Alınması Suretiyle İşlenen Suçlar” başlığı altında; üçüncü bölümde ise diğer suç tipleri olan “organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme”, “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama” ve “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama” suçları ise “Organ ve Dokunun Ticarete Konu Edilmesi Suretiyle İşlenen Suçlar” başlığı altında incelenmiştir.

İnceleme ve araştırma konusu kapsamında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun esas alınmakla birlikte, Yargıtay kararlarına, uluslararası sözleşmelere, yabancı ülke mevzuatları ve uygulamalarına da yer verilmek suretiyle mevcut düzenlemenin uygulanma şekline, yasal mevzuatta değiştirilmesi ya da düzeltilmesi gerekli hususlara, görüş ve önerilere yer vermeye çalışarak uygulamada tartışmalı olan ve belirlilik kazanmamış bir kısım sorunların çözülmesi ve bu sürece katkı sunulması amaçlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM:

ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇLARINA

İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. Genel Bilgilere Giriş

Modern ceza hukuku açısından kabul edilen temel ilkelerden biri suç tipleri ile hukuksal değerlerin korunması ilkesidir¹. Bu ilke çerçevesinde suç tipleri ancak bir hukuksal değeri korumak için ihdas edilebilir². Hukuksal değerler ise en genel anlamı ile insanların hukuk tarafından korunan menfaatlerini ifade etmektedir³. İnsanların sayısız menfaatlerinin tümü hukuk tarafından korunmadığı gibi korunan menfaatlerin tümü de ceza hukuku normları ile korunmamaktadır. Gerçekten, ceza hukuku normları, bütün hukuksal değerleri değil fakat diğer hukuki koruma araçları ile getirilen hukuki korumanın yetersiz kaldığı en temel hukuki değerleri korumaktadır⁴. İnsanın bu şekilde temel olarak korunması gerektiği kabul edilen hukuksal değerlerin en önemlilerinden biri de hiç kuşkusuz kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklarıdır. Bir insanın en temel içgüdüleri olarak hayatta kalma, hiç şüphesiz onun hukuk sisteminden en temel korunma talebinin de konusu

¹ Bkz. H. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2015, s.145, İ. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, İstanbul 2016, s.38; M. Koca/İ. Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016, s.32, V.Ö. Özbek, K. Doğan, P. Bacaksız, İ. Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 41, Y. Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.668-669, M. E. Artuk/ A. Gökçen, A. C. Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016, s.197-198, H. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.2, T. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.49-50, E. Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, İÜHFM, C. LXXI, S.1, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci’ya Armağan Özel Sayısı, s.1092.

² Zafer, Genel Hükümler, s.145, Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.32, Ünver, Hukuksal Değer, s.669 vd., Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e, s.198, Hakeri, Genel Hükümler, s.2, Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”,s.1092.

³ Bkz. Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, s.1092-1094: Ceza hukukunun temel olarak hukuksal değerleri koruma fonksiyonunu ifa ettiği kabul edilmekte ise de niteliği itibarıyla hukuksal değer kavramı tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre hukuksal değerler insanların hukuk tarafından korunan hak ve menfaatleridir. N. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, 1970, s108-114: Buna karşılık diğer bazı yazarlar hukuksal değerleri hukuki durumlar olarak kabul etmektedir.

⁴ Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, s.1095.

olmaktadır. Hayatta kalma içgüdüğü kişinin vücut bütünlüğüne yönelmiş tüm müdahalelere karşı temel savunma reflekslerini de kapsadığından bu korunma talebinin şüphesiz en tabii kısımlarından birini kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaması teşkil etmektedir. İşte, insanların, modern demokratik toplumlarda devletten ve onun sistematikleştirdiği hukuk sisteminden en temel beklentisi yaşamına ve vücut bütünlüğüne dokunulmaması olduğu kadar bu menfaatlerinin diğer kişiler tarafından ihlal edilmesinin önlenmesi ve bu tarz ihlallerin uygun hukuki yaptırımlarla karşılanmasıdır.

Hukuk sisteminde bir son araç olma vasfı taşıyan⁵ ceza hukuku sistemi de kişilerin bu temel istemine sessiz kalmamış, bu menfaatlerin korunması için ceza normları ihdas edilmiştir. Gerçekten istisnasız bir şekilde hemen her ülke kanununda kasten veya taksirle öldürme, kasten veya taksirle yaralama, işkence vb. fiiller suç tipleri olarak düzenlenmiş ve bunlara oldukça ağır yaptırımlar öngörülmüştür. Elbette bunlar, tarihsel gelişim süreci içinde de çok eski kanunlarda kendilerine yer bulabilmiş temel suç tipleridir. Ancak gelişen teknoloji ile birlikte bunların da vücut bütünlüğüne karşı olabilecek tüm saldırıları korumaya yetmediği görülmüş, bu nedenle bunlara yenileri eklenmiştir. Bu gelişimin en önemli kısımlarından birini de hiç şüphesiz kişinin vücudundan organ ya da doku alınması teşkil etmektedir. Pek çok bilim dalı gibi tıbbın da son yüzyıldaki olağanüstü gelişimi insanların organ ve dokularının vücuttan alınıp uygun koşullarda muhafaza edilmesi ve bir başka insana nakline imkân tanıyınca mevcut düzenlemelerin bunlara ilişkin hukuki himaye imkânını tam olarak karşılamaktan uzak olduğu görülmüş ve özellikle bu süreci düzenleyen hukuk normları ihdas edilince bu normların ihlali yoluyla kişilerin vücut bütünlüğü ya da yaşam haklarının ya da benzeri başka menfaatlerinin de ihlal edilmesinin önüne geçilebilmesi için çeşitli yaptırım sistemleri ve bu arada ceza normları ihdas edilmiştir⁶. İşte, kişinin rızasına

⁵ Zafer, Genel Hükümler, s.45, Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, s.1095.

⁶ Bkz. N.Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, Cilt 35, s.91, K. Bayraktar, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanuna İlişkin Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Dergisi, 1979, s. 15., Ç. K. Aydın, “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/1, s.130-131.

uygun olarak ya da rızası hilafına olsun, vücudundan organ ve doku alınması yoluyla onun vücut bütünlüğünü ve yaşam hakkını ihlal eden bu fiiller kanunlarda organ ve doku ticareti suçları şeklinde düzenlenmiş ve ceza hukuku yaptırımları ile karşılanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda⁷ (TCK) da anılan suç tipleri TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabının, kişilere karşı suçlar başlığını taşıyan ikinci kısmının, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlıklı ikinci bölümünde 91 ila 93. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerden ilkinde temel suç tipleri, ikincisinde zorunluluk hali ve sonuncusunda etkin pişmanlık hükümleri yer almaktadır. Kanun koyucu bu maddelerde hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın yaşayan bir insandan organ ve doku alınması, hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alınması, organ ve dokunun ticareti, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organın aşılınması, saklanması ve nakledilmesi ve çıkar karşılığı organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam fiillerini suç olarak düzenlemiş ve bu fiillerin tamamı için değişen oranlarda hapis ya da adli para cezası öngörmüş, organ ve doku ticareti suçunda satan kişinin özel bir durumuna istinaden zorunluluk haline yer vermiş ve yine aynı kişi için uygulanabilecek bir etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. İşte anılan bu maddelerde kanun koyucu, (aşağıda detaylı olarak ifade edeceğimiz üzere bizce birden fazla fiili, aynı madde kapsamında fakat birden fazla suç tipini teşkil edecek şekilde tanzim edildiğinden bu fiillerin tümü için kullandığımız tabirle) organ ve doku ticareti suçlarını düzenlemiştir.

Söz konusu suç tipleri Türk Ceza Kanunu'nda ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kendisine yer bulmuş, öncesinde ise özel bir kanunda daha sınırlı olarak bazı suç tiplerine yer verilmiştir. Bu itibarla 5237 s. TCK'nın 91-93. maddelerinde düzenlenen organ ve doku ticareti suçlarını suç ve yaptırım teorisi yönünden inceleyebilmek açısından tanımlayabilmemiz için evvela bu normatif gelişim sürecini ve TCK'nın düzenleme sistemini ortaya koymamız gerekmektedir.

⁷ 26/09/2004 tarihinde kabul edilerek 12/10/2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

II.Organ ve Doku Ticareti Suçlarına İlişkin Normatif Durum

Organ ve doku ticaretine ilişkin suçların ilk düzenlendiği kanun 1979 yılında yürürlüğe giren 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun (OVDNHHK) olup, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK) kapsamında organ ve doku ticareti suçları hakkında bir hüküm bulunmamaktaydı. 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ise organ ve doku nakline ilişkin bir kısım fiiller suç olarak ihdas edilmiştir.

Bu manada organ ve doku ticaretine ilişkin suçlara ilişkin Türk ceza hukukundaki normatif kaynaklar TCK’nın ilgili hükümleri ile OVDNHHK’de yer alan ceza hükümlerinden ibarettir. Bu bölümde organ ve doku ticareti suçlarına ve haliyle bunun öncesinde organ ve doku nakline ilişkin normatif sistemin gelişimi açısından her iki kanun ve OVDNHHK’nin uygulanmasına ilişkin yönetmelik incelenecektir.

A- Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakline İlişkin Mevzuat

1. Genel Olarak

2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun 29 Mayıs 1979 tarihinde kabul edilmiş ve 3 Haziran 1979 tarihinde 16655 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 21 Ocak 1982 tarih ve 2594 sayılı Kanun ile OVDNHHK’ye bir kısım madde eklenmiş, 2 Ocak 2014 tarih ve 6514 sayılı Kanun ile de 10,11 ve 14. maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’dan önce organ ve doku ticaretine ilişkin suçları düzenleyen bir kanun bulunmamakla beraber yalnızca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 201. maddesinin b bendi hükmündeki insan ticareti suçunun seçimlik hareketlerinden birinin “vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla” işlenmesi halinde insan ticareti suçu kapsamında

değerlendirilmekteydi⁸. Fakat gelişen tıp bilimi ve organ ve doku nakillerinin ülkemizde yaygınlaşması ile birlikte mevcut hükmün yetersiz kalması sonucunda ilk defa OVDNHH'nin cezai hükümleri ile birlikte organ ve doku nakli hakkında bir kısım fiil suç olarak düzenlenmiştir. Gerçekten organ ve doku nakli konusunda yasal düzenleme eksikliğine Yargıtay da işaret etmiş ve Türkiye’de doktorların organ ve doku nakli hakkında yoğun çalışmalar yapmakta olduğu fakat buna rağmen mevzuatta organ nakline ait gerekli hükümler bulunmadığı ve hatta tesis etmiş içtihatın da olmadığı dile getirilmiştir⁹.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’un gerekçesinde organ ve doku nakli hakkındaki mevzuat değerlendirilirken şu ifadeler yer verilmiştir: “Yürürlükte olan yasalarımızda (Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrası Kanunu, Hususi Hastaneler Kanunu gibi) transplantasyonun hukuksal sorunlarını giderici hükümlerin yer almamış olması, ülkemizde organ nakli işleminin akademik ve klinik çalışmalarına olanak vermemektedir. Şimdiye dek yapılan bazı organ nakillerinde, transplantasyonu gerçekleştirmiş bulunan sağlık ekibi, cezai sorumluluk yönünden TCK'nun 456, 457, 467, 491 178/2, 240 ve 251 nci maddeleri içeriliğinde takibata maruz kalmışlardır. Ancak, Türk Yargıtayı tıbbın insan sağlığı ve yaşamı yönünden çağdaş gelişimine çalışan doktorları cezalandırmayı

⁸ M. Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s.144, Ç. Azizoğlu, Yeni Türk Ceza Hukuku Şerhi, Ankara 2004, s.406, A. Parlar/M. Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 2010, s.1555, Ö. Bayraktar, “Organ ve Doku Nakli”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 2, İstanbul 2011, s. 1303.

⁹ “Dünyanın birçok ülkesinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle, belki ilgilinin muvafakatini almak imkanını bulamadan organ nakli yapmaktadırlar. Kanun koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dar bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fennin ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca bir an evvel organ nakil hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukuki yönlerini tayin ve tespit etmektir. Sonuç: Sosyal sigortalar hastanesinde kanserden ölen bir şahsın gözünü insani ve tıbbi bir gaye ile bir hastaya naklederek görmesini sağlayan doktorların fiil ve hareketlerinde TCK 178/2 (ölünün naşını kısmen veya tamamen almak) deki suçun maddi ve manevi unsurlarını ve suç işlemek kastının bulunmadığı ve eylemlerinin başka bir suç teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.” 765 sayılı TCK Md.178/2 “Bunların dışında, her kim bir ölünün naaşını tamamen veya kısmen alır veya ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa, iki aydan altı aya kadar hapis ve beşbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.” Kararın tamamı için bkz. Y.4.CD, 02.06.1975, 2433/3150, (www.corpus.com)

düşünmemiş ve mahkûmiyet kararları vermemiştir¹⁰.” Görüldüğü üzere Kanun’un gerekçesinde de organ ve doku nakillerinin düzenlenmesi hakkındaki mevzuat bağlamındaki eksikliğe dikkat çekilmiştir.

Kanun’un ilk maddesinden de anlaşıldığı üzere amaç organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli hakkında genel esasları ortaya koymaktır. Ayrıca yine aynı maddeden de anlaşılabileceği üzere Kanun organ ve doku naklinin hangi hallerde yapılabileceğini de belirtmiş olup bu haller tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar olarak sıralanmıştır. Kanun’un ikinci maddesinde ise kapsam belirlenerek, Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu haricinde insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku nakillerine ilişkin esasların düzenlendiği belirtilmiştir. Bu manada Kanun’un Alman Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantationgesetz, TPG)¹¹ ile uygulama alanı açısından benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür. Gerçekten TPG m.1 f.2’nin ilk ve ikinci bendine göre kişiden tekrardan kendine yerleştirilmek amacıyla cerrahi müdahale kapsamında alınan dokular bir diğer değişle oto-greftler ile kan ve kan ürünleri hakkında söz konusu kanunun uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır¹².

Kanun kapsamında yaşayan kişilerden ve ölüden yapılacak organ ve doku nakillerinin farklı esaslara tabi kılındığı görülmekte olup, Kanun’un ikinci bölümünde yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasına ilişkin esaslar, üçüncü bölümünde ise ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Her iki bölümde de kimlerin organ ve doku nakli yapabilecekleri, nakil şartları, koşulları ve nakiller hakkında yasaklanan eylemler belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenlemeleri ilerleyen bölümlerde organ ve doku nakli sürecini anlatırken detaylıca inceleyeceğiz.

¹⁰ Dönem 5, Toplantı 2, Sayı: 328, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Teklifinin Millet Meclisince Kabul Olunan Metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları, M. Meclisi: 2/658; C. Senatosu: 2/149(Tamamı için bkz:

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t18/c043/cs_18043070ss0917.pdf)

¹¹ 11.11.1997’de Federal Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹² TPG’nin Türkçe çevirisi için bkz: G. A. Aygörmez, “(Alman) Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon) Kanunu”, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara, 2009, s. 95 vd.

Diğer yandan Kanun kapsamında organ ve doku hakkında bir tanımlama yapılmamıştır. Nitekim ölüden organ alınmasına ilişkin ölüm halinin nasıl tespit edildiği de Kanun'un 11. maddesinde dile getirilmesine rağmen biyolojik ölüm mü yoksa doğal ölümün mü esas alınacağı hakkında açık bir düzenleme içermemektedir¹³.

Kanun'un dördüncü ve son bölümünde ise cezai hükümlere yer verilmektedir.

2. 2238 Sayılı Kanunu'nun Cezai Hükümü

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un dördüncü ve son bölümünde cezai hükümlere yer verilmekte olup, esasen söz konusu bölüm tek bir maddeden oluşmaktadır. Bu manada OVDNHK'nin 15. maddesinde "Yasak Eylemler" başlıklı bir ceza hükmü ihdas edilmiştir. Maddede, Kanun'da belirtilen diğer hükümlere herhangi bir şekilde aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanların iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Maddenin düzenleniş biçimine bakıldığında fiilleri ağırlıklarına göre ayırmadığı ve Kanun'da sayılan usullere uyulmadan gerçekleştirilen her fiilin aynı yaptırma bağlandığı görülmektedir¹⁴. Örneğin ilgili Kanun'a göre ölüm halinin saptanması aşamasında 11. maddede sayılan uzmanların hepsinin bulundurulmaması, organ ve doku alan hekimin 7. maddeye göre bilgi verme ve araştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, 10. maddeye göre naklin yetkili sağlık kurumlarında yapılmaması vb. hallerde aynı ceza hükmü uygulanacaktır. Bu sebeple düzenlenen ceza normunun bir çerçeve kural olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır¹⁵. Doktrindeki bir görüşe göre¹⁶ söz konusu maddede yasaklanan

¹³ Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1312.

¹⁴ Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1303.

¹⁵ Bayraktar, a.g.e, s.22, A. Gökçen, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s.80, Benzer görüş için bkz. Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 120.

¹⁶ Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 80, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1303.

fiillerin her biri ayrı suç olmayıp, seçimlik hareketler olarak kabul edilmelidir. Aksi halde alma, saklama, aşılama vb. eylemlerin ayrı ayrı cezalandırılması çok ağır sonuçlara sebebiyet verecektir. Başka bir görüşe göre¹⁷ ise söz konusu maddede organ aktarma işlemleri ile ilgili olarak organ ve doku alma, saklama, aşılama ve organ ve doku alımı ve satımı olmak üzere dört ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Kanaatimizce OVDNHK'nin bu maddesi açısından sayılan fiillerin seçimlik hareketler olduğu yorumunu yapmak yerindedir. Zira kanun hükmü incelendiğinde sayılan fiillerin hepsi aynı ceza yaptırımına bağlanmış olup, farklı suç tipleri olarak düzenlenmemiştir. Fakat ileride inceleyeceğimiz üzere Türk Ceza Kanunu'nda bu fiiller farklı fıkralarda düzenlenerek hepsi için farklı cezalar öngörüldüğünden hem organ alan hem de bu organı aşılayan hekim ayrı hükümleri ihlal ettiği için iki farklı suçtan cezalandırılacaktır.

Doktrinde birçok yazar tarafından Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da yer alan cezai hüküm, yukarıda bahsedildiği gibi birden fazla ve birbirinden farklı fiilleri aynı ceza yaptırımına bağladığı için eleştirilmektedir¹⁸. Gerçekten söz konusu hüküm Kanun'da zikredilen usullere aykırı olarak yapılan her türlü organ veya doku alma, aşılama, nakletme vb. fiilini aralarında bir fark yokmuşçasına diğer bir değişle her fiille ihlal edilen hukuksal değerın ağırlığı eşitmişçesine aynı ceza ile cezalandırmaktadır. Bu surette ölüden usulsüz olarak organ nakleden hekim ile yaşayan kimseden geçerli rızaya dayanmaksızın organ alan hekim aynı ceza yaptırımı ile karşılaşmakta, tabiatıyla bu durum da hakkaniyete uygun düşmemektedir. Gerçekten farklı ihlalleri aynı kapsamda değerlendirmek suretiyle tek bir yaptırıma başvurulması doktrinde suça ceza ilkesine aykırı bulunmuştur¹⁹. OVDNHK'nin 15. maddesindeki bu sorun TCK'nın organ ve doku nakline ilişkin ceza hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile son

¹⁷ Toroslu, a.g.e, s.113.

¹⁸ Bkz. Bayraktar, a.g.e, s.22, Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s.80, D.Soyaslan, "Organ Nakilleri", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 2007, s. 432., Ö. Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 168, D. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 207, Ü. Er, Sağlık Hukuku, Ankara 2014, s. 106, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1303.

¹⁹ A. Taşkın, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 155.

bulmuştur. Zira TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte farklı fiillerin cezalarının ağırlığı da farklılaştırılmıştır.

Madde açısından değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise madde lafzında geçen “fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde” ibaresinin ne anlama geldiğidir. Madde de geçen bu ibare özel bir içtima kuralına işaret etmektedir. Kimi zaman aynı fiil açısından iki yahut daha fazla ceza normunun uygulanması gerekebilir. Bu hallerde kanun koyucu öncelikli olarak uygulanması gereken normu bize gösterebilir. Örneğin bahsi geçen hükümdeki gibi “fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde” şeklindeki bir ifade ile kanun koyucu normlar arasında çıkabilecek çatışmayı öngörerek bize söz konusu fiil açısından uygulanacak normu göstermektedir²⁰. OVDNHK'nin da 15. maddesi uyarınca da bu Kanun kapsamında yasaklanan fiil ceza kanunları açısından farklı ve daha ağır bir yaptırıma tabi kılınmış ise o hüküm uygulanacaktır. Örneğin OVDNHK'nin 8. maddesi uyarınca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Bu anlamda kişinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması OVDNHK'nin 15. maddesindeki suç oluşturduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kasten yaralama, kasten öldürme vb. gibi suçları da oluşturmakta olup bu suçların yaptırımı daha ağır olduğundan somut olayda içtima kuralı gereği TCK hükümleri uygulanacaktır.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un cezai hükmü ile ilgili olarak değinilmesi gereken son konu ise TCK'nın organ ve doku nakline ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra 15. maddenin zımni olarak yürürlükten kalkıp kalmadığı noktasıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre TCK'nın organ ve doku nakline ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra OVDNHK'nin 15. maddesinin zımnen yürürlüğü sona ermiştir. Bu manada organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler açısından artık gidilecek yegâne hükümler TCK'da yer almaktadır²¹. Bir diğer görüşe göre ise OVDNHK'nin 15. maddesinin yürürlükten kaldırıldığına dair TCK'da bir hüküm bulunmadığından halen OVDNHK'nin 15.

²⁰ Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s.57 Aktaran: Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.438.

²¹ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.118.

maddesi de TCK'nın ilgili hükümleri de yürürlüktedir. Fakat TCK'nın hükümleri OVDNHK'nin 15. maddesinden daha ağır cezalar öngördüğünden fikri içtima kuralları uyarınca ekseriyetle TCK uygulanmaktadır²². Bir başka görüşe göre ise OVDNHK m.15'te düzenlenen fiillere benzer fiiller TCK m.91'de de düzenlenmiş olup, sonraki genel kanun aynı fiilleri düzenleyen önceki özel kanun olsa dahi bu kanundaki düzenlemeleri yürürlükten kaldırdığı yönündedir²³. Bu anlamda bu görüşe göre TCK'nın organ ve doku nakli hakkındaki cezai hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte OVDNHK'nin 15. maddesi yürürlükten kalkmıştır. Fakat organ ve doku nakline ilişkin genel prensipler açısından OVDNHK yürürlüğünü sürdürmektedir²⁴. Diğer ve son görüş ise TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen hususlar ile ilgili olarak OVDNHK'nin söz konusu ilgili kanun hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalkmış olduğu fakat diğer hükümlerinin halen yürürlükte olduğu yönündedir²⁵. Bu anlamda TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen fiiller açısından OVDNHK'nin 15. maddesindeki fiiller zımni olarak yürürlükten kalksa dahi, TCK'nın 91. maddesi kapsamında suç teşkil etmeyen fiiller OVDNHK'nin 15. maddesi uyarınca suç teşkil ediyorsa bu kapsamda cezalandırılacaktır²⁶. Örneğin TCK m.91 f.3 uyarınca organ satan, alan, satılmasına aracılık eden kişiler cezalandırılmaktadır. Maddenin açık lafzından anlaşıldığı üzere ise satma ve alma

²² A. Gökçen/M.Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013, s.127, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1326, S. Mermut, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 2, İstanbul 2011, s. 1487.

²³ V. Ö. Özbek/K. Doğan / P. Bacaksız/ İ. Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2016, s.262.

²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 262.

²⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara 2015, s.846, F.S. Mahmutoglu, "TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 295.

²⁶ A.K. Yıldız, "Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuki Sorunlar", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17 – 19 Nisan 2008, s.279: Yıldız'a göre OVDNHK'da düzenlenip de TCK'da düzenlenmeyen eylemler konusunda da yine bu kanunun 15. maddesindeki hükmü geçerli olacaktır. Sözgelimi vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek konusundaki yükümlülüğe aykırı hareket etmek (OVDNHK m.7/e); kan veya sıhrı hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak yükümlülüğüne aykırı hareket etmek; organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunluluğuna aykırı hareket etmek (OVDNHK m.10) eylemlerinin OVDNHK'nın 15. maddesi hükmü çerçevesinde cezalandırılması mümkün olabilecektir.

dışında bir menfaat temini cezalandırılmamıştır. Fakat OVDNHHK m.3 uyarınca bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmış olup, başka bir menfaat temini halinde söz konusu madde uygulanabilecektir. Yine aynı şekilde TCK m.91 f.1 uyarınca hukuken geçerli bir rızaya dayanmadan yaşayan kişiden organ alınırsa suç oluşacaktır. Bu anlamda OVDNHHK'nin ilgili maddeleri uyarınca geçerli bir rızaya dayalı olarak fakat yetkili sağlık kuruluşu dışında bir nakil gerçekleştiğinde ise TCK m.91 f.1 uyarınca suç oluşmazken OVDNHHK m.15 yine uygulama alanı bulabilecektir²⁷.

Kanaatimizce Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un cezai hükmü ile TCK'nın 91. maddesi arasındaki ilişki bakımından son görüş en isabetlisidir. Gerçekten TCK m.91 ve OVDNHHK m.15 tam anlamı ile örtüşmediğinden TCK'nın ilgili hükmünün yürürlüğe girmesi diğer hükmün zımnen mülga olduğu yorumunu yapmak güçtür. Zira TCK'nın suç olarak ihdas etmediği bir fiil OVDNHHK bakımından suç olarak öngörülmüş ise pekâlâ m.15 uygulanabilecektir.

Alman hukuku açısından organ ve doku alınması ve ticareti ile ilgili suçlar bir bütün olarak TPG'de düzenlenmiştir. Bu manada TPG m.17 uyarınca bir başkasının iyileşme tedavisi için öngörülen organlar veya dokuların ticaretinin yapılması OVDNHHK m.3'teki gibi yasaklanmıştır. Fakat OVDNHHK'den farklı olarak TPG'de iki hal kapsam dışına çıkarılmıştır. Maddeye göre “uygun bir miktar ücretin, bağışı ya da alınması, tıbbi müdahalede bulunma amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olan tedbirler için, özellikle de, alma, saklama, başka bir şekilde hazırlamaya ilişkin tedbirler, ayrıca enfeksiyondan korunma, organ ya da dokuları saklama ve yollamaya yönelik tedbirler” ile “Organ veya dokuların kullanılmasından ya da bunların kullanılması ile üretilen ve İlaç Kanunu'nun 21.maddesi uyarınca, İlaç Kanunu'nun 37.maddesi ile bağlantılı olarak ya da İlaçlar Kanunu'nun 38 veya 39a maddesine göre izin vermeye ilişkin düzenlemelere tabii olan ya da İlaç Kanunu'nun 36. maddesine göre Yönetmelik yoluyla izinden ya da aynı Kanun'un 39.maddesinin 3.fıkrası uyarınca kayıttan men edilmiş olan ilaçlar veya İlaç Kanunu'nun 4. maddesinin 19. fıkrası kapsamında hücrelerin

²⁷ Benzer görüş için bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s. 848.

kullanılmasından ya da kullanılmasıyla elde edilmiş olan etki edici maddeler” organ ve doku kapsamında değildir. Diğer yandan aynı madde uyarınca organ ve doku ticareti yasaklandığı gibi yasak ticaret konusunu teşkil eden organların veya dokuların alınması, bir başka insana aktarılması veya aktartılması da yasaktır. TPG m.18 uyarınca da TPG m.17’de yasaklanan fiiller cezalandırılmaktadır. İşbu maddeye göre organ ve doku ticareti ve ticarete konu olmuş organ ve dokuların nakledilmesi, naklettirilmesi veya alınmasının cezası beş yıla kadar hapis yahut para cezasıdır. Fakat fail bu fiilleri meslek haline getirerek işlemiş ise bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.

Alman Nakil Kanunu m.19’da ise genel olarak ölüden ya da yaşayan kişiden organ alınması aşamasında Kanun’a ve ilgili maddelere riayet edilmemesi cezalandırılmaktadır²⁸. Bu haliyle TPG m.19 da OVDNHHK m.15’e benzeyen bir torba hüküm niteliğindedir. Türk hukukundan farklı olarak ise Alman hukukunda gereken koşullara göre yapılmayan alma taksirlilik hali açısından da cezalandırılmaktadır.

3. 28191 Sayılı Yönetmelik

28191 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 01.02.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmeliğin ilk maddesi uyarınca yönetmeliğin amacı genel olarak tedavisi doku veya organ nakli ile mümkün olan hastaların hayatını sürdürmesine yönelik nakilleri gerçekleştirecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku tiplene laboratuvarlarının açılması, çalışması ve denetimi ile organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esasları belirlemektir. Yönetmeliğin ikinci maddesi uyarınca kapsamı ise, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan organ ve doku nakli merkezleri, organ ve doku kaynağı merkezleri ve doku tiplene

²⁸ E. Deutsch, “05.11.1997 Tarihli (Alman) Organ Nakli Kanunu” (Çeviren: Fatih Dönmez), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10, Ankara 2009, s. 145.

laboratuvarlarının organ ve doku nakilleri ile ilgili faaliyetlerini kapsamak olarak belirlenmiştir.

Söz konusu Yönetmelik, Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un uygulanması açısından bir kısım esas ve usullerin belirlenmesi açısından çeşitli hükümler öngörmekte olup, esasen incelenmesi gereken iki önemli husus bulunmaktadır.

Değerlendirilmesi gereken hususlardan ilki Yönetmeliğin 16. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonu'nun²⁹ verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığının ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunun onaylaması ile gerçekleştirilebilecektir. Bu onay işleminin yapılabilmesi için ise alıcı ve verici Yönetmelik'te sayılan belgeler ile Etik Komisyonuna başvurmak durumundadır. Söz konusu bu prosedürden OVDNHHK'de bahsedilmemekte olup, bahsi geçen onay işlemi olmadan nakil yapılması durumunda gerek OVDNHHK gerek ise TCK m.91 açısından suç oluşup oluşmayacağı hususu önemlidir. Yönetmeliğin ilgili maddesi incelendiğinde alıcı ve vericinin akraba olmaması durumunda Etik Komisyonu'nun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması zorunluluğu aranmıştır³⁰. Nitekim maddenin devamında bu onayın verilmesi için

²⁹ H. Kızıllarslan, "Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 2, İstanbul 2011, s.1018: 2010 yılında Yönetmelik'te yapılan değişiklikte, yakın akraba dışında yapılacak organ ve doku nakillerine onay vermesi amacıyla kurulan Etik Komisyonlar, her ilde il sağlık müdür yardımcısı başkanlığında, valilikçe görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürü, naklin yapılacağı hastane haricindeki bir kamu hastanesinden bir tabip, naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat, valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanından oluşmakta ve sekreteryası il sağlık müdürlüğüne yürütülmektedir. Başvurular naklin yapılacağı hastane başhekimliğince il sağlık müdürlüğüne yapılmakta, komisyon 15 günde bir tüm üyelerin en az 2/3 çoğunluğuyla toplanıp, gerekli gördüğü takdirde verici ve/veya alıcıyı ve akrabalarını dinleyip, komisyona sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğunu araştırarak, alıcı ve verici arasında etik ve yasal olmayan bir durumun bulunmadığı kanaati hâsıl olduğunda naklin etik açıdan uygunluğuna 2/3 çoğunlukla kesin olarak karar vermektedir. Acil hallerde komisyon ivedilikle toplanıp karar almaktadır.

³⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 390-391: Yazara göre akrabalık şartı sebebiyle nakil yapılmadığı takdirde bir sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı önemli bir konudur. Örneğin bir siroz hastasının akrabalık şartı sağlanmamasından bahisle nakil yaptıramadığı halde ihmal suretiyle kasten öldürme

incelenmesi gereken bir kısım belgeler sayılmış olup, bu belgelerden bazıları vericiden alınacak vericinin mümeyyiz olduğuna dair rapor, en az iki tanıklı hekim onaylı muvafakat belgesi, verici ve alıcının hekim onaylı bilgilendirme formu, alıcının ve vericinin gelir düzeyini gösteren beyanı, vericinin borcunun olup olmadığına dair beyanı, alıcı ile vericinin yakınlığının nereden kaynaklandığını gösteren dilekçe ve mevcut ise ilgili belgelerdir. Sayılan belgelerden de anlaşıldığı üzere söz konusu belgelerin her biri esasen OVDNHK'nin ilgili hükümlerinde sayılan rıza, bilgilendirme ve organ ve doku bağışının gönüllülük esası ile yapıp yapılmadığını ortaya koyar niteliktedir. Örneğin OVDNHK'nin 5. maddesinde canlıdan organ nakli yapılabilmesi için vericinin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması aranmaktadır. Bu anlamda Yönetmelikte Etik Kurulu'na sunulan belgeler arasında vericinin yaşını ve mümeyyiz olup olmadığını gösteren rapor yer almakla birlikte söz konusu Etik Kurulu raporunun OVDNHK'de sayılan şartların sağlandığı ve bağış için sayılan kriterlerin gerçekleştirildiğini kontrol etmek açısından verildiğini söylemek mümkündür. Bir örnek vermek gerekirse OVDNHK m. 6'da on sekiz 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 tutulmuştur. Yönetmelik'te ise bu hususun kontrolü açısından akraba olmayan kişilerin Etik Kurulu'na sunması açısından vericiden alınmış, en az iki tanıklı hekim onaylı muvafakat belgesi aranmıştır.

Görüldüğü üzere Yönetmelik'te Etik Kurulu raporu bir manada Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da öngörülen geçerli rızanın var olup olmadığını saptamak için öngörülmüş bir prosedürden ibarettir. Bu sebeple Etik Kurulu raporu alınmaksızın nakil yapılması halinde otomatik olarak OVDNHK m. 15 yahut TCK m. 91'de öngörülen suçların oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Diğer bir

suçundan dolayı bir sorumluluk olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Yazara göre yönergede bu şekilde bir madde olduğu sürece bu hüküm bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır. Söz konusu fiilin ihmal suretiyle kasten öldürme suçunu oluşturduğu yönündeki görüş için bkz: Ünver, Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:3 Sayı:7, Ağustos 2008, s. 212.

değişle vericinin OVDNHH'de hukuka uygun bir nakil için öngörülen şartları sağladığı fakat Etik Kurulu raporu bulunmadığı hallerde herhangi bir suçun oluştuğu kanaatimizce kabul edilemez. Aksi bir yorumda ise, yani safi Etik Kurulu raporunun bulunmamasından bahisle ilgili suçların oluştuğunun kabulü halinde kanunla düzenlenmeyen bir fiilin suç olarak kabulü şüphesizdir ki kanunilik ilkesine aykırı olacaktır³¹. Fakat örneğin vericinin 18 yaşını doldurmadığı yahut mümeyyiz olmadığı bir halde aynı zamanda Etik Kurulu raporu da bulunmadığı bir kurguda zaten geçerli bir rıza bulunmamasından bahisle her iki kanundaki suçların oluşacağı açıktır.

Yönetmeliğin bir diğer önemi ise organ ve doku nakli açısından ölüm anını belirlemesi noktasındadır. Gerçekten ileride tartışılacağı üzere ölüden organ ve doku nakli yapılabilmesi için vericinin ölü olması gerekmektedir. Genel olarak ölüm açısından iki anlayış kabul edilmekte olup, bunlardan ilki klasik ölüm ikincisi ise beyin ölümüdür. Fakat OVDNHH'de ölüm anının tespiti ve ölümün tarifi açısından bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek 1. maddesi incelendiği takdirde açıkça beyin ölümü ve kriterlerinden bahsedilmekte olup bu anlamda Türk hukuku açısından beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır³².

Açıklanan bu hususlar dışında yönetmelik genel olarak organ ve doku nakli için gerekli kurumların oluşturulması ve bu kurumların ve nakil işlemlerinin denetlenmesi ile ilgili usuller düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin son bölümünde ise idari yaptırımlara yer verilmektedir. Yönetmeliğin 22. maddesi uyarınca belirlenen niteliklere uygun olmadan organ ve doku nakli yapmak için özel merkezler açan, hastalara veya üçüncü kişilere maddi çıkar temin ederek, etik dışı yöntemlerle kendisine hasta yönlendiren ve TODS

³¹ H. Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:93, 2014, s. 139: Nitekim Hakeri'ye göre de böyle bir şartın yönerge ile getirilmesi hukuka aykırıdır.

³² Benzer görüş için bkz. Gökçen/ Balci, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.131, D. Soyaslan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s.340, Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", s. 133, Soyaslan, Özel Hükümler, s. 202, Ü. Er, a.g.e, s. 104, Mermut, a.g.e, s. 1471-1473.

üzerinden alıcı ve verici kaydı olmadan organ nakli yapan merkezlere ilişkin olarak idari yaptırımlar öngörülmüştür. Diğer yandan aynı maddenin son fıkrasında organ ve doku nakli merkezleri ve bu hizmetlere yönelik faaliyet gösterecek diğer hizmet birimleri ile sorumlu personelin, bu Yönetmelik ile ilgili faaliyetlerinden dolayı adli takibata uğradığının anlaşılması durumunda, takibatın devam ettiği süre boyunca merkezin faaliyetinin devamında mevzuata aykırılık görülmesi halinde de idari yaptırıma maruz kalınabileceği düzenlenmiştir.

B- Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümleri

Organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde ise organ ve doku nakline ilişkin bir suç TCK içerisinde yer almamaktadır³³.

5237 sayılı TCK’nın ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümde 91-93 maddeler arasında organ ve doku nakline ilişkin hükümler yer almaktadır. Söz konusu hükümler yürürlüğünden bu yana hiçbir değişikliğe uğramamıştır.

Madde metni incelendiğinde yaşayan bir insandan organ veya doku almak, ölüden organ veya doku almak, organ veya doku ticareti, hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılama, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek yahut yayınlamak şeklinde beş ayrı suç ihdas edildiği görülmektedir. Bu manada madde başlığı olan “organ ve doku ticareti” başlığının madde içeriğini tam olarak karşılamadığı görülmektedir³⁴.

Madde incelendiği takdirde esasen hem organ ve doku ticaretini hem de hukuka aykırı olarak yapılan organ ve doku nakillerini cezalandırdığı söylenebilir³⁵.

³³ Kızıllarslan, a.g.e, s. 1020.

³⁴ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 261, D. Soyaslan, “Organ, Doku, Nakli ve Zorla Tedavi Etmenin Sağlık Hakkı ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı 1, s.153, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.128.

³⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 261.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’u incelediğimiz önceki bölümlerde TCK’nın 91. maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte TCK’nın 91. maddesinde düzenlenen hususlar ile ilgili olarak OVDNHK’nin söz konusu ilgili hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalkmış olduğunu fakat diğer hükümlerinin halen yürürlükte olduğunu söylemiştik. Bu anlamda OVDNHK’nin 15. maddesi ile TCK m.91’de düzenlenen suçların benzer ve farklı yönlerini ortaya koymak yararlı olacaktır.

Türk Ceza Kanunu m.91 ve Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun arasında 91. madde lafzında geçen “hukuken geçerli rıza” yahut “hukuka uygun olarak” kalıplarının içinin doldurulması ve belirlenmesi açısından tamamlayıcı bir ilişki vardır. Diğer bir deyişle naklin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığının tespiti açısından OVDNHK’de belirlenen usuller belirleyicidir ve organ ve doku nakline ilişkin genel prensipler ve uyulması gereken kurallar konusunda OVDNHK hükümleri geçerliliğini sürdürecektir³⁶.

Türk Ceza Kanunu m.91 genel olarak Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’da öngörülen hükümlerin yaptırımlarını belirlemiş ve genişletmiştir³⁷. Fakat ilgili kanunlara bakıldığında TCK ve OVDNHK’de belirlenen suç tipleri arasında birtakım farklılıklar olduğu da açıkça görülmektedir. Zira her iki kanun da organ ve doku alımı bakımından suç teşkil eden fiiller öngörmüştür. Yaşayan kişiden organ alınması hususunda OVDNHK’de öngörülen suçlar ile TCK m.91 f.1’de yer alan suçu karşılaştırmamız gerekirse TCK’da hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın organ veya doku alımının cezalandırılacağı zikredilmiştir. OVDNHK’de ise yaşayan kişiden organ alınması hususunda birçok kural öngörülmüş olup bunlardan bir kısmı rızanın belirlenmesi açısından getirilen kurallar olmakla birlikte bir kısmı ise teknik imkanlar gibi tamamen farklı konular hakkındadır. OVDNHK ve TCK m.91 f.1’i birlikte değerlendirecek olursak OVDNHK’de belirtilen kişinin 18 yaşını doldurmuş olması, mümeyyiz olması ve kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden

³⁶ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s. 112, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 262, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 846-847, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.119.

³⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 846-847.

verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması hususları hukuken geçerli rızayı oluşturan kriterlerdir. Bu manada bu kuralların ihlali halinde hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceği için fail TCK m.91 kapsamında cezalandırılacaktır³⁸. Fakat OVDNHK’de söz konusu bu hususların dışında hukuka uygun bir naklin gerçekleşmesi için m.7’de hekimlere araştırma ve bilgilendirme yükümlülüğü yüklenmiş, m.9’da tahlil ve inceleme yapma zorunluluğu öngörülmüş, m.10’da organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesinin, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlere aykırılık teşkil edecek bir fiil gerçekleştirildiğinde hukuken geçerli bir rızanın olması durumunda ise TCK m.91 f.1 uyarınca bir suç oluşması mümkün olmayıp, OVDNHK m.15’in uygulanacağı açıktır. Bu manada örneğin OVDNHK m.7 f.1 b.d uyarınca vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğinin bir tutanakla tespit edilmediği bir durumda OVDNHK m.15 uyarınca bir cezalandırma yapılacağı açıktır. Bunun gibi hekimin tahlil ve inceleme zorunluluğunu yerine getirmediği ya da naklin yetkili sağlık kuruluşunda yapılmadığı hallerde de OVDNHK’nin uygulanacağı söylenebilir. Son olarak OVDNHK m.8 uyarınca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır. Bu hükme aykırı davranıldığı takdirde kişinin her ne kadar rızasının olduğu söylene dahi daha sonra ayrıntılı olarak inceleneceği üzere yaşam hakkı üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak olmadığından geçerli bir rıza olmadığından bahisle TCK m.91 uygulama alanı bulabileceği gibi TCK’da yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama ve hatta kasten öldürme suçları da uygulama alanı bulabilecektir.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun ile Türk Ceza Kanunu m.91 f.2’de düzenlenen ölüden organ alınması halinde de otomatik olarak TCK’daki hükmün uygulanacağı açıktır. Zira madde lafzında açıkça hukuka aykırı olarak ölüden organ

³⁸ Benzer görüş için bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s. 847-848.

alınması suç olarak ihdas edilmiş olup, hukuka aykırılık kısmı OVDNHK'deki hükümlere göre tespit edilecektir. Bu manada TCK ve OVDNHK birbirini tam olarak tamamlamaktadır³⁹.

Organ ve doku ticareti suçu açısından da Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun hükümleri ile Türk Ceza Kanunu m.91 f.3 hükmünün birbirini karşıladığı ve bu anlamda TCK m.91 f.3'ün uygulanabileceği söylenebilir ise de esasen TCK'da yalnızca alma, satma ve satılmasına aracılık edilmesi cezalandırılırken OVDNHK'de genel olarak naklin menfaat karşılığında yapılması yasaklanmıştır. Bu anlamda OVDNHK'deki düzenlemenin çok daha geniş olduğu söylenebilir⁴⁰.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun m.5-14 arasında düzenlenen şartlara uyulmaksızın organ ve doku saklanması, nakledilmesi veya aşılması halinde ise TCK m.91 f.5'in uygulanacağı belirtilmelidir⁴¹.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'dan farklı olarak ise TCK m.91 f.6'da belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiilleri de yaptırıma bağlanmıştır. Yine OVDNHK'den farklı olarak TCK m.91 f.4'te organ alınması yahut ticaretinin yapılması suçları bakımından söz konusu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde alınacak ceza ağırlaştırılarak bir nitelikli hal düzenlenmiştir. Diğer bir farklılık ise TCK m.91'de düzenlenen suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK m.91 f.7 uyarınca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi hususudur. OVDNHK'de ise tüzel kişilere ilişkin özel bir hüküm getirilmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da bulunmayan iki farklı düzenleme de yine mevzuatımıza girmiştir. Bunlardan ilki TCK m.92 uyarınca organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza

³⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 848, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.121.

⁴⁰ Ayrıntılı görüş için bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s. 848.

⁴¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 848, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.121.

vermekten de vazgeçilebileceği düzenlemesidir. Söz konusu bu düzenleme ile organını veya dokusunu satan faile özgü bir özel cezasızlık sebebi öngörülmüştür. Esasen TCK'nın genel hükümleri uyarınca da fail için zorunluluk hali uygulanabilecekken kanun koyucu söz konusu hususu özel olarak düzenlemiş olup, organını satan kişinin TCK m.25'te yer alan zorunluluk halinin koşulları oluşmaksızın ceza indirimi yahut cezasızlık halinden yararlanmasını öngörmüştür⁴². Bir diğer husus ise söz konusu hükmün yalnızca organını satan fail açısından düzenlenmesi olup, organ ve doku ticaretine aracılık eden ya da organ ya da doku satın alan fail açısından ise yalnızca genel hükümler uyarınca zorunluluk halinin uygulanabilir olmasıdır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun getirdiği ikinci yenilik ise TCK m.93 hükmüdür. İlgili madde uyarınca organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmamakla birlikte, bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre, dörtte birinden yarısına kadari indirilmektedir. Söz konusu hüküm de TCK m. 92 hükmü gibi yalnızca organını satan fail açısından bir etkin pişmanlık sebebi olarak öngörülmüştür.

Sonuç olarak Türk Ceza Kanunu m.91-93 hükümleri gerek yeni değişiklikler getirmiş gerekse OVDNHK'nin koyduğu kurallara aykırı fiillerin yaptırımını düzenlemiştir. Bir diğer değişle organ ve doku nakillerinin koşulları konusunda halen 2238 sayılı OVDNHK geçerlidir⁴³. Genel olarak ise TCK'nın organ ve doku nakline ilişkin hükümleri açısından hem bir ceza artırımına gidilerek hapis cezalarının yanında adli para cezaları da öngörülmüş hem de OVDNHK'nin aksine farklı ağırlıkta fiiller için farklı ceza miktarları belirlenmiştir⁴⁴. TCK'da suç olarak ihdas edilmemiş fiiller açısından ise OVDNHK m.15 uygulanmaya devam edilmektedir⁴⁵.

⁴² Hakeri, Tıp Hukuku, s. 855.

⁴³ Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1304.

⁴⁴ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.120.

⁴⁵ Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1304.

III. Organ ve Doku Nakline İlişkin Kavramlar ve Nakil Süreci

A- Kavramlar

1. Doku

Organ ve doku nakillerine ilişkin suçları düzenleyen gerek Türk Ceza Kanunu'nda gerekse Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da doku tanımı yapılmamakta olup⁴⁶ Türk Dil Kurumu'na (TDK) göre doku bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü, nesîç şeklinde tanımlanmıştır⁴⁷. Doku, çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen ve anatomik olarak bir bütünlük gösteren anatomi unsurlarından meydana gelen yapı olarak da tanımlanabilir⁴⁸. Başlıca doku çeşitlerine örnek olarak kıkırdak, sinir, kemik iliği, kan, kas dokusu ve bağ dokuları sayılabilir. Ayrıca OVDNHHK m.2 uyarınca Kanun kapsamı dışında tutulmuş olup suç konusu olmayan kan da tıp dünyasında doku olarak kabul edilmektedir.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da, kanun kapsamı dışında bırakılmamasının yanı sıra yine bir doku olan kornea açısından da OVDNHHK m.14 f.2 uyarınca ölüden alınması halinde rıza bakımından bir farklılık öngörülmüştür.

2. Organ

Gerek Türk Ceza Kanunu'nda gerekse Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da organ tanımı yapılmamakta olup TDK'ye göre organ vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv olarak

⁴⁶ Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1306.

⁴⁷ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56895eba7e7340.68617431 (Erişim Tarihi:03.01.2016)

⁴⁸ M. Özen, "Organ Ticaret Suçu", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, DERLEYEN: Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK, Prof. Dr. Mathias ROHE, Dr. Ali YARAYAN, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2, s.22.

tanımlanmıştır⁴⁹. Kalp, karaciğer, böbrek, akciğer, dalak örnek olarak verilebilecek organlar arasındadır.

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere organ genel olarak dokular bütünü olarak nitelendirilebilir. Belirli bir görev yahut görevleri yapmak üzere bir araya gelen dokuların yaptıkları göreve göre organın adı değişmektedir⁵⁰. Örneğin solunum görevi için bir araya gelen dokular genel olarak solunum organlarını, dolaşım görevi için bir araya gelen dokular dolaşım organlarını oluşturur. Birleşen dokuların bir organ oluşturabilmesi için sınırlarının tespit edilebilmesi gerekmektedir⁵¹. Bu bilgiler ışığında deri de bir organdır⁵².

Organlar ve dokuların farklarına kısaca bakacak olursak organlar dokuların birleşmesinden meydana gelmekle birlikte, dokular birbirlerine benzeyen hücrelerin ve liflerin meydana gelmesinden oluşmaktadır⁵³. Diğer yandan doku olarak kabul edilen kan, sperm kemik iliği gibi bir kısım maddeler kendilerini yenileyebilirken deri dışında kalan organlar açısından bu mümkün değildir⁵⁴. Son olarak organ açısından organın görevleri ve sınırları tam olarak belirlenebilirken doku açısından bunun mümkün olmadığı söylenebilir⁵⁵.

Daha önce de dile getirdiğimiz üzere Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da organ için belirli bir tanım getirilmemesine rağmen Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılacağı belirtilmiştir. Bir görüşe göre⁵⁶ Kanun'un düzenleniş şeklinde insan organizmasını oluşturan parçaların hangilerinin organ veya doku olduğunu tespit etmek mümkün

⁴⁹http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56894c1569eba5.19891649 (Erişim Tarihi:03.01.2016)

⁵⁰ Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 62.

⁵¹ E. E. Vatanoglu, , Türkiye'de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s.5 Aktaran: Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1556.

⁵² Ş. Akıncı, Türk Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s.10.

⁵³ Taşkın, a.g.e , s.1.

⁵⁴ Taşkın, a.g.e, s.1, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.3, Akıncı, a.g.e, s.11.

⁵⁵ Taşkın, a.g.e, s.1, Akıncı , a.g.e, s.11.

⁵⁶ Akıncı, a.g.e, s.11.

olmayıp hükümden anlaşılması gereken insan organizmasını oluşturan her türlü vücut parçası ya organ ya da doku olarak kabul edilmelidir.

Diğer yandan Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un yine kapsamını belirleyen 2. maddesinde oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu haricinde insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku nakillerine ilişkin esasların düzenlendiği belirtilmiş, bu anlamda bir kısım organ ve dokular tahdidi olarak sayılarak suç konusu olmaktan çıkarılmıştır⁵⁷. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu raporunda bu tip organ ve dokuların naklinin, tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde birçok sağlık kurumunda yaygın olarak yapıldığı bu nedenle uygulamada güçlükler ve sakıncalar yaratmaması bakımından kanunun kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmiştir⁵⁸. Benzer şekilde TBMM görüşmelerinde de bu tip nakillerin “otomatikman basit şeyler olduğu” diler getirilerek kanun kapsamında sayılmadığı belirtilmiştir⁵⁹.

Kanaatimizce kanun koyucu bu tip nakillerin OVDNHK’de sayılan sıkı şekil şartlarına tabi olmaması ve uygulamada ivedilikle yapılabilmesi açısından tahdidi şekilde saymak suretiyle oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu gibi rutin olarak yapılabilen nakilleri kapsam dışında tutmuştur⁶⁰. Uygulamada serilik açısından sorun çıkmaması adına böyle bir düzenleme yapılması bizce de yerindedir. Fakat Akıncı’ya göre⁶¹ Kanun sadece birkaç nakil şekli sayıp uygulamada kolaylıkla yapılan sperm nakli gibi başkaca nakilleri kapsam dışında bırakmadığı için bazı organ ve doku nakillerinin tahdidi olarak sayılarak kapsam dışında bırakılması yerinde değildir. Kanaatimizce de kanun koyucunun amacı rutin olarak yapılan bir kısım nakillerde OVDNHK’deki

⁵⁷ Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 333-334, Ü. Er, a.g.e, s. 101, Kızılarıslan, a.g.e, s. 1008, Mermut, a.g.e., s. 1458.

⁵⁸ Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, 2/658 E., 88 K., 20.02.1979 https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_d05/c012/b077/mm_050120770273.pdf (Erişim Tarihi: 03.01.2016)

⁵⁹ Millet Meclisi, B.27, O.1, 11.04.1979 (Tutanak C.12, 231) Aktaran: Akıncı, a.g.e, s.12.

⁶⁰ S. Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara 2010, s. 942, A. B. Özbilen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011, s. 8.

⁶¹ Akıncı, a.g.e, s.12: Yazar böyle bir ayrıma gidilecekse de bazı biyolojik maddelerin tek tek sayılarak değil, örneğin “vücut tarafından yenilenebilir olma” gibi ortak özellikleri itibariyle kapsam dışında tutulması gerektiğini savunmaktadır.

şartların aranmamasını sağlamak ise, bu anlamda bir ayırım yapılarak alındığı zaman vücut tarafından yenilenebilen, özellikle verici açısından ciddi tehlikelere yol açmayan organ ve dokuların naklini Kanun'un kapsamında tutmak gerekmektedir⁶².

B- Nakil Süreci

Organ ve doku nakline ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından nakil sürecine ilişkin olan genel düzenlemeler son derece önemli olup bu anlamda organ ve doku naklinin hangi kurallar ve prosedürler kapsamında gerçekleştiğinin tespiti önem taşımaktadır. Daha önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere organ ve doku nakline ilişkin olarak genel esaslar ile söz konusu sürecin düzenlendiği kanun OVDNHK olup bu bölümde genel olarak bu kanunda belirtilen hususlar çerçevesinde organ ve doku nakli süreci ele alınacaktır.

Organ veya doku nakli tıbbi açıdan, fonksiyonunu ifa edemez hale gelmiş hücre, doku veya bir organın çıkartılması ve yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesi olarak tanımlanabilir⁶³. Bir başka tanıma göre organ ve doku nakli, bir vericiden bir alıcıya iyileştirme amacıyla doku ve organların nakledilmesidir⁶⁴. Transplantasyon olarak da adlandırılan doku ve organ nakli potansiyel alıcılardaki tedavi edilemeyecek derecede zarar gören organ yahut dokuların vericilerdeki organ veya dokular ile değiştirilmesine dayanan cerrahi bir süreç olarak da tanımlanabilir⁶⁵. Bir başka tanıma göre ise organ nakli “vücutta görevini yapamayan bir organın yerine canlı bir vericiden veya ölüden alınan sağlam ve aynı görevi üstlenecek bir organın nakledilmesi”⁶⁶ yahut “vücutta görevini yerine getiremeyen bir organın yerine, canlı bir vericiden veya ölüden

⁶² Aynı görüş için bkz: Akıncı, a.g.e, s.12.

⁶³ Taşkın, a.g.e, s. 1.

⁶⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s.367, H. Hakeri, “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2014, s. 131.

⁶⁵ Schreiber, Markus, Die gesetzliche Regelung der Leberpende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland Frankfurt am Main 2004, 19 aktaran: Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.6.

⁶⁶ Kızıllarslan, a.g.e, s. 1008-1009.

alınan sağlam ve aynı görevi üstlenecek organın aktarılması işlemi”⁶⁷ olarak belirtilmiştir. Doku nakli ise aynı amaç ile “bir insandan diğer insana doku transferi” olarak ifade edilebilir⁶⁸. OVDNHH’de organ ve doku nakline ilişkin bir tanım verilmemiş olup, 28191 Sayılı Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin tanımlara ilişkin olan 4. maddesinde organ ve doku nakli “terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulaması” olarak tanımlanmıştır.

Organ ve doku nakli tıbbi bir müdahale olup genel olarak tıbbi müdahalenin genel kurallarına tabi olarak değerlendirilmekle birlikte klasik bir tıbbi müdahaleden farklı olarak söz konusu bu cerrahi süreçlerde hasta dışında bir de sağlıklı bir kimse bulunmakta ve bu sağlıklı kişiye de tıbbi müdahalede bulunmaktadır⁶⁹. Kendisine organ aktarılması söz konusu olan kişi açısından açıkça bir iyileştirme amacı bulunduğu müdahalenin bu bölümü doğal olarak tamamen tıbbi müdahalelerin genel koşullarına tabidir⁷⁰. Fakat söz konusu bu sürece ilişkin olarak verici açısından bir iyileştirme amacı bulunmadığından⁷¹ ve bu sebeple müdahaleyi genel hükümler tek başına hukuka uygun hale getiremediğinden, süreci hukuka uygun hale getiren başkaca koşullar da sağlanmalıdır⁷².

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun incelendiği takdirde esasen iki çeşit naklin düzenlendiği görülmektedir. Bu nakiller canlıdan organ ve doku nakli

⁶⁷ Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1298.

⁶⁸ Kızıllarslan, a.g.e, s. 1008-1009.

⁶⁹ E. Sarial, Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s. 74-75, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 850.

⁷⁰ B. Erman, Ceza Hukuku’nda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.216, Hakeri, “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, s. 131, Mermut, a.g.e, s. 1459.

⁷¹ Er, a.g.e, s. 101.

⁷² Hakeri, “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, s. 131, Hakeri, Tıp Hukuku, s.850: Hakeri’ye göre bir kimsenin kendi rızasıyla da olsa dokusunu ya da organını vermesi kendisine bir yarar sağlamadığından esasen bu durum kişilik haklarına aykırıdır. Organı veren kimse açısından endikasyon bulunmadığından rıza eylemi tek başına hukuka uygun kılmamakta genel hükümlere göre canlıdan organ veya doku nakli mümkün olmadığından bu müdahalenin başka bir özel düzenleme ile hukuka uygun kılınması zorunluluğu hasıl olmuştur. Bu anlamda bu zorunluluk da OVDNHH ile giderilmiştir.

yapılması ve ölüden organ ve doku nakli yapılması olarak sınıflandırılabilir⁷³. Aynı kişinin bir bölgesinden alınıp başka bir bölgeye doku aktarılması anlamına gelen oto-grefler yahut başka bir canlıdan doku aktarılması anlamına gelen heterogrefler söz konusu Kanun kapsamında yer almamaktadır.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’da ölüden yapılan nakiller ile canlı kişiden yapılan nakillerin farklı kurallara bağlandığı gözlemlenmektedir. Gerçekten yaşayan kişiden yapılan nakiller açısından kişinin rızası ve vücut bütünlüğü hakkı ön planda tutulmaktayken, ölüden yapılan nakillerin hukuka uygunluğu açısından ise ölenin ölmeden önceki beyanı, yakınlarının beyanı ve ölümün tespiti hususları önem kazanmaktadır⁷⁴.

1. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Süreci

Yaşayan bir kişiden yapılan nakil için aranan ilk şart OVDNHK m.5 uyarınca vericinin 18 yaşını geçmiş ve mümeyyiz olmasıdır⁷⁵. Hakeri’ye göre 18 yaşından küçüklerden organ ve doku alınmasının yasaklanması, bu kişilerin aile baskısına maruz kalmamalarını sağlamaktır⁷⁶. Hattızatında vericinin bu şartları sağlaması dışında OVDNHK m.6 uyarınca 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 da zorunlu tutulmuştur. Bu anlamda söz konusu Kanun kapsamında vericinin organ veya doku nakli açısından açık rızası aranmış ve bu rıza da çeşitli

⁷³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.367-368.

⁷⁴ Kızıllarslan, a.g.e, s. 1009.

⁷⁵ Y. Ünver, “Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, Kamu Hukuku Arşivi Kasım 2005, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s.188: Avrupa Birliği Biyotıp Sözleşmesinde ise istisnai olarak 20. Maddedeki şartların varlığı halinde 18 yaşından küçük yahut mümeyyiz olmayan kişilerden doku ve organ nakline olanak tanınmaktadır. Ancak Türkiye Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 36’ncı maddesi uyarınca sözleşmenin 20’nci maddesinin muvafakat verme yetkisi olmayan kişilerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin OVDNHK’nın 5. Maddesi ile uyum halinde olmaması sebebiyle çekince koymuştur. Doktrinde Ünver söz konusu çekince yerine Türk mevzuatının da bu şekilde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Benzer görüş için bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s.387, Hakeri, “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, s. 138.

⁷⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s.388.

şekil şartlarına tabi kılınmıştır. Fakat OVDN HK m.8 uyarınca vericinin açık rızası olsa dahi vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaklanmıştır. Bilindiği üzere üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir hakka ilişkin olarak açıklanan rıza hukuken bir değer taşımayacağından böyle bir rıza üzerine gerçekleştirilen müdahale de hukuka uygun olmayacaktır⁷⁷. Bu anlamda örneğin vericinin rızası olsa dahi yaşayan kimseden kalp nakli yapılması mümkün değildir.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun m.7 uyarınca organ ve doku naklini gerçekleştirecek hekimlere bir takım bilgi verme ve araştırma yükümlülükleri getirilmiştir. Madde uyarınca organ veya doku nakli gerçekleştirecek hekim vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek, organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak, akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek, vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek, bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek ve kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak zorundadır.

Son olarak Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun m.9 uyarınca organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunlu tutulmuş ayrıca organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesinin, ancak Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılabileceği de m.10'da hüküm altına alınmıştır.

⁷⁷ Yenerer Çakmut, a.g.e, s.215.

Diğer yandan Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da bu hususta bir hüküm bulunmasa da Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 16. maddesinin 2. fıkrasında akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilecek akraba dışı kişilerden yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu onay işleminin yapılabilmesi için ise alıcı ve verici yönetmelikte sayılan belgeler ile Etik Komisyonu'na başvurmak durumundadır.

Alman hukuku açısından yaşayan kişiden yapılan organ ve doku nakli prosedürleri incelenecek olursa öncelikle diğer ülkelerden farklı olarak TPG'de ölüden yapılan bağışlara karşılık yaşayan kişiden yapılan nakillerin ikincil nitelikte olduğu görülmektedir⁷⁸. Gerçekten TPG'de öncelikle ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin hususlar düzenlenmiş yaşayan kişiden organ veya doku alınması ise ilerleyen bölümlerde düzenlenmiştir. Nitekim TPG m.8 f.1 b.3 uyarınca da Türk hukukundan farklı olarak canlıdan organ ve doku naklinin her halde değil ancak ölen bir kimsenin uygun organ veya dokusu bulunmadığı zaman caiz olduğu belirtilmiştir⁷⁹. TPG m.8 uyarınca yaşayan kişiden organ veya doku alabilmek için gerekli olan diğer şartlar; kişinin ergin ve rıza ehliyetine sahip olması, nakil riskleri hakkında geniş kapsamlı olarak aydınlatılmış olması, naklin ancak bir doktor tarafından icra edilmesi ve organın veya dokunun öngörülen alıcıya nakledilmesinin doktor değerlendirmesi uyarınca söz konusu kişinin hayatta kalması veya ağır bir rahatsızlık durumunda iyileşmesi, daha da kötüleşmesinin önlenmesi veya rahatsızlıklarını dindirmek açısından uygun olması amacı taşıması

⁷⁸ H.C. Kühn, "Yeni Alman Nakil Kanunu" (Çeviren: Yener Ünver), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (editör: Yener Ünver), Ankara 2009, s. 123, Deutsch, a.g.e, s. 139, M. Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (editör: Yener Ünver), Ankara 2009, s. 161, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1301. Ayrıca bkz: Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1329: Türkiye'de ise böyle bir ikincilik durumu olmamakla beraber, sağlararası organ nakilleri ölülerden yapılan organ nakillerine kıyasla çok daha fazladır.

⁷⁹ Kühn, a.g.e, s. 123, Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s.162.

olarak sıralanabilir⁸⁰. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda organın nakledileceği alıcı açısından da bir kısıtlama mevcuttur⁸¹. TPG'ye göre yenilenmesi mümkün olmayan organlar açısından bunlara ilişkin nakillerin ancak bağışçının birinci veya ikinci dereceden yakınına, eşine, kayıtlı hayat arkadaşına, nişanlısına veya bağışçı ile özel şahsi bağının bulunduğu bir kişiye nakledilmesi halinde izin verilmektedir⁸². Türk hukuku ile Alman hukuku arasındaki bir başka fark ise organ veya doku bağışı açısından Türkiye'de yalnızca 4. derece akrabalık ilişkisinden sonra Etik Kurulu raporu aranırken Alman hukuku açısından yaşayan kişiden yapılacak tüm nakiller kapsamında bir komisyon onayının alınmasıdır. Gerçekten TPG m.8 f.3 uyarınca yaşayan bir kişiden organ veya doku nakledilebilmesi için ülke hukuku uyarınca yetkili olan komisyon, organ bağışı rızasının serbest irade ile verilmemiş olduğuna veya naklin yasak ticaretin konusunu teşkil ettiğine dair haklı ve gerçek dayanakların bulunup bulunmadığına dair bilirkişi raporu ile nakle izin vermelidir. Diğer bir deyişle içerisinde bir hekim, bir hukukçu ve bir de psikolojik danışman buluna bu komisyon organ bağışına karşı verilen rıza açısından gönüllülük esası ve organ ticareti olup olmadığı hakkında bir inceleme yapmalıdır⁸³. Görüleceği üzere Alman hukuku uyarınca yaşayan kişiden organ ve doku nakledilebilmesi için Türk hukukuna nazaran son derece ağır şartlar düzenlenmiştir.

2. Ölüden Organ veya Doku Alınması Süreci

Ölüden organ ve doku alınması ise OVDNHH'nin 11-14 maddelerinde düzenlenmiştir. Ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin koşullar yaşayan kişiden organ ve doku alınmasına ilişkin koşullardan oldukça farklı niteliklere sahip olup, nitekim ölüm anının tespiti açısından da doktrinde çeşitli tartışmalar

⁸⁰ Deutsch, a.g.e, s. 139.

⁸¹ Deutsch, a.g.e, s. 139.

⁸² Bkz: TPG m.8 f.1. Kühn, a.g.e, s. 123: Kühn'e göre bunun amacı yaşayan kişi üzerinde yapılacak gizli bir organ ticaretinin önüne geçilmesidir.

⁸³ Deutsch, a.g.e, s. 140

bulunmaktadır. Bu bölümde özellikle ölüm anının tespiti ve devamla ölüden organ veya doku alınırken gösterilecek rızanın koşulları incelenecektir.

a) Ölüm Anının Tespiti

Ölüden organ ve doku nakli hususunda en tartışmalı ve en önemli konu ölüm anının tespitidir. Ölüm, insan hayatının ve buna bağlı olarak da şahsiyetin sona ermesi olarak tanımlanabilir⁸⁴. Ölüm anının gerçekleştiği zaman açısından ise doktrinde iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri klasik ölüm diğeri ise beyin ölümüdür⁸⁵. Klasik ölüm bir insanın bütün hayat fonksiyonları denilen ve kişinin canlılık niteliğini sağlayan dolaşım, solunum ve sinir sisteminin durmasıdır⁸⁶. Bu anlamda son nefes ve son kalp atışının son bulması ile birlikte ölüm gerçekleşmektedir⁸⁷.

