

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA
ORGAN VEYA DOKU NAKLİNE İLİŞKİN SUÇLAR
(5237 S. TCK m.91,92,93)

Yüksek Lisans Tezi

TÜRKAN (KASAPOĞLU) HALICI

İstanbul, 2009

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA
ORGAN VEYA DOKU NAKLİNE İLİŞKİN SUÇLAR
(5237 S. TCK m.91,92,93)

Yüksek Lisans Tezi

TÜRKAN (KASAPOĞLU) HALICI

Danışman:Doç.Dr.Ahmet Caner Yenidünya

İstanbul, 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

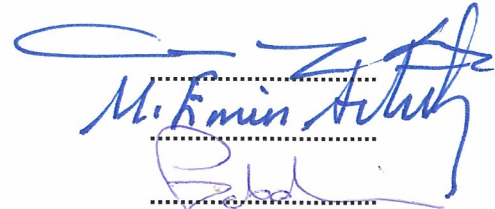
HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
TÜRKAN HALICI'nın TÜRK CEZA KANUNUNDA ORGAN VEYA DOKU NAKLINE
İLİŞKİN SUÇLAR adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 03.09.2009 tarih
ve 2009-14/23 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek
Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 05/10/2009

- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. TAMER PEKDİNÇER


M. Emin Artuk

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	V
------------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM ORGAN VE DOKU NAKLİ

GİRİŞ.....	1
ORGAN VE DOKU NAKLİ.....	2
I. Organ ve Doku Naklinin Tarihi Gelişimi.....	2
A. 20.Yüzyıldan Önceki Durum.....	4
B. 20.Yüzyıldan Sonraki Durum.....	4
II. Kavramlar	6
A. Organ.....	7
B. Doku.....	7
C. Gref.....	8
D. Organ Nakli (Aktarım-Transplantasyon).....	8
E. İnsan Kökenli Biyolojik Madde.....	9
III. Organ ve Doku Naklinin Etik ve Dini Açıdan İncelenmesi.....	9
A Etik Açıdan Değerlendirme.....	9
B Dini Açıdan Değerlendirme.....	11
IV. Doku ve Organ Ticareti İle İlgili Yasal Düzenlemeler.....	14
A Genel Olarak.....	14
B.Dünyada.....	15
C.Türkiye’de.....	19

İKİNCİ BÖLÜM ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ

§1.Canlı Bir İnsandan Organ ve Doku Alınması Suçu(91/1).....	22
I. Genel Bilgiler.....	22
II.Korunan Hukuki Değer.....	23
III.Suçun Unsurları.....	25
1.Tipiklik.....	25
2.Maddi Unsurlar.....	26
A.Fiil.....	26
B.Fail.....	27
C.Mağdur.....	29
D.Konu.....	29
E.Suçun Nitelikli Unsurları.....	31
3.Manevi Unsurlar.....	33
4.Hukuka Aykırılık Unsuru.....	37

A.İlgilinin Rızası.....	37
B.Rızaya Ehliyet.....	39
C.Aydınlatma Yükümlülüğü.....	42
D.Rızanın Kapsamı.....	44
E.Rızanın Açıklanması ve Şekli.....	45
IV.Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	47
1.Teşebbüs.....	47
2.İştirak.....	50
3.İçtima.....	51
V.Benzer Suç Tipleriyle Mukayesesi.....	53
1.Kasten Yaralama Suçu,Tehdit ve Hürriyeti Tahdit Suçları.....	53
2.İnsan Ticareti Suçu.....	53
VI.Soruşturma Usulü ve Yaptırım.....	55

§2.Ölü Bir İnsandan Organ ve Doku Alınması Suçu (91/2)..... 58

I. Genel Bilgiler.....	58
II.Korunan Hukuki Değer.....	58
III..Suçun Unsurları.....	59
1.Tipiklik.....	59
2.Maddi Unsurlar.....	59
A.Fiil.....	59
B.Fail.....	59
C.Mağdur.....	60
D.Konu.....	60
E.Suçun Nitelikli Unsurları.....	61
3.Manevi Unsurlar.....	61
4.Hukuka Aykırılık Unsuru.....	61
A.Vericinin Ölmüş Olması.....	63
a.Ölümün Tarifi ve Tespiti.....	64
b.Beyin Ölümü.....	65
c.Ülkemizde Durum.....	67
d.Ölümü Tespit Yetkisi.....	68
B.Ölenin Sağlığında belirttiği istemi ve yakınlarının rızası.....	69
a.İrade Açıklamasının Kapsamı.....	70
b.İrade Açıklamasının Şekli.....	70
c.Yakınlarının Rızası.....	71
d.Ölenin ya da yakınlarının rızası aranmaksızın organ ve doku alımı.....	72
e.Organ ve doku alınamayacak durum.....	73
IV.Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	73
1.Teşebbüs.....	73
2.İştirak.....	74
3.İçtima.....	74
V.Soruşturma Usulü ve Yaptırım.....	75

§3. Organ ve Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu (91/3)	76
I. Genel Bilgiler.....	76
II. Korunan Hukuki Değer.....	76
III. Suçun Unsurları.....	77
1. Tipiklik.....	77
2. Maddi Unsurlar.....	77
A. Fiil.....	77
B. Fail.....	78
C. Mağdur.....	80
D. Konu.....	80
E. Suçun Nitelikli Unsurları.....	81
3. Manevi Unsurlar.....	81
4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	82
IV. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	83
1. Teşebbüs.....	83
2. İştirak.....	84
3. İçtima.....	84
V. Soruşturma Usulü ve Yaptırım.....	84
§4. Organ ve Dokuyu Saklama, Nakletme, Aşılama Suçu (91/5)	86
I. Genel Bilgiler.....	86
II. Korunan Hukuki Değer.....	86
III. Suçun Unsurları.....	86
1. Tipiklik.....	86
2. Maddi Unsurlar.....	86
A. Fiil.....	86
B. Fail.....	87
C. Mağdur.....	88
D. Konu.....	88
E. Suçun Nitelikli Unsurları.....	89
3. Manevi Unsurlar.....	89
4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	89
IV. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	91
1. Teşebbüs.....	91
2. İştirak.....	92
3. İçtima.....	92
V. Soruşturma Usulü ve Yaptırım.....	93
§ 5. Organ veya Doku Teminine Yönelik Olarak İlan veya Reklam Verme veya Yayınlama Suçu (91/6)	95
I. Genel Bilgiler.....	95
II. Korunan Hukuki Değer.....	95
III. Suçun Unsurları.....	95
1. Tipiklik.....	95
2. Maddi Unsurlar.....	96
A. Fiil.....	96

B.Fail.....	96
C.Mağdur.....	97
D.Konu.....	97
E.Suçun Nitelikli Unsurları.....	97
3.Manevi Unsurlar.....	98
4.Hukuka Aykırılık Unsuru.....	98
IV.Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	101
1.Teşebbüs.....	101
2.İştirak.....	102
3.İçtima.....	102
V.Soruşturma Usulü ve Yaptırım.....	103
§6.Zorunluluk Hali (m.92).....	104
§7.Etkin Pişmanlık (m.93).....	106
SONUÇ.....	109
EK 1:TCK'nun 91,92 ve 93.Maddeleri.....	111
EK 2:TCK'nun 91,92 ve 93.Madde Gerekçeleri.....	113
EK 3: Organ ve Doku Alınması,Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun.....	114
KAYNAKÇA.....	118

KISALTMALAR

AD.	: Adalet Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Medeni Kanun
MS.	: Milattan Sonra
n.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Yay.Haz.	: Yayına Hazırlayan
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dergisi
YTCK.	: Yeni Türk Ceza Kanunu
YY.	: Yüzyıl
Zikr.	: zikreden

GİRİŞ

“Türk Ceza Kanunu’nda Organ veya Doku Nakline İlişkin Suçlar” isimli tez çalışmamızda, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 91,92 ve 93. maddeleri ile hüküm altına alınmış bulunan, hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiilleri, incelenecektir.

Birinci bölümde, organ ve doku naklinin tarihçesine, ülkemizdeki ve dünyadaki gelişim sürecine göz atacağız. Bu bölümde konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, kavramları tanımlamakla birlikte, organ naklinin dini, etik ve yasal yönden değerlendirilmesine ve konu hakkında ülkemiz ve dünya mevzuatındaki yasal düzenlemelere yer vereceğiz.

Hastalar için organ veya doku bulma konusunda yaşanan güçlükler, bunun dini, ahlaki ve yasal nedenleri ile, insanları organ veya doku ticaretinin faili ya da mağduru olmaya götüren sebepler de yine Birinci Bölüm’ün inceleme konuları arasındadır.

İkinci bölümde ise, organ veya doku ticareti suçlarının, maddi, manevi, hukuka aykırılık unsurları ve özel görünüş şekilleri, suça etki eden sebepler, müeyyide ve kovuşturma usulüne yer verilerek incelenecektir.

Yine bu bölümde, organ veya doku ticareti suçlarında TCK’nun 92.maddesinde düzenlenen zorunluluk hali ile 93.maddede düzenlenen “etkin pişmanlık” kurumları uygulama koşulları ve sonuçları ile ele alınmaktadır.

Çalışmamızın ana çatısını 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 91.maddesi oluşturmakla birlikte, madde gerekçesinde doku ve organ naklinin geçerlilik koşulları ve genel ilkeleri konusunda atıf yaptığı 2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun” başta olmak üzere, ilgili mevzuat da ele alınmıştır.

Tezimiz görüş ve önerilerimizin yer aldığı sonuç bölümü ile sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKLİ

I. Organ Ve Doku Naklinin Tarihi Gelişimi

Artık görevlerini yerine getiremeyen hastalıklı organların yerine, sağlıklı organların nakliyle kişinin sağlığına kavuşturulması, insanlığın ve cerrahinin en eski rüyalarından biridir.¹

20.yüzyılın en önemli olaylarından biri olarak adlandırılan organ nakillerinin tarihi oldukça eski olmakla birlikte, günümüzde gerçekleştirilen başarılı nakillerin zeminini geçmiş yüzyıllardaki çalışmalar hazırlamıştır.

A. 20.Yüzyıl'dan Önceki Durum

Organ nakillerine, mitolojide de rastlanmaktadır. Yunan mitolojisinde, Mede isimli bir sihirbazın, Anchise isimli bir ihtiyara kan naklettiği, böylece ona gençlik ve kuvvet aşıladığı hikaye edilmektedir.²

Ortaçağda, cerrahların piri sayılan Kosmas ve Damian'ın, bir hastanın hastalıklı bacağına yerine, ölen bir zencinin bacağına naklettiklerine dair bilgiler bulunmaktadır.³ “Siyah bacak mucizesi” olarak da bilinen bu olayın, MS.348 yılında Silisy'a'nın Egea şehrinde gerçekleştiği rivayet olunmaktadır.⁴

¹ Arslan Terzioğlu, “Organ Transplantasyonu ve Etik”, Tıbbi Etik Yıllığı III, I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Bildiriler, İstanbul, 14-18 October 1993; yayımlayan, Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994, s.50.

² Köksal Bayraktar, “Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu” Doktora Tezi, İstanbul 1972, s.169; Şahin Akıncı, “Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar” Ankara 1996, s.1; Turgut Sengir, “Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler” Adalet Dergisi, 1968, S:11-12, s.645.

³ Bu olaya dair, 15.yy'da yapılan resimlerden biri, Madrid'de Prado Müzesi'nde, diğeri ise Stuttgart'taki Würtenbergischen Londermuseum'da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Terzioğlu, s.50, 51.

⁴ Akıncı, s.1.

Bazı kaynaklar, bu operasyonun başarılı geçtiği ve nakil yapılan kişinin sağlıklı bir şekilde yürüebildiğinden bahsetse de⁵, Terzioğlu'na göre; o devirlerde henüz kan ve doku gruplarının bilinmemesinin yanı sıra, damar dikiş tekniğinin ve anestezi yöntemlerinin bilinmemesi nedeniyle bu operasyonun başarı ile gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir.⁶

Yine, Ortaçağ'dan kalma çeşitli kiliselerde, kabartma ve tablolarla insanların, başkalarına ait takma kol ve bacaklarla tasvir edildiklerine rastlanmaktadır.⁷

Hindistan'da 2000 yıl önce, vücudun diğer kısımlarından parçalar alınarak yüzdeki kusurlar örtülmüş, ince bağırsaktan alınan parçalarla sindirim sisteminde ve idrar yollarında değişiklikler yapılmıştır.⁸

Rönesans Döneminde, Bolonya Üniversitesi'nde, Gaspare Tagliacozzi, burnunu kaybeden bir adama, kolundan parça aktararak deri nakillerinin mümkün olabileceğini ispatlamıştır.⁹

Yine aynı dönemde, günümüzün en doğal tıbbi olaylarından biri kabul edilen kan nakilleri başlamış, ilk olarak hayvanlar üzerinde denenilen bu ameliye, 1667'de Danys tarafından insanlar üzerinde uygulanmıştır.¹⁰

Organ nakli ile ilgili ilk bilimsel denemeler, hayvanlar üzerinde, 18.yüzyılın ünlü cerrahı John Hunter tarafından gerçekleştirilmiştir.¹¹ Bu anlamda John Hunter, organ naklinin öncülerindendir.

⁵ Sengir, s.645; Bayraktar, s.169.

⁶ Terzioğlu,s.51.

⁷ Sengir,s.645.

⁸ Bayraktar,s.170.

⁹ Bayraktar,s.170.

¹⁰ Bayraktar,s.170.

¹¹ Terzioğlu,s.51.

18.yüzyılda, İngiltere’de frengi mikrobunun yayılmasına neden olabileceği bilinmekle birlikte, insandan insana diş nakillerinin yapıldığı da bilinmektedir.¹² Bu devirlerde, göz ile ilgili çalışmalar da yapılmış olup, Franz Heizinger ilk kornea naklini gerçekleştirmiştir.¹³

20.Yüzyıl öncesinde küçük çaplı da olsa, insan kökenli biyolojik madde nakli çalışmalarına da başlanmıştır. İnsanlar üzerindeki ilk sperm nakli çalışmaları 1780-1799 yılları arasında başlamış olmasına rağmen, bu konudaki bilgiler, kişilerin mahrem hayatına ilişkin olması nedeniyle oldukça kısıtlıdır.¹⁴

B. 20.Yüzyıldan Sonraki Durum

20.yüzyıl, nakiller konusunda, başarılı gelişmelerin yaşandığı bir yüzyıldır. 1900’lü yıllarda, Karl Landsteiner’in kan gruplarını bulmasının ardından, kan grupları ile kan dolaşımı arasındaki bağlantının ve “Rhesus” faktörünün keşfedilmesiyle doku ve organ nakillerinde büyük bir atılım sağlanmıştır.¹⁵

İlk böbrek nakli, Macar Cerrahî .Ullman tarafından, 1902 yılında, Viyana’da hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmiştir.¹⁶

İnsanlar üzerindeki ilk böbrek nakli ise, 1933 yılında, Rus Voronoy tarafından gerçekleştirilmiş ve sonuçları, 1936 yılında tanınmamış bir dergide yayınlanmıştır.¹⁷

¹² Hatta, Rowlandson’un diş transplantasyonunu gösteren 1787 yılına ait “Transplanting of teeth” isimli bir resmi bu gerçeği belgelemektedir. Hunter zamanında, diş nakli Kuzey Amerika’ya kadar yayılmış hatta New York Royal Gazette’nin 1.8.1872 tarihli nüshasında, diş nakli için verici arandığına dair bir ilan bile yayınlanmıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Terzioğlu**,

¹³ **Bayraktar**, s. 170.

¹⁴ **Akıncı**, s.2.

¹⁵ **Bayraktar**, s.170; **Terzioğlu**, s.51.

¹⁶ **Mehmet Haberal**, “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları”, Doku ve Organ Transplantasyonları”, Haberal Eğitim Vakfı, Yayına Haz: Mehmet A.Haberal, Ankara 1993, s.3; **Bayraktar**, s.170-171; **Akıncı**, s.1-2.

¹⁷ **Haberal**, s.3; **Bayraktar**, s.171; **Akıncı**, s.3.

20.yüzyılda, ayrıca Paul Bert, Guthrie, Demikhov, Hardy, Starzl, Lellihei, Hume, Merrill, Miller ve Thorn gibi ünlü hekimler, doku ve organ nakli ile ilgili çalışmalara zemin hazırlayan başarılı çalışmalar yapmışlardır.¹⁸

Dünyada, ilk akrabalararası başarılı böbrek nakli, 1954’de Murray tarafından gerçekleştirilmiş ve Murray bu nakille 1990 yılında, Nobel ödülüne layık görülmüştür.¹⁹

1954’de gerçekleştirilen ilk böbrek naklinden 21 yıl sonra, ülkemizde ilk akrabalararası böbrek nakli Mehmet A.Haberal tarafından 3 Kasım 1975’de, 12 yaşındaki bir erkek hastaya annesinin böbreği takılarak gerçekleştirilmiştir.²⁰

İlk kadavra böbrek nakli ise, Avrupa Transplantasyon Birliği (Eurotransplant)’den getirilen böbrekle, 1978 yılında yine Mehmet Haberal tarafından gerçekleştirilmiştir.²¹

Dünyada, ilk başarılı karaciğer nakli, 1963’de Thomas Starzl tarafından, Ülkemizde ise, 1988’de Ankara’da ilk karaciğer nakli başarı ile gerçekleştirilmiştir.²²

Kalp nakli, 1900’lü yıllarda önce köpekler üzerinde yoğun bir şekilde denenmiş, insandan insana ilk kalp nakli 1967’de Güney Afrika’da, Cape Town’da Dr.Christian Bernard tarafından gerçekleştirilmiştir.²³

Türkiye’de ise, 1968 yılında ilki Kemal Beyazıt, ikincisi ise, Siyami Ersek tarafından ilk kalp nakillerine başlanmıştır.²⁴

Ayrıca, Lillehei ince bağırsak, Kelly de pankreas nakillerini gerçekleştirmişlerdir.²⁵

¹⁸ Terzioğlu, s.51-52; Haberal, s.3; Bayraktar, s.171.

¹⁹ Haberal, s. 3; Bayraktar, s. 171; Terzioğlu, s.52.

²⁰ Haberal, s.4.

²¹ Haberal, s.4.

²² Terzioğlu, s.52; Akıncı, s.3.

²³ Terzioğlu, s.52; Akıncı, s.3.

²⁴ Terzioğlu, s.52.

20.Yüzyıl'da insan kökenli biyolojik madde nakli konusunda da önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. İnsan kökenli biyolojik madde naklinin önemli bir boyutunu oluşturan embriyo nakli ile ilgili çalışmalara 1975 yılında başlanmış olup, 1978 yılında Patrick Steptoe ve Robert Edwards tarafından, Londra'da ilk tüp bebek tekniği denenmiştir.²⁶

Ülkemizde son yıllarda oldukça başarılı organ ve doku nakilleri gerçekleştirilmekle birlikte, toplumsal bilinç düzeyi arttıkça, organ bağışlarının artacağı ve süregelen organ sıkıntısının azalacağı umudu vardır.

II. Kavramlar

Konunun yeterince anlaşılabilmesi bakımından, kavramların büyük önem taşımaya rağmen, 2238 Sayılı Organ Nakli Kanunu'nda "organ" ve "doku" kavramlarının tarifine yer verilmemiştir.

2238 sayılı Kanun m.2/1'de *"Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır"* denmektedir.

Aynı maddenin 2.fıkrasında, *"Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılantması ve nakli ile kan transfüzyonu, bu kanun hükümlerine tabi olmayıp yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir"* demek suretiyle, bazı organ ve dokular tahdidi olarak sayılarak kanunun kapsamı dışında tutulmuştur.

Her ne kadar, TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda, bu organ ve dokuların naklinin bir çok sağlık kurumunda yoğun olması ve uygulamada sıkıntı yaratmaması amacıyla kanunun kapsamı dışında tutulduğundan bahsedilse de, Akıncı'ya göre bu gerekçe tatmin edici olmaktan uzaktır.²⁷

²⁵ Bayraktar, s.170.

²⁶ Akıncı, s.2.

²⁷ Akıncı, s.11-12.

A. Organ

Yunanca bir kelime olan organ, canlı bir organizmanın, birçok dokuya ve hücre tipine sahip, belli sınırları ve işlevleri olan kısmıdır. Diğer bir ifadeyle, canlı bir vücudun belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü organ anlamına gelmektedir.²⁸ Dokuların birleşmesinden meydana gelen organlar vücutta az ya da çok belirli bir görevi yerine getirirler. Örneğin; midenin görevi sindirim yapmak, akciğerin görevi solunumu sağlayarak kanı temizlemektir. Ayrıca organlar sınırları kesin olarak tespit edilebilen vücut kısımlarıdır.²⁹ Örneğin; Kalp, böbrek, dalak, akciğer birer organdır.³⁰

B. Doku

Doku, çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen belirli anatomik öğelerden oluşan ve bütünlük gösteren yapıya denir.³¹ Örneğin; Kemik iliği, kıkırdak, sinir, kas dokusu, duyu dokuları, bağ dokuları, iç salgı dokuları, başlıca dokulardır.

Organ ve doku arasında, birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Organlar, dokulardan; dokular ise özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücre ve liflerin birleşmesinden oluşmaktadır.

Organın sınırları ve fonksiyonları tespit edilebilmesine rağmen, dokuda bu mümkün değildir. Son olarak, doku kabul edilen bazı vücut kısımları alındıkları zaman vücut tarafından yenilenebilmesine rağmen, organların yenilenebilmesi mümkün değildir.³²

²⁸ A.Caner Yenidünya, İnsan Ticareti Suçu, Ankara 2007, s.218

²⁹ Yenidünya, s.218; Akıncı, s.10.

³⁰ Büyük Larousse, C:17, s.8876; Dictionnaire Larousse, C:5, S.1817; Akıncı, s.10; Ahmet Gökçen "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", SÜHFD, Milenyum Armağanı, C:8, S:1-2, s.64.

³¹ Büyük Larousse, C:7, s.3283; Dictionnaire Larousse, C:2, s.682; Akıncı, s.10.

³² Akıncı, s.11.

C. Gref

Alıcının vücuduna nakledilen biyolojik maddeye “gref” adı verilmektedir. Gref, alıcının kendi vücudundan alınarak yine kendi vücuduna naklediliyorsa, “otogref”, aynı türdeki başka bir canlıdan alınmışsa, “homogref”, farklı türdeki bir canlıdan alınmışsa, “heterogref”, adını almaktadır.³³

D. Organ Nakli (Aktarım-Transplantasyon)

Transplantasyon terimi, asıl olarak bitkilerle ilgili olup, Fransızca Büyük Kamus’da “nebatatın yerinden çıkarılıp diğer bir yere dikilmesi” olarak tanımlanmaktadır.³⁴

Tıbbi açıdan transplantasyon ise, canlı bir organ, doku ya da biyolojik maddenin bir yerden alınıp, işlevini kaybetmiş bedene, nakli, aşılması ya da takılmasıdır.³⁵

Diğer bir tanımla, organ nakli, çalışmayacak bir organ ya da doku parçasının yerine, sağlam bir organ ya da doku yerleştirilmesine dayanan cerrahi tekniğidir.”³⁶

Günümüzde, alınan organ ve dokular, çeşitli şekillerde aktarılabilmektedir. Kişinin kendi bedeninden alınan dokuların, başka bir yere aktarılması “otolog transplantasyon”, canlı ya da ölü bir insandan alınan organ ve dokuların bir başkasına aktarılması “alojen transplantasyon”, insan dışında bir canlıdan alınan ya da yapay olarak üretilmiş organların bir kişinin vücuduna yerleştirilmesi ise, “xeno transplantasyon” olarak adlandırılmaktadır.³⁷

³³ Akıncı, s.10

³⁴ Fahrettin Kıyak, “İnsandan insana, cesetten insana organ nakli ve sorumluluğu”, YD, Ankara 1975, s.61

³⁵ Kıyak, s.61; Dictionnaire Larousse, C:5, s.1817.

³⁶ Grolier International Americana Encyclopedia, C:10, s.325.

³⁷ Barış Erman, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu”, Ankara 2003, s.216.

Organ Nakli için kullanılacak organın, mutlaka bir başka bedenden alınması gerekmesine karşılık, doku naklinde kişinin kendi vücudundan alınan dokular da kullanılabilir. ³⁸

Hastanın kendisinden alınan sağlıklı dokunun sağlıklı olanın yerine konmasına “özaktarım” da denmektedir. Bu teknik, geçmişte de özellikle Çinliler tarafından başarıyla uygulanmıştır. ³⁹

E. İnsan Kökenli Biyolojik Madde

Gerek 2238 sayılı Organ Nakli Hakkında Kanunu’nda, gerekse 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda organ ve doku kavramları kullanılmasına karşılık, MK’nın 23.maddesinde, “insan kökenli biyolojik madde” kavramına yer verilmiştir. Bu kavram, mevzuatımıza, 3678 Sayılı Kanunla Değişik MK.’nın 1.maddesiyle girmiş ve bu maddede, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve aşılması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. ⁴⁰

“Biyolojik madde”, canlı organizmasına ait olan her türlü maddeyi, “insan kökenli biyolojik madde” ise insan vücuduna ait olan her türlü biyolojik maddeyi ifade etmektedir. Bu tanımdan hareketle, böbrek, karaciğer, mide gibi organlar, kan, kemik iliği, sperm, kas gibi dokular ve hatta vücuttaki kıllar ve tırnaklar da insan kökenli biyolojik maddedir. ⁴¹

III. Organ Ve Doku Naklinin Etik Ve Dini Açıdan İncelenmesi

İnsanlar, ilk zamanlar organ nakli konusunda değişik gerekçelerle bu tip operasyonlara sıcak bakmazlarken, günümüzde bu kanaat önemli ölçüde değişmiş,

³⁸ Organ ve doku naklinde temel sorun,alyuvarların ürettiği antijenlerin vericiden gelen ve bir antikör gibi davranan organa (veya dokuya) tepki göstermesidir.Ret tepkimelerini hafifletmek için,pek çok ilaç bulunmuş, fiziksel araçlar geliştirilmiş ise de sorun tam anlamıyla çözülememiştir.

³⁹ Grolier,C:10,s.325.

⁴⁰ Bu kavram, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 236.toplantısıyla kurulması kararlaştırılan Uzmanlar Komitesi’nin 1975 tarihli ilk toplantısında,organ ve doku kavramlarının yerine daha kapsamlı olan insan kökenli biyolojik madde kavramının kullanılmasına karar verilmesiyle ortaya çıkmıştır. bkz. **Akıncı**, s.13.

⁴¹ **Akıncı**, s.12.

ancak halen istenilen düzeye gelinememiştir. İnsanların organ nakline çekimser yaklaşımlarının sebeplerini, dini, etik ve yasal olarak bir ayırıma tabi tutarak inceleyebiliriz.

A. Etik Açıdan Değerlendirme

Organ nakli ve organ nakli için gereken organların bulunması sürecinde, önemli ve çözümü zor etik sorun ve güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Organ nakli ile ilgili en temel etik itiraz “Primum Nihil Nocere” prensibidir. Hipokrat yemininin en temeli kabul edilen bu prensibe göre, cerrahi bir girişim, hastaya hiçbir şekilde zarar vermemeli,⁴² ve bu bağlamda, “sağlam bir insanın organının –transplantasyon amacı ile olsa da – insan bütünlüğünü bozması pahasına çıkarılması, kendisine hiçbir yarar sağlamayacağı gibi, aksine cerrahi işlem nedeniyle fiziksel zararlara da yol açabilir”⁴³ fikrinden hareketle kabul edilmemelidir.

Yaşayan birinden organ alınmasının etik açıdan bir diğer sakıncası da, kişinin kendi rızası dahilinde bile olsa, organ bağışlayanla, bu organ bağıışı sayesinde hayata dönen kişi arasında müteşekkir kalma ve kendini o kişiye karşı borçlu hissetme gibi bir takım psikolojik komplikasyonlardan bahsedilmesidir.⁴⁴

Ayrıca, hayatta iken organını bağışlayan kişinin, hayatını tek organla sürdürmek zorunda kalacağından, bazı özel istisnalar dışında, canlı organ bağıışı eskisi kadar yapılamamaktadır.⁴⁵

Ölüden yapılan organ bağıışında karşılaşılan en temel etik sorunlardan biri de, ölmüş kişiden organ almanın ölüye saygısızlık anlamına geleceğı düşüncesidir. Bu sebeple, ölmüş kişiden organ alınırken, cesedin tahrip edilmemesi gerekmektedir.

⁴² **H.L. Schreiber** “*Primum Nihil Nocere*(Öncelikle Zararlı Olmamak)Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafları” ,Çev.**Kemal Önen**, Organ Naklinde Ahlak,Adalet,Ticaret ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990, s.7; **Bilgin**, s.10.

⁴³ **Nevzat Bilgin**,“*Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü*”,Doku ve Organ Transplantasyonları, Haberal Eğitim Vakfı, Yayına Haz:**Mehmet A.Haberal**, Ankara 1993,s.10; **Terzioğlu**, s.56.

⁴⁴ **Terzioğlu**, s.57.

⁴⁵ Bununla birlikte, tek organların bağışlanması mümkün değildir.Ancak ülkemizde, anneden alınan karaciğer parçası,çocuğa nakledilebilmektedir. Bkz.**Terzioğlu**, s.57.

Hatta, nakil başarılı olmaz ve organ nakledilen vücut organı reddederse, organın alınarak tekrar ait olduğu cesede iade edilmesini savunanlar da bulunmaktadır.⁴⁶

Ölüden organ alınırken, tıbbi açıdan kişinin ölü fakat organlarının canlı olmasının organ naklinin başarılı olması için gerekliliği, “beyin ölümü”nün tüm dünyada kabul görmesine rağmen, insan vicdanında halen şüpheler uyandırabileceği gerçeği, sağlık sistemine güvensizlik, insanların organlarını bağışlamaları halinde vaki bir hastalıkta yoğun bakımda öldürülebilecekleri korkusu ve çevre baskısı, insanları organ bağışı konusunda çekimser hale getirmektedir.

Akdeniz Üniversitesi Hastanesi tarafından beyin ölümü gerçekleşmiş ancak organlarını bağışlamak istemeyen hasta yakınları üzerinde yapılan bir araştırma çok çarpıcı sonuçlar içermektedir. Bu araştırmaya göre, hasta yakınlarının % 41’i toplumsal baskıdan çekindiği için, % 27,5’i vücut bütünlüğünün bozulmasını istemediği için, % 10,5’i tedavi sırasında hastaneye kızdığı için, % 7’si organların uygunsuz bir kişiye takılmasından çekindiği için, % 3,5’inin ise şartlı bağış yapmak için organ bağışını reddettiği saptanmıştır.⁴⁷

Bu konuda, insanların kendilerinin veya yakınlarının cesetlerine bağlılıklarının kaynağını oluşturan düşüncelerin yenilmesi ve peşin hükümlerin aşılmasını sağlayacak yoğun ve yaygın aydınlatma çalışmalarına gerek duyulmaktadır.⁴⁸

B. Dini Açıdan Değerlendirme

Canlı vericilerden organ alınması, başlangıçta çok ciddi tartışmalara yol açmış, Katolik Kilisesi, Aristo ve Thomas Aquinas felsefesinde kaynağını bulan “insanın fizik bütünlüğünü bozan her türlü yaralamayı” yasaklayan ilke, organ naklinin önünde büyük bir engel haline gelmişti..⁴⁹

⁴⁶ Terzioğlu, s.58.

⁴⁷ Aktüel, s.31-32.

⁴⁸ Toroslu, s.93.

⁴⁹ Bilgin, , s.9.

Bu ilkeye göre, vücuttaki tüm organ ve dokular, bir bütünlük içinde görevlerini yapmak, işlevlerini yerine getirmek üzere yaratılmışlardır. Bu organ veya dokulardan birinin alınması, vücudun fizik bütünlüğünü bozabileceği gibi, alınan organlar da başka bir vücutta görevlerini yapamazlar.⁵⁰

Hristiyanlıkta, organ nakline önceleri çok katı bakılmakta idi. Papa IX.Pius, 1930 yılında, bazı insanların seksüel açıdan sterilize edilmesi amacıyla cinsel organlarının kesilmesini, “beden ve ruhun birliği” prensibine aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklamıştı. Aynı şekilde, Papa IX.Pius, bir insanın hayatını kurtarmanın, Hristiyanlıktaki “Bir diğerini kendin kadar seveceksin” ilkesi ile bağdaştığını söyleyerek, dini bir engeli kaldırmıştır.

Diğer taraftan, “Pietat” adı verilen ve “ölü bedene saygı” olarak adlandırılan prensip, bir diğer engel olarak ileri sürülmüşse de, bu prensip de, organın ölenin şahsiyetinden değil kılıfından alındığı görüşü ile çürütülmüştür.⁵¹

Batı Dünyası, çok yakın bir zamana kadar, Katolik kilisesinin de etkisiyle canlıdan organ alınmasına karşı çıktığı halde, alınan başarılı klinik sonuçlar ve toplumun değişen değer yargılarıyla birlikte, kilise de dogmatik yorumunu değiştirmiş ve destekleyici bir tutum içine girmiştir.⁵²

İslam dini büyükleri, organ nakli konusunda başlangıçta bir fikir birliğine sahip değillerdi.

İmam-ı Ebu Yusuf, “Eti yenen hayvanlardan insanlara kemik ve diğer azalar nakletmekte beis yoktur, ancak bir başkasının dişini takmak mekruhtur” derken, Usul-ü Pezzevi, “İnsan, muhterem olduğu gibi bütün organları da muhteremdir. Sahibinden müsaade alınsa bile, insanın herhangi bir azasını kesmek ve bununla başka bir can vikaye etmek mübah değildir” demiştir.⁵³

⁵⁰ Bilgin, s.10.

⁵¹ Terzioğlu, s.58.

⁵² Bilgin, s.10.

⁵³ Ali Baykal “Organ Nakli”, AD, Y:60, S:5, Mayıs 1969, s.299.

3.03.1980 tarihinde, Hacettepe Üniversitesinden, Mehmet Haberal, dini açıdan yaşanan görüş karmaşasına bir son vermek ve insanların organ nakli konusundaki endişelerinden kurtulabilmelerini sağlamak amacıyla, ölmüş kimselerden alınacak organ ve dokuların, tedavileri ancak bu yolla mümkün kişilere nakli konusunda görüş almak için Diyanet İşleri Başkanlığı'na bir dilekçe ile başvurmuştur.

Diyanet İşleri Başkanlığı, yaptığı müzakere neticesinde, Kuran-ı Kerim'de ve hadis-i şeriflerde, organ ve doku nakli konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, hayatı veya hayati bir uzvu kurtarmak için başka bir çare bulunmadığında kan, doku ve organ nakli ile bazı şartlara uyularak, tedavinin caiz olması gerektiğini, nitekim 25.10.1960 tarihli Müşavere ve Dini Eserleri İnceleme Kurulu'nun 492 sayılı kararında, “tedavileri için kan nakline zaruret bulunan hasta ve yaralılara başka kimselerden kan naklinin; başka kimselerden alınacak parçaların takılmasıyla görmeleri mümkün olduğu takdirde, hayatında buna izin vermiş kimselerin ölümünden sonra gözlerinden alınacak parçaların bu kimselere takılmalarının caiz olacağı...” beyan edilmiştir.

Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 19.01.1968 gün ve 3 sayılı gerekçeli kararında ise “yalnız hayatı kurtarmak için değil; bir organı tedavi etmek, hastalığın tedavisini çabuklaştırmak için de kan naklinin caiz olduğu, tıbbi ve hukuki kaidelere riayet edilmek şartıyla, kalp naklinin de caiz olacağı...” ifade olunmuştur.⁵⁴

Diyanet İşleri Başkanlığı, 06.03.1980 tarih ve 396 sayılı kararı ile, belli şartlar dairesinde organ naklinin caiz olduğunu açıklamıştır. Bu şartlar, zaruret halinin bulunması, (hastanın hayatının veya hayati bir uzvunun kurtarılmasının organ nakli dışında mümkün olmadığı, ehil bir doktor tarafından tespit edilmiş olması), hastalığın ancak bu yolla tedavi edilebileceğine tabibin inancının olması ve tedavisi yapılacak hastanın da bu nakle razı olmasıdır.⁵⁵

⁵⁴ Organ Nakli, www.diyaret.gov.tr/turkish/karar.asp?id=38&sorgu=1 (12.08.2005)

⁵⁵ Bilgin, s.11.

Ayrıca, insanların dini açıdan yaşadıkları endişelerden biri olan “Acaba, organımı aldığım kişinin günahları da bana mı geçiyor” ya da “organımı verdiğim kişi benim sevaplarımı da mı alıyor” şeklindeki endişelerini⁵⁶ gidermek amacıyla da, aynı kararda “Sizin organınızı vereceğiniz kişinin yaptığı iyi ve fenalıklardan tamamen kendisi sorumludur”⁵⁷ şeklinde bir açıklamaya da yer verilmiştir.

Diğer İslam ülkeleri de buna benzer fetvalar yayınlamışlar ve menfaat karşılığı olmamak kaydıyla, organ bağışına cevaz vermişlerdir.

IV. Doku Ve Organ Ticareti İle İlgili Yasal Düzenlemeler

A. Genel Olarak

Ölüden doku ve organ alımı konusunda genel olarak 3 modelden bahsedilmektedir. Bunlar ; irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modelidir.