Beyin ölümü anlayışına göre ise ölüm, beyin hücrelerinin harap olması ile başlayan ve belirli bir süreç içerisinde meydana gelen bir olay olup, beyin fonksiyonları geri dönülmesi mümkün olmayan şekilde sona erdiğinde ölüm gerçekleşmiş sayılmaktadır⁸⁸. Klasik ölüm anlayışı açısından nefes alıp verme ve kan dolaşımı belli bir surette yeniden harekete geçirilebilir olduğundan manipüle edilmesi mümkün olup bu sebeple günümüzde bir sınırlama kriteri olarak kabul edilmemekte, bunun yerine fen bilimlerine göre kesin bulgulara ve olgulara bağlanabilir beyin ölümü anlayışı üstün tutulmaktadır⁸⁹. Doktrindeki görüşlere göre beyin ölümünün insan vücudundaki bütün yaşamın sonu olduğu tartışmasızdır, zira beyin işlevlerinin kesin ve geri döndürülemez olarak yok olması halinde yalnızca insan vücudunun bir organı işlevini yitirmemekte aynı zamanda insan varlığının

⁸⁴ Akıncı, a.g.e, s. 103, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 448-449.

⁸⁵ O. Polat, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1997, s.77 vd.

⁸⁶ F. Erem, Organ Nakli Hakkında Kanun, Yargıtay Dergisi, Sayı:4 C.5, Ankara 1979, s.711.

⁸⁷ K. Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.183, H.L. Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (2) Tıp ve Ceza Hukuku, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Çev: Ali Kemal Yıldız, Ankara 2004, s. 153.

⁸⁸ Toroslu, a.g.e, s.107., Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.184.

⁸⁹ Shreiber, “İnsan Ne Zaman Ölü? s. 153-154.

temeli olan organizma da kesin olarak sona ermektedir⁹⁰. Bu sebeple beyin ölümü klasik ölüme göre daha kesindir zira beyin olarak ölen bir kimsenin yeniden canlandırılması mümkün değildir⁹¹.

Beyin ölümü ile bitkisel hayat oldukça karıştırılan kavramlar olmakla birlikte esasen tamamen farklı kavramlardır. Zira bitkisel hayat halinde kişinin beyin sapı kanlanması devam ettiğinden solunumu devam etmektedir ve bu kişiler aylarca ya da yıllarca yaşamaya devam edebilirler ve hatta nadir olmakla birlikte iyileşerek normale dönebilirler⁹². Fakat beyin ölümü gerçekleştiğinde beyin sapı kanlanması son bulduğundan beyin fonksiyonları geri dönülmez şekilde son bulur ve solunum ve dolaşım ancak yoğun bakım koşullarında gerçekleşir; diğer bir deyişle beyin ölümü gerçekleşen kişinin hayata dönmesi mümkün değildir⁹³. Bu bağlamda beyin ölümü bitkisel hayattan oldukça farklı bir nitelikte olup, birinde kişinin koma hali devam edip çok düşük bir ihtimalde yaşama olasılığı var ise de diğerinde kişiyi hayata döndürmek mümkün değildir⁹⁴. Bu sebeple kişinin beyin ölümü gerçekleştiğinde kendisinden organ veya doku alınması halinde naklin hukuka uygunluğu açısından ölüden yapılan organ ve doku nakli koşulları incelenecekken, bitkisel hayatta ise yaşayan kişiden yapılan organ ve doku nakli koşulları gelişmelidir.

⁹⁰ Shreiber, “İnsan Ne Zaman Ölü? s. 154.

⁹¹ Shreiber, “İnsan Ne Zaman Ölü? s. 154.

⁹² A. Y. Kaptanoğlu, “Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13- 14 Kasım 2009, İstanbul 2011, s. 226.

⁹³ Kaptanoğlu, “Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar”, s.226.

⁹⁴ Kızıllar, a.g.e, s. 1009: “Beynin iflası “ruhi ölüm”, kalbin ve akciğerlerin durması ise “bedeni ölüm” olarak adlandırılmaktadır. Bazı hallerde, kalp ve akciğerlerle diğer organlar durduğu halde beynin iflası gerçekleşmemekte ve ruhi ölüm oluşmamaktadır. Bazen ise, tam tersi durum meydana gelmekte ve bitkisel hayat denilen bu halde beyin iş görmez haldeyken solunum ve dolaşım devam etmektedir. Bu halin uzun yıllar sürdüğü çok sayıda vakıa vardır. Bu hallerde halen hiçbir hukuk sisteminde kabul edilmemiş olup Los Angeles’te yapılan bir ölüm tanımıyla; “kalp ve teneffüs devam ettirilse dahi beynin bir daha faaliyete geçemeyecek olduğu hallerde kişi ölmüş sayılır” denmektedir. Bu konu aynı zamanda ötenazi ile yaşam hakkının birbirleriyle çatıştığı hassas alanları da ilgilendiren bir tartışmayı beraberinde getirmektedir.” Yazarın bu görüşünde de beyin ölümü ile bitkisel hayat durumunu karıştırdığı görülmektedir. Zira yazarın hiçbir şekilde kabul görmediğini belirttiği görüş tipik bir beyin ölümü tanımı olup bugün Türkiye dahil birçok ülkede kabul görmüş bir ölüm tespiti tanımıdır. Bu anlamda beyin ölümü gerçekleşen kişi hukuki anlamda ölü sayılacağından artık ötenazi tartışması da yapılmayacaktır. Tüm bu tartışmalar ölümün henüz gerçekleşmediği ve kişinin koma halinde bulunarak beyin fonksiyonlarının devam ettiği bitkisel hayat hali için geçerli olup, halihazırda bitkisel hayat hali bir ölüm tespiti olarak değerlendirilmemektedir.

Türk hukukunda klasik ölüm anlayışının mı yoksa beyin ölümü anlayışının mı kabul edilmesi gerektiği yönünde birçok tartışma yapılmış ise de günümüzde ölüm anının tespiti açısından en elverişli ve tek kabul edilebilir ölçütün beyin ölümü anlayışı olduğu yönünde kesin bir görüş birliği vardır⁹⁵. Nitekim ne TCK'da ne de OVDNHHK'da ölüm anının tespiti açısından bir kriter belirlenmemiş olsa da Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek 1. maddesi incelendiği takdirde açıkça beyin ölümü ve kriterlerinden bahsedilmekte olup bu anlamda Türk hukuku açısından beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini söylemek mümkündür⁹⁶. Bu sebeple kişinin beyin ölümü gerçekleştiğinde cesetten organ ve doku alınabilecektir⁹⁷. Nitekim söz konusu yönetmelikte beyin ölümünün nasıl tespit edileceği ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır⁹⁸.

⁹⁵ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.221, Akıncı, a.g.e, s.114, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 449. A.N. Kök, "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler", Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13- 14 Kasım 2009, İstanbul 2011, s. 217, Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1312, Mermut, a.g.e, s. 1471, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 372: Karşılaştırmalı hukuk açısından da ölüm anının kullanılmasındaki ölçünün kalp ve nefes alma faaliyetinin durması değil, beyinciğin, beyin ve beyin sapının bütün fonksiyonlarının geri dönülmez ve tam bir şekilde kaybedilmesi yani beyin ölümü kriteri olduğu açıklanmaktadır.

⁹⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 372 : Nitekim Yüksek Sağlık Şurası da 1969 yılında verdiği bir kararında beyin ölümü kriterini benimsemiştir: "(Ölüm).. bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamen durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur."

⁹⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 372-373: Anensefali çocuklarda beyin ölümü gerçekleşmediğinden organ nakli yapılamaz. Anensefali bebeklerde beyin sapı faaliyeti olabileceği için solunum devam edebilir. Beyin sapı ölüp solunum durmadıkça bu bebekler ölü kabul edilemez. Bu tür bebeklerde hukuki anlamda bir ölüm tespiti olamamaktadır. Yazarın aktardığı bir vakaya göre Avustralya'da gerçekleşen bir olayda hamilelik sırasında anensefali teşhisi konulan bebeği organ nakline yönelik olarak doğurmak isteyen aile çocuğun organlarının zarar görmemesi için de sezeryan kararı almıştır. Çocuk doğduktan sonra bağımsız olarak nefes alıp verebilmiştir. Aile organları bağışlamak istemiş ama hastane beyin hücreleri olup olmadığı dolayısıyla organ bağışının söz konusu olup olamayacağı konusunda tereddüt etmiştir. Nitekim hastanenin başvurduğu mahkeme ölümün yakın ve kaçınılmaz bir sonuç olmasına rağmen nakle izin vermemiştir.

⁹⁸ BEYİN ÖLÜMÜ TANISI

(1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıdır. Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir.

a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,
b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,
c) Santral vücut ısısı ≥ 32 °C olması,
ç) Hipotansif şok tablosu olmaması,
d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması,
e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.

(2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.

a) Derin komanın olması (Tam yanıtsızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınamaması),
b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;

Beyin ölümünün tespiti açısından genel olarak üç aşamalı bir sistem uygulanmaktadır. Bu sisteme göre öncelikle beyin ölümü teşhisinin konulabilmesi için bazı ön koşulların varlığı aranmaktadır. Bu araştırma sırasında hastanın beyin hasarına uğrayıp uğramadığı veya benzer belirtiler nedeniyle karıştırılma ihtimali olan diğer bazı rahatsızlıkların olmadığı tespit edilmektedir⁹⁹. İkinci aşamada ise beyin ölümünün gerçekleştiğini teyit edecek klinik bulgular olan derin koma, beyin sapı reflekslerinin olmaması ve spontane nefes alma yeteneğinin kaybı teşhis edilmektedir¹⁰⁰. Son aşamada ise teşhis edilen bulguların belirli bir süre devamı

1) Pupiller parlak ışığa yanıtsız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),

2) Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,

3) Kornea refleksi yokluğu,

4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu.

c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması,

b) Yüzeysel reflekslerin alınması,

c) Babinski işaretinin bulunması,

ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması,

d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması,

e) Diabetes insipitus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümünde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir.

b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir.

c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz.

⁹⁹ Y. Atamer, Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1999-2000, C.19-20, s. 131, Kök, "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler", s.218.

¹⁰⁰ Atamer, a.g.e, s. 131, H. Hinderling çev: E. Yurtcan, "Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, İstanbul 1969, s. 423, Kök, "Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler", s.218.

aranır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek 1. maddesi uyarınca bu süre tanısı koyulmuş bir nedenle hastanın komaya girmesi halinde 12 saat tanısı konulmamış hallerde ise 24 saattir¹⁰¹. Görüldüğü üzere ölümün ne olduğundan ziyade ölümün ne zaman gerçekleştiğine dair görüşler bulunmaktadır¹⁰².

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun m.11'de ölüm halinin saptanması açısından tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu aşamada ölüm saatinin tespiti noktasında tartışmalar olup, ölüm saatinin testlerin tamamlanması anı mı, ilk imzanın atıldığı an mı yoksa imzaların tamamlandığı an mı olduğu tartışılmaktadır. Hakeri'ye göre¹⁰³ beyin ölümü raporu iki doktorun imzanın bulunması ile tamamlanacağından bu imza ile birlikte yazılacak ölüm saati esas alınmalıdır. Kanun'a göre alıcının müdavim hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaklanmış olup, 11'inci maddeye göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar.

Alman hukuku uyarınca da hangi ölüm kriterinin benimseneceği uzun süre tartışmalı bir konu olmuş, nitekim bu husus Anayasal düzeyde tartışmalara dahi sebep olmuştur¹⁰⁴. Fakat 1968 yılından beri Alman sistemi açısından da geri dönüşü olmayan koma hali beyin ölümü olarak kabul edilerek ölüm anı yeniden tanımlanmıştır. Alman doktrinindeki baskın görüşe göre ölüm anı olarak beyin fonksiyonunun geri dönülmez bir şekilde yitilmesi kabul edilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Atamer, a.g.e, s. 132.

¹⁰² Hakeri, Tıp Hukuku, s. 373, Çakmut, a.g.e, s. 165.

¹⁰³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.373-374, Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", s. 134.

¹⁰⁴ Deutsch, a.g.e, s. 136.

¹⁰⁵ G. Wolf, "Nakil İçin Organ Temininin Cezalandırılabilirliği Üzerine" (çev: Veli Özer Özbek/İlker Tepe), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara 2009, s. 327.

Gerçekten Alman hukuku uyarınca da solunum ve dolaşımın geri döndürülemeyecek şekilde durması ölüm anı tespiti için esas iken modern tıbbın ilerlemesi ile beyin ölümünün gerçekleşmesi ölüm neticesinin doğmuş olması için yeterli görülmekte ve bu manada da beyinsel aktivitelerin geri dönüşü olmayacak şekilde yitirilmesi ölüm olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. Nitekim Alman hukuku açısından da beyin ölümü kriterini savunan görüşlere göre tam ve geri dönüşü olmayan ölüm anından sonra kişinin hayatını korumak değil ağır hasta olan alıcının organ bağıışı önemli olmalıdır¹⁰⁷. Zira kalp ve dolaşımın son bulması çok uzun zaman alarak nihayetinde alıcının zararına olabilmektedir.

TPG açısından ise genel olarak iki türlü bir ölüm kavramı benimsendiği söylenebilir¹⁰⁸. Bu manada ilk ölüm kavramı TPG m.3 f.1 b.2 uyarınca kesin ve geri dönüşümü olmaksızın beyin, beyincik ve beyin sapının tüm işlevlerinin sona ermesi olan beyin ölümüdür. TPG m.5'te ise ölümün tespiti açısından esasen iki hekimin onayı alınırken aynı maddede “kesin, önlenemeyen kalp ve dolaşım durması gerçekleşmişse ve üzerinden üç saatten daha uzun bir süre geçtiyse, tek bir hekim tarafından muayene edilmesi ve tespit yapılması yeterlidir.” şeklindeki ifade ile aynı zamanda klasik ölüme de atıf yapıldığı görülmektedir. Fakat TPG m.3 incelendiğinde ölüden organ veya doku alınması için aranan şartlar arasında kişinin beyin ölümünün gerçekleşmesi Kanun'daki ifadesiyle “Tıp biliminin en son bilgilerine ilişkin düzenleme uyarınca organ veya doku bağıışçısının ölümünün tespit edilmiş olması” yeterli görüldüğünden Alman sistemi uyarınca da beyin ölümü kriterinin kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Schmidt-Recla'ya göre de¹⁰⁹ TPG m.3 f.2'nin amacı ya yasal olarak beyin ölümünü klasik ölüme eşdeğer görmek ya da organ veya doku alımı için izin verme koşulu olarak anlamaktır. Wolf'a göre ise beyin ölümü diğer bir değişle kişinin beyin fonksiyonlarının geri döndürülemez şekilde zarara uğraması ne kişinin ölümü ne de canlılığının yitirilmesinin özel bir durumu değildir ve beyin ölümü yaşayan kişilerin

¹⁰⁶ Wolf, a.g.e, s. 327

¹⁰⁷ Deutsch, a.g.e, s. 137.

¹⁰⁸ Deutsch, a.g.e, s. 138.

¹⁰⁹ A. Schmidt-Recla, “Ölü Daha Uzun Yaşar: Beyin Ölümü Organ Bağıışı İçin Yeterli Bir Kriter Midir?”(çev: Koray Doğan), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara 2009, s. 159.

organ veya dokularının alınabilmesi için kişilerin ölü olarak kabul edilmesinden ibarettir¹¹⁰.

Alman Federal Tabipler Odası beyin ölümünü tespit edecek hekimlerin ağır beyin hasarından mustarip hastaların yoğun bakımında tecrübesi olan hekimler arasından seçilmesi gerektiğini söylemiştir¹¹¹.

b) Ölüden Organ veya Doku Alınması Aşamasında Gösterilecek Rızanın Alınması

Ölüden organ veya doku alınması halinde ölüm anının tespiti hususunun yanında naklin rızaya dayalı olup olmadığı ve bu rızanın nasıl verileceği hususunda da tartışma bulunmaktadır. Ölüden organ veya doku alınması aşamasında rıza açısından doktrinde üç model öngörülmüştür. Bunlar itiraz modeli, irade modeli ve zorunluluk modelidir¹¹².

İrade modeli bir diğer adıyla rıza modeli uyarınca kişi sağlığında kendisinden organ veya doku alınabileceği yönünde bir beyanda bulunmuş ise ya da yakınları açıkça bu hususta rıza göstermiş iseler ölüden organ veya doku alınabilmektedir¹¹³. Bu model alıcının haklarını göz ardı ettiği için eleştirilmektedir¹¹⁴. Diğer yandan uygulamada ölünün yakınlarının da nakil hususunda rızası sorulduğundan söz konusu bu sürecin ölü yakınları üzerinde son derece ağır bir baskı oluşturduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Gerçekten bir yandan yakınlarının ölümü ile yüz yüze gelen kişilerin verecekleri karar ile başka bir insanın hayatı üzerinde söz sahibi

¹¹⁰ Wolf, a.g.e, s. 343.

¹¹¹ Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1312.

¹¹² Akıncı, a.g.e, s.125.

¹¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s.450, Ç.K. Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.139.

¹¹⁴ Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.132-133: Gökçen ve Balcı’ya göre bu modelde alıcının kaderi vericinin ya da yakınlarının arzusu dışında bir takım tesadüflere bırakılmıştır. Kimi zaman vericinin kimliğinin tespiti bile çok zaman almaktadır. Bunun yanında vericinin yakınlarına ulaşmak ve vericinin yahut yakınlarının iradelerini öğrenmek de çokça vakit aldığından naklin gecikmesi kimi zaman alıcının ölümüne dahi sebep olmaktadır. Bunun yanında ölünün yakınlarının rıza açısından bir süre kararsız kalmaları da alıcının kaderinin bir kısım tesadüflere bırakıldığını göstermektedir. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 205: Soyaslan’a göre ise bu rıza modeli iki açıdan da ölüyü korumaktadır. Zira kişiler ölümü hiç düşünmediklerinden sağlıklarına bağış yapmazlar. İkinci olarak ise ölümden sonra kimi zaman ölünün yakınlarına ulaşmak oldukça zordur fakat bağış için zaman kaybı çok önemli bir husustur.

olmalarının özellikle içerisinde bulundukları psikolojik durum da nazara alındığında ne derece baskı yaratan bir durum olduğuna şüphe yoktur¹¹⁵. İrade modeli ağırlıklı Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, İspanya, Güney Afrika ve Venezuelalı'da benimsenmiş olup, bunun yanında bazı Alman hukukçular tarafından da kabul edilmektedir¹¹⁶. Kimi ülkelerde irade modelinin sadece vericinin hayatta iken organ ve doku nakline açıkça onay vermesi halinde gerçekleştirilebileceği şeklinde uygulandığı görülmekte olup, modelin bu derece katı uygulandığı sistemlerde akrabaların organ bağıışı hususunda söz hakkı yoktur¹¹⁷.

İtiraz modelinde ise sağlığında organ veya doku aktarması ilgili bir ret yönünde bir açıklamada bulunmayan kişiden organ veya doku alınması kesin olarak kabul edilmiştir¹¹⁸. Söz konusu bu model 1979 sayılı Alman Transplantasyonu Kanunu tasarısında kabul edilmesine rağmen kişilik haklarını zedelediğinden bahisle Anayasa'ya aykırı olduğu dile getirilmiştir¹¹⁹. İtiraz modelinde vericinin bir bakıma zımni bir onayı aranmakta, vericinin hayatta iken organ ve doku nakli aksine bir irade beyanı yok ise kural olarak beyin ölümü gerçekleşmiş her hastadan onay alınmaksızın nakil işlemleri gerçekleştirilebilmektedir¹²⁰. Bir diğer deyişle söz konusu model kapsamında vericinin organ nakli hususunda bir ret beyanı bulunmuyorsa organ nakli hususunda olumlu bir beyanı olduğu yönünde bir karine

¹¹⁵ Ayrıntılı görüş için bkz: Akıncı, a.g.e , s.125: Almanya'da Gütgemann kararı olarak literatüre geçen davada Gütgemann yakınlarının böyle önemli bir kararı vermek durumunda kaldıkları için kendilerini yük altında hissettiklerini ve psikolojik bir baskı altında kaldıklarını ifade etmiştir. Gütgemann'a göre insanlar, hukukten bağlayıcı bir açıklama dolayısıyla böyle bir duruma düşürülmemelidir.

¹¹⁶ Akıncı, a.g.e , s.125, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s.450, Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.132, T. Halıcı, "Türk Ceza Kanunu'nda Organ Veya Doku Nakline İlişkin Suçlar (5237 S. TCK M.91,92,93)", T.C Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.15.

¹¹⁷ Atamer, a.g.e, s. 144, E. Kurt, "Organ Naklinde Modeller", Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13- 14 Kasım 2009, İstanbul 2011, s.242: Bu sisteme onay sistemi de denilmektedir.

¹¹⁸ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.223.

¹¹⁹ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.223. Ayrıca Bkz. Akıncı, a.g.e, s.128: Almanya'da hazırlanan bu kanunun tasarısının gerekçesinde itirazın bulunmamasının, en azından ölüden biyolojik madde alınması ya da alınmaması konusunda bu kişinin bir menfaatinin bulunmadığının delili olduğu belirtilmiştir. Fakat Akıncı'ya göre ise pek çok yakına ulaşılsa ve bu hususta aydınlatılsalar dahi itiraz edilmemesi halinde biyolojik madde alınmasının haklı olduğu karinesi ortaya çıkmamakta zira aile fertleri yakınlarının ölümleri ile sarsılırlar ve ölümden hemen sonra gerçekleştirilecek bir nakle karşı itirazlarını zamanında yapabilecek durumda değildirlir.

¹²⁰ Atamer, a.g.e, s. 145.

oluşmakta ve vericinin iradesinin belirsiz olduğu durumlar alıcı lehine yorumlanmaktadır¹²¹. Alıcı lehine oluşan bu kesin olmayan karine ise doktrinde iki yönden verici ve yakınlarının yararlarını ihlal edebileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir¹²². Zira eleştirilere göre öncelikle ölü yakınlarının ölüye saygı duyulması hususunda korunmaya değer bir yararları olmasına karşın ölünün yaşarken vermemiş olduğu bir ret beyanı sebebiyle bu yarar zedelenmektedir. Diğer yandan ise bu model uyarınca gerek ölüye gerekse ölü yakınlarına eğer nakilde bulunulması istenmiyor ise bu yönde beyanda bulunulması hususunda bir sorumluluk yüklenmektedir. Gerçekten söz konusu model uyarınca organ nakli hususunda ret beyanı olmayan herkes potansiyel bir verici haline gelmektedir¹²³. Bu model uygulanması açısından kimi ülkelerde vericinin sadece kendi ret beyanını esas alırken kimi ülkelerde ise hem vericinin hem de öldükten sonra kimi yakınlarının ret beyanını esas almaktadır. Bu modeli benimseyen bazı ülkeleri örneklemek gerekirse İtalya, Macaristan, Yunanistan, Avusturya, Belçika, Portekiz, Slovakya, Rusya, Polonya, Fransa, Norveç, İsveç ve Çek Cumhuriyeti bu ülkeler arasındadır¹²⁴. Olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını uygun kılan bu model, bu haliyle alıcıyı korumakta ve alıcı lehine yorum yapılmasına olanak sağlarken aynı zamanda vericiye de ret yönünde bir beyan ile organ ve doku naklini engelleme imkânı vermektedir¹²⁵.

Zaruret modelinde ise tamamen alıcının yararları üstün tutulmuş ve ölünün ve yakınlarının iradesi olmaksızın nakil yapılması uygun kabul edilmiştir. Nitekim modelin en sert uygulandığı halde gerek ölünün gerekse yakınlarının irade beyanlarının aksi durumunda dahi ölüden biyolojik madde alınabilmektedir¹²⁶. Bu model uyarınca verici ile alıcının menfaati mukayese edilmekte ve sonuçta alıcının yararı üstün görülerek onun lehine karar verilmektedir. Diğer bir deyişle alıcının

¹²¹ Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.133, Atamer, a.g.e, s. 145.

¹²² Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.133.

¹²³ Ayrıntılı açıklama için bkz: Akıncı, a.g.e, s.127, Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.133.

¹²⁴ Atamer, a.g.e, s. 146, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.133, Kurt, “Organ Naklinde Modeller”, s.242.

¹²⁵ Akıncı, a.g.e, s.127, Ç. K. Aydın, a.g.e, s.139.

¹²⁶ Akıncı, a.g.e, s.129, Atamer, a.g.e, s. 144, Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.133, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s.450.

son derece üstün tutulan yararı karşısında ölünün üzerinde sınırsız bir müdahaleye izin verilmekte, bu surette de menfaat çatışmasında mutlak olarak organ ihtiyacı içerisinde bulunan hastanın menfaati üstün tutulmaktadır¹²⁷. Avrupa ülkelerinde pek benimsenmeyen bu görüş Avusturya’da 1982 yılında Sağlık Kurumları Kanunu ile kabul edilmiştir¹²⁸. Söz konusu bu model doktrinde oldukça eleştirilmiş ve vericinin temel haklarına önemli bir saldırı teşkil ettiği belirtilmiştir¹²⁹. Gerçekten de zaruret modeli ile organ ve doku nakli imkânını arttırmak hedeflenmiş ise de yukarıda detayıyla izah ettiğimiz diğer modeller nazara alındığında aynı amaca ulaşmak adına hem vericinin hem de alıcının menfaatlerini ölçülülük ilkesi çerçevesinde gözetken başkaca modeller olduğu görülmektedir.

Türk hukuku açısından hangi modelin benimsendiği hususunda ise Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun m.14 uyarınca detaylı bir düzenleme yapıldığı ve farklı durumlarda başkaca modellerin benimsendiği görülmektedir. Esasen OVDNHK m.14 uyarınca Türk hukukunca benimsenen sistem genel olarak irade modelidir¹³⁰. Zira maddenin açık lafzından da anlaşıldığı üzere bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış ise Kanun organ veya doku nakline cevaz vermektedir. Fakat verici hayatta iken bu şekilde bir irade beyanında bulunmamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilmektedir.

Kanun’un getirdiği düzenlemeye göre önce ölen kişinin iradesinin araştırılması şart koşulmuştur. Gerçekten eğer verici sağlığında organ ve doku nakli yapılabileceği yönünde olumlu bir irade beyanında bulunmuş ise artık yakınlarının izni aranmadığı gibi yakınlarının bu yönde yapacağı itirazlar da dikkate alınmayacaktır¹³¹.

¹²⁷ Akıncı, a.g.e, s.129, Atamer, a.g.e, s. 144, Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.133.

¹²⁸ Akıncı, a.g.e, s.129.

¹²⁹ Atamer, a.g.e, s. 144.

¹³⁰ G. Taneri, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2014, s. 483.

¹³¹ Akıncı, a.g.e, s.129, Kök, “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, s.218.

Bu aşamada vericinin hayatta iken bu irade beyanını nasıl ortaya koymuş olduğu öldükten sonra alınan organ ve dokunun hukuka uygun olarak alındığının değerlendirilmesi açısından büyük bir önemi bulunmaktadır. Gerçekten kanun metninden de anlaşıldığı üzere vericinin sağlığında bu irade beyanını resmi ve yazılı bir vasiyetname ile belirtmiş olması yahut bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olması gerekmektedir. Bu anlamda vericinin sağlığında bu iki şekil dışında organ ve doku nakli hakkında bir irade beyanında bulunması halinde ölümünden sonra yapılan organ ve doku naklini hukuka uygun kılmayacağı açıktır. Bu anlamda uygulamada sıklıkla karşılaştığımız organ bağış kartlarının Kanun'daki şekil şartını karşılamadığı için geçerli olmayacağı sonucuna ulaşılabılır¹³².

Ölü vericinin sağlığında organ ve doku nakli hususunda bir irade beyanı yoksa yahut irade beyanı olmasına karşın bu hususta bir açıklık mevcut değil ise organ ve doku nakli yapılabilmesi için Kanun'da belirtilen yakınların rızası aranmaktadır¹³³. Kanun'daki düzenleme incelendiğinde vericinin ancak ölüm anında yanında bulunan ve Kanun'da sınırlı sayıda ve terditli olarak sayılmış yakınlarına başvurulacağı belirtilmiştir¹³⁴. Bu bağlamda örneğin ölüm anında vericinin eşi ve çocukları yanında bulunuyorsa öncelikle eşine başvurulacak ve eşinin beyanı esas alınacaktır¹³⁵. Eş kabul ettikten sonra diğer kişilerin reddetmesi yahut eş reddettikten sonra diğerlerinin kabul etmesi bir önem teşkil etmemektedir¹³⁶. Doktrinde eşin ilk, çocukların ikinci sırada olması eleştirilmiş ve bunların aynı sırada olması gerektiği savunulmuştur¹³⁷. Bu aşamada Kanun'da sayılan yakınardan birinin aksi irade beyanında bulunması durumunda ne olacağı önem arz etmektedir. Doktrindeki baskın görüşe göre irade beyanı hususunda öncelikle eşe başvurulacak eğer yok ise çocukların oybirliği ile aldığı karar geçerli

¹³² Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.35, Y. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s. 204.

¹³³ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.223.

¹³⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 377, Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s. 204, Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", s. 135, Soyaslan, Özel Hükümler, s. 204, Kızılarıslan, a.g.e, s. 1014, Mermut, a.g.e, s. 1473.

¹³⁵ Mermut, a.g.e, s. 1473.

¹³⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 377, Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", s. 135.

¹³⁷ Akıncı, a.g.e, s. 6, Mermut, a.g.e, s. 1473.

olacaktır¹³⁸. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi Kanun, organ ve doku naklini daha işlevsel ve yaygın bir hale getirmek adına rızasına başvurulacak kişileri sıralı ve terditli olarak saymış olup, bu bağlamda sıra bakımından üstün olanın rızası da haliyle üstün tutulacaktır¹³⁹. Nitekim gecikmeleri önlemek adına da kişinin sayılan tüm yakınlarına değil yalnızca ölüm anında yanında olan kişilere başvurulmaktadır. Bir başka görüşe göre ise birden fazla çocuk olması halinde çocuklardan bir ya da birkaçının rıza göstermesi nakil için yeterli olmaktadır¹⁴⁰.

Kişi öldüğü zaman yakınlarından kimse yanında yok ise ölüden organ veya doku alınmasının mümkün olup olmadığı hususunda, Kanun'da bu sorunun cevabı verilmemekle birlikte OVDNHK m.14 f.1 incelendiğinde öncelikle ölünün bir kısım yakınının sayıldığı ve fakat bunlardan hiçbiri ölüm anında ölünün yanında değilse herhangi bir yakınının muhakkak muvafakatinin arandığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple biz vericinin sağlığında organ ve doku nakli hususunda olumlu bir irade beyanı yoksa öldüğü zaman yakınlarından kimsenin yanında bulunmaması halinde yine de ölüden organ ve doku alınamayacağı görüşündeyiz¹⁴¹. Soyaslan'a göre ise bu gibi hallerde hekim zaruret halinde olduğundan nakil yapılması mümkün olmalıdır¹⁴².

Doktrinde varsayılan rızanın ölen kişiden organ veya doku alınması aşamasında kabul edilebilir olup olmadığı da tartışılmakta olup, nitekim Hakeri'ye göre¹⁴³ örneğin ölen kişinin kendi çocuğuna nakil yapılacaksa burada varsayılan rızadan yola çıkılabilir. Diğer bir deyişle kişinin kendi çocuğunun kendisi için

¹³⁸ Taşkın, a.g.e, s. 129, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 377, Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", s. 135.

¹³⁹ Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.192: Bayraktar'a göre yakınların anlaşılamamaları halinde cesetten organ alınmasına girilmemelidir. Zira cesedin manevi bir kişiliği ve değeri vardır ve bunun korunması yakınlarına bırakılmış bulunmaktadır.

¹⁴⁰ Mermut, a.g.e, s. 1473.

¹⁴¹ Aynı görüş için bkz: Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.192, Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", s. 104, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 378, Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", s. 135.

¹⁴² D. Soyaslan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 343, Soyaslan, Özel Hükümler, s. 204.

¹⁴³ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 378

organ nakline izin vermesine engel bir durum da bulunmamaktadır. Bu sebeple genel kurallardan ayrılmayı gerektiren bir husus yoktur.

Ölünün yakınlarının rızası için özel bir şekil şartı öngörülmemiş olup yazılı yahut sözlü olabilmesinin yanında ispat açısından bir tutanağa bağlanmasında ise yarar bulunmaktadır¹⁴⁴.

Ölüden organ veya doku alınması hususunda kanunda öngörülen irade modelini tamamlayan bir diğer hüküm ise OVDNHK m.14 f.3'tür. Söz konusu maddede kişinin sağlığında organ nakline açıkça onay göstermesi dışında tam tersi olarak organ ve doku nakline ilişkin bir ret beyanı var ise bu durumda kişiden hiçbir surette organ ve doku alınamayacağı hükmolunmuştur. Hükmün düzenleniş biçimi de göze alındığında kişinin sağlığında bu şekilde bir beyanı var ise öldükten sonra yakınlarının iradesinin de hiçbir şekilde organ ve doku nakline cevaz vermediği görülmektedir¹⁴⁵.

Türk Hukuk sisteminde ölüden organ ve doku alımına ilişkin olarak temel modelin irade modeli olduğu açık olsa da OVDNHK'nin belirli koşullarda diğer modelleri de benimsediği görülmektedir. Zira OVDNHK m.14 f.2 incelendiği takdirde aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların cesetten alınabileceği hükmolunmuş olup, Kanun'un bu özel durum açısından itiraz sistemini benimsediği anlaşılmaktadır¹⁴⁶. O halde madde uyarınca verici eğer öldükten sonra vücudundan değişiklik yapmayacak dokuların alınmasını istemiyorsa sağlığında bu hususta bir irade beyanında bulunmak durumundadır. Aksi halde kişi öldükten sonra yakınlarının olumlu irade beyanı alınmadan kişiden cesette değişiklik yapmayan dokular alınabilecektir¹⁴⁷. Bu halde Kanun'un itiraz modelini yalnızca ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular açısından kabul ettiği söylenebilir¹⁴⁸.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun m.14 f.4 incelendiğinde ise Kanun'un, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı

¹⁴⁴ Mermut, a.g.e, s. 1474.

¹⁴⁵ Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.134.

¹⁴⁶ Taneri, a.g.e, s. 483.

¹⁴⁷ Toroslu, a.g.e, s.104., Akıncı, a.g.e, s.130, Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.134.

¹⁴⁸ Ç.K. Aydın, a.g.e, s.139.

sona ermiş olan bir kişinin yanında eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar yoksa herhangi bir yakını yoksa sağlam doku ve organlarının, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı OVDNHK m.11’de belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabileceği görülmektedir. Bu haliyle zaruret modelinin de hukukumuzda kısmen kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹⁴⁹. Ancak madde metni incelendiğinde zaruret modelinin ancak belli şartlar gerçekleştiği halde uygulanabileceği de açıktır. Öncelikle bu modele göre organ ve doku alınacaksa öncelikle ölenin kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamını yitirmiş olması gerekmektedir. Diğer yandan ölenin yanında OVDNHK m.14 f.1’de sayılan yakınların birinin dahi bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde ise organ ve doku alınabilmesi için muhakkak yanında bulunan yakına başvurulmalıdır¹⁵⁰. Aynı hükme göre tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı OVDNHK m.11’de belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmelidir. Son olarak ise bu şekilde bir nakil yapılabilmesi için yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde aciliyet ve tıbbi zorunluluk bulunması gerekmektedir¹⁵¹.

Zaruret modelinin uygulanabilmesi için son gerekli şart ise yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durum olmasıdır. Doktrinde maddede geçen ivedilik ve tıbbi zorunluluk kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda değişik görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre burada bahsedilen ivedilik ve tıbbi zorunluluktan anlaşılması gereken zaruret hali olup, eğer bu şekilde bir zaruret hali var ise yani hastanın hayatı yapılacak organ yahut doku nakline bağlı ise ölünün vasiyeti veya rızası aranmamaktadır¹⁵². Fakat bizim de katıldığımız diğer görüşe göre Kanun’da geçen

¹⁴⁹ Taneri, a.g.e, s. 483.

¹⁵⁰ Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.134.

¹⁵¹ Kızılarıslan, a.g.e, s. 1015.

¹⁵² Akıncı, a.g.e, s.130, Taşkın, a.g.e, s. 130, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.134, 135, Ç.K. Aydın, a.g.e, s.140.

ivedilik ve tıbbi zorunluluk hukuk tekniği açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmış değildir¹⁵³. Zira gerçekten de burada bildiğimiz anlamda zorunluluk halinden çok daha farklı şartlara bağlı bir düzenleme yapılmıştır. Bu sebeptendir ki hekim söz konusu maddeyi icra ettiği kapsamda kanunun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktadır¹⁵⁴.

Tüm sayılan koşullar gerçekleştiğinde ölünün otopsisı yapılmadan kendisinden organ yahut doku alınabilmektedir. Fakat doktrindeki görüşe göre adli vakalarda suç için delil niteliği olan organların alınmaması gerektiği ancak organ ve doku nakli ile korunan yarar otopside elde edilecek yaradan daha üstün olduğundan savcı izni beklenmeksizin organ veya doku alınabileceği savunulmaktadır¹⁵⁵. Başka bir görüşe göre ise öncelik otopsiye verilmelidir; zira Danıştay’ın savcının izni beklenilmeksizin alınan organlar nedeniyle ilgili doktorlar hakkında soruşturma izni vermesi görüşü de bunu doğrulamaktadır¹⁵⁶.

¹⁵³ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.223.

¹⁵⁴ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.224: Erman’a göre aksine bir kabul 14/4’incü maddede öngörülen durumda her olayda zorda kalış hukuka uygunluk nedeninin bütün koşullarının varlığının aranması ve değerlerin tartılması yoluyla dengeğin saptanması gerektiği anlamını taşıyacaktır ki, bu durum yasanın tanıdığı olanağın sınırlarının daraltılması anlamını taşımaktadır.

¹⁵⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 445, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 381: Nitekim yazara göre organları otopside sonra alınmasını savunan anlayışa göre örneğin adli bir vaka sonucu yaralanan kişiye de tıbbi müdahalede bulunan hekimin savcı gelinceye kadar ya da suç delilleri güvence altına alınıncaya kadar müdahaleden yasaklanmaları gerekmektedir. Aksi halde müdahalede bulunan hekimlerin de cezalandırılması gerekecektir. Bu sebeple organ ve doku nakli durumlarında da öncelikle organ ve doku alımının gerçekleştirilmesi sonra otopsi yapılması başka bir değişle önceliğin hayat kurtarılmasına tanınması gerekmektedir, Ünver, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, s. 211, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 48, Hakeri, “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, s. 135, Soyaslan, Özel Hükümler, s. 203.

¹⁵⁶ Hakeri, “Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku”, s. 131, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 378: Yazarın aktardığı bir vakaya göre Adana’da gerçekleşen bir olayda bıçaklanma sonucu gece yarısı vefat eden kişinin yakınları nakle izin vermiş; hekimler organları almadan savcıyı aramış; en erken ertesi sabah saat 09:00’da hastaneye gelebileceğini söylemiştir. Gece yarısı adli tıp uzmanına da ulaşamayanınca, hekimler polisin savcıya ulaşmasını istemiş, ancak savcının cevabı değişmemiştir. Organların bir saat içinde alınması zarureti karşısında, hekimler, organları savcı olmaksızın almışlar ve organlar nakli bekleyen üç hasta için Ankara’ya gönderilmiştir. Ertesi sabah saat 09:00’da hastaneye gelen savcı, hekimler hakkında soruşturma başlatmış ve bilahare kamu davası açılmıştır. Ayrıca bkz: Kök, “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, s.221, Kızıllarslan, a.g.e, s. 1024: Malatya Cumhuriyet başsavcılığını açmış olduğu bir davada Danıştay 1. Dairesi, “hekimlerin Cumhuriyet Savcısını beklememelerinin suç oluşturduğuna” hükmetmiş, aynı olayın yargılanması aşamasında Yüksek Sağlık Şurası verdiği mütalaada “hekimlerin bu işlemlerinin tıp etiğine aykırılık oluşturmadığını” tıp etiği açısından işlemi yapan hekimlerin suçsuz olduğunu mütalaa etmiştir.

Sonuç olarak Türk hukuk sisteminde ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin rıza modelleri incelendiğinde prensip olarak irade modelinin benimsendiği fakat ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınması açısından itiraz modelinin uygulandığı görülmektedir. Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar yoksa herhangi bir yakını yoksa sağlam doku ve organlarının, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı OVDNHK m.11’de belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda ise zorunluluk modelinin kabul edildiği görülmektedir. Bu anlamda hukuk sistemimizde farklı durum ve şartlarda farklı modellerin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Sistemimiz açısından ölüden organ ve doku alınması hususunda asıl olarak irade modeli kabul edilmiş ise de kanaatimizce organ ve doku naklinin ülkemizde henüz yeterince yaygınlaşmadığı ve kişilerin bu kuruma ilişkin olarak birçok çekincelerinin bulunduğu günümüzde irade modeli yerine itiraz modelinin kabul edilmesi daha yerindedir¹⁵⁷. Her ne kadar önceki bölümlerde itiraz modeline ilişkin olarak yapılan eleştiriler dile getirilmiş ise de irade modelinde alıcının kaderinin, vericinin rızasının araştırılması, eğer böyle bir rızası yok ise yakınlarını yeni kaybetmiş ve psikolojik açıdan iyi durumda olmayan akraba yahut yakınların iradesinin aranması ve hatta son aşamada birtakım tesadüflere terk edilmesi iyileştirme ve hayat verme amacına matuf organ ve doku nakli kurumunun layığıyla

¹⁵⁷ Yıldız, a.g.e, s. 293: Yıldız organ bağışını arttırmak için önerilen radikal bir çözüm olarak her vatandaşın cesedini organ nakli amacıyla kullandırmasının bir sosyal yükümlülük türü olduğunu kabul etmenin ya da diğer birçok ülkede olduğu gibi itiraz modelini kabul etmenin yani kişi sağlığında organlarının alınmasına itiraz etmemişse, bu konuda rızasını var kabul etmenin kolay uygulanabilir bir yöntem olmadığı kanısındadır. Fakat öldükten sonra organlarını bağışlamak taraftarı olan insanların birçoğunun dahi ihmalkarlık göstererek yaşamlarında bu konuda herhangi bir girişimde bulunmamaları karşısında, Türkiye açısından daha yumuşak bir model olarak belirli resmi işlemler için devlet kurumlarına ya da en azından sağlık kuruluşlarına başvuran kişilerin bu konuda bilgilendirilerek, organlarını bağışlamayı isteyip istemedikleri konusunda soru yöneltmesi ve kabul etmeleri ya da etmemeleri durumunda, bu durumu gösteren bir formun doldurularak verici tarafından imzalanmasının sağlanması ve bu olumlu ya da olumsuz rıza beyanının oluşturulacak bir veri bankasına kaydının yapılması bu veri bankasına da yine koşulları mevzuatla belirlenmek suretiyle ilgili sağlık kuruluşlarınca Türkiye’nin her yerinden ulaşılabilesinin ve ölen kişilerin bu konudaki irade beyanlarının bulunup bulunmadığı konusunun takip edilebilmesi şeklinde bir sistem oluşturulabilir.

yürütülemediğini düşündürmektedir. Bu sebeple organ bağış oranındaki düşüklük ve diğer yandan mevcut alana yönelik ihtiyaç nazara alındığından menfaat dengesinin iyi kurulması ile itiraz modelinin benimsenmesi irade modeline nazaran daha uygulamaya yönelik olacaktır¹⁵⁸. Şüphesiz ki itiraz modelinin sakıncalarını bertaraf etmek üzere bir kısım sistem değişiklikleri yapılmalıdır. Örneğin itiraz sistemine geçilmesi halinde öncelikle vatandaşların organ ve doku nakli hususunda geniş aydınlatma kampanyaları ile bilinçlendirilmeleri gerekmektedir¹⁵⁹.

Diğer yandan muhakkak itiraz modelinin uygulanması açısından da birçok problem meydana gelebilecek olup; bunların en başında da kişilerin sağlıklarında organ ve doku nakline ilişkin olumsuz beyanlarının nasıl araştırılacağı gelmektedir. Bu tip irade beyanlarının araştırılmasının kolaylaştırılması açısından her vatandaşın organ bağışına karşı olduğunu beyan ettiği merkezi bir kütüğün oluşturulması uygundur¹⁶⁰. Bu şekilde ihdas edilen bir kütüğe günümüzdeki bilgisayar teknolojileri ile her hastane tarafından ulaşılabilmesi sağlanarak vericinin sağlığındaki iradesinin tespiti irade araştırılmasını oldukça kolaylaştıracaktır. Kişilerin bu kütüğe kayıt yaptırmamasına rağmen iradesinin ret yönünde olup olmadığı hususunda ise yakınlarının bilgisine başvurulması uygundur. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu aşamada yakınlar organ ve doku nakli hususunda bir irade beyanı sormak olmayıp yalnızca vericinin sağlığındaki iradesini öğrenmekten ibarettir¹⁶¹.

Sonuç olarak detayıyla izah ettiğimiz iyileştirilmelerin yapılması ve toplumun organ ve doku nakli hususunda ayrıntılı olarak bilinçlendirilmesi halinde itiraz modelinin tam olarak kabul edilmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz.

Alman Nakil Kanunu TPG m.3 incelendiği takdirde Alman hukuku açısından da irade modelinin benimsediğini söylemek mümkündür. Söz konusu maddeye göre ölüden organ alınabilmesi için bağışlayanın rızası, tıp biliminin kurallarına göre ölümün tespiti ve bir doktor aracılığıyla organın alınması gerekmektedir¹⁶². Bu

¹⁵⁸ Karşı görüş için bkz: Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.225.

¹⁵⁹ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.225.

¹⁶⁰ Atamer, a.g.e, s. 148.

¹⁶¹ Atamer, a.g.e, s. 148.

¹⁶² Kühn, a.g.e., s. 121-122.

bağlamda Alman hukuku açısından nakil için organ veya doku temininin hukuka uygunluğunun, bağışçının beyin ölümünün gerçekleşmesi ve bağışçının ya da sıradaki yakınlarının rızasının varlığı şeklinde iki ön koşula bağlı olduğu söylenebilir¹⁶³. Yine Türk hukukuna paralel bir şekilde TPG m.3 f.2 uyarınca ölen kişinin ölmeden önceki iradesine de önem verilmiş ve eğer bağışçının yaşadığı sürede organ veya doku bağışı açısından olumsuz bir beyanı var ise kişiden organ veya doku alınamayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁶⁴. Kühn'e göre müstakbel organ bağışçıların yalnızca çok az bir kısmının geçerli bir organ bağışı açıklaması ile hastanelere geldiği nazara alındığında Alman hukuku açısından ölüden organ veya doku nakli yapılmasının esas dayanağı TPG m.4'tür¹⁶⁵. Söz konusu madde uyarınca bağışçının yaşadığı süre boyunca organ veya doku alınmasına yönelik yazılı bir izni yahut bu hususta bir itirazı yoksa bağışçının sıradaki yakınına bağışçının organ veya doku bağışına yönelik bir beyanının bulunup bulunmadığı sorulmalıdır¹⁶⁶. Bu manada Alman hukukuna göre öncelikle bağışçının yaşamı süresince organ veya doku bağışına yönelik iradesi araştırılacaktır. Bu araştırma da müstakbel bağışçının yaşarken organ veya doku bağışı ile ilgilenip ilgilenmediği ve bu konuda bir düşünce oluşturup oluşturmadığı şeklinde yapılmaktadır¹⁶⁷. Söz konusu bu olumsuz irade beyanı tek bir organ veya doku için olabileceği gibi tüm organ ve dokulara yönelik de olabilir¹⁶⁸. Görüldüğü üzere TPG öncelikle ölenin iradesini üstün tutmakta daha sonra ise ölen kişinin sıradaki yakınlarının davranışları üzerinden ölenin organ veya doku bağışı hakkında varsayılan iradesini aramaktadır. Kişinin varsayılan iradesi ile de organ veya doku bağışı hakkında bir karara varılamıyorsa organ veya doku alma işlemi Türk hukukundaki gibi TPG m.4 f.2 uyarınca sıradaki yakının nakil hakkında bilgilendirilmesi ve nakle onay göstermesi suretiyle olabilir¹⁶⁹. Sıradaki yakın bu aşamada organ veya doku nakli hakkında bir rıza

¹⁶³ Wolf, a.g.e, s. 329.

¹⁶⁴ Deutsch, a.g.e, s. 138, Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 165-166.

¹⁶⁵ Kühn, a.g.e, s. 122.

¹⁶⁶ Deutsch, a.g.e, s. 138.

¹⁶⁷ Kühn, a.g.e, s. 122.

¹⁶⁸ Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 165-166, ayrıca bkz: TPG m.2.

¹⁶⁹ Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 166.

gösterecek olup yine de kararında müstakbel vericinin varsayılan rızasını da göz önünde bulundurmalıdır¹⁷⁰. Toparlamak gerekirse bağışçının organ veya doku nakli hususundaki iradesini ortaya koyan açıklama belgelenmiş ise dikkate alınmakta olup, diğer yandan bağışçının ölümü halinde varsayılan rıza sıradaki yakınlar tarafından açıklandığında dikkate alınmaktadır¹⁷¹. Fakat bağışçının rızası, varsayılan iradesi veyahut sıradaki yakınların irade açıklaması yoksa bu aşamadan sonra nakil mümkün değildir¹⁷².

Madde lafzında geçen sıradaki yakınların kim olduğu ise TPG m. 4 f.2’de sayılmıştır. Buna göre sıradaki yakınlar ölenin; eşi veya kayıtlı hayat arkadaşı, ergin çocukları, ebeveynleri veya olası organ veya doku bağışçısının ölüm anında reşit olmaması durumunda ve o anda vesayeti eşlerden birinde, vaside ya da kanuni temsilcide bulunduğu sürece bu velayet sahibi, ergin kardeşleri, büyük anne ve büyük babaları şeklinde sayılmıştır. Türk hukukundan farklı olarak TPG m.4 f.2 uyarınca sıradaki yakınlar ancak olası organ veya doku bağışçısının ölümünden önceki iki yıl içerisinde kendisi ile kişisel ilişki halinde kalmış ise karar verme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda bu kişisel ilişki halini de hekim yapacağı araştırma ile tespit etmek durumundadır. TPG m.4 f.2 uyarınca birden fazla eşit derecede sıradaki yakın mevcut olması halinde Türk hukukundaki gibi yakınlardan sırada olan sadece birinin karar vermesi yeterlidir; ancak diğerleri tarafından yapılacak her itiraz dikkate alınacaktır¹⁷³. Diğer yandan makul bir süre içerisinde önceliği olan yakına ulaşılmaması durumunda, ilk önce ulaşılan yakının kararı yeterli olur. Olası organ ve doku bağışçısı ile ölümüne kadar açıkça bilindiği üzere şahsi bir yakınlığı bulunan ergin bir kişi ile sıradaki yakın eşdeğerdedir ve sıradaki yakınlıkla aynı konumdadır. Alman hukuku uyarınca ölenin iradesine verilen önemi gösteren bir diğer madde ise TPG m.4 f.3’tür. Zira söz konusu madde uyarınca olası organ ve

¹⁷⁰ Deutsch, a.g.e, s. 138.

¹⁷¹ S. Maurer, “İsviçre Hukuku’na göre Ölüm Sonrası Organ Alımı” (Çev: Özlem Yenerer Çakmut), Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 10 (Editör: Yener Ünver), Ankara 2009, s.251.

¹⁷² Maurer, a.g.e, s. 251.

¹⁷³ Kühn, a.g.e, s. 122.

doku bağışçısı, organ veya doku alınması hakkındaki kararını bir kimseye açıklamış ise bu kimsenin kararı ilgili yakının kararı yerine geçmektedir¹⁷⁴.

IV. Organ ve Doku Ticareti Suçlarıyla Korunan Hukuki Değer ve TCK m.91’de Tanımlanan Suçların Sistematiğe Konulmasına İlişkin Değerlendirme

A- Korunan Hukuki Değer

Bugün modern ceza hukukunda kabul edildiği üzere her suç tipi ancak bir hukuksal değeri korumak için yürürlüğe konulabilir¹⁷⁵. Herhangi bir hukuksal değeri korumaya hizmet etmeyen bir ceza normundan bahsetmek mümkün değildir. Hukuksal değerlerin bu, suç tiplerini sınırlayıcı fonksiyonlarının yanı sıra ceza kanunlarında suç tipleri de korunan hukuksal değerlere göre gruplandırılır¹⁷⁶.

Doktrinde hukuksal değer kavramı ve bunun nitelikleri oldukça tartışmalı olmakla birlikte bu konuda detaya girmeksizin bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde suçla korunan hukuksal değer, kanuni tipte tanımlanmış bulunan fiille ihlal edilen ve hukuk tarafından himaye edilen soyut menfaatleri ifade ettiğini belirtmemiz gerekmektedir¹⁷⁷. Bir başka deyişle suçla korunan hukuki değer kanun koyucuyu tipi düzenlemeye yönelten soyut menfaattir¹⁷⁸. Hukuksal değer kavramını kısaca açıklamamız gerekirse öncelikle bir hukuksal değer varoluşu ve bunun ceza hukuku ile korunmaya muhtaç olmasından evvel o değer öncelikle toplumun belirli bir değer yargısı sonucunda “hukuksal” değer mertebesine

¹⁷⁴ Kühn, a.g.e, s. 122.

¹⁷⁵ Zafer, Genel Hükümler, s.145, Özgenç, Genel Hükümler, s.38; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.32; Ünver, Hukuksal Değer, s.668-669, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s.198, Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.2; Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, s.1094.

¹⁷⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.145, N.Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, İstanbul 2007, 1. Cilt, s.5, Ünver, Hukuksal Değer, s.605.

¹⁷⁷ Bu görüş için bkz. Hamide Zafer, Genel Hükümler, s.145, Özgenç, Genel Hükümler, s.38; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.32; Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, s.1092-1093; Aksi yönde görüş için bkz. N.Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 86.

¹⁷⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 221.

yükselişinden bahsetmek gerekir¹⁷⁹. Bu anlamda öncelikle bir değer yargısı değere dönüşür devamla bu değer hukuksal mertebesine ulaşır ve en son aşamada ceza hukuku hukuksal değerine dönüşerek bir suçun hukuki konusunu oluşturur. Bu süreç kısaca şöyle gelişir: Önce sübjektif ve münferit yararlar objektifleşir devamla ise bunlar değerli ve bu nedenle korunmaya layık hale gelerek hukukça kabul edilir¹⁸⁰. Bir örnek ile açıklamak gerekirse bir bireyin yüzdüğü denizin temiz olmasını istemesi esasen kendi bireysel menfaatidir. Fakat bir süre sonra bu menfaat birçok nesne ve varlık üzerinde benzer bir şekilde yayılarak toplumdaki tüm bireyler için nitelik olarak aynı fakat nesneler ve varlıklar bazında farklı olarak ortaya çıkar. Diğer bir deyişle bireyler aynı yarar ya da menfaati farklı farklı olaylar nezdinde benimsemeye başlarlar. İşte bu aşamadan sonra bireysel değer evrilerek ve objektifleştirilerek hukuksal değer olarak karşımıza çıkar. Zira olayımızda öncelikle denizin temiz olmasını isteme menfaati zamanla objektifleşerek çevre hakkında dönüşmüştür¹⁸¹. Bu yönüyle hukuksal değer, suç tipine konu olan somut ya da soyut varlık üzerinde kişilerin sahip olabilecekleri ve hukuken korunan menfaatleri yani hak ve özgürlükleri ifade etmektedir. Ve yine buna göre hukuksal değerler somut olarak zarara uğramaları mümkün olmayan soyut kavramları ifade etmektedirler. Bu nedenle hukuksal değerler, suçun konusunun zarar veya tehlikeye uğratılması suretiyle ihlal edilen soyut hak ve özgürlüklerdir¹⁸².

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleniş biçimi ile m.91 kapsamında birden fazla suç ihdas edildiğinden her bir suç tipi için ayrı bir hukuksal değer ihlal edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda suçla korunan hukuki değer suç tipine göre değişir¹⁸³. Fakat diğer yandan organ ve doku ticareti suçlarıyla korunan hukuksal değer konusunda doktrinde esas itibarıyla vücut bütünlüğü kabul

¹⁷⁹ Ünver, Hukuksal Değer, s.118.

¹⁸⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz: Ünver, Hukuksal Değer, s.117-124.

¹⁸¹ Hukuksal değerlerin bireysel menfaatlerin toplumsal menfaatlere evrilmesi ve bilahare hukuk tarafından korunma altına alınması yoluyla oluştuğu görüşü için bkz: Sarıtaş, "Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine", s.1092 vd.

¹⁸² Zafer, Genel Hükümler, s.145- 146, Özgenç, Genel Hükümler, s.38; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.32.

¹⁸³ Taneri, a.g.e, s. 483.

edilmektedir¹⁸⁴. Hukuksal değerlerin suçun konusunun zarar veya tehlikeye uğratılması suretiyle ihlal edilen soyut hak ve özgürlükler olduğunu belirtmiştik. Bu anlamda 1982 tarihli Anayasa'nın (AY) 17. maddesinin 2. fıkrasında da belirtildiği üzere tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Buna göre gerek organ ve doku ticareti suçlarının TCK sistemi içerisinde konumlandırıldığı yer bakımından gerekse organ ve dokunun kişinin vücudundan alınması vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olduğundan doktrinde suçla korunmak istenen değer öncelikle vücut bütünlüğü olduğu vurgulanmıştır. Yine doktrinde organ ve doku ticareti fiiller çerçevesinde kişinin ölümüne neden olunması halinde yaşam hakkının da ihlali söz konusu olacağından bu suç tipleri ile yaşam hakkının da korunduğu kabul edilmektedir¹⁸⁵. Nitekim yaşam hakkı da AY m.17 f.1'de açıkça ihdas edilmiş en temel insan hakkı olup, ölümle sonuçlanan organ ve doku ticareti suçları bakımından korunması gereken bir hukuksal değer olduğu şüphesizdir.

Bunun yanında doktrinde bazı yazarlar bu suçla vücut bütünlüğünün yanı sıra kişinin irade hürriyetinin de korunduğunu savunmaktadırlar¹⁸⁶. Gerçekten suç tipleri incelendiğinde hukuka uygun bir organ veya doku nakli gerçekleşmesi için kişilerin ve kişi yakınlarının belirli koşullara bağlanmış şekilde irade beyanında bulunması şart koşulmuş olup, bu iradenin özgür ve tüm baskılardan uzak bir şekilde verilmesi de korunmaktadır.

Son olarak Gökçen ve Balcı'ya göre¹⁸⁷ kişinin vücut bütünlüğü hakkı ve yaşam hakkının yanı sıra suçla korunan hukuki değer aynı zamanda toplumsal bir nitelik de taşımaktadır. Zira devlet kişilerin güven içinde yaşamalarını sağlamak ve

¹⁸⁴ Özbek/ Doğan/ Bacaksız / Tepe, Özel Hükümler, s. 263, Ç.K. Aydın, , a.g.e, s.139, Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.115, Parlar/ Hatipoğlu, Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Cilt 2, s.1555, Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", s. 111, Ö. K. Süren, "Organ ve Doku Naklinin Etik Açısından Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007, s.1, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.128-129, Taneri, a.g.e, s. 483, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1305.

¹⁸⁵ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.128-129.

¹⁸⁶ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.128-129, Ç.K. Aydın, a.g.e, s.146.

¹⁸⁷ Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.115.

onları uğrayabilecekleri olası saldırılara karşı da korumakla yükümlüdür. Bu surette de devletin organ ve doku ticareti suçları ile toplumu oluşturan bireylerin sağlığına verilmesi muhtemel zararları önleme mükellefiyeti bulunmaktadır.

Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu m.91’de genel bir başlık kullanılmak suretiyle birden fazla suça yer verilmiş olduğundan tüm suç teşkil eden fiiller açısından korunan hukuki değerler de farklı olacaktır. Örneğin yaşayan kişiden organ alınmasına ilişkin olan TCK m.91 f.1 uyarınca kişinin vücut bütünlüğü hakkı korunur iken TCK m.91 f.2 açısından bu değer korunmasından bahsedemeyiz. Zira TCK m.91 f.2 uyarınca düzenlenen suç ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin olup bu anlamda bu aşamadan sonra farklı menfaatler doğacağından farklı bir hukuki değerden bahsetmek gerekecektir. Fakat tüm bunların yanında ihdas edilen tüm suç tipleri açısından çatı bir hukuki değer de varlığını kabul etmek gerekir. AY’nin 56. maddesinde sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı düzenlenmiş olup bu haklar genel olarak devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemektedir. Nitekim AY m. 5 uyarınca da kişilerin sağlık ve yaşam haklarının korunarak buna uygun bir çevre yaratmak Devletin görevleri arasında sayılmıştır¹⁸⁸. Bu cihetle organ ve doku nakilleri açısından kişilerin devletin bir hastanesinde, tüm tıbbi gerekliliklere uygun olarak bağışta bulunacağına yahut alıcı olacağına dair duydukları haklı bir güven ve bu güven neticesinde bu tip nakil işlemlerinin sağlıklı bir çevre içerisinde gerçekleştirilmesi yönünde sahip oldukları bir menfaatleri vardır. Sahip olunan bu haklı menfaat ise objektifleşmesi sonucu karşımıza sağlık hakkı olarak çıkmaktadır. Bu manada her ne kadar tüm suç tipleri kendi özellerinde başka hukuki değerleri korusalar da esasen bütün suç tiplerinin amacı toplumdaki kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmeyi sağlamasını korumaktadır. Bu bağlamda kanaatimizce organ ve doku ticareti suçlarına ilişkin olarak çatı hukuksal değer sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁸⁸ Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1305.

Suçla korunan hukuksal değer diğer adıyla suçun hukuki konusunun bir başka öneminin de suçların tasnifi ve yorumlanması olduğunu daha önce belirtmiş idik. Bu bakımdan organ ve doku ticareti suçu ile korunan hukuksal değer ile suçun TCK sistemi içerisinde nerede düzenlendiğini de incelemek gerekecektir.

Organ ve Doku Ticareti suçu TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümde 91-93 maddeler arasında düzenlenmiştir. Suçun konumlandırıldığı yer açısından incelendiğinde ilk bakışta tüm suç tiplerinin koruduğu çatı hukuksal değer vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğü hakkı olduğu düşünülmektedir. Hâlbuki daha önce de belirttiğimiz üzere esasen madde içerisinde düzenlenen beş ayrı suç tipi ayrı bir hukuksal değeri korumakla birlikte ortak olarak korudukları hukuksal değer vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Örneğin maddenin altıncı fıkrasında ihdas edilen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu otomatik olarak vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkını korumamaktadır. Yine aynı şekilde maddenin ikinci fıkrasında yer alan ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçunda da esasen öne çıkan hukuksal menfaat ölünün değil ölü yakınlarının olup burada da ölü yakınlarının menfaati vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğü hakkı değildir.

Bu surette organ ve doku ticareti başlığı altında düzenlenen suçların kanun sistematigi içerisinde doğru yerde düzenlendiği açısından sorun olduğu kanaatindeyiz. Esasen bu sorunun temel nedeni ise aynı başlık altında birden fazla ve birbirinden tamamen farklı nitelikte suç tiplerinin düzenlenmesi ve bu suç tiplerinin de yanlış bir başlıkla ifade edilmesidir. Nitekim organ ve doku ticareti suçlarının farklı ülkelerde ceza kanunlarında değil, organ ve doku nakline ilişkin özel kanunlarda düzenlenmesinin ana amacı da kanaatimizce budur¹⁸⁹. Zira söylediğimiz gibi organ ve doku ticareti suçlarına ilişkin olarak çatı hukuksal değer sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olduğunu düşünmekteyiz.

¹⁸⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 853.

Bu anlamda doğru bir kanun sistematığı kurulabilmesi için Türk hukukunda da bu suç tiplerinin ayrı bir kanun içerisinde düzenlenmesi gerekmektedir.

B- TCK m.91’de Tanımlanan Suçların Sistematikleştirilmesine İlişkin Değerlendirme

Doktrindeki ortak görüş olarak¹⁹⁰ TCK m.91’de madde başlığının “organ ve doku ticareti suçu” olmasına rağmen esasen bu madde içerisinde beş ayrı suç tipinin düzenlendiği kabulü, incelememizin sistematik açıdan düzgün ilerlemesi adına bu suç tiplerinin tasnif edilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu bakımdan suç tiplerini doğru şekilde tasnif ederek birbirleri arasındaki ilişkiyi incelemek gerekecektir.

Suç tiplerini tasnif etmek açısından belirlenecek ölçütün suçla korunan hukuki değer olamayacağı açıktır. Zira bir önceki bölümde de açıkladığımız üzere TCK m.91’de birden fazla suç düzenlenmiş olup, her suç tipi kendi özelinde farklı bir hukuksal değeri korumaktadır. Bu açıdan söz konusu suç tiplerini korudukları hukuki değere göre sınıflandırmak mümkün değildir.

Diğer yandan suç tiplerini fail yahut mağdur açısından da sınıflandırmak ne yazık ki mümkün gözükmemektedir. Zira her suç tipinde yer alan fiiller herkes tarafından gerçekleştirilebilmekte iken her suç tipinin mağduru ise birbirinden farklıdır.

Suçun maddi konusu açısından yapılacak bir tasniflendirmede ise esasen tüm suç tiplerinde konu organ ya da doku olduğundan bu da bize pratik bir fayda sağlamamaktadır.

Tüm bu değerlendirmelere istinaden suç tiplerini sistemli bir şekilde incelemek ve aralarındaki ilişkiyi ortaya koymak açısından en elverişli metodun suç tiplerini fiil açısından tasnif etmek olduğu düşünülmektedir. Gerçekten düzenlenen beş ayrı suç tipi incelendiğinde söz konusu suç tiplerinden bazılarının vücuttan

¹⁹⁰ Bkz.: Özbek/Doğan/Bacaksız /Tepe, Özel Hükümler, s. 261, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 845-852, Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.112, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.128.

organ alınması suretiyle işlendiği görülmekteyken diğer kısmının ise söz konusu suç konusu organ ve dokunun alındıktan sonra tedavüle sokulması suretiyle işlendiği anlaşılmaktadır. Örneğin birinci fıkarda yer alan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alınması suçu yaşayan kişiden organ ya da doku alma sureti ile işlenebilen bir suç iken üçüncü fıkarda yer alan organ ve doku alma, satma ve satışa aracılık etme suçunda ise zaten vücuttan çıkarılmış bir organ ya da doku olduğu ve bunların artık tedavüle sokulması suretiyle bir suç işlendiği görülmektedir. Aynı şekilde ikinci fıkarda ölüden hukuka aykırı olarak organ ya da doku alınması suçunda suçun maddi unsurunu alma fiili oluştururken, beşinci fıkarda düzenlenen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu açısından artık alma fiilinin gerçekleştiği ve suçun ancak organ ve dokunun tedavüle girmesi suretiyle işlenebileceği anlaşılmaktadır.

Bu manada çalışmamızın suç tiplerinin incelendiği bölümleri de bu sistematığe uygun olarak oluşturulmuş ve iki grup suç iki ayrı bölümde incelenmiştir.