İrade modeli, daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, İspanya, Güney Afrika ve Venezuela’da benimsenmiş olup, bazı Alman hukukçuları tarafından da kabul edilmektedir. Bu modele göre, kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yönünde rızası varsa ya da yakınları kişi öldükten sonra onay vermişlerse, ölüden biyolojik madde alınabilir.⁵⁸

İrade modelinin eleştirilen yönü, alıcının haklarını gözardı ettiği düşüncesidir. Verici açısından bakıldığında, alıcının yararları önemsenmemekte, naklin kaderi çoğu zaman tesadüflere bağlı olmaktadır. Şöyle ki; bazı durumlarda ölünün kimliğini tespit uzun zaman alabilmekte ve organ nakli gibi dakikaların önem taşıdığı bir operasyonun gerçekleştirilmesi güçleşmektedir.⁵⁹

Fransa, İtalya ve İsviçre’nin bazı kantonlarında benimsenmiş itiraz modeline göre, herhangi bir itiraz vaki olmadığı sürece ölüden organ veya doku alınması caizdir.

⁵⁶ **Seral Çelik**, “*Hekim Var, Organ Yok*” Basında Transplantasyonun 20 Yılı, Haberal Eğitim Vakfı Yayınları, Ankara , Eylül 1996, s.82.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilgin**, s.11.

⁵⁸ **Gökçen**, s.79.

⁵⁹ **Gökçen**, s.80 ; **Erman**, s.223.

İtiraz modeli alıcıyı korumakta olup, vericiye sadece organ ve doku alımını engelleme imkanı tanımaktadır.⁶⁰ Bu modelde, vericinin kendisinden biyolojik madde alımını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğu ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur.⁶¹

Zaruret hali modeline göre ise, ölünün veya yakınlarının iradesi olmasa da, ölüden organ ve doku alımı caizdir. Bu modelde, alıcı ile vericinin yararları karşılaştırılmakta ve alıcının yararı ağır bastığı için, onun lehine karar verilmektedir. Bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarından feragat ettikleri kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rızası hilafına yapılan söz konusu müdahale bu düşünceye dayandırılmaktadır.⁶²

2238 Sayılı Kanun esas olarak irade modelini benimsemekle birlikte, istisnaen itiraz ve zaruret modeli de esas alınmaktadır.

B. Dünyada

Organ ve doku nakli işlemlerinin yaygınlaşması ve zamanla ticaretinin yapılar hale gelmesinden dolayı, hemen hemen her ülke, tıbbi, milli, toplumsal ve kültürel gereksinimlerinden hareketle, gerek yaşayan insandan gerekse ölüden organ ve doku alınmasını düzenleyen ve ticaretini yasaklayan hükümlere mevzuatlarında yer vermişlerdir.

Organ Nakli ile ilgili ilk yasa 1947 yılında Fransa’da çıkarılmakla birlikte, organ ticaretini yasaklayan ilk yasa ise 1967 tarihinde İtalya’da yürürlüğe giren Canlı Şahıslar Arasında Böbrek Nakli Kanunu’dur.⁶³ Bu kanunda, böbrek naklinin ancak belli şartlar altında yapılabileceği ve menfaat temini maksadıyla aracılık yapanların hapis ve para cezası ile cezalandırılacakları hükmü yer almıştır.⁶⁴

⁶⁰ Gökçen, s.80 .

⁶¹ Gökçen, s.79.

⁶² Gökçen, s.81.

⁶³ Bilgin, s.13; Kıyak, s.77.

⁶⁴ Kıyak, s.77.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 11 Mayıs 1978 tarih ve 29 no’lu kararı ile organ nakli konusunda üye devletlerin mevzuatlarında yer alan hükümlerin ahenkli hale getirilmesini sağlayacak esasları tespit etmiş bulunmaktadır.⁶⁵

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 21.maddesi “İnsan bedeni ve parçaları, kendi başına hiçbir ticari kazanç konu olamaz” şeklindedir.

Aynı şekilde, Dünya Tabipler Birliği de Brüksel’de Ekim 1985’de yapılan Genel Kurul’da kabul edilen bir duyuruyla organ aktarması için insan organlarının satılmasını kınamıştır.⁶⁶

Federal Almanya’da, 10 Aralık 1997’de yürürlüğe giren 5 Kasım 1997 tarihli Organ Nakli Kanunu, organ bağışlayanın ölümü, yaşarken verdiği onay ve organ temininin koşullarını düzenlemenin yanı sıra, organ sağlanması ve nakli, bekleme listesinin yönetimi ve organ ticaretini yasaklayan hükümler içermektedir.⁶⁷

Yasa, organ alınması ve verilmesi usulü için, temel ilkeleri belirlemiş ve “aracılık yükümlülüğündeki organlar” olarak nitelendirilen kalp, böbrek, karaciğer, pankreas gibi organların ancak ölmüş kişilerden alınabileceğini ve bu işlemlerin önceden izin almış sağlık kuruluşları tarafından yapılabileceğini hüküm altına alarak muhtemel suistimalleri en aza indirmeyi amaçlamıştır.⁶⁸

Bu yasada ayrıca, gizli organ ticaretinin önüne geçebilmek amacıyla da yenilenemeyen organların ancak eşler, nişanlılar ve ikinci dereceye kadar akrabalar ve yakın ve özel kişisel ilişki içinde bulunanlar arasında bağışlanabileceği hükmü de yer almaktadır.⁶⁹

⁶⁵ 2238 Sayılı Kanun da esasen bu kararda yer alan esaslardan esinlenilerek hazırlanmıştır. **Toroslu**, s.97.

⁶⁶ **Erman**, s.218.

⁶⁷ **Hans Schreiber** “*Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş*”Çev:Özer Özbek, Tıp ve Ceza Hukuku, Yay.Haz.Yener Ünver, Ankara 2004, s.92.

⁶⁸ **Hans-Ludwig Schreiber** “*Federal Almanya’da Organ Aracılığı ve Organ Kazanımına İlişkin Kurallar*”, (Çev.Özlem(Yenerer)Çakmut),Tıp ve Ceza Hukuku ,Yay.Haz.Yener Ünver,Ankara 2004,s.139,140.

⁶⁹ **Erman**, s.220.

1975 İtalyan Kanunu ise , 9.maddeyle, organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce gerekli tıbbi incelemelerin yapılmasını ve sonuçta alınacak olurluluk raporuna göre hareket etmeyi, 10.madde ise organ ve doku naklinin, bu işler için gerekli malzemeye ve personele sahip sağlık kurumlarınca yapılmasını zorunlu kılmıştır.⁷⁰

İngiltere’de, 2.7.1961 tarihli The Human Tissue Act isimli yasaya göre, ancak ölen kişinin ölümünden önce şahitler huzurundaki açık beyanı ya da ölümünden sonra ailesinin izni ile kadavradan doku, organ veya parça alınabilir.⁷¹

Danimarka’da, 2.6.1967’de yürürlüğe giren yasaya göre, ancak hastanelerde veya benzeri yerlerde ölen kişilerden , yakınlarının izni dahilinde organ alınabilir.⁷² Ayrıca bu yasa uyarınca organ bağışında bulunma yaşı 21 olarak kabul edilmiş, ancak çok özel nedenlerin varlığı halinde 21 yaşın altındakilerin de yasal mümessillerinin izni ile organ bağışında bulunabilecekleri belirtilmiştir.⁷³

Hollanda’da yasa koyucu, alıcı ve vericinin yararlarını karşılaştırmakta ve yararların ağırlığına göre hareket etmekte ayrıca organ bağışı konusundaki iradenin de yazılı olmasını aramaktadır.⁷⁴

İspanya’da çıkarılan 1979 tarihli Organ Alınması ve Aktarılması Hakkındaki Kanun, organ bağışını, vericinin ergin ve temyiz gücüne sahip olması, müdahale konusunda aydınlatılmış rızasının bulunması ve organın bir başkasının iyileştirilmesi için menfaat beklenmeksizin alınması gibi birtakım koşullara uyulması şartıyla ceza yasasındaki suç tiplerinin dışında tutmuştur.⁷⁵

⁷⁰ Nevzat Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, 1978, s:1-4, s.102.

⁷¹ Kıyak,s.76; Şefik Güner, “Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü” AD., Y.66, S.5-6, 1975, s.587.

⁷² Kıyak, s.77.

⁷³ Güner, s.587.

⁷⁴ J.E.M Akvel,J.E.M ve F.Th Charno,“Hollanda’da Canlı Organ Bağışı ve Bazı Diğer Ülkeler”Çev.Kemal Önen,Organ Naklinde Ahlak,Adalet,Ticaret ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990, s.32,33.

⁷⁵ Erman, s.219.

Brezilya’da 1968 tarihinde yürürlüğe giren yasa, tedavi ya da insani amaçlarla, reşit olmuş her kişinin organlarını bağışlayabileceğini, ölmüş kişiden doku ve organ alımı içinse yakınlarının izninin gerekli olduğunu , bu kanun dışında hareket edenlerin hapis cezası ile cezalandırılacaklarını hüküm altına almıştır.⁷⁶

Batı ülkelerindeki bu tepkiler, Arap ülkelerini de etkilemiş, Arap Devletleri Sağlık Bakanları Konseyi’nin 1987 Hartum Toplantısı’nda kabul edilen Arap Yasa Tasarısı ile, ticari yollarla sağlanmış organlarla nakil yapılması yasaklanmıştır.⁷⁷

Çin’de diğer ülkelerden farklı olarak kanunlar, idam edilen canilerin organlarının alınmasına imkan tanımaktadır.⁷⁸

Hindistan ve Irak gibi bazı ülkelerde, yasal boşluklar neticesinde, para karşılığı sağlanan böbreklerle yapılan nakillerde ekonomik sıkıntı içerisindeki insanların varlıklı alıcılar tarafından istismar edildiği görülmektedir. Bu vericilerin böbrekleri, sağlıklı koşullarda yapılan ameliyatlara alınmakta, ameliyat sonrasında ise hepatit, sıtma, tüberküloz, AIDS gibi vakalara sıkça rastlanarak ölüme kadar gidebilen hastalıklarla karşılaşmaktadır.⁷⁹

Organ ve doku ticareti, sadece ulusal yasaları değil, uluslararası kuruluşları da ilgilendiren bir konu olmuştur. Bu kuruluşlardan biri de Dünya Sağlık Örgütü’dür. Dünya Sağlık Örgütü (WHO), kuruluşundan bu yana (1948) organ ve doku nakli ile ilgili yasal düzenlemelere çalışmaları arasında yer vermiştir.⁸⁰

Dünya Sağlık Örgütü dışında, organ ticareti konusundaki uluslararası kuruluş bazında ilk tepki, 1970 yılında International Transplantation Society’nin bünyesinde oluşturulan “Moral ve Etik” komitesinin bildirisiidir.⁸¹

⁷⁶ Kıyak, s.77.

⁷⁷ Bilgin, s.18.

⁷⁸ R.A Sells“*Akraba Olan ve Olmayan Canlı Organ Vericisinden Muvafakatta İvedilik(Gönüllülük)*” Çev.Kemal Önen, Organ Naklinde Ahlak,Adalet,Ticaret ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990, s.11.

⁷⁹ Bilgin, s.18.

⁸⁰ Bilgin, s.17.

⁸¹ Bilgin, s.17.

Dünya Tıp Birliği de (World Medical Association), insan organ ve dokularının ticari amaçlı kullanımını kınayan bildiriler yayınlamıştır.⁸²

Çeşitli uluslararası kongrelerde de organ ticaretini kınayan ve yasaklayan kararlar alınmıştır.⁸³

C. Türkiye’de

Organ ve doku nakli, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişi, kendi bedeni üzerinde mutlak bir hakka sahiptir.⁸⁴

Her insanın, insan olması sebebiyle sahip olduğu, dokunulamayan “temel hakları”, öncelikle Anayasa ile güvence altına alınmıştır. 1982 T.C Anayasasının “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlığını taşıyan 17.maddesinin 1.fikrasında, “*Herkes, yaşamak, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” hükmü ve 2.fikrasında “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” hükmü yer almaktadır.⁸⁵

17.maddenin 1.fikrası ile kişinin, yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki hakkı gibi değerler korunurken, 2.fıkarda yine kişinin beden bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki hakkının korunduğu ve dokunulmazlığı vurgulanmış ve belli koşullarda beden bütünlüğüne müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Buna göre, kişinin bedeni üzerindeki organ ve doku nakli de dahil olmak üzere her türlü müdahale, tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dahilinde mümkündür.

⁸² 37.ve 39.Genel Kurul Deklerasyonları,Brüksel 1985, Madrit 1987, **Bilgin**, s.17.

⁸³ Ottawa 1989,Congress On Ethics,Justice and Commerce in Transplantation 2 no’lu karar “İnsan organ ve dokularının transplant amacıyla alım/satımı kabul edilemez”, 4 no’lu karar “İnsan organ ve dokularının sağlanmasında yasadışı eylemlere başvurulması kriminal suç olarak kabul edilmelidir”, Münih 1990, Organ Replacement Therapy,Justice,Commerce,2 no’lu karar” Bu kongre, allotransplantasyon amacı ile insan doku ve organlarının ticari yollardan sağlanmasını yasaklar”, **Bilgin**, s.17.

⁸⁴ **Aytekin Ataay**, “*Vücut(Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak*”,Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi”, Y:1996, No:20, Prof.Dr.İsmet Sungurbey’e Armağan, s.25.

⁸⁵ **Zevkliler**, Aydın,Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu, 12/16 Ocak 2000, s.278.

Bu madde ile özel yasalara yapılan dolaylı yollama sonucu, A.Y m.17 yanısıra, tıbbi müdahalelerde özel yasalardaki koşulların da göz önünde tutulmaları gerekmektedir.⁸⁶

Kural olarak, kişinin kendi rızası dahilinde bile olsa, şahsiyet haklarını ihlal eden müdahaleler hukuka aykırıdır.⁸⁷ Kişi, kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahip değildir.⁸⁸ Türk Medeni Kanunu'nun 23.maddesine 1990 yılında 3678 S.Y ile yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra :

“Ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi, maddi ve manevi tazminat davası da açılmaz” şeklindeydi.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 23/3.maddesindeki yeni düzenleme ise şu şekildedir:

“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz”

1979 yılında, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşayan kişilerden ve ölümlerden organ ve doku naklinin şartlarını düzenleyen 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun çıkarılmış ve bu kanun 21.01.1982 tarih ve 2594 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.

⁸⁶ Zevkliler, s.278.

⁸⁷ Nuşin Ayiter, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFD 1968/1-2, C:XXV, s.139 vd; Gökçen, s.67.

⁸⁸ Çakmut, s.157; Toroslu, s.95.

Genel anlamda, organ ve doku nakli, ceza hukuku bakımından “hakkın kullanılması” olarak değerlendirilen bir hukuka uygunluk sebebidir.⁸⁹ Hekim bu durumda, mesleki görevini yerine getirmekte olup, bu görevini yerine getirmediği takdirde ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalacaktır.⁹⁰ Hukuka uygunluğun temelinde, hekimin meslek hakkının icrası kabul edilmiş, müdahalenin öngörülen şartlar dikkate alınarak gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.⁹¹

Organ ve doku naklinde, hekimin hastayı iyileştirme hakkı ile, kişilik hakları karşı karşıya gelmektedir. Bu sorun, özellikle 2594 Sayılı Kanunla, hekimin iyileştirme hakkına üstünlük verilerek çözülmüştür.⁹²

2238 sayılı yasa ile, bir çok ülkede olduğu gibi, para ya da sair menfaatlerle organ ve dokuların alınıp, satılması yasaklanmış ve buna bağlı olarak da bazı cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kanuna göre, bir bedel veya başka bir çıkar karşılığında organ ve doku almak, satmak ya da alım satımına aracılık etmek veya komisyonculuğunu yapmak (m.3,15) ve her türlü reklam faaliyetinde bulunmak suç teşkil etmektedir.⁹³

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK’nun 91,92 ve 93.maddelerinde organ ve doku nakline ilişkin hükümler getirilmiştir.

Organ ve doku nakline ilişkin bu iki düzenlemenin yanı sıra Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı taslağı hazırlanmıştır.

⁸⁹ **Sulhi Dönmezer-Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,C.2,Mayıs 1994, İstanbul, s.53;**Erem**,organ ve doku naklinde insancıl amaçların ön planda tutulması gerektiğini, hekimin de bu amaçla tıbbi müdahalede bulunduğunu ve hukuka uygunluğun temelinde hümanist doktrinin bulunduğunu ifade etmektedir;Ayrıntılı bilgi için bkz.**Faruk Erem**, “*Organ Nakli Hakkında Kanun*”,YD,C.5,1 Ekim 1979,S.4,s.716.

⁹⁰ **Dönmezer-Erman**, s.50.

⁹¹ **Çakmut**, s.157; **Gökçen**, s.64.

⁹² **Gökçen**, s.64; **Çakmut**, s.157.

⁹³ **Toroslu**, s.102.

İKİNCİ BÖLÜM

ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ

§1.CANLI BİR İNSANDAN ORGAN VE DOKU ALINMASI SUÇU (91/1)

I. GENEL BİLGİLER

TCK m.91/1 “*Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”

Organ veya Doku Ticareti, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 2.Kısımının, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 2.Bölümünde, 91.madde ile hüküm altına alınmıştır. Madde metninde, hukuka aykırı olarak kişilerden organ veya doku alınması suç olarak tanımlanmıştır.Yasanın 92.maddesi, organ ve doku satmak suçunda zorunluluk halini, 93.maddesi ise etkin pişmanlığı düzenlemektedir.

Organ ve doku bulmakta yaşanan güçlükler ve organ bağışının henüz yeterince yaygınlaştırılamamış olması neticesinde kadavradan organ temininin yetersiz olması insanların yasadışı yollara yönelmesine neden olmakta ve özellikle az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde maddi çıkar karşılığı insanlar organ ticaretine kurban edilmektedir.

“Çağdaş köle ticareti”nin önemli bir ayağı olarak kabul edilen organ ticaretindeki uluslararası trafiğin Avrupa-Türkiye arasında işlediği sanılmaktadır.⁹⁴

Organ bağışının yaygınlaştırılması yönünde yapılan tüm iyiniyetli çalışmalara rağmen, kadavradan organ bağışının yetersizliği⁹⁵, insanları yasadışı yollara itmekte ve

⁹⁴ Serdar Günaydın, www.hurriyetim.com.tr/agora/article.asp?sid=8&aid=1000(12.08.2005)

yaşanan maddi sıkıntılar insanımızı da bu uluslararası ticaretin içine çekmektedir⁹⁶

Tüm bu sebepler ve konunun önemi birlikte değerlendirildiğinde, organ ve doku ticareti fiillerini bağımsız bir suç olarak 5237 Sayılı TCK'da düzenleme zorunluluğu hasıl olmuştur

“Ticaret”, en basit tanımıyla, “maddi kazanç amacıyla her türlü malın alım satımıdır”. Bu tanımdan hareketle, bir ticari faaliyetten söz edebilmek için gerekli olan temel şart, alınıp satılabilen ve ekonomik değere haiz bir malın, başka bir deyişle, mülkiyete konu olabilen taşınır veya taşınmaz bir varlığın bulunmasıdır.⁹⁷

Diğer canlılardan farklı olarak, zekaya, düşünme ve algılama yeteneğine sahip olan insanın organ ve dokularının ekonomik değer olarak alım-satım faaliyetine konu olabilecek türden bir “mal” olarak değerlendirilmesi elbette ki mümkün değildir. Ancak konu, içinde bulunduğumuz şartlar çerçevesinde değerlendirildiğinde bu düşünce tarzı, mevcut sorunları gidermede yetersiz kalacaktır. Zira, içinde bulunduğumuz koşullar insanı da adeta bir “ticari mal” haline getirmiştir. İnsanın fiziki güç ve becerileri, cinsel sömürü aracı olarak bedenleri, organ ve dokuları getirisi çok yüksek bir mal olarak talep edilmesine sebep olmuştur.⁹⁸

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Canlı bir insandan doku ve organ alınması suçunda korunan hukuki değer karma niteliktedir.

⁹⁵ “Sağlık Bakanlığı’nın organ bağıışı yapanların sayısı ve illere göre dağılımı araştırmasına göre,12 ilde bugüne kadar hiç organ bağıışı yapılmadı.Bu iller, Ağrı, Sinop, Tunceli, Bingöl, Bitlis, Hakkari, Kastamonu, Siirt, Kırıkkale, Batman, Şırnak ve Ardahan.Türkiye’de son üç yılda dağıtılan organ bağıış kartı sayısıysa sadece 7119.Organ bağıışında illere göre dağılımda 10 milyonun üzerinde nüfusa sahip İstanbul 373 kişiyle ikinci, 338 kişiyle Ankara üçüncü sırada. İlk sıradaysa 1543 kişi ile Aydın yer alıyor.”**Aslı Ortakmaç-Özsel Tortop**, “*Organ Nakli Dosyası*”, Aktüel, s.30.

⁹⁶ Nitekim, literatüre “Satılık Böbrekler” olarak da geçen bir olaya göre 1988’de 4 Türk böbrekleri satın alınmak üzere İngiltere’ye götürülmüş ve böbrekleri alınarak kendilerine para ödenmiştir.Olay,ortaya çıktıktan sonra,İngiltere’de toplanan Genel Tıp Konseyi, aracı Dr.Raymond Crockett’e kınama, organları hastalara aktaran Dr.Michael Bewick’e de iki yıl süre ile transplantasyon ekibine girememe cezası vermiştir.

⁹⁷ **Çetin Arslan-Bahattin Azizağaoğlu**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Kasım 2004, s.326.

⁹⁸ **Arslan-Azizağaoğlu**,s.326.

Bu suçta, korunan hukuki değer, yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, onuru ve irade hürriyetidir.⁹⁹

5237 Sayılı TCK'nun 91.maddesi genel olarak öncelikle kişinin yaşam hakkını korumaktadır. Nitekim Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 8.maddesinde vericinin yaşamını mutlak şekilde sona erdirecek organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır.

Her insan, yaşadığı sürece kendi vücudu üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup hukukun koruması altındadır.¹⁰⁰ Ancak, kişinin kendi vücudu üzerindeki bu tasarruf hakkı sınırsız olmayıp kanunlarla sınırlandırılmıştır.

Ceza kanunları, genel olarak kişiye karşı işlenen suçlarla sadece insanın kendi hayatı ve fizik bütünlüğü üzerindeki hakkını değil; toplumsal bir değer olarak da hayatını ve fiziki bütünlüğünü korumaktadır.¹⁰¹ “İnsan hayatının ve fiziki bütünlüğünün toplumsal değeri aileye, topluma ve devlete karşı ferde yüklenen ödevlerde ortaya çıkmaktadır”¹⁰².

Bu suçla, kişinin vücut bütünlüğü zarar görmekte ve hatta yaşama hakkı elinden alınmakta, ailesine, topluma ve devlete karşı sorumluluklarını yerine getirebilmesine engel olunmaktadır.¹⁰³

Bu suçla, vücut bütünlüğü ve yaşama hakkının yanı sıra, kişinin onuru da korunmak istenmiştir. Herhangi bir nedenle bir insanın vücuduna ait bir parçanın, bir

⁹⁹ Arslan-Azizağaoğlu, s.409.

¹⁰⁰ Güner, s.585.

¹⁰¹ Toroslu, s.95.

¹⁰² Antolisei:Manuale di diritto penale,par.spec.,vol.I, Milano, 1960, s.36 (zkr:Toroslu, s.95)

¹⁰³ Kişinin bedensel yeteneklerinin eksilmemesi, ailesine ve topluma karşı görevlerini aksatmaması ile ilgili bir hususa Türk Silahlı Kuvvetleri Beden Kabiliyetleri Yönetmeliği'nin 53/D.5 ve 4.maddelerinde rastlanmaktadır.Bu hükme göre, “Bir böbreğin çıkarılması veya fonksiyon bakımından yok hükmünde olması” kişinin askerlik hizmetini yapmasına ve dolayısıyla devletine ve topluma karşı görevlerini yerine getirmesine engel olmaktadır.Kişinin ailesine ve topluma karşı görevleri dar bir çerçevede yorumlandığı taktirde,mevcut hükümlere göre her ne kadar tek böbreğin alınması askerlik hizmetine engel teşkil etmekte ise de örneğin memur olabilmesine engel değildir.(Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, s.181) Ancak, tek böbrekle yaşamak zorunda kalan bir insanın bazı işlerde çalışamayacağı da muhakkaktır.Hayatının geri kalan kısmında diğer böbreğinin de alınmasını gerektiren bir sağlık problemiyle karşılaştığı taktirde yaşama hakkı da elinden alınmış olacaktır.

organın hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın alınması, insanlık onuruyla bağdaşmayacak bir durumdur.

Organ ve doku ticareti suçlarının düzenlenmesinde korunmak istenen bir diğer hukuki menfaat de irade hürriyetidir. Nitekim gerek Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda gerekse 5237 Sayılı TCK'da hukuka uygun organ ve doku naklinden söz edebilmek için aydınlatılmış rıza gereklidir. Aydınlatılmış rızaya aykırı organ veya doku naklinde kişinin irade hürriyeti de zarar görecektir.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, dış alemde değişiklik meydana getiren hareketin, ceza kanunundaki tarife uygun olması gerekmektedir.

Canlı bir insandan organ ve doku alınması suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91/1 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 91/1 inci maddesinde ;

" 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" denilmiştir.

Bu suç bakımından, işlenen fiilin tipik sayılabilmesi hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden yukarıda özelliklerini belirttiğimiz organ veya dokunun alınması gerekmektedir. Alınan vücut parçası, organ veya doku kapsamında değerlendirilemeyecek ise bu suç oluşmaz.

2. Maddi Unsurlar

A. Fiil

Fiil, Türk Hukukunda "hareket", "eylem", "davranış", gibi çeşitli terimlerle ifade edilmekte olup, insan tarafından gerçekleştirilen icrai ya da ihmali davranıştır.¹⁰⁴

TCK'nun 91/1 inci maddesinde yaptırım altına alınan fiil, "*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ veya doku almak*" şeklinde belirlenmiş olup, ceza normunun yasakladığı fiil, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın canlı bir insandan organ veya doku alınmasıdır. Suç, "alma" fiilinin işlenmesi ile tamamlanır.

Bu suç, icrai davranışla işlenebileceği gibi, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin, hekimin hastasının rızasını almadan hukuka aykırı olarak organ ve dokusunu alması durumunda icrai davranışla işlenmiş bir fiil sözkonusu olacaktır. Ancak örneğin, bir hastanede bir başhekim bir başka hekimin hukuka aykırı olarak organ veya doku aldığını bildiği halde buna göz yumuyorsa bu durumda ihmali davranışla işlenmiş bir fiil sözkonusu olacaktır.¹⁰⁵

Canlı bir insandan organ ve doku alımı suçu, hareket sayısına göre yapılan tasnifte “tek hareketli” bir suçtur. Hareketin tekliği, doğal anlamda değil, hukuki anlamda anlaşılmalıdır. Örneğin; kişinin böbreğini almak için birden fazla hareket yapılması halinde doğal anlamda hareket sayısı birden fazladır ancak hukuki anlamda tek bir fiilin işlendiği kabul edilmelidir.

Hareketin önemine göre yapılan tasnifte ise, kanuni tanımında, suçun hangi tür hareketlerle icra edilebileceği belirtilmişse “bağlı hareketli” belirtilmemişse “serbest hareketli” suçtan bahsedilmektedir.¹⁰⁶ Canlı bir insandan organ ve doku alınması suçunun hangi tür hareketlerle gerçekleştirilebileceği belirtilmediğinden “serbest hareketli” bir suçtur.

B. Fail

¹⁰⁴ Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, s.415

¹⁰⁵ Aydın, s.132.

¹⁰⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.430.

Tipiklikte, suçun failini belirlemek için genelde, “her kim”, “kimse”, “bir kimse” veya “kişi” sözcükleri kullanılmaktadır.¹⁰⁷ Bu ifade tarzı bize ilgili suçun herhangi bir kimse tarafından işlenebileceğini, bir başka deyişle bu suçun “herkes tarafından işlenebilecek türden suçlardan” olduğunu gösterir.¹⁰⁸

Bazı suçlar ise, ancak belli sıfat ve niteliklere sahip insanlar tarafından işlenebilecek türden suçlardan olup, bunlara “belirli kişiler tarafından işlenebilecek suçlar”, “mahsus suçlar” veya “özü suçlar” da denilmektedir.¹⁰⁹ Örneğin, irtikap suçu niteliği itibarıyla ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilmektedir.

TCK m.91/1’de düzenlenen bu suçun faili, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ alan kimsedir. Fail, herhangi bir kimse olabilir. Bu nedenle, bu suç, sadece belli sıfat ve niteliklere sahip insanlarca işlenebilecek türden “mahsus” (özel) bir suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilecek türden genel bir suçtur.

Çağdaş hukuk düzenlerinde, suç faili olabilmenin “insan olmak” ve “hayatta olmak” üzere iki temel şartı bulunmaktadır.¹¹⁰ Bu suçun faili de ancak bir insan olabilmektedir. İnsandan sayılmayan eşya ya da canlılar bu suçun faili olamayacakları gibi, kişilik doğumla başlayıp ölümle sona ereceğinden ölü kimseler suçun faili olamazlar.

İnsan olmak ve hayatta bulunmak şartları ancak gerçek kişiler hakkında söz konusu olabileceğine göre, tüzel kişilerin bünyeleri ve hareket kabiliyetleri olmadığından suç işleyemezler. Ancak, tüzel kişilerin yönetici veya temsilcileri suç faili olabilirler.

Ceza Kanunumuz, tüzel kişilerin suç faili olabilecekleri esasını kabul etmemiştir. 5237 Sayılı TCK’da tüzel kişilerin suç faili olamayacaklarını açıkça düzenlemiştir. Nitekim bu durum TCK’nın 20.maddesinde ;

¹⁰⁷ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s.452.

¹⁰⁸ **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.168.

¹⁰⁹ **Önder**, s.168.

¹¹⁰ **Dönmezer-Erman**, II, n.1146, Bugün için doğal sayılabilecek bu koşullar eski dönemler için söz konusu bile değildi.Eski dönemlerde ölümlere ya da hayvanlara karşı dava açılabilirdi gibi yargılanıp cezalandırılılabilmekteydi. Bkz.**Dönmezer-Erman**, II, n.1146 vd.

1)Ceza sorumluluğu şahsidir.Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumludur.Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

2)Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz.Ancak,suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ise TCK'nın 60.maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar “müsadere” ve “iznin iptali” dir.

60.maddeye göre güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için, olayda kasıtlı bir suçun varlığı, suçun kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenmesi veya kamu kurumunun verdiği izinden kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, mahkumiyet kararı verilmesi ve “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanır” tarzında ilgili kanun metninde bir açıklık bulunması gerekmektedir.¹¹¹

Maddenin 7.fıkrasında; “Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” denmiştir.

Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde, koşulları taşıması durumunda ilgili tüzel kişi hakkında öngörülen yaptırımlar uygulanabilecektir. Örneğin; bir hastanenin, organ ve doku alımı ile ilgili geçerlilik koşullarını yerine getirmeden bir kimseden organ veya doku alması durumunda ilgili hastanenin izninin iptali yoluna gidilebilecektir.

C. Mağdur

¹¹¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.468-469.

Suçun mağduru, belli bir suçla zarara uğrayan veya tehlikeye maruz bırakılan hak veya yararın sahibidir.¹¹²

Bir başka deyişle, mağdur, ceza normu tarafından korunan ve suçlu tarafından ihlal edilen, suçun konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibidir.¹¹³

Mağdur sadece gerçek veya tüzel kişiler olabileceğinden kişilikleri olmayan eşya ya da hayvanlar suçun mağduru olamazlar. Ancak suçun mağduru ile zarar gören kimse arasında fark bulunmakta olup mağdurun “ölü kimse” olması durumunda ölen kimsenin akraba ya da mirasçıları da suçtan zarar gören kimseler olurlar.¹¹⁴

Bu suçun mağduru, kendisinden hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokusu alınan kişidir. Dolayısıyla bu suçun mağduru, canlı herhangi bir kimse olabilir. Mağdurun belli hukuki sıfatlara sahip kişilerden olma zorunluluğu bulunmamakta olup, bu suç (mağdur yönünden) “mahsus suç” değildir.

D. Konu

Canlı bir insandan hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçunun maddi konusu, insan bedenindeki organ ve dokulardır.¹¹⁵

Yunanca bir kelime olan “organ”, canlı bir organizmanın, birçok dokuya ve hücre tipine sahip, belli sınırları ve işlevleri olan kısmını¹¹⁶, “doku” ise, çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen belirli anatomik öğelerden oluşan ve bütünlük gösteren yapıyı ifade etmektedir.¹¹⁷

Organ ve doku arasında, birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Organlar, dokulardan; dokular ise özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücre ve liflerin birleşmesinden oluşmaktadır.

¹¹² **Dönmezer-Erman**, II, n.1172.

¹¹³ **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s.95.

¹¹⁴ **Dönmezer-Erman**, II, n.1174.

¹¹⁵ **Arslan-Azizağaoğlu**, s.409.

¹¹⁶ Büyük Larousse, C:17, s.8876; Dictionnaire Larousse, C:5, s.1817; **Akıncı**, s.10; **Gökçen**, s.64.

¹¹⁷ Büyük Larousse, C:7, s.3283; Dictionnaire Larousse, C:2, s.682; **Akıncı**, s.10.

Organın sınırları ve fonksiyonları tespit edilebilmesine rağmen, dokuda bu mümkün değildir. Ayrıca, doku kabul edilen bazı vücut kısımları alındıkları zaman vücut tarafından yenilenebilmesine rağmen, organların yenilenebilmesi mümkün değildir.¹¹⁸

Kanunda organ ya da doku ticaretine yönelik fiillerin cezai yaptırımlarının farklı düzenlenerek organ alımına ya da ticaretine ilişkin fiillere daha ağır cezalar getirilmiş olması organ ve doku arasında mevcut bulunan bu farklılıklardan ileri gelmektedir.

İnsan vücudundaki bir parçanın organ olup olmadığının tespiti, bilirkşi tarafından yapılması gereken tıbbi bir konudur. Nitekim, Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin bir kararında¹¹⁹ "...insan vücudundaki bir parçanın uzuv (organ) sayılıp sayılmaması, salt tıbbi ve dolayısıyla bilirkşi tarafından çözülecek bilimsel uzmanlık bir sorundur" demek suretiyle, bir parçanın organ veya doku sayılıp sayılamayacağı hususunun tespitinin konunun uzmanları tarafından yapılacağını öngörmüştür.

Organ ve doku naklinin kaynağı, insandır. Dolayısıyla ancak insan bedeninden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması durumunda bu suçtan söz edilebilir. Şu halde; hayvanlardan nakil amacıyla organ ve doku alımında bu suçtan söz etmek mümkün değildir.¹²⁰ Bu kapsamda, 24.06.2004 tarih ve 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8.maddesine göre "*hayvanların yaşadıkları sürece, tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez*" Bu madde ile yaşayan hayvanlardan tıbbi amaçlar dışında organ veya doku alınması yasaklanmıştır. Yasağa aykırı davranış durumunda Hayvanları Koruma Kanunu'nun 28/3 maddesi gereğince idari para cezası uygulanacaktır.

Fiilin bu fıkra kapsamında değerlendirilebilmesi için, insanın "canlı" olması, "ölmüş" olmaması gerekmektedir. "Canlı olmak", canlı doğmayı ve suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin gerçekleştiği esnada yaşıyor olmayı

¹¹⁸ Akıncı, s.11.

¹¹⁹ Yarg. 4.C.D, 20.04.1992, 2772/2857.

¹²⁰ Akıncı, s.13.

gerektirmektedir.¹²¹ . Cenin, bağımsız bir varlık olmadığından bu suçun konusunu oluşturamaz.

Organı veya dokusu alınan şahsın “ölü olması” halinde durum, 2.fıkra kapsamında değerlendirilmektedir.

Suçun işlenmesi, konuya zarar verir ya da tehlikeye uğrattır. Suçlar, suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılır.¹²² Canlı bir insandan organ ve doku alma suçu, konu üzerinde zarar meydana getirdiğinden zarar suçudur.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

91.maddenin 4.fıkrasına göre, 1. ve 3.fıkralarda belirtilen suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Genel anlamıyla örgüt, “Ortak amacı ya da eylemi gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş kurumların ya da kişilerin oluşturduğu birlik” olarak tanımlanmaktadır.¹²³

Ancak Ceza Hukuku bakımından, örgütün tanımı farklı bazı unsurları da içermektedir. Ceza Hukuku bakımından örgütlü suç, “Birden çok kişinin, belli bir disipline ve hiyerarşik düzene bağlı ve sürekli olarak, kamu düzenini bozduğu kabul edilen suçları işlemek için örgütlenmeye” denir.¹²⁴

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6.maddesinde, “örgüt mensubu suçlu” deyiminden ise, bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişinin anlaşılacağı belirtilmiştir.

¹²¹ Arslan-Azizağaoğlu, s.353.

¹²² Artuk- Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.470,471.

¹²³ Naci Ünver, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Turhan Kitabevi, 2001, s.11

¹²⁴ Turgut Kazan, Hukuk Kurultayı 2000, s.149.