Bu bölümlerden ilki “Organ ve Doku Alınması Suretiyle İşlenen Suçlar” olup bu bölüm altında sırasıyla yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu (TCK m.91 f.1) ve ölüden organ ve doku alınması suçu (TCK m.91 f.2) incelenmiştir. İkinci bölüm başlığı ise “Organ ve Dokunun Ticarete Konu Yapılması Suretiyle İşlenen Suçlar” olarak belirlenmiş bu başlık altında da sırasıyla organ ve doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçu (TCK m.91 f.3), hukuka aykırı olarak alınmış organı veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama suçu (TCK m.91 f.5), belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu (TCK m.91 f.6) incelenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM:
ORGAN VE DOKU ALINMASI SURETİYLE
İŞLENEN SUÇLAR
(TCK m.91/1-2)

I. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Suçu (TCK m.91/1)

A- Genel Açıklamalar

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınması suçu Türk Ceza Kanunu’nun “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 2. kısmının, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” isimli 2. bölümünde, 91. maddenin birinci fıkrası ile hüküm altına alınmıştır. Esasen suçun hüküm altına alındığı TCK m.91’in başlığı “Organ ve Doku Ticareti” şeklinde düzenlenmiş ise de söz konusu madde altında “yaşayan kişiden organ ve doku alma”, “ölüden organ ve doku alma”, “organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme”, “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama” ve “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama” şeklinde beş ayrı suç düzenlenmiştir¹⁹¹. Bu nedenle madde başlığında tek bir suç tipine işaret edilmiş olduğundan madde başlığı ve madde metni uyuşmamakta

¹⁹¹ M. Koca/ İ. Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2016, s. 233, A. Öztez, “Organ ve Doku Nakil Suçları”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 16-17 Ekim 2014, Lefkoşa Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, ed: Hakan Hakeri/ Cahid Doğan, Türkiye Barolar Birliği, s. 222, S. Bakıcı, a.g.e, s. 941, Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1304. Ayrıca bkz. Kızıllarslan, a.g.e, s. 1020-1022: Yazara göre esasen 91. maddede üç suç hali düzenlenmiş olup bunlar hukuken geçerli bir rızası olmaksızın canlı bir kişiden organ veya doku alma, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması ve organ veya dokuların ticari meta gibi satın alınması, satılması ve satılmaya aracılık edilmesidir. Maddede yer alan “belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama” ile “hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuları saklama, aşılama ve nakletme” suçları ise organ ve doku ticaretini önleme anlayışının devamı niteliğindedir.

olup¹⁹², madde başlığının madde içeriğine uygun olarak düzenlenmesi yahut madde içerisinde yer alan suçların ayrıca düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁹³.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınmasını düzenleyen söz konusu fıkra şu şekildedir:

“Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İlgili fıkranın gerekçesi ise “Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ veya doku alınması, suç oluşturmaktadır. Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.” şeklindedir.

Maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın yaşayan birinden organ yahut doku alan kimse cezalandırılmaktadır. Madde gerekçesinde aynı zamanda madde lafzında geçen rızanın da ilgili mevzuatta düzenlendiği belirtilerek 2238 sayılı OVDNHK’ye atıf yapılmıştır. Bu anlamda TCK m.91 f.1’deki rızanın şekli, geçersizliği ve rıza ehliyeti gibi konularda OVDNHK’ye göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Diğer yandan önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu aynı zamanda OVDNHK m.15’te de düzenlenmiştir. Fakat yine dile getirdiğimiz üzere OVDNHK m.15, 5237 sayılı TCK’nın 91. maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte TCK’nın 91. maddesinde düzenlenen fiiller açısından uygulama kabiliyetini yitirmiş olup, TCK’nın 91. maddesi kapsamında suç teşkil etmeyen fiiller OVDNHK’nin 15. maddesi uyarınca suç teşkil ediyorsa bu kapsamda cezalandırılacaktır¹⁹⁴.

Son olarak TCK’nın 91. maddesinin birinci fıkrasında esasen iki ayrı suç tipinin ihdas edildiği söylenebilir. Bu suçlar yaşayan kişiden organ alınması ve

¹⁹² Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 350.

¹⁹³ Madde başlığı ile madde içeriğinin uyumsuz olduğu yönündeki görüş için bkz: Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.128, Mahmutoglu, “Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar”, s. 294.

¹⁹⁴ Bkz yukarıda: § 2238 Sayılı Kanunu’nun Cezai Hükümleri, s. 10.

yaşayan kişiden doku alınması suçları olup, her iki fiil için farklı miktarlarda ceza tayin edildiğinden ilgili maddede iki farklı suç tipi düzenlendiğini söylemek mümkündür¹⁹⁵. Söz konusu organ ve doku alma suçları yalnızca suçun maddi konusu bakımından farklı olduğundan her iki suç tipi de birlikte incelenecektir.

B- Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili veya serbest hareketli suçlarda neticeyi meydana getirmeye uygun fiili gerçekleştiren kişidir¹⁹⁶. Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçları açısından ise fail hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ ya da doku alan kimsedir. TCK m.91 f.1’de fiili gerçekleştiren kişi açısından herhangi bir özellik aranmamış olup, bu manada Kanun’da ilgili suç için bir özgü faillik oluşturulmamıştır. Bu sebeple doktrindeki baskın görüşe göre¹⁹⁷ bu suçun faili herkes olabilir¹⁹⁸.

Doktrinde yaşayan kişiden organ veya doku alınmasının suçunun özgü suç olmadığı ve bu sebeple hekimler tarafından işlenebilmesinin yanında hekim olmayan üçünü şahsılar tarafından da işlenebileceği yönünde ortak bir görüş bulunmakla birlikte failin yalnızca hekim olmasının daha uygun olacağı görüşünü savunanlar da mevcuttur. Örneğin Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe’ye

¹⁹⁵ Aynı görüş için bkz: Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.115.

¹⁹⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.422, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 474.

¹⁹⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 263, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.117, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.129, Ç.K Aydın, a.g.e, s.147, E. Yılmaz, “Organ ve Doku Nakli”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Yıl:2, Sayı:2, s.225, Halıcı, a.g.e, s. 28, Özteznel, a.g.e, s. 223, Ünver, “Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, s. 191, N. Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s. 223, Taneri, a.g.e, s. 484, Kızıllarslan, a.g.e, s. 1020-1021, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1308: Yazara göre 2238 sayılı Kanun’a göre “organ alma” suçunun faili yalnızca hekimler olabilirken TCK uyarınca suçun faili herkes olabilmektedir.

¹⁹⁸ Ünver, “Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, s. 190: Ünver’e göre bu suç açısından suçu işleyen tıp mensubu olması halinde verilen ceza artırılmalıdır.

göre¹⁹⁹ failin ancak hekim olmadığı hallerde, hukuken geçerli rızanın mevcut olduğu her durumda organ ve doku nakli yapma yetkisi bulunacağından ve yapılan bu nakiller de suç teşkil etmeyeceğinden kanunun ruhuna ve amacına aykırı bir durum meydana gelecektir. Diğer yandan 2238 sayılı OVDNHK’de açıkça bir özgü suç ihdas edilmiş olup, TCK açısından özgü suç kabul edilmediği takdirde OVDNHK’nın sadece hekimlere verdiği yetkiyi TCK herkese vermiş olacaktır ki bu durumun da kabulü mümkün değildir. İleriki bölümlerde de ayrıntısı ile inceleneceği üzere hukuken geçerli rızanın koşulları arasında organ ve doku naklini yapmaya yetkili hekimin de bulunması gerektiğinden failin de ancak hekim olması zorunluluğu bulunmaktadır. Bunun yanında yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda “kişiden organ alan kimse” ifadesinin kullanımı ile bu kimsenin herkes değil işin mahiyeti icabı yalnızca mesleği hekimlik olan kimse kastedildiği yönünde görüşler de mevcuttur²⁰⁰. Bu görüşe göre TCK m.91 f.1’de düzenlenen suç özgü suçtur.

Öztezel’e göre²⁰¹ ise TCK m.91 f.1’de kişiden organ alan kimse denmiş olması OVDNHK m.10 ile birlikte değerlendirilmelidir. OVDNHK organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin uzman personel, araç/gereç ve ekipmana sahip sağlık kuruluşlarınca yapılması zorunluluğu getirmiştir. OVDNHK m.10 uyarınca getirilen bu zorunluluk sebebiyle organ veya doku hekim dışında birisi tarafından alınırsa bu fiil zaten başlı başına bir suç teşkil edecektir. Bu sebeple TCK m.91’de kimse demek suretiyle hekim olmayan birinin de bu suçü işleyebileceği öngörülmüştür fakat OVDNHK hükmünün de TCK m.91 içerisine alınması ve doktor dışında birinin de bu eylemi gerçekleştirmesinin suç sayılması yerinde olacaktır. Diğer yandan açıklanan hususlar dahilinde TCK m.91 f.1’de ihdas edilen suç açısından fail bakımından bir özellik aranmamaktadır.

Kanaatimizce söz konusu suçun faili herkes olabilecek olmasına rağmen ileride detayıyla açıklanacağı üzere suçü oluşturan fiil olan “alma” tıbbi anlamda

¹⁹⁹ V.Ö. Özbek/ N. Kanbur/ K.Doğan/ P. Bacaksız/ İ. Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, s. 259.

²⁰⁰ Z. Hafizoğulları/M. Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010, s.99, Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 234.

²⁰¹ Öztezel, a.g.e, s. 224.

vücuttan ayırmaya işaret ettiğinden tıbbi bilgisi olmayan bir kimsenin bu suçu işlemesi karşılaşılmaması zor bir durumdur²⁰². Fakat bilindiği üzere özgü suçlar açısından failin özelliklerinin açıkça suç kalıbında belirtilmesi yanında kimi zaman örtülü olarak da gösterilmiş olabilir²⁰³. Bu sebeple söz konusu yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçundaki gibi suç kalıbında failin “her kim”, “her kimse” olarak gösterildiği durumlarda dahi suç tanımının tamamından failin belirli özelliklere sahip olma zorunluluğu çıkarılabilir. Bu sebeple yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu açısından da organ veya dokuyu alan kişinin tıbbi bir bilgiye sahip olması gerekliliği olduğu anlaşılmaktadır. Fakat suçun failinin yalnızca hekimler olması suçun uygulanabilirliğini çok daraltacak ve uygulamada problemlere yol açacaktır. Örneğin bir tıp fakültesi öğrencisinin yahut lisansı elinden alınmış bir hekimin TCK m.91 f.1 kapsamındaki fiillerinin ilgili maddeye göre cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu anlamda kanaatimizce esasen suç tipinde yer alan alma fiilinin tıbbi bir müdahale anlamına gelmesinden dolayı fiilin fail açısından bir ayırım ortaya çıkarttığı kanaatindeyiz. Örneğin sıradan bir kimsenin tıbbi bir müdahale olmaksızın kişinin vücudundan böbreğini çıkarması kasten yaralama suçunun nitelikli halini oluştururken, bir tıp fakültesi öğrencisi aynı hareketi tıbbi bilgisi sayesinde yapacağından artık yaşayan kişiden organ alınması suçunu oluşturacaktır. Bu sebeple ilgili suç özgü suç olmamasına rağmen, suç açısından tıbbi anlamda olan alma eylemleri kapsamında kalan fiilleri gerçekleştiren ve bu yönde tıbbi yeterliliğini kullanan her kişinin suçun faili olabileceği görüşündeyiz. Diğer bir deyişle suçun fail yönünden bir özgü suç özelliği göstermediği; fakat fiilin özelliği bakımından zorunlu olarak bir fail ayırımına gidildiğini düşünmekteyiz.

²⁰² Benzer görüş için bkz: Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1308.

²⁰³ Zafer, Genel Hükümler, s. 149-150.

b) Mağdur

Türk ceza hukuku kapsamında mağdur suçun konusunun ait olduğu kişiyi yahut kişileri ifade etmektedir²⁰⁴. Diğer bir deyişle mağdur en dar anlamıyla suçtan doğrudan doğruya etkilenen gerçek kişi yahut kişilerdir²⁰⁵. Sonuç olarak suçun mağdurunu suçla korunan hukuki değer ihlalinin doğrudan etkilenen ve suçla korunan hukuki değer sahibi olan kişi olarak kabul etmemiz mümkündür²⁰⁶.

Yaşayan kişiden organ veya doku almak suçu açısından suçun mağduru vücut bütünlüğü hakkı korunan kişi, diğer bir deyişle rızası hilafına yahut rızası bulunmaksızın vücudundan organ ya da doku alınan kimsedir²⁰⁷. Bunun dışında mağdurun çocuk olması, kadın olması, hamile olması vb. özellikli durumlar aranmaz. Bu manada yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu mağdur yönünden özgü suç değildir.

Son olarak mağdurun canlı, diğer bir deyişle yaşamı devam eden bir insan olması gerekmektedir. “Canlı olmak”, canlı doğmayı ve suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin gerçekleştiği esnada yaşıyor olmayı gerektirmektedir²⁰⁸.

c) Maddi Konu

Suçun maddi konusu fiilin üzerinde gerçekleştirildiği kişi, eşya veya hayvandır²⁰⁹. Suçun konusu aynı zamanda eşya ya da şahsın fiziki ve maddi yapısı yahut bünyesi şeklinde de tanımlanmaktadır²¹⁰. Bazı suçlar açısından suçun maddi konusunu bir nesnenin oluşturduğu açık bir şekilde anlaşılmakla birlikte bazı suçlar açısından ise konu ve mağdur çakışmaktadır²¹¹.

²⁰⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.110, Özgenç, Genel Hükümler, s. 202, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 288.

²⁰⁵ Zafer, Genel Hükümler, s.151.

²⁰⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 542, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 221.

²⁰⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.234.

²⁰⁸ Arslan-Azizağaoğlu, s.353 Aktaran: Halıcı, a.g.e, s.32.

²⁰⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.152, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 540.

²¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.198-199.

²¹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.199: Örneğin hırsızlık suçunda suçun konusunun taşınır bir mal olduğu gayet açıkken kasten yaralama suçu açısından suçun konusu çok açık değildir. Kasten

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu açısından ise suçun maddi konusu organ veya dokudur²¹².

Önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere²¹³ doku, Türk Dil Kurumu'na (TDK) göre vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü, nesiç şeklinde tanımlanmıştır²¹⁴. Diğer bir tanıma göre ise doku, vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü; insan organlarını meydana getiren, şekil ve yapı bakımından benzer olup, aynı vazifeyi gören, birbirleriyle sıkı alakaları olan aynı kökten gelen hücreler topluluğudur²¹⁵. Başlıca dokulara örnek olarak kornea, kas, kıkırdak, sperm ve deri verilebilir. Organ ise belirli bir görevi veya görevler bütünü yapan doku grubu olup, TDK'da belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv olarak tanımlanmıştır²¹⁶. Akla gelen organlara örnek olarak ise beyin, karaciğer, böbrek ve rahim gelebilir. Daha önceki bölümlerde organ ve doku kavramları arasındaki farklar ayrıntılı olarak incelendiğinden bu bölümde bu husus tekrarlanmayacaktır²¹⁷.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunun işlenebilmesi için suçun konusunu oluşturan organ veya dokunun yaşayan bir insandan alınması gerekmektedir. Aksi halde ise bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz ölüden organ veya doku alınması suçu oluşacaktır. Diğer yandan organ veya dokunun insana ait olmaması halinde ise söz konusu suç oluşmayacaktır.

Son olarak Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir."

yaralama suçu açısından konu ve mağduru belirlemek gerekirse mağdur yaralanan kişi, maddi konu ise yaralanan kişinin vücududur.

²¹² Meran, a.g.e, s. 223.

²¹³ Bkz yukarıda: §Doku, s.24 ve §Organ, s.25.

²¹⁴ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56895eba7e7340.68617431 (Erişim Tarihi:09.05.2016)

²¹⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 263.

²¹⁶ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56894c1569eba5.19891649 (Erişim Tarihi:09.05.2016)

²¹⁷ Bkz yukarıda: §Doku, s.24 ve §Organ, s.25.

denildiğinden kan ve deri kural olarak doku olmasına rağmen söz konusu bu dokuların yaşayan kişiden alınması halinde TCK m.91 f.1'deki suç oluşmayacaktır.

d) Fiil

Türk ceza hukuku uyarınca fiil kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranış olarak tanımlanabilir²¹⁸. Yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu açısından kanun maddesinde fiil “yaşayan kişiden organ veya doku alınması” olarak belirtilmiş olup, aynı zamanda bu alma fiilinin kişinin hukuken geçerli bir rızası olmadan gerçekleştirilmesi gerekmektedir²¹⁹.

İncelediğimiz suç tipinde yasaklanan fiil hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın yaşayan kişiden organ veya doku almaktır.

Almak TDK'de birçok şekilde açıklanmış olup incelediğimiz suç tipi ile ilgisi olduğu düşünülen tanımlar “Bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak; bir şeyi veya kimseyi bulunduğu yerden ayırmak; yolmak, koparmak; vücuttaki hasta bir organı ameliyatla çıkarmak” şeklindedir²²⁰.

Kanaatimizce almak fiili, organ ve dokunun insan vücudundan çıkarılması, ayrılması şeklinde tanımlanabilir²²¹. Diğer yandan kanaatimizce suç tipinde yer alan alma fiilinden bahsedilirken cerrahi usuller olmaksızın ve tıp biliminin inceliklerinden yararlanılmaksızın vücuttan organ yahut doku ayrılması ayrık tutulmuş olup, suç ancak cerrahi usullerle, ameliyat olarak nitelendirilen yöntemler kullanılarak vücuttan organ veya dokunun ayrılması hallerinde oluşacaktır²²². Aksi bir yorum yapıldığında vücuttan organ ve doku vafında ayrılmasına sebep olan her

²¹⁸ Maurah/Zipf I, sh.179/180, 185, 186 Aktaran: Özgenç, Genel Hükümler, s.162, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 221.

²¹⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 263.

²²⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.575937b5604541.74013775

²²¹ Aynı görüş için bkz: Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.116.

²²² Z. Hafızogulları/M. Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ocak 2015, s.105.

hareketin yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçunu oluşturacağı sonucunu ortaya çıkarmakta olup bu durumun kabulü ise mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin kavga esnasında karşısındaki kişinin gözünü çıkarması prensip olarak alma fiilini karşılamaktaysa da yukarıda açıkladığımız cerrahi usuller ile vücuttan ayırma halini oluşturmamaktadır. Alma fiili açısından cerrahi usuller kullanılması şeklinde bir kıstas getirilmemesi halinde ise vermiş olduğumuz örnek vb. vakalarda da organ ve doku alınması suçu gündeme gelecek olup uygulamada sıkıntıya yol açacaktır. Bu sebeple doktrinde ameliyat olarak nitelenmeyen bir davranışla organ veya doku alınması halinde kasten yaralama suçunun oluşacağı ifade edilmiştir²²³.

Sonuç olarak suç kalıbında geçen alma fiili cerrahi usuller kullanılarak vücuttan organ ve dokuyu çıkarma olarak tanımlanabilir, bu kapsam dışında kalan alma fiilleri ise ilgili kanunlardaki başka suçları oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunun oluşabilmesi için OVDNHK m.1 dikkate alınmalı ve alınan organ ve dokunun tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar dâhilinde alınması gerekmektedir²²⁴.

Hareketin şekli açısından suçlar ihmali suçlar ve icrai suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Failin ancak aktif bir davranış içinde bulunması ile işlenebilen suçlar icrai suçlardır²²⁵. Kanun koyucunun yap emri verdiği ve bu emri yerine getirmemeyi cezalandırdığı suç tipleri ise ihmali suçlarıdır²²⁶. Bir diğer deyişle kanun koyucu ihmali suçlar ile hukuksal açıdan kişiden beklenen hareketin gerçekleştirilmemesini cezalandırmaktadır²²⁷. Bu şekilde yap emrini içeren suçlar gerçek ihmali suçlar olarak adlandırılmaktadır²²⁸. Diğer yandan neticenin somut olayda tanıma uygun olarak bir yapmanın sonucunda meydana gelebilme ihtimali olduğu gibi yapmamanın sonucu gelebilme ihtimali de var ise bu suçlar da gerçek olmayan ihmali suçlar olarak adlandırılmaktadır²²⁹.

²²³ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s.105, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.116.

²²⁴ Gökçen, a.g.e, s. 71.

²²⁵ B. Öztürk/ M.R. Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2016, s. 183 vd.

²²⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.182, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 224, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 234.

²²⁷ Öztürk/Erdem, a.g.e, s.183.

²²⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.210.

²²⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.212.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1’de düzenlenen yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu yasak normu şeklinde düzenlenmiş olup kişiden hukuken geçerli bir rıza olmaksızın organ veya doku alınması yasaklanmıştır. Bu sebeple yaşayan birinden hukuken geçerli rıza olmaksızın organ veya doku alan kimse icrai bir hareketle suçu işlemiş olur ve yapılacak gruplandırma da söz konusu suç “icrai suçlar” kapsamında değerlendirilecektir. Fakat doktrinde söz konusu suçun ihmal sureti ile de işlenebileceğini savunan görüşler bulunmaktadır²³⁰. Bu görüşü savunanlara göre örneğin bir başhekim başka bir hekimin hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın organ ve doku aldığını bilip buna göz yumuyorsa garantörsel sorumluluğu olduğu için ihmal suretiyle ilgili suçu işlemiş olacaktır.

Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu’nda ihmalin özellikleri kasten öldürme ve yaralama suçları bakımından ortaya konmuş olup ihmal kavramına ilişkin açıklamalar genel hüküm niteliğinde değildir²³¹. Bu anlamda garantörsel ihmali suçlar anlamında Türk Ceza Hukuku’nda genel bir hüküm bulunmamakta ancak Kanun’un özel hükümler bölümünde öldürme, yaralama ve işkence bakımından açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu genel bir hüküm koymak yerine özel hükümler ihdas ederek bu tip suçların ancak kanunda açıkça düzenlendiği halde söz konusu olabileceği yönünde irade göstermiştir²³². Bu sebeple ilgili maddelerdeki koşulları başka suçlara uygulamak suretiyle TCK m.91 f.1’deki suçun ihmal suretiyle de işlenebildiğini söylemek kıyas yasağına aykırı olacağından, söz konusu suçun yalnızca icrai hareketle işlenebileceğini düşünmekteyiz.

Kanun koyucunun suç tanımında somut olarak hareketi veya hareketleri göstermiş ise bu suçlar bağlı hareketli suçlar; hareketi özel olarak belirtmemiş ve tanımlanan neticeyi meydana getirmeye elverişli her türlü hareket ile suçun

²³⁰ Bkz Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.132, Halıcı, a.g.e, s.27.

²³¹ Zafer, Genel Hükümler, s.212.

²³² Benzer ve ayrıntılı görüş için bkz: Hakeri, Genel Hükümler, s.163 vd.

işlenebileceğini öngörmüş ise bu tip suçlara ise serbest hareketli suçlar denilmektedir²³³.

Yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunda fiil “alma” olarak belirlenmiş olup her ne kadar suç kalıbında alma fiilinin ne şekilde gerçekleştirileceği belirtilmemiş ise de önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere organ ve dokuyu alma cerrahi usuller kullanılarak vücuttan ayırma olarak yorumlanmalıdır. Aksi takdirde her şekilde vücuttan organ veya doku çıkarılması TCK m.91 f.1’deki suçun oluşumuna sebebiyet verecektir ki bunun kabulü mümkün değildir²³⁴. Bu sebeple yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bağlı hareketli suç olduğunu düşünüyoruz²³⁵.

Suç tanımında yer alan hareketin sayısına göre suçlar tek hareketli suçlar ve çok hareketli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suç tanımında tek bir hareketin gösterildiği suçlara tek hareketli, suçun oluşması için suç kalıbında birden fazla harekete yer verilmiş ise bu tip suçlara da çok hareketli suçlar denilmektedir²³⁶. Diğer yandan suç kalıbında suçun oluşabilmesi için birkaç hareket gösterilmiş fakat bu hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi sonucu tipikliğin oluşacağı belirtilmiş ise bu tip suçlar da seçimlik hareketli suçlar olarak adlandırılmaktadır²³⁷.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçlarında suçun oluşması için fail tarafından gerçekleştirilen tipik hareket “alma” fiili olup, bu anlamda suç tek hareketli bir suçtur²³⁸. Zira suç kalıbında suçun gerçekleşmesi için sadece alma fiili gösterilmiştir. Burada fiil sayısı değerlendirilirken hukuki anlamda fiil anlayışına göre hareket edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple birden fazla doğal anlamda hareket bir irade ile birbirine bağlanmış, hareketler aynı hedefe yönelmiş ya da

²³³ Zafer, Genel Hükümler, s.186-187, Öztürk/Erdem, a.g.e, s.183, Özgenç, Genel Hükümler, s.167-168, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.116-117, Hakeri, Genel Hükümler, s.162, Demirbaş, Genel Hükümler, s.221, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 234-235.

²³⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz: § Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması, s.29 vd.

²³⁵ Aynı görüş için bkz: Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 100. Karşı görüş için bkz: Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları, s.117, S. Bakıcı, a.g.e, s. 949, Mermut, a.g.e, s. 1467.

²³⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.188, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.116, Hakeri, Genel Hükümler, s. 162, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 192, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 233.

²³⁷ N. Centel/ H. Zafer/Ö. Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2010, s.252, Öztürk/Erdem, a.g.e, s.192.

²³⁸ Aynı görüş için bkz: Halıcı, a.g.e., s.27.

hareketler arasında yer ve zaman bakımından sıkı bir ilişki varsa hareketler birbirini kesintisiz olarak takip ediyorsa ve dışarıdan bakıldığında hareketler objektif olarak bakıldığında bir bütün olarak değerlendirilebiliyorsa hukuki anlamda hareketin tekliğinden bahsedilecek ve neticenin gerçekleştirilebilmesi için neticeyi gerçekleştirmeye elverişli ve buna zorunluluk bağı ile bağlı olan hareketler bir bütün olarak değerlendirilecektir²³⁹. Örneğin kişinin böbreğinin alınması için alma fiili gerçekleştirilene kadar kişinin bayılması, vücuduna çeşitli müdahalelerde bulunulması ve son olarak böbreğin vücuttan ayrılması hukuki anlamda tek bir hareket olarak kabul edilmelidir. Kişinin vücudundan ilgili organ veya doku alınana kadar gerçekleştirilen fiillerin kasten yaralama vb. suçları oluşturması ise bir önem arz etmeyip tüm fiiller hukuki anlamda tek bir fiil olduğundan ayrıca cezalandırılmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1’de yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu açısından ilgili fıkra organ almak ve doku almak üzere iki ayrı suç düzenlendiğini söylemiştik. Bu anlamda yaşayan kişiden bir ameliyat esnasında hem doku hem de organ alınması halinde iki ayrı suç oluşacaktır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı inceleme ise ileriki bölümlerde ele alınacaktır.

Suçun maddi unsurunu oluşturan bir diğer unsur netice olup, netice icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak tanımlanabilir²⁴⁰. Suçun konusu üzerinde doğrudan doğruya bir zarar veya zarara uğrama ihtimaline göre ise suçlar zarar suçları ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır²⁴¹.

Zarar suçlarında salt fiilin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin de meydana gelmesi gerekir²⁴². Örneğin yaralama suçu açısından failin yaralamaya matuf fiilinin yanında mağdurun vücuduna acı verilmesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması gerekmektedir.

Tehlike suçlarında ise suç konusu üzerinde gerçek bir zarar meydana gelmemekte yalnızca bir tehlike meydana gelmektedir²⁴³. Suç tanımında suçun

²³⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.183-184.

²⁴⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.174.

²⁴¹ Öztürk/Erdem, a.g.e., s.196.

²⁴² Özgenç, Genel Hükümler, s.174.

²⁴³ Öztürk/Erdem, a.g.e., s.196.

maddi konusuna yer verilerek bu konunun zarara uğratılması ihtimali bir netice olarak tanımlanmış ise bu tip suçlara somut tehlike suçları adı verilmektedir²⁴⁴. Fakat kimi zaman kanun koyucu bu şekilde bir somut tehlike belirlememiş olup sadece belirli bir hareketin yapılmasını suçun tamamlanması için yeterli görmüştür. Bu şekilde failin gerçekleştirdiği hareketin dış dünyada bir değişikliğe neden olmadığı yahut somut bir tehlike doğurmadığı suçlar ise doktrinde “soyut tehlike suçları” ya da “sırf hareket” suçları olarak adlandırılmakta olup bu tip suçlar açısından hareketin gerçekleştirilmiş olması suçun tamamlanması için yeterlidir²⁴⁵.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1’de düzenlenmiş olan yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu açısından organın ya da dokunun vücuttan alınması suçun tamamlanması için yeterli olup, bu hareket dışında mağdurun ölmesi, yaralanması vb. bir netice aranmamaktadır. Bu sebeple failin organ ya da dokuyu vücuttan ayırması suçun gerçekleşmesi için yeterli olup²⁴⁶ ortaya bir zarar ya da tehlike çıkması yönünde bir netice aranmamaktadır. Bu sebeple TCK m.91 f.1’de düzenlenen suçun sırf hareket suçu olduğunu düşünüyoruz²⁴⁷.

2. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru failin işlediği fiil ile arasındaki manevi bağa işaret etmektedir²⁴⁸. Türk Ceza Kanunu’nda temel olarak bu manevi bağa ilişkin olarak temelde iki ayrıma yer verilmiştir. Bunlar kast ve taksirdir. Kast TCK m.21’de “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde taksir de Kanun’un 22. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık

²⁴⁴ Zafer, Genel Hükümler, s.191, Demirbaş, Genel Hükümler, s.238.

²⁴⁵ Zafer, Genel Hükümler, s.191, Demirbaş, Genel Hükümler, s.238, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 239.

²⁴⁶ Benzer görüş için bkz: Gökçen/Balcı, Organ ve doku Ticareti Suçları, s. 117.

²⁴⁷ Aynı görüş için bkz: Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 266, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.235. Zarar suçu olduğu yönündeki görüş için bkz: Hafızoğulları/Özen, a.g.e., s.100, Halıcı, a.g.e, s.32, Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1310.

²⁴⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.221.

dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.

Kast ve taksir arasında bir kural istisna ilişkisi vardır²⁴⁹. Gerçekten Türk Ceza Hukuku sistematğinde fiilin asıl işleniş şeklini kast oluşturmakta olup, taksir ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde ceza sorumluluğuna yol açmaktadır²⁵⁰. Nitekim bu husus TCK m.21 f.1’de “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” ve TCK m.22 f.1’de “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” şeklinde açıklanmıştır.

Yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu açısından da manevi unsur kast olup²⁵¹ bu suçun taksirli hali Kanun’da düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla suçun taksirle işlenmesi söz konusu değildir. Diğer yandan kast ile işlenebilen suçların olası kast ile de işlenebilmesinden ötürü²⁵² suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceği ihtimali fail tarafından öngörülebiliyorsa bu durumda söz konusu suçun olası kast ile işlenebileceğini de söylemek mümkündür²⁵³. Örneğin fail mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı yönünde kesin bir bilgiye sahip değil fakat bu hususta bir öngörü sahibi ise bu durumda olası kast ile yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunu işlemiş olacaktır.

Bu bölümde öncelikle TCK m.91 f.1’de düzenlenen yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu açısından kastın hangi unsurları kapsamaması gerektiği

²⁴⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.140.

²⁵⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.244.

²⁵¹ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.267, Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s.119, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134-135.

²⁵² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun gerekçesinde kasten işlenebilen suçların, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebileceği belirtilmiştir. Ancak, kanundaki tanımında "bilerek" ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin suçsuz olduğunu "bilerek" kişiye suç isnat etmesi gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. İncelediğimiz suç açısından ise kanun metni incelendiğinde bu tip bir ifadeye yer verilmediği ve bu sebeple özel bir kast öngörülmediği açık olduğundan suçun olası kast ile işlenmesine bir engel yoktur.

²⁵³ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s. 1564, Ç.K. Aydın, a.g.e, s.148: Yazarlar söz konusu suçun ancak doğrudan kast ile işlenebileceğini olası kast ile bu suçun işlenemeyeceğini söylemiş iseler de suçun niçin olası kast ile işlenemeyeceğini gerekçelendirmemişlerdir. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 199: Yazar’a göre suç ancak doğrudan kast ile işlenebilir zira çünkü failin iradesi hem hareketi hem de neticeyi kapsamak zorundadır. Bizim görüşümüze göre ise söz konusu bu husus suçun olası kastla işlenmesine bir engel teşkil etmemekle beraber söz konusu suç açısından zarar yahut somut tehlike şeklinde ihdas edilmiş bir netice söz konusu değildir.

açıklanacak ve bu unsurların bilinmemesi halinde bu durumun ceza sorunluluğuna etkisi incelenecek, devamla madde lafzında yer verilen “hukuken geçerli rıza”nın kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılacaktır.

a) Kastın Kapsamı ve Anlamı

Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesinde kastın unsurları bilme ve isteme olarak ortaya konmuştur. Bu bağlamda failin kastından bahsedebilmek için suçun kanuni tanımında yer alan tüm unsurları bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kastın; bilme ve isteme unsurlarının hareketi ve suç kalıbında yer verilmiş ise neticeyi kapsamı gerekir²⁵⁴. Fakat suç kalıbında yer alan hareket ve netice dışındaki unsurların kastın isteme unsurunun dışında kalır ve sadece bilinmesi yeterlidir²⁵⁵. Bu kapsamda yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu açısından öncelikle suç kalıbında yer alan hangi unsurların bilinmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

Bilme unsurunun suç kalıbında yer alan tüm asli ve tali maddi unsurları ayrı ayrı kapsamı gerekliliği karşısında failin öncelikle suçun maddi konusunu bilmesi gerekir. Yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu açısından suçun maddi konusu organ veya dokudur. Bu anlamda failin öncelikle yaşayan kişinin vücudundan aldığı şeyin organ veya doku olduğunu bilmesi gerekmektedir. Failin burada organ ve doku kavramlarına ilişkin yanılgısı ise ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir²⁵⁶. Diğer bir deyişle failin organ veya doku kavramına ilişkin nitelikle yönünde yaptığı hata ceza sorumluluğu açısından bir sonuç doğurmamaktadır. Zira organ veya dokuya ilişkin kapsamı tayin failin görevinde değildir. Örneğin bir hekimin yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın retina alması sonucu retinanın doku olduğunu bilmemesi ceza sorumluluğunu etkilemeyecek ve TCK m.30 f.1 kapsamında failin kastı kalkmayacaktır. Zira fail dokuyu alırken dokunun vücudun veya bir organın yapı

²⁵⁴ Zafer, Genel Hükümler, s. 231, Demirbaş, Genel Hükümler, s.362-363.

²⁵⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 232.

²⁵⁶ B. Erman, “Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005, s.39 vd.

ögelerinden birini oluşturan hücreler bütünü tanımını karşıladığını bilmekte sadece kavrama karşı bir nitelirmede bulunamamaktadır. Bu durumda esasen failin bilinci tipte yer alan maddi konunun tüm niteliklerini kapsamakla birlikte sadece aldığı şeyin doku olduğunu bilmeme bir nitelime yanılığısıdır ve failin kastını ortadan kaldırmamaktadır. Fakat fail çevresel ve toplumsal koşullar çerçevesinde maddi konuya ait bir değerlendirme hatasında bulunmuş ise bu noktada failin hatasını nitelime hatası olarak kabul etmemek gerekecektir²⁵⁷.

Yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu açısından failin, mağdurun yaşadığını bir diğer değişle sağ olduğunu bilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda kişinin beyin ölümü ile yaşamının son bulduğu görüşü kabul edilmektedir. Bu bağlamda bitkisel hayatta bulunan bir kimseye karşı fiilin gerçekleştirilmesi halinde bahsi geçen suç oluşacaktır. Kişinin sağ olduğunu bilmeyen fail TCK m.30 f.1 uyarınca hatasından yararlansa da koşulları olduğu takdirde TCK m.91 f.2 kapsamında ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçu kapsamında cezalandırılabilir.

Yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçunun sırf hareket suçu olduğunu ve bu sebeple organ ya da dokunun vücuttan alınması sonucu suçun oluşacağını belirtmiştik. Bu kapsamda suçun tipik bir neticesi olmadığından failin neticeyi bilmesi ve istemesi yönünde bir inceleme yapılmayacağı gibi sırf hareket suçlarında nedenselliğin tespiti açısından bir problem olmadığından²⁵⁸ nedensellik bağının bilinmesi yönünde de bir inceleme yapılmasına gerek yoktur.

b) “Hukuken Geçerli Rıza Olmaması” Koşuluna İlişkin Bilincin Kast Yönünden Değerlendirilmesi

Kastın bilme unsurunun en temel ifade ile suç kalıbında yer alan tüm maddi unsurları kapsadığını bir önceki bölümde dile getirmiştik. Bu bağlamda hukuken geçerli rızanın kastın bilme unsuru kapsamında olup olmadığının tespiti için

²⁵⁷ Erman, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.41.

²⁵⁸ Ayrıntılı görüş için bkz: Zafer, Genel Hükümler, s. 193.

öncelikle rızanın suçun maddi unsuru mu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğunun tespiti gerekmektedir.

Daha sonraki bölümlerde detayıyla açıklandığı üzere ilgili suç tipinde suçun oluşması açısından rızanın bulunmaması açık bir şekilde aranıyorsa rızanın varlığı bu durumda tipikliği ortadan kaldırmaktadır²⁵⁹. Bu tip suçlarda rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil suçun maddi unsuru olarak kabul edildiğinden kastın bilme unsuru kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tipikliği kaldıran rıza söz konusu ise failin kastının rızanın yokluğunu da kapsamaması gerekmekte olup aksi halde failin kastından bahsedilemeyecektir²⁶⁰. Bu anlamda yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçunda bahsedilen hukuken geçerli rızanın tipikliği kaldıran rıza olduğunu düşündüğümüzden failin yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunu işleyebilmesi için hukuken geçerli bir rıza olmadığını bilmesi şarttır. Diğer yandan hukuken geçerli rızanın kapsamı 2238 sayılı OVDNHK kapsamında belirlendiğinden failin Kanun'da belirtilen ve rızanın kapsamını belirten tüm unsurları bilmesi gerekir.

Hukuken geçerli rıza olduğu yönünde failin düştüğü hata da TCK m.30 f.1 kapsamında değerlendirilecektir. TCK m.30 f.1 uyarına “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” Bu bağlamda hükme göre yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu kapsamında failin, mağdurun hukuken geçerli bir rızası olduğu yönündeki hatası failin kastını kaldıracaktır. Diğer yandan söz konusu suçun taksirle işlenmesi de mümkün olmadığından failin bu suç kapsamında cezai bir sorumluluğu doğmayacaktır. Örneğin hekimin vericiye karşı gerekli aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini sanması sonucu hukuken geçerli bir rıza olduğunu düşünmesi durumunda bu aşamadan sonra hekimin kastından bahsedilemeyecektir.

²⁵⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s.356-357.

²⁶⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.282, Hakeri, Genel Hükümler, s.357.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

a) Genel Açıklamalar

Bir haksızlıktan bahsedebilmek için tipiklik ve tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi tek başına yeterli değildir²⁶¹. Aynı zamanda söz konusu fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu anlamda suçun yapısal bir unsuru olan hukuka aykırılık negatif bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶². Gerçekten karine olarak tipik fiil hukuka aykırı kabul edilmektedir. Fakat bu tipik fiili meşru kılan bir hukuk kuralının bulunması halinde artık söz konusu ceza kanununa uygun fiilin haksızlık teşkil ettiğinden bahsedilemez²⁶³. Diğer bir deyişle tipik fiil ancak hukuk düzenince mübah sayılmadığı hallerde bir haksızlık oluşturmaktadır²⁶⁴.

Türk Ceza Kanunu'nda dört tane hukuka uygunluk nedeni ihdas edilmiş olup; bunlar hakkın kullanılması, kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma ve ilgilinin rızasıdır²⁶⁵.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1'de düzenlenen yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçu açısından tipik eylem organ veya dokunun vücuttan alınması olup, söz konusu eylemi gerçekleştiren failin fiili kural olarak hukuka aykırı addedilmektedir. Fakat söz konusu tipik fiili hukuken meşru sayacak bir nedenin bulunması halinde tipik fiil suç olmaktan çıkacaktır. Bu manada yukarıda saydığımız hukuka uygunluk nedenlerinden hangilerinin TCK m.91 f.1'de yer alan suç açısından uygulanabilir olduğunu değerlendirmek gerekmektedir.

²⁶¹ Hakeri, Genel Hükümler, s.301.

²⁶² H. Zafer, "Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı – Normatif Teorinin Öne Çıkışı – Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı", Maltepe ÜHFD, 2, 2009, s. 177.

²⁶³ Zafer, Genel Hükümler, s.278.

²⁶⁴ N. Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 111, Özgenç, Genel Hükümler, s.287.

²⁶⁵ Hukuka Uygunluk nedenlerinin sınıflandırılması ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz: Özgenç; Genel Hükümler, s.295-296, Zafer, Genel Hükümler, s. 278-279, Hakeri, Genel Hükümler, s. 309 vd.

b) Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni de TCK m.24 f.1’de düzenlenmiş olup, söz konusu madde uyarınca kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilememektedir. Diğer bir deyişle kanun hükmü kişiye herhangi bir konuda hak veya bir yetki vermiş ise bunun öngörüldüğü şekilde uygulanması ve kullanılması halinde hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır²⁶⁶. Bu anlamda organ ve doku naklinin 2238 sayılı OVDNHK’de belirtilen kurallar çerçevesinde uygulanması da esasen hekimler için bir yükümlülüğün yerine getirilmesi şeklinde yorumlanabilir. Fakat 2238 sayılı OVDNHK’de belirtilen koşullar yerine getirildiğinde fiil tipik olmaktan çıkacağı için ayrı bir hukuka aykırılık incelemesine gerek kalmayacaktır. Bu sebeple kanunun emri diğer bir deyişle görevin ifası hukuka uygunluk nedeni açısından da TCK m.91 f.1’de düzenlenen suçun özel bir durumu yoktur.

c) Hakkın Kullanılması

Doktrinde yaşayan kişiden organ ve doku almanın hekimler açısından hakkın icrası kapsamında kaldığı savunulmaktadır²⁶⁷. Bu görüşe göre 2238 sayılı OVDNHK yaşayan kişiden organ ve doku alınmasını düzenlemiş ve Kanun’da zikredilen şartlara uyulması halinde hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu sebeple de organ ve doku nakli mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan bir hukuka uygunluk sebebi olarak girmiştir²⁶⁸. Diğer bir deyişle bu görüşü savunan yazarlar organ ve doku naklini hekimin kanunen kendisine tanınmış bulunan meslek hakkının icrası olarak kabul etmiş ve ilgili şartlara uyulması halinde müdahalenin hukuka aykırılığının ortadan kalkacağı ifade edilmiştir²⁶⁹. Hakkın kullanılması TCK m.26 f.1’de düzenlenen bir hukuka uygunluk nedeni olup,

²⁶⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 303, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 214, Zafer, Genel Hükümler, s. 287.

²⁶⁷ Bkz: Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s.121.

²⁶⁸ Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s.64, Hinderling, a.g.e, s. 421, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 443.

²⁶⁹ Çakmut, a.g.e, s. 157, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 443, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1306.

maddeye göre hakkını kullanan kimseye ceza verilemez. Bu anlamda kimse hukuk düzeninin kendisine tanıdığı bir hakkı kullandığı için suçlu sayılıp cezalandırılmaz²⁷⁰. Kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için ise hukuken korunan bir hakkının olması, kişinin bu hakkı doğrudan doğruya kullanma imkânı olması, hakkın hakkı tanıyan hukuk kuralları içerisinde kullanılması gerekmektedir²⁷¹. Bu anlamda tıbbi müdahalelerin de hekimler açısından bir suç teşkil etmemesinin²⁷² nedeni de şüphesiz bu hususta tıp mesleği mensupları için mesleki bir hak ihdas edilmiş olmasıdır. Bu aşamada yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu açısından organ ve doku alınmasının hakkın icrası kapsamında kalıp kalmayacağı değerlendirilmelidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere kişinin hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için hakkın hakkı tanıyan hukuk kuralları içerisinde kullanılması gerekmekte olup, organ ve doku alınması açısından bu kurallar 2238 sayılı OVDNHK’de belirtilmiştir. Hekim ancak söz konusu kurallara uyduğu takdirde mesleğinin kendisine tanıdığı hakkı hukuka uygun olarak kullanmış olacaktır. Bu manada hekimin organ ve doku alınması hakkını kullanırken uyduğu kurallar ise tipikliği kaldırdığından bu aşamadan sonra fiilin; hukuka uygunluk nedeni olduğundan değil zaten tipik olmamasından ötürü suç oluşmayacağını düşünmekteyiz.

d) İlgilinin Rızası

aa) Rızanın Hukuki Niteliği

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1’de düzenlenen yaşayan kişiden organ ya da doku alınması suçu yaşayan kişinin vücudundan organ veya dokunun alınması ile tamamlanmış olur. Ancak insan vücudundan alınan organ ve dokunun hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın çıkarılması gerekmektedir.

²⁷⁰ Zafer, Genel Hükümler, s.307.

²⁷¹ Zafer, Genel Hükümler, s.308, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 234-235.

²⁷² Zafer, Genel Hükümler, s. 310, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 240-241.

Rızanın suç teorisindeki yeri Türk ceza hukuku kapsamında son derece tartışılan bir konu olup rıza; tipikliği ortadan kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur²⁷³.

İlk görüşe göre hukuken geçerli rıza TCK m.26 f.2’de düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni olup, hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilecek bir husustur. Bu durumda rızanın olması halinde fiilin hukuka uygun hale geleceği kabul edilerek, hukuken geçerli rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak sınıflandırılmaktadır²⁷⁴. Doktrindeki baskın görüşe göre ise TCK m.91 f.1’de dile getirilen “hukuken geçerli rıza” tipikliğe ait bir unsur niteliğindedir²⁷⁵.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1 kapsamında bahsedilen hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın ifadesinin hukuki mahiyeti ortaya konulmadan önce kanaatimizce rızanın hangi hallerde tipe dâhil olduğu hangi hallerde ise hukuka uygunluk nedeni kabul edildiğinin ortaya konmasında yarar vardır.

İlgilinin rızası bakımından yapılan ikili ayrımın temeli esasen Alman ceza hukukuna dayanmaktadır. Alman doktrinine göre eğer bir suç tipinde hareketin ilgilinin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın işlenmesi aranmış ise bu şekilde ihdas edilen suçlarda ilgilinin rızası tipikliği ortadan kaldırmaktadır²⁷⁶. Kanun koyucu bu tür suçlarda hareketin özellikle ilgilinin rızası hilafına veya ilgilinin rızası olmaksızın gerçekleşmesini aradığından, ilgilinin rızası dâhilinde gerçekleşecek hareket bu tür suçlarda tipik hareket sayılmamaktadır²⁷⁷. Alman doktrininde geniş kabul gören bu görüş hukukumuz açısından da kabul edilmektedir. Fakat Alman hukukundan farklı olarak Türk ceza hukukunda rıza TCK m.26 f.2’de açıkça bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiş olup bu bakımdan kanun koyucunun rızanın hukuki netliği açısından bir tercih yaptığı

²⁷³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.279 vd, Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e, s.455, Hakeri, Genel Hükümler, s.356, Öztürk/ Erdem, a.g.e., s. 243.

²⁷⁴ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s.100

²⁷⁵ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.116: Gökçen ve Balcı her ne kadar hukuken geçerli rızanın tipe dahil olduğunu kabul etmiş ise de daha sonra rızayı hukuka aykırılık unsuru altında incelemişlerdir. Kanaatimizce tipe dahil rıza unsurunun hukuka uygunluk nedeni olarak incelenmesi yerinde değildir. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 263, Ç.K Aydın, a.g.e, s.149.

²⁷⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.279, Hakeri, Genel Hükümler, s.356-357.

²⁷⁷ Hakeri, Genel Hükümler, s.357.

söylenbilir²⁷⁸. Fakat yine de birçok yazara göre²⁷⁹ ilgilinin rızası dışında veya rızasına aykırı olarak failin hareket etmesini şart kılan suçlar açısından rıza artık tipikliğe dair bir unsur olup, suçla korunan hukuksal değerın sahibinin fiili onaylaması hukuka aykırılığı değil tipikliği ortadan kaldırmaktadır²⁸⁰. Bunun dışında suç kalıbında suçun oluşması için rızanın bulunmaması açık bir şekilde aranmıyorsa bu aşamadan sonra rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer bir değişle tipiklikte ayrıca nazara alınmamakla birlikte korunan hukuksal yarar sahibinin rızasının hukuken muteber olduğu hallerde rıza bir hukuka uygunluk sebebidir²⁸¹.

Rızanın incelenen suç bakımından tipe yahut hukuka aykırılık unsuruna dair bir husus olduğu ayrımı birçok noktada önemini ortaya koymaktadır. Zira rızanın tipe dahil olduğu durumda rızanın varlığı fiili tipik olmaktan çıkaracakken rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği halde fiil tipik olmaya devam edecek ve fakat hukuka aykırı olarak addedilemeyeceğinden suç oluşmayacaktır²⁸². Bir başka önemli husus ise rızanın tipe dâhil olması halinde kastın rızayı da kapsamaması hususudur²⁸³. Gerçekten rızanın tipe dair olduğu durumlarda failin kastının rızayı da kapsamaması gerekirken rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak addedildiği suçlar bakımından rıza kast kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu bölümde esasen TCK m.91 f.1’de bahsedilen hukuken geçerli rızanın hukuki niteliği ortaya konulacak olup, rızanın kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise zaten bu bölümde yapılan hukuki nitelermeye bağlı olarak önceki bölümlerde incelenmiştir.

Yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçu bakımından suç kalıbında geçen “hukuken geçerli rıza” kanaatimizce tipikliği ortadan kaldıran rızadır²⁸⁴. Zira

²⁷⁸ Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.256.

²⁷⁹ Bkz: Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.279 vd, Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e, s.455-456, Hakeri, Genel Hükümler, s.356 vd., Öztürk/ Erdem, a.g.e, s. 243-244.

²⁸⁰ Öztürk/ Erdem, a.g.e, s. 244.

²⁸¹ Baumann-Weber-Mitsch, s.391, Ebert, s.86-87, Öztürk/Erdem, n.279 Aktaran: Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s.456.

²⁸² Bkz: Hakeri, Genel Hükümler, s.357.

²⁸³ Hakeri, Genel Hükümler, s.357, Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.282.

²⁸⁴ Aynı görüş için bkz: Hakeri, Genel Hükümler, s.357, Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.281-282, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 263, Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti

TCK m.91 f.1’de düzenlenen suç tipi açısından kanun koyucu failin yaşayan kişinin vücudundan organ veya doku alırken bu hareketin özellikle vücudundan organ veya doku alınan kişinin rızası hilafına yapılmasını aramıştır. Diğer bir deyişle kanun koyucu bu suç tipinde failin vücuttan organ veya doku alması fiilini hukuksal yarar sahibi kişinin rızası hilafına ya da rızası yokluğunda yapmasını şart koşturmuştur. Bu sebeple TCK m.91 f.1’de zikredilen rızanın tipe dâhil olduğunu düşünmekteyiz.

bb) Hukuken Geçerli Rızanın Anlam ve Kapsamı

TCK m.91 f.1’de düzenlenen suç bakımından hukuken geçerli rızanın kanaatimizce üç unsuru vardır. Bunlardan ilki hukuken geçerli rıza için gerekli ön şartlar olup bunlar hekimin gerekli araştırmayı yapmasından sonra vericiyi aydınlatması, hayati öneme sahip organların nakledilememesi ve naklin bir başkasını iyileştirme amacı taşımasıdır. İkinci unsur rızanın ehliyeti, üçüncüsü ise rızanın şeklidir. Bu bölümde sırasıyla bu üç husus açıklanacaktır.

Organ ve doku nakli esasen kişilerin bizzat vücut bütünlükleri üzerindeki hakka yönelik bir müdahale niteliği taşır. Organ ve doku nakli yapılırken hem verici hem de alıcı tıbbi bir müdahale ile karşı karşıya geldiğinden bu iki farklı kişinin müdahaleye göstereceği rıza birbirinden farklıdır. Nitekim alıcı kişi açısından ortada açık bir iyileştirme amacı bulunduğundan işlemin bu bölümü tamamen tıbbi müdahalelerin genel koşulları çerçevesinde alınan rızanın şartlarına göre yorumlanacaktır²⁸⁵. Fakat verici açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira organ veya doku naklinde bulunacak kişinin bedensel bütünlüğüne ciddi, doğrudan ve ağır bir müdahale söz konusu olup, bu aşamada verici açısından bir iyileştirme amacından söz edilemez. Diğer yandan bilindiği üzere kişinin vücudu ve sağlığı üzerindeki hakkı her zaman üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak değildir. Bu sebeple genel kurallar çerçevesinde aslında yaşayan kişiden organ ve doku alınması kişinin üzerinde tasarruf edeceği bir hak olmamasından ve

Suçları”, s.116, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 234. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki görüş için bkz: D. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 198.

²⁸⁵ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.216.

iyileşme amacı da gütmemediğinden kural olarak hukuka aykırı sayılmalıdır²⁸⁶. İşte tam olarak bu noktada organ ve doku nakline verilecek rıza açısından 2238 sayılı OVDNHK çerçevesinde özel kurallar ihdas edilmiş olup, diğer yandan nakil işlemi verici açısından alıcının yaşamının ve sağlığının kurtarılması için gerçekleştirildiğinde iki bireyin fiziksel bütünlüğü birlikte ele alınmakta ve bu durum, işlemin iyileştirici niteliğinin verici açısından da kabul edilmesini sağlamaktadır²⁸⁷. Vericiden organ veya doku alınmasını haklı kılan bu hususa doktrinde üstün amaç denilmekte olup, organ veya doku alındığında vericinin zararı ve alıcının yararı arasında vericinin bu zarara katlanmayı haklı gösterir bir durumu var ise üstün amacın varlığından söz edilebilir²⁸⁸. Bu sebeple organ ve doku nakli açısından kişinin rızasının hukuken geçerli olduğu değerlendirilirken öncelikle bu üstün amaç aranmalı, kendisine organ ve doku nakledilmemesi halinde sağlığına kavuşacak bir kişinin bulunmaması halinde nakil konusunda verilecek bir rızanın geçerli olmayacağı belirtilmelidir. Nitekim organ ve doku nakli işlemi açısından gerekli olan üstün amaç OVDNHK m.1’de de “Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Açıklandığı üzere organ ve doku alınması aşamasında vericinin gösterdiği rıza üstün bir yarara yöneldiğinde geçerli sayılmakla birlikte; bahsedilen nakil işlemi normal bir tıbbi müdahaleden farklı nitelikte olduğundan bu hususta gösterilecek rıza da gerek TCK m.26 f.2 gerekse tıbbi müdahaleye gösterilecek rızadan farklı şartlara tabidir.

Önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere TCK m.91 f.1’de hukuken geçerli rızanın şartları belirtilmemiş olup, rızanın hukuken geçerli sayılması için gerekli şartlar 2238 sayılı OVDNHK’nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir²⁸⁹. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için gerekli olan ilk şart OVDNHK m.3’te dile getirilmiş olup, söz konusu madde uyarınca bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır. Diğer yandan OVDNHK m.7

²⁸⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 850.

²⁸⁷ Toroslu, a.g.e, s.96.

²⁸⁸ Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.121.

²⁸⁹ Öztezel, a.g.e, s. 223.

f.1 b.e’de de bu husus tekrar edilmiş ve organ veya dokuyu nakledecek hekimin bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek yükümlülüğü altında olduğu bildirilmiştir. Gerçekten dile getirdiğimiz gibi organ ve doku alma işlemine yönelik rızanın geçerli olabilmesi için bu işlemin tedavi ve teşhis amacına yönelik olması gerekmektedir; ilgilinin rızasına dayansa dahi ticari amaçlarla yaşayan insan üzerinde bu tür bir işlemin gerçekleştirilmesi kabul edilmemektedir²⁹⁰. Bu durumda verilecek rıza hukuken geçerli olmayacaktır. Fakat doktrinde organ ve doku nakline ilişkin olarak ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz verilmesi gerektiği görüşünü savunanlar da bulunmaktadır²⁹¹. Bu husus ilerleyen bölümlerde detayıyla incelenecektir.

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için gerekli bir diğer şart ise kişiden alınacak olan organ veya dokunun vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokulardan olmamasıdır²⁹². Eğer müdahale vücut tamamıyetinde devamlı bir eksiklik vücuda getirmiyorsa rıza ancak bu şekilde batıl olmaktan kurtulmaktadır²⁹³. Nitekim bu husus OVDNHHK’nın 8. maddesinde “Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Dile getirildiği üzere üstün amaç kapsamında bir kimsenin sağlıklı bir organ yahut dokusunun hasta birine nakledilmesi kabul edilebilecekse de vericinin bu hususta verdiği rızanın geçerli olabilmesi için tespit edilen doku yahut organın alınması sonucu hayatına sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi şarttır²⁹⁴. Anlaşılabacağı üzere söz konusu bu hüküm yalnızca vericinin nakledildiği takdirde

²⁹⁰ Toroslu, a.g.e, s.101.

²⁹¹ Bkz: Akıncı, a.g.e, s.179, Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.123: Kendisinden organ veya doku alınan verici bir operasyon geçirmekte ve bu sebeple sağlık kurumuna belli bir ücret ödemek zorunda kalmaktadır. Ayrıca geçirilen operasyonun niteliğine göre çoğunlukla verici belli bir süre işine devam edememekte yahut bu gibi kazançtan yoksun kalma durumları ile karşılaşmaktadır. Gökçen ve Balcı’ya göre bir başka kimsenin hayatını ve sağlığını kurtarmak adına bu derece büyük bir fedakârlığa katlanan kişinin hastane ve bakım masraflarını karşılamak ya da yoksun kaldığı kazancı kendisine vermek hukuka yahut ahlaka aykırı değildir.

²⁹² N. Ayiter, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:25, Ankara 1968, s. 142.

²⁹³ N. Ayiter, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, s.142.

²⁹⁴ Akıncı, a.g.e, s.173 vd.

hayatını sona erdirecek değil vericinin nakledildiği takdirde yaşamını tehlikeye sokacak organ ve dokuların da nakledilmesini yasaklamaktadır²⁹⁵. OVDN HK m.8 Türk Medeni Kanun’u (TMK) m.23 ile paralel bir düzenleme öngörmüş olup, kişinin hayat ve vücut bütünlüğü hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olmadığından yaşamını tehlikeye sokacak ya da sona erdirecek bir organ yahut dokunun nakline yönelik verilen rıza hukuken geçerli bir rıza olmayacaktır²⁹⁶. Bu sebeple vericinin vücudunda tek bulunan kalp, karaciğerin tümü, mide vb. organlarını nakletmek için rıza göstermesi beklenemez²⁹⁷.

Organ ve doku nakline gösterilecek rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için bir diğer gerekli şart organ veya doku vericisine hekim tarafından gerekli bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesidir. Gerçekten organ ve doku nakli operasyonlarında vericinin iyileşmesine yönelik bir amaç bulunmadığından hekimin aydınlatma yükümlülüğü en geniş kapsamda yorumlanmalıdır²⁹⁸. Söz konusu aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekim vericiye nakle rıza gösterip göstermediği hususundaki kararını etkileyebilecek her şeyi bildirmelidir²⁹⁹. Nitekim 2238 sayılı OVDN HK m.7’de hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı açıkça belirtilmiştir. Aydınlatılmış onam (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 gönüllülük ile kabulü olarak tanımlanabilir³⁰⁰. Organ ve doku nakli açısından vericiye yönelik aydınlatma yükümlülüğü özellikli bir durum teşkil etmekte olan ilgili Kanun’a göre hekim vericiyi; organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler, organ ve doku alınmasının tıbbi sonuçları, organ ve doku alınmasının psikolojik sonuçları, organ

²⁹⁵ A. Kılıçoğlu, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/2, s.253.

²⁹⁶ Soyaslan, “Organ Nakilleri”, s. 131, Yıldız, a.g.e, s.283.

²⁹⁷ Benzer görüş için bkz: Çakmut, a.g.e, s.162.

²⁹⁸ Toroslu, a.g.e, s.101-102, Taşkın, a.g.e, s. 108, Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 218, Mermut, a.g.e, s. 1459.

²⁹⁹ Taşkın, a.g.e, s.108, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 850. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün ayrıntıları için ayrıca bkz: Sarıal, a.g.e, s. 55-61.

³⁰⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 207 vd.

ve doku alınmasının ailevi ve sosyal sonuçları ve organ ve doku naklinin alıcıya sağlayacağı yararlar hususunda aydınlatmalıdır³⁰¹. Diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak organ naklinin çok acil olması durumunda dahi, aydınlatmanın bu şekilde en kapsamlı haliyle yapılması gerektiği ve bundan asla vazgeçilemeyeceği açık olup; kapsamlı bir aydınlatmanın vericiyi ruhsal ve hatta bedensel yönden ağır etki altında bırakması söz konusu olsa bile bu aydınlatmanın yapılması zorunludur³⁰². Bu anlamda vericinin rızasının hukuken geçerli olabilmesi ancak rıza gösterdiği müdahaleye ilişkin her ayrıntıyı bildikten sonra mümkündür. Bir başka deyişle vericinin rızasının geçerli olabilmesi için vericinin neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekmektedir³⁰³. Organ ve doku nakline ilişkin verilen rızanın hukuken geçerli olabilmesi için gerekli olan aydınlatmanın da muhakkak rıza açıklamasından önce yapılması gerekmektedir³⁰⁴.

Diğer yandan daha önce de belirttiğimiz üzere organ veya doku alıcısı açısından aydınlatma yükümlülüğü tıbbi müdahalelerde aranan rızanın sıhhati için gerekli olan olağan aydınlatma yükümlülüğü şeklinde olacaktır³⁰⁵. Bu anlamda doktrinde alıcıya yapılacak aydınlatmanın içeriğinin vericiye yapıldığı nazaran geniş olmasının gerekmediği söylenmektedir³⁰⁶.

Vericinin aydınlatılması kapsamında önem arz eden bir diğer konu da hekimin araştırma yükümlülüğüdür. 2238 sayılı OVDNHK m.9'da hekimler açısından organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunlu tutulmuştur. Kanaatimizce vericinin tüm riskler ve süreç hakkında en doğru şekilde aydınlatılması için öncelikle gerekli araştırmanın yapılması gerekmektedir. Zira verici müdahalenin risklerini ancak kendisine yapılan tahliller ve bu tahlillerin yorumlanması sonucu anlayabilir. Örneğin

³⁰¹ Taşkın, a.g.e, s.107.

³⁰² Hakeri, Tıp Hukuku, s.850, Yıldız, a.g.e, s.286.

³⁰³ Ç.K. Aydın, a.g.e, s.144.

³⁰⁴ Aynı yönde görüş için bkz: Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 69.

³⁰⁵ Gökçen, Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 71, Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.219.

³⁰⁶ Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.102

vericiye yapılan test sonucu hemofili olduğunun tespiti ameliyat esnasında oluşabilecek komplikasyonların bilinebilmesi açısından hayati önem taşımakla birlikte hemofili olmayan ve olan vericilerin ameliyat hususunda alacakları risk birbirinden tamamen farklıdır. Bu anlamda bu tip durumların önüne geçebilmek için bizim görüşümüze göre öncelikle gerekli tahlil ve araştırmalar tamamlanmalı bunların sonucuna göre aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir.

Sonuç olarak hukuken geçerli rıza için gerekli olan şartlar hekimin gerekli araştırmayı yapmasından sonra vericiyi aydınlatması, hayati öneme sahip organların nakledilememesi ve naklin bir başkasını iyileştirme amacı taşıması olarak sıralanabilir.

Hukuken geçerli rızanın şartlarından sonra açıklanmak istenen bir diğer konu ise organ ve doku vericisinin rıza ehliyetidir. Bu husus 2238 sayılı OVDNHK m. 5'te açıkça düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre organ ve doku naklinde bulunabilmek için on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olmak gerekmektedir. Bu sebeple küçükler, vesayet ve hacir altında olanlar bu konuda rızada bulunamayacakları gibi veli veya vasileri aracılığı ile de kendilerinden organ veya doku alınamayacaktır³⁰⁷. Fakat temyiz kudretine sahip kısıtlıların organ ve doku nakli hususunda rıza ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir³⁰⁸. On sekiz yaşından küçüklerden organ ve doku alınmamasının nedeni bu kişilerin aile baskısına maruz kalmalarını önlemektir³⁰⁹. Doktrinde on sekiz yaşında olmamakla birlikte evlilik veya başka yollarla reşit olan kişinin bu hususta gösterdiği rızanın hukuken geçerli olup olmadığı tartışılmış varılan sonuca göre kanunun düzenleniş tarzına göre kanun koyucunun vericinin belli bir fiziki olgunluğa ulaşmasını aradığından bahisle reşit olan kişinin de on sekiz yaşını doldurmaması halinde rıza ehliyetine sahip olmadığı sonucuna ulaşılmıştır³¹⁰. Gerçekten ilgili madde incelendiğinde vericinin reşit olması değil vericinin özellikle on sekiz yaşını

³⁰⁷ Bayraktar, a.g.e, s.16, D. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 198.

³⁰⁸ Ç.K. Aydın, a.g.e, s.142.

³⁰⁹ H. Hakeri, "Kuzey Kıbrıs Organ ve Doku Nakli Kanunu Taslağı ile Karşılaştırmalı Olarak Son Yasal Değişiklikler Işığında Türk Organ ve Doku Nakli Hukuku", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2014, sayı:93, s. 139.

³¹⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz: Akıncı, a.g.e, s.178.

doldurmasının arandığı anlaşılmakta olup bu anlamda biz de doktrindeki görüşe katılıyoruz.

Kanun'un 5'inci maddesinde vericinin on sekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişi olması açıkça yasaklanmakla birlikte, 7. maddenin c bendinde hekimin akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek yükümlülüğü altında olduğu belirtilerek bu hususa ayrı bir önem atfedildiği görülmektedir. Gerçekten Türkiye, OVDNHK'deki ilgili hükümler nedeniyle İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesinin 2. fıkrasında öngörölmüş "istisnai olarak ve kanun tarafından öngörölmüş olan koruyucu şartlar altında muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden rejeneratif dokuların alınması" ile ilgili hükme çekince koymuştur. Doktrinde bu hükme çekince koyulması eleştirilmektedir³¹¹.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca bu hususta vericinin vereceği rıza bazı şekil şartlarına bağlanmıştır. Gerçekten verilen rızanın hukuken geçerli olabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur. Hakeri'ye göre³¹² hukuken geçerli rıza şekil şartlarından bağımsız değerlendirilmelidir. Zira aksi durumda iki tanık yerine bir tanık olması durumunda her şekilde rıza geçersiz olacak ve yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu oluşacaktır. Bu tip bir koşulun varlığı da adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Fakat kanaatimizce organ ve doku nakli hususunda bu derece sıkı şekil şartlarının getirilmesi uygulamada kötüye kullanımların önüne geçmek için konmuş olup, iki tanığın şart koşulması rızanın gerçekten her türlü baskından uzak ve özgür bir iradeye dayalı olarak verildiğinin ispatı olarak öngöröldüğünden yerindedir³¹³. OVDNHK m.6 uyarınca vericinin rızasını iki şekilde beyan etme imkanı vardır.

³¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldız, a.g.e, s.285, Y. Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri", 1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2005, s.188, Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s. 219. Ayrıca bkz: § Nakil Süreci, s.27 vd.

³¹² Hakeri, Tıp Hukuku, s.847.

³¹³ Yıldız, a.g.e, s.286.

Verici ya yazılı olarak ya da sözlü olarak bu tip bir beyanda bulunabilir. Fakat her iki halde de iki tanığın bulunması ve ilgili evrakın hekim tarafından onaylanması şarttır. Sonuç olarak rızanın yazılı ya da sözlü şekilde beyan edilmesi şekil şartını otomatik olarak yerine getirmemekte aynı zamanda bu açıklama iki tanık huzurunda tutanağa bağlanarak ilgili tutanak da imzalanmalıdır. OVDNHK’de yer alan söz konusu madde TMK’nin organ ve doku nakline cevaz veren 23. maddesinin 3. fıkrası ile de uyum içerisindedir. Diğer yandan OVDNHK m.5 sözlü beyanda bulunma hakkına da imkân vererek okuma yazma bilmeyenler için de bir kolaylık sağlamıştır³¹⁴.

Sonuç olarak yukarıda detayıyla açıklanan bu hususların tümünün yerine getirilmesi halinde kendisinden organ veya doku alınacak kişinin hukuken geçerli bir rızasının olduğu söylenebilir. Fakat açıklanan bu hususların dışında organ ve doku nakline ilişkin olarak OVDNHK’de üç şart daha yer almaktadır. Bunlar m.7 b.d’de yer alan vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığının araştırılıp öğrenilmesi ve öğrenildiğinin bir tutanakla tespit edilmesi, m.7 b.f’de yer alan kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrı olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerinin açıklanmaması ve son olarak m.10’da yer alan naklin Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılmasıdır. Doktrindeki bir görüşe göre bu üç şart rızanın koşulları olarak değerlendirilmektedir³¹⁵. Bu görüşe göre ilgili şartlar gerçekleşmediğinde hukuken geçerli bir rıza bulunmadığından TCK m.91 f.1’deki suç oluşacaktır. Fakat doktrindeki başka bir görüşe göre³¹⁶ sayılan şartların rızanın geçerliliğine bir etkisi bulunmayıp bu hususlara aykırı davranılması halinde TCK m.91 f.1’deki suç değil OVDNHK m.15’teki suç oluşacaktır. Kanaatimizce de

³¹⁴ Akıncı, a.g.e, s.181-182: Kanun sözlü beyandan sonra da evraka imza atma zorunluluğu arasa da bunu dar yorumlamak gerekir. Okuma yazma bilmeyenlerin imza yerine evraka parmak basmaları durumunda da rıza şeklinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aksi bir yorum bu şekilde bir bağışta bulunak isteyen kişinin iradesini yok saymak olacaktır ki bunun kabulü de mümkün değildir.

³¹⁵ Erem, a.g.e, s.713 vd., , Gökçen/Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, Kılıçoğlu, a.g.e, s.254 vd, Taşkın, a.g.e, s.101 vd, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.43 vd.

³¹⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 847-848, Yıldız, a.g.e, 279; 285-286, Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, Özel Hükümler, s. 266.

sayılan şartlar rızanın geçerliliğini etkileyen hususlar değildir ve bu şartların yokluğu rızanın geçersiz olmasına sebebiyet vermeyecektir. Zira OVDNHK m.7 b.f incelendiği takdirde ilgili hükmün hekim açısından kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamama yönünde bir yükümlülük getirdiği görülmektedir. Söz konusu bu yükümlülük vericinin rızasının sıhhati açısından bir önem arz etmemekle beraber esasen kanun koyucu söz konusu hüküm ile hekimin meslek sırrını saklama yükümlülüğünü düzenlenmiştir³¹⁷. Bu sebeple bu hükme aykırı davranıldığı takdirde OVDNHK m.15'te düzenlenen suçun oluşacağına şüphe bulunmamaktadır. Aynı şekilde OVDNHK m.7 b.d'de hekime vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Maddenin açık lafzından da anlaşıldığı üzere burada eşin de organ veya doku nakline rıza göstermesi aranmamış yalnızca durumdan haberdar edilmesi ve bu durumun tutanakla saptanması zorunlu tutulmuştur³¹⁸. Bu anlamda eşin rızasının bulunmaması vericinin rızasını sakatlayan bir unsur niteliğinde olmayıp yalnızca eşin haberdar edilmemesi yahut bu durumun tespit edilmemesi durumunda nakil işlemine başlanamayacaktır³¹⁹. Bu sebeple söz konusu bu yükümlülüğe aykırılık vericinin hukuken geçerli rızasını sakatlamadığı için ancak OVDNHK m.15'teki suçu oluşturabilir. Son olarak OVDNHK m.10'daki naklin Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılması zorunluluğu da organ ve doku nakillerinin sağlıklı ortamlarda yapılmasını engellemek ve Devletin bu husustaki kontrolünü arttırmak amacıyla ihdas edilmiş bir madde olup söz konusu maddeye aykırılık vericinin rızasını etkilememekte yalnızca m.15'teki suçu oluşturmaktadır.

³¹⁷ Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü için ayrıca bkz: Taşkın, a.g.e, s.111 vd.

³¹⁸ Mermut, a.g.e, s. 1464.

³¹⁹ Yıldız, a.g.e, s.286, Bayraktar, a.g.e, s.17, Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.219.

cc) Suç Tipi Açısından Rızayı Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Kabul Eden Görüş

İncelediğimiz suç açısından mağdurun rızasının suçun oluşması için suç tipinde açıkça belirtilmesinden ötürü rızanın tipe dâhil olduğunu ve hukuken geçerli bir rıza olması durumunda tipik eylemin gerçekleşmemesi sebebiyle suçun oluşmayacağını savunmakla birlikte doktrinde rızayı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır³²⁰.

Tipikliği kaldıran rıza açısından fiilin tipe uymaması yani tipikliğin gerçekleşmemesi yeterli olurken mağdurun rızasının fiili hukuka uygun kılabilmesi için bazı koşullar gerekmektedir³²¹. İncelediğimiz suç açısından da rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi halinde organ veya dokunun vücuttan ayrılması ile birlikte tipik eylem gerçekleşecek fakat mağdurun rızası bulunmadığı halde haksızlığın oluştuğundan bahsedilebilecektir. Bu anlamda mağdurun rızasının eylemi hukuka uygun hale getirebilmesi için öncelikle mağdurun hakkın sahibi olması ve bu hususta rıza beyan etmeye yetkili olması gerekmektedir³²². Bu sebeple TCK m.91 f.1’de düzenlenen suç açısından mağdur ancak kendi vücudu açısından rıza gösterebilir. Diğer yandan ilgilinin rızası genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alındığında kişinin açıkladığı rızanın anlam ve sonuçlarını algılayacak durumda olması yeterli olsa da³²³ kişiden organ ve doku alınması suçu açısından bu genel kural geçerli olmayıp, OVDNHHK m.6 uyarınca ancak on sekiz yaşını geçmiş ve mümeyyiz olan kişinin yaptığı rıza açıklaması hukuken geçerli olacaktır. Bunun dışında on sekiz yaşından küçüklerin velisinin yahut mümeyyiz olmayan kişilerin vasisinin rıza açıklamasında bulunması söz konusu olmamakla beraber söz konusu suç açısından varsayılan rızadan bahsetmek de mümkün

³²⁰ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s.100, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 136, Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 335, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1316-1320.

³²¹ Hakeri, Genel Hükümler, s. 357 vd.

³²² Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.136.

³²³ Zafer, Genel Hükümler, s. 319.

değildir³²⁴. Rızanın fiili hukuka uygun hale getirebilmesi açısından rızanın açıklanması da belli koşullarda olmalıdır. Rıza genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirildiğinde rızanın açıklanış şekli önemli olmayıp rıza açıklamasının açık veya örtülü biçimde yapılması önem arz etmemektedir³²⁵. Fakat Kanun'un rızanın açıklanmasını belirli bir şekle ya da usule bağlandığı hallerde bunlara uyulmaması rıza açıklamasının geçerli sayılmamasına sebep olur³²⁶. TCK m.91 f.1 açısından ise 2238 sayılı OVDN HK m. 6 uyarınca rızanın açıklanması açısından açık bir şekil şartı getirilmiştir. İlgili madde uyarınca rızanın hukuken geçerli olabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur. Son olarak rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için gereken son şart mağdurun üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığıdır. Kişinin vücudu üzerinde kullanacağı hakkın sınırları olup nitekim 2238 sayılı OVDN HK m. 8'de belirtildiği üzere vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır. Bu anlamda özellikle vericinin vücutta tek olarak bulunan kalp, karaciğer, mide vb. organlarını bağışlaması söz konusu olamaz.

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde doğan sonuçlardan biri de rızanın koşulları açısından düşülecek bir yanılığın ne kapsamda değerlendirileceğidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere rızanın tipe dâhil bir unsur olarak kabul edilmesi durumunda rızanın koşullarında düşülecek bir yanılığ TCK m.30 f.1 kapsamında değerlendirilecek ve failin kastını kaldıracaktır. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde ise rızanın maddi koşullarında düşülen hata sonucu TCK m.30 f.3 uyarınca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. TCK m.30 f.3 uyarınca ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Madde lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere

³²⁴ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.217, Mahmutoglu, "Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", s. 294.

³²⁵ Hakeri, Genel Hükümler., s.361, Zafer, Genel Hükümler,320.

³²⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.320.

failin hatasından yararlanabilmesi için düşülen hatanın kaçınılmaz (esaslı) bir hata olması gerekmektedir. Bu bağlamda rızanın maddi koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşen fail açısından olayda hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş sayılacağından ve bu cihetle suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.223 f.2 b.d uyarınca beraat kararı verilmesi gerekmektedir³²⁷. Örneğin hekim esasen on sekiz yaşından küçük bir kişinin kimliğinde yaşının on sekiz olarak gözükmemesinden dolayı kişiden organ alması halinde rızanın ehliyet şartı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüştür. Bu halde hekim düştüğü hatasından yararlanacak ve somut olayda mağdurun rızasının olduğu kabul edilecektir. Bu sebeple de söz konusu fiil hukuka uygun olacağından suç oluşmayacaktır. Diğer yandan fail somut olay açısından kimi zaman hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında değil hukuka aykırılığın varlığı ve yokluğu hususunda da hataya düşebilir. Bu durumda ise TCK m.30 f.4 uyarınca hatasının kaçınılmaz olması halinde kusuru bulunmadığından faile CMK m.223 f.3 b.d uyarınca ceza verilmeyecektir³²⁸. Örneğin hekim, bir anneden çocuğu için doku alınması hususunda rızaya gerek olmadığından hareketle kişiden organ veya doku almış ise bu aşamada artık hukuka aykırılığın varlığı hususunda bir hataya düşmüştür. Bu sebeple TCK m.30 f.4 kapsamında hatasının kaçınılmaz olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılarak neticede kendisine ceza verilip verilmeyeceği takdir edilmelidir.

C- Kusurluluk

1. Genel Açıklamalar

Kusur suçun yapısında tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun varlığının tespitinden sonraki üçüncü safhada incelenmektedir³²⁹. Gerçekten tipik fiilin kasten veya taksirle işlenmesi ile birlikte

³²⁷ Zafer, Genel Hükümler, s.325.

³²⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.325-326.

³²⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 298.

ve hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması sonucunda haksızlık meydana gelmiş olur. Bu aşamadan sonra yapılan inceleme ise işlenen fiilin fail bakımından incelenmesinden ibarettir. Bu inceleme bir haksızlığı gerçekleştirmiş olması hasebiyle failin kınanıp kınanamayacağına yöneliktir³³⁰. Bu anlamda kusur fiil ile fail arasındaki psikolojik bağı ifade etmeyip³³¹, gerçekleştirdiği haksızlık ile ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespit neticesinde gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla failin kınanıp kınanamayacağı hususundaki normatif yargıyı ifade etmektedir³³². Kusurluluk suçun unsurları dışında kalan (özellikle manevi unsur dışında) cezalandırılabilirlik ile ilgili bir husustur.

Fail, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın tipik fiili kasten ya da taksirle gerçekleştirdikten sonra kural olarak gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla kınanabilir. Fakat çeşitli sebeplerle failin kınanabilirliği ortadan kalkabilir. Failin kınanmasını engelleyen sebepler kanunumuzda ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler olarak TCK m.24 ve TCK m.34 arasında dağıtık olarak düzenlenmiştir. Kusurluluğu etkileyen nedenler kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler olarak kategorize edilebilir.

İncelediğimiz suç açısından kusurluluğu kaldıran neden olarak hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit ile zorunluluk hali özellik arz ettiğinden söz konusu kusurluluğu etkileyen nedenler ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

TCK m.24 f.2 uyarınca yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Bu anlamda hukuka aykırı bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi kusuru kaldıran bir nedendir³³³. Zira yetkili merciin bir emrinin bulunması emri hukuka uygun hale getirmemekte yalnızca emri

³³⁰ Hakeri, Genel Hükümler, s. 377, Zafer, Genel Hükümler, s.327, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.298, Özgenç, Genel Hükümler, s.370.

³³¹ Zafer, Genel Hükümler, s.326.

³³² Özgenç, Genel Hükümler, s.370.

³³³ Zafer, Genel Hükümler, s.340.

yerine getiren açısından kusuru ortadan kaldırarak emri vereni sorumlu kılmaktadır³³⁴.

İdare hukuku prensiplerince kamu görevlileri açısından hiyerarşi prensibi kabul edilmiş ve bunun doğal sonucu olarak astın, üstün emirlerini gecikmeksizin ve değiştirmeksizin yerine getirmesi öngörülmüştür. Üstün bu şekilde asta verdiği emir ya hukuka uygun ya da hukuka aykırı olacaktır. Daha önce de dile getirdiğimiz üzere hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi halinde ast TCK m.24 f.2 uyarınca görevini ifa ettiğinden fiili hukuka uygun hale gelmektedir. Emrin hukuka aykırı olması durumunda ise çeşitli koşulların varlığı halinde astın kusuru ortadan kalkacaktır.

Anayasa m.137 uyarınca “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.” Anayasanın ilgili hükmü TCK m.24 f.2’de yer alan hüküm ile de paraleldir.

Gerek TCK m.24 f.2 gerekse AY m.137 f.1 uyarınca devlet hastanesinde çalışan bir hekim üstünden organ ve doku nakli hususunda bir ameliyat yapma şeklinde bir emir aldığı anda sorumlu olmayacaktır. Fakat hekimin sorumlu olmaması için emrin biçimsel ve içerik açısından hukuka uygunluğunu araştırmak durumundadır³³⁵. Biçimsel açıdan yapılacak denetlemede hekim muhakkak emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırırken içeriksel olarak da emrin suç teşkil edip etmediğini araştırmak durumundadır. Zira gerek AY m.137 f. 2 gerekse TCK m.24 f.3 uyarınca konusu suç olan emir hiçbir surette yerine getirilemez getirilmesi halinde ise yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz.

Sonuç olarak TCK m.91 f.1 kapsamında düzenlenmiş yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu açısından üstünden emir alan hekim emrin içeriğini

³³⁴ Hakeri, Genel Hükümler, s.399. nitekim bu husus madde gerekçesinde de “Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılamaması halinde, memurun işlenen suçtan dolayı, hata nedeniyle, sorumlu olmayacağı meydandadır. Bu takdirde emri veren suçtan dolayı sorumlu olacaktır.” şeklinde açıklanmıştır.

³³⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 340-341

araştırdıktan sonra emrin suç teşkil etmediğini fakat hukuka aykırı olduğunu düşünürse o emri yerine getirmez ve emir verene bildirir. Emrin yinelenmesi durumunda emri yerine getirmesi halinde ise artık kusuru ortadan kalkar.

Hekimin amirin emri hususunda bir yanlışlığa düşmesi halinde ise TCK m.30 f.3 uyarınca değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu durumda hekim, amirin emri olduğu hususunda esaslı bir yanlışlığa düşüyse hatasından yararlanacak ve somut olayda amirin emrinin bulunduğu varsayılacağından failin kusuru ortadan kalkacaktır.

3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

Türk Ceza Kanunu m. 28 f.1 uyarınca karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

Cebir ve şiddet; bir insan tarafından suç işlemesi için bir kimseye uygulanan fiziki güç olarak tanımlanabilir³³⁶. Cebir ve şiddet uygulanmak suretiyle failin davranışları ve iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki yaratılmakta ve bu surette fail suç teşkil eden bir davranışta bulunmak zorunda kalmaktadır³³⁷. Bu sebeple fail cebir sonucu işlediği suç sebebiyle cezalandırılmamaktadır.

Korkutma ve tehditte ise faile fiziki bir müdahalede bulunulmamakla birlikte manevi bir baskı yapılmakta ve kişinin bir zarara uğratılacağı yahut bir kötülüğün ilerde gerçekleştirileceği hususunda korkutulması sonucu iradesi etki altında bırakılmaktadır³³⁸. Kişinin tehdit veya korkutma sonucu kusurunun ortadan kalkabilmesi için zararın muhakkak olması ve kişinin bu zarardan kurtulma imkanının bulunmaması, diğer yandan suçun ihlal ettiği hukuki değer ile tehdidin yöneldiği değer arasında bir orantı olması gerekmektedir³³⁹. Örneğin bir hekime

³³⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 345, Özgenç, Genel Hükümler, s.403.

³³⁷ E. Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1973, s.63, Özgenç, Genel Hükümler, s. 403, Hakeri, Genel Hükümler, s. 423 vd.

³³⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 343, Hakeri, Genel Hükümler, s. 424.

³³⁹ Zafer, Genel Hükümler, s. 346.

istenilen ameliyatı yapmaması sonucunda ailesinden birinin öldürüleceği yönünde yapılan tehdit sonucu kişinin hukuken geçerli bir rızası olmaksızın kişiden organ veya doku aldığından haksızlık gerçekleşmiş ise de kişi içinde bulunduğu durum itibariyle kınanamayacağından kusuru ortadan kalkar ve fiil dolayısıyla tehditte bulunan kişi sorumlu olur.

4. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali TCK m.25 f.2’de düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Zorunluluk halinin hukuki niteliği hakkında doktrinde bir görüş birliği bulunmamakta, bir kısım görüşe göre kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilirken³⁴⁰ bir diğer görüşe göre de hukuka uygunluk nedeni³⁴¹ olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce CMK m.223 f.3 b.b uyarınca açıkça “Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi” halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceği hüküm altına alınmış olup bu surette zorunluluk halinin kusurluğu kaldıran bir neden olduğunu düşünmekteyiz³⁴².

Zorunluluk halinin mevcudiyeti için gerekli olan şartlar doktrinde korunmaya ilişkin şartlar ve tehlikeye ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır³⁴³. Failin zorunluluk hali dolayısıyla kusurluluktan kurtulabilmesi için bu şartların

³⁴⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 407 v.d, Artuk/Gökçen/Yenidünya , a.g.e, s. 491 vd., Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 333-334, Hakeri, Genel Hükümler, s. 407 vd, E. Bekar, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013, s.86.

³⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 313 vd, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 230 vd.

³⁴² Ayrıntılı görüş için bkz: Zafer, Genel Hükümler, s. 299 vd, Özgenç, Genel Hükümler, s. 407 vd.

³⁴³ Zafer, Genel Hükümler, s. 303 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 494, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 231 vd.

hepsinin mevcut olayda oluşmuş olması gerekmektedir. Nitekim zorunluluk halinden bahsedebilmek için öncelikle bir tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin de ağır olması gerekmektedir. Söz konusu ağır tehlike failin kendisine yahut üçüncü bir kişiye yönelmiş olabilir³⁴⁴. Tehlikenin kaynağı önemli olmayıp, doğal olaylardan, insandan ya da hayvandan olması önem arz etmez³⁴⁵. Diğer yandan ağır tehlikenin aynı zamanda muhakkak olması şarttır. Kanun'un gerekçesinde ağır ve muhakkak bir tehlikenin ne olduğu tarif edilmiş olmamakla birlikte her somut olayda ağır ve muhakkak tehlike olaya göre değerlendirilecektir. Fakat genel olarak ağır tehlike zarara uğrama ihtimali olan hakkın önemli bir hak olmasını ifade etmektedir³⁴⁶. Bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğüne yahut yaşam hakkına yönelik tehlikeler ağır tehlikeler olarak kabul edilmektedir³⁴⁷. Bu kapsamda örneğin bir kimsenin organlarından birinin kaybı yahut artık çalışmaması vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan ağır bir tehlike olarak kabul edilebilir. Muhakkak tehlikeden anlaşılması gereken ise tehlikenin önlenmesi için bir şey yapılmadığı ve olayın akışına bırakılması durumunda yakın zamanda bir zarara yol açması halidir³⁴⁸. Bir başka deyişle muhakkak tehlike o an var olan yahut o an var olmasa dahi yakında gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan tehlikedir³⁴⁹. Bu anlamda örneğin siroz hastalığı olan bir kimsenin o an hayati tehlikesi bulunmasa da süreç içerisinde hastalığın ilerlemesi ve yaşam riskinin ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olduğundan söz konusu olayda muhakkak bir tehlikeden bahsetmek mümkün olacaktır. Zorunluluk halinden bahsedebilmek için ağır ve muhakkak tehlikenin kişinin kendisine yahut üçüncü bir kişiye yönelmiş olması gerekmektedir. Tehlikenin üçüncü bir kişiye yönelmesi durumunda üçüncü kişinin failin yakını olması gerekmediği gibi şahsın kurtarılmaya razı olup olmaması da bir önem arz etmemektedir³⁵⁰. Örneğin hekimin böbrek yetmezliğinden mustarip hastasını

³⁴⁴ Zafer, Genel Hükümler, s. 303.

³⁴⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 408, Zafer, Genel Hükümler, s. 303, Bekar, a.g.e, s.90.

³⁴⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 304, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 495.

³⁴⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 495.

³⁴⁸ Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 232.

³⁴⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.304.

³⁵⁰ K. İçel/F. Sokullu Akıncı/İ. Özgenç/A. Sözüer/F.S. Mahmutoglu/Y. Ünver, Suç Teorisi, İstanbul 2004, s. 166, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 497, Bekar, a.g.e, s.100.

kurtarmak amacıyla bir başkasından organ alması durumunda kendi vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlike mevcut olmasa dahi başkasının hakkına yönelmiş bir tehlike mevcuttur. Diğer yandan hakka yönelik ağır ve muhakkak tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesi gerekir. Tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesinden anlaşılması gereken tehlikeye kasten ya da olası kastla sebebiyet olunmamasıdır, bilinçli taksir yahut taksirle sebebiyet verilmesi halinde ise zorunluluk halinden söz edilebilecektir³⁵¹. Korunmaya ilişkin şartlardan bahsetmemiz gerekirse öncelikle açıkladığımız şartlara uyan tehlikeden korunmak için başkaca bir korunma ihtimalinin olmaması gerekmektedir. Örneğin organ yetmezliği olan bir kimsenin organ nakli gerekmeksizin ilaçla tedavisi mümkün olduğu halde TCK m.91 f.1 kapsamında artık zorunluluk halinden bahsedilemeyecektir. Diğer yandan tehlikeyle karşı karşıya kalan kişinin tehlikeyi bertaraf etmekle yükümlü olmaması diğer bir deyişle tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Son olarak zorunluluk halinin kusuru ortadan kaldırabilmesi için kurtarma eyleminin sonucu ile fail ya da üçüncü kişinin hakkına yönelen tehlike sonucu uğranması muhtemel zarar arasında bir orantı olmalıdır³⁵². Bu anlamda bir hakka yönelen bir zararı kovuşturmak için masum üçüncü kişinin daha üstün bir hakkının ihlal edilmesi durumunda failin zorunluluk hali nedeniyle kusurunun ortadan kalkması mümkün değildir³⁵³. Örneğin böbrek yetmezliği rahatsızlığından mustarip bir hastanın yaşamını devam ettirebilmek için başka birinden bir böbreğini alması durumunda mağdur yaşamına devam edebiliyorken vücut bütünlüğü hakkı ihlal edilmiştir. Fakat somut hadisede yaşam hakkı vücut bütünlüğü hakkından daha üstün bir hak olarak kabul edilebileceğinden diğer şartların gerçekleşmesi halinde fail zorunluluk halinden yararlanabilir. Bir başka örnekte ise kalp hastası olan kişinin bir başkasının kalbini alması durumunda bu kişilerin yaşam hakları yarışacağından ve bir orantı olmamasından ötürü fail zorunluluk halinden yararlanamayacaktır.

³⁵¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 497, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 233, Bekar, a.g.e, s.101.

³⁵² Z.T. Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 470.

³⁵³ Zafer, Genel Hükümler, s. 306.

D- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Suç işleme yoluna giren fail süreç içerisinde öncelikle suç işlemeye karar verir, daha sonra söz konusu suça ilişkin hazırlık yapar devamla ise icra hareketlerini gerçekleştirir ve yasaklanan netice ortaya çıkar³⁵⁴. Neticesi kanunda belirtilmiş suçlar açısından neticenin meydana gelmesi, neticesi belirtilmemiş suçlarda ise hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olur³⁵⁵. Diğer bir deyişle Türk ceza hukukunda prensip olarak fail işlemeyi kast ettiği suçun kanunda belirtilen icra hareketlerini gerçekleştirir ve sonuç olarak yasaklanan netice meydana gelirse suç tamamlanmış olur³⁵⁶.

Açıkladığımız genel prensibin yanında kimi zaman fail girdiği suç yolunun sonuna kadar ilerleyemeyebilir. Failin suç işlemeye karar vermesi ve hazırlık hareketlerini gerçekleştirmesi sırasında elinde olmayan sebepler ile suç yoluna devam edemez ise bu aşamaya kadar herhangi bir hukuksal değer ihlal edilmediğinden cezai bir sorumluluğundan bahsedilmeyecektir³⁵⁷. Fakat failin işlemeyi kast ettiği suçun elverişli hareketler ile doğrudan doğruya icrasına başlaması ve fakat elinde olmayan sebepler ile tamamlayamaması halinde ise teşebbüs aşamasında kalmasından dolayı cezai sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Zira fail suçla korunan hukuki değeri ihlal etmese dahi onu ihlal etmeye matuf hareketleri icra etmeye başlamış ve korunan hukuki değerin ihlal edilmesi yönünde bir tehlike doğmuştur³⁵⁸.

Fail açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun kasten işlenebilmesi, hareketin tipikliği gerçekleştirmeye elverişli olması, doğrudan

³⁵⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 398, P. Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 19-20.

³⁵⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 392, Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 23.

³⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 586-587.

³⁵⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 392

³⁵⁸ Sübjektif ve Objektif görüş için bkz: Zafer, Genel Hükümler, s. 394-395, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 399, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 592, A. Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 72 vd.

doğruya suçun icrasına başlanmış olması ve failin elinde olmayan sebeplerle tipikliğin gerçekleşmemesi gerekmektedir³⁵⁹.

Önceki bölümlerde TCK m.91 f.1’de düzenlenen yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın organ veya doku alma suçunun soyut tehlike suçu (sırf hareket suçu) olduğunu dile getirmiştik. Doktrindeki bir görüşe göre teşebbüs kural olarak neticeli suçlar bakımından mümkündür³⁶⁰. Fakat icra hareketleri birden fazla davranışa bölünebilirse bu davranışların tümünün tamamlanamama olanağı söz konusu olacağından teşebbüs söz konusu olabilir³⁶¹. Bu anlamda icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği soyut tehlike suçları açısından da teşebbüs mümkündür³⁶². Her ne kadar 5237 sayılı yeni TCK’da eksik-tam teşebbüs ayrımı bulunmasa da açıklandığı üzere sırf hareket suçları bakımından teşebbüs yalnızca hareketin kısımlara ayrılabilirdiği sürece söz konusu olduğundan bu tip suçlar ETCK lafzına göre eksik teşebbüse müsait tam teşebbüse ise müsait değildirler³⁶³. TCK m.91 f.1’de yer alan suç organ veya dokunun kişinin bedeninden ayrılması ile tamamlanmaktadır³⁶⁴. Bu sebeple TCK m.91 f.1 kapsamındaki suç açısından da kişinin vücudundan organ veya doku alma hareketinin kısımlara bölünmesi mümkündür. Bu sebeple söz konusu suç açısından teşebbüsün mümkün olduğunu düşünüyoruz³⁶⁵.

Teşebbüsün şartları çerçevesinde yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunu inceleyecek olursak öncelikle failde bu suçu işlemeye yönelik kastın

³⁵⁹ Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 334, Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

³⁶⁰ Bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 609-610.

³⁶¹ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 186-187.

³⁶² Zafer, Genel Hükümler, s.406: Tam ve eksik teşebbüs ayrımının yapıldığı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde sırf hareket suçlarına ta teşebbüsün mümkün olmayacağı belirtilmekteydi. Ancak hareketin bölünebildiği hallerde teşebbüs kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK m.35/2’ye göre teşebbüs, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacaktır. Sırf hareket suçlarında da elverişli hareketler yarıda kalabilir. Diğer bir deyişle icra hareketleri bölünebilen sırf hareket suçları teşebbüse elverişli suçlardır. Fakat Zafer’e göre bu tip suçlarda, suç tanımında zarar veya tehlike şeklinde somut bir neticeye yer verilmediği için teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin kriterlerin uygulama imkânı olmayacaktır.” Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 416-417, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 610, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 346, Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 187.

³⁶³ İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver, a.g.e, s. 351, Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 186-187.

³⁶⁴ Meran, a.g.e, s. 224.

³⁶⁵ Aynı görüş için bkz: Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 267, Gökçen A., Balcı/ M., Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, Ankara 2015, s. 437, Halıcı, a.g.e, s. 48, Meran, a.g.e, s. 224, Taneri, a.g.e, s. 491.

varlığından bahsedilmesi gerekmektedir. Örneğin kişiden organ ve doku alma suçunun teşebbüs aşamasında kalmış hali aynı zamanda kasten yaralama suçunun tamamlanmış halini de oluşturabilir. Bu gibi bir durumda dış unsurlara bakarak failin hangi suçu işlemeye kast ettiğini saptamak gerekecektir. Failde yaralama ve acı verme kastı olmayıp, fail organ veya dokuyu alma niyetiyle hareket ediyorsa burada artık TCK m.91'den bahsedilmesi gerekecektir³⁶⁶. Fakat örneğin kişiye yalnızca acı vermek için tıbbi usuller kullanılmaksızın gözünün çıkarılması TCK m.91 f.1 kapsamında alma fiili kapsamında kabul edilebilecek ise de fiil esasen kişinin vücuduna zarar vermek için gerçekleştirildiğinden yaralama suçunun tamamlanmış halinden cezalandırma yapılmalıdır.

Failin TCK m.91 f.1 kapsamında teşebbüs aşamasında kalması için ayrıca elverişli hareketlerle icraya başlaması şarttır. Bu aşamada öncelikle hareketin icra hareketi mi yoksa hazırlık hareketi mi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun'da icra hareketinin ne zaman başladığına dair bir kıstas olmamakla birlikte teşebbüsten söz edebilmek için TCK m.35 uyarınca failin kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerekmektedir. Bu hususta Kanun'un gerekçesinde ise "işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır³⁶⁷" denilmek suretiyle icra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden nasıl

³⁶⁶ Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1304.

³⁶⁷ 5237 sayılı TCK'nın 35. Maddesinin gerekçesi: Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir.

Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.

Suçta teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde

ayrılacağına ilişkin bir kriter ortaya konulmaya çalışılmıştır. Gerek TCK m.35 gerekse madde gerekçesi değerlendirildiğinde suç tanımındaki hareketler ile neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketlerle bunlara zorunluluk bağı ile bağlı ve bu hareketleri meydana getirmeye uygun hareketlerin tümü icra hareketi olarak kabul edilecektir³⁶⁸. Bu anlamda örneğin hekimin mağdura gerekli tahlilleri yapması ve devamla ameliyathaneyi hazırlaması, kanuni tipte geçen alma fiili ile bir yakınlık yahut bağlantı içermemektedir. Nitekim söz konusu bu hareketler kanuni tipte yer alan alma fiiline zorunluluk bağı ile de bağlı değildir. Bu anlamda tüm bu fiiller kanaatimizce hazırlık hareketleri kapsamında kalmaktadır. Fakat hastanın ameliyathaneye alınması, soyularak ameliyata hazırlanması, kendisine narkoz maskesinin geçirilmesi ve bayıltılması artık alma fiilinin gerçekleştirilmesi açısından elzem fiiller niteliğinde olup kanaatimizce alma fiilinin gerçekleştirilmesi açısından zorunluluk unsuru taşımaktadır³⁶⁹. Bu sebeple sayılan fiillerin icra hareketleri kapsamında değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonra failin elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüsten cezalandırılması gerekir³⁷⁰. Bu anlamda anılan örnekte de olduğu gibi söz konusu

anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramı dâhil edilmiştir.

³⁶⁸ Kanaatimizce TCK icra hareketleri bakımından maddi objektif teoriyi benimsemiş ve doğrudan doğruya icraya başlanmasını öngörerek suç tipinde gösterilen hareketlerin gerçekleştirilmesi ile birlikte icra hareketlerinin başladığını kabul etmiştir. Fakat bunun yanında kanun gerekçesinde işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması da özellikle zikredildiğinden söz konusu hareketlere zorunluluk bağı ile bağlı yahut bu hareketlere bitişik hareketlerinde icra hareketi olarak kabul edilmesi gerektiği muhakkaktır. Ayrıntılı görüş ve diğer teoriler için bkz: Zafer, Genel Hükümler, s. 397-400, Sözüer, a.g.e, s. 197, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 597-607, Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 404-411, Özgenç, Genel Hükümler, s. 464-474, Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 69, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 334-338, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 490-494.

³⁶⁹ Benzer görüş için bkz: Taneri, a.g.e, s. 491.

³⁷⁰ Yargıtay 1. C.D 16.07.1954, 1105/1202 sayılı benzer kararında şekilde söz konusu fiillerin icra hareketi olduğunu ve bu sebeple faillerinde teşebbüs aşamasında kaldığını belirtmiştir: "Maznunlardan A ile M, doktor olmaları ve bir ameliyathanenin sahip ve müstahdemi bulunmaları marifeti ile, kürtaj fiilinin icrasına yeter bilgi ve ona salih vasıtalar esasen mevcut ve muntazar olup, bu hadisenin ihzari hareketinin anlaşma ücretin tediyesinden ibaret kaldığı, (doktor ve hastabakıcıların gerekli ameliyatın ifası amacıyla hazır olduğu halde) mütearrızünaleyh ve fiilin müteessiri mevkinde bulunan S'nin ameliyat odasına alınması,... ameliyat ifasına müsait durumda (üzerinin) soyulması, ameliyat masasına yatırılması ve yüzüne münhasıran ameliyatta kullanılan narkoz maskesinin geçirilmesi ameliyesine başlanması gibi hareketlerin, maznunların maksat ve mukarrer olan çocuk düşürmeye matuf icrattan mahdud ve böylece kanun himayesinde olan haklar yakın tehlike ile karşı karşıya gelmiş, ... maznunların kasdının iltibasa meydan vermeyecek şekilde icrasına gidilmiş ve teşebbüsün vücuduna esas olan mukaddeme-i icraiye'nin hudutları aşılarak daha

hareketler tipik eylem olan alma fiili ile anlamsal ve maddi bir bağlantı içerdiğinden suçun teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmektedir³⁷¹.

Failin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilmesi için icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamasının yanı sıra hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmekte ve bu anlamda fiil suçun konusu ve fiilin gerçekleştirildiği araç ile birlikte değerlendirilmektedir³⁷². Diğer yandan esasen elverişlilik fiilin yalnızca konusu ve kullanılan araç bakımından değil bütün fiil bakımından bulunmalıdır³⁷³. Gerek suçun konusu gerekse kullanılan araç elverişlilik yönünden belirleyici olabileceğinden özellikle bu hususları değerlendireceğiz.

Türk Ceza Kanunu m.35'te de fiilin elverişliliği açıkça dile getirilmiş olmakla birlikte aracın elverişliliğinin belirlenmesi için bir kıstas konulmamıştır. Bu anlamda hareketin elverişli olup olmadığının tespiti somut olay göz önüne alınarak yapılmalıdır³⁷⁴.

Kullanılan araçtaki elverişsizlik nispi yahut mutlak olabilir. Mutlak elverişsizlik söz konusu ise hareket normda korunan menfaati ihlal edici niteliğe hiçbir şekilde sahip olamayacak³⁷⁵ ve işlenemez suçtan söz edilecekken somut olayda nispi elverişsizlik söz konusuysa bu ancak olayın özellikleri, mağdurun durumu yahut aracın kullanım şekliyle kaynaklanabilir³⁷⁶. TCK m.91 f.1

ileriye varıldığı tebarüz etmiş olduğu ve icra hareketinin sadece netice götüren son hareket olmayıp, mürekkep olan bir fiilin hareketlerinden yalnız birisinin icrasına tevessül edilmiş bulunmasının da teşebbüs suçunun tahakkukuna kafi geleceği ve müştekiyi soymak ve masaya yatırmakla başlayan hareketlere devam edilerek maksut olan ana rahminden çocuğun alınması ve anne hayatı ile irtibatının kesilmesi gibi maksut olan neticeyi veren hareketler ile cürmün tamam olacağına şüpheden varestedir." Sözüer, a.g.e, s. 215,216.

³⁷¹ Sözüer, a.g.e, s. 215.

³⁷² Zafer, Genel Hükümler, s. 400.

³⁷³ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 72. Ayrıca bkz 35. Madde Gerekçesi: "Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsuru tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramı dahil edilmiştir."

³⁷⁴ YGCK 4.6.1990, 5-101/156: Fail tarafından kullanılan vasıtanın (neticeyi gerçekleştirmeye kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığını tespit için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır." Özgen., a.g.e, s. 451.

³⁷⁵ Sözüer, a.g.e, s. 186, Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 72.

³⁷⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 402, Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 73.

kapsamında failin organ yahut doku alma fiilini gerçekleştirebilmesi için tıbbi yöntemler kullanması gerektiğini ve bu sebeple suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu söylemiştik. Bu manada örneğin failin plastik bir bıçak kullanmak suretiyle mağdurun böbreğini almaya çalışması mutlak olarak elverişsiz addedilebilecekken failin yeterli tıbbi bilgiye sahip olamamasından dolayı organı vücuttan çıkaramaması esasen objektif ve soyut olarak elverişli iken failin özelliği durumundan dolayı elverişsiz hale gelmiştir.

Aracın elverişliliğinin yanında suçun maddi konusu hususunda da elverişlilik açısından değerlendirilmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Nitekim bir hareketin yöneldiği maddi konudan bağımsız değerlendirilmesi mümkün değildir³⁷⁷. Fakat suçun maddi konusu açısından elverişsizlik değil yokluk söz konusu olacaktır³⁷⁸. Zira elverişlilik teşebbüse vücut verecek nitelikte icra hareketlerinin bulunup bulunmadığı ile ilgili iken konunun yokluğu halinde icra hareketlerinin elverişliliği hakkında sorun çıkmaktadır³⁷⁹. Örneğin failin mağdurun ameliyatına başlaması sonucu mağdurun ameliyatı sırasında alacağı iki böbreğinin de olmadığını fark etmesi halinde suçun konusunun yokluğundan bir diğer değişle işlenemez suçtan bahsedilecektir. Bu örnekte mağdur açısından kasten yaralama suçu oluşmuş ise de TCK m.91 f.1 kapsamında suçun konusu olan organın bulunmaması sebebiyle artık yaşayan kişiden organ ve doku alma suçunun elverişli hareketlerle icrasına başlandığından bahsedilemez³⁸⁰.

Teşebbüs, ancak elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanılan hareketlerin failin elinde olmayan nedenler ile yarıda kesilmesi ile gerçekleşmektedir³⁸¹. Bir diğer değişle failin işlediği suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için suçun tamamlanmamış olması gerekmektedir. Suç ya icra hareketlerinin yarıda kesilmesi ile ya da hareketlerin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi durumunda tamamlanmayacaktır³⁸². Bu bağlamda failin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilmesi için ya icra

³⁷⁷ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 114 Aktaran: Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 413.

³⁷⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 413, Özgenç, Genel Hükümler, s. 476.

³⁷⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 413.

³⁸⁰ Benzer değerlendirmeler için bkz: Özgenç, Genel Hükümler, s. 477-478.

³⁸¹ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 121-122.

³⁸² Sözüer, a.g.e, s. 221.

hareketlerini yarıda bırakmış olması yahut icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin henüz gerçekleşmemiş olması lazımdır. Diğer yandan failin icra hareketlerinin yarıda kesilmesi veya tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi durumu da bir engel sebebe dayanmalıdır³⁸³. Failin icra hareketlerini yarıda bırakması yahut neticenin gerçekleşmemesinin kendi inisiyatifi ile olması halinde TCK m.36 uyarınca fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Bir başka deyişle teşebbüsün kabul edilmesi için hareketin tamamlanamamasının veya sonucun gerçekleştirilememesi failin iradesi dışında bir nedenden gelmelidir³⁸⁴. Gerçekten TCK m.36 uyarınca fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Bu anlamda örneğin failin mağdurun ameliyatına başlaması fakat ameliyat sırasında organı almaktan vazgeçmesi sonucu açtığı kesiği kapaması durumunda fail icra hareketlerini kendisi yarım bıraktığından TCK m. 91 f.1 uyarınca suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilmez. Fail bu aşamaya kadar kasten yaralama suçunu işlediğinden yalnızca bu suçtan dolayı sorumluluğu doğar. Fakat aynı örnekte fail ameliyata devam ederken ameliyathaneyi polislin basması durumundan failin icra hareketleri kendi isteği dışında engel bir sebeple kesildiğinden suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

2. İştirak

Türk Ceza Kanunu sisteminde suçlar genellikle tek kişi tarafından işlenebilecek şekilde tanımlanmış olup³⁸⁵, kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin yaptıkları anlaşma gereği birlikte işlenmesi durumunda failer arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu surette bu suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denilmektedir³⁸⁶.

³⁸³ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 121-122.

³⁸⁴ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e, s. 124.

³⁸⁵ Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 380.

³⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 630, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 430-431.

TCK m.91 f.2’de düzenlenen suç incelendiğinde de söz konusu suçun bir kişi tarafından işlenebileceği şeklinde bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Fakat aşağıda ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz üzere bir takım kimseler suça ilişkin psişik veya maddi katkıları ile iştirak edebilirler.

İştirak kurumu TCK’nın 37-41 maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bu hükümlerde faillik, azmettirme ve yardım etme şekillerine yer verildiği görülmektedir. Bu anlamda kişi bir suça ya fail olarak ya da şeriklik kapsamında azmettiren yahut yardım eden olarak katılabilmektedir.

Fail suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri gerçekleştiren kişidir³⁸⁷. TCK m.37 uyarınca suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Bu anlamda kişinin vücudundan hukuken geçerli bir rıza olmaksızın organ ya da doku alan her kişi TCK m.91 f.1 kapsamında fail olarak cezalandırılacaktır. Ceza normunda yer alan haksızlık fail tarafından müstakilen gerçekleştirilebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından aynı suçu işleme kararına bağlı olarak ve fiili işleme üzerinde müşterek hakimiyet kurularak müştereken de gerçekleştirilebilir³⁸⁸. İlk halde müstakil faillikten bahsedilirken, haksızlığın birden fazla kişi tarafından gerçekleştirmesi durumunda ise müşterek faillikten bahsedilecektir. Müşterek faillikte kişilerin suçun icrası sırasındaki rolleri ve fiili katkıları göz önünde bulundurulur³⁸⁹. Fiil üzerinde hâkimiyet kurulması; fiilin müştereken icrası anlamına gelebileceği gibi kimi zaman iş bölümüne de dayanabilir. Zira kişi bizzat suçu sonuçlayan hareketi icra etmese de bu hareketi gerçekleştirecek kişi için gerekli ortamı hazırlar³⁹⁰. Bir diğer deyişle kişi kimi zaman direk icra hareketini gerçekleştirmese dahi icra ettiği fiil suçun işlenmesi için önemli bir değere sahipse bu kişi de artık fail olarak cezalandırılacaktır³⁹¹. Örneğin yaşayan kişiden organ veya doku almak üzere ameliyatı yapan her hekim alma fiilini birlikte gerçekleştirdiklerinden ve fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurduklarından müşterek fail olarak nitelendirilmelidir.

³⁸⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 422.

³⁸⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 639.

³⁸⁹ Zafer, Genel Hükümler, s. 423, V.S. Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011, s. 120.

³⁹⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 424.

³⁹¹ Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, s.120-121.

Söz konusu bu örnekte failler icra hareketlerini birlikte gerçekleştirdiklerinden hepsinin müşterek fail olduğu hususunda bir şüphe yoktur. Fakat örneğin ameliyat esnasında narkozitörlük yapan kişinin fiili esasen icra hareketleri kapsamında kalmıyor fakat fiil suçu mümkün kılıyor ise bu aşamadan sonra söz konusu kişinin de fiil üzerinde hâkimiyet kurmasından bahisle müşterek fail olarak cezalandırılması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu m.37 f.2 uyarınca suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Bu şekilde bir kimsenin yönlendirilerek kastı olmayacak ya da hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanacak şekilde fiilin işletilmesi halinde kişiyi yönlendiren kişiye dolaylı fail denmektedir³⁹². Dolaylı fail doğrudan failin yanılmasından ya da bilgi yetersizliğinden yararlanarak söz konusu suçu işlemektedir. Bu yanılma tipiklik, hukuka aykırılık yahut kusur bağlamında çıkabilir³⁹³. Örneğin bir başhekim organ veya doku nakli yapacak hekimi gerekli tüm koşulların gerçekleştiğine ve kişinin hukuken geçerli bir rızası olduğuna ikna ederek, kişiden çeşitli organ veya dokuların alınmasını sağlıyor. Bu somut olayda başhekim hiçbir şekilde fiili gerçekleştirmemesine rağmen ameliyatı hekim açısından kasıtlı bir yanılmaya sebebiyet vererek hekimin düştüğü hatadan yararlanıyor. Bu halde ameliyatı yapan hekim kasten hareket etmiş olmadığından cezalandırılmayacak fakat başhekim TCK m.91 f.1 kapsamında dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.

Kişilerin suça katılmaları faillik şeklinde olabileceği gibi şeriklik şeklinde de olabilir. Kanunumuz azmettirme (TCK m.38) ve yardım etme (TCK m.39) şeklinde iki şeriklik tipi öngörmüştür.

Azmettirme TCK m.38’de tanımlanmamakla birlikte belli bir suçu işlemeye henüz karar vermemiş bir kişinin bu suçu işlemeye yönelik olarak ikna edilmesi bu hususta karar verdirilmesi olarak tanımlanabilir³⁹⁴. Azmettirme açısından azmettirenin suça katılması psişik bir katkı niteliğindedir. Nitekim azmettiren kişi suçun tipte yer alan hiçbir unsurunu bizzat yerine getirmemekte ve fakat kişide bu

³⁹² Zafer, Genel Hükümler, s. 425.

³⁹³ Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 404.

³⁹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 529, Zafer, Genel Hükümler, s. 427.

unsurları yerine getirmeye yönelik bir irade oluşturmaktadır. TCK m.38 uyarınca azmettiren işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu manada örneğin böbreğe ihtiyaç duyan bir hastanın bir hekimi para karşılığı birinden böbrek almaya ikna etmesi ve sonuçta hekimin böbreği alması durumunda hekim asli fail olacakken böbreğe ihtiyaç duyan hasta hekimdeki suç işleme iradesini oluşturduğundan azmettiren konumunda olup TCK m.38 kapsamında cezalandırılacaktır.

Son suça katılma şekli ise yardım etme olup bu husus TCK m.39'da düzenlenmiştir. Bir kimsenin yardım eden olarak cezalandırılması için suçun işlenmesine maddi yahut manevi bir katkısının bulunması gerekmektedir. Kanunumuzda maddi yahut manevi katkı çeşitleri gösterilmiş olup, manevi katkı şekilleri; suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek ve suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek; maddi katkı çeşitleri ise fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak olarak kategorize edilebilir. Bu kapsamda örneğin bir tıp fakültesi öğrencisine kişiden organ almak için kapsamlı bir şekilde ameliyatın nasıl yapılacağını anlatan ve bu hususta eğitim veren bir hekim suçun nasıl işleneceğine yönelik yol gösterdiğinden ve suçun işlenmesine manevi bir katkı sağladığından yardım eden olarak cezalandırılacaktır. Aynı şekilde organ ve dokunun alınması için yer sağlayan ve sağlık ekipmanlarını temin eden kişinin de suçun işlenmesine maddi bir katkı sağlamasından mütevellit yardım eden olarak sorumluluğunun doğacağı düşünülmektedir³⁹⁵. Örneklediğimiz vakalarda kişilerin fiilleri kimi zaman suçun işlenmesi açısından çok büyük bir öneme sahip olabilir ve suçu mümkün kılabilir. Örneğin ilk örnekte hekim tıp fakültesi öğrencisine gerekli direktifleri vermese idi suç hiç gerçekleşemeyecek ise bu aşamadan sonra eğitim verme fiili ile haksızlık üzerinde bir hâkimiyet kurulduğundan bahsedilebilir. Bu gibi durumlarda söz konusu fiilleri gerçekleştiren kişilerin müsterek fail olarak cezalandırılması söz konusu olacaktır.

³⁹⁵ Gökçen/Balcı, a.g.e, s. 438.

3. İçtima

Ceza hukukundaki genel kural uyarınca esasen kaç fiil varsa o kadar suç ve ne kadar suç varsa o kadar ceza bulunmaktadır³⁹⁶. Bu anlamda Türk Ceza Kanunu da prensipte gerçek içtima kuralını benimsemiş olup, bu şekilde failin işlediği kadar suçtan ceza alması durumuna gerçek içtima adı verilmektedir. Fakat bazı durumlarda suçların içtima etmesi söz konusu olmakta ve bu durumlarda failin işlediği suçlara ilişkin cezalar tek tek toplanmamakta TCK’da yer verilen içtima kuralları çerçevesinde ceza tespiti yapılmaktadır³⁹⁷. Türk Ceza Kanunu’nda içtima ile ilgili kurallar TCK m.42-44 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1’de ihdas edilen suç açısından içtima kurallarının gösterdiği özellikler incelenmeden önce söz konusu suç ile 2238 sayılı OVDNHK m.15’in ilişkisinin ortaya konmasında fayda vardır. Önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere yaşayan kişiden organ ve doku alma suçu hem TCK hem de OVDNHK kapsamında ihdas edilmiş bir suç olup, fiili gerçekleştiren failin hangi norm kapsamında cezalandırılacağı hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır³⁹⁸. Bir görüşe göre TCK’nın organ ve doku nakline ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra OVDNHK’nın 15. maddesinin zımnen yürürlüğü sona ermiştir³⁹⁹. Bir diğer görüşe göre ise OVDNHK’nın 15. maddesinin yürürlükten kaldırıldığına dair TCK’da bir hüküm bulunmadığından halen OVDNHK’nın 15. maddesi de TCK’nın ilgili hükümleri de yürürlüktedir. Fakat TCK’nın hükümleri OVDNHK’nın 15. maddesinden daha ağır cezalar öngördüğünden fikri içtima dolayısıyla ekseriyetle TCK uygulanmaktadır⁴⁰⁰. Bir başka görüşe göre ise OVDNHK m.15’te düzenlenen fiillere benzer fiiller TCK m.91’de de düzenlenmiş olup sonraki genel kanun aynı fiilleri düzenleyen önceki özel kanun olsa dahi bu kanundaki düzenlemeleri yürürlükten kaldırdığı yönündedir⁴⁰¹. Bu anlamda bu görüşe göre TCK’nın organ ve doku nakli hakkındaki cezai hükümlerinin yürürlüğe

³⁹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 563, Zafer, Genel Hükümler, s. 441.

³⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 667.

³⁹⁸ Bkz: §2238 Sayılı Kanunu’nun Cezai Hükümü, s.10 vd.

³⁹⁹ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.118.

⁴⁰⁰ A. Gökçen/M. Balcı, a.g.e, s. 438, Meran, a.g.e, s. 229.

⁴⁰¹ Özbek/ Doğan / Bacaksız/ Tepe, Özel Hükümler, s.262.

girmesi ile birlikte OVDNHH'nın 15. maddesi yürürlükten kalkmıştır. Diğer ve son görüş ise TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen hususlar ile ilgili olarak OVDNHH'nın ilgili hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalkmış olduğu fakat diğer hükümlerinin halen yürürlükte olduğu yönündedir⁴⁰². Kanaatimizce 2238 sayılı OVDNHH m.15 ve TCK m.91 f.1 arasında bir normlar çatışması bulunmaktadır. Zira aynı fiiller için birden fazla ceza normu ihdas edilmiş olup kanun koyucunun hangi normun uygulanması gerektiğini gösterdiği bir durum da söz konusu değildir. Bu gibi normlar çatışmasının olduğu hallerde hangi normun uygulanacağı yorum kuralları, özel normun genel norma önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi gibi kurallara dayanılarak çözülmektedir⁴⁰³. TCK m.91 f.1 ve OVDNHH m.15 arasında da bir özel norm - genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Aynı fiile yönelik olarak uygulanabilir birden çok normdan birisi diğeri normun unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri de içeriyorsa bu gibi durumlarda özel-genel norm ilişkisi söz konusudur⁴⁰⁴. Bu gibi durumlarda genel normun unsurları özel norm tarafından kapsanmakla beraber özel norm aynı zamanda bazı özel unsurları da ihtiva etmekte olup, bu sebeple özel normun önceliği ilkesi gereğince özel norm genel normu bertaraf etmekte ve özel norm uygulanmaktadır⁴⁰⁵. Her iki norm incelendiğinde OVDNHH m.15'te genel olarak kanun içerisinde belirtilen şartlara riayet edilmediğinde kişilerin ceza sorumluluğunun doğacağı belirtilmiş ise de TCK m.91 f.1 söz konusu hükümden daha özel bir biçimde kişiden organ ve doku alınması hususunu düzenlediğinden kanaatimizce özel norm niteliğindedir⁴⁰⁶. Hattızatında TCK'nın organ ve doku

⁴⁰² Hakeri, Tıp Hukuku, s. 846.

⁴⁰³ Zafer, Genel Hükümler, s. 439, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 456-457.

⁴⁰⁴ K. İçel, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 173, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 458.

⁴⁰⁵ İçel, Suçların İçtimai, s. 173, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 458.

⁴⁰⁶ Doktrinde her ne kadar 2238 sayılı OVDNHH'nin özel norm niteliğinde olduğu belirtilmiş ise de kanaatimizce TCK m.91 hükmü özel norm niteliğindedir. Nitekim İçel'e göre de yan ceza kanunundaki normun her zaman özel norm olarak kabul edilmesi söz konusu olmayıp bazen ceza kanununun bir normu da yan kanunun normu karşısında özel nitelikte bulunabilmektedir. Bu sebeptendir ki norma özel niteliğini veren doğrudan kanunun özel olması değil normda mevcut olan ihtisas unsurlarıdır. Bu bakımdan da TCK ve OVDNHH arasındaki ilişki incelenirse TCK m.91'in özel norm niteliğinde olduğu görülecektir. Zira TCK m.91 olmasaydı her koşulda OVDNHH m.15 uygulanacağından TCK m.91'de yer alan fiiller onu özel norm haline getiren ihtisas unsurlarıdır.

nakli hükümleri 2238 sayılı OVDNHK'den sonraki bir tarihte yürürlüğe girmiş olup⁴⁰⁷ TCK hükümleri hem özel hem de sonraki norm kapsamında kalacağından yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza olmaksızın organ ve doku alınması durumunda TCK m.91 f.1'deki normun uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi zincirleme suç olarak adlandırılmaktadır. Bu gibi hallerde fail aynı suçu birden fazla kez işlemesine rağmen arttırılmış tek bir ceza almaktadır. Doktrinde mağdurdan değişik zamanlarda aynı suç işleme kastı altında organ veya doku alınması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁴⁰⁸.

Doktrinde bir kişiden bir ameliyat esnasında birden fazla organ ve/veya doku alınması durumunda hangi içtima kuralının uygulanacağı yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Aydın'a göre⁴⁰⁹ bu durum kişiden önce organ mı yoksa doku mu alındığına göre farklılık arz etmektedir. Eğer kişiden önce doku daha sonra organ alındıysa bu görüşe göre bir geçit suç söz konusudur ve fail yalnızca organ alma şeklindeki fiilinden dolayı sorumlu olacaktır⁴¹⁰. Tam tersi ihtimalinde ise bu sefer cezalandırılmayan sonraki hareket söz konusudur ve fail artık sadece ağır olan ve ilk fiili teşkil eden hareket olan organ alınmasından sorumlu tutulacak ve doku almadan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz: İçel, Suçların İçtiması, s.191-192, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 466.

⁴⁰⁷ İçel, Suçların İçtiması, s.191: Burada dikkat edilmesi gereken husus her iki kanun arasında zımni ilga ilişkisinin olmamasıdır. Zira söz konusu iki kanun arasında aynı anda uygulanmalarını imkânsız hale getiren bir çelişme mevcut değildir. Nitekim 2238 sayılı OVDNHK'deki bir kısım norm TCK kapsamına girmeyen hallerde de uygulanabilmektedir.

⁴⁰⁸ Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 126, Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.267, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 146.

⁴⁰⁹ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 149.

⁴¹⁰ İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 472-474: Geçit suç failin bir suçu işlemek için aynı hukuki değeri koruyan daha hafif bir suçtan geçmek zorunda olduğu hallerde söz konusu olup, geçit suçun varlığı için ağır suçun işlenmesi için hafif suçtan geçmek zorunluluğu gerekmektedir. Bir diğer deyişle geçit suçtan bahsedebilmek için hafif suçun işlenmesinin ağır suça ulaşılması bakımından kaçınılmaz olması şarttır. Organ ve doku alınması fiilleri arasında ise bu şekilde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Her ne kadar organ dokular bütünü olarak nitelendirilse ve organ alınması durumunda dokular bütünü alınsa da söz konusu ilişki her organ ve doku alınması aşamasında var olan bir ilişki değildir. Zira örneğin bir kişiden hem retina hem de karaciğer alınması durumunda karaciğerin alınması için retinanın alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple Aydın'ın bu görüşüne katılmamaktayız. Benzer görüş için ayrıca bkz: Taneri, a.g.e, s. 493.

Kanaatimizce TCK m.91 f.1 kapsamında organ alınması ve doku alınması şeklinde iki ayrı suç tipi düzenlenmiş, nitekim söz konusu iyi eylem açısından da ayrı cezalar belirlenmek suretiyle bu iki fiilin seçimlik hareketler olmadığı ortaya konulmuştur. Bu sebeple kişiden aynı ameliyat esnasında hem doku hem de organ alınması sonucunda bu alımların sırası ne olursa olsun fail hem yaşayan kişiden organ almak hem de yaşayan kişiden doku almak suçunu işlemiş olacaktır. Fakat fail burada işlediği tek bir fiil ile birden fazla suç işlemiş olduğundan her iki suç arasında TCK m.44 uyarınca fikri içtima uygulanacak ve organ alma suçunun cezası daha ağır olduğundan fail bu suçtan ceza alacaktır. Doktrindeki bir görüşe göre ise tek bir ameliyat esnasında mağdurdan hem organ hem de doku alındığında iki ayrı suç tipi oluşacak yani hem TCK m.91 f.1 hem de TCK m.91 f.2'deki suç oluşacaktır. Fakat dokunun organları bir araya getiren hücreler bütünü olması karşısında burada aynı hukuki değeri koruyan iki suçun birlikte işlenmesi yani tüketen tüketilen norm ilişkisi söz konusu olacaktır⁴¹¹. Bu sebeple de fail yalnızca tüketen norm olan TCK m.91 f.1 kapsamında cezalandırılacaktır. Failin tek bir ameliyat esnasında birden fazla organı alması durumunda ise doğal anlamda birden fazla alma fiili olmasına rağmen hukuki anlamda bu fiiller tektir. Zira fail söz konusu örnek açısından tüm organ alma fiillerini bir irade ile birbirine bağlamış ve hareketler aynı hedefe yönelmiş durumdadır. Hattızatında ameliyatın bir bütün olarak değerlendirilmesi bakımından fiziksel anlamda alma hareketlerinin arasında zamansal ve mekânsal bir ilişki olduğu ve hatta hareketlerin kesintisiz olarak birbirini takip ettiği açık olup, bu surette hareketlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Örnekte bahsedilen durumlarda doğal anlamda hareketler bağımsızlığını yitirerek hukuki anlamda hareketlerin tekliğinden bahsedilir⁴¹². Bu sebeple verilen örnekte her ne kadar fail birden fazla organ almışsa da söz konusu alma fiilleri hukuki anlamda tek bir fiil sayılacak ve fail yalnızca bir organ veya doku alma suçundan ceza alacaktır.

Yaralama (TCK m.86) ve yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu arasında ise bir geçit suç ilişkisi vardır. Geçit suç failin daha ağır bir suçu işlemek

⁴¹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 267-268.

⁴¹² Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

için daha hafif bir suçu işlemesinin zorunlu olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır⁴¹³. Diğer bir deyişle hafif suç ağır suçun bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğinde değilse ağır suça ulaşmak için zorunlu bir geçit olması nedeniyle bu tip suçlara geçit suç ismi verilmektedir⁴¹⁴. Bu anlamda failin TCK m.91 f.1’de düzenlenen suçu işleyebilmesi için muhakkak mağdurun vücut bütünlüğüne bir müdahalede bulunması şart olup, bu bağlamda organ ve doku alma suçunun işlenebilmesi için yaralama suçunu işlemek bir zorunluluk teşkil etmektedir. Fakat yaralama fiilinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinden biriyle sonuçlanması halinde ise bu aşamadan sonra fail tek bir hareketle birden fazla suç işlemiş olacağından fikri içtima kuralları uygulanacak ve fail cezası ağır olan suç sebebiyle cezalandırılacaktır⁴¹⁵.

Organ ve doku alınması sonucu mağdurun ölmesi durumunda ise TCK m. 91 f.8 uyarınca kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağı hüküm altına alınmış olup bu bağlamda bir bileşik suç söz konusudur. Bileşik suç TCK m.42’de “Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Madde lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere çeşitli normlar tarafından öngörülen suçlardan biri diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni durumunda ise bileşik suçtan söz edilir⁴¹⁶. Bu anlamda kasten öldürme suçu organ ve doku alma suçu bakımından bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlendiğinden organ ve doku alınırken mağdurun ölmesi halinde fail artık TCK m.91 f.1 kapsamında cezalandırılmayacak ve fakat TCK m.91 f.8’in göndermesi ile kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır⁴¹⁷.

Yaşayan kişiden organ ve doku alınması esnasında aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma da söz konusu olacağından bu iki suç arasındaki

⁴¹³ K. İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008 s.46, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 472-474.

⁴¹⁴ İçel, Suçların İçtimai, s.230, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 472.

⁴¹⁵ Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 127, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 146, Halıcı, a.g.e, s. 53.

⁴¹⁶ İçel, Suçların İçtimai, s.204.

⁴¹⁷ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 151.

içtima ilişkisini de incelemek gerekmektedir. Halıcı'ya göre ⁴¹⁸ kişinin organ veya dokularını almak amacıyla tehdit edilmesi veya bu amaçla rızası dışında alıkonması durumunda fail hem organ ticareti suçundan hem de işlemiş olduğu hürriyeti tahdit veya tehdit suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Kanaatimizce sırf organ ve doku alma fiilinin zorunlu sonucu olarak ameliyat süresince kişinin özgürlüğünün kısıtlanması halinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır. Zira bu durumda failin kişinin özgürlüğünü kısıtlama kastı bulunmadığı gibi, özgürlük kısıtlaması işlenen suçun zorunlu sonucudur. Bir diğer deyişle verilen örnekte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili zorunluluk bağı ile esas fiil olan organ ve doku alma fiiline aynı irade bağlanmış ve bu bağlamda da hareketler tamamen aynı hedefe yönelmişlerdir⁴¹⁹. Bu sebeple burada hukuki anlamda fiil tekliğinden bahsetmek gerekmektedir. Aksi bir yorumun kabulü halinde kişilere karşı işlenen her suçta ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluştuğunu da kabul gerekecektir. Öyle ki bir kimseyi öldürme, yaralama, cinsel saldırı vb. suçları işleyebilmek için de kişiyi iradesine aykırı olarak durdurmak gerekmektedir⁴²⁰. Bu sebeple kişinin organ veya dokusu alınırken mağdurun hareket kabiliyetinin kısıtlanması aşamasında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşmayacağını düşünüyoruz. Fakat mağdurun organ ve dokusu alınmadan bir yere götürülmesi, ameliyata kadar bir yerde bekletilmesi gibi hareket kısıtlamalarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca ceza verilecektir. Zira bu aşamada artık hürriyetinden yoksun kılma fiili ana fiil olan alma fiilinden bağımsızlaşmış ve sadece alma fiilinin icrası aşamasında değil onun öncesinde veya sonrasında da gerçekleştiği için alma fiilinin zorunlu unsuru olma vasfını yitirmektedir.

Son olarak insan ticareti (TCK m.80) ile TCK m.91 f.1'de düzenlenen yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza olmaksızın kişiden organ veya doku alma suçu arasındaki içtima ilişkisini değerlendirmek gerekmektedir. İnsan ticareti

⁴¹⁸ Halıcı, a.g.e, s. 54.

⁴¹⁹ Hareketin sayısı ile suç sayısı arasındaki ilişki için ayrıca bkz: Zafer, Genel Hükümler ,s. 183-186.

⁴²⁰ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yay, 2012, s.308.

suçunun düzenlendiği TCK m.80 “Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.” şeklindedir. Madde lafzında söz konusu suçun işlenebilmesi için açıkça birtakım maksatlar aranmış ve failin mağduru zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla maddede belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi gerekir⁴²¹. Bu sebeple söz konusu suç özel kastla işlenebilen bir suç olup, bundan dolayı söz konusu suçun oluşumu açısından failin sadece bu maksatları taşıması yeterlidir. Diğer bir deyişle ayrıca bunları gerçekleştirmesi gerekmemektedir. Örneğin fail kişileri organlarını vermelerini sağlamak maksadıyla ülkeye sokmuş ama organların verilmesini sağlayamamış ise bu durumda suç oluşacaktır. Organların alınması durumunda ise alan kişi açısından ayrıca TCK m.91 f.1 kapsamında ceza sorumluluğu doğacaktır⁴²².

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinde beş ayrı suç tipinin düzenlendiğini daha önce dile getirmiştik. Bu bağlamda söz konusu suçların bir kısmı birbiri ile yakın bir ilişki çerçevesinde olmakla birlikte, birtakım suçlar da birbirinin devamı olarak işlenebilmektedir. Bu anlamda bu gibi durumlarda TCK m.91 kapsamında ihdas edilen suçların birlikte işlenmesi halinde içtima ilişkilerinin de incelenmesinde fayda vardır. Aydın’ göre⁴²³ aynı madde lafzındaki bu suçların bir kaçının aynı olayda meydana gelmesi halinde hukuka aykırılık sonraki fiilleri de kapsamakta ve bir norm ihlal edilip netice gerçekleştiğinden ve bu manada faile verilen ceza sonraki kusuru da kapsadığından sonraki hareketler cezalandırılmayan

⁴²¹ Özbek /Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 96.