Bu fıkıradaki düzenlenen suçun, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmesinin sebebi, örgütlü suçluluğun yapısal niteliği ve toplum açısından yarattığı tehlikedir. Nitekim, son yıllarda örgütlü suç ve suçlulukta büyük artışlar yaşanmış, organ kaçakçılığı da örgütlerin faaliyet alanları arasında yerini almıştır.¹²⁵

Organ ticareti ve insan ticareti gibi suçların günümüzde organize bir biçimde örgütlü gruplar tarafından işlenmesi ve yalnızca ülke sınırları içinde kalmayıp, sınır aşan boyutlara ulaşması da, kanun koyucunun suçun örgütlü olarak işlenmesini ağırlatıcı sebep olarak öngörme nedenleri arasındadır.

Çıkar amaçlı örgütlerle mücadele edebilmek amacıyla, İtalya, İngiltere, Fransa, Almanya ve Amerika'da mevzuat değişiklikleri yapılmış ve ceza kanunlarına yeni hükümler eklenmiştir.¹²⁶

Maddede belirtilen fiilin bu şekilde işlenmesi durumunda, temel cezadan ayrılınacak ve sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilecektir.(f.4)¹²⁷ Ancak, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi bu hüküm, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçlarından da ayrıca cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir. Yani, suçu bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyen kişi hem nitelikli haliyle bu maddeden, hem de örgütteki durumuna göre örgüt kurmak veya yönetmek, ya da örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacaktır.

Örgütlü suçluluk konusundaki TCK'daki en genel düzenleme TCK m.220'dir. 220.maddede, Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranların veya yönetenlerin, örgüt yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından

¹²⁵ Suç örgütleri, başlangıçta silah uyuşturucu kaçakçılığı gibi alanlarda faaliyet gösterirken, günümüzde ulaştıkları mali güç, birçok devlet bütçesini gölgede bırakmıştır. Bu arada faaliyet alanları genişlemiş, suçluluk alanındaki hayal gücü sınır tanımamış ve nihayetinde organ kaçakçılığı ve organ mafyaları da gündeme gelmiştir. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hasan Köroğlu**, Örgütlü Suçluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

¹²⁶ **Sulhi Dönmezer**, "Çetelerle Mücadele Amacıyla 4442 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri" Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.537.

¹²⁷ **Arslan-Azizağaoğlu**, s.411.

amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde cezalandırılması öngörülmüş, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerektiği belirtilmiştir.¹²⁸

220.maddenin 1.fıkrası, sadece suç işlemek için örgüt kurma eylemini cezalandırmış, 4.fıkrası ise, örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi durumunda, ayrıca bu suçlardan da cezalandırılma gereğini öngörmüştür. Aynı maddenin 6.fıkrasında, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişilerin ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacakları, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olanların ise 220/2.fıkra göre cezalandırılacakları öngörülmüştür.

TCK m.91/1’de düzenlenmiş bulunan “canlı bir insandan organ veya doku alımı suçu” için özel bir cezayı azaltan sebep öngörülmemiştir.

3. Manevi Unsurlar

Ceza Hukukunda bir eylemin suç oluşturabilmesi için öncelikle iradi olması gerekmektedir. Failin zararlı neticeyi istemiş veya öngörmüş olmasının fiilin cezalandırılabilirliği açısından gerekliliği esası ancak hukuk bilincinin gelişmesiyle gerçekleşmiş ve “kusursuz suç olmaz” ilkesiyle de kusurluluğun önemi vurgulanmıştır.¹²⁹

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 21.maddesinde, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” dendikten sonra 22.maddesinde, “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” hükmüne ve 23.maddesinde ise “*Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde,kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için,bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*” hükmüne yer verilmiştir.

Kastın tanımına yer vermeyen 765 sayılı TCK’nın aksine, 5237 Sayılı Yasa kastı “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlamıştır.(m.21/1) Buna göre kast, fiili bilerek ve isteyerek yapmaktır.

¹²⁸ Necati Meran, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı Suçlar”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.167,168.

¹²⁹ Centel-Zafer-Çakmut, s.354.

Canlı bir insandan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma suçu kasten işlenebilir. Fail, yaşayan bir insandan, hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın organ veya doku aldığını bilmeli ve istemelidir.

Failin kastından söz edebilmek için, suçun unsurlarını, hareketini ve yaptığı hareketin hukuka aykırı olduğunu bilmeli ve neticeyi de istemelidir.¹³⁰ Yani, failin organını veya dokusunu aldığı şahsın esasen hukuken geçerli rızası olmadığını bilmesi, buna rağmen fiilini gerçekleştirmesi durumunda failin kastından söz etmek gerekecektir.

Kastta kural, kastın suçun tüm aşamalarında bulunmasıdır.¹³¹ Suç kabul edilen fiili işleyen kimse, suçun tanımındaki tüm unsurları bilmeli ve istemelidir.¹³² Faildeki kasıt, hareketin yapıldığı anda mevcut bulunmalıdır.

Neticeyi meydana getirmeye yönelik hareketlerin yapıldığı anda var olan kasta “başlangıçta kast” denilmektedir.¹³³ Failin icra hareketleri devam etmekte iken suç yolundan çıkması, neticeye yönelik kastına son vermesi ve kastettiği neticenin oluşmasını engellediği durumlarda 5237 Sayılı TCK m.36’da düzenlenmiş bulunan “ihtiyariyle vazgeçme” durumu söz konusu olacaktır.¹³⁴

Bu suç tipinde faildeki kast, mağdurun bedenindeki doku ya da organın alınmasına yönelik olmalıdır.

Bu suçun taksirle işlenebilmesi de mümkün değildir.

Taksiri düzenleyen YTCK m.22/1 “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” demek suretiyle, taksirle işlenebilecek fiillerin kanunda açıkça belirtilmesini aramıştır. Bu nedenle, suçun taksirli halinden bahsedilmediği için, bu fıkra tanımlanan suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

¹³⁰ Centel-Zafer-Çakmut, s.392.

¹³¹ Dönmezer-Erman, II, n.936.

¹³² Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.305.

¹³³ Centel-Zafer-Çakmut, s.396, Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.564.

¹³⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.565.

Bu suç, kasten işlenebilen suçlardan olup, suçun oluşabilmesi için, failin belli bir saikle hareket etmesi gerekmemektedir.

5237 Sayılı TCK'nun 30/3.maddesi hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma halini düzenlemektedir. Buna göre *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”*

Canlı bir insandan organ veya doku alınması suçunda failin yanılığının bulunması hali, failin cezalandırılabilirliğine nasıl etki edecektir? Burada failin, hukuka uygunluk şartlarının gerçekleştiği konusundaki hatasında kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Failin hataya düşmesinde kusurunun olduğu yönünde sonuca ulaşılıyorsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır. Ancak failin hataya düşmesi kaçınılmaz olarak nitelendirilirse bu durumda kastının varlığından dolayısıyla cezalandırılabilirliğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.¹³⁵ Fail, fiili icra ederken suçun kanuni tanımındaki unsurlardan birisini gerçekleştirdiğini bilmiyorsa kasten hareket ettiğinden sözetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, organ veya doku nakleden hekim, naklettiği organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bilmiyorsa bu durumda cezalandırılmayacaktır. Organ veya doku alınacak kişinin karıştırılması ya da istenilen organ veya dokunun alınamaması halinde failin yanılığından sözetmek mümkündür.¹³⁶ Örneğin, kişiden böbrek yerine dalak alınması ya da A şahsı yerine B şahsından organ ve doku alınması halinde kişinin yanıldığını varsaymamız halinde fail 5237 Sayılı TCK'dan yararlanabilecektir.

Organ veya doku ticareti suçunda, fail hukuki yanılığından istifade edemeyecektir. TCK'nun 4.maddesinde *“Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz”* hükmü yer almaktadır. Organ ve doku ticareti suçunda hukuki yanılığın sözedebilmek için yanılığın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Örneğin, hekim kişinin rıza göstermeyeceğini biliyor olmasına rağmen organ veya doku almasının mümkün olduğunu düşünüyorsa hukuki yanılığından bahsedilebilirse de hekimin bilgi düzeyi ve

¹³⁵ **Hakan Hakeri**, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBDD, S:69, Mart-Nisan 2007,s.55 vd

¹³⁶ **Aydın**, s.135.

eğitim seviyesi dikkate alındığında hatasının kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.¹³⁷

5237 Sayılı TCK'nun 23.maddesinde *“Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”* hükmü düzenlenmiştir.

Suçun işlenmesi sonucu mağdurun ölmesi halinde, kasten adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.(91/8) Burada, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel suça ilişkin icra hareketleri ile bağlantılı neticenin gerçekleşmesi halinde, faile temel suça ilişkin davranışının sonucu olan daha ağır bir ceza verilmekte ve böylelikle failin gerçekleşen neticeden objektif sorumluluğu, başka bir deyimle ağırlaşan neticelere katlanması hali sözkonusu olmaktadır.¹³⁸

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere failin adam öldürme suçundan sorumlu tutulabilmesi için en azından olası kastla hareket etmesi gerektiği düşünülmüştür. TCK m.21/2'de hüküm altına alınmış olan olası kast, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen suçu işlemesi durumunda söz konusu olacaktır

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

¹³⁷ Aydın, s.136.

¹³⁸ Ali Parlar-Güleç Demirel; Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar,Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s.977.

Ceza Hukukunda hukuka aykırılık Maggiore'nin deyimiyle "haksızlığın bir türüdür"¹³⁹ Hukuka aykırılık, esas itibariyle bir hukuk normunun ihlaliyle ortaya çıkan hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ifade etmektedir.¹⁴⁰

Bilindiği gibi, herhangi bir eylemin suç olarak nitelendirilebilmesi için o eylemin hukuka aykırı olması aranmaktadır.¹⁴¹ Aksi takdirde, yani eylemin hukuka aykırı olmadığı durumlarda ise bir suçun varlığından söz edilemeyecektir.

2238 Sayılı Kanun'un canlı bir insandan organ veya doku almayı düzenleyen ilgili hükümlerinde belirlendiği şekliyle, hukuken geçerli rızaya dayanılarak yapılan operasyonlar, hukuka aykırı olamayacağından suç oluşturmayacaktır.

Rızanın geçerli olarak kabul edilmesi için kişinin rızanın ilişkin olduğu hakkı sahibi olması, rıza beyan etme yetkisinin olması, rızanın açık veya örtülü olarak verilmesi, verilen rızanın sakat olmaması gerekmektedir.

Aşağıda, canlı bir insandan organ veya doku alımı suçunda hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası incelenecektir.

A. İlgilinin Rızası

Mağdurun rızası, bir hukuksal değer sahibinin başka bir kimse tarafından o değer ihlal edilmesine rıza gösterdiğine ilişkin irade beyanıdır.¹⁴²

Tasarruf yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda mağdurun rıza göstermesi halinde suç oluşmayacağı fikri çok eskiden beri kabul edilmektedir.¹⁴³ Esasen bu kural

¹³⁹ **Giusseppe Maggiore**, Diritto Penale, V.1, Parte generale, t.1.5.ed., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1951, s.288 (zıkr.**Tuğrul Katoğlu**, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.21)

¹⁴⁰ **Katoğlu**, s.34.

¹⁴¹ **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.213.

¹⁴² **Jochen Markus**, Die Einwilligungsfähigkeit im amerikanischen Recht-Mit einem einleitenden Überblick über den deutschen Diskussionstand, Frankfurt am Main 1995, s.15(zıkr.**Yener Ünver**, "Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer", Ankara 2003, s.976.

¹⁴³ **Kristian Kühl**, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2000, s.324 (zıkr.**Centel-Zafer-Çakmut**, s.324-325).

temelini Roma Hukukundaki “valenti non fit iniuria” (rıza gösterene yapılan hareket haksızlık oluşturmaz) fikrinden almıştır.¹⁴⁴

Mağdurun rızasının hukuki niteliği konusunda çok sayıda fikir ve teori ileri sürülmüştür. Örneğin, “hukuki işlem” teorisi, rızanın hukuki işlem yapılmışçasına faile hareketi yapma hakkı verdiğini ve bu rıza çerçevesindeki hareketin cezalandırılmayacağını öngörürken, “hukuk politikası” teorisi hukuk politikası gereği mağdurun rızasına önem vermek gerektiği ve bu nedenle failin cezalandırılmayacağını “haktan feragat” teorisi ise bir hak üzerinde tasarruf yetkisi olan kişinin bu haktan feragat etmesinin eylemi hukuka uygun hale getirdiğini öngörmüştür.¹⁴⁵

Vericinin hukuken geçerli rızası, bu suçun oluşumunu önleyecektir.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin kullanılmasının başta gelen şartlarından olan rıza¹⁴⁶, organ ve doku nakli işlemlerinde de önemli bir yer tutmaktadır. Alıcı yönünden çoğu zaman bir zaruret olan organ ve doku naklinde, verici açısından mutlaka hukuken geçerli rızanın aranması gerekmektedir¹⁴⁷.

Maddede belirtilen hukuken geçerli rızaya dayanmama, hem 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması,Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda belirlenmiş bulunan geçerlilik şartlarını yerine getirmeksizin, hem de rıza olmadan zorla alınan organ ve dokuları ifade etmektedir.

Yaşayan kişilerden organ ve doku alma konusunda “hukuken geçerli rıza”nın hangi şartlarda oluştuğu, 2238 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde belirlenmiştir. Hukuken geçerli sayılabilmesi için öngörülmüş bulunan bu geçerlilik şartlarını

¹⁴⁴ **Özlem Çakmut**,Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,İstanbul 2003, s.57 vd.

¹⁴⁵ Mağdurun rızasının hukuki niteliğine ilişkin fikir ve teoriler için bkz.**Dönmezer-Erman**, II, n.738 vd.

¹⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.**Enis Sarıal** “Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuki İlişkiler”,İstanbul 1986,s.55 vd;**Cemal Öztürkler**“Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk,Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları”,Ankara 2003,s.62 vd.

¹⁴⁷ **Toroslu**, s.101.

taşımayan bir rızaya dayalı olarak organ veya doku alınması durumunda bu rıza, dolayısıyla da tıbbi müdahale hukuka aykırı sayılacaktır.

B. Rızaya Ehliyet

Hasta açısından rızaya ehliyet “hastanın karşılaşıcağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁸

Yaşayan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için bu kişinin mutlaka onsekiz yaşını doldurması, mümeyyiz olması ve akli ve ruhi durumu açısından kendiliğinden böyle bir karar verebilecek durumda olması gerekmektedir.(2238 S.K m.5,7/c)¹⁴⁹

Ayrıca, küçüklerden, vesayet ve hacir altında olanlardan veli veya vasileri aracılığı ile organ ve doku alınamayacaktır. Her ne kadar 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da aksi öngörülmüş ise de, 2238 Sayılı Kanun’daki hükümlerin uygulanması gerekecektir.¹⁵⁰

2238 Sayılı Kanun’un 7/c maddesi gereği, hekimin akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar veremeyecek durumda olmayan kişilerden organ veya doku almayı reddetmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi taktirde, hukuken geçerli bir rızadan söz etmek mümkün olmayacaktır.

Verici beyanda bulunurken her türlü etkiden uzak bir akli olgunlukta olmalıdır. Bu nedenle vericinin isnat kabiliyeti akıl hastalığı, sarhoşluk, sağır ve dilsizlikle malul

¹⁴⁸ **Köksal Bayraktar**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.130.

¹⁴⁹ **Köksal Bayraktar**, “*Organ Nakli ve Hukuk*”, Tıbbi Etik Yıllığı, I.Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji İle İlgili Bildiriler, İstanbul, 14-18 October 1993, Yay:**Arslan Terzioğlu**, İstanbul 1994, s.102; **Bayraktar** “Organ ve Doku.....”, s.16; **Çakmut**, s.161.

¹⁵⁰ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70.maddesi,tabiplerin sezgin,küçük ve kısıtlılar üzerinde yapacakları her çeşit ameliyat için veli ve vasilerinin iznini aramak suretiyle,dolaylı olarak mümeyyiz fakat 18 yaşını doldurmamış kişiler üzerinde operasyon niteliğindeki müdahalelerde bulunmasını uygun bulmuştur.Bkz,**Zevkliler**, s.282.

olmaması gerekmektedir. Verici, bu amaçla bir dizi psikolojik test ve incelemeden geçirilmelidir.¹⁵¹

Küçüğün rıza ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, rıza gösterilen hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle verilen bu rızanın hukuken geçerli sayılıp sayılamayacağı konusu gündeme geldiğinde, kural olarak bu müdahalenin temsilci eliyle hukuka uygun hale gelemeyeceği kabul edilmekle birlikte¹⁵², tam ehliyetsizin çıkarının temsile izin verilmemesine oranla daha ağır bastığı hallerde yasal temsilcinin vereceği rızanın geçerli olacağı kabul edilmektedir.¹⁵³

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5.maddesinde on sekiz yaşını doldurmamış olanların organ veya dokularının alınamayacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda, on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin bu konudaki rızaları geçerli olmayacağı gibi, anne veya babalarının rızaları da geçerli olmayacaktır. Ancak çocuklara organ ve doku nakledilmesinin gerektiği durumlarda, tıbbi müdahale sözkonusu olacağı için anne ve babanın birlikte rızaları alınarak müdahale gerçekleştirilebilir.¹⁵⁴

Küçüğün tıbbi müdahaleye tek başına karar verme ehliyetinin bulunmadığı durumlarda veli veya vasi de söz konusu kararı vermekten kaçınırsa ne olacaktır ?

Türk Hukukunda, küçüğün zararına gelişmeler olması durumunda TMK'nun 346. maddesi “çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü taktirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır” demek suretiyle çocuğun zararına bir karar alınması veya gelişme yaşanması durumunda velayet hakkının kısıtlanabileceğini öngörmüştür. Veli veya vasinin çocuğun gelişimi veya vücut bütünlüğü açısından böylesine önemli bir kararı

¹⁵¹ Bayraktar, “Hekimin Tedavi Nedeniyle.....”, s.191.

¹⁵² Bernd Rudiger Ken; “Fremdbestimmung bei der Einwilligung in Arztliche Eingriffe”, NJV 1994,s753 (zıkr.Bariş Erman,Ceza Hukukunda...s.86).

¹⁵³ Mustafa Dural-Tufan Ögüz; Türk Özel Hukuku c.II, Kişiler Hukuku,gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6.b., İstanbul 2002, s.76.

¹⁵⁴ Hakan Hakeri, “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007,s.158.

almaması durumu da “menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü durum” olarak kabul edilerek bu madde hükmü uygulanabilecektir.¹⁵⁵

Vesayet altına alınmış kişiler hakkında da benzer bir hüküm TMK’nın 487.maddesinde bulunmaktadır. Buna göre “Vesayet makamı görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için diğer önlemleri almakla yükümlüdür.”