⁴²² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 100, S. Bakıcı, a.g.e, s. 950, Hakeri, Tıp Hukuku, s.847, Taneri, a.g.e, s. 493, Mermut, a.g.e, s. 1487.

⁴²³ M. Aydın, Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu, Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tebliğler, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara 2008, s. 392.

sonraki hareket olarak kabul edilecek ve örneğin failin öncelikle mağdurdan böbreğini aldığı, daha sonra aldığı böbreğin satılmasına aracılık ettiği ve son aşamada da bu organı başka bir kimsenin vücuduna aşıladığı bir olayda fail sadece TCK m.91 f.1 kapsamında cezalandırılacaktır. Bizim görüşümüze göre ise fail gerçekleştirdiği bu üç fiil ile TCK m.91 f.1, TCK m.91 f.3 ve TCK m.91 f. 5'te ihdas edilmiş tüm suçları işlemiş ve bu surette 3 farklı korunan hukuksal değeri ihlal etmiş olacaktır. Böyle bir durumda fail üç ayrı maddede düzenlenen üç ayrı suçu işlemiş olacağından ve bu filler arasında da bir bütünlük bulunmadığından gerçek içtima uygulanması ve failin üç suçtan da cezalandırılması gerekmektedir⁴²⁴.

Suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ortaya çıkan içtima ilişkisi ise suçun nitelikli halleri başlığı altında özel olarak incelenecektir.

4. Suçun Nitelikli Halleri

a) Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu m.91 f. 4 uyarınca “Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” şeklindeki hükmü ile TCK m.91 f.1 kapsamında düzenlenmiş yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bir nitelikli hal düzenlenmiştir⁴²⁵.

Suç işleme amacıyla örgüt kurma suçu TCK m.220'de “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴²⁴ Benzer görüş için bkz: Taneri, a.g.e, s. 492.

⁴²⁵ Mermut, a.g.e, s. 1481: Yazar'a göre fıkradaki ifade şeklinden, ikinci fıkranın kapsam dışı kaldığı izlenimi oluşuyorsa da gerekçede “bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçlar” denilerek, önceki fıkraların hepsinin bu kapsamda olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan yazar kanun metninin yanlış yazıldığını, bu çelişkinin giderilebilmesi bakımından doğru ifade biçiminin, “yukarıdaki fıkralarda” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini savunmuştur.

Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bir örgütün varlığından bahsedebilmek için öncelikle hiyerarşik, ast-üst ilişkisinin bulunduğu, emir-komuta zincirinin hâkim olduğu bir yapılanma olması gerekmektedir⁴²⁶. Diğer yandan madde lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere oluşturulan yapının amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmekte olup, aynı zamanda Kanun, bir örgüt yapılanmasından bahsedilebilmesi için üye sayısının en az üç olması gerektiğini belirtmiştir. Son olarak örgütün varlığından bahsedebilmek için kişilerin belli bir amaç etrafında fiili olarak birleşmeleri ve devamlılık arz etmeleri gerekmekte olup⁴²⁷, amaç suçların işlenmesine gerek yoktur⁴²⁸.

Açıklandığı üzere sayılan niteliklere sahip bir örgüt tarafından yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın organ veya doku alınması halinde fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu anlamda suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olup, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu arasındaki içtima ilişkisini de değerlendirmek gerekmektedir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ve TCK m.91 f.1’de düzenlenen suç arasındaki içtima ilişkisi Kanun’un gerekçesinde “Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir⁴²⁹.” şeklinde dile getirilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere suçun örgüt faaliyetinde işlenmesi bir nitelikli hal de olsa burada bileşik suç hükümleri

⁴²⁶ İ. Özgenç, Suç Örgütleri, Ankara 2013, s. 15.

⁴²⁷ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 15-16.

⁴²⁸ YCGK 2006/10-253 E. 2007/80 K. ve 03.04.2007 tarihli kararında örgütün varlığından bahsedebilmek için gerekli olan şartları şu şekilde sıralamıştır: “Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için, a- Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi OLMASI GEREKMEKTEDİR. b- Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir BAĞ BULUNMALIDIR. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik İLİŞKİ OLMALIDIR. c- Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk ARZ ETMEMEKTEDİR. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan DA CEZALANDIRILACAKTIR. d- Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden SÖZ EDİLEBİLECEKTİR. e- Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip OLUNMASI GEREKMEKTEDİR.” www. corpus.com.tr (Erişim tarihi: 07.06.2016)

⁴²⁹ Bkz: 91. Maddenin gerekçesi.

uygulanmayacak⁴³⁰ ve gerçek içtima yapılacak, bu kapsamda fail hem TCK m.220 hem de TCK m.91 f.1 kapsamında cezalandırılacaktır⁴³¹.

b) Organ ve Doku Almanın Ölümle Sonuçlanması

Türk Ceza Kanunu m.91 f.8 uyarınca yaşayan kişiden organ veya doku alınması sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda yaşayan kişiden organ veya doku alınması sonucu mağdurun ölmesi haline özgü olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç ihdas edildiği ve bu suçun cezasının da kasten öldürme suçunun cezasına denk alındığı görülmektedir. Maddenin açık lafzından da anlaşılacağı üzere failin mağdurun ölmesi neticesi hususunda taksir ya da kastı olması özel olarak değerlendirilmeksizin her halde kasten öldürme suçundan cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç TCK m.23'te "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." şeklinde tanımlanmıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç esasen genel hükümlerde düzenlenmiş ise de, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların Kanun'da açıkça düzenlenmesi ve bu halin cezaya nasıl yansıtılmasının belirlenmesi gerekmektedir⁴³². Failin neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumlu olabilmesi için; meydana gelen neticenin kastedilenden daha ağır ya da başka bir netice olması, failin meydana gelen daha ağır ya da başka neticeye yönelik bir

⁴³⁰ V.S. Evik, Cürüm İşlemek Amacıyla Örgütlenme, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 394: Evik'e göre eğer örgütlenme amaç suçu düzenleyen norm tarafından ayrıca ağırlatıcı hal olarak öngörülmüşse bileşik suç kuralları gereği faile sadece suçun örgüt halinde işlenmesini ağırlatıcı neden sayan hüküm gereğince ceza yani amaç suçun ağırlatılmış cezası verilir. Bu görüşe göre fail yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunu örgüt faaliyetinde işlerse yalnızca TCK m.91 f.4 kapsamında cezalandırılmalıdır.

⁴³¹ İ. Üzülmöz, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013, s. 129, Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.235, Taneri, a.g.e, s. 492.

⁴³² Zafer, Genel Hükümler, s. 271, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 395.

iradesinin bulunmaması, meydana gelen netice ile failin hareketi arasında illiyet bağı bulunması ve ağır neticeye yönelik en azından taksirin bulunması gerekir⁴³³.

Doktrindeki bazı yazarlara göre kanun koyucunun TCK m.91 f.8’de ihdas ettiği düzenleme ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan cezalandırmanın önüne geçilmiştir⁴³⁴. Gerçekten eğer TCK m.91 f.8’de yer alan düzenleme bulunmasaydı failin organ veya doku alması sonucu mağdurun ölmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu tutulması gerekecekti. Bu kapsamda da failin ölüm neticesi açısından en azından taksiri bulunması aranacak ve fakat ölüm neticesine yönelik olası kastı veya kastı olması durumunda zaten artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan değil kasten öldürme suçundan bahsedilecek ve fail bu kapsamda cezalandırılacaktı. Fakat ilgili düzenleme ile failin mağdurun öldüğü her durumda kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması öngörülmüş; aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hali söz konusu olsa da bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür⁴³⁵. Bu bağlamda örneğin hekimin hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın mağdurdan böbreğini aldığı örnekte narkozu doğru ayarlayamaması neticesinde mağdurun ölmesi durumunda esasen hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığından bahsedilecek ve taksiri olduğu kabul edilecektir. Eğer Kanun’da TCK m.91 f.8’dekinden farklı bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç ihdas edilmiş olsaydı fail TCK m.91 f.1 suçu açısından kasten; ölüm neticesi açısından ise taksirli olarak hareket ettiğinden neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu olacaktı. Mevcut düzenleme karşısında ise verdiğimiz örnekteki gibi failin ölüm neticesine yönelik olarak ister taksiri ister bilinçli taksiri olsun mağdurun ölmesi durumunda hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴³⁶.

⁴³³ Zafer, Genel Hükümler, s. 272, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 234-235, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 395.

⁴³⁴ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 141, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 153.

⁴³⁵ Bkz. Madde 91’in gerekçesi: Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.

⁴³⁶ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.142.

Doktrinde failin ölüm neticesine yönelik olarak taksir ve bilinçli taksirinin bulunduğu hallerde hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması eleştirilmektedir. Bir görüşe göre⁴³⁷ TCK m.91 f.8 hükmü kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu görüşe göre ölüm neticesi halinde her durumda kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması doğru olmayıp, zira ağırlaşmış netice kimi zaman taksirle meydana gelmektedir. Nitekim TCK m.23 uyarınca da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için her durumda kastı aramamış ve taksiri yeterli görmüştür. Bu halde TCK m.91 f.8 karşısında failin ağır netice bakımından taksiri olsa da kasten öldürmeden sorumlu tutulması gibi bir durum söz konusu olmakla beraber bu durum kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olduğu gibi düzenleme neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına da yabancıdır. Nitekim bu düzenleme oldukça radikal olduğu gerekçesi ile de eleştirilmektedir⁴³⁸. Diğer bir görüşe göre ise⁴³⁹ ilgili hüküm organ ve doku ticareti suçu açısından caydırıcılık özelliği göstermekte olup, bu bakımdan bu suçla mücadele bakımından son derece yerinde bir düzenlemedir.

Bizim kabul ettiğimiz görüşe göre de söz konusu düzenleme neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramına son derece uzak olup, uygulamada adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Gerçekten neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun unsurlarına göre fail ilk suç açısından kasten hareket etmeli daha farklı ya da ağır netice açısından ise taksir yahut bilinçli taksirle davranmalıdır. Ölüm neticesi açısından olası kast yahut kastın olması halinde ise bu aşamadan sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilmeyecek ve fail zaten otomatik olarak kastettiği suç olan kasten öldürmeden sorumlu olacaktır. TCK m.91 f.8'deki düzenleme ile ise failin her durumda organ ve doku alma fiilini icra ederken mağdurun ölmesi açısından olası kastı olduğu varsayılmış ve bu surette failin ölüm neticesine yönelik taksirinin olabileceği ihtimali göz ardı edilerek, mağdurun öldüğü her durumda kasten öldürmeden sorumlu tutulacağı belirtilmiştir⁴⁴⁰. Bu

⁴³⁷ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 266.

⁴³⁸ Mahmutoglu, "Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", s. 296.

⁴³⁹ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 142.

⁴⁴⁰ Mahmutoglu, "Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", s. 296: Nitekim Mahmutoglu'na göre de hastanın öldüğü her durumda otomatik olarak kasten öldürme suçuna ilişkin

durum uygulamada adaletsiz sonuçlara sebebiyet vereceğinden mağdurun ölmesi haline ilişkin olarak ihdas edilen hükmü yerinde bulmuyoruz.

E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma

1. Yaptırım

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın organ alınmasının basit halinin yaptırımı beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıdır. Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın doku alınmasının basit halinin yaptırımı ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu burada organ alınması ve doku alınması arasında ceza miktarı açısından bir fark öngörmüştür⁴⁴¹. Doktrindeki bazı görüşlere göre bu ayrım yerinde olup zira dokunun kendisini yenileyebilecek niteliği karşısında organ açısından böyle bir durum olmadığına dikkat çekilmiştir⁴⁴². Diğer yandan doktrindeki organ ve doku alan fail arasındaki cezalandırma farkının bu derece fazla olması eleştirilmektedir. Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre⁴⁴³ bu yaptırım farkı ile doku alınmasının organ alınmasına nazaran daha önemsiz olduğu ve doku alınmasının haksızlık içeriğinin daha az olduğu şeklinde bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Aydın'a göre⁴⁴⁴ ise organ ve dokunun hayati önemi hususunda bir ayrım yapılamayacağından Kanun'daki bu ayrım hatalıdır.

Söz konusu suçların bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ise bir nitelikli hal öngörülmüş ve fail hakkında sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan organ ve doku alımı neticesinde mağdurun ölmesi halinde de fail hakkında TCK m.91 f.8 uyarınca kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır.

hükümlerin uygulanması yerinde olmayı bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Zira kimi zaman taksirli neticeler de olabilir.

⁴⁴¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 235, Kızıllarslan, a.g.e, s. 1021.

⁴⁴² Mermut, a.g.e, s. 1467.

⁴⁴³ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 268.

⁴⁴⁴ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 151.

Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK m.91 f. 7 uyarınca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Gerçekten TCK m.20 uyarınca ceza sorumluluğunun şahsiliğinden bahsedilmiş ve tüzel kişilerin fail olarak cezalandırılmayacağı bildirilmiş ise de yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca tüzel kişiler hakkında kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerine başvurulabileceği belirtilmiştir⁴⁴⁵. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri TCK m.60'ta iznin iptali ve müsadere olarak düzenlenmiştir. TCK m.60 f.1 uyarınca “Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.” Bu halde özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilci olan gerçek kişinin işlediği suç dolayısıyla; gerçek kişiye ceza verilirken tüzel kişi hakkında ise faaliyet izninin iptali güvenlik tedbiri uygulanır fakat buradaki gerçek kişinin suçun faili olması gerekmemektedir zira temsilcinin azmettiren yahut yardım eden olması da tedbirin uygulanabilmesi açısından yeterlidir⁴⁴⁶. Özel hukuk tüzel kişilerinin yararına işlenen suçlardan dolayı özel hukuk tüzel kişilerinin malvarlığına geçen eşya ve kazanç hakkında müsadere işlemleri de uygulanabilir. Müsadere mahkûmiyetin bir sonucu olarak suçla ilgili eşyanın veya suçtan elde edilen kazancın mülkiyetinin devlete geçmesini ifade etmektedir⁴⁴⁷. Tüzel kişi hakkında müsadere ya da iznin iptali güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi için gerçek kişi tarafından tüzel kişi yararına bir suç işlenmeli, yararına suç işlenen tüzel kişi özel hukuk tüzel kişisi olmalı, Kanun'da tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine başvurulabileceği özel olarak belirtilmiş olmalı ve güvenlik tedbirine hükmedilmesinin işlenen fiile göre daha ağır sonuçlara yol açmaması gerekmektedir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ E. Sarıtaş, “Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, 2008, s. 67.

⁴⁴⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 585, E. Sarıtaş, “Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler”, s.72.

⁴⁴⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 574.

⁴⁴⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 856-857, Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 535, E. Sarıtaş, “Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler”, s.74-75,78.

Bu kapsamda örneğin organ ve doku alma suçunun özel bir klinik faaliyeti kapsamında ve kliniğe kazanç sağlamak amacıyla işlenmesi halinde söz konusu özel tüzel kişiliğin ruhsatının iptal edilmesi söz konusu olacaktır⁴⁴⁹. Nitekim aynı şekilde söz konusu suçu işlemek için kullanılan eşyalar ve suç sonucu elde edilen kazanç müsadere edilebilecektir.

2. Zamanaşımı ve Kovuşturma

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın organ veya doku alma suçu şikâyetle bağlı bir suç olmayıp; re'sen araştırılabilir bir suçtur.

Failin kamu görevlisi olması ve ilgili suçu görevleri kapsamında işlemeleri durumunda yetkili resmi makamların fail hakkında kamu davası açılmasına yönelik izin verilmesi aranmaktadır. Kamu görevlisi fail hakkında izin verecek yetkili; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.3 uyarınca “İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam, ilde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında vali, bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi, Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri, Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya Başbakan, Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri hakkında Cumhurbaşkanı, Büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel

⁴⁴⁹ Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 127.

meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı, ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında bulundukları ilin valisi, köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali” olarak belirlenmiştir. İzin, bir yargılama şartı olup, kamu davası açılması bakımından konulmuş bir engeli ortadan kaldırmaktadır⁴⁵⁰.

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın organ almak suçu bakımından dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca on beş yıl; doku almak suçu bakımından ise sekiz yıldır.

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rıza olmaksızın organ ve doku alma suçları görev bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemelerinin görevindedir. Fakat söz konusu suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde 5235 sayılı Kanun m.12 uyarınca Ağır Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır. Nitekim suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde de dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca on beş yıldır. Diğer yandan suç neticesinde mağdurun ölmesi durumunda da kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacağından görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemeleri olup, dava zamanaşımı ise yirmi beş yıl olacaktır.

II. Ölüden Organ ve Doku Alınması Suçu (TCK m.91/2)

A- Genel Açıklamalar

Ölüden organ ve doku alınması suçu Türk Ceza Kanunu’nun “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 2. kısmının, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” isimli 2. bölümünde, 91. maddenin ikinci fıkrası ile hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵⁰ C. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Eylül 2012, s. 61.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.2 uyarınca “Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Madde lafzından da anlaşıldığı üzere kanun koyucu ölüden organ ya da doku alınması açısından TCK m.91 f.1’deki gibi bir yaptırım farkı öngörmemiştir. Diğer yandan kanun koyucu yaşayan kişiden organ veya doku alınmasını kişinin sağlık ve yaşam hakkının zarar görme ihtimali bulunduğundan, suçun haksızlık içeriğini ölüden organ veya doku alınmasına nazaran daha ağır görmüş ve bu sebeple ölüden organ veya doku alınması suçu açısından daha az bir ceza öngörmüştür⁴⁵¹.

Ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin koşullar ve prosedür OVDNHK m.11-14 arasında düzenlenmiş olup, bu bağlamda ölüden organ ya da doku alınması suçunu söz konusu hükümler ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Kanun’un gerekçesinde “İkinci fıkra ise, ölüden organ veya doku alınması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hangi koşullarda hukukten geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.” ifadelerine yer verilmiş ve ölüden organ nakli hususunda rızanın koşulları hakkında OVDNHK’ye bir atıfta bulunulmuş ise de TCK m.91 f.2 ile OVDNHK’nin hükümleri arasındaki ilişkiyi yalnızca rıza kapsamında değerlendirmemek gerekmekte, ölüden organ ya da doku alınmasını hukuka uygun kılan tüm koşullar açısından bir inceleme yapılması gerekmektedir.

B- Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

Ölüden organ veya doku alma suçu bakımından fail hukuka aykırı olarak organ veya dokuyu alan kişidir. Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu kapsamında fail açısından özel bir nitelik aranmamış, bu bağlamda bir özgü

⁴⁵¹ Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 128.

suç ihdas edilmemiştir. Diğer bir deyişle doktrindeki baskın görüşe göre de suçun faili herkes olabilir⁴⁵². Fakat doktrindeki bir diğer görüşe suç tipinde yer alan alma fiili tıbbi anlamda vücuttan ayırmaya işaret ettiğinden ve bu sebeple organ veya dokuyu da tıbbi yöntemlerle vücuttan ayırabilecek kimseler yalnızca hekimler olduğundan suçun failinin hekimler dışında kimseler olması uygulamada zor gözükmemektedir ve bu sebeple suçun faili ölüden organ veya doku alan hekimdir⁴⁵³.

Kanaatimizce ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu bir özgü suç olmayıp yalnızca alma fiili tıbbi anlamda vücuttan ayırmaya işaret ettiğinden fiil bakımından mecburi olarak fail özelleşmektedir. Fakat söz konusu suçun yalnızca hekimler tarafından işlenebileceğini söylemek de tıbbi yeterliliğini kullanan diğer kimselerce bu suçun işlenmesi halinde cezalandırılmamalarına yol açacaktır. Bu sebeple suç özgü suç niteliği taşımasa da, suç tipinde yer alan alma fiili ancak tıbbi bilgiler kullanılarak yapılabileceğinden suçun yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçunda olduğu gibi fiili icra edebilecek kimseler kapsamında fail yönünden özellik gösterdiğini düşünüyoruz⁴⁵⁴.

b) Mağdur

Ölüden organ ve doku alınması suçu açısından mağdur vücudundan organ veya doku alınan ölünün yakınlarıdır⁴⁵⁵. Kimlerin yakın kapsamında sayılacağı hususunda ise doktrindeki baskın görüş 2238 sayılı OVDNHK’de ölüden organ veya doku alınmasına rıza göstermeye yetkili kişilerin yakın olarak nitelendirildiği yönündedir⁴⁵⁶. Bu bağlamda OVDNHK m.14 f.1 uyarınca yakın kavramından anlaşılması gereken kişinin ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana

⁴⁵² Üzülmmez, a.g.e, s. 130, Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 136, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 128, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 147.

⁴⁵³ Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 243, Yılmaz, a.g.e, s. 236.

⁴⁵⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz: §Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması Suçu- §Fail, s.62 vd.

⁴⁵⁵ Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 236, Üzülmmez, a.g.e, s. 130, Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 136, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 101, Yılmaz, a.g.e, s. 226. Suçun mağdurunun ölen kişinin mirasçıları olduğu yönündeki görüş için bkz: Halıcı, a.g.e, s. 61.

⁴⁵⁶ Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 236, Üzülmmez, a.g.e, s. 130, Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 136, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 101, Yılmaz, a.g.e, s. 226.

veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınıdır.

Doktrinde mağdurun ölen kişi olup olamayacağı tartışılmış olup⁴⁵⁷, kanaatimizce suçun mağduru suçun işlendiği sırada hayatta olması gereken bir kimse olduğundan⁴⁵⁸, ölüden organ veya doku alma suçu açısından mağdurun ölen kişi olması söz konusu değildir.

c) Maddi Konu

Ölüden organ veya doku alma suçu açısından suçun maddi konusu alma fiilinin üzerinde icra edildiği organ veya dokudur⁴⁵⁹. Söz konusu suçun işlenebilmesi için organ veya dokunun ölü bir insandan alınması gerekmektedir. Türk hukuku ölüm anının tespiti açısından beyin ölümü kriterini benimsemiş olduğundan⁴⁶⁰ kişinin beyin ölümü gerçekleştikten sonra hukuka aykırı olarak organ veya dokusunun alınması halinde söz konusu suç oluşacaktır. Organ veya doku alınan kimsenin hayatta olması ihtimalinde TCK m.91 f.1'deki suç oluşacaktır. Alınan doku veya organın insana ait olmaması halinde ise söz konusu suç oluşmayacaktır.

d) Fiil

Ölüden organ veya doku alma suçu açısından fiil organ veya doku almaktır. Almak TDK'da birçok şekilde tanımlanmakla birlikte söz konusu suç bakımından en uygun şekilde "Bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak; bir şeyi veya kimseyi bulunduğu yerden ayırmak; vücuttaki hasta bir organı ameliyatla çıkarmak" şeklinde tanımlanabilir. Yaşayan kişiden

⁴⁵⁷ Bkz: Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 131.

⁴⁵⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 203.

⁴⁵⁹ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 101, Gökçen/Balcı, a.g.e, s. 136. Suçun maddi konusunun ceset olduğu görüş için bkz: Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 131.

⁴⁶⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz: § Nakil Süreci, s.27 vd.

organ veya doku alma suçu kapsamında da bahsedildiği üzere⁴⁶¹ alma fiili ile kastedilen organ veya dokunun vücuttan tıbbi yöntemler vasıtasıyla ayrılması şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim doktrindeki görüşe göre de ölüden organ ve doku alma suçu; ancak alınan organ veya dokunun tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar dâhilinde alınması sonucu oluşmaktadır⁴⁶². Bu bağlamda ancak cerrahi usullerle ameliyat olarak nitelendirilen usuller kullanılarak vücuttan organ veya dokunun ayrılması hallerinde ölüden organ veya doku alma suçu oluşacak diğer hallerde ise TCK m.130 kapsamında kişinin hatırasına hakaret suçu oluşacaktır⁴⁶³.

Ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma suçu açısından yasaklanan fiil organ veya doku alma fiili olup, söz konusu fiil fail açısından yapma biçiminde nesnelleşen bir davranış olduğundan suç icrai hareketli bir suçtur. Gerçekten TCK m.91 f.2’de ihdas edilen suç açısından kanun koyucu bir yasak normu öngörmüş başka bir deyişle ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınmamasını emretmiştir. Bu sebeple hükümde açıkça bir yapmama öngörüldüğünden ihmali-icrai suçlar şeklinde bir kategorizasyon yaptığımızda söz konusu suç icrai suçlar kategorisinde olacaktır. Her ne kadar doktrinde söz konusu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği söylenmiş ise de ⁴⁶⁴, Kanun’da ihmal suretiyle işlenebilecek suçların özellikle gösterilmesi gerektiğini düşündüğümüz için söz konusu suçun ihmal suretiyle işlenemeyeceği kanaatindeyiz⁴⁶⁵.

Ölüden organ veya doku alma suçu açısından alma fiilinin tıbbi yöntemler kullanmak suretiyle vücuttan ayırma şeklinde yorumlanması gerektiğini ve bu sebeple alma fiillerini tıbbi müdahale veya bir diğer deyişle ameliyat kapsamında değerlendirmek gerektiğini açıklamıştık. Bu bağlamda organ veya dokunun vücuttan her şekilde ayrılması ölüden organ veya doku alma suçunu oluşturmayacak olup, yalnızca tıbbi usuller kullanılarak ve tıp biliminin uzmanlıklarından yararlanılmak suretiyle alma fiilleri suç kapsamında değerlendirilecektir. Bu anlamda yaşayan kişiden organ veya doku almak suçu

⁴⁶¹ Bkz: §Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alma Suçu - §Fiil, s.66 vd.

⁴⁶² Yıldız, a.g.e, s. 289, Gökçen, a.g.e, s. 71.

⁴⁶³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.62 aktaran Yıldız, a.g.e, s. 289.

⁴⁶⁴ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 132.

⁴⁶⁵ Benzer görüş için bkz: Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 149.

açısından fiil özel bir harekete yönelik olduğu ve her şekilde icra edilen alma fiili bu suçu oluşturmayacağı için suçun bağlı hareketli suç olduğunu düşünüyoruz⁴⁶⁶.

Ölüden organ veya doku alma suçu açısından suç tipinde bir netice öngörülmemiş olup, organ veya dokunun vücuttan alınması ile birlikte suç tamamlanmaktadır. Bu sebeple suçun sırf hareket suçu olduğunu düşünüyoruz.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.2’de yer alan suç açısından suç kalıbında yalnızca almak şeklinde bir fiile yer verilmiş olduğu görülmektedir. Fakat suç kalıbında alma fiili açısından organ ve doku şeklinde iki maddi konuya yer verilmiştir. Diğer bir deyişle söz konusu suç ya organ alınması ya da doku alınması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu bakımdan suç kalıbında iki farklı maddi konuya yönelik tek bir fiile yer verildiğinden suç tek hareketli suçtur.

2. Manevi Unsur

Ölüden organ veya doku alma suçunun manevi unsuru kast olup, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir⁴⁶⁷. Söz konusu suçun işlenmesi açısından herhangi bir saik de aranmamış olduğundan⁴⁶⁸ kanaatimizce suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür.

Bu bölümde öncelikle ölüden organ ve doku alınması suçu bakımından kastın kapsamında neler olduğu ve nelerin bilme ve isteme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanacak, devamla suç kalıbında geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesinin kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenecektir.

a) Kastın Kapsamı ve Anlamı

Ölüden organ veya doku alınması suçu daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere sırf hareket suçu olduğundan somut tehlike yahut zarar şeklinde

⁴⁶⁶ Serbest hareketli suç olduğu yönündeki görüş için bkz: Halıcı, a.g.e, s. 60.

⁴⁶⁷ Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti Suçları, s. 136, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134, Yılmaz, a.g.e, s. 226; Halıcı, a.g.e, s.62.

⁴⁶⁸ Arslan/Azizoğlu, a.g.e, s. 413 aktaran: Halıcı, a.g.e, s. 62.

bir netice içermediğinden failin isteme kapsamında değerlendirilebilecek bir hususu bulunmamaktadır. Gerçekten sırf hareket suçlarında failin bilip istediği bir netice bulunmadığından ölüden organ veya doku alınması suçu açısından yalnızca bilme kapsamında değerlendirilebilecek hususların üzerinde durulacaktır. Zira ölüden organ veya doku alınması suçu açısından bir netice bulunmadığından netice ile hareket arasındaki nedensellik bağı açısından da kastı değerlendirmek mümkün değildir.

Ölüden organ veya doku alma suçu açısından failin bilmesi gereken ilk şey suçun maddi konusudur. Bu bağlamda failin ölüden aldığı şeyin muhakkak organ veya doku olduğunu bilmesi gerekmektedir. Daha önceki bölümlerde dile getirdiğimiz üzere failin organ veya dokuya ilişkin bir nitelime yanlışlığında bulunması failin TCK m.30 f.1 kapsamında kastını kaldırmayacak ve ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir. Yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu kapsamında organ ve dokunun ne olduğu ve hangi durumlarda suçun maddi konusundaki yanlışlığın ceza sorumluluğunu etkilediği açıklandığından tekrara düşmemek adına bu bölümde başkaca bir açıklama yapılmayacaktır⁴⁶⁹.

Ölüden organ veya doku alma suçu kapsamında failin bilmesi gereken son şey ise organ ve dokuyu aldığı kişinin ölü olmasıdır. Gerçekten failin organ veya doku aldığı kişinin ölü olduğunu bilmediği durumda TCK m.30 f.1 kapsamında kastı ortadan kalkacak ve fail bu yanlışlığından yararlanacaktır. Fakat koşullarının oluşması halinde failin TCK m.91 f.1 kapsamında sorumluluğu oluşabilir. Bu bağlamda failin organ veya doku aldığı kişinin ölü olduğuna ilişkin bilinci önem arz etmekle birlikte organ veya doku alınan kişinin ölü olup olmadığının tespiti de ayrı bir tartışma konusudur. Zira ne TCK’da ne de OVDNHK’de beyin ölümünün mü yoksa klasik ölümün mü ölüm anının tespiti açısından kıstas kabul edildiğine dair bir açıklık yoktur. Fakat Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin Ek 1. maddesinde açıkça beyin ölümü kriterlerinden bahsedilmiş olup, bu anlamda Türk hukuk sistemi tarafından da beyin ölümü kriterinin kabul edildiğini söylemek pekâlâ mümkündür. Nitekim doktrinde de günümüzde ölüm anının tespiti açısından

⁴⁶⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz: §Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alma suçu: Kastın Kapsamı ve Anlamı, s.71 vd.

en elverişli ve tek kabul edilebilir ölçütün beyin ölümü anlayışı olduğu yönünde kesin bir görüş birliği bulunmaktadır⁴⁷⁰. Beyin ölümünün tespiti açısından kriterler ve izlenmesi gereken usul Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinde belirtilmiş olmakla birlikte⁴⁷¹, OVDNHK m.11 uyarınca tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Açıklanan bu hususlar dâhilinde failin organ veya doku aldığı kişinin beyin ölümünün gerçekleştiğini bilmesi gerekmektedir.

b) “Hukuka Aykırı Olarak” Şeklinde Belirtilen Unsurun Kast Yönünden Değerlendirilmesi

Ölüden organ veya doku alma suçu TCK m.91 f.2’de “Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde ihdas edilmiş, suç kalıbında failin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği özellikle zikredilmiş, bu bağlamda hukuka aykırılık unsuruna suç kalıbı içerisinde ayrıca yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda bu şekilde düzenlenmiş birçok suç bulunmakta olup, suç kalıbında hukuka aykırılık unsuruna ayrıca yer verildiği hallerde hukuka aykırılığın failin kastı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu doktrinde oldukça tartışmalıdır.

Türk doktrininde hukuka aykırılığın suç tipi içerisinde özellikle vurgulandığı haller hukuka özel aykırılık halleri olarak nitelendirilmektedir⁴⁷². Hukuka özel aykırılık öğretisindeki görüşe göre hukuka aykırılığın özellikle belirtildiği suç tipleri açısından failin hukuka aykırılık bilinci de kast kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁷³. Zira bu tip suçlar açısından kanun koyucu hukuka aykırılığı

⁴⁷⁰ Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.221, Akıncı, a.g.e, s.114.

⁴⁷¹ Ayrıntılı bilgi ve kriterler için bkz: § Nakil Süreci, s.27.

⁴⁷² Zafer, Genel Hükümler, s. 284, Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 61, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 258, İçel/ Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Y. Ünver, a.g.e, s.109, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 289, Bekar, a.g.e, s.32.

⁴⁷³ Kunter, a.g.e, s. 160: Kunter’e göre kanun koyucunun hukuka aykırılık halini açıkça bir unsur olarak kabul etmesi ona verdiği ehemmiyeti gösterir. Bu ehemmiyet failin onu bilmesi

özellikle dile getirerek, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini ve işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kast ile hareket etmesini aramaktadır⁴⁷⁴. Bu görüşü savunan yazarlara göre hukuka aykırılık bu tip suçlar açısından artık tipikliğe ait bir unsur özelliği kazandığı için failin suçun maddi unsurlarının yanında hukuka aykırılığının da bilincinde olması gerekmektedir. Aksi takdirde failin kastı olmadığından suç da oluşmayacaktır. Diğer yandan hukuka aykırılığın özellikle zikredildiği suç tiplerinin hukuka aykırılık karinesini yitirdikleri ve hukuka aykırılığın bu suç tipleri açısından ayrıca saptanması gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır⁴⁷⁵.

Bir başka görüşe göre ise hukuka aykırılığın özel olarak suç tipinde belirtildiği hallerde kanun koyucu yalnızca hukuka aykırılığı ayrıca vurgulamış, bunun dışında hukuka aykırılığın suç tipinde yer almasına özel bir anlam atfedilmemiştir⁴⁷⁶. Diğer bir deyişle hukuka aykırılığın suç tipinde yer alması yalnızca hâkime bir uyarı niteliğindedir.

Hukuka özel aykırılık öğretisinin sadece suç kalıbında yer verilmesinden bahisle hukuka aykırılığı bir unsur olarak addetmesi yönündeki görüş son zamanlarda terk edilmeye başlanmış ve bunun yerine eylemin genelini değerlendiren unsurlar teorisi doktrinde önem kazanmaya başlamıştır. Bu öğretiye göre eylemin genelini değerlendiren unsurlar olarak adlandırılan unsurlar herhangi bir maddi unsuru tanımlamamakta fakat eylemin bir bütün olarak hukuka uygun olup olmadığına ilişkin bir belirlemede bulunmaktadır⁴⁷⁷. Fakat suç kalıbında geçen ve suçun oluşabilmesi için bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasına işaret eden her ifade eylemin genelini nitelendiren bir unsur niteliğinde değildir. Bu bağlamda Alman hukukundaki gibi ikili bir ayrıma gidilmektedir⁴⁷⁸. Eğer hukuka

bakımındandır. Özgenç, Genel Hükümler, s. 294, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 382-383, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 110-111, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 289.

⁴⁷⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 294, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 382-383, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.259, Bekar, a.g.e, s. 32.

⁴⁷⁵ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, a.g.e, s. 62.

⁴⁷⁶ Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 212.

⁴⁷⁷ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 64.

⁴⁷⁸ Heinrich B., Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ankara 2014, s. 205-206: Alma Hukuku'na göre hukuka aykırılık münferit kanuni tip unsurunun belirtisi olarak biçimlendirilmiş ise gerçek bir kanuni tip unsuru söz konusu olur ve bu durumda kast kapsamında değerlendirme yapılması

aykırılık suç kalıbı içerisindeki bir unsuru niteliyorsa bu durumda gerçek bir tipiklik unsurundan bahsedilmektedir ve bu sebeple kastın söz konusu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekmektedir⁴⁷⁹. Zira bu gibi durumlarda hukuka aykırılık artık tipe dâhil olur ve hukuka aykırılığın yokluğu tipikliğin gerçekleşmesini engeller⁴⁸⁰. Gerçekten hukuka aykırılık eylemin bütününe değil yalnızca bir unsuruna yönelmiş ise bu aşamada eylemin genelini değerlendiren unsur niteliğinde değildir⁴⁸¹. Fakat hukuka aykırılığa işaret eden ifade suç kalıbında yer alan bir unsuru işaret etmiyorsa bu durumda eylemin genelini nitelendiren unsur niteliğinde olup, genel hukuka aykırılık unsurunun bir tekrarından ibarettir ve kastın kapsamında değildir⁴⁸².

Sonuç olarak hukuka özel aykırılık teorisini savunan yazarlara göre suç tipinde zikredilen ve hukuka aykırılığa ilişkin her ifade kastın kapsamında değerlendirilecekken, bizim de kabul ettiğimiz eylemin genelini nitelendiren unsurlar teorisine göre suç tipine dâhil olmayan ve eylemin bir bütün olarak hukuka uygun olup olmadığına gönderme yapan ifadeler dışında suç kalıbında yer alan bir unsuru niteleyen sıfatları tipikliğe dâhil etmektedirler⁴⁸³.

Bir görüşe göre Türk Ceza Kanunu m.91 f.2’de düzenlenen suç kalıbında hukuka aykırı olarak ifadesine yer verildiği için failin söz konusu suçtan sorumlu tutulabilmesi ancak organ veya doku alma fiilinin hukuka aykırı olarak gerçekleştiğinin bilincinde olması halinde söz konusu olacaktır⁴⁸⁴. Hukuka aykırılığı kastın kapsamında değerlendiren bu görüşe göre failin hukuka aykırılığı muhakkak bilmesi gerektiğinden suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir ve olası kastla suçun işlenmesi mümkün değildir.

Bizim görüşümüze göre ise ölüden organ veya doku almak suçu açısından suç kalıbında yer alan hukuka aykırı olarak ifadesi suç tipinde yer alan maddi bir unsur nitelememekte bunun yerine eylemin genel olarak hukuka uygun olup

gerekmektedir. Fakat hukuka aykırılık münferit bir kanuni tip unsurunu nitelemiyor ve bütün suç tipiyle ilişkilendiriliyorsa bu durum kanun koyucunun bir referansından ibarettir.

⁴⁷⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 159,259, Hakeri, Genel Hükümler, s. 357.

⁴⁸⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 285.

⁴⁸¹ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 65.

⁴⁸² Zafer, Genel Hükümler, s. 286, Hakeri, Genel Hükümler, s.303-305, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 159,259,260.

⁴⁸³ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 65.

⁴⁸⁴ Gökçen/Balcı, a.g.e, s. 137.

olmadığı hususunda bir gönderme yapmaktadır⁴⁸⁵. Bu doğrultuda kanaatimizce TCK m.91 f.2’de yer alan hukuka aykırı olarak ifadesi eylemin genelini nitelendiren bir unsur olup, failin hukuka aykırılığa ilişkin bilincinin araştırılmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle suç kapsamında hukuka aykırılık belli bir unsuru nitelemediğinden kastın bu hukuka aykırılığı kapsamı gerekmektedir. Kanun koyucu burada hukuka aykırılığı özellikle zikrederek hâkimi genel nitelikteki hukuka aykırılık unsuruna dikkat etmesi yönünde uyarmaktadır⁴⁸⁶. Bu bağlamda failin bu hususta düşeceği hata da TCK m.30 f.3 kapsamında değerlendirilecek ve failin hatasının kaçınılmaz olduğu durumda hukuka uygunluk nedeni varsayılacaktır. Fakat bazı durumlarda failin hukuka aykırılığa ilişkin hatası onun haksızlık bilincini de etkileyebileceğinden düştüğü hata TCK m. 30 f.4 kapsamında değerlendirilecek ve kusuru olmadığından kendisine ceza verilmeyecektir⁴⁸⁷.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

a) Genel Açıklamalar

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş suç kalıbında özellikle hukuka aykırı olarak ifadesine yer verilmiş ve bu haliyle genel hukuka aykırılık sebeplerine bir atıfta bulunulmuştur. Bu bakımdan ölüden organ veya doku alma suçu açısından hangi hukuka aykırılık sebeplerinin özellik arz ettiğini incelemek gerekmektedir.

⁴⁸⁵ Aynı yönde görüş için bkz: Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 65: Erman’a göre de TCK’nin 91/2’nci maddesinde yer alan suç tipinin eylemin genelini değerlendirdiği görülebilir. Madde metninde “hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse”den söz edildiğinde, eylemin bütününe hukuka uygunluğunun veya aykırılığının suç tipi tarafından belirlendiğini görmekteyiz.

⁴⁸⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 237.

⁴⁸⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 286.

b) Kanunun Hükümünü Yerine Getirme

2238 sayılı OVDNHH'de ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin hükümlerin icra edilmesi hekim açısından mesleki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi niteliğindedir. Hekimin söz konusu Kanun hükümlerini yerine getirmesi zaten fiili tipik olmaktan çıkaracağından bu aşamada ayrı bir hukuka uygunluk incelemesi yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu haliyle kanunun hükmü hukuka uygunluk sebebi açısından da incelenen suç bir özellik arz etmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Yaşayan kişiden organ ve doku alınması suçunu incelerken de dile getirdiğimiz üzere doktrindeki bir görüşe göre 2238 sayılı OVDNHH'deki şartlara uyulması halinde ilgili Kanun ölüden organ veya doku alınmasına izin verdiğiinden bu bağlamda hekime mesleki bir hak ihdas edildiği savunulmaktadır⁴⁸⁸. Gerçekten de OVDNHH m. 11-14 arasında ölüden organ veya doku alınması hakkındaki esaslar belirtilmiş, ancak bu kurallara uyulduğu takdirde ölüden organ ve doku alınmasının mümkün olduğu dile getirilmiştir. Ölüden organ veya doku alınması ile ilgili esasları belirten maddeler incelendiği takdirde ise söz konusu bu hükümlerin ölüm halinin tespiti ve buna ilişkin tutanak düzenlenmesi, ölüm halini tespit edecek hekimler ile ilgili esaslar ile ölüden organ veya doku alınabilmesi için gerekli rızanın nasıl gösterileceğine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu anlamda Kanun ilgili maddelerinin bir kısmında ölüden organ veya doku alınmasına ilişkin birtakım usule ilişkin gereklilikleri sayarken 14. maddesinde ise mağdurun rızasına yer vermiştir. Bu sebeple ilgili maddelerde sayılan şartlara uyulması halinde yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçundaki gibi fiil esasen tipik olmayacağından kanaatimizce burada hukuka aykırılık incelemesinden bahsedilmeyecek ve dolayısıyla hakkın icrası kapsamında bir değerlendirme yapılmayacaktır. Diğer yandan 14. maddede ise özellikle ölüden organ veya doku alınması açısından

⁴⁸⁸ Gökçen/Balcı, a.g.e, s. 137.

mağdurun göstereceği rıza belirtildiğinden burada artık hakkın icrası değil mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi değerlendirilmelidir.

d) İlgilinin Rızası

Türk Ceza Kanunu m.91 f.2’de yer alan ölüden organ veya doku alınması suçu açısından suç kalıbında “hukuka aykırı olarak” ifadesine yer verilerek genel hukuka uygunluk sebeplerine bir atıfta bulunulmuştur. Söz konusu suç açısından özellik arz eden en önemli hukuka uygunluk sebebi ise mağdurun rızasıdır. Ölüden organ veya doku alınması bakımından mağdurun rızası genel hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen yahut tıbbi müdahaleler için gösterilecek rızadan farklı koşullar içermekte olup nitekim bu husus özel olarak OVDNHHK m.14’te düzenlenmiştir. Bu bölümde de söz konusu madde uyarınca hangi durumlarda kim tarafından ve ne şekilde rıza gösterileceği incelenecektir.

Ölüden organ veya doku alınmasına yönelik olarak rıza gösterme yetkisinin varlığı gerek Türk hukukunda gerekse başka ülke hukuklarında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekle birlikte rızanın kim tarafından gösterileceği hususunda ise ortak bir kabul bulunmamaktadır⁴⁸⁹. Bu sebeple ölüden organ ve doku alınması hususunda gösterilecek rıza açısından üç farklı model ortaya çıkmış olup söz konusu bu rıza modellerini irade modeli, itiraz modeli ve zaruret modeli olarak kategorize etmek mümkündür. Önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere söz konusu modeller kısaca özetlenecek olursa irade modeline göre ancak kişi sağlığında kendisinden biyolojik madde alınmasına yönelik olarak olumlu bir beyanda bulunmuş ise ancak ölümünde kendisinden organ veya doku alınabilir iken itiraz modeline göre ise kişinin sağlığında vücudundan biyolojik madde alınmamasına yönelik bir beyanı yok ise ölümü durumunda kendisinden organ veya doku alınabilir⁴⁹⁰. Zaruret modelinde ise kişinin yahut yakınlarının

⁴⁸⁹ Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, s. 103.

⁴⁹⁰ Rıza modelleri hakkında ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz: §Ölüden Organ veya Doku Alınması Aşamasında Gösterilecek Rızanın Alınması, s.39 vd., Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 73, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 139, Atamer, a.g.e, s. 143-150, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.132-133.

olumlu veya olumsuz beyanları dikkate alınmaksızın her koşulda ölüden organ veya doku alınabilmektedir⁴⁹¹.

Türk mevzuatı açısından bu modellerden birinin değil farklı durumlara özgü olarak üçünün de kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim OVDNHK m.14 f. 1 incelendiğinde Kanun'un irade modelini kabul ettiği görülmektedir⁴⁹². Söz konusu bu maddeye göre kişi ancak sağlığında vücudundan biyolojik madde alınması yönünde rıza göstermiş ise ölümü halinde kendisinden organ veya doku alınabilir. Ayrıca Kanun'a göre ölenin sağlığında açıkladığı iradesinin geçerli olabilmesi için 3 şekil öngörülmüştür⁴⁹³. İlgili madde uyarınca ölenin sağlığında açıkladığı iradesi ancak resmi veya yazılı oluşturduğu bir vasiyetname ile yahut iki tanık huzurunda açıklanmış ise geçerli sayılmaktadır. Diğer yandan Kanun ölenin sağlığında kendisinden organ veya doku alınmasına yönelik bu şekilde olumlu bir beyanı yoksa ölümü halinde; ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilmesine cevaz vermektedir. Bu manada ölenin sağlığında kendisinden organ veya doku alınmasına yönelik olarak hiçbir beyanı bulunmasa dahi ölüm anında yanında olan ve Kanun'da sıralı ve terditli olarak sayılan yakınlarının göstereceği rıza ile fiil hukuka uygun hale gelmektedir. Kanun'da ölenin yakınlarının göstereceği rızanın şekli ile ilgili bir hüküm bulunmamakta olup bu anlamda söz konusu bu rızanın genel hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşullarına sahip olmasının yeterli olacağını düşünüyoruz. Buna göre ölenin bu hususta rıza gösterecek yakınının öncelikle ceset üzerinde hak sahibi bir kimse olması gerekmektedir. Bilindiği üzere kişinin bedeni üzerindeki hakkı ölümle sona erse dahi ceset haline gelen varlık hukukun koruması altında olup, bu koruma cesedin yakınlarının kişilik hakları olarak husule gelmektedir⁴⁹⁴. OVDNHK'de ceset üzerindeki bu hak hakkında kimlerin tasarruf edebileceği ise sıralı ve terditli

⁴⁹¹ Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 73, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 139, Atamer, a.g.e, s. 143-150, Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.132-133.

⁴⁹² Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 139.

⁴⁹³ Kılıçoğlu, a.g.e.,s. 259 vd.

⁴⁹⁴ A. Ataay, "Vücut (Beden) ve Ceset Üzerindeki Hak", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, 1996, s.28.

olarak sayılmıştır. Bu anlamda Kanun'un saydığı bu kimselerin ceset üzerinde organ ve doku alımı hususunda tasarruf edebilecekleri bir kişilik hakkına sahip olduklarını söylemek mümkündür. Bunun tek istisnası ise OVDNHK m.14 f. 3 hükmüdür. Söz konusu hükme göre kişi sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz. Söz konusu hüküm ile ölenin yakınlarının ceset üzerinde bulunan kişilik haklarından ziyade ölenin sağlığında sahip olduğu vücut bütünlüğü hakkı üstün tutulmakta ve bu surette ölenin aksine beyanı kişilerin ceset üzerinde tasarruf edebilecekleri kişilik hakkını ortadan kaldırmaktadır⁴⁹⁵. Ölenin organ veya doku alımına rıza gösterecek yakınının rızasının geçerli olabilmesi için her türlü tehditten uzak diğer bir değişle serbest bir irade ile verilmiş olması gerekmektedir. Diğer yandan rıza gösterecek yakınının rıza gösterme ehliyetine de sahip olması gerekmektedir. Kanun yakınlar hakkında rıza gösterme ehliyeti bakımından bir reşitlik şartı aramadığından davranışlarını yönlendirme yeteneğini haiz diğer bir değişle mümeyyiz her yakın rıza göstermek açısından ehliyetli kabul edilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise rıza açıklamasının Kanun'da öngörülen sıraya göre ve ölüm anında ölenin yanında olan yakınlar tarafından yapılmasıdır.

Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrası incelendiği takdirde ise itiraz modelinin benimsendiği ve ceset üzerinde değişiklik yapmayacak dokular açısından ölenin aksine bir vasiyeti ibraz edilmedikçe rıza aranmayacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁹⁶. Bu bağlamda ölüden ceset üzerinde değişiklik yapmayacak dokuların alınması aşamasında ölenin yakınlarının rızasının olmaması halinde dahi fiil hukuka aykırı addedilemeyecektir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Kılıçoğlu, a.g.e, s. 261, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 139, Akıncı, a.g.e, s.433, Ö. Koçak Süren, Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:73, 2007, s. 185-186, Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 70, Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.134.

⁴⁹⁶ Söz konusu maddenin ilgili fıkrası 02.01.2014 kabul tarihli, 18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı R.G.de yayımlanan 6514 sayılı Kanunun 42. Maddesiyle değiştirilmiş olup maddenin önceki halinde vasiyet dışında ölenin sağlığında yaptığı aksine beyan da cesetten değişiklik yapmayacak dokuların alınmasına engel teşkil etmekteydi. Maddenin şimdiki halinde ise ceset üzerinde değişiklik yapmayacak dokuların alınmasına engel olarak ancak ölenin sağlığında bu hususun aksine bir vasiyet düzenlenmesi sayılmış olup, bu hususun dışındaki hiçbir durum fiili hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

⁴⁹⁷ Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", s. 104, Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s. 134.

Son olarak Kanun'un 14. maddesinin 4. fıkrasında gösterilecek rıza açısından zaruret modelinin kabul edildiği anlaşılmaktadır⁴⁹⁸. Fakat söz konusu hükme göre bu modelin kabul edilmesi ve rıza aranmaksızın ölüden organ veya doku alınabilmesi için birtakım şartlar aranmıştır. Öncelikle kişinin kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamının sona ermiş olması gerekmektedir. İkinci şart ise ölen kişinin yanında OVDNHK m.14 f.1'de sayılan kimselerin bulunmamasıdır. Sayılan kimselerin birinin dahi bulunması halinde irade modeli kabul edilerek yakının rızası aranacaktır⁴⁹⁹. Son olarak ise ölen kişinin sağlam doku ve organları, ancak tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı OVDNHK m.11'de belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda alınabilir. Kanun koyucu söz konusu bu şart ile alıcı yönünden gereken ivedilik ve zorunluluğu ortaya koymuş ancak bu tip bir hal var ise rıza aranmayacağını hüküm altına almıştır⁵⁰⁰.

Sonuç olarak Kanun'un ölüden organ veya doku alınması bakımından prensip olarak irade modelini fakat ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular bakımından aksine bir vasiyetname olmadıkça itiraz modelini kabul ettiğini söylemek doğru olacaktır. Zaruret modelinin ise ancak alıcı ve verici bakımından olağanüstü haller olması durumunda kabul edildiği söylenebilir.

C- Kusurluluk

1. Genel Açıklamalar

Ölüden organ veya doku alınması suçu, kusurluluk bakımından özellikli bir durum taşımamakla birlikte haksız tahrik dışında hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, cebir, şiddet, korkutma, tehdit ve zorunluluk hali gibi kusuru kaldıran veya azaltan sebepler koşulları gerçekleştiği takdirde söz konusu suç

⁴⁹⁸ Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s. 134, Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 70, Akıncı, a.g.e, s.433, Koçak Süre, a.g.e, s. 186, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 139.

⁴⁹⁹ Gökçen, Organ ve Doku Nakli, s. 70.

⁵⁰⁰ Bayraktar, a.g.e, s. 21.

bakımından uygulanabilir. Bu bölümde bahsi geçen kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerinin ölüden organ veya doku alınması suçu bakımından nasıl uygulanacağı incelenecektir.

2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

Türk Ceza Kanunu m.24 f.2 uyarınca daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayanın kusuru ortadan kalkmakta ve bu sebeple gerçekleştirdiği fiil sebebiyle sorumlu olmamaktadır⁵⁰¹. Diğer bir deyişle kendisine verilen emri içeriksel ve biçimsel açıdan denetleyerek emri tekrarlatan memurun söz konusu emri yerine getirmesi durumunda hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmiş olacak ve suçun bu surette işlenmesi halinde kusuru bulunmamasından ötürü hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir⁵⁰². Bu bağlamda örneğin devlet hastanesinde çalışan bir hekime üstü tarafından ölüden organ veya doku alması yönünde bir emir geldiğinde hekimin öncelikle emri biçimsel ve içeriksel bakımından denetlemesi gerekmektedir. Aksi halde söz konusu kusuru ortadan kaldıran halden yararlanamayacaktır. Diğer yandan hekimin emri içeriksel ve biçimsel yönden denetlemesinden sonra emrin hukuka uygun olduğu yönünde esaslı bir yanılgıya düşmesi halinde ise TCK m.30 f.3 uyarınca hatasından yararlanacaktır.

3. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

Türk Ceza Kanunu'nun 28. maddesinde de yer aldığı üzere karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kişinin kusuru ortadan kalkmaktadır. Bu durumda suç cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında eylemi gerçekleştiren

⁵⁰¹ Ayrıca bkz: §Yaşayan Kişiden Organ veya Doku Alma Suçu: Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi, s.95 vd.

⁵⁰² Zafer, a.g.e., s. 341.

kişinin kınanabilirliği bulunmadığından cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılmaktadır. Fakat failin eylemlerinden sorumlu tutulmaması ve kusurunun ortadan kalkması için kendisine uygulanan tehdit ve korkutmanın ciddi ve muhakkak olması diğer bir değişle verilmesi muhtemel zarardan kurtunulmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin bir hekimin ölüm tehdidi ile hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alması durumunda ölüm tehdidinin ciddi olması halinde hekimin kusuru ortadan kalkacaktır. Bir karşılaştırma yapmak gerekirse hekimin başına silah dayanmış halde bu tip fiilin kendisine gerçekleştirilmesi ile kendisine sadece lafzi olarak ölüm tehdidi savrulması arasında tehdidin muhakkak ve ciddi olması açısından fark bulunmaktadır. Verilen iki örnek açısından ilk örnekte hekimin kusuru ortadan kalkacakken ikinci örnekte ise tehdidin muhakkak ve ciddi olması hususu açısından kusurun ortada kalktığını söylemek mümkün olmayacaktır.

4. Zorunluluk Hali

Gerçekleştirdiği fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen kişinin bu fiili içerisinde bulunduğu, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu altında gerçekleştirmesi halinde irade yeteneğinin ortadan kalkmış olması yahut etkilenmiş olması sebebiyle⁵⁰³ kendisinin kınanamayacağını önceki bölümlerde dile getirmiş olup, bu gibi bir durumda failin zorunluluk hali içerisinde bulunmasından mütevellit kusurunun ortadan kalkacağını açıklamıştık⁵⁰⁴.

Bu bağlamda bir örnek ile açıklamak gerekirse bir kimsenin yaşadığı böbrek yetmezliği sonucu diyaliz tedavisinin de artık yeterli olmadığı ve kişinin yaşamını sürdürebilmesi için muhakkak organ naklinin gerekli olduğu bir durumda hukuka aykırı olarak ölen birinin bir böbreğini alması halinde kişi söz konusu bu eylemi

⁵⁰³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 408-409.

⁵⁰⁴ Bkz: §Yaşayan Kişiden Organ veya Doku Alma Suçu: Zorunluluk Hali, s.97 vd.: Kişinin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için gerekli olan şartları daha önce ilgili bölümde detayıyla izah ettiğimizden tekrara düşmemek adına bu bölümde tekrarlamamaktayız.

yaşam hakkında yönelmiş muhakkak, ağır ve kendisi tarafından yaratılmamış bir tehlikeden korunmak için gerçekleştirdiğinden kusuru ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde söz konusu örnekte böbrek yetmezliği sebebiyle yaşam hakkı tehlikeye girmiş kişinin farzı mahal failin eşi olması durumunda da failin kusur durumu değişmeyecek zira bu halde de fail bir başkasına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden üçüncü kişiyi korumak adına hareket ettiği için yine ölüden organ veya doku alma suçu açısından sorumlu olmayacaktır. Her iki örnek açısından kişilerin yaşam hakkı ile ölünün yakınlarının ceset üzerinde doğan kişilik hakları arasındaki orantı açısından da kanaatimizce bir sorun bulunmamaktadır.

Son bir örnek daha vermemiz gerekirse örneğin katarakt hastalığından ötürü görme kaybı yaşayan kişinin ameliyat olarak vücut bütünlüğüne yönelmiş tehliken kurtulabileceği bir halde ölüden hukuka aykırı olarak göz alması ölüden hukuka aykırı olarak organ alma suçunu oluşturacak ve kişinin tehliken başka bir surette kurtulma imkanı bulunduğu zorunluluk halinde olduğundan söz edilemeyecektir.

D-Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Ölüden organ veya doku alma suçu daha önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere soyut tehlike suçu olsa da, niteliği itibariyle suçu meydana getiren hareketlerin bölünebileceğinden bahisle⁵⁰⁵ teşebbüse elverişli bir suçtur⁵⁰⁶. Suç ise organ ve dokunun kişinin vücudundan ayrılması ile tamamlanır⁵⁰⁷.

Failin ölüden organ veya doku alma suçu açısından teşebbüs aşamasında kalabilmesi için söz konusu suçun icrasına elverişli hareketler ile başlamalı fakat elinde olmayan bir sebeple söz konusu icra hareketlerini tamamlayamamalıdır.

⁵⁰⁵ Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 416-417, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 609-610, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 346.

⁵⁰⁶ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.138, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 142, Halıcı, a.g.e, s. 74.

⁵⁰⁷ Meran, a.g.e, s. 225.

Ölüden organ veya doku alınması suçunu teşebbüs şartları çerçevesinde incelemek gerekirse öncelikle failin söz konusu suçu işlemesi açısından kastının olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle failin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için öncelikle ölüden organ veya doku alma suçunu işlemeyi kast etmesi, söz konusu suç tipinde yer alan unsurları bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Zira TCK m. 130'da yer alan kişinin hatırasına hakaret suçu incelendiği takdirde suç tipinde yer alan bir kısım hareketin ölüden organ veya doku almak suçunun icra hareketleriyle aynı olduğu görülmektedir. Bu bakımdan failin kastının dış unsurlara bakılarak tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin kişinin cesedini tahkir edici şekilde gözlerinin çıkarılması yönünde icra hareketlerine başlayan ve fakat icra hareketlerini tamamlayamayan fail her ne kadar ölüden organ veya doku alma suçu bakımından da elverişli hareketlerle icraya başlamış ise de TCK m.130'a yönelik kastı bulunduğundan söz konusu bu suç bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

İkinci olarak failin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için elverişli hareketler ile doğrudan doğruya icraya başlaması gerekmektedir. Ölüden organ veya doku almak suçu bakımından icra hareketleri ise organ veya doku almak yahut bu fiil ile maddi bağlantı içeren ya da bu hareketlere zorunluluk bağı ile bağlı olan tüm hareketler olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda failin cesedin vücuduna müdahalede bulunduğu fakat henüz organ veya dokuyu alamadığı halde teşebbüs aşamasında kaldığına şüphe bulunmamaktadır⁵⁰⁸. Fakat örneğin cesedin ameliyathaneye alınması, organ yahut dokuların alınabilmesi için cesedin dezenfekte edilmesi ve operasyona hazırlanılması da kanaatimizce icra hareketleri kapsamındadır ve artık alma fiilinin gerçekleştirilmesi açısından elzem fiiller niteliğinde olduklarından kanaatimizce alma fiilinin gerçekleştirilmesi açısından zorunluluk unsuru taşımaktadır. Bu sebeple bu aşamadan sonra failin elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs hükümlerince cezalandırılması gerekmektedir. Diğer yandan başka bir örnek vermek gerekirse örneğin birinin cesetten organ veya doku almak için cesedi mezarından çıkarması

⁵⁰⁸ Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.138.

halinde ise söz konusu hareket alma fiili ile bir yakınlık ya da maddi bağlantı içermediğinden kanaatimizce hazırlık hareketi niteliğinde olup failin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilemez.

Failin teşebbüs aşamasında kalabilmesi için gerekli bir diğer şart ise başladığı icra hareketlerinin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Hareketlerin elverişliliği ise somut olay nazarında belirlenecektir. Bu bakımdan failin icra hareketlerine başladığı esnada hem kullandığı araçların hem de meydana getirdiği hareketlerin bir bütün olarak neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir. Diğer yandan suçun konusunun olmadığı hallerde ise işlenemez suç söz konusu olacaktır. Örnek vermek gerekirse kişinin karaciğerini almak için cesede müdahalede bulunan hekimin, kişinin sağlığında diyabet hastası olmasından bahisle karaciğerinin alınamaması halinde suçun konusunun yokluğu sebebiyle işlenemez suç meydana gelecektir.

Son olarak failin TCK m.91 f.2 bakımından teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için failin icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması gerekmektedir. Örneğin failin ölüden kornea almak için ameliyata başladığı fakat korneayı alamadan yakalandığı halde fail icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamadığından teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Fakat failin icra hareketlerini kendi isteği ile tamamlamadığı halde ise gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır⁵⁰⁹. Bu halde TCK m.35 uyarınca fail ölüden organ veya doku alma suçu bakımından icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. Bu bakımdan örneğin failin ölüden karaciğerini almak için vücudunda kesik açtığı halde bu aşamadan sonra gönüllü olarak vazgeçmesi ve karaciğeri almaması halinde fail ölüden organ veya doku almak suçu bakımından teşebbüs aşamasında kalmayacak fakat tamamlanan fiili bir diğer deyişle ölünün vücuduna yaptığı

⁵⁰⁹ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.138.

müdahale TCK m.130 kapsamında değerlendirilecek ve fail tamamlanan fiili açısından bu suç kapsamında sorumlu tutulacaktır⁵¹⁰.

2. İştirak

Ölüden organ veya doku alınması suçu esasen Kanun'da tek bir kişi tarafından işlenebilecek şekilde düzenlenmiş ise de TCK m.37- 41 arasında yer alan tüm iştirak hükümleri söz konusu suç bakımından da uygulanabilecek niteliktedir⁵¹¹.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.2'de yer alan suç bakımından ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alma fiilini gerçekleştiren her kişi fail olarak cezalandırılacaktır. Bu bağlamda fail söz konusu alma fiilini tek başına bir diğer deyişle müstakilen gerçekleştirebileceği gibi bir suç işleme kararı kapsamında birden fazla kişi ile müştereken de gerçekleştirilebilecektir. Bir suç işleme kararı kapsamında söz konusu suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde ise müşterek faillikten söz edilecektir. Bu halde faillerden her biri suç kalıbında yer alan fiili gerçekleştirebilecekleri gibi söz konusu suçu iş bölümü şeklinde de gerçekleştirebilmektedirler. Örneğin iki hekimin ölüden kornea almak üzere birlikte operasyon yapmaları ve her birinin bir kornea alması halinde müşterek faillikten söz edilebileceği gibi bir hekimin operasyonu gerçekleştirirken bir hemşirenin de cesedi operasyon için hazırladığı, ameliyathaneyi ve cesedi dezenfekte ettiği ve operasyon sırasında da hekimi asiste ettiği halde kişinin fiilleri icra hareketleri kapsamında kalmasa dahi gerçekleştirdiği her fiil suçu mümkün kılıyor ise bu aşamadan sonra söz konusu kişinin de fiil üzerinde hâkimiyet kurmasından bahisle müşterek fail olarak cezalandırılması gerekmektedir.

Suç kalıbında yer alan fiilleri işleyen kişilerin yanında suçun işlenmesi için bir başkasını araç olarak kullanarak onun hatasından yahut kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanan kişi de TCK m. 37 f.2 uyarınca dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Örneğin tıp fakültesinde bir öğretim üyesinin tıp fakültesi öğrencilerine

⁵¹⁰ Benzer yönde görüş için bkz: "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.138.

⁵¹¹ Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.138, Halıcı, a.g.e., s. 75.

getirdiği cesedi kadavra olarak tanıtması fakat aslında cesedin organ veya doku alınması için rıza gösterecek yakınlarının olması gibi bir durumda öğrencilerin cesetten organ veya doku almaları halinde öğrencilerin TCK m.30 f.1 kapsamında hata hükümlerinden yararlanacakları ve kastlarının bulunmadığı görülmektedir. Öğrencileri bu şekilde hataya düşürerek bu hatadan yararlanan hekim ise TCK m.37 f.2 kapsamında dolaylı fail olacak ve fail gibi cezalandırılacaktır.

Ölüden organ veya doku alma suçuna iştirak faillik şeklinde olduğu gibi şeriklik şeklinde de olabilmektedir. Nitekim failde suç işleme düşüncesini oluşturan bir başka deyişle suç işlemeyi düşünmeyen faile suç işleme kararı verdiren kimse azmettiren olarak fail gibi cezalandırılacaktır⁵¹². Bu bağlamda örneğin para karşılığında tıp fakültesi öğrencilerinde ölülerden organ veya doku alma yönünde bir irade yaratan kişi somut olayda azmettiren konumunda olacak ve TCK m.38 uyarınca ölüden organ veya doku alma suçunun cezası ile cezalandırılacaktır. Diğer yandan suçun işlemesine maddi yahut manevi bir şekilde katkıda bulunan kimseler ise ölüden organ veya doku alma suçu bakımından yardım eden olarak cezalandırılacaktır. Örneğin ölülerden organ veya doku alan bir hekim için cesetleri mezarlıktan çalan yahut hekimin operasyonları yapabilmesi için uygun ortamı hazırlayarak ameliyat malzemelerini getiren bir kimse TCK m.39 anlamında fiilin işlenmesi için gereken eşyaları sağladığı ve bu anlamda maddi bir katkıda bulunduğu için yardım eden olarak cezalandırılacaktır. Diğer yandan manevi yönde katkı sağlayan kişiler de yardım eden olarak cezalandırılabilir. Örneğin ölüden organ veya doku alan bir kimseye operasyondan sonra cesedi imha edeceği yönünde vaatte bulunan bir kimse bu anlamda failin suç işleme yönündeki iradesine etki edecek bir harekette bulunduğundan yardım eden olarak nitelendirilebilir. Gerek maddi gerek manevi yardımda bulunan şerik açısından yapılan yardımın ve bu yardım kapsamındaki hareketlerin suçun işlenişi üzerinde kurduğu hâkimiyete dikkat edilmesi gerekir. Zira yardım eden tarafından gerçekleştirilen eylemler suçu mümkün kılan fiiller olarak nitelendirilebiliyorsa bu aşamadan sonra şeriklikten değil müsterek faillikten bahsedilecektir.

⁵¹² Zafer, Genel Hükümler, s. 427.

3. İçtima

Ölüden organ veya doku alma suçu hem TCK m.91 f.2 hem de 2238 sayılı OVDNHHK m.15'te düzenlenmiş olup, daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere⁵¹³ TCK m.91 f.2'de yer alan düzenleme hem özel kanun olması hem de 2238 sayılı OVDNHHK'den sonra yürürlüğe girmesinden ötürü TCK hükümleri hem özel hem de sonraki norma niteliğinde olduğundan kanaatimizce ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması halinde TCK m.91 f.2 uygulanacaktır⁵¹⁴.

Türk Ceza Kanunu m.43 uyarınca bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Ölüden organ veya doku alınması suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunda ise doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Gökçen/Balcı'ya göre⁵¹⁵ birden fazla ölüden organ ve doku alınması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için gereken aynı kişiye karşı aynı suçun işlenmesi şartı gerçekleşmeyeceğinden zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Halıcı'ya göre⁵¹⁶ ise değişik zamanlarda aynı kişiden birden fazla organ veya doku alınması halinde zincirleme suçun varlığından bahsetmek

⁵¹³ Bkz: § Yaşayan Kişiden Organ veya Doku Alma Suçu: İçtima, s.110 vd.

⁵¹⁴ Meran, a.g.e, s. 229 ve Mermut, a.g.e, s. 1487: Yazar ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçu bakımından fikri içtima kuralları uyarınca 2238 sayılı OVDNHHK m15 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindedir. Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.139: Gökçen ve Balcı'ya göre 2238 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırıldığına dair TCK'da bir hüküm yoktur. Bu sebeple hem TCK'nın 91. maddesi hem de 2238 sayılı Kanun'un 15. maddesi yürürlüktedir. TCK'nın 91. maddesinde düzenlenmeyen hallerde 2238 sayılı Kanun'un 15. maddesi uygulanmalıdır. Ancak her iki kanunun aynı anda düzenlediği hallerde TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralları uygulanmalı ve OVDNHHK m.15'e göre ceza verilmelidir. Aynı görüş için ayrıca bkz: Artuç, Mustafa, "Organ veya Doku Ticareti", http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mustafa%20ARTU%C3%87.html, s. 7, (Erişim Tarihi 03.08.2016); Meran, Necati, YTCK'da Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, s.170. Bu görüşe göre ölüden hukuka aykırı olarak organ veya doku alındığı her halde hem TCK m.91 hem de OVDNHHK m.15 aynı anda yürürlüktedir. Her iki maddede yer alan ceza miktarları incelendiğinde ise OVDNHHK'nin TCK m.91 f.2'ye kıyasla daha ağır bir ceza yaptırımı içerdiği görülmektedir. O halde bu iki madde arasında fikri içtima yapıldığı her durumda OVDNHHK m.15 uygulanacak diğer bir deyişle TCK m.91 f.2 hiçbir halde uygulanma imkânı bulamayacaktır. Bu sebeple biz TCK m.91 f.2'nin hem özel hem de sonraki norm niteliğinde olduğundan ekseriyetle uygulanacağını ve bu iki norm arasında fikri içtima yapılmayacağını düşünüyoruz. Aynı yönde görüş için bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s.851.

⁵¹⁵ Gökçen/Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.138.

⁵¹⁶ Halıcı, a.g.e, s. 75.

gerekecektir. Bizim görüşümüze göre ilk verilen örnekte birden fazla ölüden organ ve doku alınması durumunda suçun mağdurları ölenin yakınları olacağından ve bu sebeple her ölünün yakını da farklı bir mağdur olacağından aynı kişiye karşı aynı suç işlenmiş olmayacak dolayısıyla da zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Fakat ikinci örnekteki gibi aynı ölüden farklı zamanlarda organ veya doku alınması durumunda ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alma suçu ölenin yakınlarına karşı değişik zamanlarda işlenmiş olacağından kanaatimizce bu aşamada zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Ölüden aynı anda birden fazla organ/doku alınması yahut organ ve dokunun birlikte alınması durumunda ise burada söz doğal anlamda birden fazla alma fiili olmasına rağmen hukuki anlamda bu fiiller tektir. Bu manada söz konusu hareketlerin hukuki anlamda tekliğinden bahsedilecek ve korunan hukuki değer hareket sayısıncı değil bir kez ihlal edilmiş sayılacaktır⁵¹⁷. Zira fail söz konusu durumda tüm organ veya doku alma fiillerini bir irade ile birbirine bağlamış ve hareketler aynı hedefe yönelmiş durumdadır. Nitekim ameliyatın bir bütün olarak değerlendirilmesi bakımından fiziksel anlamda alma hareketlerinin arasında zamansal ve mekânsal bir ilişki olduğu ve hatta hareketlerin kesintisiz olarak birbirini takip ettiği açık olup, bu surette hareketlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple de belirttiğimiz gibi doğal anlamda hareketler bağımsızlığını yitirerek hukuki anlamda hareketlerin tekliğinden bahsedilir⁵¹⁸. Sonuç olarak her ne kadar fail birden fazla organ veya doku almışsa da söz konusu alma fiilleri hukuki anlamda tek bir fiil sayılacak ve fail yalnızca bir ölüden organ veya doku alma suçundan ceza alacaktır.

Ölüden organ veya doku alınması fiili TCK m.91 f.2 hükmünün yanında aynı zamanda kimi zaman TCK m.130 f.2’de yer alan suçun oluşmasına da sebebiyet verebilmektedir. Gerçekten TCK m.130 f.2 uyarınca “Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan ... kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bu durumda örneğin bir ölünün gözlerini alan kimse hem

⁵¹⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 187, İçel, Suçların İctimai, s.198, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 469.

⁵¹⁸ Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

TCK m.91 f.2 kapsamında ölüden hukuka aykırı olarak organ alma suçunu hem de TCK m.130 f.2’de yer alan suç işlemiş olacaktır. Böyle bir durumda sanığın kastı belirlenerek suç vasfı belirlenmelidir⁵¹⁹. Fakat fiilin her iki suçu da mümkün kılması durumunda; bilindiği üzere TCK m.44 uyarınca işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırıldığından verilen örnekteki gibi hem TCK m.91 f.2 hem de TCK m.130 f.2’nin aynı anda oluşması durumunda fikri içtima kuralları uygulanacak ve fail bu suçlardan daha fazla ceza gerektiren TCK m.130 f.2 hükmüne göre cezalandırılacaktır⁵²⁰.

E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma

1. Yaptırım

Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınmasının yaptırımı Kanun’da bir yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. TCK m.91 f.2’de düzenlenen suç açısından TCK m.91 f.1’deki gibi organ ve doku alınması arasında bir yaptırım farkına gidilmemiş, her iki fiil için de aynı yaptırım öngörülmüştür⁵²¹.

Yaşayan kişiden organ veya doku alınması suçunda olduğu gibi bu suçun da bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK m.91 f.7 uyarınca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

2. Zamanaşımı ve Kovuşturma

Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alma suçu şikâyetle bağlı bir suç olmayıp; re’sen araştırılabilir bir suçtur.

⁵¹⁹ S. Bakıcı, a.g.e, s. 950, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 854-855, Taneri, a.g.e, s. 493: Nitekim TCK m. 130 f.2’deki suçun oluşabilmesi için bir özel kast hali olan tahkir gerekmektedir.

⁵²⁰ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 146, Halıcı, a.g.e, s. 76, S. Bakıcı, a.g.e, s. 950.

⁵²¹ Mermut, a.g.e, s. 1476.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.2’de yer alan suçun failinin kamu görevlisi olması ve ilgili suçu görevleri kapsamında işlemeleri durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.3 uyarınca yetkili resmi makamların fail hakkında kamu davası açılmasına yönelik izin verilmesi aranmaktadır⁵²².

Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku almak suçu bakımından dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca sekiz yıldır. Söz konusu suç bakımından alt sınır belirtilmediğinden TCK m.49 uyarınca bu suçun cezasının alt sınırı bir aydır. TCK m.91 f.2’de ihdas edilen suçun üst sınırı iki yıldan fazla olmadığı için CMK m.100 uyarınca bu suç dolayısıyla tutuklama kararı verilemez⁵²³.

Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku almak suçu görev bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemelerinin görevindedir.

⁵²² İznin kimler tarafından verileceği hakkında ayrıca bkz: §Yaşayan Kişiden Organ veya Doku Alma Suçu: Zamanaşımı ve Kovuşturma, s.122 vd.

⁵²³ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 153.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
ORGAN VE DOKUNUN TİCARETE KONU YAPILMASI
SURETİYLE İŞLENEN SUÇLAR
(TCK m.91/3-5-6)

I. Organ ve Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu (TCK m.91/3)

A- Genel Açıklamalar

Organ ve doku satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme suçu TCK m.91 f.3'te düzenlenmiş olup; suçun düzenlendiği söz konusu hüküm "Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkra da belirtilen cezalara hükmolunur." şeklindedir⁵²⁴.

Organ veya doku satın alma, satma ve satılmasına aracılık etme suçu ile söz konusu maddenin de gerekçesinde belirtildiği gibi organ veya dokunun para yahut

⁵²⁴ Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s. 216: Ünver'e göre organ veya doku nakli ameliyatı dışında alınan ek ücretler de söz konusu suça vücut vermektedir. Aynı yönde görüş için bkz: Hakeri, Tıp Hukuku, s. 854. Ayrıca bkz: Özbilen, a.g.e, s. 214-215: Yazara göre hastane işletmelerine biyolojik madde sağlayan sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinin TCK m.91 g.3 kapsamında suç teşkil edip etmediği akıllara gelebilir. Fakat yazara göre TCK m.91 f.3 kapsamında yasaklanan eylem insan kökenli biyolojik maddelerden kazanç elde edilmesini amaçlayan ve bu suretle ekonomik bakımdan güçsüz kişilerin sömürülmesine neden olan eylemler olup, örneğin organ mafyası diye adlandırılan şahıslar yoksul durumdaki kişiler ile anlaşıp bunların organlarını tıbbi müdahalede bulunabilecek kişilere ya da hastanelere satmalarına aracılık ederek bundan komisyon almakta bu eyleme ortak olan hastane işletmecisi ya da hekim de organ için ödenen bedelin üzerine kendi kazanç payını eklemekte ve bu şekilde kişiden alınan organ ya da doku farklı kişilerin kazanç sağladığı bir ticari meta haline gelmektedir. Fakat vericilerden toplanan biyolojik maddeleri hastanelere devreden sağlık kuruluşlarının bu faaliyetten kar etmek gibi bir amaçları bulunmayıp bu kuruluşların amacı kamu sağlığı açısından önemli bir vazife yürütmektir ve hattızatında devlet tarafından da sıkı denetimlere tabi tutulmaktadırlar. Bu sebeple söz konusu kuruluşlar elde ettikleri biyolojik maddeleri serbest piyasa değerinden de oldukça düşük ücrete hastanelere devretmektedirler. Hastaneden alınan bu bedel ise maddenin vericiden alınması, test edilmesi, bileşenlere ayrılması ve muhafazası gibi işlemleri gerçekleştiren kuruluşun faaliyetlerini sürdürmesi için kaçınılmaz bir unsuru olup bu sebeple bu kuruluşların faaliyetleri TCK m.91 f.3 kapsamında telakki edilemeyecektir.

sair bir menfaat karşılığında tedavüle sokulması fiilleri yaptırıma bağlanmıştır⁵²⁵. Organ ve doku ticareti aynı zamanda birçok ülke tarafında da yasaklanmıştır⁵²⁶.

Satılan, alınan ya da satılmasına aracılık edilen organ veya dokunun ölü ya da yaşayan kimseden; hukuka uygun ya da aykırı olarak alınmasının suçun oluşması açısından bir önemi bulunmayıp, suç konusu organ veya dokunun para veya başkaca bir maddi menfaat karşılığı tedavüle tabi tutulması yeterlidir⁵²⁷.

Organ ve doku ticareti birçok ülke kanunlarında da suç olarak ihdas edilmiştir. Birkaç örnek vermemiz gerekirse Amerika Birleşik Devletleri'nde Kamu Sağlığı'na ilişkin düzenlemenin 42. maddesinde organların para karşılığında nakledilmesi halinde faile 50.000 dolar para cezası ve/veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası verilmektedir⁵²⁸. Benzer şekilde Birleşik Krallık'ta da Human Tissue Act'ın 32. bölümüne göre doku, organ vb. inan kökenli biyolojik maddeler üzerine bir ticari anlaşma yapılması, ilan veya reklam verilmesi gibi hallerde fail 3 yıl hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılmaktadır⁵²⁹. Fransız Ceza Kanunu m.511 uyarınca da başkasının organ ya da dokusundan ödeme karşılığı yarar sağlayan yahut buna aracılık eden kimseler 5 yıla kadar hapis ve 75.000 Euro para cezası ile cezalandırılırken; organ ya da dokusunu ithal ya da ihraç eden kişi ise 5 yıla kadar hapis ve 30.000 Euro para cezası ile cezalandırılmaktadır⁵³⁰.

⁵²⁵ TCK m.91 f.3 gerekçesi: Üçüncü fıkrada, organ ve doku ticareti, suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi açısından kişiden veya ölüden organ veya dokunun, hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur. Burada önemli olan, organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır. Bu bakımdan, söz konusu suç, çok failli bir suç niteliği taşımaktadır. Ayrıca bkz: Hakeri, Tıp Hukuku s. 459: Hakeri'ye göre söz konusu madde satma ve alma dışında menfaat teminini cezalandırmamaktadır. Dolayısıyla bir menfaat temini ceza kanununa göre suç değildir. Oysa OVDNHHK m.3 sadece bir bedel karşılığı değil, başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamaktadır. Aynı Kanun'un 15. maddesi de bu yasağa aykırı hareket edilmesini cezalandırmaktadır. Bu itibarla bir menfaat karşılığı organ alınması veya verilmesi durumunda OVDNHHK m.15 uygulanabilecektir. Biz de OVDNHHK'deki hükmün daha açık olduğu kanaatindeyiz.

⁵²⁶ Kurt, "Organ Naklinde Modeller", s. 248-252: Organ ve doku ticareti ABD'de 1984 tarihli Ulusal Organ Nakli Yasası (National Organ Transplant Act of 1984), İngiltere'de 1961 tarihli İnsan Dokusu Kanunu (The Human Tissue Act), Almanya'da 1997 tarihli Organ Nakli Kanunu (Transplantsgesetz/TPG) ile yasaklamamıştır.

⁵²⁷ Koca/Üzülmüş, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 245, Yılmaz, a.g.e, s. 226, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Üzülmüş, a.g.e, s. 132, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 853, Mermut, a.g.e, s. 1476.

⁵²⁸ Mermut, a.g.e, s. 1460.

⁵²⁹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents> (Erişim Tarihi: 17.12.2016)

⁵³⁰ Mermut, a.g.e, s. 1462.

B- Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

Organ veya doku satmak, almak ve satılmasına aracılık etmek suçunun faili suç tipinde yer alan, “satma”, “alma” ve “satılmasına aracılık etme” fiillerini gerçekleştiren herkes olabilir⁵³¹. Bu anlamda suç bir özgü faillik özelliği göstermemektedir⁵³².

Diğer yandan madde lafzından da anlaşıldığı üzere söz konusu organ veya doku satma, alma ve satılmasına aracılık etme suçunun oluşması açısından en az iki fail zorunlu kılındığından çok failli suç söz konusudur⁵³³. Bir suçun çok failli olabilmesi için kanuni tipte fail sıfatıyla hareket eden birden fazla kişinin bulunması ve bu kişilerin hareketlerinin kurucu unsur olarak öngörülmüş olması gerekmektedir⁵³⁴. Örneğin söz konusu suç açısından suçun oluşması için organ veya dokuyu satan kimsenin yanında bu organ veya dokuyu satın alanın da olması gerekmektedir. Bu manada organ veya doku satma, alma ya da aracılık etme suçu bakımından suçu oluşturan kanuni tipteki kurucu hareketleri gerçekleştiren birden fazla kişi bulunduğu ve bu kişilerin hareketleri kurucu unsur olarak öngörülmüş olduğundan suç çok failli suçtur⁵³⁵. Bu anlamda organ veya doku satma, alma ya da aracılık etme suçunun tek fail tarafından işlenmesi imkânsızdır⁵³⁶.

⁵³¹ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.141, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 102.

⁵³² Aynı görüş için bkz: Halıcı, a.g.e, s. 79.

⁵³³ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 147, Üzülmmez, a.g.e, s. 132, Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 238, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 129, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 853, Halıcı, a.g.e, s. 80, Özteznel, a.g.e, s. 226, Meran, a.g.e, s. 225, Taneri, a.g.e, s. 484.

⁵³⁴ T.Y.Sancar, Çok Failli Suçlar, Ankara, 1998, s. 168, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 477, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 551.

⁵³⁵ Sancar, a.g.e, s. 88, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 147, Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1308, Mermut, a.g.e, s. 1477.

⁵³⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s. 529.

Zorunlu olarak birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleşen⁵³⁷ ve doktrinde zorunlu iştirak olarak da adlandırılan⁵³⁸ çok failli suçlar, yakınsama suçları ve karşılaşma suçları olarak tasnif edilebilir⁵³⁹. Yakınsama suçlarında genelde zorunlu olarak suçun işlenişine katılan failler aynı yönde hareket etmekte ve aynı amacın gerçekleşmesini amaçlamaktadırlar⁵⁴⁰. Bir başka deyişle bu tip suçlarda iradi faaliyet aynı yönde neticeye doğru yönelmekte olup, bu sebeple bu tip suçlara tek taraflı birleşme suçları da denilmektedir⁵⁴¹. Karşılaşma suçlarında ise suçun oluşumu için zorunlu olarak hareket eden faillerin gerçekleştirmek istedikleri amaç aynı olsa da failler bu amaçlarını gerçekleştirmek adına farklı yönlerden hareket etmektedirler⁵⁴². Bu anlamda her bir failin suçun işlenişine yaptığı katkı da farklı niteliktedir.

Organ veya doku satma, alma veya aracılık etme suçu açısından da açıkladığımız şekilde bir ayırım yapmamız gerekirse suçun karşılaşma suçu olduğu düşüncesindeyiz⁵⁴³. Zira söz konusu suç incelendiği takdirde önceki bölümlerde de bahsettiğimiz üzere suçun işlenişine katılan faillerden biri organ ve dokuyu tedavüle sokmak amacıyla organ veya dokuyu satarken diğer zorunlu fail başka bir hareketle ilk fiile karşılık vererek organ ve dokuyu satın almaktadır. Bu anlamda failler aynı amaç doğrultusunda farklı yönlerden hareket ettiklerinden söz konusu suçun karşılaşma suçu olduğunu düşünüyoruz. Diğer yandan söz konusu suç tipinde faillerin farklı hareketlerde bulunarak her failin hareketi farklı bir suç ismine vücut

⁵³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 685.

⁵³⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 494, Zafer, Genel Hükümler, s. 413, Hakeri, Genel Hükümler, s. 529.

⁵³⁹ Sancar, a.g.e, s. 119, Özgenç, Genel Hükümler, s. 495, Zafer, Genel Hükümler, s. 413, Hakeri, Genel Hükümler, s. 529, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 634, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 478, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 551.

⁵⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 685, Özgenç, Genel Hükümler, s. 495, Hakeri, Genel Hükümler, s. 529, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 478, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 552.

⁵⁴¹ Sancar, a.g.e, s. 119.

⁵⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 686, Özgenç, Genel Hükümler, s. 496, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 478, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 552.

⁵⁴³ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.143, H. Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBBD, S.69, Mart-Nisan 2007, s. 364, Mermut, a.g.e, s. 1477.

verdiğinden organ veya doku alma, satma ya da aracılık etme suçunun heterojen hareketli karşılaşma suçu olduğu kanaatindeyiz⁵⁴⁴.

Türk Ceza Kanunu m.20 uyarınca ceza sorumluluğunun şahsi olması ve tüzel kişiler hakkında ceza tedbiri uygulanamayacağından tüzel kişiler bu suçun faili olamayacaklardır. Fakat TCK m. 91 f.7 uyarınca söz konusu suçun tüzel kişi faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtildiğinden; gerçek kişi tarafından tüzel kişi yararına bir suç işlenerek, yararına suç işlenen tüzel kişi özel hukuk tüzel kişisi olduğu takdirde, tüzel kişi hakkında müsadere ya da iznin iptali güvenlik tedbirlerine başvurulabilecektir⁵⁴⁵.

b) Mağdur

Suçun mağduru en genel tanımıyla suçla korunan hukuksal menfaatin sahibidir⁵⁴⁶. Bazı suçlarda bu hukuksal menfaatin sahibi muayyen kişi veya kişiler olabilirken bazı suçlarda ise muayyen bir kişi olarak mağdurdan bahsedilemez⁵⁴⁷. Bu tip suçlarda mağdur toplumu oluşturan herkes olarak kabul edilmektedir.

Organ alma, satma ve aracılık etme suçu bakımından organını satan kişi suç kalıbında yer alan fail konumunda olduğundan suçun mağduru değildir⁵⁴⁸. Nitekim daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere⁵⁴⁹ TCK m.91 kapsamında ihdas edilmiş beş suç tipi açısından da ortak olan hukuksal menfaat kişilerin sağlıklı çevrede yaşama hakları yani sağlık haklarıdır. Diğer bir deyişle bu suçla korunan hukuki değer, insanın üstün bir birey olarak kabul edildiği toplumda vücudunun belli parçalarının, dokularının veya organlarının ticarete konu yapılmaması yönündeki menfaattir⁵⁵⁰. Bu bağlamda bu suçun belirli bir mağduru olmayıp; suçun

⁵⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Sancar, a.g.e, s. 168, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 686.

⁵⁴⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 856-857, Öztürk/Erdem, a.g.e., s. 535.

⁵⁴⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 151.

⁵⁴⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 204-205: Örneğin Kamu sağlığına karşı suçlar (TCK m.185 vd.), genel tehlike yaratan suçlar (TCK m.170 vd.), Kamunun sağlığına karşı suçlar (TCK m.185 vd.) gibi suçlar bu kategoridedir.

⁵⁴⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.238, Üzülmez, a.g.e, s.132.

⁵⁴⁹ Ayrıca bkz: §Korunan Hukuki Değer, s.52.

⁵⁵⁰ Hafızogulları/Özen, a.g.e, s. 102.

mağduru da söz konusu menfaatin sahibi olan toplumu oluşturan kişiler bütünüdür⁵⁵¹. Nitekim Hafızoğulları ve Özen’e göre⁵⁵² de söz konusu bu suçun belli bir mağduru bulunmayıp, geniş anlamda suçun mağduru toplumdur.

Arslan ve Azizağaoğlu’na göre⁵⁵³ suçun mağduru kamu düzeni ve disiplini bozulan devlet olarak kabul edilmiş ise de devletin bir hak süjesi olmadığı ve hak süjesinin ancak kişiler olabileceği nazara alındığından söz konusu bu görüşe katılmıyor ve TCK m.91 f.3’te suçun mağdurunun toplumda yaşayan tüm bireyler olduğunu düşünüyoruz⁵⁵⁴.

c) Maddi Konu

Türk Ceza Kanunu m.91 f.3’te ihdas edilen organ veya doku alma, satma ve aracılık etme suçu bakımından suçun maddi konusu doktrinde tedavüle sokulan organ veya doku olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁵. Tedavüle sokulan organ ya da dokunun bizzat satıcıya ait olması gerekmemekte olup nitekim tedavüle sokulan doku veya organın hukuka uygun yahut aykırı alınıp alınmadığı ya da yaşayan ya da ölü kimseden elde edilmesi önem arz etmemektedir⁵⁵⁶.

d) Fiil

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen suç organ veya dokunun satılması, alınması yahut buna aracılık edilmesi ile oluşur⁵⁵⁷. Kanun

⁵⁵¹ Aynı yönde görüş için bkz: Halıcı, a.g.e, s. 81.

⁵⁵² Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 102-103: TCK m.91 f.3’te ihdas edilen suçun mağdurunun toplum olduğu nazara alındığında yazarlara göre söz konusu suçun Kanun’daki yerinin kişilere karşı suçlar değil topluma karşı suçlar altında olması gerekmektedir.

⁵⁵³ Ç. Arslan/B. Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kasım 2004, s. 414.

⁵⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 204-205.

⁵⁵⁵ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.141, Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 237, Üzülmmez, a.g.e, s. 132.

⁵⁵⁶ Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 237, Yılmaz, a.g.e, s. 226, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Üzülmmez, a.g.e, s. 132, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Meran, a.g.e, s. 225.

⁵⁵⁷ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.141, Üzülmmez, a.g.e, s. 133, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 238, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 149,

koyucu söz konusu fiiller ile organ ve dokular hakkında genel bir satış ve ticaret yasağı koymuştur⁵⁵⁸. Söz konusu bu fiiller ayrı ayrı değerlendirilecek olup; aynı zamanda 11.01.2011 kabul tarihi ile 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki (TBK) satım sözleşmesi ile ilişkisi de ayrıca değerlendirilecektir. Suçun hareket unsurunun gösterdiği özelliklere ise bu bölümde değinilecektir.

Türk Ceza Kanunu’nun 91. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen organ veya doku alma, satma veya satılmasına aracılık etme bir diğer değişle organ ve doku ticareti suçu açısından yasaklanan fiiller organ veya dokuyu satma, satın alma ya da satılmasına aracılık etme fiilleri olup, söz konusu fiiller fail açısından yapma biçiminde nesnelleşen bir davranış olduğundan suç icrai hareketli bir suçtur. Gerçekten TCK m.91 f.3’de ihdas edilen suç açısından kanun koyucu bir yasak normu öngörmüş başka bir değişle organ ve doku ticareti yapılarak organ ve dokuların ticari bir meta olarak tedavüle sokulmasını yasaklamıştır. Bu sebeple hükümde açıkça bir yapma öngörüldüğünden ihmali-icrai suçlar şeklinde bir kategorizasyon yaptığımızda söz konusu suç icrai suçlar kategorisinde olacaktır.

Organ ve doku ticareti suçu bakımından yasaklanan fiiller satma, satın alma ve satılmasına aracılık etme şeklinde olup, alım – satımın ne şekilde yapılacağı veyahut satıma aracılık edilmesinin hangi hareketlerle meydana geleceği suç tipinde belirtilmemiştir. Bu bağlamda suç tipindeki hareket tanımlanmamış olduğundan söz konusu bu fiillerin meydana getiriliş şekilleri bir önem arz etmemektedir. Açıklanan bu sebeplerle kanaatimizce suç serbest hareketli bir suçtur⁵⁵⁹.

Organ ve doku ticareti suçu suç tipinde yer alan alma, satma veyahut satılmasına aracılık etme fiillerinden birinin gerçekleştirilmesi ile tamamlanmış olup, suçun oluşması bakımından ayrıca bir zarar yahut somut bir tehlike aranmış değildir⁵⁶⁰. Bu bağlamda suç organ veya dokunun alınması, satılması ya da

⁵⁵⁸ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1314.

⁵⁵⁹ Bağlı hareketli suç olduğu yönündeki görüş için bkz: Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 103.

⁵⁶⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 271.

satılmasına aracılık edilmesi ile tamamlandığından sırf hareket suçu olduğu düşüncesindeyiz⁵⁶¹.

Son olarak organ ve doku ticareti suçu bakımından kanun koyucu suç tipinde satın almak, satmak ve satılmasına aracılık etmek şeklinde üç tane fiil öngörülmüş olup bu fiillerden birinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olur. Söz konusu bu üç fiil seçimlik hareketler olup, bu bağlamda suç seçimlik hareketli bir suçtur⁵⁶².

aa) Satmak

Satmak TDK'da “Bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek” olarak tanımlanmıştır⁵⁶³. Söz konusu bu tanımdan da anlaşıldığı üzere fiil konusu satılan malın karşılığı herhangi bir değer olarak belirtilmiş ve bu değer para olması aranmamıştır. Sözlükteki tanımı bağlamında TCK m.91 f.3'te suç kapsamında satma fiili organ veya dokunun belli bir değer karşılığında bir başkasına devredilmesi olarak tanımlanabilir⁵⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu m.207 uyarınca ise satım sözleşmesi “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. bu bağlamda bir satım sözleşmesinden bahsedebilmek için satıcının bir malvarlığını alıcıya geçirmeyi, alıcının da kararlaştıran değeri satıcıya ödemeyi borçlanması yeterlidir⁵⁶⁵. Diğer bir deyişle satım sözleşmesinin tamamlanması için tarafların para ile mal değiştirilmesi hususunda anlaşmaları yeterli olup, ayrıca sözleşme

⁵⁶¹ Zarar suçu olduğu yönündeki görüş için: Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 103-104: Yazarlara göre organ ve doku ticareti suçu esasen zarar suçu olmasına rağmen organ ve doku satılmasına aracılık etme suçu aracı alıcı ve satıcıyı karşılaştırmakla, karşı karşıya getirmek ile tamamlanmış olur. Bu sebeple bu suç alma ve satma suçundan farklı olarak sırf hareket suçudur.

⁵⁶² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 271, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 238, Üzülmez, a.g.e, s. 132, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Yılmaz, a.g.e, s. 226, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Halıcı, a.g.e, s. 79, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 149.

⁵⁶³ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:16.08.2016)

⁵⁶⁴ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133,

⁵⁶⁵ C. Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, İstanbul 2007, s. 42.

konusu şeyin alıcıya teslimi ve bedelin de alıcıya ödenmesi şart değildir⁵⁶⁶. TBK bağlamında, incelediğimiz suçta yer alan satma fiilini değerlendirecek olursak faillerden birinin organını satma yönünde diğer fail olan alıcı ile anlaşması yeterli olup bu bağlamda organ veya dokunun devredilmesi ve bedelinin alınması şart değildir⁵⁶⁷. Fakat doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre⁵⁶⁸ TCK m.91 f.3'te düzenlenen organ ve doku ticareti suçu bakımından satış TBK anlamında yorumlanmamakta, TCK sistematigi içerisinde söz konusu suçun vücut bütünlüğüne yönelik suçlar altında tasnif edildiği de nazara alındığında suç konusu organ yahut dokunun satılması hususunda anlaşılması yeterli olmayıp suç, organ veya dokunun devri anında gerçekleşmektedir. Nitekim satış sözleşmesi Borçlar Kanunu kapsamında iradelerin uyuşması ile kurulmuş olsa da TCK kapsamında düzenlenen suçla korunan hukuki değer ancak organın devri ile ihlal edileceğinden suç kapsamındaki satma eyleminin söz konusu olabilmesi bakımından taraflar arasındaki iradelerin uyuşması yeterli olmayıp, suçun tamamlanması için organ veya dokunun zilyetliğinin, bir başka anlatımla tasarruf yetkisinin de devredilmiş olması ve fiili hâkimiyetin alıcıya geçmesi gerekir.

Başka bir görüşe göre ise organ ve doku ticareti suçu açısından para ya da diğer menfaatin sağlanmasının suçun oluşumu açısından bir önemi olmayıp bu konuda anlaşma yapılması suçun oluşumu açısından yeterlidir⁵⁶⁹.

Türk doktrini açısından satma fiilinin ne zaman tamamlandığı hususundaki bu tartışmaya paralel olarak Singapur hukukunda söz konusu durum hakkında bir ayırım yapılarak her iki durum açısından farklı cezalar öngörülmüştür. Örneğin kişinin organ veya dokusunu satma hususunda bir anlaşma yapması ve fakat buna ilişkin devir işlemlerini yapmaması halinde fail 12 aya kadar hapis ve/veya 10.000 Singapur Doları ile cezalandırılırken; satım işlemleri yanında kişinin buna ilişkin devri de gerçekleştirmesi halinde 10 yıla kadar hapis veya 100.000 Singapur Doları

⁵⁶⁶ Yavuz, a.g.e, s. 43.

⁵⁶⁷ Aynı görüş için bkz: Parlar/Hatipoğlu, a.g.e.,s .1562, Yılmaz, a.g.e, s. 226, Yıldız, a.g.e, s. 290, S. Bakıcı, a.g.e, s. 949, Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1314.

⁵⁶⁸ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.133, Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

⁵⁶⁹ Meran, a.g.e, s. 226, Mermut, a.g.e, s. 1477.

ile cezalandırılmaktadır⁵⁷⁰. Benzer bir düzenleme Türk doktrindeki tartışmayı da sonlandırmak açısından yerinde olacaktır.

Diğer yandan satma fiili ile suçun oluşması için bağışlanan organ veya dokunun tedavüle sokulması amacı olması gerekmekte başka bir deyişle organ veya doku satışa arz edilen bir obje konumunda olmalıdır. Bunun dışında ise her ne kadar TCK m.91 f.3 hükmü ile “bir bedel ya da başkaca bir menfaat karşılığı” organ ve doku alınması yasaklanmış olsa da ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz vermek gerekir⁵⁷¹. Bu bağlamda vericinin hastane, ilaç, hastaneye ulaşım ve konaklama vb. nakilden kaynaklanan masraflarının karşılanması pek tabi suç kapsamında telakki edilemez⁵⁷². Nitekim kendisinden organ ya da doku alınan verici bir operasyon geçirmektedir ve operasyon dolayısıyla sağlık kurumuna belli bir miktar para ödemesi gerekir. Hattızatında sağlık kurumunda geçirilen süre orantılı olarak işine gidemediği gibi çıktıktan sonra da bir süre daha işine gidememesi ve elde edeceği kazançtan yoksun kalması mümkündür. Tüm bunların ötesinde geçirilen operasyon sonrasında beklenmedik komplikasyonlar ile karşılaşılması yahut belli bir süre ya da sürekli olarak özel bir bakıma ihtiyaç duyulması da kişinin maddi yönden masraf yapmasına sebep olabilir. Bir başka insanın hayata döndürülmesi maksadıyla herhangi bir akrabalık ya da yakınlık ilişkisi olmaksızın böylesine büyük bir fedakârlığa katlanan vericiyi bir de hastane masraflarını ödemek zorunda bırakmak ve çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi etmemek adalet hissi ile bağdaştırılmaz⁵⁷³. Nitekim Avrupa Konseyi 1978’deki bir toplantısında ticari olmamak diğer bir deyişle organ ve dokunun ticari bir meta olarak piyasaya sürülmemesi halinde vericinin uğrayacağı maddi zararın karşılanmasının uygun olduğu kabul edilmiştir⁵⁷⁴. Bu nedenle alıcının vericiye uygun bir tazminat vermesi ve bunun da sözleşme ile kararlaştırılması ne hukuka

⁵⁷⁰ Mermut, a.g.e, s. 1461.

⁵⁷¹ Akıncı, a.g.e, s.179 vd., Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s.82 vd., Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.122-123, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 447.

⁵⁷² Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

⁵⁷³ Yıldız, a.g.e, s. 290.

⁵⁷⁴ Süren, a.g.e, s.190, Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu28 Şubat-1 Mart 2008, s.336, S. Bakıcı, a.g.e, s. 944.

ne de ahlâka aykırıdır⁵⁷⁵. Nitekim Ünver’e göre de çoğu vakada alıcının ailesi yahut sigortası tüm masrafları üstlenmekle birlikte asıl maddi problem verici açısından çıkmaktadır ve bu aşamada bağışçının operasyon nedeniyle çalışamama, ücretsiz izin kullanma vb. tüm zararları giderilmeli ve asıl önemlisi tıbbi müdahalenin onun payına düşeni devletçe ödenmelidir⁵⁷⁶. Bu açıdan ameliyat sonrası masrafların karşılanmasının suçu oluşturmaması gerek borçlar hukuku açısından gerekse ceza hukuku açısından doktrinde uygun bulunmakta nitekim vericinin hastanede yatması ve bu sebeple günlük işlerini yapamaması gibi sebeplerle ortaya çıkan masrafları alıcıdan istemesinin de sözleşmeye konu edilebileceği belirtilmektedir⁵⁷⁷. Burada önemli olan husus vericinin nakil sebebiyle zenginleşip zenginleşmediği hususudur⁵⁷⁸. Nitekim Yargıtay’ın da görüşü bu yönde olup bir kararında⁵⁷⁹ durumu şu şekilde özetlemiştir: “Soruşturma ve yargılama sırasında elde edilen tüm delillere ve beyanlara göre, öncelikle sanık G. böbreğini vermesi karşılığında 7000 TL para aldığı yönündeki beyanını yargılama sırasında düzeltmiş ve böbreğini karşılıksız olarak verdiğini, ancak nakil işleminden sonra maddi durumum bozuk dediğinde sanık A.’ın bu parayı kendi gönül rızası ile verdiğini belirtmiştir... Kaldı ki yukarıda belirtildiği şekilde sanık G. nakil karşılığı 7000 TL para alınması konusunda anlaşmadıkları, paranın işlemin tamamlanması sonrasında sanık A. tarafından isteyerek verildiği yönünde savunmasını değiştirmiştir... Organ ve doku satın alınması, bunun için aracılık edilmesi suçunun oluşabilmesi için bu olaya konu

⁵⁷⁵ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.122-123, Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu28 Şubat-1 Mart 2008, s.336, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 447.

⁵⁷⁶ Ünver, “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, s. 221.

⁵⁷⁷ Yıldız, a.g.e, s. 290: Nitekim Yıldız’a göre kanunumuzda yer alan sosyal ve ekonomik koşullar gibi hatalı bir kriter yerine Biyotıp Sözleşmesi’nin 24. Maddesinde yer alan “bir müdahale sonucunda, kabul edilemez bir zarara uğrayan kişinin, kanunda belirtilen koşullar ve usuller uyarınca, adil bir tazminat isteme hakkı vardır.” hükmü dikkate alınarak bir düzenleme yapılması kanısındadır. Ş. Akıncı, Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, s.143: Nitekim Akıncı’ya göre de hem organ ve doku ticareti önlemek hem de canlıdan organ naklini yaygınlaştırmak için vericinin devlet ya da ilgili başka kurumlarca ödüllendirilmesi bunun muhakkak ekonomik değer taşıyan bir şey olması gerekmediği; örneğin organ bağışında bulunan kişinin veya yakınlarının bazı kamu hizmetlerinden öncelikli olarak yararlandırılmasının düşünülebileceğini savunmaktadır. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 199, Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

⁵⁷⁸ Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

⁵⁷⁹ Y.12.C.D. 2012/32443 E. 2014/337 K. 14.01.2014 tarihli Karar aktaran: Taneri, a.g.e, s. 500-501.

taraflar arasında gerçek anlamda bir alım-satım ilişkisinin varlığı şarttır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, olayda bu anlaşmanın varlığı kanıtlanmadığından ve sanık G. ile tanık S. arasındaki böbrek nakli olayının sanık G’ın rızası dahilinde maddi olarak alım-satım ilişkisine konu olmaksızın aralarındaki önceki nişanlılık nedeniyle insani nedenlerle gerçekleştiği, nakil olayı sonrasında bu işlemin getirdiği rahatlık ve sanığın maddi durumunun kötü olduğunu belirtmesi üzerine sanık A. tarafından sanık G.’a bir miktar para verildiği sonuç ve kanısı ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi gerekmiştir.” Yargıtay’ın da kabul ettiği bu görüşe göre gönüllülük esasına göre yapılan nakillerden sonra vericinin birtakım masraflarının karşılanması organ ve doku ticareti suçu olarak nitelenmemektedir. Nitekim Alman hukukunda da organ ve doku ticareti cezalandırılmakta iken TPG m.17 uyarınca “uygun bir miktar ücretin, bağışı ya da alınması, tıbbi müdahalede bulunma amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olan tedbirler için, özellikle de, alma, saklama, başka bir şekilde hazırlamaya ilişkin tedbirler, ayrıca enfeksiyondan korunma, organ ya da dokuları saklama ve yollamaya yönelik tedbirler” kapsam dışı tutulmuş fakat tedavi vb. masrafların karşılanması suç kapsamında sayılmayacağı özellikle belirtilmiştir⁵⁸⁰.

bb) Satın Almak

Satın alma sözlükte “bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek, mübayaa etmek” olarak tanımlanmıştır⁵⁸¹. Bu bağlamda suç tipi bakımından “satın alma”, organ veya dokunun mülkiyetini bir bedel veya ivaz karşılığında bir başkasından devralmak olarak tanımlanabilir⁵⁸². Önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere burada organ veya dokuyu satın alan kişi açısından suç ancak suçun konusu olan organ veya dokunun devralınması ile oluşacak bunun dışında organ veya dokunun satılması hususunda anlaşma suçun oluşması için yeterli olmayacaktır. Diğer yandan alıcı tarafından vericiye ödenen hastane ve bakım

⁵⁸⁰ Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

⁵⁸¹ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.08.2016)

⁵⁸² Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.141.

masrafları da organ ve dokunun ticari bir meta olarak tedavüle sokulmasına mahal vermeyeceğinden suç oluşmayacaktır.

cc) Satılmasına Aracılık Etmek

Aracılık TDK’de “Aracı olma durumu, vasıta, vasıtalık” olarak tanımlanmıştır⁵⁸³. Bu bağlamda alıcı ve satıcıyı bir araya getirerek tanıştıran, alım-satım ilişkisinin kurulması için gerekli ortamı hazırlayan, kişiler arasında organ ve dokunun bedeli hakkındaki pazarlığa katılan ve bu pazarlığı yürüterek bundan komisyon alan ve benzeri fiillerde bulunarak alım satıma destekte bulunan kişi TCK m.91 f.3 kapsamında cezalandırılmaktadır. Kanun koyucu esasen bu fiil ile organ veya doku alan ve satana yardım eden kişiyi fail olarak kabul ederek cezalandırma yoluna gitmiştir⁵⁸⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre OVDN HK m.7 f.1 b.e uyarınca hekimlerin “bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek” yükümlülüğü olduğundan; bir bedel karşılığı organ veya dokunun alınması halinde bu fiili gerçekleştirdiği belirtilmiştir⁵⁸⁵.

2. Manevi Unsur

Organ ve doku ticareti suçu bakımından manevi unsur kast olup, failin bu kapsamda suç kalıbında yer alan unsurları bilmesi ve istemesi gerekmektedir⁵⁸⁶. Bu bağlamda failin organ veya dokusunu belli bir sair menfaat karşılığında başka birine sattığını, diğer failin ise belli bir sair menfaat karşılığında söz konusu organ veya dokuyu devraldığını bilmesi gerekmektedir. Diğer yandan satışa aracılık eden fail

⁵⁸³ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.08.2016)

⁵⁸⁴ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.141: Nitekim Gökçen ve Balcı’ya göre satışa aracılık etmek TCK’da şeriklik olarak kabul edilen yardım etme kapsamında değerlendirilmelidir.

⁵⁸⁵ Mermut, a.g.e, s. 1478.

⁵⁸⁶ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 148, Halıcı, a.g.e, s. 82.

açısından da failin organ ve dokunun ticari bir meta olarak tedavüle sokulduğunu ve kendisinin de bu ticari ilişkinin tarafı haline geldiğini hem bilmesi hem de istemesi gerekmektedir.

Faillerin söz konusu bu hususların birini bilmemeleri durumunda ise failin kastı ortadan kalkacağından suç oluşmayacaktır. Örneğin organ ve doku bağışı için aileleri bir araya getiren bir kimse organ ve doku naklinin gönüllülük esasına dayalı olduğunu düşünüyor fakat devam eden süreçte alıcı ve verici arasındaki bu ilişki bir alım-satım ilişkisine dönüyorsa; tarafları bir araya getiren kimsenin bu aşamadan sonra kastından bahsedilemeyeceğinden suç oluşmayacaktır. Diğer yandan kanaatimizce suçun olası kast ile de işlenmesi mümkündür. Zira örneğin organ ve doku bağışı için tarafları bir araya getiren kişi söz konusu operasyon sonrasında kendisine ve vericiye belli bir para ödenebileceğini öngörüyor ise bu durumda da suçun olası kast ile işlendiğinden bahsedilebilir.

Suçun taksirle işlenmesi ise mümkün olmayıp nitekim suçun taksirle işlenebileceği hakkında Kanun'da da bir hüküm bulunmamaktadır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Ceza Kanunu m.91 f.3'te ihdas edilen organ ve doku ticareti açısından Kanun'da belirtilen herhangi bir hukuka uygunluk sebebi fiili hukuka uygun hale getirememektedir⁵⁸⁷.

Türk Ceza Kanunu'nda yahut başkaca bir kanunda organ alım-satım ya da ticaretine herhangi bir şekilde iştirak edilmesini mümkün kılan ya da serbest bırakan bir hüküm bulunmamaktadır. Bilakis organ ve doku ticaretinin önlenmesi amacıyla bu fiil aynı zamanda OVDNHK m.3'te de yasaklanmıştır. Bu bakımdan TCK m.24 f.1 kapsamında kanunun hükmü uyarınca söz konusu fiilin hukuka uygun hale gelmesi mümkün değilken ve aynı zamanda hiçbir kanunda kişilere bu yönde bir hak da ihdas edilmediğinden TCK m.26 f.1 kapsamında da fiil hukuka uygun olarak gerçekleştirilemez.

⁵⁸⁷ Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.142.

Niteliksel olarak TCK m.25 f.1'deki koşullar sağlanamadığından meşru müdafaa hükümlerinin de söz konusu suç açısından uygulanması söz konusu olamamaktadır.

Son olarak yaşayan kişilerin organlarının hukuka uygun bir şekilde alınması ya da ölüden hukuka uygun olarak organ elde edilmesi hali de fiili hukuka uygun hale getirmemektedir⁵⁸⁸. Zira daha önce de vurguladığımız üzere kanun koyucu söz konusu suç ile her türlü organ veya dokunun ticari bir meta haline gelmesini engellemeye çalışmış ve hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak ele geçirilen her türlü organın bir bedel veya sair bir menfaat karşılığı alınıp satılmasını engellemek istemiştir⁵⁸⁹. Diğer bir deyişle herhangi bir surette organ veya dokunun ticari olarak tedavüle sokulması yasaklandığından söz konusu bu organ ve dokuların nasıl elde edildiği bir önem arz etmemektedir. Bu bağlamda kişilerin organ ve doku ticareti hakkındaki rızaları da fiili hukuka uygun hale getirmemektedir.

C- Kusurluluk

1. Genel Açıklamalar

Organ ve doku ticareti suçu bakımından yalnızca zorunluluk hali özellikli bir durum arz etmekte olup, bunun dışında kalan cebir, şiddet, korkutma, tehdit, haksız tahrik yahut amirin emri gibi diğer kusurluluğu etkileyen sebepler bu suç açısından uygulama alanı bulamamaktadır. Diğer yandan TCK m.25 f.2'de düzenlenen genel zorunluluk hali dışında TCK m. 92'de organ veya dokusunu satan fail açısından da özel bir zorunluluk hali düzenlenmiş olup, bu bölümde hem genel hükümlerde yer alan zorunluluk hali hem de TCK m.92 hükmü incelenecektir.

⁵⁸⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 237, Yılmaz, a.g.e, s. 226, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Üzülmez, a.g.e, s. 132, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 103.

⁵⁸⁹ Bkz: TCK m.91 f.3 gerekçesi.

2. Zorunluluk Hali

Organ ve doku ticareti suçu bakımından failin kendisine veya başkasına yönelik olarak bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile söz konusu fiilleri gerçekleştirmesi halinde kusuru ortadan kalkacak ve fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Bu bağlamda organ ve doku ticareti suçu bakımından zorunluluk halinin uygulanması mümkündür⁵⁹⁰. Örneğin çocuğu böbrek yetmezliği sebebiyle hayati tehlike içerisinde bulunan bir kimsenin çocuğunun yaşam hakkına yönelik ağır ve kesin bir tehlike bulunduğundan belli bir bedel karşılığı başkasından böbrek satın alması durumunda satın alan kişi açısından bir zorunluluk hali söz konusudur. Bu durumda satın alan hakkında TCK m.25 f.2 uyarınca ceza verilmeyecektir. Fakat bu aşamada yalnızca satın alan fail açısından bir zorunluluk hali söz konusu olduğundan satıma aracılık eden yahut satan kişi açısından bir zorunluluk hali söz konusu olmadığı için bu kişiler hakkında kusurun ortadan kalkması söz konusu olmayacaktır.

⁵⁹⁰ Farklı yöndeki görüş için bkz: Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 136-140: Aydın'a göre TCK m.25 f.2'de düzenlenen genel zorunluluk hali organ ve doku ticareti suçu açısından söz konusu olamaz. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira TCK m.92 hükmü dışında genel zorunluluk halinin uygulanmaması halinde organ veya dokuyu satın alan ya da satılmasına aracılık eden kimse hakkında zorunluluk halinden bahsedilemeyecektir. Fakat organını ya da dokusunu yalnızca içerisinde bulunduğu ekonomik durum yüzünden satan ve bu sebeple ceza hukuku sistemi tarafından kınanmayarak zorunluluk halinde olduğu düşünülen ve hakkında ceza verilmeyen fail yanında kendisinin ya da bir yakınının yaşam hakkına yahut vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlikeye ortadan kaldırmak için organ veya doku satan alan kimsenin zorunluluk hali içerisinde kabul edilmemesi ceza adaleti ile bağdaşmamaktadır. Nitekim dikkat edilecek olursa faillerden birinin maddi değerlerine ve malvarlığına yönelik bir tehlike zorunluluk halinde olduğunun kabulünü gerektiren yaşam hakkı gibi en temel insan haklarından olan bir hakkına yönelik bir tehlikenin savuşturulması için söz konusu fiilleri gerçekleştiren birinin cezalandırılması kanaatimizce uygun değildir. Karşı yönde görüş için bkz: Yıldız, a.g.e, s. 290: Nitekim Yıldız' göre sadece sosyal ve ekonomik koşulları nedeniyle organını satan kişiyi cezalandırmazken bu organı satın alıp kendisine nakletmediği sürece ağır tıbbi sonuçlar veya ölümle karşı karşıya kalabilecek birinin bu durumuna ilişkin bir düzenleme yapılmaması çelişkilidir.

3. Kusuru Etkileyen Özel Hal Olarak TCK m.92 Düzenlemesi

Organ ve doku ticareti suçu kapsamında gerçekleştirilen tüm fiiller açısından TCK m.25 f.2’de düzenlenen zorunluluk hali uygulanabilir nitelikte olmakla beraber, TCK m.92 uyarınca organ veya dokusunu satan fail için özel olarak bir zorunluluk hali düzenlenmiş ve organ veya dokusunu satan fail TCK m.25 f.2’de yer alan ağır koşullardan ayrılmak istenmiştir⁵⁹¹. Bu bakımdan TCK m.92’de düzenlenen zorunluluk hali TCK m.25 f.2’de yer alan zorunluluk halinden farklı ve özel bir düzenlemedir⁵⁹². TCK m.92 hükmü uyarınca organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir. Söz konusu bu hüküm yalnızca TCK m.91 f.3’te ihdas edilen suç için ve organ ya da dokusunu satan faile yönelik olarak düzenlenmiştir⁵⁹³.

Türk Ceza Kanunu m.92 hükmünden de anlaşıldığı üzere maddede düzenlenen hal genel zorunluluk halinden ziyade organ veya dokusunu satan failin içerisinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullara işaret etmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanındığı dile getirilmiştir⁵⁹⁴. Söz konusu madde uyarınca içerisinde bulunduğu kötü ekonomik ve sosyal koşullar sebebiyle organ veya dokusunu satan kişinin bu durumu nazara alınarak hakkında hiç cezaya hükmolünmeması ya da belirli bir indirim yapılması öngörülmüştür.

Türk Ceza Kanunu m.92’de düzenlenen zorunluluk hali hükmü doktrinde birçok yönüyle oldukça eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden ilki madde lafzında geçen sosyal ve ekonomik koşullar ifadesinin zorunluluk hali olarak kabul

⁵⁹¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 855, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 138.

⁵⁹² Meran, a.g.e, s. 233.

⁵⁹³ Meran, a.g.e, s. 233.

⁵⁹⁴ Bkz: TCK m.92 gerekçesi, S. Bakıcı, a.g.e, s. 955.

edilemeyeceği noktasındadır⁵⁹⁵. Nitekim bir görüşe göre söz konusu bu hüküm niteliksel olarak TCK m.25 f.2’de düzenlenen zorunluluk halinden farklı bir düzenleme olup yalnızca vericinin içerisinde bulunduğu ekonomik durumu ifade etmektedir⁵⁹⁶. Diğer bir görüşe göre ise hüküm zorunluluk hali başlığını taşıyor olsa dahi bir hukuka uygunluk sebebi değil cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi bir sebep niteliğindedir⁵⁹⁷. Nitekim bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise söz konusu bu hüküm faile ceza verilmediğinde bir mazeret nedeni; cezası azaltıldığında ise cezayı azaltan bir neden; sonuç olarak ise kusurluluğu etkileyen bir neden olarak hukuk düzenine yeni katılan istenemezlik ilkesinin özel bir halidir⁵⁹⁸.

Söz konusu maddeye yönelik bir diğer eleştiri ise verici açısından organ ve doku ticaretini hiçbir koşulda cezalandırılmaz hale getirmesidir⁵⁹⁹. Gerçekten kanun koyucu söz konusu bu hüküm ile öncelikle organ ve doku ticaretini alan ve satan kişi açısından yasaklamakta hatta bir adım öteye geçerek genel ceza hukuku prensipleri çerçevesinde şerik konumunda olan kişiler olarak bu satışa aracılık edenleri dahi fail kabul etmekte iken, getirdiği bu hüküm ile vericiyi hiçbir koşulda organ ve doku ticareti suçu sebebiyle cezalandırılmaz hale getirmektedir⁶⁰⁰. Zira hiçbir surette organ veya dokusunu satan bir kimsenin ekonomik ve sosyal durumunun düzgün olması beklenemeyeceğine göre organını satan fail açısından da TCK m.91 f.3’teki yaptırım hiçbir zaman uygulanamaz hale gelmektedir⁶⁰¹. Bu sebeple söz konusu madde ile maddi zorluk içerisinde olan kişilerin organ ve dokularını satması bir bakıma teşvik edilmektedir⁶⁰². Zira organ ve dokusunu

⁵⁹⁵ Yıldız, a.g.e, s. 289, Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.191, Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 356, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1324-1325.

⁵⁹⁶ Soyaslan, Organ Nakilleri, s. 138, K. Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.223.

⁵⁹⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 271.

⁵⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s.109.

⁵⁹⁹ Yıldız, a.g.e, s. 289, Süren, a.g.e, s. 191, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 139, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 151, Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 169.

⁶⁰⁰ Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.191.

⁶⁰¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 855, Yıldız, a.g.e, s.289, Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.192, Süren, a.g.e, s. 191, Ç.K. Aydın, a.g.e, s.151.

⁶⁰² Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1324, Mermut, a.g.e, s. 1483.

içerisinde bulunduğu ekonomik yetersizlik sebebi ile satan kişinin cezalandırılmamasını sonuçlayan bu madde kişilerin herhangi bir yaptırım korkusunda bulunmadan bu tip fiillere yönelmesine yol açmaktadır⁶⁰³. Tüm bunların ötesinde söz konusu hüküm ile maddi zorluk içerişimde olan kimselerin organ ve doku ticaretine yönelik olarak örgütler tarafından hedef haline getirileceği ve aynı zamanda hükmün organ ve doku ticareti ile olan mücadeleyi de etkisizleştireceği savunulmaktadır⁶⁰⁴.

Hükümde yer alan ekonomik ve sosyal koşullar ifadesinin somut olarak tespit edilebilir bir niteliğe sahip olmamasından ötürü belirlilik ilkesine aykırı olduğu ve bu sebeple uygulamada eşitlik ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkacağı savunulmuştur⁶⁰⁵. Gerçekten de söz konusu hüküm içerisinde herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir. Bu sebeple verilecek kararların hangi ölçüte göre denetleneceği hakkında bir boşluk olduğundan bahisle söz konusu hükmün keyfi uygulamalara yol açabileceği düşünülmektedir⁶⁰⁶.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında⁶⁰⁷ her ne kadar TCK m.92’de düzenlenen zorunluk halinin genel zorunluluk halinden farklı bir niteliği olduğunu söylemek suretiyle söz konusu hüküm ile organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık hali düzenlendiğini belirtmiş ise de söz konusu bu cezasızlık halinin uygulanabilmesi açısından genel zorunluluk haline ilişkin kıstasları uyguladığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay kararında özetle “Organ ticareti yapma suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden TCK’nın 92 nci maddesindeki organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebileceği hükmü ile TCK’nın 25/2 nci maddesindeki ağır şartlardan

⁶⁰³ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 139, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 151.

⁶⁰⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 855, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 139, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 151.

⁶⁰⁵ Yıldız, a.g.e, s. 289, Aydın, “Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 169.

⁶⁰⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 855, Yıldız, a.g.e, s.289, Ünver, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”, s.192, Soyaslan, Organ Nakilleri, a.g.e, s. 138, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 151.

⁶⁰⁷ Y.12.CD, 2014/12641 E. 2015/18074 K. 23.11.2015 (www.corpus.com.tr Erişim Tarihi: 07.11.2016)

ayrılmak suretiyle özel bir zorunluluk HALİ DÜZENLENMİŞTİR. Bununla birlikte madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de, esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de KABUL EDİLMEKTEDİR. Bu hüküm uygulanırken çok özenli davranılmalı, maddenin yorumunda organ ve doku ticaretine ilişkin suçlarla mücadelede etkisiz kalınacak bir yorum ve uygulamadan kaçınılmalı, hukuk düzeninin kendi içinde çelişmeyeceği nazara alınarak Organ ve Doku Nakli Kanununun 3'üncü maddesindeki yasaklama HÜKMÜ GÖZETİLMELİDİR. Sanıkların savunmalarında da belirtildiği üzere ekonomik sıkıntılarını gidermek amacıyla atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden oldukları ekonomik sıkıntılarını, hayati önem taşıyan organlarını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanlarının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığıyla konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92 nci maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığı" demek suretiyle TCK m.92 hükmünün faile uygulanabilmesi için ekonomik sıkıntılara bilerek ve isteyerek sebebiyet verilmemesini, bu ekonomik sıkıntıların başka bir yolla savuşturulma imkanının olmamasını ve tehlikenin ağırlığıyla konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantı olmasını aramaktadır. Yargıtay'ın uyguladığı bu kriterler ile her organ veya doku ticareti suçu bakımından satan failin cezalandırılmamasının önüne geçmeye çalıştığını söylemek mümkündür.

Son olarak ölümle karşı karşıya olan birinin hukuka aykırı olarak elde edilen bir organı kabul etmesinin etik açıdan yanlış olmadığı yönünde bir eğilim bulunmasına rağmen bir kimsenin yalnızca içerisinde bulunduğu zor ekonomik koşullar sebebi ile organ veya dokusunu satması cezalandırılmaz iken, ölüm yahut ağır tıbbi sonuçlar ile karşılaşacak bir kimse için bu yönde bir düzenleme

yapılmaması da doktrinde eleştirilmiş⁶⁰⁸ ve söz konusu halin yalnızca satan fail bakımından değil alan fail açısından da düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur⁶⁰⁹. Nitekim TPG m.18 uyarınca hâkime organ ve doku ticareti faillerini cezalandırmak açısından benzer şekilde bir takdir hakkı tanınmış ve bu takdir hakkı hem alıcı hem de satıcı açısından ihdas edilmiştir⁶¹⁰.

4. Cezayı Kaldıran Şahsi Bir Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

Türk Ceza Kanunu m.93 hükmünde organ veya dokusunu satan fail açısından suçun tamamlanmasından sonra gösterilen pişmanlık nedeniyle birtakım koşulların gerçekleştirilmesi halinde bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiş olup⁶¹¹; TCK m.93 f.1 uyarınca organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını

⁶⁰⁸ Yıldız, a.g.e, s. 290.

⁶⁰⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 271, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1325.

⁶¹⁰ Bkz: TPG m.18: Mahkeme, organları veya dokuları yasaklanmış ticarete konu olmuş olan, organ veya doku bağışçıları ya da organ veya doku alıcılarını 1. fıkra göre cezalandırmadan kaçınabilir ya da cezayı kendi takdirine göre hafifletebilir

⁶¹¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 856, Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s. 1567, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 110-111, Ç.K Aydın, a.g.e, s.157: Ç.K Hafizoğulları, Özen ve Aydın'a göre Madde başlığı etkin pişmanlık olmakla birlikte maddenin düzenlediği husus teknik anlamda bir etkin pişmanlık değildir. Zira Aydın'a göre etkin pişmanlık teşebbüs ile ilgilidir ve fail kendiliğinden ya icrasına başladığı suça devam etmez ya da neticenin gerçekleşmesini önler. Burada birinci durumda gönüllü vazgeçme ikinci durumda ise etkin pişmanlık olur. TCK m.93'te ise böyle bir durum yoktur. Etkin pişmanlıkla ilgili bir diğer problem ise 93. Madde başlığı altında düzenlenmekle birlikte failin suç yolunun kapanmasını kendi çabası ile engellemesi dolayısı ile teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak olmasıdır. Ancak o ana kadar yaptığı hareketler bir başka suçu oluşturduğu takdirde gönüllü vazgeçen bu suçtan sorumlu olacaktır. Aydın'a göre 93. Maddedeki cezaya hükmolunmaz düzenlemesi bu konuda soru işaretlerini barındırmaktadır. Zira gönüllü vazgeçmenin varlığına rağmen fiil hukuka aykırılığını korur. Kanaatimizce Aydın gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kavramlarını birbirine karıştırmaktadır. Zira TCK m.36'da da açıkça belirtildiği üzere Kanun failin, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde gönüllü vazgeçme kurumundan yararlandırmaktadır. Diğer bir değişle icra hareketlerinin tamamlanmaması ya da tamamlanmakla birlikte neticenin gerçekleşmemesi hali TCK m.36 kapsamında değerlendirilmektedir. Anlaşılabileceği üzere zaten bu iki halde de henüz suç oluşmamış diğer bir değişle tamamlanmamıştır. Etkin pişmanlık hali ise ancak suçun tamamlanmasından sonra meydana gelebilecek bir kurum olup nitekim etkin pişmanlık hali suçun oluşumunu ya da işlenen fiilin haksızlık içeriğini değiştirmemekte, ortadan kaldırmamaktadır. Yalnızca bir takım suç politikaları sebebiyle failin birtakım şartları yerine getirmesi sonucu hakkında ceza verilmemekte ya da cezası indirilmektedir. TCK m.93'te de organ veya doku satan kimsenin suç tamamlandıktan sonra bir takım şartlar gerçekleşmesi arandığından kanaatimizce Kanun koyucu tarafından tipik bir etkin pişmanlık hali ihdas edilmiş olup, Aydın'ın görüşüne katılmamaktayız.

kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmamaktadır. Bunun dışında TCK m.93 f.2 uyarınca ise suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirileceği hükmolunmuştur. Bu bağlamda TCK m.93'ün ilk fıkrası açısından cezayı kaldıran, ikinci fıkrası açısından ise cezayı azaltan şahsi bir sebep ihdas edilmiştir⁶¹². Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere söz konusu hal yalnızca organ veya dokusunu satan kişi açısından düzenlenmiştir⁶¹³. Nitekim söz konusu bu hüküm yalnızca TCK m.91 f.3'te düzenlenen suç bakımından öngörülmüş olup aynı madde lafzında yer alan diğer suçlar açısından bir cezasızlık ya da indirim sebebi değildir⁶¹⁴. Bu bakımdan hüküm hem fail hem de fiil açısından sınırlandırılmıştır⁶¹⁵.

Cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler suç tamamlandıktan sonra gerçekleşmekte olup, suç olan fiilin işlenmesi aşamasında kişinin cezalandırılmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir⁶¹⁶. Fakat söz konusu böyle bir sebebin varlığı halinde suç tamamlandıktan sonra birtakım şartların sağlanması halinde faile ya hiç ceza verilmemekte yahut cezasında belli bir indirim yapılmaktadır. Nitekim kanun koyucu kanunda özel olarak belirttiği bazı suçlar açısından suç tamamlandıktan sonra fakat soruşturma başlamadan önce, soruşturma evresinde, kovuşturma evresinde, hüküm verilmeden ve hatta infaz süresinde etkin pişmanlık gösteren failin işlediği fiilin neticelerinin mümkün olduğunca azaltılması halinde faile hiç ceza verilmemesini ya da cezasında belli bir indirim yapılmasını öngörebilir⁶¹⁷. Bu anlamda cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlığın düzenlendiği hükümlerden biri de TCK m.93 hükmüdür.

⁶¹² Mermut, a.g.e, s. 1484.

⁶¹³ TCK m.93 gerekçesi şu şekildedir: Madde metninde organ veya dokularını satan kişi açısından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Mermut, a.g.e, s. 1484.

⁶¹⁴ Y. Baba, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, İstanbul 2013, s. 35.

⁶¹⁵ Baba, a.g.e, s. 34.

⁶¹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 643, Hakeri, Tıp Hukuku, s.856, Gökçen/Balcı, Organ ve Doku Ticareti, s. 145.

⁶¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 643.

Türk Ceza Kanunu m.93'te düzenlenen etkin pişmanlık halinin varlığı durumunda organ veya doku satmak fiilinin içerdiği suç niteliği yahut haksızlık içeriğinde bir değişiklik olmayacaktır. Diğer bir deyişle bu sebeplerin varlığı halinde yalnızca failin cezai sorumluluğuna gidilemeyecek fakat işlenen fiil haksızlık içeriğini koruyarak suç teşkil etmeye devam edecektir⁶¹⁸. Bu bağlamda fail hakkında CMK m.223 f.4 b.b uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir⁶¹⁹.

Doktrindeki bazı yazarlara göre organ ve doku satan kişinin söz konusu bu halden yararlanabilmesi için organın satılması yeterli olup; ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmiş olması aranmamaktadır⁶²⁰. Bir diğer görüşe göre ise bu suç satım sözleşmesinin yapılmasıyla tamamlandığından etkin pişmanlık hem organ ve dokunun vücuttan alınmasından önce hem de naklin gerçekleşmesinden sonra mümkün gözükmemektedir⁶²¹. Fakat bu halde ilk hal cezasızlık ikinci hal ise indirim sebebi olmalıdır⁶²². Donay'a göre⁶²³ ise bu hüküm ile amaçlanan insan sağlığına zarar verilmeden bir suçun ortaya çıkarılması olduğundan etkin pişmanlık ancak organ veya doku vücuttan ayrılmadan önce söz konusudur. Etkin pişmanlık hükümlerinin ancak suç tamamlandıktan sonra gerçekleşebileceği nazara alındığında bu anlamda TCK m.91 f.3 kapsamında organ veya dokusunu satan kişinin de TCK m.93'ten yararlanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda daha önce de belirttiğimiz üzere biz suçun sadece tarafların satım hususunda anlaşmaları ve taraflardan birinin organı teslim etmesi diğerinin de bedeli ödemesi hususunda borç altına girdiği anda değil, tasarruf işlemi olarak bedel ve suç konusunun devri ile oluştuğunu düşündüğümüzden kanaatimize etkin pişmanlık hükümleri ancak organ veya doku teslim edilip bedeli alındıktan

⁶¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 647.

⁶¹⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 856: Hakeri'ye göre bu hükmün CMK m.171'de Cumhuriyet Savcılarına kamu davası açma konusunda takdir hakkı tanıyan madde çerçevesinde de değerlendirilmesi ve savcının organ veya dokularını satıp da etkin pişmanlık gösteren kişi hakkında dava açılmayacağını göz önünde bulundurmak gerekir.