Nitekim benzer bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de bulunmaktadır. Yönetmeliğin 24/2 maddesine göre :

“ Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu’nun 272.ve 431.maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24/3.maddesi ise acil durumlarda uygulanacak prosedürü düzenlemiştir. Buna göre;

“Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecekse izin şartı aranmaz”

2238 Sayılı Kanun’un 7/d maddesine göre de hekim, “vericin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek zorundadır” Burada, eşin bu müdahaleden haberi olması koşulu aranmıştır ¹⁵⁶

¹⁵⁵ **Bariş Erman**, Ceza Hukukunda...”s. 88.

¹⁵⁶ **Bayraktar**, “Organ ve Doku.....” s .17.

TCK'daki düzenlemede ise eşin haberdar olmaması , engelleyici bir durum olarak düzenlenmemiştir¹⁵⁷ Dolayısıyla eşin müdahaleden haberdar olmaması bu rızayı ve yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

C. Aydınlatma Yükümlülüğü

Mağdurun hukuken geçerli rızasından söz edebilmemiz için, rızayı açıklayan kişinin iradesinin herhangi bir dış etken tarafından sakatlanmaması gerekmektedir. Ancak sağlıklı bir iradede söz edebilmek için de özellikle tıbbi müdahaleler gibi teknik bilgiyi gerektiren durumlarda kişinin gerek müdahalenin ne şekilde yapılacağı gerekse sonuçları konusunda yeterli şekilde aydınlatılmış olması gerekliliği tartışmasız kabul edilmektedir.¹⁵⁸

Hukuken geçerli rızadan söz edebilmek için, hekimin 2238 Sayılı Kanunun 9.maddesinde belirtildiği şekliyle müdahale öncesinde organ ve doku nakli konusundaki muhtemel riskleri en aza indirebilmek amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlilleri yapması ve sonucunu bir olurluluk raporu ile tespit etmesi ¹⁵⁹, aynı kanunun 7.maddesi gereğince de vericiyi müdahalenin tıbbi, ailevi, sosyal ve psikolojik sonuçları hakkında aydınlatması¹⁶⁰ ve rızanın bu işlemler gereği gibi yerine getirildikten sonra alınması gerekmektedir.

Aydınlatmanın amacı, hastanın rızasının sağlıklı şekilde doğmasını ve serbest iradesinin oluşmasını sağlamaktır.

Kendisinden organ veya doku alınacak kişi gerektiği gibi aydınlatılmadan rızası alınmışsa, bu rıza hukuken geçersiz sayılacak, alınan bu rızaya dayanılarak yapılan organ veya doku nakli de hukuka aykırı olacaktır.

¹⁵⁷ Zevkliler, s.283.

¹⁵⁸ Barış Erman, s.99.

¹⁵⁹ Gökçen, s.69.

¹⁶⁰ Çakmut, s.11.

Türk Hukukunda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün koşullarını ve sınırlarını belirleyen ayrıntılı bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, en temel düzenleme Tıbbi Deontoloji Nizannamesi'nin 14.maddesinde yer almaktadır.¹⁶¹

Buna göre,

“Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir.....Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.”¹⁶²

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, hekimin sorumluluğu ile ilgili olarak verdiği bir kararında¹⁶³, hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesinin, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması yoluyla mümkün olabileceğine işaret etmektedir.

Aydınlatma yükümlülüğü, 2238 Sayılı Kanun'un, “Bilgi ve Araştırma Yükümlülüğü” başlıklı, 7.maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

Organ veya dokuyu olacak hekim, vericiyi, özellikle, müdahalenin tehlikeleri, riskleri ve ileride karşılaşılabileceği olumsuzluklar bakımından bilgilendirmelidir¹⁶⁴ Bu bilgilendirmenin, uygun bir biçimde ve ayrıntıda yapılması, müdahalenin tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlarını kapsayacak boyutta olması gerekmektedir. Örneğin; bir böbreğini vermek isteyen vericinin tek böbrekle yaşamının muhtemel sakıncaları hakkında aydınlatılması gerekmektedir.

Genel olarak, doktrinde hekimin tüm tehlikeleri ve ayrıntıları açıklaması gerektiği konusunda bir fikir birliği bulunmakla birlikte, Ozanoğlu'na göre,

¹⁶¹ Barış Erman,s.101.

¹⁶² Hasan Seçkin Ozanoğlu,”Hekimlerin HastalarınıAydınlatma Yükümlülüğü”AÜHFD,C.52,S.3,Ankara 2003,s.70.

¹⁶³ Yarg.4.H.D.,07.03.1997 Tarih ve 1976/6297 Esas,1977/2541 Karar,Yargıtay Kararları Dergisi,C.IV,S:6,Haziran 1978,s.905-910.

¹⁶⁴ Gökçen, s.71.

aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, ülkenin sosyo-kültürel yapısı, somut olayın koşulları, hastanın eğitim düzeyi, fiziksel ve psikolojik yapısı da göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁶⁵

Aydınlatmanın yapılacağı zaman konusunda kesin bir kural koymak mümkün değildir. Ancak, aydınlatma rızanın alınmasından önce yapılmalı, vericiye düşünme ve isterse yakınları ile görüşme fırsatı tanınmalıdır.¹⁶⁶ Aydınlatmanın, hastanın serbest iradesiyle karar verebileceği bir zamanda yapılması da gerekmektedir.¹⁶⁷

Aydınlatma açısından herhangi bir şekil öngörülmemekle birlikte, hekimin görevine uygun şekilde kullanacağı takdirine bırakılmış olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁸

Hastanın eksiz veya yetersiz şekilde aydınlatılmış olması durumunda bu aydınlatmaya dayalı olarak alınmış rıza da hukuken geçersiz sayılacaktır.

D. Rızanın Kapsamı

Mağdurun rızasının geçerli olabilmesi için rıza sahibinin rıza konusu hak üzerinde tam ve serbestçe tasarruf edebilme yetkisine sahip olması gerekmektedir.¹⁶⁹

Kişinin yaşamı ve beden bütünlüğüne yönelik hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi kesin ve mutlak olmayıp kişiliğine bir zarar gelmemesi koşuluna bağlıdır.¹⁷⁰ Bu zararın ölçütünü bir kısım öğretisi, “kişinin vatanına, topluma, ailesine karşı yerine getirmesi gereken görevlerini yerine getiremeyecek hale” getirmesi olarak belirlerken¹⁷¹ bir kısmı ise takibi şikayete bağlı derecede yaralamayı gerektirir nitelikteki halleri kişinin tasarruf

¹⁶⁵ **Ozanoğlu**, s.70.

¹⁶⁶ **Gökçen**, s.71.

¹⁶⁷ **Gökçen**, s.71,72.

¹⁶⁸ **Doris Wall**, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt, a.m, 1996, s.117 (zıkr.**Barış Erman**, s.104)

¹⁶⁹ Mağdurun rızasının hukuki niteliği açısından bkz.**Kayıhan İçel-Fusun Sokulu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih Mahmutoglu-Yener Ünver**, Suç Teorisi, İstanbul 2000, s.180.

¹⁷⁰ **Dural**,s.102.

¹⁷¹ **Dönmezer-Erman**, II, n:758.

yetkisine bırakırken re'sen kovuşturulan fiiller açısından ise böyle bir yetkinin bulunmadığını kabul etmektedirler.¹⁷²

2238 Sayılı Kanun'un 8.maddesine göre de,

“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır”

Bu maddeden anlaşılacağı gibi, rıza bulunsa dahi, vericinin hayatını sona erdirecek ya da tehlikeye sokabilecek bazı organ ve dokuların örneğin kalp gibi vücuttaki tek olan organ ve dokuların alınması yasaklanmış¹⁷³ yaşayan insanlar arasındaki organ nakilleri vücuttaki çift organlarla sınırlandırılmıştır.¹⁷⁴ Örneğin, böbrekler v.s

Başka bir deyişle, rızanın kapsamı bakımında aranan şart, vericinin bilerek ve isteyerek feda ettiği menfaatinin alıcının menfaatinden daha az olması ve vericinin verdiği organ dolayısıyla kendisine bir zarar gelmemesidir¹⁷⁵

E. Rızanın Açıklanması ve Şekli

Kural olarak; rızanın hareketin başladığı anda mevcut olması ve hareketin bitimine kadar devam etmesi gerekmektedir. Hareket başladıktan sonra rızanın geri alınması durumunda ise, bu andan itibaren yapılan hareketler geçersiz ve hukuka aykırı olacaktır.¹⁷⁶

Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/son, *“Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır”* demek suretiyle tıbbi yönden bir sakınca olmadığı müddetçe verilen rızanın müdahale sırasında geri alınamayacağını öngörmektedir. Erman'a göre, bu düzenleme rıza kurumunun

¹⁷² İçel ve Diğerleri, s.188; Önder, s.260.

¹⁷³ Coste-Paul Floret, *“Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli”*, çev., İskender Tepebaşı, AD, Y.1, Mayıs 1970, S.5, s.313 v.d.

¹⁷⁴ Toroslu, s.99.

¹⁷⁵ Bayraktar, *“Hekimin Tedavi Nedeniyle.....”*, s.191.

¹⁷⁶ Dönmezer-Erman, II, n.751 ; İçel ve Diğerleri, s.185.

genel ilkelerine aykırı düşmekle birlikte acil bir müdahale esnasında rızanın geri alınması halinde hekimi bu açıklamanın ne derecede serbest iradeye dayandığı gibi bir kuşkudan kurtaracaktır.

Verilen rızanın şekli bakımından ise, yaşayan bir insandan organ ve doku almak için, her şeyden önce vericinin yazılı biçimde düzenlenerek verilmiş rızasının bulunması gerekmektedir.(2238 S.K m.6)¹⁷⁷

2238 Sayılı Yasanın 6.maddesi, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve etkilerden uzak olarak verdiği yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu durumda, kişi rızasını sözlü olarak beyan etmiş olsa da bu beyan tutanağa geçirilerek imzalandığı takdirde rıza yine yazılı olarak verilmiş olacaktır.¹⁷⁸

Maddede sadece yazılı olması koşulu aranmakta olup, yazının el yazısı, daktilo ve resmi dilde olmasına bakılmayacaktır.¹⁷⁹ Ancak Bayraktar’a göre, üçüncü kişilerin yazdığı yazının sadece imzalanması ya da parmak veya mühür kullanılması ile yazılı olma koşulu gerçekleşmiş sayılmayacaktır.¹⁸⁰

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70.maddesi, *“büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır”* demektedir, aynı şekilde, TMK’nın 23.maddesinin 3.fıkrasına göre ise *“yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür”* hükmünü düzenleme altına almaktadır.

¹⁷⁷ Çakmut, s.161, Bazı hukuk sistemlerinde örneğin Alman Organ Bağışı Alınması ve Nakli Yasasında rızanın sözlü olarak verilebileceği de hükme bağlanmıştır.Bkz. **Zevkliler**, s.282.

¹⁷⁸ **Zevkliler**, s.282; **Gökçen**, s.68.

¹⁷⁹ **Bayraktar**, *“Organ ve Doku.....”*, s.17.

¹⁸⁰ **Bayraktar**, *“Organ ve Doku.....”*, s.17.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Failin işlemek istediği suçun, icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da neticenin meydana gelmemesi nedeniyle yarım kalması durumuna “suça teşebbüs” denmektedir.¹⁸¹

Kural olarak failin suç işlerken izlediği yolun (iter criminis) dört aşamadan oluştuğu kabul edilmektedir.¹⁸² Bunlar; düşünme, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve netice aşamalarıdır.¹⁸³

İnsanoğlu, bütün davranışlarına kendi iç aleminde doğan ve gelişen düşüncelere göre yön verir.¹⁸⁴ İşte, “düşünme safhası” da denilen bu aşamada, kişi işlemek istediği fiili düşünür, zihninde tasarlar. Bu aşamada düşünce ne kadar kötü ve zararlı olursa olsun, bu aşamada faile ceza hukukunun bir müdahalesi olamaz.¹⁸⁵

İkinci aşama hazırlık hareketleri safhasıdır ki bu aşamada fail işlemeyi düşündüğü fiile yönelik vasıta seçimi, mağdur hakkında bilgi toplanması gibi hazırlık yapar. Bu aşamadan da kural olarak faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak, “suç işlemek için silahlı örgüt kurmak”, “Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar” gibi kimi suçlarda kanunkoyucu, bu suçları işlemeye yönelik hazırlık hareketlerini de bağımsız bir suç olarak telakki ederek cezalandırmayı gerekli görmüştür.¹⁸⁶

¹⁸¹ Dönmezer-Erman, I, n.547 vd; Centel-Zafer- Çakmut, s.455; Artuk-Gökçen- Yenidünya, s.740.

¹⁸² Dönmezer-Erman, I, n.547.

¹⁸³ Dönmezer-Erman, s.741.

¹⁸⁴ Uğur Alacakaptan, *Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi*, in:Hukuk Kurultayı 2000, C:2, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, s.26 vd.

¹⁸⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.741.

¹⁸⁶ Centel-Zafer-Çakmut, s.460.

Üçüncü aşama icra hareketleri aşamasıdır. Bu aşamada fail, işlemeyi düşündüğü suça elverişli hareketlerde bulunur. Kural olarak, hazırlık hareketleri cezalandırılmadığından failin icra hareketlerine başlayıp başlamadığını tespit etmek oldukça önemlidir.¹⁸⁷

Dördüncü aşama ise, suçun tamamlanması aşamasıdır

1.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 35.maddesinde düzenlenen “teşebbüs”, 765 sayılı TCK'dan farklı hükümler içermektedir. YTCK'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere ceza miktarının belirlenmesinde adil olmayan sonuçlara yol açtığından bahisle, “eksik teşebbüs-tam teşebbüs” ayırımı kaldırılmış, eski sistemden farklı olarak suça teşebbüs durumunda, hakim in önce cezanın belirlenmesindeki ölçütlere göre öncelikle temel cezayı belirlemesi, ardından da ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığını dikkate alarak teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar içerisinde cezayı belirlemesi yeniliği getirilmiştir.

Teşebbüse ilişkin yeni düzenleme 5237 Sayılı TCK'nun 35.maddesinde yer almaktadır. Buna göre;

“(1) Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan söz edebilmek için bazı şartların bulunması gerekmektedir.

¹⁸⁷ Hazırlık ve icra hareketlerinin ayırımı konusunda görüşler için bkz.Centel, Türk Hukukuna Giriş, s.415 vd.

5237 Sayılı TCK'nun 35.maddesinde “....kişi işlemeyi kastettiği bir suçu.....tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” denilmek suretiyle “suçun işlenmek istenmesi”nin teşebbüsün şartlarından olacağını vurgulamıştır. Bu durumda, suçu teşebbüs aşamasında bırakma gibi bir kast türünden söz etmek mümkün değildir.¹⁸⁸

Bir suça teşebbüsten bahsedebilmek için o suçun kasten işlenebilen suçlardan olması gerekmektedir. Taksirle işlenen ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda netice istenmediğinden bu tür suçlar teşebbüse elverişli değildir.¹⁸⁹

Aynı şekilde, fail icraya başlamalı ve neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketler yapmalıdır. “Yasada yer verilen elverişli hareket kavramı, hem suç tanımında gösterilen eylemi meydana getirmeye elverişli araç kullanmayı hem de suçun konusu dahil olmak üzere eylemin bütünü yönünden elverişliliği ifade eder.”¹⁹⁰

Suçta teşebbüsün son unsuru, suçun failin elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamamış olmasıdır. Failin kendi iradesiyle icra hareketlerinin tamamlanmasından vazgeçmesi ve neticenin oluşmasını engellediği durumlarda, “teşebbüs” değil; “gönüllü vazgeçme” söz konusu olacaktır.(5237 S.Y m.36) Bu durumda, faili işleme istediği suça teşebbüsten değil, fiili işlediği aşama esasen suç oluşturuyorsa sadece o kısımdan cezalandırmak gerekecektir.

O halde, failin “canlı bir insandan organ veya doku alımı” suçu ile belli bir yakınlık halindeki fiili işlemeye elverişli icra hareketlerine başlamış ancak elinde olmayan nedenlerden dolayı, organ veya dokuyu alamamış olması halinde, failin durumu teşebbüs hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Örneğin, bir doktorun, hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın, canlı bir insandan organ veya doku alımına yönelik olarak, kişiyi koşulları hazırlanmış bir ortamda ameliyat masasına yatırması ve narkoz verme işlemlerine başladığı esnada

¹⁸⁸ Centel-Zafer-Çakmut, s.458.

¹⁸⁹ Dönmezer-Erman, I, n.553.

¹⁹⁰ Centel-Zafer-Çakmut, s.465.

yakalanması durumunda suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Bu durumda eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımına girilmeksizin, zararın veya tehlikenin ağırlığına bakılarak cezanın belirlenmesi yoluna gidilecektir.

2. İştirak

Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kimsenin aralarında yaptıkları anlaşma gereği birlikte işlenmesi durumunda, failler arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu şekilde işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denir.¹⁹¹

İştirak, 5237 Sayılı Kanun'un 37-41.maddeleri arasında düzenlenmiştir. 5237 Sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan iştirak 765 Sayılı TCK'ya göre farklılıklar taşımaktadır.

Yeni TCK'da, 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak asli ve feri iştirak ayrımı terkedilmiş ve iştirak, faillik ve şeriklik olmak üzere iki ana başlık altında düzenlenmiştir. Faillik, müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak üçe ayrılırken, şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmıştır. Şeriklerin sorumlu tutulabilmeleri için ise TCK m.40'da düzenlenen bağlılık kuralında belirtilen hususların gerçekleşmesi aranmıştır.

Yeni TCK'nın 37.maddesinde *“suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu tutulur”* demek suretiyle suçun kanuni tanımında yer alan ve gerçekleştiren kişilerden her birini fail olarak kabul etmiştir.

Müşterek faillik için ise, birden çok failin fiilin icrasında müşterek hakimiyet kurması ve birlikte suç işleme kararının bulunması gerekmektedir.

¹⁹¹ Dönmezer-Erman, II, n.1198; Centel-Zafer-Çakmut, s.511 vd; Artuk-Gökçen- Yenidünya, s.779 vd; İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.19 vd; Cengiz Otacı, Türk Ceza Hukukunda İştirak, AD,Y:93, Ekim 2001, S:9, s.150.

İştirakin her hali bu suç için mümkün olup, genel kuralların uygulanması gerekmektedir. Örneğin, canlı bir insandan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın alınan organ veya dokunun kendisine naklini kabul eden kişinin fiiline, bu organ veya dokuyu nakleden doktor veya hastane personeli iştirak etmiş olacaktır. Aynı şekilde, yaşayan kişiden organ alınması için bir başkasının karar almasını sağlaması durumunda “azmettiren”, faile araç sağlaması durumunda ise “yardım eden” konumunda olacaktır.

Yardım etme, “*asli iştirakin dışında kalan fakat suçun meydana gelmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketler*”¹⁹² olarak tanımlanmaktadır. Yardım etmede fiil üzerinde hakimiyet kurulmamakta, suçun icrası kolaylaştırılmaktadır. Bu nedenle yardım etme ikincil nitelik taşımaktadır.¹⁹³ Organ ve doku ticareti suçunda, organ veya dokunun alınması için gerekli aletleri, mekanı temin eden kişinin hareketi olmazsa olmaz nitelik taşımaktaysa bu durumda hareketi asli faillik niteliği taşıyacaktır. Ancak kişinin hareketi olmasa da organ ve doku alınabilecek ise kişi yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁹⁴

Kişinin, bu suça iştirakten dolayı cezalandırılabilmesi için, eylemin diğer bentlerde düzenlenmiş bulunan bir suçu oluşturmaması gerekmektedir. Örneğin, nakledilecek organın satılmasına aracılık eden bir kişi, fiili 3.fıkra düzenlenmiş suçu oluşturacağından, 1.fıkradaki suça iştirakten ayrıca cezalandırılamayacaktır.

3. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiden birden fazla organ veya doku alınması halinde zincirleme suçun varlığından bahsetmek gerekecektir. Bu durumda faile tek ceza verilmekte ancak verilecek ceza TCK’nun 43/1 maddesi gereğince dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılmaktadır. Organ ve doku ticareti suçu TCK m.43/3 kapsamında yer almadığından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır.

¹⁹² **Hakeri**, “Ceza....”s.389.

¹⁹³ **Hakeri**, “Ceza...”s.403,404

¹⁹⁴ **Aydın**, s.145

TCK'nın 44.maddesinde *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”* denmektedir.

Failin, bir fiille kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmesi durumunda fikri içtima söz konusu olmaktadır.¹⁹⁵ Fikri içtima için ortada tek fiilin bulunması ve bu fiille birden fazla suçun oluşması aranmaktadır. Fikri içtimanın sonucu, bir fiille birden fazla suç işleyen kişiye bu suçlar için ilgili kanunlarda belirtilmiş bulunan en ağır cezanın verilmesidir.

Organ ve doku ticareti suçunda fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Canlı bir insandan organ ve doku alımında, yapılan işlem neticesinde kişinin yaralanması söz konusu olacağından fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.¹⁹⁶

TCK'nun 91/2.maddesinde hem organ, hem de doku alınması düzenlenmiş ancak farklı farklı cezalara hükmedilmiştir. Bu fıkra kapsamında bir kişiden hem organ, hem de doku alınması durumunda nasıl cezalandırılması gerekecektir? Her neticenin bağımsız bir suç olmasının istisnalarından birisini teşkil eden geçitli suçta biri diğerini kapsayan iki suç vardır ve fail daha ağır bir suçu işlemek için daha hafif olan bir suçtan geçmektedir.¹⁹⁷ Mevcut hukuki düzenleme çerçevesinde fail hem organ hem de doku almışsa bu durumda sadece organ almasından dolayı sorumlu tutulmalıdır. Aksi düşünce adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Örneğin, failin iki organ alması halinde sadece organ almadan sorumluluğu olacak, ancak hem doku hem de organ alması halinde hem organ almadan hem de doku almadan sorumluluğunun olacak olması adaletsiz olacaktır.¹⁹⁸

Failin önce organ alıp sonra doku alması halinde ise nasıl davranılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, faile verilecek ceza belirlenirken cezalandırılmayan sonraki hareketin dikkate alınması gerekecektir. Cezalandırılmayan

¹⁹⁵ **Kayıhan İçel**, Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme, İHFM, C:XXX, S; 1-2, İstanbul 1964, s.178.

¹⁹⁶ **Aydın**, s.146

¹⁹⁷ **Hakeri**, “Ceza...” ,s,438

¹⁹⁸ **Aydın**, s.150.

sonraki fiillerden sözedilebilmesi için zarar verilen değerin ilk suçun mağdurunun aynı hukuki değerinin olması ve mevcut zararın büyütülmemesi gerekmektedir. Cezalandırılmayan sonraki fiillerde, önceki fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan hukuka aykırılık sonra gerçekleşen fiilleri de kapsamaktadır¹⁹⁹. Bu durumda, failin önce organ alıp sonra doku alması halinde sadece ağır olan ve ilk fiili teşkil eden hareketi olan organ alınmasından sorumlu olacak ayrıca doku alınmasından dolayı ceza almayacaktır.

V. BENZER SUÇ TIPLERİYLE MUKAYESESİ

1. Kasten Yaralama Suçu (m.86), Tehdit (m.106) ve Hürriyeti Tahdit (m.109) Suçları

Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde fail hem Türk Ceza Kanunu'ndaki yaralama suçu, hem de organ ve doku ticareti suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bu durumda tek eylemle iki ayrı suç işlendiğinden fikri içtima kurallarının uygulanması gerekecektir.²⁰⁰

Canlı bir insandan organ veya doku alımında, hukuka uygunluk sebepleri bulunmakta ancak hekimlerin dikkatsizliği veya özensizliği neticesinde kişide hayati tehlike geçirecek ölçüde yaralama oluşmuş ise bu durumda fiil TCK 89/2. maddede düzenlenmiş bulunan taksirle yaralama suçunu oluşturacaktır.

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.

2. İnsan Ticareti Suçu (m.80)

TCK m.80/1'de “...vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizlikten yararlanarak rızalarını elde

¹⁹⁹ Aydın, s.150

²⁰⁰ Murat Aydın, Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s.150.

etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimse” nin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla bir kimsenin maddenin 1.fikrasında belirtilen eylemlere konu edilmesi insan ticareti suçu kapsamında mütalaa edilmiştir.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve -Nakli Hakkında Kanun ile 5237 Sayılı TCK, organ ve doku terimlerini ayrı ayrı kullanmıştır.

5237 Sayılı TCK’nun 80.maddesinde saiki belirtmek üzere sadece “vücut organı” deyimini kullanılmış, “doku” terimine yer verilmemiştir. Şu halde, “dokularını vermesi maksadıyla” .bir kimsenin kaçırılması bu suça vücut vermez.²⁰¹ Örneğin, korneasını almak maksadıyla bir kişinin kaçırılması halinde TCK’nun 80.maddesi uygulanamayacaktır.²⁰²

Bu saik yönünden failin amacı, mağdurun organlarının verilmesini sağlayarak ona zarar vermek değil, organın başka birine naklini sağlamaktır.²⁰³

İnsan ticareti suçunun tamamlanması bakımından, faili suç işlemeye yönelten amaçlara ulaşılmasına gerek bulunmamaktadır.²⁰⁴ Cebir tehditle vücut organlarının alınması maksadıyla kaçırılan mağdurun organları alınarak başka bir kimseye nakledilmişse, fail ayrıca insan ticareti suçundan da cezalandırılacaktır.²⁰⁵

²⁰¹ **Yenidünya**, s.219

²⁰² **Yenidünya**,s.220.

²⁰³ **Yenidünya**,s.220.

²⁰⁴ **Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler,Ankara 2008,s.133,134.

²⁰⁵ **Hakan Hakeri**, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)", KHukA,1 Mart 2004,Yıl:7

VI. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Canlı bir insandan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma suçunun failine;

Suçun konusunun organ olması durumunda beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası, doku olması durumunda ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.(f.1)

Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.(f.4)

Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda ise tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.(f.7)

Ayrıca, bu fıkarda tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.(f.8) Burada, netice sebebiyle ağırlaşmış suç sözkonusudur ve failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından olası kastla hareket etmesi gerektiği düşünülmüştür. TCK m.21/2’de hüküm altına alınmış olan olası kast ise, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen suçu işlemesi durumunda söz konusu olmaktadır.

Bu suçun kovuşturulması şikayete tabi değildir. Re’sen takip edilir

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Hakkındaki Kanun’un 5235 Sayılı Kanununun²⁰⁶ 14.maddesine göre, “*Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınır göz önünde bulundurulur*”

5235 Sayılı Yasanın 11.maddesinde ise “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır*”denmektedir.

²⁰⁶ Bkz.R.G,07.10.2004,S:25606.

Aynı yasanın 20.maddesine göre ise, iki yıla kadar hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilebilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevleri dahilindedir.

Canlı bir insandan hukuken geçerli olmayan rızaya dayanılarak organ veya doku alınması suçunun konusunun organ olması durumunda beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası, doku olması durumunda ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği 91.maddenin 1.fıkrasında öngörülmüştür. Bu durumda, 1.fıkra giren suçun işlenmesi durumunda görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleri olacaktır.

5235 Sayılı Kanunun “Güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, Sulh Ceza Mahkemelerinin görevi içindedir” şeklindeki 10.maddesi gereğince, bu fıkra da tanımlanan suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda güvenlik tedbirine hükmedileceğinden, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemeleridir.

Yetki bakımından, özel bir durum arz etmeyip, bu husustaki sorunlar genel ilkeler çerçevesinde çözümlenmelidir.

5271 Sayılı CMK m.12/1’de düzenlenmiş bulunan genel yetki kuralına göre “*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir*” Bu durumda, canlı bir insandan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması suçunda, suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Suçun işlendiği yerin tespit edilemediği durumlarda, CMK m.13’de düzenlenmiş bulunan özel yetki kuralı gereği, sırasıyla şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanamamışsa yerleşim yeri mahkemesi, şüpheli veya sanığın yerleşim yeri yoksa, Türkiye’de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi, mahkemenin bu suretle de belirlemesi olanağı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda ise, CMK m.12/2 gereği, son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.

§ 2.ÖLÜ BİR İNSANDAN(CESETTEN) ORGAN ALINMASI SUÇU(91/2)

I. GENEL BİLGİLER

TCK m.91/2 “*Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Maddenin 2. fıkrasında hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması yasaklanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hangi koşullarda geçerli olacağı, ilgili mevzuatta düzenleme altına alınmıştır.

Türk Hukuk Sistemi, ölüden organ ve doku alınması konusunda esas itibariyle “irade (rıza) modeli”ni temel almakla birlikte, olağanüstü durum ve müdahaleler karşısında “itiraz modeli” ve “zaruret modeli”ni esas almaktadır.²⁰⁷

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kişinin bedeni üzerindeki mutlak hakkı ve hak sahibi olabilme ehliyeti ölümle sona ermektedir.²⁰⁸ Ölümle kişi olmaktan çıkarak ceset haline gelen varlık da hukukun himayesi altındadır.²⁰⁹ Ancak, bu korumadan ölen kişi değil, onun hayatta bulunan yakınları yararlanabilirler.²¹⁰

Bu suçla korunmak istenen hukuki değer, ölüye saygı, insan sağlığı ile ilgili konularda kamu düzenini ve disiplini sağlamaktır.²¹¹

Ölüden organ ve doku alınması durumunda, korunmak istenen bir diğer hukuki değer kişinin irade hürriyeti olduğu söylenebilir. Organ ve Doku Nakli Kanunu’nun 14.maddesinde “Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, organ ve doku alınamaz’

²⁰⁷ Akıncı,s.130;Erman, s.223.

²⁰⁸ Ataay, s.28.

²⁰⁹ Götz Grossen, Traite de Droit Civil Suisse II, 2(Freiburg 1974), s.537(zikr.Ataay, s.28).

²¹⁰ Ataay,s. 28.

²¹¹ Arslan-Azizağoglu, s.412.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

Ölü bir insandan organ ve doku alınması suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91/2 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 91/2 inci maddesinde ;

" Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. " denilmiştir.

Bu suç bakımından, işlenen fiilin tipik sayılabilmesi hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması gerekmektedir.

2. Maddi Unsurlar

A. Fiil

Bu düzenlemeye göre ceza normunun yasakladığı fiil, , hukuka aykırı olarak cesetten, organ ya da doku "almak"tır. Suç, "alma" fiilinin işlenmesi ile tamamlanır

Ölü bir insandan organ ve doku alımı suçu, hareket sayısına göre yapılan tasnifte “tek hareketli” bir suçtur. Örneğin; ölen kişinin böbreğini almak için birden fazla hareket yapılması halinde, doğal anlamda hareket sayısı birden fazladır ancak hukuki anlamda tek bir fiilin işlendiği kabul edilmelidir.

Ölü insandan organ ve doku alınması suçunun hangi tür hareketlerle gerçekleştirilebileceği belirtilmediğinden “serbest hareketli” bir suçtur.

B. Fail

Bu suçun faili, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alan kimsedir. Dolayısıyla, bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu suç, belli sıfat ve niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilecek türden mahsus bir suç olmayıp, genel bir suçtur.

C. Mağdur

Bu suçun mağduru, ölen kişinin mirasçısıdır.²¹²

Organ veya dokusu alınan kişinin ölü olması durumunda, suçtan zarar gören ve dolayısıyla bu suçun mağduru olan kimseler ölen kişinin akraba veya mirasçıları olacaktır.

Ölümle birlikte hak sahibi olmaktan çıkmış olan kişinin bedeni de hukukun koruması altında olup, bu korumadan kişinin yakınları²¹³ faydalanabilmektedir²¹⁴. Bu itibarla, aslında ceset, hak sahibi olmaktan çıkmış kimsenin değil hayatta olan yakınlarının kişilik alanına girmektedir. Cesede yapılan saldırı ve müdahaleler, ölenin yakınlarının kişilik haklarını zedeleyeceğinden, bu müdahale ve saldırıda bulunanlara karşı dava açabilirler.²¹⁵

Ayrıca, bu suçun işlenmesiyle kamu düzeni ve disiplini bozulacağından toplumu oluşturan bireyler de suçun mağduru olacaktır.

D. Konu

Suçun konusu, dokusu veya organı alınan cesettir.

Cesedin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüş cesedi, iktisadi yönü olmayan, manevi bir değer olarak görmektedir.²¹⁶

“Ceset (naaş)”, ölü doğan²¹⁷ veya doğduktan sonra ölen insan vücuduna verilen isimdir.²¹⁸

²¹² Arslan-Azizağaoğlu, s.412.

²¹³ Ataay’a göre, “yakınları” sözcüğünün kapsamına, kan ve sıhri hısımlar ile eş girdiği gibi evlat edinen veya evlatlık, nişanlı, sözlü ve hatta yakın arkadaş ve dostlar girebilir. bkz. Ataay, s.28.

²¹⁴ Ataay, s.28.

²¹⁵ Ataay, s.28.

²¹⁶ Ferit H. Saymen., Türk, Medeni Hukuku, C:II, Şahsın Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1960, s.36-37.

²¹⁷ Ölü doğanları ceset (naaş) kavramının dışında tutan Binding naaşı ise “yaşamış insanın ruhsuz kalıntısı” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. C.:I, 2. Aufl., Leipzig 1902, 184 (zıkr. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.75).

²¹⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.75.

Herhangi bir nedenle insan vücudundan atılmış bulunan, insan şeklini almamış fetus, ceset sayılamaz. Cansız insan vücudunun, tabii veya suni etkilerle dağılması, çürümesi ceset niteliğinin kaybı sonucunu doğurur. Başka bir anlatımla, ölü doğan ya da doğduktan sonra ölen insan vücudu olarak tanımlanan ceset (naaş), bu niteliğini tabii veya suni sebeplerin etkisiyle kaybeder.²¹⁹

Ölmüş insandan organ naklinin cerrahi ve hukuki açıdan önemli olan tarafı, kişinin ölü, fakat alınacak organın canlı olmasıdır.²²⁰ Bu suçun işlenebilmesi için, organ ya da dokusu alınan kişinin “ölmüş” olması gerekliliği, ölümün tespit ve tarifi sorununu gündeme getirmektedir. Ölüm halinin tespiti ise tamamen tıbbi bir işlem olup, hukuksal değerlendirmelere konu olamaz.²²¹

Ayrıca, bu suç konu üzerinde zarar meydana getirdiğinden zarar suçudur.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

Bu suç bakımından özel bir nitelikli unsur düzenlenmemiştir.

3. Manevi Unsurlar

Bu suçun manevi unsuru kast olup, taksirle işlenemez. Failin, bu suçu işlerken belli bir saikle hareket etmesi gerekmemektedir.²²²

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Ölüden organ ve doku nakli, 2238 Sayılı Kanun hükümlerine aykırı surette gerçekleştirildiğinde hukuka aykırı olacak ve suç teşkil edecektir.

Ölü kimseden yapılacak organ ve doku nakillerinin rızaya bağlı olup olmadığı konusunda çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Önceki konularımızda açıkladığımız gibi,

²¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.75.

²²⁰ Terzioğlu, s.59.

²²¹ Herbert Tröndle, “Der Hirntod, seine rechtlichen Folgen und das neue Transplantgesetz” (zıkr. Erman, s.221), Bayraktar, “Hekimin Tedavi Nedeniyle...”, s.185, 186.

²²² Arslan-Azizağaoğlu, 413.

ölüden doku ve organ alımı konusunda genel olarak 3 modelden bahsedilmektedir. Bunlar ; irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modelidir.

İrade modeli, daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, İspanya, Güney Afrika ve Venezuela’da benimsenmiş olup, bazı Alman hukukçuları tarafından da kabul edilmektedir. Bu modele göre, kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yönünde rızası varsa ya da yakınları kişi öldükten sonra onay vermişlerse, ölüden biyolojik madde alınabilir.²²³

İrade modelinin eleştirilen yönü, alıcının haklarını göz ardı ettiği düşüncesidir. Verici açısından bakıldığında, alıcının yararları önemsenmemekte, naklin kaderi çoğu zaman tesadüflere bağlı olmaktadır. Şöyle ki; bazı durumlarda ölünün kimliğini tespit uzun zaman alabilmekte ve organ nakli gibi dakikaların önem taşıdığı bir operasyonun gerçekleştirilmesi güçleşmektedir.²²⁴

Fransa, İtalya ve İsviçre’nin bazı kantonlarında benimsenmiş itiraz modeline göre, herhangi bir itiraz vaki olmadığı sürece ölüden organ veya doku alınması caizdir.

İtiraz modeli alıcıyı korumakta olup, vericiye sadece organ ve doku alımını engelleme imkanı tanımaktadır.²²⁵ Bu modelde, vericinin kendisinden biyolojik madde alımını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğu ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur.²²⁶

Zaruret hali modeline göre ise, ölünün veya yakınlarının iradesi olmasa da, ölüden organ ve doku alımı caizdir. Bu modelde, alıcı ile vericinin yararları karşılaştırılmakta ve alıcının yararı ağır bastığı için, onun lehine karar verilmektedir.

Bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarından feragat ettikleri kabul edilmekte

²²³ **Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, s.79.