⁶²⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 856, Yıldız, a.g.e, s. 290, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 158, Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri", s.192-193, Mermut, a.g.e, s. 1477.

⁶²¹ Baba, a.g.e, s. 45.

⁶²² Baba, a.g.e, s. 45.

⁶²³ S. Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 152.

sonra söz konusu olacaktır. Bundan önce, örneğin organını satan kişinin satımdan vazgeçip organı teslim etmediği ve bedeli de almadığı halde ise henüz icra hareketleri devam ettiğinden TCK m.36 uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple doktrindeki bu görüşü organ veya doku teslim alındıktan sonra ayrıca alıcıya tıbbi anlamda nakledilmiş olması gerekmemektedir şeklinde yorumlamak doğru olacaktır.

Doktrinde söz konusu bu etkin pişmanlık halinin yalnızca organ veya dokularını satan açısından düzenlenmesi eleştirilmektedir⁶²⁴. Etkin pişmanlığın amacının suç ve suçluları ortaya çıkarmak olarak ele alınması karşında satan kişinin yanında alan ve aracılık edenin de ihbarlarının önemi nazara alındığında madde metnine dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶²⁵. Nitekim söz konusu maddenin yanında organ ya da dokusunu satan kişinin elde ettiği haksız maddi menfaat ile ilgili bir düzenleme yapılmaması da bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁶²⁶.

Son olarak TCK m.93 kapsamında düzenlenen etkin pişmanlık hükmü TCK'nin ilk 75. maddesinde yer alan genel hüküm niteliğinde olmadığından, yalnızca TCK m.91 f.3'te düzenlenen suç tipleri açısından uygulanacak olup⁶²⁷, örneğin OVDN HK m.15'te yer alan organ veya doku satımının komisyonculuğunu yapmak fiili TCK m.91 f.3'te yasaklanmadığından bu fiil kapsamında uygulanmayacaktır⁶²⁸.

⁶²⁴ Yıldız, a.g.e, s. 290-291, Öztezel, a.g.e, s. 230, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1327, Mermut, a.g.e, s. 1484. Ayrıca bkz: Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri", s.192: Yazara göre bu husus açıklığa kavuşturulmamış ve bu yönde bir ayırım yapılmadan her iki olasılığa da aynı etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına yol açacak genel bir ifade biçimi kullanılmıştır.

⁶²⁵ Öztezel, a.g.e, s. 230, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 856, Baba, a.g.e, s. 35.

⁶²⁶ Yıldız, a.g.e, s. 290-291, Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkileri", s.192-193, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 856, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1327.

⁶²⁷ Mermut, a.g.e, s. 1484, Meran, a.g.e, s. 234: Nitekim TCK m.91'de ihdas edilen diğer suç tipleri için de uygulanması söz konusu değildir.

⁶²⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 856, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 158, D. Soyaslan, "Organ Nakilleri", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 357, Soyaslan, Özel Hükümler, s. 210, Ö. Bayraktar, a.g.e, s. 1327.

D-Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Organ ve doku ticareti suçu sırf hareket suçu olmasına rağmen suç kalıbında belirtilen satma, satın alma ve satıma aracılık etme fiilleri bölünebildiğinden teşebbüse elverişli bir suçtur⁶²⁹.

Failin organ veya doku ticareti suçu açısından teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlayıp, elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması gerekir. Bu aşamada satma, satın alma ve satıma aracılık etme fiilleri kapsamında hangi hareketlerin icra hareketi olduğunun tespiti büyük önem arz etmektedir. İnceleme konusu suçun icra hareketleri en basit tanımıyla satma, satın alma ve satıma aracılık etme fiilleri ile bu fiillerle maddi bağlantı içeren ya da bu hareketlere zorunluluk bağı ile bağlı olan tüm hareketler olarak nitelendirilebilir.

Organ ve doku ticareti suçu suç konusu organ veya dokunun satımının tamamlanması ile oluşmaktadır. Fakat daha önceki bölümlerde de belirttiğimiz ve bizim de katıldığımız görüşe göre bu suç kapsamında kastedilen satım TBK'deki satım sözleşmesinden farklı olarak sadece borçlandırıcı ve tarafların anlaşması ile oluşan bir satımı değil; tasarruf işlemi olan organ veya dokunun devrini de kapsamaktadır⁶³⁰. Bu bağlamda suç ancak suç konusunun teslimi ile oluşmaktadır. Bu çerçevede kanaatimizce tarafların suç konusu organ veya dokunun satımı hususunda anlaşmaları, diğer bir değişle bedel ve konu üzerinde mutabakata varmaları ile suçun doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmaktadır. Başka bir değişle tarafların icap ve kabul beyanlarını dile getirdikleri aşamadan sonra suçla korunan hukuki değer ihlal edilmeye başlandığı için tarafların anlaşması icra hareketi niteliğinde olacaktır. Nitekim borçlar hukuku kapsamında borçlandırıcı

⁶²⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 238, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.143, Taneri, a.g.e, s. 491.

⁶³⁰ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 103, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s.133.

işlem ile tasarruf işlemi arasında bir sebep sonuç ilişkisi var olup, genel olarak bir kimse borçlandırıcı bir işlem ile belli bir tasarruf işlemi yapmayı taahhüt eder; tasarruf işlemi ile de mevcut borcun yerine getirilmesi sağlanır⁶³¹. İncelediğimiz suç bakımından da organ ve doku devrinin bu devirden önceki tarafların anlaşmasına bağlı olması karşısında söz konusu anlaşma hareketinin devir işlemine zorunluluk bağı ile bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda taraflar arasında bir anlaşma olmadan organ ve dokunun devri sağlanamayacağından ve dolayısıyla suç tamamlanamayacağından tarafların anlaşması ile suçun doğrudan doğruya icrasına başlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Neticeten taraflar satış için gerekli anlaşmayı yapmış fakat para ya da sair menfaat temin edilmeden ya da organ veya doku teslim edilmeden fail yakalanmış ise fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır⁶³². Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yönde olup, bir kararında⁶³³ açıkladığımız hususu şu şekilde özetlemiştir: “Tüm dosya kapsamına göre, sanıklardan A.Ö'nün diyaliz hastası olup böbrek nakline ihtiyacı olduğu, sanık N.Y.'nin ise borçları nedeniyle böbreğini satmak istediği, aynı yerde çalışan sanık L.S'nin internet aracılığı ile böbrek aradığını öğrendiği, A.Ö'yü arayıp onu Antalya'ya çağırdığı, yanında bir akrabasına ait kimlik getirmesini istediği, buluştuklarında L.'in belgeleri A.Ö'ten aldığı ve A.Ö'ün oğluna ait olan nüfus cüzdanına sanık N.'in fotoğrafını yapıştırıp diğer işlemleri yaptıktan sonra sanıklar N. ve A.'nin hastaneye yatmalarını sağladığı, N. ve A.'nin yargılama aşamasındaki ifadeleri ve hazırlık aşamasında müdafî huzurunda verdikleri birbirlerini doğrular beyanlarına göre organ nakli sonrasında A.Ö'nün 45.000 TL vermeyi vaat ettiği, N.'in ise bundan 17.000 TL alacağını düşündüğü hastanedeki tahliller sırasında her iki sanığın birbirleri ile akraba olmalarının tıbben mümkün olmadığına anlaşılması ile durumun ortaya çıktığı, sanık L.'in organ ticaretine aracılık etme eyleminin tamamlandığı, diğer sanıkların eylemlerinin ise teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmıştır.” Görüldüğü üzere Yargıtay da tarafların satış hususunda anlaşmaları

⁶³¹ M. Dural/S. Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Genel Hükümleri, İstanbul 2004, s. 159.

⁶³² Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.142.

⁶³³ Y.12.C.D 2012/32970 E. 2013/28517 K. ve 10.12.2013 tarihli kararı aktaran: Taneri, a.g.e, s. 496 vd.

ve bir mutabakata varmalarını suçun oluşması için yeterli saymamış, aynı zamanda devrin gerçekleşmesini de aramıştır.

Bunun dışında taraflardan birinin suç konusu organ veya dokusunu satmak üzere iradesini ortaya koyması, organa ihtiyacı olan birine bu şekilde bir teklif götürmesi ise ancak icaba davet daha doğru bir ifade ile satışa arz şeklinde nitelendirilebilir nitelikte olup⁶³⁴ henüz bir anlaşmadan bahsedilemeyeceği için kanaatimizce hazırlık hareketleri kapsamındadır⁶³⁵. Organ veya doku satma konu edilip bu hususta bir anlaşmaya varılması anından itibaren tedavüle sokulduğu ve ticari bir meta haline geldiğinden kanaatimizce gerek alıcı gerekse satıcı bakımından icra hareketlerine de bu aşamadan sonra başlanmaktadır. Örneğin karaciğer yetmezliğinden mustarip bir kimsenin bir arkadaşından bedeli mukabilinde kendisine organ veya doku nakletmesini istemesi, vericinin de bu teklifi değerlendirmek üzere dokularının uyuşup uyuşmadığını kontrol ettirmesi ve gerekli tahlilleri yaptırması aşamasında tarafların henüz organ veya dokunun satımı hususunda yaptıkları bir anlaşma bulunmamaktadır. Bu bağlamda söz konusu tüm bu hareketler hazırlık hareketleri kapsamındadır. Örneği biraz daha geliştirecek olursak bu iki kişiyi bir araya getiren bir kimsenin varlığı halinde de tarafların organ ve doku ticareti yönünde konu ve bedelde bir anlaşmaya vardıkları ana kadar aracının yaptığı tüm hareketler de hazırlık hareketi kapsamında değerlendirilmelidir⁶³⁶.

Son olarak faillerin organ ve doku ticareti suçu bakımından teşebbüs aşamasında kaldıklarından bahsedebilmek için ellerinde olmayan bir sebeple icrayı tamamlayamamaları gerekmektedir. Failin icra hareketlerini kendisinin gönüllü olarak tamamlamaktan vazgeçmesi halinde ise TCK m.36 kapsamında gönüllü

⁶³⁴ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.140.

⁶³⁵ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 103: Yazarlara göre organ veya dokuyu satışa sunmak için bulundurmak hazırlık hareketi kapsamındayken, satışa sunulması satan açısından icra hareketi kapsamındadır. Diğer yandan alan bakımından ise icabı kabul ile birlikte organ veya doku alma suçunu icraya başlayacaktır.

⁶³⁶ Y.12.C.D 2012/32970 E. 2013/28517 K. ve 10.12.2013 tarihli kararı aktaran Taneri, a.g.e, s. 491 vd.: Yukarıda incelediğimiz söz konusu kararda da tarafların anlaşması fakat devrin gerçekleşmemesi halinde aracılık eden kimsenin fiilinin tarafları bir araya getirmesi ve anlaşmanın sağlanması ile tamamlanacağı belirtilmiştir.

vazgeçme hükümleri uygulanacaktır⁶³⁷. Fakat bu halde gönüllü vazgeçme hükümleri yalnızca vazgeçen fail açısından uygulanacak olup diğer failer ellerinde olmadan icrayı tamamlayamadıkları için teşebbüs aşamasında kalacaklardır. Örneğin (A)'nın (B)'ye 50.000 TL karşılığında böbreğini sattığı olayda (A)'nın ameliyattan önce korkması sebebiyle böbreğini vermekten vazgeçmesi halinde taraflar para ve konuda anlaşmış olmaları dolayısıyla icra hareketlerine başlamış iseler de (A) kendi isteği ile icra hareketlerini tamamlamamıştır. Bu sebeple TCK m.36 uyarınca (A) hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Fakat diğer yandan (B) elinde olmayan sebeplerden ötürü icra hareketlerini tamamlayamadığından organ ve doku ticareti suçu bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

2. İştirak

Organ ve doku ticareti suçu bakımından fail suç kalıbında belirtilmiş satma, satın alma ya da satıma aracılık etme filleri gerçekleştirilen kimsedir. Suç kapsamında belirtilen satışı aracılık etmek esasen TCK'da şeriklik olarak kabul edilen yardım etme kapsamında değerlendirilebilecekken⁶³⁸ kanun koyucu organ ve dokunun tedavüle sokulmasına ilişkin her fiili yasaklamak istediğinden aracılık yapan kişi de fail konumundadır.

Önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere organ ve doku ticareti suçu çok failli bir suç olup söz konusu bu suç bakımından TCK m.91 f.3 hükmünde zorunlu bir iştirak hali düzenlenmiştir⁶³⁹. Zorunlu iştirak halinde suçun oluşması için birden fazla failin olması zorunlu bir unsur olup; bu tip suçlar ceza kanunlarının özel hükümleri arasında yer almaktadırlar⁶⁴⁰. Bu bağlamda TCK m.91 f.3'te düzenlenen organ ve doku ticareti suçunun oluşabilmesi için de bir alıcı bir de satıcının olması gerektiğinden faillerin birden fazla olacağı öngörülmüş olup, diğer yandan suça

⁶³⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 238.

⁶³⁸ Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.144.

⁶³⁹ Gökçen/ Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", s.140, Ç.K. Aydın, a.g.e, s. 147, Üzülmez, a.g.e, s. 132, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 238, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 129, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 853, Halıcı, a.g.e, s. 80.

⁶⁴⁰ Suça iştirak ile çok failli suç arasındaki farklar için ayrıca bkz: Zafer, Genel Hükümler, s. 414.

katılan bu kimselerin hepsi de suçun gerçekleşmesi için icrai bir harekette bulunmaktadırlar.

Diğer yandan TCK'nın genel hükümleri arasında olan iştirak hükümlerinin uygulanması bu suç açısından da mümkün olup, suçun faili olarak organ veya doku satan, alan veya satıma aracılık eden faillerin hareketlerine gerek fail gerekse şerik olarak katılmak mümkündür⁶⁴¹. Örneğin maddi zorluk içerisindeki bir kimseyi organını satmak yönünde ikna eden bir kimse, kişide normalde var olmayan bir suç düşüncesi oluşturduğundan azmettiren konumunda olacak ve fail gibi cezalandırılacaktır. Fakat bu aşamada belirtmek isteriz ki organ veya doku alan veya satan kimselere yardım eden kişilerin fillerinin satıma aracılık olarak nitelendirilebileceği her halde artık TCK m.39 uyarınca kişiyi yardım eden kapsamında değil TCK m.91 f.3'te belirtilen satışa aracılık eden konumunda olacağından failliğin şerikliğe asilliği kuralı gereğince; fail kapsamında değerlendirmek gerekecektir. Örneğin organını satmayı düşünen bir kimse için parayı teslim alan, organ veya dokuyu teslim eden ya da anlaşma sırasında bedeli belirleyen kişiler satışa bizzat aracılık ettiklerinden fail konumunda olacaklardır. Fakat bu tip fillerin dışında örneğin organını satacak bir kimseyi bu hususta cesaretlendiren birinin hareketleri kanaatimizce suç işleme kararını kuvvetlendirmekten ibaret olduğu için TCK m.91 f.3 suçuna yardım olarak değerlendirilebilir.

Son olarak TCK m.91 f.3'ün iştirak halinde işlenmesi halinde TCK m.93 uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan fail açısından TCK m.41 uyarınca bağlılık kuralı söz konusu olacağından örneğin bu kişiyi suça azmettiren kişi açısından cezai sorumluluk devam edecektir. Diğer bir değişle etkin pişmanlık hali suçun işlenişi ile alakalı olmayıp, kişisel bir nedendir⁶⁴². Bu bağlamda TCK m.40 f.1 uyarınca suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre

⁶⁴¹ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 102, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 143-145, Ç.K Aydın, a.g.e, s. 154.

⁶⁴² Zafer, Genel Hükümler, s. 432.

cezalandırılacak ve cezayı kaldıran veya azaltan şahsi bir sebep halinde bu sebep diğer suç ortaklarına sirayet etmeyecektir⁶⁴³.

3. İctima

Organ ve doku ticareti hem TCK m.91 f.3 hem de 2238 sayılı OVDNHK m.3'te yasaklanmıştır. Nitekim TCK m.15'te de organ veya doku alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında cezaya hükmedileceği belirtilmiştir. Doktrinde organ ve doku ticareti suçu bakımından 2238 sayılı OVDNHK'de yer alan hükümler ile TCK'daki hükümlerin örtüşmediği yönünde görüşler bulunmaktadır. Nitekim Hakeri'ye göre⁶⁴⁴ TCK m.91 f.3 satma ve alma dışında menfaat teminini karşılamamaktadır fakat OVDNHK m.3 ile sadece bir bedel karşılığı değil başkaca çıkarlar karşılığı da organ veya doku alımı ve satımı yasaklanmıştır ve OVDNHK m.15 bu tip filleri de cezalandırmaktadır. Diğer yandan her iki madde incelendiği takdirde görülmektedir ki TCK m.91 f.3 uyarınca organ ve doku ticareti kapsamında komisyonculuk yapanlar cezalandırılmamakta iken OVDNHK m.15 bu kişiler hakkında da ceza öngörmektedir. Tüm bu açıklanan hususlara göre kanaatimizce TCK m.91 f.3 ile OVDNHK m.3 ve 15'in birbirini tam olarak karşılayan hükümleri açısından TCK m.91 f.3'te yer alan düzenleme hem özel kanun olması hem de 2238 sayılı OVDNHK'den sonra yürürlüğe girmesinden ötürü TCK hükümleri hem özel hem de sonraki norma niteliğinde olduğundan TCK m.91 f.3 uygulanacaktır. Diğer yandan TCK m.91 f.3 tarafından düzenlenmeyen örneğin bir menfaat karşılığı organ ve doku ticareti yapılması yahut organ ve doku ticaretinin komisyonculuğunun yapılması gibi durumlarda OVDNHK m.15 uygulanacaktır⁶⁴⁵.

Organ ve doku ticareti suçunun zincirleme suç olarak işlenmesi de mümkündür. Örneğin bir kişinin belirli bir zaman aralığıyla önce böbreğini, daha sonra karaciğerinin bir bölümünü son olarak da kızının böbreğini sattığı bir

⁶⁴³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 647, Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 238, Üzülmöz, a.g.e, s. 133.

⁶⁴⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s.848.

⁶⁴⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 848.

durumda kişi TCK m.91 f.3'ü aynı suç işleme kararı kapsamında ve değişik zamanlarda işlemiştir. Nitekim organ ve doku ticareti suçunun mağdurunun toplumdaki tüm bireyler olduğu nazara alındığında suç aynı mağdura karşı da işlendiğinden kişinin bu suç zincirleme olarak işlediğini söylemek mümkündür⁶⁴⁶.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.3 hükmü cezalar bakımından TCK m.91 f.1'e atıf yapmış olup, madde lafzından da anlaşıldığı üzere organ ve doku ticareti yapmak açısından farklı yaptırımlar belirlenmiştir. Bu bağlamda kanaatimizce TCK m.91 f.3 kapsamında organ satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek ile doku satmak, satın almak veya satılmasına aracılık etmek şeklinde iki ayrı suç tipi düzenlenmiş, iki eylem açısından da ayrı cezalar belirlenmek suretiyle bu iki fiilin seçimlik hareketler olmadığı ortaya konulmuştur. Bu sebeple failin aynı anda hem doku hem de organ satması halinde fail hem organ ticareti hem de doku ticareti suçunu işlemiş olacaktır. Fakat fail burada işlediği tek bir fiil ile birden fazla suç işlemiş olduğundan her iki suç arasında TCK m.44 uyarınca fikri içtima uygulanacak ve organ alma suçunun cezası daha ağır olduğundan fail bu suçtan ceza alacaktır. Failin tek bir satışta birden fazla organı satması durumunda ise doğal anlamda birden fazla satma fiili olmasına rağmen hukuki anlamda bu fiiller tektir. Zira fail söz konusu örnek açısından tüm organ satma fiillerini bir irade ile birbirine bağlamış ve hareketler aynı hedefe yönelmiş durumdadır. Örnekte bahsedilen durumlarda doğal anlamda hareketler bağımsızlığını yitirerek hukuki anlamda hareketlerin tekliğinden bahsedilir⁶⁴⁷. Bu sebeple verilen örnekte de her ne kadar

⁶⁴⁶ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 103-104: Yazarlara göre TCK m.43 f.1'de yer alan "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır." hükmü karşısında organ ve doku ticareti suçunun belli bir mağduru olmamasından mütevellit suçun bir kez işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerine tabi olması anlaşılammaktadır. Yazarlar bu hususu kanun koyucunun özensizlikten öte bilgisizliği olarak değerlendirmişlerdir. Zafer, Genel Hükümler, s. 455: Nitekim Zafer'e göre de suçun mağdurunun belirli bir kişi olmayıp belirli bir sosyal topluluk olduğu hallerde zincirleme suç hükümleri uygulanır. Fakat kimi zaman bir suç topluluğa ilişkin değerler ön planda tutularak Ceza Kanunu sistematığında bir yere yerleştirilmiş olabilir. Bu halde zincirleme suç kurallarının toplumu esas alarak mı yoksa kişiyi esas alarak mı uygulanacağı sorun teşkil edecektir. İncelediğimiz suç bakımından da suç esasen tüm toplumdaki bireylerin sağlıklı çevrede yaşama hakkı nazara alınarak ihdas edilmiş ise de kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bağlamda organ ve doku ticareti suçunun bir kez işlenmesi halinde kişi mi yoksa toplum mu nazara alınarak içtima değerlendirmesi yapılacağı problemli bir husustur.

⁶⁴⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

fail birden fazla organ satmışsa da söz konusu satma filleri hukuki anlamda tek bir fiil sayılacak ve fail yalnızca bir organ ticareti suçundan ceza alacaktır.

4. Suçun Nitelikli Hali: Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu m.91 f. 4 uyarınca “Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” şeklindeki düzenleme ile TCK m.91 f.3 kapsamında düzenlenmiş organ ve doku ticareti suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bir nitelikli hal düzenlenmiştir.

Daha önceki bölümlerde açıklandığı üzere⁶⁴⁸ sayılan niteliklere sahip bir örgüt tarafından organ ve dokunun satın alınması, satılması ya da satımına aracılık edilmesi halinde fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu anlamda suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olup, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve organ ve doku ticareti suçu arasındaki içtima ilişkisini de değerlendirmek gerekmektedir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçu ve TCK m.91 f.3’te düzenlenen suç arasındaki içtima ilişkisi Kanun’un gerekçesinde “Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.”⁶⁴⁹ şeklinde dile getirilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere suçun örgüt faaliyetinde işlenmesi bir nitelikli hal de olsa burada bileşik suç hükümleri uygulanmayacak ve gerçek içtima yapılacaktır, bu kapsamda fail hem TCK m.220 hem de TCK m.91 f.3 kapsamında cezalandırılacaktır.

⁶⁴⁸ Bkz: §Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alma Suçu: Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi, s.118 vd.

⁶⁴⁹ Bkz: 91. Maddenin gerekçesi.

E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma

1. Yaptırım

Organ satın almak, satmak ya da satılmasına aracılık etmek suçu ile doku satın almak, satmak ya da satılmasına aracılık etmek suçlarının yaptırımı hususunda kanun koyucu tarafından TCK m.91 f.1’de belirtilen cezalara bir atıf yapılmış olup bu kapsamda organ ticareti suçunun basit halinin yaptırımı beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası, doku ticaretinin ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır⁶⁵⁰. Gökçen ve Balcı’ya göre⁶⁵¹ ise organ ve doku ticareti suçunun yaptırımı beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası olup suçun konusunun cezalandırma açısından bir önemi yoktur. Nitekim Özgenç’e göre⁶⁵² de birinci fıkra organ veya dokunun kişiden alınması arasında bir ayrım gözetilmişse de üçüncü fıkra bunun bir ticari faaliyet olarak icra edilmesi söz konusudur. Bu sebeple bu fıkralarda suçun konusunun organ ve doku arasında bir ayrım gözetilmemekle birlikte sadece cezanın alt ve üst sınırları arasında cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir⁶⁵³. Biz ise TCK m.91 f.3’te açıkça TCK m.91 f.1’deki “cezalara” şeklinde bir atıfta bulunulduğundan ve çoğul olarak cezalardan bahsedildiğinden suç konusunun organ olması halinde beş yıldan dokuz yıla, doku olması halinde ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmedileceğini düşünüyoruz.

Organ ve doku ticareti suçunun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ise bir nitelikli hal öngörülmüş ve failler hakkında sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı hüküm altına alınmıştır.

⁶⁵⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 238, Üzülmez, a.g.e, s. 132, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 104-105, Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s. 1566, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 151.

⁶⁵¹ Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.145.

⁶⁵² İ. Özgenç, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 378 vd. Aktaran: Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.145.

⁶⁵³ İ. Özgenç, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 378 vd. Aktaran: Gökçen/ Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, s.145.

Organ ve doku ticareti neticesinde söz konusu bu ticaretten elde edilen kazanç da müsadere edilmektedir⁶⁵⁴. Diğer yandan doktrinde bu gibi hallerde kişilere aktarılan suç konusu organ veya dokunun müsadere edilip edilemeyeceği tartışılmış ve organ veya dokunun aktarılmasından sonra onun bir mal değil kişinin parçası haline geldiğinden müsadere edilemeyeceği kanaatine varılmıştır⁶⁵⁵.

Organ ve doku ticareti suçunun bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise TCK m.91 f.7 uyarınca incelediğimiz diğer suç tiplerinde de olduğu gibi tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

2. Zamanaşımı ve Kovuşturma

Organ veya doku satın alma, satma ya da satılmasına aracılık etme suçu şikâyeteye bağlı bir suç olmayıp, re'sen araştırılabilir bir suçtur.

Failin kamu görevlisi olması ve ilgili suçu görevleri kapsamında işlemeleri durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.3'te belirtilen yetkili resmi makamların fail hakkında kamu davası açılmasına yönelik izin verilmesi aranmaktadır.

Organ satın almak, satmak veya satılmasına aracılık etmek suçu bakımından dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca on beş yıl; doku satın almak, satmak veya satılmasına aracılık etmek suçu bakımından ise sekiz yıldır.

Organ veya doku satın almak, satmak veya satılmasına aracılık etmek suçları görev bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemelerinin görevindedir. Fakat söz konusu suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde 5235 sayılı Kanun m.12 uyarınca Ağır Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır. Nitekim suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde de dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca on beş yıldır.

Suç sadece tarafların satım hususunda anlaşmaları ve taraflardan birinin organı teslim etmesi diğerinin de bedeli ödemesi hususunda borç altına girdiği anda

⁶⁵⁴ Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

⁶⁵⁵ Aydın, "Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, s. 168.

değil, tasarruf işlemi olarak bedel ve suç konusunun devri ile oluştuğundan CMK m. 12 f.1 uyarınca yetkili mahkeme bedel ve suç konusunun tesliminin yapıldığı yer mahkemesi olacaktır.

II. Organı veya Dokuyu Saklama, Nakletme ve Aşılama Suçu (TCK m.91/5)

A- Genel Açıklamalar

Hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu TCK m.91 f.5'te düzenlenmiş olup, söz konusu hüküm "Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindedir.

Kanun koyucu söz konusu suç ile organ ve doku ticaretinin alım-satım aşaması dışında organ veya dokunun ticari bir meta olarak tedavüle sokulmasından sonra piyasa içerisindeki dolaşımını da engellemek istemiş ve bu sebeple ticari faaliyetin önemli bir aşaması olan hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun nakil, saklama ve aşılama süreçlerini de suç saymıştır⁶⁵⁶. Bu bağlamda kişinin organ veya dokunun hukuka aykırı olarak alınması sürecine katılmış olması da önem taşımamakta olup yalnızca hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu aşılması, nakletmesi ya da saklaması ile suç oluşmaktadır⁶⁵⁷.

Hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu açısından organ veya dokunun ölüden yahut yaşayan kişiden alınması önem arz etmemekle birlikte organ veya dokunun OVDNHK ve TCK'nin 91 f.1 ve 2 maddeleri uyarınca hukuka uygun olarak alınmamış olması gerekmektedir⁶⁵⁸. Diğer yandan organ veya dokunun bir bedel karşılığı alınması ya da satılması durumunda da organ veya doku alınması OVDNHK m.3 uyarınca hukuka aykırı hale geleceğinden ve TCK m.91 f.3 kapsamındaki suç oluşacağından bu gibi

⁶⁵⁶ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 105.

⁶⁵⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Yıldız, a.g.e, s. 291.

⁶⁵⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Yıldız, a.g.e, s. 291, Özbek/Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272.

durumlarda da organ veya dokuyu aşılaman, saklayan ya da nakleden kişi TCK m.91 f.5 kapsamında sorumlu olacaktır⁶⁵⁹.

B- Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

Hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçunun faili hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşılaman kişidir. TCK m.91 f.5'te düzenlenen suçun faili açısından özel bir nitelik aranmamış olup bu surette suçun faili herkes olabilir ve söz konusu suç özgü suç değildir. Nitekim doktrindeki görüşe göre de hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçunun faili hekim ya da üçüncü kişi diğer bir değişle herkes olabilir⁶⁶⁰. Fakat doktrindeki bir başka görüşe göre ise söz konusu suçun faili herkes olabilmekle beraber işin icabı olarak daha çok tıp mesleği mensubu kişiler olabilecektir⁶⁶¹.

Kanaatimizce organ veya doku saklama, nakletme ya da aşılama fiilleri bazı yönleriyle tıbbi zorunluluklar gerektirmektedir. Örneğin tıbbi bir bilgisi olmayan bir kimsenin organ veya dokuyu bir başkasının vücuduna aşılması pek mümkün bir durum değildir. Diğer yandan organ veya doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin çürümemesi ya da zarar görmemesi için bazı özel koşullar altında saklanması ya da taşınması gerekmele birlikte bu hususlara da ancak tıbbi bilgisi olan kişinin hâkim olacağı düşünülmektedir. Bu bakımdan her ne kadar söz konusu suçun özgü bir suç olmadığı ve herkes tarafından işlenebileceği düşünülse de özellikle organ veya dokunun saklanması ve aşılması fiilleri açısından bu tip

⁶⁵⁹ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133, Yıldız, a.g.e, s. 291, S. Bakıcı, a.g.e, s. 951, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 853-854.

⁶⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 105, Yılmaz, a.g.e, s. 227, Halıcı, a.g.e, s. 88.

⁶⁶¹ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 105.

fiillerin tıbbi bilgiler kullanarak gerçekleştirilebileceği karşısında failin bu yönüyle tıbbi bilgiye sahip olma yönünde özelleştğini düşünüyörüz⁶⁶².

b) Mağdur

Doktrinde TCK m.91 f.5'te düzenlenen suçun mağdurunun hukuka aykırı yollarla elde edilerek saklanan, nakledilen veya aşılana organ veya dokuların temin edildiğı kişi olduğı söylenmiş, organ veya dokunun ölüden temin edilmesi halinde ise mağdurun kişinin yakınları olduğı savunulmuştur⁶⁶³. Kanaatimizce sözü edilen bu kişilerin menfaatleri organ veya dokunun alınması ile ihlal edildiğinden; bu kişiler kişiden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçları olarak TCK m.91 f.1 ve TCK m.91 f.2'de düzenlenen suçların mağdurları olduklarından söz konusu suç açısından mağdur değillerdir.

Hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu ile korunan hukuksal değeri kişilerin sağlıklı bir toplum içerisinde yaşama haklarıdır. Bu bağlamda TCK m.91 f.5'te düzenlenen suç açısından suçun belli bir mağduru olmamakla beraber⁶⁶⁴ sağlıklı bir toplum içerisinde yaşama hakkı toplumda yaşayan herkesin hakkı olduğundan suçun mağduru geniş anlamda toplumda yaşayan kişilerin hepsidir.

c) Maddi Konu

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5'te ihdas edilen hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçunun maddi konusu saklanan, nakledilen ya da aşılana organ veya dokudur⁶⁶⁵. Söz konusu bu organ

⁶⁶² Yılmaz, a.g.e, s. 227: Yılmaz'a göre suçun bu türünde failin hekim dışı olma olasılığı fazladır. Zira saklama ve nakletme organ çıkarma ve nakil kadar özel bilgi ve beceriyi gerektirir eylemler olarak gözükmemektedir.

⁶⁶³ Halıcı, a.g.e, s. 89.

⁶⁶⁴ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 105: Yazarlara göre suçun bir ya da birkaç kişi şeklinde belli bir mağduru yoktur ve suç bu anlamda mağduru gayri muayyen bir suçtur. Nitekim bu sebeple yazarlar suçun Kanun'da düzenlendiğı yeri de uygun görmemektedirler.

⁶⁶⁵ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 105.

veya dokuların ölüden veya yaşayan kişiden elde edilmiş olması bir önem taşımamaktadır fakat söz konusu organ veya dokunun hukuka aykırı olarak alınmış olması gerekmektedir⁶⁶⁶. Diğer bir değişle saklanan, nakledilen ya da aşılana suç konusu organ veya dokunun OVDNHK'deki koşullara riayet edilmeden ve TCK m.91 f.1,2,3 kapsamındaki suçlar oluşmak suretiyle elde edilmiş olması gerekmektedir.

d) Fiil

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5'te ihdas edilen hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu hukuka aykırı olarak alınmış organ veya dokunun nakledilmesi, aşılana ya da saklanması suretiyle oluşmaktadır. Bu bağlamda suç kalıbında üç tane farklı fiile yer verilmiş olup söz konusu bu fiillerin her biri ayrı ayrı incelenecektir. Suç tipinin maddi unsuru yönünden gösterdiği özelliklere ise bu bölümde yer verilecektir.

Hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu nakletme, aşılama ya da saklama suçu açısından yasaklanan fiil hukuka aykırı olarak alınan organ veya doku aşılama, nakletme ya da saklama fiilleri olup, söz konusu fiil fail açısından yapma biçiminde gerçekleşen bir davranıştır. Bu bağlamda suç icrai hareketli bir suçtur. Doktrinde söz konusu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği söylenmiş⁶⁶⁷, örneğin bir hastanede bir hekimin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun saklandığını bilmesine rağmen buna göz yumması halinde ihmali davranışla da bu suçun işlenebileceği savunulmuştur. Biz ise ceza kanununda ihmal suretiyle işlenebilecek suçların özellikle gösterilmesi gerektiğini düşündüğümüz için söz konusu suçun ihmal suretiyle işlenemeyeceği kanaatindeyiz.

Hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılana fiillerinin organ ve doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin çürüme ve bozulma riski yüksek olduğundan saklanması veya nakledilmesi

⁶⁶⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Yıldız, a.g.e, s. 291, Özbek/Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272.

⁶⁶⁷ Halıcı, a.g.e, s.88.

aşamasında bir takım tıbbi bilgi gerektiğini hattızatında aşılama fiili ise cerrahi bir müdahale gerektirdiğinden tıbbi yöntemler kullanmak suretiyle vücuda müdahale şeklinde yorumlanacağını önceki bölümlerde açıklamıştık. Bu bağlamda suç kalıbında kanun koyucu tarafından suç oluşturan hareketler açıklanmış olup nitekim bu fiiller bir yönüyle de tıbbi bilgi gerektirdiğinden suç bağlı hareketli bir suçtur⁶⁶⁸.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5'te düzenlenen hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu nakletme, saklama ya da aşılama suçu açısından suç tipinde bir netice öngörülmemiş olup, organ veya dokunun vücuttan alınması ile birlikte suç tamamlanmaktadır. Bu bağlamda saklama, aşılama ya da nakletme fiillerinin gerçekleşmesi suçun oluşumu için yeterli olup, bu fiiller neticesinde bir zararın ortaya çıkması gerekmemektedir. Bu sebeple suç sırf hareket suçudur⁶⁶⁹.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5'te yer alan suç açısından suç kalıbında saklamak, nakletmek ve aşılama şeklinde üç farklı fiile yer verilmiş olduğu görülmektedir. Söz konusu bu hareketler seçimlik hareketler olup, bu hareketlerin birinin gerçekleşmesi neticesinde suç oluşmaktadır. Bu sebeple hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu nakletme, saklama ya da aşılama suçu seçimlik hareketli suçtur⁶⁷⁰.

aa) Saklamak

Saklamak TDK'da “elinde bulundurmak, tutmak, kaybolmaması, görünmemesi için gizli bir yere koymak, görünmesine engel olmak, ortalıkta bulundurmamak, bozulmadan doğal durumları ile durmasını sağlamak, korumak, muhafaza etmek” olarak tanımlanmıştır⁶⁷¹. Bu bağlamda suç tipi bakımından saklama; hukuka aykırı organ ve dokunun bozulmasını önlemek için muhafaza

⁶⁶⁸ Aynı yönde görüş için bkz: Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 105.

⁶⁶⁹ Özbek/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134.

⁶⁷⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Halıcı, a.g.e, s. 88 Seçimlik hareket olmadığı yönündeki görüş için bkz: Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 106, Mermut, a.g.e, s. 1479.

⁶⁷¹ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 25.08.2016)

ederek ileride kullanılmak üzere elde bulundurmak şeklinde tanımlanabilir⁶⁷². Örneğin bir ölüden hukuka aykırı olarak alınan böbrekleri evinde uygun koşullarda muhafaza eden hemşire hukuka aykırı olarak elde edilen organı saklama fiilini gerçekleştirdiğinden TCK m.91 f.5 kapsamında sorumlu olacaktır.

bb) Nakletmek

Nakletmek TDK'da “nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletme” şeklinde tanımlanmış olup⁶⁷³ kanaatimizce TCK m.91 f.5'teki suç kapsamında nakletme; hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun bir kimseden başka bir kimseye dolaşımını sağlamak olarak tanımlanabilir⁶⁷⁴. Her ne kadar bir kısım görüşe göre nakletme canlı ya da ölmüş kimseden hukuka aykırı olarak alınan organ, doku ya da biyolojik maddenin, işlevini kaybetmiş bir bedene takılması olarak tanımlanmış ise de⁶⁷⁵ kanaatimizce suç tipinde yer alan aşılama fiili organ veya dokunun bir başka bedene aktarılması anlamını taşıdığından nakletmek fiili ancak hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuların kişiler arasındaki dolaşımını sağlayan kişilerin hareketleri olarak yorumlanmalıdır⁶⁷⁶. Bu manada örneğin hukuka aykırı olarak alınan bir böbreği bir başkasına aktarmak için kişiler arasındaki transferi sağlayan diğer bir değişle organı gerekli şekilde muhafaza ederek bir başkasına götüren kişi hukuka aykırı elde edilmiş organı nakletmesinden ötürü TCK m.91 f.5 kapsamında sorumlu olacaktır.

⁶⁷² Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 105, Halıcı, a.g.e, s. 88.

⁶⁷³ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:25.08.2016)

⁶⁷⁴ Benzer görüş için bkz: Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1315.

⁶⁷⁵ F. Kıyak, “İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, Ankara 1975, s.61, Halıcı, a.g.e, s. 88.

⁶⁷⁶ Aynı yönde görüş için bkz: Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 105: Yazarlara göre nakletmek organ veya dokunun bir yerden bir yere götürülmesi olarak kabul edilmiş ise de bu terimin anlamı açık değildir. Zira nakletme organ veya dokunun bir yerden başka bir yere götürülmesi olarak tanımlanabileceği gibi organ veya dokunun tamamının hastanın vücuduna nakledilmesi anlamına da gelebilir. Bizim görüşümüze göre ise halihazırda suç kalıbında yer alan aşılama fiili zaten bir başkasının vücuduna aktarılma anlamı taşıdığından nakletme fiili ile kanun koyucu hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokunun dolaşımını engellemeye çalışmaktadır.

cc) Aşılamak

Aşılama TDK’da “Vücutta bağışıklık yaratmak veya yerleşmiş bir hastalığa karşı koyabilmek için hazırlanmış bir aşığı vücuda vermek, aşı yapmak, başkasına hastalık geçirmek” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁷⁷. Doktrindeki bir görüşe göre⁶⁷⁸ aşılamak organ veya dokunun kendini yenileyebilen bir parçasının başka bir organ veya doku ile birleştirilmesidir. Biz ise TCK m.91 f.5’te ihdas edilen suç açısından aşılama fiilinin organ veya dokunun tıbbi yöntemler ile bir başka kimsenin vücuduna aktarılması olarak tanımlanabileceğini düşünüyoruz⁶⁷⁹. Bu bağlamda hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokuyu bir başkasına cerrahi bir müdahale ile zerk eden hekim TCK m.91 f.5 kapsamında hukuk aykırı organı aşılama suçunu işlemiş olacaktır.

2. Manevi Unsur

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5’te düzenlenen suçun manevi unsuru kast olup⁶⁸⁰, suçun ayrıca taksirle de işlenebileceği yönünde Kanun’da bir ifade bulunmadığından taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu bölümde öncelikle incelenen suç bakımından kastın kapsamında neler olduğu ve nelerin bilme ve isteme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanacak, devamla suç kalıbında geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesinin kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenecektir.

a) Kastın Kapsamı ve Anlamı

Hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu nakletme, saklama ya da aşılama suçu sırf hareket suçu olduğundan; somut tehlike yahut zarar şeklinde bir

⁶⁷⁷ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:26.08.2016)

⁶⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 105.

⁶⁷⁹ Halıcı, a.g.e, s. 88.

⁶⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 106, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Halıcı, a.g.e, s. 90.

netice içermemektedir. Bu anlamda failin isteme kapsamında değerlendirilebilecek bir husus bulunmamaktadır. Bu bakımdan söz konusu suç açısından yalnızca bilme kapsamında değerlendirilebilecek hususların üzerinde durulacaktır. Diğer yandan TCK m.91 f.5'te düzenlene suç açısından zarar ya da somut bir tehlike şeklinde bir netice öngörülmediğinden gerçekleşen hareket ile arasında nedensellik bağı kurulacak bir durum da söz konusu değildir⁶⁸¹. Bu sebeple netice ile hareket arasındaki nedensellik bağı açısından da kastı değerlendirmek mümkün değildir.

Hukuka aykırı elde edilen organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu açısından failin bilme kapsamında değerlendirilecek ilk husus suçun maddi konusudur. Fail naklettiği, aşıladığı ya da sakladığı şeyin organ veya doku olduğunu bilmelidir. Fakat daha önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere failin söz konusu organ veya dokunun tıbbi tanımını bilmesi aranmamakta olup nitekim bu hususta yapacağı nitelime hataları da ceza sorumluluğunu etkilememektedir.

b) “Hukuka Aykırı Olarak” Şeklinde Belirtilen Unsurun Kast Yönünden Değerlendirilmesi

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5'te düzenlenen söz konusu suç açısından saklanan, nakledilen ya da aşılana organ veya dokunun hukuka aykırı olarak alınmış olmasını özellikle aramaktadır. Bu bağlamda suç tipi içerisinde hukuka aykırılık özellikle zikredilmiş olup kastın söz konusu bu hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamayacağı da özellikle değerlendirilmelidir.

Daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere TCK m.91 f.5'teki gibi suç kalıbı içerisinde hukuka aykırılığa özellikle yer verildiği durumlarda kastın bu hususu kapsayıp kapsamayacağı yönünde doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır⁶⁸². Bizim de katıldığımız eylemin genelini değerlendiren unsurlar teorisine göre suç kalıbında özellikle hukuka aykırılığa yer verildiği hallerde ikili bir ayrıma gidilmektedir. Söz konusu bu ikili ayrıma göre eğer hukuka aykırılık suç

⁶⁸¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273.

⁶⁸² Bu yöndeki görüşler ve ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz: § Ölüden Organ veya Doku Alma: “Hukuka Aykırı Olarak” İfadesine İlişkin Bilincin Kast Yönünden Değerlendirilmesi, s.133 vd.

kalıbı içerisinde bir unsuru niteliyorsa bu durumda bir tipiklik söz konusudur. Diğer bir deyişle hukuka aykırılığın suç kalıbı içerisinde bir unsuru nitelediği hallerde kastın söz konusu bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekmektedir⁶⁸³. Sonuç olarak hukuka aykırılık suçun belirli bir unsurunu niteleyen bir sıfat halinde ise tipin bir parçası haline gelerek kast kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁸⁴. Zira bu gibi durumlarda hukuka aykırılık artık tipe dâhil olur ve hukuka aykırılığın yokluğu tipikliğin gerçekleşmesini engeller⁶⁸⁵. Fakat hukuka aykırılığa işaret eden ifade suç kalıbında yer alan bir unsur işaret etmiyorsa bu durumda eylemin genelini nitelendiren unsur niteliğinde olup, genel hukuka aykırılık unsurunun bir tekrardan ibarettir ve kastın kapsamında değildir⁶⁸⁶.

Açıklanan bu hususlar kapsamında TCK m.91 f.5'te yer alan suç kalıbında geçen "hukuka aykırı olarak" ifadesini kast yönünden değerlendirecek olursak öncelikle söz konusu bu ifadenin eylemin genelini değerlendirmede ve bu yönüyle eylemin genelini değerlendiren bir unsur niteliğinde olmadığı açıktır. Gerçekten maddede geçen hukuka aykırı ifadesi ile kast edilen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması ile gerçekleşen eylemin bütünü değil, sadece organ veya dokunun elde edilmesini niteleyen bir sıfattır⁶⁸⁷. Bu sebeple organ ya da dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmesi eylemin bütününe hukuka aykırılığı hakkında bir değer yargısına varılması için yeterli bir koşul olmayıp madde lafzında geçen hukuka aykırılık ifadesinin kast bakımından normatif bir unsur olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁸⁸.

Bu bağlamda biz de söz konusu hukuka aykırılık ifadesinin suçun maddi konusu olan organ ve dokunun elde ediliş biçimini nitelediğinden kast kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Diğer bir deyişle failin TCK m.91 f.5 kapsamında sorumluluğundan bahsedebilmek için sakladığı, naklettiği ya da aşıladığı organ ya da dokunun OVDNHK'de yer alan şartlara ve kurallara riayet

⁶⁸³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 159,259, Hakeri, Genel Hükümler, s. 357.

⁶⁸⁴ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 65.

⁶⁸⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 285.

⁶⁸⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 286, Hakeri, Genel Hükümler, s.357, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 159,259.

⁶⁸⁷ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 66.

⁶⁸⁸ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 66.

edilmeksizin alındığını daha doğru bir ifade ile hukuka aykırı olarak elde edildiğini bilmesi gerekmektedir⁶⁸⁹. Failin bu hususta bir yanılığa düşmesi halinde ise TCK m.30 f.1 kapsamında suçun kanuni tanımında yer alan bir unsuru bilmemesinden mütevellit kastı ortadan kalkacak ve suç oluşmayacaktır⁶⁹⁰. Örneğin gönüllülük esasına dayanmaksızın belli bir bedel karşılığı satın alınan bir böbreği hastanın vücuduna aşıl原因an hekim söz konusu böbreğin organ ticareti sonucu elde edildiğini bilmiyor ve geçerli bir rıza sonucu bağışlandığını zannediyor ise bu aşamada failin TCK m.30 f.1 kapsamında hataya düştüğünden kastı ortadan kalkacaktır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

a) Genel Açıklamalar

Hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu nakletme, saklama ya da aşılama suçu açısından suç kalıbında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesi daha önceki bölümlerde de dile getirdiğimiz üzere suçun maddi konusu olan organ veya dokunun elde ediliş biçimini niteleyen bir sıfat niteliğinde olup bu bağlamda eylemin genelini değerlendiren bir unsur niteliğinde değildir. Bu anlamda kanun koyucunun TCK m.91 f.2’de yer alan ölüden organ veya doku alma suçunda olduğu gibi TCK m.91 f.5’te yer alan suç açısından hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak özel bir atıfta bulunduğundan bahsedilemez.

Bu bölümde TCK m.91 f.5’te ihdas edilen suç açısından kanunun hükmü ve hakkın icrası hukuka uygunluk nedenlerinin gösterdiği özellikler incelenecek, suçun belli bir mağduru olmadığından mağdurun rızası ve koşulları oluşamayacağından meşru müdafaa hukuka uygunluk nedenleri açısından bir inceleme yapılmayacaktır.

⁶⁸⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 106, Halıcı, a.g.e, s. 90.

⁶⁹⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 106.

b) Kanunun Hükümünü Yerine Getirme

2238 sayılı OVDNHK’de yer alan hükümler hekimler için organ ve doku aşılama, saklamak veya nakletmek açısından mesleki bir hak ihdas ettiği kadar aynı zamanda mesleki bir yükümlülük de teşkil etmektedir. Bu bağlamda hekimlerin organ veya doku saklamaları, nakletmeleri ya da aşılama durumunda TCK m.24 f.1 kapsamında kanunun hükmünü yerine getirdiklerinden bahsedilebilir. Fakat hakkın icrası kapsamında da açıkladığımız üzere hekimler mesleki yükümlülüklerini yerine getirirlerken OVDNHK’de yer alan hükümlere riayet ettikleri takdirde zaten fiil tipik olmaktan çıkacak ve ayrı bir hukuka uygunluk incelemesi yapmaya gerek olmayacaktır. Bu sebeple biz hekimlerin mesleki yükümlülüklerini yerine getirmeleri halinde bunun kanunun hükmü şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak incelenemeyeceğini düşünüyoruz.

c) Hakkın Kullanılması

2238 sayılı OVDNHK’nin 1. maddesi uyarınca tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu Kanun hükümlerine tabi tutulmuş ve Kanun kapsamında hangi hallerde aşılama, saklama ya da nakil yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda OVDNHK ile hekimler açısından tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması açısından gerekli şartlara riayet edilmesi durumunda mesleki bir hak ihdas edilmiştir. Fakat dikkat edileceği üzere hekimlere ait olan bu mesleki hak ancak ilgili Kanun’da yer alan koşullar yerine getirildiği takdirde ve tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku saklanması, aşılması ve nakli yapıldığı halde mevcuttur. Organ veya dokuların saklanması, aşılması ya da nakledilmesi açısından hekimlere tanınan söz konusu bu hakkın TCK m.26 f.1 kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebileceği düşünülse de kanaatimizce hekimlere özgü mesleki hakkın var olabilmesi için gereken koşulların sağlanması halinde zaten 2238 sayılı Kanun’a riayet edilerek ve hukuk uygun şekilde organ ve doku temin edileceğinden eylem tipik olmaktan çıkacak ve suç

oluşmayacaktır. Bu sebeple tipik olmaktan çıkan fiil açısından hukuka uygunluk incelemesi yapmak gerekmeyeceğinden biz burada OVDNHK’de yer alan koşullar yerine getirildiğinde fiilin tipik olmayacağını ve bu aşamadan sonra da hakkın icrası kapsamında bir inceleme yapılmasına gerek olmayacağını düşünmekteyiz.

C- Kusurluluk

1. Genel Açıklamalar

Hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu, kusurluluk bakımından özellikli bir durum arz etmemekte olup haksız tahrik dışında hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, cebir, şiddet, korkutma, tehdit ve zorunluluk hali gibi kusuru kaldıran veya azaltan sebepler koşulları gerçekleştiği takdirde söz konusu suç bakımından uygulanabilmektedir.

2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

Türk Ceza Kanunu m.24 f.2 uyarınca daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayanın kusuru ortadan kalkmakta ve bu sebeple gerçekleştirdiği fiil sebebiyle sorumlu olmamaktadır⁶⁹¹. Fakat emri yerine getirecek kişinin söz konusu emri biçimsel ve içeriksel olarak denetlemesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin devlet hastanesinde çalışan bir hekime üstü tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen bir organı saklaması yönünde bir emir geldiğinde hekimin öncelikle emri biçimsel ve içeriksel bakımından denetlemesi gerekmektedir. Aksi halde söz konusu kusuru ortadan kaldıran haleden yararlanamayacaktır. Diğer yandan hekimin emri içeriksel ve biçimsel yönden denetlemesinden sonra emrin hukuka uygun olduğu yönünde esaslı bir yanılığa düşmesi halinde ise TCK m.30 f.3 uyarınca hatasından yararlanacaktır.

⁶⁹¹ Ayrıca bkz: §Yaşayan Kişiden Organ Veya Doku Alma Suçu: Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi, s.95 vd.

3. Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu; hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden ya da aşıl原因 kişinin kusuru bulunmadığından TCK m.28 uyarınca hakkında ceza verilmeyecektir. Bu gibi bir durumda cebir, şiddet, korkutma veya tehdit altında fiili gerçekleştiren kişinin kınanabilirliği bulunmadığından hakkında cezaya hükmolunmazken cebir, şiddet, korkutma veya tehdidi uygulayan kişi ise fail olarak sorumlu olacaktır.

4. Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu m.25 f.2 uyarınca kişinin gerçekleştirdiği fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen kişinin bu fiili, içerisinde bulunduğu ve bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu altında gerçekleştirmesi halinde kusuru ortadan kalkmaktadır.

Bu bağlamda TCK m.91 f.5'te ihdas edilen suç açısından da failin hukuka aykırı olarak elde edildiği bilinen organ veya dokuyu ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu altında saklaması, nakletmesi ya da aşılması durumunda kusuru ortadan kalkacak ve kişi hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. Örneğin alım-satıma konu edildiği öğrenilen bir organın nakledilmesi durumunda alıcı açısından hayati bir tehlikenin var olması halinde hekim tarafından naklin gerçekleştirilmesi zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenini oluşturabilir⁶⁹². Nitekim hekimin nakli yapmaması durumunda alıcı açısından yaşam hakkına yönelik ağır ve gerçekleşmesi muhakkak bir tehlike meydana gelecek olup söz konusu tehlikeden kurtulmanın tek yolu da hekim

⁶⁹² Yıldız, a.g.e, s. 291, A. Nuhoğlu, "Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 58. Benzer görüş için bkz: Taneri, a.g.e, s. 491.

tarafından yapılacak nakildir⁶⁹³. Bu sebeple burada hekimin üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde kaldığı dile getirilmektedir⁶⁹⁴. Hâlihazırda söz konusu örnekte kişilerin yaşam hakkı ile toplumda yaşayan bireylerin sağlıklı çevrede yaşama hakları arasındaki orantı açısından da kanaatimizce bir sorun bulunmamaktadır.

D- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu sırf hareket suçu olmakla birlikte suç kalıbında yer alan fiiller parçalara bölünebildiğinden suç teşebbüse elverişlidir⁶⁹⁵. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise söz konusu suç teşebbüse elverişli değildir⁶⁹⁶.

Failin söz konusu suç açısından teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için elverişli hareketler ile doğrudan doğruya icraya başlaması fakat elinde olmayan sebepler ile icra hareketlerini tamamlayamaması gerekmektedir. TCK m.91 f.5'te düzenlenen suç bakımından icra hareketleri hukuka aykırı elde edilen organ veya dokuları saklamak, nakletmek ya da aşılama yahut bu fiiller ile maddi bağlantı içeren ya da bu hareketlere zorunluluk bağı ile bağlı olan tüm hareketlerdir. Bir örnek vermek gerekirse failin hukuka aykırı yollar ile elde edilmiş bir organı alıcıya naklettiği ameliyat esnasında yakalanması halinde fail aşılama hareketini tamamlayamadığından teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Aynı şekilde alım-satım konusu yapılmış bir dokuyu aşılama için nakleden kişinin suç konusu dokuyu iletmesi gereken kişiye iletmeden yakalanması halinde de henüz nakil işlemi tamamlanmadığından kanaatimizce fail teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Diğer yandan örneğin hukuka aykırı yollar ile elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak üzere gerekli envanterleri almak ve uygun koşulları oluşturmak

⁶⁹³ Nuhoğlu, a.g.e, s. 59.

⁶⁹⁴ Nuhoğlu, a.g.e, s. 59.

⁶⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 106, Halıcı, a.g.e, s. 93.

⁶⁹⁶ Taneri, a.g.e, s. 492.

saklama fiili ile zorunluluk bağı içermediğinden hazırlık hareketi olarak nitelendirilmelidir.

Son olarak failin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için başlattığı icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerden ötürü tamamlayamaması gerekmektedir. Aksi halde failin kendi iradesi ile icra hareketlerini tamamlamaması halinde TCK m.36 uyarınca hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Örneğin hekimin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir organı aşılama üzereyken ameliyatı yarıda kesmesi ve organı aşılmaktan vazgeçmesi halinde fail icra hareketlerini kendi iradesi ile tamamlamadığından artık hakkında teşebbüs hükümleri değil gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

2. İştirak

TCK m.37-41 arasında yer alan tüm iştirak hükümleri TCK m.91 f.5'te düzenlenen söz konusu suç bakımından uygulanabilecek niteliktedir⁶⁹⁷.

Hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokuyu saklayan, aşıl原因 ya da nakleden her kişi söz konusu suç kapsamında fail olacaktır. Suç kalıbında yer alan fiillerin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise fiili gerçekleştiren her kişi bakımından müşterek faillikten bahsetmek gerekecektir. Örneğin bir hastanede hukuka aykırı olarak elde edilen organ ve dokuları ilgili kişilerden teslim alarak hastaneye getiren hasta bakıcı, bu organ ve dokuları uygun şartlarda saklayan hemşire ve en son aşamada ilgili hastalara aşıl原因 hekim suç kalıbında yer alan seçimlik hareketleri bir suç işleme kararında müştereken gerçekleştirmiş olup bu bağlamda müşterek faildirler. Diğer yandan müşterek faillik suç kalıbında yer alan fiillerin müştereken gerçekleştirilmesinin yanında suçun iş bölümü şeklinde gerçekleştirilmesi sonucu da oluşabilir. Başka bir deyişle kişinin hareketlerinin icra hareketleri kapsamında kalmasa dahi gerçekleştirdiği her fiil suçu mümkün kılıyor ise bu aşamadan sonra söz konusu kişinin de fiil üzerinde hâkimiyet kurmasından bahisle müşterek fail olarak cezalandırılması

⁶⁹⁷ Halıcı, a.g.e., s. 75.

gerekmektedir. Örneğin hukuka aykırı şekilde elde edilen organ ya da dokuların saklanması için gerekli ortamı hazırlayan, ilgili malzemeleri, saklama kaplarını getiren kişinin hareketleri fiilin gerçekleştirilmesini mümkün kılıyor ve fiil üzerinde bir hakimiyet kuruluyorsa bu aşamadan sonra bu kimsenin de TCK m.91 f.5 kapsamında cezalandırılması gerekmektedir. Fakat bu aşamada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise organ veya dokunun saklanması için gerekli şartları oluşturan kimsenin TCK m.39 f.2 kapsamında fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama şeklindeki fiili ile yardım eden konumunda olduğundan da bahsedilebilir. Bu manada gerek maddi gerek manevi yardımda bulunan şerik açısından yapılan yardımın ve bu yardım kapsamındaki hareketlerin suçun işlenişi üzerinde kurduğu hâkimiyete dikkat edilmesi gerekir.

Failde daha önce var olmayan suç işleme düşüncesini oluşturan kimse azmettiren olarak fail gibi cezalandırılacaktır⁶⁹⁸. Bu bağlamda örneğin para karşılığında tıp öğrencilerinde hukuka aykırı olarak elde edilen organ ve dokuları saklama, nakletme veya aşılama yönünde bir irade yaratan kişi somut olayda azmettiren konumunda olacak ve TCK m.38 uyarınca TCK m.91 f.5'te düzenlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Son olarak TCK m.91 f.5'te ihdas edilen suç bakımından hukuka aykırı olarak organ veya doku temin eden kişinin de TCK m.39 kapsamında yardım eden konumunda olduğuna şüphe yoktur. Aynı şekilde yaşayan kişiden organ veya doku alınması ya da ölüden hukuka aykırı organ veya doku alınması suçları bakımından suç sonrası elde edilen organ veya dokuları saklayan bir kişinin de söz konusu suçlara şerik olarak katıldığını söylemek mümkündür. Verilen örneklerin ilkinde fail yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu açısından fail; TCK m.91 f.5 kapsamında ise organ ya da dokuyu temin eden olarak yardım eden pozisyonundadır. Aynı şekilde ikinci örnekte ise organı saklayan kişi yaşayan kişiden organ veya doku alma suçu bakımından yardım eden; TCK m.91 f.5 kapsamında ise fail olacaktır.

⁶⁹⁸ Zafer, Genel Hükümler, s. 427.

3. İçtima

Hukuka aykırı şekilde alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu hem TCK m.91 f.5 hem de 2238 sayılı OVDNHK m.15'te düzenlenmiş olup, TCK m.91 f.5'te yer alan düzenlemenin hem özel kanun hem de 2238 sayılı OVDNHK'den sonra yürürlüğe girmesinden ötürü TCK hükümleri hem özel hem de sonraki norm niteliğinde olduğundan hukuka aykırı olarak elde edilen organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ya da aşılması halinde TCK m.91 f.5 hükmü uygulanacaktır⁶⁹⁹.

Hukuka aykırı şekilde alınmış organ veya dokuyu saklama, nakletme ya da aşılama suçu kapsamında belirtilen saklama, nakletme ve aşılama hareketleri seçimlik hareketler olup⁷⁰⁰, bu bağlamda failin hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir organ ya da dokuyu hem saklaması hem nakletmesi hem de bir alıcıya aşılması durumunda aynı suçun seçimlik hareketleri gerçekleştirildiğinden tek bir suç oluşacak ve fail hakkında tek bir cezaya hükmolunacaktır⁷⁰¹.

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun oluşması için kişinin organ veya dokunun hukuka aykırı olarak alınması sürecine katılmış olması önem taşımamakta olup yalnızca hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokuyu aşılması, nakletmesi ya da saklaması ile suç oluşmaktadır⁷⁰². Hukuka aykırı olarak organ veya dokuyu alan kişi aynı zamanda söz konusu organ veya dokuyu saklamış, nakletmiş ya da aşımış ise iki ayrı suç oluşacak⁷⁰³ ve bu suçlar arasında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

⁶⁹⁹ Halıcı, a.g.e, s. 93: Halıcı her ne kadar söz konusu iki hüküm arasındaki fikri içtima ilişkisinden ötürü TCK m.91 f.5 hükmünün cezasının daha ağır olmasından mütevellit uygulanması gerektiğini düşünse de kanaatimizce TCK m.91 f.5'in asıl uygulanma sebebi hem özel hem de sonraki norm niteliğinde olmasıdır.

⁷⁰⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 133, Halıcı, a.g.e, s. 88.

⁷⁰¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Halıcı, a.g.e, s. 93-94. Ayrıca bkz: Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 106: Yazarlara göre suç seçimlik hareketli bir suç olmayıp, saklamak, nakletmek ya da aşılama fiilleri ister aynı kişi tarafından isterse farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsun ortada üç ayrı suç vardır.

⁷⁰² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272, Yıldız, a.g.e, s. 291.

⁷⁰³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 272.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.5'te ihdas edilen hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun zincirleme suç olarak işlenmesi de mümkündür⁷⁰⁴. Örneğin aynı suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda hukuka aykırı yollarla elde edilen organları ilgili kişilere aşılaman hekim söz konusu suçu zincirleme olarak işlemiş olacak ve hakkında tek bir cezaya hükmedilmekle beraber TCK m.43 uyarınca cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar bir artırım yapılacaktır.

Failin aynı anda birden fazla organ veya doku saklaması, nakletmesi ya da aşılması ya da organ ve dokuları birlikte saklaması, nakletmesi ya da aşılması durumunda doğal anlamda birden fazla fiil olmasına rağmen hukuki anlamda bu fiiller tektir. Zira madde lafzından da anlaşılacağı üzere kanun koyucu hukuka aykırı elde edilmiş organ veya doku arasında bir ayırım yapmamış ve her ikisinin saklanması, nakledilmesi ya da aşılması durumunda aynı cezaya hükmedileceğini belirtmiştir. Diğer yandan fail söz konusu örnek açısından tüm fiillerini bir irade ile birbirine bağlamış ve hareketler aynı hedefe yönelmiş durumdadır. Örnekte bahsedilen durumlarda doğal anlamda hareketler bağımsızlığını yitirerek hukuki anlamda hareketlerin tekliğinden bahsedilir⁷⁰⁵. Bu sebeple verilen örnekte de her ne kadar fail birden fazla organ veya doku saklamış, nakletmiş ya da aşlamış ise de söz konusu fiilleri hukuki anlamda tek bir fiil sayılacak ve fail yalnızca hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçundan ceza alacaktır.

Hukuka uygun olarak elde edilen organ veya dokunun hukuka aykırı olarak saklanması, nakledilmesi yahut aşılması durumunda ise TCK m.91 f.5 kapsamında suç oluşmayacak ve fakat OVDNHK m.15 uyarınca “Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılaman ve nakledenler” hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği hüküm altına alındığından OVDNHK m.15 hükmü uygulanacaktır⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 106.

⁷⁰⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

⁷⁰⁶ Öztezel, a.g.e, s. 227.

E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma

1. Yaptırım

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun yaptırımı Kanun'da iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. TCK m.91 f.5'te düzenlenen suç açısından hukuka aykırı elde edilmiş organ veya doku arasında bir ayırım yapılmamış ve her ikisinin de saklanması, nakledilmesi ya da aşılması durumunda aynı cezaya hükmedileceği belirtilmiştir.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK m.91 f.7 uyarınca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

2. Zamanaşımı ve Kovuşturma

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu şikâyete bağlı bir suç olmayıp; re'sen araştırılabilir bir suçtur.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun failinin kamu görevlisi olması ve ilgili suçu görevi kapsamında işlemesi durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.3 uyarınca yetkili resmi makamların fail hakkında kamu davası açılmasına yönelik izin verilmesi aranmaktadır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu bakımından dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca sekiz yıldır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçu görev bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemelerinin görevindedir.

III. Organ ve Doku Teminine Yönelik Olarak İlan veya Reklam Verme veya Yayınlama Suçu (TCK m.91/6)

A- Genel Açıklamalar

Belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçu TCK m.91 f.6’da düzenlenmiş olup; söz konusu hüküm “Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir.

Kanun koyucu söz konusu bu suç tipi ile organ ve doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin hiçbir şekilde ticari bir meta haline getirilmemesi için ticari faaliyetin hazırlık hareketi sayılabilecek reklam veya ilan verme ya da yayınlama fiillerini de cezalandırmış ve bu şekilde organ ve doku nakilleri açısından yaşanabilecek tüm suiistimallerle etkin bir şekilde mücadele etme niyetini ortaya koymuştur⁷⁰⁷.

Belli bir çıkar karşılığında teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilen ya da yayınlanan organ veya dokunun hukuka uygun yahut aykırı olarak elde edilmesi de suçun oluşumu açısından bir önem arz etmeyip; ister hukuka uygun isterse aykırı elde edilmiş olsun belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilan verilip yayınlandığı halde suç oluşmaktadır. Diğer yandan reklamı veya ilanı verilen ya da yayınlanan organ veya dokuların ölüden yahut canlı bir kimseden elde edilip edilmemesi de suçun oluşumu açısından bir özellik arz etmemektedir⁷⁰⁸. Bu bağlamda kanun koyucu insana ait organ veya dokuların maddi bir menfaat karşılığı ticari bir meta gibi reklam ve ilanlara konu edilmesi ve ticaret aracı yapılmasını engellemek istemiştir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Üzülmmez, a.g.e, s. 134, Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 239.

⁷⁰⁸ Halıcı, a.g.e, s. 98.

⁷⁰⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Halıcı, a.g.e, s. 98, Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu28 Şubat-1 Mart 2008, s.334.

Doktrindeki bir görüşe göre⁷¹⁰ bu suç hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu nakletme, aşılama ya da saklama suçunun bir hazırlık hareketi olup, kanun koyucu bu suçun özelliğinin bir sonucu olarak öngelen bu fiilleri de cezalandırmak istemiştir.

B- Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

Belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun faili ilan veya reklamı veren yahut yayınlayan kişidir⁷¹¹. Suç fail bakımından bir özellik göstermemekte olup suçun faili herkes olabilir. Bu bağlamda suç özgü bir suç değildir⁷¹².

Reklam TDK'da “Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol, bu amaç için kullanılan yazı, resim, film” şeklinde tanımlanmıştır⁷¹³. İlan ise TDK'da “Duyuru, açıkça bildirme, açıkça duyurma” şeklinde belirtilmektedir⁷¹⁴. Bu anlamda reklam ya da ilan vermek fiili belli bir çıkar karşılığında organ ve doku temini için bu durumu duyurmak ve tanıtımını yapmak olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda menfaat karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak bu şekilde duyuru yapan ya da organ veya dokunun tanıtımını yapan kişi bu suçun faili olacaktır.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6 hükmü uyarınca belli bir çıkar karşılığında organ ya da doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren kişi haricinde aynı zamanda verilen bu ilan veya reklamı yayınlayan kişiyi de suçun failidir. Her ne

⁷¹⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273.

⁷¹¹ Üzülmmez, a.g.e, s. 134, Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 239, Yılmaz, a.g.e, s. 227.

⁷¹² Halıcı, a.g.e, s. 97.

⁷¹³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dff673dd3982.69158170 (Erişim Tarihi: 19.09.2016)

⁷¹⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dff688b716a3.21730559 (Erişim Tarihi: 19.09.2016)

kadar Kanun'da reklam veya ilanı “yayınlayan” kişiden bahsedilse de esasen TDK'de “yayınlamak” şeklinde bir sözcük bulunmayıp⁷¹⁵, kanun koyucunun burada esasen TDK'de “Dinlenilecek, görülecek şeyleri radyo ve televizyonla sunmak, bildirmek, duyurmak, bir yazıya, habere, resme gazetede yer vermek, resmen bildirmek, açıklamak, ilan etmek” olarak tanımlanan⁷¹⁶ “yayımlama” fiilinden bahsettiğini düşünmekteyiz. Bu anlamda belli bir çıkar karşılığında verilen reklam veya ilana gazetede, televizyonda veya benzer mecralarda yer veren kişi ve bu gibi mecralar vasıtası ile ilan ya da reklamın kişilere ulaşmasını sağlayan kişi de suçun failidir. Gelişen teknoloji de nazara alındığında verilen reklam ya da ilanların televizyon, basılı yayınlar dışında internet vb. mecralardan da yayınlanması söz konusu olduğundan bu gibi alanlardan belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak reklam ya da ilan yayınlayan kişi de bu suçun faili olacaktır⁷¹⁷. Nitekim kanun koyucu da bu hususta reklam ya da ilanının yayınlandığı yer açısından bir sınırlama getirmemiştir⁷¹⁸.

b) Mağdur

Kanun koyucu TCK m.91 f.6'da ihdas ettiği suç tipi ile organ veya doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin ticari bir meta olarak arzının yapılmasını ve dolayısıyla bu tür ilan veya reklamlara konu olmasını engellemek istemiş olup bu anlamda kişilerin devlet kontrolü altında uygun sağlık kuruluşlarında tüm yasal prosedürlere uygun olarak organ ve doku nakli yaptırması amaçlanmıştır. Bu anlamda söz konusu suç ile korunan hukuki değer toplum nezdindeki kişilerin sağlıklı bir toplum ve çevrede yaşama hakkı, geniş anlamıyla sağlık hakkıdır. Bu sebeple sağlıklı bir toplum içerisinde yaşama hakkı toplumda yaşayan herkesin

⁷¹⁵Bkz:http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57e23dea3147e7.56830246 (Erişim Tarihi: 21.09.2016)

⁷¹⁶http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dff91e9ce279.96186046 (Erişim Tarihi: 19.09.2016)

⁷¹⁷ Ö. Bayraktar, a.g.e, s.1315-1316.

⁷¹⁸ Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134, S. Bakıcı, a.g.e, s. 951.

hakkı olduğundan suçun mağduru geniş anlamda toplumda yaşayan kişilerin hepsidir⁷¹⁹.

Yılmaz'a göre ⁷²⁰ suçun mağduru kamu düzeni ve disiplini bozulan devlet olarak kabul edilmiş ise de Devlet'in bir hak süjesi olmadığı ve hak süjesinin ancak kişiler olabileceği nazara alındığından söz konusu bu görüşe katılmıyor ve TCK m.91 f.6'da ihdas edilen suçun mağdurunun toplumda yaşayan tüm bireyler olduğunu düşünüyoruz.

c) Maddi Konu

Belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun maddi konusu temin edilmesi amaçlanan doku veya organdır⁷²¹. Kanun koyucu belir bir çıkar karşılığı temin edilmesi amaçlanan organ veya dokunun hukuka aykırı yahut hukuka uygun elde edilmesi ya da ölüden veya canlı kimseden alınmış olması hususunda bir ayırım yapmamış olup bu hususta ilan ya da reklam verilmesi ya da yayınlanmasını suçun oluşumu için yeterli görmüştür.

d) Fiil

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6'da ihdas edilen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu belli bir çıkar karşılığında reklam ya da ilan verilmesi ya da verilen ilan ya da reklamın yayınlanması ile oluşmaktadır. Bu bağlamda suç kalıbında ilan veya reklam vermek ve ilan veya reklam yayınlamak şeklinde iki tane farklı fiile yer verilmiş olup söz konusu bu fiillerin her biri ayrı ayrı incelenecektir. Diğer yandan her türlü ilan veya reklam verme ya da yayınlama fiilinin bu suçu oluşturmayacağı açık olup failin söz konusu ilan ya da reklamı belli bir çıkar karşılığında organ ya

⁷¹⁹ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 107.

⁷²⁰ Yılmaz, a.g.e, s. 227.

⁷²¹ Halıcı, a.g.e, s. 98.

da doku temin etmek amacıyla vermesi ya da yayınlaması gerekmektedir⁷²². Bu husus manevi unsur kapsamında ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu açısından yasaklanan fiil ilan ya da reklam verme ya da yayınlama fiilleri olup, söz konusu fiil fail açısından yapma biçiminde gerçekleşen bir davranıştır. Bu bağlamda suç icrai hareketli bir suçtur.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu ancak suç kalıbında yer alan reklam ya da ilan verme yahut yayınlama fiillerinin gerçekleştirilmesi ile oluşabilir. Bu bağlamda suç kalıbında kanun koyucu tarafından suç oluşturan hareketler açıkça belirtilmiş olup suç bağlı hareketli bir suçtur⁷²³. Doktrindeki bir görüşe göre⁷²⁴ kanun koyucu reklam ve ilanın belli bir şekilde yapılmasını aramadığından söz konusu suçun serbest hareketli bir suç olduğu savunulmuştur. Kanaatimizce ilan ya da reklamın ne şekilde yapılacağı hareketin nasıl gerçekleştirileceği ile ilgili bir husus olup, kanun koyucu suçun yayınlama ya da verme şeklinde gerçekleşeceğini belirttiğinden ve bu yönüyle suçun ancak belli bazı hareketlerin yapılması ile gerçekleşeceği açık olduğundan suç bağlı hareketli suçtur.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu açısından suç tipinde bir netice öngörülmemiş olup, ilan ya da reklamın verilmesi ya da yayınlanması sonucu bir zarar ya da somut bir tehlikenin meydana gelmesi suçun oluşumu açısından gerekli değildir. Nitekim söz konusu suçun oluşumu bakımından reklam ya da ilan verilmesi yahut yayınlanması sonucunda bu yolla kişinin organ veya doku temin etmesi de aranmamaktadır⁷²⁵. Bu bağlamda ilan ya da reklam verme ya da

⁷²² Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 107, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134, Yıldız, a.g.e, s. 291, Öztezel, a.g.e, s. 228.

⁷²³ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 108: Yazarlara göre ilan ve reklamın ne olduğu mevzuatında bellidir ve mevzuatında belli olmayan bir davranış ilan ya da reklam oluşturmamaktadır. Bu sebeple suç bağlı hareketli bir suçtur. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273.

⁷²⁴ Öztezel, a.g.e, s. 228.

⁷²⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134.

yayınlama fiillerinin gerçekleşmesi suçun oluşumu için yeterli olup, bu sebeple suç sırf hareket suçudur⁷²⁶.

Diğer yandan Alman Ceza Kanunu'nda suçların pek azı açısından sırf hareket ve netice suçları dışında üçüncü bir kategori söz konusu olmakta ve bu suçlara uzak/kesik neticeli suçlar denilmektedir. Uzak/kesik neticeli suçtan ilgili neticenin suçun maddi unsuruna dâhil edilmediği ancak failin bu neticeye yönelik amacının arandığı suçlar anlaşılmaktadır⁷²⁷. Bu tür suçlarda maddi unsurun gerçekleşmiş kabul edilmesi için belirli bir hareketin yapılması yeterliyken, hareket ile kanuni tipte yer alan netice arasındaki nedensellik bakımından failin sadece bunu amaçlamış olması gereklidir⁷²⁸. Bu tip suçların yapısal incelemesinde suç kalıbında belirtilen hareket maddi unsurlar altında, sadece fail tarafından amaçlanan netice ise manevi unsur altında incelenmelidir. Bu tip suçlarda failin amaçladığı neticenin gerçekleşmesi ise suçun oluşumu bakımından bir şey değiştirmemektedir⁷²⁹. TCK m.91 f.6'da ihdas edilen suç açısından da suç kalıbında yer alan fiiller reklam veya ilan verme yahut yayımlamadır. Bu bağlamda söz konusu suçun oluşumu için bu fiillerin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Fakat diğer yandan suç kalıbında bu fiillerin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini amacıyla yapılması istenmiş olup bu bağlamda failin bu neticeyi amaçlamış olması aranmaktadır. Reklam ya da ilanın verilmesi yahut yayımlanmasından sonra ise bu amacın gerçekleşmiş olması suç açısından bir önem arz etmemektedir. Bu yönüyle TCK m.91 f.6'da ihdas edilen suç kanaatimizce tipik bir uzak/kesik neticeli suç olsa dahi Türk hukukunda bu tip bir ayırım olmadığından suç kalıbında geçen "belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik" ifadesi manevi unsur başlığı altında incelenecektir.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6'da ihdas edilmiş belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme veya yayınlama suçu açısından suç kalıbında ilan/reklam vermek ya da yayınlamak şeklinde iki farklı fiile yer verilmiş olduğu görülmektedir. Söz konusu bu hareketler seçimlik

⁷²⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134.

⁷²⁷ Heinrich, a.g.e, s. 92.

⁷²⁸ Heinrich, a.g.e, s. 92.

⁷²⁹ Heinrich, a.g.e, s. 92.

hareketler olup, bu hareketlerin birinin gerçekleşmesi neticesinde suç oluşmaktadır. Bu sebeple belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme veya açıklama suçu seçimlik hareketli suçtur⁷³⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre⁷³¹ tek bir hükümde birisi yayın şartına bağlı iki farklı suç düzenlendiği savunulsa da söz konusu suç kalıbında sayılan hareketlerden birinin yapılması sonucu tipiklik gerçekleşmekte olup nitekim söz konusu iki fiil açısından bir ceza farklılığı da bulunmamaktadır. Bu sebeple söz konusu görüşe katılmamakta ve seçimlik hareketli bir suç olduğunu düşünmekteyiz.

aa) Reklam veya İlan Vermek

Önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere reklam TDK'da “Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol, bu amaç için kullanılan yazı, resim, film” şeklinde tanımlanmıştır⁷³². Nitekim bir başka tanıma göre ise reklam “insanları gönüllü olarak belli bir davranışta bulunmaya ikna etmek, belirli bir düşünceye yöneltmek, dikkatlerini bir ürüne, hizmete, fikir ve kuruluşa çekmeye çalışmak, onunla ilgili bilgi vermek, ona ilişkin görüş ve tutumlarını değiştirmelerini veya belirli bir görüşü ya da tutumu benimsemelerini sağlamak amacıyla oluşturulan; iletişim araçlarından yer ya da süre satın almak yoluyla sergilenen ya da başka biçimlerde çoğaltılıp dağıtılan ve bir ücret karşılığı oluşturulduğu belli olan (diğer bir deyimle parasal destek sağlayan kişi ya da kuruluşların kimliği açık olan) duyuru” dur⁷³³.

İlan ise TDK'de “Duyuru, açıkça bildirme, açıkça duyurma” şeklinde belirtilmektedir⁷³⁴. Bu anlamda reklam ya da ilan vermek fiili belli bir çıkar karşılığında organ ve doku temini için bu durumu duyurmak ve tanıtımını yapmak,

⁷³⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134.

⁷³¹ Hafızogulları/Özen, a.g.e, s. 106.

⁷³² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dff673dd3982.69158170 (Erişim Tarihi: 19.09.2016)

⁷³³ http://old.staff.neu.edu.tr/~eergun/index_files/Page880.htm (Erişim Tarihi: 21.09.2016)

⁷³⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dff688b716a3.21730559 (Erişim Tarihi: 19.09.2016)

insanları belli bir bedel karşılığı organ veya dokularını vermeye teşvik etmek üzere yapılan tüm tanıtım çalışmaları olarak tanımlanabilir⁷³⁵. Örneğin belli bir bedel karşılığında böbrek temin etmek isteyen bir kimsenin bu hususu belirterek el ilan dağıtması yahut reklam panolarında bu hususu duyurması sonucu söz konusu suç oluşacaktır.

bb) Reklam veya İlan Yayınlamak

Yayın TDK’de “Basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete vb., neşriyat, radyo ve televizyon aracılığıyla halka sunulan, duyurulan, iletilen eser, program” olarak tanımlanmış olup⁷³⁶, her ne kadar suç kalıbında yayınlamak fiiline yer verilse de böyle bir kelime bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu suç tipinde yayın kelimesinin fiil hali olan “yayımlama” fiilini kastetmektedir. Yayımlamak fiili ise TDK’de “Dinlenilecek, görülecek şeyleri radyo ve televizyonla sunmak, bildirmek, duyurmak, bir yazıya, habere, resme gazetede yer vermek, resmen bildirmek, açıklamak, ilan etmek” olarak tanımlanmıştır⁷³⁷. Bu manada suç tipinde yer verilen fiil kanaatimizce belli bir çıkar karşılığında organ ve temin etmek üzere hazırlanan ilan veya reklamın televizyon, gazete, dergi, internet vb. vasıtalar ile duyurulması olarak tanımlanabilir⁷³⁸. Kanun koyucu organ veya doku teminine yönelik olarak hazırlanan ilan veya reklamın hangi mecrada yayımlanacağı hususunda bir kısıtlama getirmemiştir. Bu sebeple söz konusu amaca yönelik olarak hazırlanan ilanın herhangi bir mecrada yayımlanması suçun oluşumu açısından yeterlidir. Örneğin kornea nakli gereken bir hastanın kendi sosyal medya hesabında belli bir

⁷³⁵ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 108: Yazaralar göre ilan ya da reklam vermek düşüncayı somutlaştırmak yani düşüncenin başkaları tarafından algılanabilir olmasını sağlamaktır. Bu anlamda bu ilan veya reklamı alenileştirmek olmaktadır ve ancak ilan veya reklam alenileşince suç oluşur. İlan veya reklamı alenileştirmek ise yayınlamak ile oluşur. Kanaatimizce yazarların bu düşünceleri yerinde değildir. Zira yayımlama ilan veya reklamın internet, televizyon yahut yazılı kaynaklar ile duyurulması anlamında olup hâlihazırda ayrı bir fiil olarak suç tipinde yer almaktadır. İlan ya da reklam verme ise ayrı bir fiil olup bu yolar dışında söz konusu hususta yapılan tüm tanıtım çalışmalarıdır.

⁷³⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57e28df46723f0.17445542 (Erişim Tarihi: 21.09.2016)

⁷³⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dff91e9ce279.96186046 (Erişim Tarihi: 19.09.2016)

⁷³⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273.

ücret karşılığında kornea satın alabileceği şeklinde bir ilan yayımlaması TCK m.91 f.6’da ihdas edilen suçu oluşturacaktır.

2. Manevi Unsur

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6’da düzenlenen suçun manevi unsuru kast olup⁷³⁹, suçun ayrıca taksirle de işlenebileceği yönünde Kanun’da bir ifade bulunmadığından taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu bölümde öncelikle incelenen suç bakımından kastın kapsamında neler olduğu ve nelerin bilme ve isteme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanacak, devamla suç kalıbında geçen “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak” ifadesinin kast kapsamında nasıl değerlendirileceği incelenecektir.

a) Kastın Kapsamı ve Anlamı

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6’da ihdas edilmiş belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme veya yayınlama suçu sırf hareket suçu olduğundan; somut tehlike yahut zarar şeklinde bir netice içermemektedir. Bu sebeple failin isteme kapsamında değerlendirilebilecek bir husus bulunmamaktadır. Diğer yandan TCK m.91 f.6’da düzenlenen suç açısından zarar ya da somut bir tehlike şeklinde bir netice öngörülmediğinden gerçekleşen hareket ile arasında nedensellik bağı kurulacak bir durum da söz konusu değildir. Bu sebeple netice ile hareket arasındaki nedensellik bağı açısından da kastı değerlendirmek mümkün değildir.

⁷³⁹ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 108, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Arslan/Azizoğlu, a.g.e, s. 416, Halıcı, a.g.e, s. 99.

b) Suça Özgü Maksudın Anlamı

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6’da ihdas edilen suç açısından failin vereceği yahut yayınlayacağı ilan ya da reklamın “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etmek” amacıyla verilmesi ya da yayınlanması özellikle aranmış olup; söz konusu ilan ya da reklamın belli bir çıkar karşılığında organ ya da doku temin etmek amacı gütmemesi halinde söz konusu suç oluşmayacaktır⁷⁴⁰. Bu bağlamda söz konusu suç tipi açısından kastın yanında özel olarak bir amaç (maksat)⁷⁴¹ da aranmış olup⁷⁴², failin ancak bu amaç doğrultusunda fiilleri gerçekleştirmesi halinde suç oluşmaktadır.

Fail gerçekleştirdiği fiil ile netice dışında başka yararlar da elde etmek isteyebilir, nitekim söz konusu netice dışında kalan bu yararların elde edilmesi isteği failin amacını oluşturmaktadır⁷⁴³. Diğer bir deyişle geniş anlamda amaç yahut maksat failin fiiliyle ulaşması gerektiğini düşündüğü nihai hedef olarak tanımlanabilir⁷⁴⁴. Suç tiplerinde genel olarak failin hangi amaç ya da motivasyonla hareket ettiği dikkate alınmamakla beraber bazı suçlar bakımından ise failin motivasyonuna özel bir önem verildiği görülmektedir⁷⁴⁵. Bir başka deyişle amaç; suç tanımında zorunlu ya da tamamlayıcı bir unsur olarak yer almadığı sürece suçun oluşumu açısından bir etkisi olmamakla birlikte; bir suç kalıbında suçun zorunlu bir unsurunu teşkil edebileceği gibi; ağırlaştırıcı bir neden olarak da bulunabilir⁷⁴⁶. Bu

⁷⁴⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 107, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134, Yıldız, a.g.e, s. 291, Öztezel, a.g.e, s. 228. Ayrıca bkz: Y. Ünver, “Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkileri”: Yazar belli bir çıkar aranmasını hatalı bulmaktadır. Zira çıkar olmayınca suç oluşmayacak olup, suç kalıbında yer alan bu koşul suçla mücadeleyi hukuksal bir dayanağı olmadan zayıflatmaktadır.

⁷⁴¹ Zafer, Genel Hükümler,s. 270: Zafer’e göre doktrinde bazı yazarlarca failin iradesinin yöneldiği netice maksat olarak adlandırılmaktadır. Ancak Zafer’e göre maksat kelimesi amaç ve saikle karışmaya oldukça müsait olup, halihazırda Kanun’da maksat ve amaç kavramları birbiri yerine kullanılmaktadır.

⁷⁴² Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134.

⁷⁴³ Zafer, Genel Hükümler,s. 270.

⁷⁴⁴ Ozansü, a.g.e, s. 135, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 243, Hakeri, Genel Hükümler, s. 300.

⁷⁴⁵ H. Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara 2010, s. 76, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 273.

⁷⁴⁶ Zafer, Genel Hükümler,s. 270, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 277-278, Özgenç, Genel Hükümler, s. 285, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 368-369, Karakehya, a.g.e, s. 76.

durumda amaç suçun kanuni tarifinde kastın yanı sıra suçun temel ya da nitelikli şekline ilişkin ayrı bir sübjektif unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁴⁷. Amacın suçun temel şekline ilişkin sübjektif bir unsur olduğu hallerde de suçun kanuni tipte yer alan amaçla işlenmemesi halinde söz konusu suçun haksızlık niteliği gerçekleşmemektedir⁷⁴⁸. Diğer yandan bu tip suçlarda failin; tipte yer alan söz konusu amaç doğrultusunda hareket etmesi yeterli olup, diğer yandan söz konusu amaca ulaşip ulaşmaması ise önem taşımamaktadır⁷⁴⁹.

Failin belirli bir amaçla hareket etmesinin zorunlu tutulduğu suçlar açısından kastın yanı sıra suç tanımında belirtilen diğer sübjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekmekte olup bu tip suçlara genelde özel kast ile işlenebilen suçlar denilmektedir⁷⁵⁰. Diğer bir deyişle amacın suçun zorunlu unsuru olarak kabul edildiği bu hallerde genel kast suçun manevi unsurunun oluşması için yeterli olmayıp failin aynı zamanda suç kalıbında yer verilen isteklendirme ile hareket etmesi gerekmektedir⁷⁵¹. Diğer yandan failin kanuni tipte yer verilen bir amaç doğrultusunda hareket etmesini arayan ve bu hususun bilinip istenmesini şart kılan özel kast sisteminde suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir⁷⁵². Failin hangi motivasyon ile hareket ettiğini bilmesi ve istemesi gerekmekte olup bunun dışında amaçlanan hususun sonunda gerçekleşmesi ise şart değildir⁷⁵³.

Belli bir çıkar karşılığında organ teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme yahut yayınlama suçu açısından da “belli bir çıkar karşılığı organ temini” geniş anlamda bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira suçun oluşumu bakımından failin kasten hareket etmek suretiyle ilan ya da reklam vermesi ya da yayınlaması suçun oluşumu için yeterli olmayıp failin aynı zamanda bu fiili belli

⁷⁴⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 242, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 238-329.

⁷⁴⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 242, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 368, Karakehya, a.g.e, s. 76-77.

⁷⁴⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 243, Zafer, Genel Hükümler, s. 270, Özgenç, Genel Hükümler, s. 285-286, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 373.

⁷⁵⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 242, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 278, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 319, Demirbaş, Genel Hükümler, s. 373, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 238.

⁷⁵¹ Zafer, Genel Hükümler, s. 243.

⁷⁵² Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 278, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 369, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 274.

⁷⁵³ İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 239.

bir çıkar karşılığında organ ya da doku temini amacıyla gerçekleştirmesi gerekmektedir⁷⁵⁴. Diğer bir deyişle belli bir çıkar karşılığı organ ya da doku temin etmek amacı dışında yayınlanan ya da verilen ilan ya da reklamlar söz konusu suç oluşturmayacaktır⁷⁵⁵. Suçun oluşumu açısından failin bu amaçla hareket etmesi şart olup, neticeten ilan ya da reklamı veren ya da yayınlayan kişinin belli bir çıkar karşılığında organ ya da doku temin etmesi ise gerekmemektedir⁷⁵⁶. Failin yalnızca fiilini gerçekleştirirken belli bir çıkar karşılığında organ ya da doku temin etmeyi bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçun olası kastla işlenmesi de mümkün değildir.

Belli bir çıkar karşılığından olmayan organ ve doku teminine yönelik ilan ya da reklamlar ise söz konusu suç kapsamında telakki edilemeyecektir⁷⁵⁷. Diğer bir deyişle kanun koyucu söz konusu suç ile yalnızca belli bir çıkar karşılığı olan daha doğru bir ifade ile ticari ilanları yaptırım altına almak istemiş fakat organ ya da dokuya ihtiyacı olan kimselerin kamuoyuna başvurmalarını engellememiştir⁷⁵⁸. Aynı şekilde söz konusu ifade ancak belli bir çıkar karşılığında organ teminine ilişkin olduğundan organ veya doku satımına ilişkin ilan ya da reklamlar da bu kapsamda olmayıp ancak organ veya doku ticareti suçu kapsamında değerlendirilebilir⁷⁵⁹. Diğer yandan organ veya doku teminine yönelik bir başka hüküm de OVDNHK’de bulunmakta olup OVDNHK m.4 uyarınca “Bilimsel,

⁷⁵⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239: Yazarlara göre failin burada kasten hareket etmesinin yanı sıra belli bir maksatla hareket etmesi gerekmektedir., Üzülmez, a.g.e, s. 134.

⁷⁵⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849, Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 107, Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134, Yıldız, a.g.e, s. 291, Öztezel, a.g.e, s. 228.

⁷⁵⁶ Yıldız, a.g.e, s. 291: Yıldız’a göre fıkranın ele alınış biçimi yanlış anlamaya uygundur zira ifadede kimin çıkarından bahsedildiği belirli olmayıp; burada reklam verenin mi yoksa organ veya dokusunu satacak kişinin mi yoksa organı satın alacak kişinin mi elde edeceği çıkardan söz edildiği anlaşılamamaktadır. Bu sebeple Yıldız’a göre burada anlaşılır ve amaca uygun bir düzenleme yapılana kadar kast edilen çıkarın organ veya dokuyu satacak ya da organ veya dokuyu satın alacak kimsenin elde edeceği çıkar olarak anlamak reklam verenin bir çıkar elde edip etmemesinin eylemin cezalandırılabilirliği açısından dikkate alınmaması gerekmektedir.

⁷⁵⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, a.g.e, s.239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849, Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Yıldız, a.g.e, s. 291.

⁷⁵⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849, Öztezel, a.g.e, s. 228, Mermut, a.g.e, s. 1480. Ayrıca bkz: Yılmaz, a.g.e, s. 227: Yazara göre ilan verme ya da yayımlamada maddi çıkar yoksa cezalandırmama şeklindeki görüş genel olarak organ suçlarının cezalandırılabilirliğine aykırı bir durumdur.

⁷⁵⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849.

istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.” Söz konusu maddeden de anlaşıldığı üzere bu düzenleme TCK m.91 f.6’dan daha geniş ve uygulanabilir bir hüküm olup belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olmayan ve bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı hali teşkil etmeyen haller bu maddeye aykırılık teşkil ettiğinden OVDNHHK m.15 kapsamında değerlendirilecektir.

Madde lafzında belirtilen belirli çıkar para yahut mal şeklinde maddi bir çıkar olabileceği gibi bunların dışında para ile ölçülebilir olmayan manevi bir nitelik de çıkar olabilir⁷⁶⁰. Bu bağlamda çıkarın niteliği önemli olmayıp organ veya doku verebilecek kimselerin iradeleri üzerinde etki edebilecek her türlü husus çıkar niteliğinde kabul edilebilir⁷⁶¹. Önemli olan husus söz konusu manevi çıkarın kişilerin iradesi üzerinde etki yaratabilecek hususta olmasıdır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

a) Genel Açıklamalar

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6’da ihdas edilen belirli bir çıkar karşılığında organ veya doku temin etmek üzere ilan ya da reklam verme ya da yayınlama suçu açısından TCK’de yahut başkaca bir kanunda ticari amaçlı ilan veya reklamları mümkün kılan ya da serbest bırakan bir hüküm bulunmamaktadır. Bilakis organ ve doku ticaretinin önlenmesi amacıyla bu tip reklam ya da ilan verme ya da yayınlama fiilleri aynı zamanda OVDNHHK m.4’te “ Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.” şeklinde belirtilmek suretiyle yasaklanmıştır. Bu bakımdan TCK m.24 f.1 kapsamında kanunun hükmü uyarınca söz konusu fiilin hukuka uygun hale gelmesi mümkün değildir.

⁷⁶⁰ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273.

⁷⁶¹ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s.107-108: Örneğin yazarlara göre vahiyciliğin geçerli olduğu bir toplumda şeyhin cemaatinden olan kişilere karşı böbrek hastası şeyhe böbrek temin edilmesi halinde mutlaka cennete gidileceği yönündeki bir duyuru suç kapsamında telakki edilebilecektir.

Diğer yandan niteliksel olarak TCK m.25 f.1'deki koşullar sağlanamadığından meşru müdafaa hükümlerinin de söz konusu suç açısından uygulanması söz konusu olamamaktadır.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak organ veya doku temini amacıyla ilan veya reklam verme yahut yayımlama suçunun mağduru belirlenebilir bir kişi olmadığından ve toplumda yaşayan her kimse bu suçun mağduru olarak telakki edildiğinden mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi de söz konusu suç açısından uygulanabilir değildir.

OVDNHK m.4'te "Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır." şeklinde belirtilmek suretiyle bilimsel, istatistiki ve haber niteliğinde bilgi dağıtımı sağlayan hallere ilişkin reklamlar ayrı tutulduğundan bu bölümde TCK m.26 f.1 kapsamında hakkın icrasının suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir.

b) Hakkın Kullanılması

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak reklam ya da ilan verme veya yayımlama suçu kapsamında kişiler esasen bir bilgi yahut düşünceyi yayma gayesindedirler. Bu bağlamda verilen ya da yayınlanan bu reklam ya da ilanların bilgi ve düşünceleri yayma hakkı kapsamında değerlendirilip kişilerin bir haklarını kullanmaları sebebiyle suç olmaktan çıkıp çıkmayacağı incelenmelidir.

Anayasa m.26 f.1 uyarınca "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." demek suretiyle kişilerin bilgi ve düşüncelerini yayma hakkı koruma altına alınmış diğer yandan bilgi ve düşünceleri yayma hakkı kapsamında bireysel düzey dışında basın ve yayın organlarının haber

alma ve verme hakkı da tanımıştır⁷⁶². AY'nin bilgi ve düşünceleri yayma hakkına ilişkin bu temel hükmünden başka AY'nin 28. maddesinde basın özgürlüğüne yer verilerek basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Hattızatında Anayasa'nın başka çeşitli maddelerinde basın özgürlüğüne ilişkin ek güvenceler de sağlanmıştır. Örneğin AY'nin 29. maddesinde süreli ve süresiz yayın hakkı, 30. maddesinde ise basın araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Bu bağlamda bir düşüncayı yayma aracı olarak oluşturulan ilan ve reklamlar da AY'nin öngördüğü bu koruma altındadır.

Aynı şekilde AY'nin 27. maddesinde bilim ve sanat hürriyetine yer verilmiş ve bu bağlamda “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.” hükmü ile kişilerin sanatsal ve akademik ifade özgürlüğü de Anayasaca tanınmıştır. Anayasa'daki bu düzenleme ile bilim ve sanat hürriyetine; bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, araştırma, yayma ve öğretme serbestliği şeklinde beş biçimde yer verilmiştir⁷⁶³. Oluşturulan kimi reklam ve ilanların sayılan bu beş biçimden birini icra amaçlı olması halinde bu ilan veya reklamların yayınlaması ya da verilmesinin bilim ve sanat hürriyeti kapsamında telakki edilmesi gerekecek ve bu halde ilan veya reklamı veren ya da yayınlayan kişiler anayasal bir haklarını icra etmiş olacaklardır.

2238 sayılı OVDN HK m.4 ile organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır. Fakat söz konusu bu düzenleme ile bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayrık tutulmuş olup söz konusu hallerde kişiler detayıyla açıkladığımız bilgi ve düşünce yayma hakkı ve bilim ve sanat hürriyetlerini kullandıkları için söz konusu suç oluşmayacaktır. Diğer bir deyişle söz konusu bu haller kişilere Anayasa tarafından tanınan haklar olduğundan fiil gerçekleşmiş olsa dahi hakkın icrası sebebiyle hukuka aykırı addedilemeyeceğinden suç oluşmayacaktır. Örneğin organ ve doku bağışını yaygınlaştırmak üzere bu hususta kurulan dernekler tarafından organ ve doku

⁷⁶² U. Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı” in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa editör: S. İnceoğlu, İstanbul 2013, s. 367.

⁷⁶³ U. Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı” in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa editör: S. İnceoğlu, İstanbul 2013, s. 367.

bağışının hukuki yönlerini anlatan el ilanları dağıtılması yahut bu hususta hazırlanan kamu spotu şeklinde oluşturulmuş reklamların televizyonda yayınlanması söz konusu suçu oluşturmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6 ise OVDN HK m.4'ten farklı olarak daha dar kapsamlı olup organ ve doku nakline ilişkin her türlü ilan ya da reklamı değil yalnızca “belli bir çıkar karşılığı” olan organ ve doku teminine yönelik olanların verilmesi ya da yayınlanmasını yasaklamıştır. Bu bağlamda organ veya doku temini amacına yönelik reklamın suç oluşturup oluşturmadığı konusundaki kıstas, ilan veya reklamın ticari amaca hizmet edip etmediğidir⁷⁶⁴. Bu bağlamda haber verme, düşünceleri açıklama ve yayma hakkı ile basın özgürlüğünün ötesinde ticari bir faaliyet gütmek amacıyla oluşturulan ilanların yayınlanması yahut verilmesi suç teşkil edecek olup, böyle bir durumda, hukuka uygunluk sebebinden söz etmek de mümkün olamayacaktır. Örneğin bir gazetede yayımlanmış; bir araba karşılığında böbreğini bağışlamak üzere kişiler arandığına ilişkin bir ilan haber verme ya da bilgi ve düşünce yayma hakkı kapsamında telakki edilemeyecek olup basın özgürlüğü de fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Fakat böbrek yetmezliği sebebiyle kendisine uygun bir verici arayan kişinin görsel medya vasıtasıyla bir bedel karşılığı olmaksızın yardım istemesi ve bu hususu duyurması ise suç teşkil etmeyecektir.

C- Kusurluluk

1. Genel Açıklamalar

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam ya da ilan verme yahut yayımlama suçu kusurluluk bakımından özellikli bir durum arz etmemekte olup haksız tahrik ve hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi dışında, cebir, şiddet, korkutma, tehdit ve zorunluluk hali gibi kusuru kaldıran veya

⁷⁶⁴ Bkz: Halıcı, a.g.e, s. 102: Mecliste madde üzerindeki görüşmeler sırasında, uygulamada oluşabilecek karmaşanın önüne geçebilmek için “ilan” yerine, “ticari ilan” denmesi gündeme gelmiş, ancak “ticari” ifadesinin süreklilik arz ettiği gerekçesiyle, “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku temini” şeklinde değişiklik yapılmıştır

azaltan sebepler koşulları gerçekleştiği takdirde söz konusu suç bakımından uygulanabilmektedir.

2. Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu; organ ya da doku teminine yönelik olarak reklam ya da ilan veren yahut yayımlayan kişinin kusuru bulunmadığından TCK m.28 uyarınca hakkında ceza verilmeyecektir. Bu gibi bir durumda cebir, şiddet, korkutma veya tehdit altında fiili gerçekleştiren kişinin kınanabilirliği bulunmadığından hakkında cezaya hükmolunmazken cebir, şiddet, korkutma veya tehdidi uygulayan kişi ise fail olarak sorumlu olacaktır. Örneğin belli bir çıkar karşılığı organ ya da doku teminine yönelik reklamı yayımlamak istemeyen televizyon kanalı çalışanının vücut bütünlüğüne yönelik bir zarar verileceği yönündeki tehdit sonucu bu reklamı yayımlaması durumunda hakkında cezaya hükmolunmayacak fakat kendisini tehdit ederek reklamı yayımlatan TCK m.91 f.6 kapsamında cezalandırılacaktır.

3. Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu m.25 f.2 uyarınca kişinin gerçekleştirdiği fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen kişinin bu fiili içerisinde bulunduğu bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu altında gerçekleştirmesi halinde kusuru ortadan kalkmaktadır.

Bu bağlamda kural olarak TCK m.91 f.6'da ihdas edilen suç açısından da failin ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu altında belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam vermesi ya da yayınlaması durumunda kusurunun ortadan kalkacağı ve kişi hakkında cezaya hükmedilmeyeceği söylenebilir. Fakat böyle bir örnekle karşılaşılmaması pek mümkün gözükmemektedir. Zira örneğin böbrek

yetmezliğinden mustarip çocuğu için organ arayışında olan bir kimsenin gazetede yayınladığı belli bir bedel karşılığında böbrek aradığı yönündeki ilan çocuğunun yaşam hakkına yönelmiş tehlikeyi savuşturmak için verilmiş ise de söz konusu eylem hakka yönelik tehlikeden kurtulmak üzere elverişli bir eylem değildir. Bir başka deyişle söz konusu eylemin gerçekleştirilmesi hastanın iyileşmesini sonuçlamadığından tehlikeden kurtulmanın yolu ilan ya da reklamın yayınlanması olmayıp bu bağlamda zorunluluk hali söz konusu suç açısından uygulama alanı bulamamaktadır.

D- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayımlama suçu sırf hareket suçu olup, suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu m.35 uyarınca işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Bazı suçlar ise yapıları itibariyle teşebbüs derecesinde kalmaya elverişli değildir. Sırf hareket suçları da suç kalıbında tarif edilen hareketin yapılması ile birlikte tamamlanan ve belirli bir sonucun meydana gelmesine gerek bulunmayan suçlar olduğundan ilke olarak teşebbüse elverişli değildir⁷⁶⁵. Fakat 765 sayılı ETCK'da eksik ve tam teşebbüs ayrımı yapılırken sırf hareket suçlarına tam teşebbüsün mümkün olmadığı ama hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde eksik teşebbüsün mümkün olduğu savunulmaktaydı⁷⁶⁶. 5237 sayılı TCK ile eksik ve tam teşebbüs kavramları terk edilmiş olsa dahi icra hareketleri parçalara bölünebilen sırf hareket suçları açısından

⁷⁶⁵ K. İçel/H. Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, İstanbul 2007, s. 251.

⁷⁶⁶ İçel/Evik, a.g.e, s. 251, Zafer, Genel Hükümler, s. 406, İçel/Sokullu Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoglu/ Ünver, a.g.e, s. 351.

halen teşebbüs hükümleri uygulanabilmektedir. Bu bakımdan hareketlerin parçalara bölünebildiği sırf hareket suçları teşebbüse elverişli suçlardır⁷⁶⁷.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayımlama suçu bakımından icra hareketleri “ilan veya reklam verme” ya da “ilan veya reklam yayımlama” fiilleri ile bu fiillere zorunluluk bağı ile bağlı diğer bir değişle doğal yorumda yayımlama ve verme fiillerinin parçası olarak ortaya çıkan hareketlerdir. İlan ya da reklam verme veya yayımlama fiilleri ise niteliksel olarak parçalara bölünmemektedir. Zira ilan ya da reklamın verilmesi yahut yayımlanması ile suç oluşmakta bu fiiller dışında failin maddi bir menfaat sağlaması yahut organ ya da doku temin etmesi ise aranmamaktadır. Örneğin failin belli bir ücret karşılığında böbrek aradığına ilişkin ilanı gazeteye vermesi halinde söz konusu suç oluşacak ve failin ayrıca bu böbreği temin edip etmediği yahut temin ettiği kişiye bir bedel ödeyip ödemediği suçun oluşması açısından önem arz etmeyecektir. Bu yönüyle suç ani hareketli bir suç olup, teşebbüse de elverişli değildir⁷⁶⁸. Gerçekten failin söz konusu reklam ya da ilanı hazırlamak için araştırma yapması, bunları hazırlaması, el ilanı bastırması yahut ilanın yayınlanması için bir televizyon kanalı ile görüşmesi gibi fiiller nazara alındığında tüm bu fiiller yayımlama ya da reklam ya da ilan verme fiilleri ile bir zorunluluk bağı teşkil etmemekte olup nitekim kanuni tipte yer alan fiillerin gerçekleştirilebilmesi için elzem de değildir. Bu bakımdan söz konusu fiillerin hepsi ancak hazırlık hareketi niteliğindedir⁷⁶⁹. Bu sebeple her ne kadar söz konusu suçun teşebbüse elverişli olduğu savunulsa da⁷⁷⁰ kanaatimizce suç kalıbında yer alan fiillerin parçalara bölünmesi mümkün olmadığından suç teşebbüse elverişli değildir.

Bir görüşe göre TCK m.91 f.6’da ihdas edilen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu açısından verme ve yayımlama şeklinde iki ayrı fiil öngörülmesi ve bu yönüyle

⁷⁶⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 406, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 416-417, Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e, s. 610, Öztürk/Erdem, a.g.e, s. 346.

⁷⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 108, Taneri, a.g.e, s. 492.

⁷⁶⁹ Hafızoğulları/Özen, a.g.e, s. 108.

⁷⁷⁰ Bkz: Halıcı, a.g.e, s. 102.

suçun tamamlanması için ilan ya da reklamın verilmesinin yeterli sayılarak yayımlanmasının şart olmaması bazı ispat sorunları doğurmaktadır⁷⁷¹. Bu bakımdan söz konusu görüşe göre suç kalıbında yer alan fiilin yalnızca yayını cezalandırır şekilde düzenlenerek, ilan ya da reklam verilmesinin suçun teşebbüs aşamasını ifade edecek şekilde kaleme alınması daha yerindedir. Gerçekten ilan veya reklam verme fiilinin nasıl yorumlanacağı hususunda bir belirlilik bulunmamakta olup, verme fiilinin ne zaman gerçekleştiği yönünden de ispat zorlukları bulunmaktadır. Bu sebeple gerek suçun faili gerekse suçun ne zaman tamamlandığının tespiti açısından bahsedildiği şekilde bir düzenleme yapılması bizim görüşümüze göre de yerinde olacaktır.

2. İştirak

TCK m.37-41 arasında yer alan tüm iştirak hükümleri TCK m.91 f.6'da düzenlenen söz konusu suç bakımından uygulanabilecek niteliktedir. Diğer yandan söz konusu suç kalıbında yer alan fiillerden biri "yayımlama" fiili olup söz konusu fiil internet, televizyon yahut yazılı basın açısından farklı özellikli durumlar içermektedir. Bu sebeple TCK m.91 f.6'da ihdas edilen suç açısından suç kalıbında yer alan fiilleri gerçekleştiren kişiler dışında özel kanunlarda düzenlenen çeşitli sorumluluk kuralları dolayısıyla objektif sorumluluktan ötürü başkaca kimseler de fail konumunda olabilecektir. Objektif sorumluluk failin icrai ya da ihmali iradi hareketinin sonucu olan neticeden herhangi bir psişik bir bağın varlığı aranmaksızın sırf nedensellik bağıyla sorumlu tutulmasıdır⁷⁷². Bu bölümde öncelikle genel iştirak hükümlerinin söz konusu suç açısından oluşturduğu özellikli durumlar incelenecek devamla 5187 sayılı Basın Kanunu⁷⁷³, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu⁷⁷⁴ (TRT Kanunu), 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın

⁷⁷¹ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273.

⁷⁷² Demirbaş, Genel Hükümler, s. 396.

⁷⁷³ 09.06.2004 kabul tarihi ile 26.06.2004 tarihli ve 25504 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu.

⁷⁷⁴ 11.11.1983 kabul tarihi ile 14.11.1983 tarihli ve 18221 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu.

Hizmetleri Hakkında Kanun⁷⁷⁵ ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da⁷⁷⁶ yer alan sorumluluk esaslarına göre bir değerlendirme yapılacaktır.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme ya da yayımlama suçu bakımından fail ilan ya da reklamı veren ya da yayımlayan kişidir. Örneğin bir gazetede belli bir bedel karşılığında böbrek aradığını belirten bir ilan yayınlayan gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü suçun faili olacaktır. Suç kalıbında yer alan fiillerin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise fiili gerçekleştiren her kişi bakımından müşterek faillikten bahsetmek gerekecektir. Örneğin bin lira karşılığında kornea alınacağı yönünde basılmış el ilanlarını dağıtan her kişi esasen bu yönde tanıtım yaparak reklam veren niteliğinde olduklarından suç kapsamında müşterek fail olarak telakki edilmelidir.

Basın Kanunu m.11 basın yoluyla işlenen suçlar dolayısıyla doğan ceza sorumluluğunu düzenlemektedir⁷⁷⁷. Basın yoluyla işlenen suç esasen başka bir yolla işlenmesi mümkün olan bir suçun basılmış bir eser suretiyle işlenmesi halidir⁷⁷⁸. Bu bağlamda TCK m.91 f.6'da düzenlenen suçun da esasen reklam ya da ilan verilmesi suretiyle işlenmesi mümkün iken bu reklam ya da ilanın basılmış bir eser ile yayımlanması durumunda işlenmesi söz konusu olacağından basın yoluyla işlenen bir suç olduğunu söylemek mümkündür. Basın Kanunu m.11 uyarınca "Sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur." Bu sebeptendir ki söz konusu suç reklam ya da ilanın sürelî yahut süresiz bir yayında yayımlanması suretiyle işlendiği takdirde cezai sorumluluk öncelikle eser sahibinin yani sürelî veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı

⁷⁷⁵ 15.02.2011 kabul tarihi ile 03.03.2011 tarihli ve 27863 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun.

⁷⁷⁶ 04.05.2007 kabul tarihi ile 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun.

⁷⁷⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 398.

⁷⁷⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 396.

veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürünü yapanın olacaktır. Fakat Basın Kanunu m.11 f.3 uyarınca süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, “sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili”nin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda yukarıda sayılan sebeplerden ötürü eser sahibinin cezalandırılmadığı hallerde “sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili” fail gibi cezalandırılacaktır. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir⁷⁷⁹.

Radyo ve televizyon yayını suretiyle işlenen suçlar bakımından ceza sorumluluğu TRT ve özel radyo ve televizyonlar açısından farklılık göstermektedir⁷⁸⁰. TRT Kanunu m.28 uyarınca “Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur.” Bu bağlamda belli bir çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik olarak verilen reklamın yayınlanması halinde reklam metnini yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumlu olacaktır. Diğer bir deyişle suçun fikir unsurunu gerçekleştiren kişi ile birlikte yayını fiilen yöneten ve kontrol eden de sorumlu kabul edilmiştir⁷⁸¹.

Özel radyo ve televizyon kuruluşları vasıtasıyla TCK m.91 f.6'daki suçun işlenmesi halinde ise sorumluluk 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'a göre belirlenecektir. Söz konusu Kanun'un

⁷⁷⁹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 400: Nitekim yazara göre sorumlu müdürün sorumluluğunun dayanağı objektif sorumluluk gibi görülse de onu sorumlu tutabilmek için bir irade hareket olmalıdır. Nitekim yayın unsuru kişinin iradi hareketi neticesinde gerçekleşmez ise sorumlu müdür cezalandırılmayacaktır.

⁷⁸⁰ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 402.

⁷⁸¹ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 402.

46. maddesinin 1 ve 2. fıkrası uyarınca “Yayından doğan sorumluluk yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Ancak, şirketi idare ve temsile yetkili kişiler, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermişlerse, bu durumda sorumluluk yayına karar veren söz konusu kişilere geçer.” Söz konusu madde uyarınca TCK m.91 f.6’daki suç özel bir televizyon kuruluşu tarafından işlendiğinde öncelikle yayını yöneten ve programı yapana aittir. Fakat Kanun, Basın Kanunu’nda olduğu gibi objektif bir sorumluluk öngörerek bu kimselerin yanında sorumlu müdürün de cezai sorumluluğunun doğacağını hüküm altına almıştır. Diğer yandan yine Basın Kanunu’nda olduğu gibi sorumlu müdür rızası hilafına yahut incelemesinden geçmeksizin yapılan yayınlardan sorumlu tutulmamış ve bu gibi durumlarda sorumluluk yayına karar veren kişi için öngörülmüştür. Örneğin ücret karşılığında böbrek alınan bir kuruluşun reklamı sorumlu müdür izin vermemesine rağmen televizyonda yayınlandığında cezai sorumluluk artık söz konusu yayına karar verene ait olacaktır.

Son olarak belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak hazırlanan ilan veya reklamların internet aracılığıyla yayımlanması halinde sorumluluğun kimlerde olacağını incelenmesinde de fayda bulunmaktadır. 5651 sayılı Kanun m. 4 uyarınca internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten içerik sağlayıcı diğer bir deyişle internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan kişi sorumlu olacaktır. Örneğin herhangi bir internet sitesinden korneasını bağışlayan kişilere belli bir ödeme yapıldığını duyuran bir ilanın yayınlanması durumunda hem söz konusu ilanı yayımlayan kişi hem de ilgili internet sitesinin içerik sağlayıcısı sorumlu olacaktır. Fakat içerik sağlayıcısının sorumlu olabilmesi için Kanun’un 4. maddesinin 1. fıkrası anlamında suç konusu teşkil eden içeriğin bilindiğinin ve mal edildiğinin bilinmesi gerekir zira içerik sağlayıcı kendi içeriği vasıtasıyla bağlantı sağladığında içeriği denetleme imkânı bulunmadığından bu tip bilinmeyen içerikler dolayısıyla sorumlu tutulamamaktadır⁷⁸².

⁷⁸² Demirbaş, Genel Hükümler, s. 406.

Reklam ya da ilanın yayınlanması için veren aracı bir kurum olduğu takdirde ise iştirak ilişkileri açısından bir belirsizlik olabilir. Bir görüşe göre bu gibi bir durumda reklamı yayınlanması için ilgili kuruma veren de söz konusu reklamı yayınlayan da asli faildir⁷⁸³. Fakat kanaatimizce Kanun'da belirtilen reklam verme fiili herhangi bir reklamı yayınlanması için ilgili kuruma vermek değil, yazılı basın, televizyon ve internet haricinde söz konusu reklamı aleni hale getirmek olarak algılanmalıdır. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre reklam ya da ilanın yayınlanması için aracı kuruma verildiği takdirde reklamı yayınlayan kişi asli fail, yayınlanması için kişiye veren kimse ise kişide daha önce var olmayan bir suç işleme iradesi yarattığından azmettiren konumunda olacaktır⁷⁸⁴.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme ya da yayınlama suçuna yardım eden olarak da katılmak mümkündür. Örneğin kişinin belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan verme kararını kuvvetlendiren kişi manevi yardım sağlayarak yardım eden sıfatını kazanacakken bu tip reklamların yayınlanması için bir internet sitesi hazırlayan kişinin de fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağladığından bahisle maddi bir yardım sağlayarak yardım eden sıfatını kazandığı söylenebilir.

3. İctima

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak reklam veya ilan verme ya da yayınlama suçu hem TCK m.91 f.6 hem de 2238 sayılı OVDNHK m.4'te düzenlenmiş olup, OVDNHK m.4 incelendiğinde bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklamın yasaklandığı görülmektedir. TCK m.91 f.6'da ise yalnızca belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak verilen ya da yayımlanan reklam veya ilanlar yasaklanmıştır. Bu bağlamda söz konusu iki madde tam anlamıyla birbiriyle örtüşmemekte olup, OVDNHK m.4 daha kapsamlı olduğundan belli bir çıkar karşılığında organ ve doku

⁷⁸³ Halıcı, a.g.e, s. 103.

⁷⁸⁴ Öztezel, a.g.e, s. 228.

teminine yönelik reklam ya da ilan söz konusu olduğunda TCK m.91 f.6’te yer alan düzenlemenin 2238 sayılı OVDNHK’den sonra yürürlüğe girmesinden ötürü TCK hükmünün hem özel hem de sonraki norm niteliğinde olmasından ötürü kanaatimizce TCK m.91 f.6 hükmü uygulanacaktır.

Suç kalıbında yer alan reklam veya ilan verme ve yayımlama fiilleri seçimlik hareketler niteliğinde olup bir hareketin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir⁷⁸⁵. Bu bakımdan her iki fiilin birden gerçekleştirilmesi halinde aynı suçun seçimlik hareketleri gerçekleştirildiğinden tek bir suç oluşacak ve fail hakkında tek bir cezaya hükmolunacaktır⁷⁸⁶.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.6’da ihdas edilen belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik reklam veya ilan verme ya da yayımlama suçunun zincirleme suç olarak işlenmesi de mümkündür. Örneğin aynı suçu işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda gazetede bu yönde reklam yayınlayan kişi suç zincirleme olarak işlemiş olacak ve hakkında tek bir cezaya hükmedilmekle beraber TCK m.43 uyarınca cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar bir artırım yapılacaktır.

Failin aynı anda birden fazla ilan ya da reklam vermesi ya da yayımlaması durumunda doğal anlamda birden fazla fiil olmasına rağmen hukuki anlamda bu fiiller tektir. Örneğin bir gazetede belli bir bedel karşılığında hem böbrek hem göz hem de kornea teminine yönelik ilan verilmiş ise de söz konusu örnek açısından tüm fiillerini bir irade ile birbirine bağlamış ve hareketler aynı hedefe yönelmiş durumdadır. Örnekte bahsedilen durumlarda doğal anlamda hareketler bağımsızlığını yitirerek hukuki anlamda hareketlerin tekliğinden bahsedilir⁷⁸⁷. Bu sebeple verilen örnekte de her ne kadar fail birden ilan vermiş ise de söz konusu

⁷⁸⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 239, Üzülmez, a.g.e, s. 134.

⁷⁸⁶ Hafizoğulları/Özen, a.g.e, s. 107: Yazarlara göre ilan veya reklam verme yayın yolu ile yapıldığında ilan veya reklam verenin sadece bu suçlardan birinden mi yoksa her ikisinden mi sorumlu olacağı belirsizdir. Kanaatimizce ilan veya reklam verme ya da ilan ya da reklam yayınlama iki farklı suç değil iki ayrı seçimlik hareket olduğundan her ikisinin gerçekleştirilmesi halinde fail hakkında tek bir cezaya hükmolunacaktır.

⁷⁸⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

ilan verme filleri hukuki anlamda tek bir fiil sayılacak ve fail yalnızca tek bir suçtan ceza alacaktır.

Son olarak belli bir çıkar karşılığında olmayan organ ve doku teminine yönelik ilan ya da reklamların hangi suçu oluşturacağı açısından bir değerlendirme yapmakta fayda vardır. Belli bir çıkar karşılığında olmayan organ veya doku teminine yönelik ilan ya da reklamlar TCK m.91 f.6'da belirtilen suç kapsamında sayılamayacaktır⁷⁸⁸. Zira kanun koyucu söz konusu suç ile yalnızca belli bir çıkar karşılığı olan daha doğru bir ifade ile ticari ilanları yaptırım altına almak istemiştir. Bu bağlamda belli bir çıkar karşılığında olmayan doku ya da organ teminine yönelik ilanlar koşulları olduğu takdirde OVDNHK m.4 kapsamındaki suçu oluşturabilirler. Diğer yandan özellikle internette rastlanılan “böbreğimi satıyorum” vb. şekildeki ilanlar da aynı şekilde belli bir bedel karşılığında olmasına rağmen organ ya da doku teminine yönelik olmadığından TCK m.91 f.6'daki suçu oluşturmayacak fakat organ veya dokuyu ticari bir meta olarak arz haline getirmesi sebebiyle bu tip fiiller organ veya doku ticareti suçu kapsamında ve yine şartları olduğu takdirde OVDNHK m.4 kapsamında değerlendirilebilecektir⁷⁸⁹.

E- Yaptırım, Zamanaşımı ve Kovuşturma

1. Yaptırım

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme ya da yayımlamanın yaptırımı Kanun'da bir yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Söz konusu suç bakımından alt sınır belirtilmediğinden TCK m.49 uyarınca bu suçun cezasının alt sınırı bir aydır⁷⁹⁰. TCK m.91 f.6'da ihdas edilen suçun üst sınırı iki yıldan fazla olmadığı için CMK m.100 uyarınca bu suç dolayısıyla tutuklama kararı verilemez.

⁷⁸⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.239, Üzülmez, a.g.e, s. 134, Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 273, Yıldız, a.g.e, s. 291, Meran, a.g.e, s. 227.

⁷⁸⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 849.

⁷⁹⁰ Hafızogulları/Özen, a.g.e, s. 108.

TCK m.91 f.6'da düzenlenen suç açısından organ ve doku temini açısından yapılan reklam veya ilanlar arasında bir yaptırım farkına gidilmemiş, her iki fiil için de aynı yaptırım öngörülmüştür.

Suçun da bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK m.91 f.7 uyarınca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

2. Zamanaşımı ve Kovuşturma

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme ya da yayınlama suçu şikâyeteye bağlı bir suç olmayıp; re'sen araştırılabilir bir suçtur.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme ya da yayımlama suçu bakımından dava zamanaşımı TCK m.66 uyarınca sekiz yıldır.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan ya da reklam verme ya da yayımlama suçu görev bakımından 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemelerinin görevindedir.

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz organ ve doku ticareti suçları gelişen tıp bilimi ve günümüzde birçok kişinin organ ve doku nakline ihtiyaç duyması sonucunda gün geçtikçe önem kazanan suç tipleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışma kapsamında da hem 2238 sayılı OVDNHK kapsamında organ ve doku nakline ilişkin prosedürlere hem de TCK kapsamında organ ve doku ticareti suçları olarak adlandırılan suç tiplerine ilişkin hükümler incelenmiş, hukukumuz açısından yeni sayılabilecek ve gerek doktrinde gerekse uygulamada belirsizliklere ve tartışmalara yol açan hususlar hakkında bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

İncelememiz kapsamında varılan ilk sonuç TCK’da ihdas edilen suç tipleri açısından madde başlığında “Organ ve Doku Ticareti” ifadesine yer verilmiş iken madde kapsamında “yaşayan kişiden organ ve doku alma”, “ölüden organ ve doku alma”, “organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme”, “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama” ve “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama” şeklinde beş ayrı suç düzenlenmesi hususudur. Esasen organ ve doku ticareti suçu TCK’da ihdas edilen suç tiplerinden biri olup bu suç tipi dışında farklı hukuksal değerleri koruyan organ ve doku nakline ilişkin dört tane daha suç düzenlenmiştir. Bu bağlamda TCK kapsamında madde başlığı ile içeriği uyuşmamakta olup kanaatimizce bu hususun düzeltilmesi ve tüm suç tiplerini kapsayacak bir başlık belirlenmesi yahut her suç tipinin ayrı bir maddede düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Diğer yandan diğer ülkelerde söz konusu suçlar genellikle ayrı bir kanun içerisinde yer almakta olup kanunumuz açısından belirtilen problem söz konusu suç tiplerinin 2238 sayılı Kanun’da düzenlenmesi ile de pekala çözülebilecektir. Bu sayede hem organ ve doku nakline ilişkin kurallar hem de bu alana ilişkin suçlar iki ayrı kanun yerine tek bir kanunda yer alacaktır.

İkinci olarak doktrinde oldukça tartışılan ve uygulamada da karışıklıklara yol açan husus TCK’da yer alan suç tipleri ile 2238 sayılı Kanun’un cezai hükmü

arasındaki uygulama problemidir. TCK'nın ilgili hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile 2238 sayılı Kanun'un cezai hükmünün yürürlükten kalktığı belirtilmekteyse de esasen her iki kanundaki suç tipleri birbirlerini tam olarak karşılamadığından bu yorumun kabulü mümkün değildir. Bu kapsamda TCK hükümlerinin hem sonra yürürlüğe girmesi hem de 2238 sayılı Kanun'un torba cezai hükmüne nazaran daha özel olmasından mütevellit suç tiplerinin birbiri ile örtüştüğü noktada TCK örtüşmediği noktalarda ise OVDNHH'nin uygulanacağı görüşündeyiz. Fakat her somut olay açısından söz konusu bu tartışma gerek uygulamada gerekse hukuki anlamda karışıklığa sebep olacağından cezai hükümlerin dağınık şekilde iki kanunda yer alması yerine yukarıda da belirttiğimiz gibi organ ve doku nakline ilişkin özel kanunda düzenlenmesi bu soruna efektif bir çözüm olarak önerilebilir.

Varılan bir diğer önemli sonuç ise TCK'da düzenlenen suç tiplerine ilişkin korunan hukuksal değer ile ilgilidir. Doktrinde TCK m.91'de düzenlenen suç açısından korunan hukuksal değerın yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı olduğu belirtilmiş ise de madde kapsamında birden fazla suç olup esasen bu suç tiplerinin hepsi ayrı bir hukuksal değeri korumaktadır. Fakat kanaatimizce tüm suç tiplerine ilişkin olarak kişinin sağlıklı çevrede yaşama ve sağlık hakkı çatı bir hukuksal değer olarak kabul edilebilir.

Türk Ceza Kanunu m.91 f.1, f.2 ve f.5 açısından doktrinde tartışılan önemli bir nokta da bu suçların özgü suç olup olmamasıdır. Gerçekten suç tiplerinde yer alan fiillerin tıbbi bir uzmanlığı gerektirdiğine şüphe bulunmaması failin ancak hekim olması gerektiğini sonuçlarken henüz hekim olmamış tıp fakültesi öğrencilerinin, hekimlik lisansını kaybeden kimselerin yahut diğer sağlık personelinin de söz konusu suçu işlemedinin oldukça mümkün olması ve suçun özgü suç olarak kabul edilmesi halinde bu kişilerin cezalandırılmayacağına işaret etmektedir. Bu sebeple suçun özgü bir suç olmamasına rağmen failin suçu işleyebilmek açısından tıbbi bilgiye ihtiyaç duymasından bahisle fail açısından özelleştğini düşünüyoruz. Bu bağlamda hekim, sağlık personelleri ve tıp fakültesi öğrencileri için ayrı ve daha ağır bir yaptırım içeren bir nitelikli hal düzenlenmesinin hakkaniyet açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve TCK m.91 f.3'te düzenlenmiş suç bakımından ise suçun tamamlanma anı ile ilgili olarak yoğun tartışmalar sürmekte olup, bu sorun Kanun'da ilgili suç tipine ilişkin etkin pişmanlık hükmünün de ne zaman uygulanacağı sorunsalına sebep olmaktadır. Suç kalıbında her ne kadar alım ve satımdan bahsedilerek TBK kapsamında satım sözleşmesine işaret edilse de söz konusu suçun TCK içinde konumlandırıldığı yer açısından biz suçun satım hususunda iradelerin uyduğu anda değil, organ ve dokunun bedelinin verilerek organ ve dokunun devredildiği anda oluştuğunu düşünüyoruz. Diğer yandan kanun koyucunun organ ve doku gibi insan kökenli biyolojik maddelerin ticari meta olarak kullanılmasının önüne geçmek amacı nazara alındığında başka ülkelerde uygulamasına rastlanılan bir kategorilendirilme yapılarak suçun yeniden düzenlenmesinin uygun olabileceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda organ veya dokunun satımı için anlaşılması ve iradelerin uyuşması halinde ayrı, menfaat ve suç konusunun devri için ayrı bir yaptırım belirlenerek yeni bir suç tipi ihdas edilmesi suçun tamamlanma anı açısından süregelen tartışmaları da sonlandıracaktır.

Organ ve dokunun ticari bir meta olarak arzını sağlayan reklam ve ilanlara ilişkin ihdas edilen TCK m.91. f.6'da yer alan suç açısından ise söz konusu hükmün ele alınış biçiminin yanlış anlaşılmaya uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira madde lafında yer alan “belli bir menfaat karşılığında organ ve doku teminine yönelik” ifadesinden bahsi geçen menfaatin reklam veren mi, organ veya dokusunu satan kişi mi yoksa organı satın alan kişi için mi kast edildiği anlaşılamamaktadır. Bu sebeple eylemin cezalandırılabilirliğinin netleşmesi açısından daha uygun bir hükmün kaleme alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Son olarak ülkemizde sağlığına kavuşmak açısından binlerce hastanın organ veya doku nakline ihtiyacına rağmen ülkemizde ölüden yapılan nakil oranlarının yaşayan kişilerden yapılan nakillere nazaran oldukça düşük olduğu görülmektedir. Muhakkak ki bunun sebebi ölüden yapılan nakiller açısından 2238 sayılı Kanun kapsamında öngörülmüş rıza sistemidir. Gerçekten ülkemizde henüz gönüllü organ ve doku bağışı kültürü henüz yeterince gelişmediğinden kanunca kabul edilmiş irade modeli yeterince işlememekte ve genelde kişi sağlığında bu husus hakkında

bir irade açıklamamaktadır. Kişi öldükten sonra ise yakınları henüz sevdiklerinin kaybını yaşarlarken psikolojik açıdan en savunmasız anlarında organ ve doku bağışı gibi son derece ağır bir karar ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu bağlamda biz hastanelerce organ ve doku nakline ilişkin halkı bilinçlendirme eğitimleri verilmesini ve bu bağlamda da itiraz modelinin kanunca benimsenmesini uygulamadaki ihtiyacın karşılanabilmesi için daha uygun bulmaktayız.

Saptadığımız ve açıkladığımız bu problemler dışında organ ve doku nakline ilişkin oluşturulan suç tiplerinin yeterli olduğu kanaatinde olmakla birlikte insan hayatı ve sağlığı ile bu kadar yakından ilgili bu sürece ilişkin suçların çok daha kapsamlı ve özenli ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

YAYIMLANMAMIŞ KAYNAKLAR

Erman : Barış Erman, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005.

Halıcı : Türkan Halıcı, “Türk Ceza Kanunu’nda Organ Veya Doku Nakline İlişkin Suçlar (5237 S. TCK M.91,92,93)”, T.C Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

ÖZGEÇMİŞ

1989 yılında İstanbul'da doğan Hazal Algan orta öğrenimine İstanbul Cağaloğlu Anadolu Lisesi'nde başlamış 2008 yılında bölüm birincisi olarak tamamlamıştır. Aynı yıl tam burslu olarak kazandığı İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrenim gören Hazal Algan, 2012 yılında Maastricht Üniversitesi Hukuk Fakültesinde misafir öğrenci olarak İnsan Hakları Hukuku eğitimi almıştır. 2014 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden derece ile mezun olmuş, aynı yıl İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans programına kaydolmuştur. Yine aynı yıl içinde yasal avukatlık stajına başlamış ve stajını tamamlayıp 2015 yılında İstanbul Barosuna kaydolarak avukatlık faaliyetlerine başlamıştır.

2014 yılında önce stajyer avukat, bilahare avukat ve yönetici avukat olarak İstanbul'da ceza hukuku alanında faaliyette bulunan bir hukuk bürosunda görev alan Algan, bu süreçte bir kısmını kamu oyununun da yakinen takip ettiği pek çok dosyada gerek müdafilik gerekse vekillik görevlerini başarı ile yürütmüştür.

2012 - 2014 yılları arasında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bünyesinde hukuk kliniği çalışmalarında ve 2015 yılından bu yana da İstanbul Barosu Basın ve İletişim Hukuku Komisyonu'nda aktif olarak görev alan Hazal Algan, cezaevi eğitim projeleri başta olmak üzere hukuk alanında düzenlenen kongre ve çalıştaylarda da görev almış ve bilimsel yayınlarda bulunmuştur.

2016 yılında Erkan Sarıtaş ile birlikte Sarıtaş & Algan Avukatlık Bürosu'nu kuran Hazal Algan ağırlıklı olarak ceza hukuku, bankacılık ceza hukuku, tıp hukuku, ekonomik ceza hukuku, çocuk ceza hukuku, mali ceza hukuku, insan hakları hukuku, bilişim hukuku, infaz hukuku, uluslararası ceza hukuku alanlarında çalışmalarını sürdürmektedir.