²²⁴ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.80, **Erman**, s.223.

²²⁵ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.80 .

²²⁶ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.81, **Gökçen**, s.79.

ve ölünün vücuduna rızası hilafına yapılan söz konusu müdahale bu düşünceye dayandırılmaktadır.²²⁷

Türk Hukuk Sistemi ise ölüden organ ve doku alınması konusunda esas itibariyle “irade (rıza) modeli”ni temel almakla birlikte, olağanüstü durum ve müdahaleler karşısında “itiraz modeli”ni esas almaktadır.²²⁸

2238 Sayılı Kanunun 14.maddesi gereği , öncelikle ölen kişinin vasiyeti aranmış bulunamıyorsa “*sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle*” organ alınabilecektir.

Buna karşın, ölen kimsenin dış görünüşüne zarar vermeyecek organ ve doku alınması işlemleri açık bir rızasızlık bulunmadığı takdirde gerçekleştirilebilecektir. Aynı maddede ayrıca, doğal afet veya kaza gibi nedenlerle ölen ve beden bütünlüğü zarar gören kişilerden, karşı çıkacak bir yakını bulunmadığı müddetçe rıza alınmadan organ veya doku alınabileceği de düzenlenmiştir.²²⁹

2238 Sayılı Kanununun, ölüden doku ve organ alımı ile ilgili hükümlerinde belirlenmiş koşulların yerine getirilmesi fiili suç olmaktan çıkarır. Bu koşullar bulunmaksızın, ölüden organ ve doku alınması durumunda, fıkarda belirtilen suç oluşmuş sayılacaktır.

A. Vericinin Ölmüş Olması

Günümüzde nakli gerçekleştirilecek organ veya dokular, çoğunlukla ölülerden temin edilmektedir. Bununla birlikte, naklin başarıyla gerçekleştirilebilmesi için, kendisinden organ veya doku alınan kişinin ölmüş, ancak organ veya dokularının canlılıklarını muhafaza ediyor olması gerekmektedir.

²²⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.81.

²²⁸ Akıncı,s.130;Erman, s.223.

²²⁹ Teoman Akünel; “2238 Sayılı ‘Organ ve Doku Alınması,Saklanması,Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”;Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, İstanbul 1983, s.19 vd.

Ölüden organ ve doku alınabilmesi için aranan ilk şart, kuşkusuz kişinin ölmüş olmasıdır. Bu durum, ölümün tarifi ve tespiti, tespitin kimin tarafından yapılacağı gibi bir takım sorunları ortaya çıkarmaktadır.²³⁰

a. Ölümün Tarifi ve Tespiti

İnsanoğlu, var olduğu günden beri, ölümün tarifini yapmaya çalışmıştır. Aslında ölümün tarifi, hem çok kolay hem de oldukça zordur.

Teoloji, ölümü ruh ve bedenin birbirinden ayrılması olarak tanımlamış olmasına karşın, bu tanımlama hukuki açıdan soyutluğu ve ölüm anını somut olarak tespit edememesi bakımından yetersiz kalmıştır.²³¹

İnsanlar, bilimsel yetersizlikler nedeniyle²³², asırlar boyu diri diri gömülme korkusu yaşamışlar²³³ ve bu durum bilim adamlarının “ölüm halinin tespiti” konusundaki çalışmalarına da hız kazandırmıştır.²³⁴

Ölümün tespiti konusunda başlıca iki anlayış bulunmaktadır. Bunlardan biri “klasik ölüm anlayışı”, diğeri ise “beyin ölümü” anlayışıdır.²³⁵

Klasik ölüm anlayışı, büyük hayat fonksiyonları denilen ve kişiye canlılık kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona

²³⁰ **Toroslu**, s.104.

²³¹ **Toroslu**, s.105.

²³² Örneğin stetoskop,1800'lü yılların ortalarında icat olmuştu..Bu durum nabızın belirsiz olduğu felç,boğulma ve narkotik zehirlenmeler gibi durumlarda en titiz doktorların bile zaman zaman yanılmalarına neden oluyor ve kişiler gerçekte ölmedikleri halde gömülme riskiyle karşılaşabiliyorlardı. Bkz.**Mary Roach**, Kadavra, (Çev.**Taner Sezer**), Yakamoz Yayınları, s.173 .

²³³ 1948 yılında, Paris Belediye doktorlarından Huet yaptığı basın toplantısında alınan tedbirlere rağmen Paris'te 60 ila 80,tüm Fransa'da ise 500'e yakın kişinin ölmeden gömüldüğünü açıklamıştır.Kompozitör Schopen,gömülmeden önce dostları tarafından cesedinin açılmasını isterken,General Washington ölümünün tespitinden 3 gün sonra gömülmek istediğini belirtmiştir.Bkz.**Sengir**, s.654.

²³⁴ 18.ve 19.yüzyıllarda doktorlar ölümün tespiti konusunda hayli ilginç yöntemler geliştirmişlerdi.Galili doktor ve Tıp tarihçisi Jan Bondesan “Buried Alive” (Canlı Canlı Gömülenler)adlı kitabında,ölenin ayak tabanlarını jiletle kesmek,parmaklara iğne batırmak,gibi yöntemlere yer vermişti.Bu tip yöntemler yaygınlaşmayınca,daha güvenilir bir yöntem olarak hastanın çürümeye başlamasının beklenmesine karar verildi.Bu işlem için bekleme morgları inşaa edildi ve ölümler çürüme belirtileri gösterene kadar,gömülmeden önce buralarda bekletildi.Ayrıntılı bilgi için bkz.**Roach**, s.173 vd.

²³⁵ **Oğuz Polat**, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1977, s.77 vd..

ermesi şeklinde tanımlanmış ve bu tanım tıp lügatlerine de girmiştir.²³⁶ Aslında yaşlanma olarak da bilinen ve solunum ve kalp durmadan yıllar önce başlayan saçların ağarması, dökülmesi, kemiklerde osteoporoz, dişlerin dökülmesi v.s'den oluşan olaylar zinciri düşünüldüğünde ölümün, solunum ve kalp atışlarının durması olduğunu söylemektense, bir süreç olduğunu kabul etmek daha gerçekçi olur.²³⁷

Teknolojik gelişmelerle birlikte, kalbin ve solunumun durmasının, ölüm halinin tespiti için yeterli olmadığı anlaşılmıştır.²³⁸ Nitekim, yeniden canlandırma, metot ve aletlerinin yaygın bir biçimde kullanılması, son nefes ve kalp atışı şeklindeki klasik ölüm tanımının yeterli olmadığını ortaya koymuştur.²³⁹

Bu durum karşısında solunum ve kan dolaşımının geriye döndürülemez şekilde çalışmaması formülü ortaya atılmış, ancak bu görüş, canlandırmanın mümkün olmadığı durumlarda da geriye döndürmenin mümkün olabildiği gerekçesiyle yerini “beyin ölümü” kıstasına bırakmıştır.²⁴⁰

b. Beyin Ölümü

“Beyin Ölümü” adı verilen ölüm tarifi, ilk defa 1959 yılında 23.Uluslararası Nöroloji Kongresi’nde Claud-Bernard Hastanesi’nden H.Mollaret ve M.Goulon tarafından “Coma Dépassé” adıyla sunulurken tıp literatürüne girmiştir.²⁴¹ Bu tanıma göre, beyin ölümü, merkezi sinir sisteminin ve beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönülemez bir biçimde (irreversibl) kaybıdır.²⁴²

²³⁶ **Gökçen**,73;**Aykut Erbeni-Günaydın**, **Meral Topçu**,“Beyin Ölümü”,**A.Mehmet Haberal**,Doku ve Organ Transplantasyonları,Haberal Eğitim Vakfı,Ankara 1993,s.43.

²³⁷ **Erbeni- Topçu**,s.43.

²³⁸ Kalp seslerinin alınmadığı hallerde bile kalp faaliyetlerinin 9 dakika 38 saniye devam ettiği Merkel tarafından tespit edilmiştir.Bkz.**İbrahim Tunah**,Adli Tıp, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s.79.

²³⁹ **Hans Hinderling**,(Çev:Erdener Yurtcan),“Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlar”, MHAD, İstanbul 1969, s.419-425.

²⁴⁰ **Hans Ludwig Schreiber**, “İnsan Ne Zaman Ölüdür?Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, (Çev.**Ali Kemal Yıldız**), Tıp ve Ceza Hukuku, (Yay.Haz.**Yener Ünver**), Ankara 2004, s.151.

²⁴¹ **Terzioğlu**, s.60; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.84.

²⁴² **Terzioğlu**, s.60, **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.84.

İlk zamanlar, kavram kargaşası yaşanmış ve bu kargaşanın önüne geçebilmek amacıyla, 1968 tarihinde Harward Komitesi tarafından tespit edilen kriterlere göre belirlenen “beyin ölümü” kavramı pek çok ülke tarafından kabul edilmiştir.²⁴³

1981 yılında, USA Başkanlık Komisyonu Tıbbi ve Biomedical Etik Problemler Araştırma Komitesi tarafından yapılan tanım ile, bu konudaki tartışmalar bir sonuca bağlanmış,²⁴⁴ beyin ölümü tanısının konulabilmesi, derin koma halinin bulunması, beyin reflekslerinin tam kaybı ve spontane solunumun durması koşullarına bağlanmıştır.²⁴⁵

Ölümün, kan dolaşımının durması ile değil, beyin fonksiyonlarının son bulması ile açıklanmış olması, özellikle, kalp, akciğer ve böbrek nakilleri açısından, büyük önem taşımaktadır. Nakillerin başarı şansı, organ ve dokunun vakit kaybedilmeden alınabilmesi ve alıcıya nakledilmesiyle doğru orantılıdır.²⁴⁶

Organ naklinde, bedenin ve alınacak organların canlı olmasının gerekliliği ve bu durumun beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerde mümkün olabilmesi, tıp literatürüne “kalbi atan donör”²⁴⁷ (heart beatin donor) terimini de kazandırmıştır.²⁴⁸

Beyin ölümüne yönelik itirazlar beyin ölümü ile bitkisel hayatın birbirine karıştırılmasından ileri gelmektedir. Oysa ki, bitkisel hayata giren bir kimse de beyin ölümü belirtileri bulunmamaktadır ve beyin ölümü ile farklı bulgular taşımaktadır. Bu nedenle bitkisel hayata girmiş kişiler ölmüş kabul edilerek organ ve doku alınamaz.²⁴⁹

Genel olarak, modern hukuk sistemleri beyin ölümü anlayışını kabul etmişler ve mevzuatlarında yer vermişlerdir.

²⁴³ Haberal, s.16.

²⁴⁴ Bu tanıma göre beyin ölümü, “dolaşımsal ve solunumsal fonksiyonların irreversibl kaybı ve tüm beynin (korteks,spinal kord,beyin sapı) bütün fonksiyonlarının irreversibl kaybıdır.” Terzioğlu, s.60.

²⁴⁵ Ayrıca hastada meydana gelen bu tip rahatsızlıkların başka hastalıklarla karışabilmesi ihtimali de değerlendirilmelidir.Erman,s.222,Beyin ölümü kriterleri için ayrıntılı bilgi için bkz.Terzioğlu, s.62,63

²⁴⁶ Akıncı, s.116.

²⁴⁷ Kalbi atan donör,respiratör ile solunum sağlanabilmesine ve kalbin atmasına rağmen hayatta olmayan kişidir. Böylelikle,nakil amacı ile kan dolaşımı ve doku perfüzyonu olan organların alınabilmesi sağlanmaktadır.Bkz.Erbengi-Topçu, s.44 .

²⁴⁸ Erbengi-Topçu, s.44.

²⁴⁹ Akıncı, s.115,116.

Almanya’da, bu konuda bağlayıcı bir karar olmasa da, doktrin ve uygulama beyin ölümünü kabul etmiş, Alman Tabipler Odası İlmî Konseyi tavsiye kararı niteliğinde aldığı bir kararla hangi hallerde beyin ölümünün gerçekleşmiş sayılacağını belirlemiştir.²⁵⁰

Fransa, 24.04.1968 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile, açıkça beyin ölümünü kabul etmiştir.²⁵¹

Belçika, 13.06.1986 tarihli Organ Nakli ve Alınması ile ilgili Kanun’un 11.maddesinde, hekimin ölümü tespit ederken en modern usullerde faydalanacağını karara bağlamıştır.²⁵²

Aynı şekilde, İtalya, Finlandiya, İsviçre, Hollanda, İspanya, Danimarka, Kanada, İngiltere ve Amerika da beyin ölümü anlayışını benimsemişlerdir.²⁵³

c. Ülkemizde Durum

Ülkemizde, Türk Tabipler Birliği, ölüm halinin tespiti konusunda hukuki değer ifade eden ilk kararı 18.04.1968 tarihinde vermiş ve kişinin ölmüş sayılabilmesi için, beynin işlevini tam olarak yitirmiş, reflekslerin sona ermiş, kalp atışı ile solunumunun durmuş ve tekrar çalıştırılamamış olması koşullarının birlikte bulunması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.²⁵⁴

24.11.1969 tarihinde Yüksek Sağlık Şurası, “ölüm...bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamiyle durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur” demek suretiyle beyin ölümünü kabul ettiğini belirtmiştir.²⁵⁵

²⁵⁰ Akıncı, s.108.

²⁵¹ Akıncı, s.108.

²⁵² Akıncı, s.108.

²⁵³ Akıncı, s.109.

²⁵⁴ Akıncı,s.110; Zevkliler, s.286.

²⁵⁵ Akıncı, s.110.

2238 Sayılı Kanun 11.maddesinde, “... *tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca saptanır*” demek suretiyle ölümün saptanması ile ilgili bir kritere yer vermemiştir.

2238 Sayılı Kanun’un ölüm halinin saptanması ile ilgili 11.maddesinde beyin ölümü yerine “tıbbi ölüm” tabirinin kullanılması ve “tıbbi ölüm” tarifinin yapılmamış olması karşısında ortaya çıkan eksikliğin giderilebilmesi amacıyla 20.08.2003 tarihinde 21674 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği’nin Ek-1.maddesinde beyin ölümünün tarifine yer verilmiştir. Yönetmelikte beyin ölümü, “beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl (geri dönüşsüz) kaybı” olarak tanımlanmış ve beyin ölümünün ne şekilde tespit edileceğine ilişkin ölçütler belirtilmiştir.²⁵⁶ Böylelikle, 1.maddede yer alan “tıbbi ölüm” ibaresinin beyin ölümü olarak anlaşılması gerektiği net olarak ortaya konmuştur.²⁵⁷

d. Ölümü Tespit Yetkisi

Ölüden organ ve doku alınabilmesi, her şeyden önce ölüm halinin kesin ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespitine bağlıdır.²⁵⁸

Ülkemizde, Türk Tabipler Birliği, aldığı komite kararıyla bir yandan beyin ölümünü kabul ederken bir yandan da beyin ölümünü tespit metotlarını belirtmiştir.²⁵⁹

Türk Hukukunda, ölüme karar verecek kimseler, Hıfzısıhha Kanunu’nun 216-219.maddelerinde ve Hastaneler Talimatnamesinin 49.maddesinde düzenlenmiştir. Talimatnamenin 49.maddesinde “Ölüm vukuunda servis tabibi, ölüm sebebini ve

²⁵⁶ Ölüme kimin karar vereceği konusu da Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 216-210.maddelerinde ve Hastaneler Talimatnamesi’nin 49.maddesinde belirlenmiştir.Bkz. **Erman**,s.222.

²⁵⁷ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.84.

²⁵⁸ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**,s.83;**Gökçen**,s.72 vd.

²⁵⁹ Beyin ölümüne karar verebilmek için,komanın primer hipotemi hipovolemik ya da hipotansif şok,geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar ile metabolik ve endokrin bozukluklara bağlı olmaması gerekir.Ayrıntılı bilgi için bkz.Akıncı,s.114.

zamanını tespitle, tabelasına kayıt ve altına imza eder” demekle olup, hastane dışındaki ölümlerde ise sadece defin ruhsatiyesinden sözedilmektedir.²⁶⁰

Ölüm halinin kimler tarafından nasıl tespit edileceği, 2238 Sayılı Kanun’un 11. ve 12.maddelerinde düzenlenmiştir. 11.maddede, ölüm halinin bilimin ülkede ulaştığı kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürşiyen ve biri da anestezyoloji uzmanı olmak üzere 4 kişilik hekimler kurulunca saptanacağı, 12.maddesinde ise, ölüm halini tespit eden bu kurulda, alıcıyı tedavi eden veya organ veya doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek hekimlerin yer alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan yasanın 11.maddesine göre, ölüm haline hekimlerin oybirliği ile karar verileceğinden kurulda yer alanlardan biri ölüm halinin gerçekleşmediğini düşünmekte ise bu durumda ölüden organ veya doku alınması mümkün olamayacaktır.

Yine, 2238 Sayılı Kanun’un 13.maddesi, ölüm halini saptayacak hekimlerin bu durumu, ölüm tarihi, saati ve ölüm halinin nasıl belirlendiğinin yeraldığı bir tutanakla tespit edileceğini hüküm altına almıştır.²⁶¹

Ayrıca, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 08.03.1993 tarihli Organ Nakli ile ilgili olarak hastanelere gönderilen yazıda “Hastane içinde hangi klinikte tedavi altında bulunursa bulunsun hastanın beyin ölüm kararı verilmiş ve tutanağı imzalanmış hastalar donör muamelesi görürler ve tedavi altında bulundukları kliniğin karar verme mekanizması dışında tutulurlar”²⁶²

B. Ölenin sağlığında belirttiği istemi veya yakınlarının rızası koşulu

Kural olarak, herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı bulunmaktadır. Bu çerçeveden hareketle, kişinin öldükten sonra cesedi üzerinde tasarruf edebilme hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

²⁶⁰ Bayraktar, “*Hekimin Tedavi Nedeniyle...*”,s.187.

²⁶¹ Çakmut,s.166.

²⁶² Terzioğlu, s.63.

Her insan, öldükten sonra nerede ve nasıl gömüleceğini ya da cesedinin ilmi kuruluşlara bırakılıp bırakılmayacağına karar verebilmektedir.²⁶³

Dolayısıyla, her insan, ölmeden önce açıkladığı beyanı ile öldükten sonra cesedinden organ ve doku alınmasına rıza gösterebilir.

a. İrade Açıklamasının Kapsamı

Ölülerden alınabilecek organ ve dokular hakkında uluslararası uygulamada da bir birlikten söz etmek mümkün değildir.²⁶⁴

Ülkemiz mevzuatında, ölüden alınabilecek organ ve dokular konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ölüye gerekli saygı gösterilmek koşuluyla, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için gerekli görülen her türlü organ ve doku alınabilmektedir.

Kişi, ölümden sonra tüm organ ve dokularının alınmasına rıza gösterebileceği gibi, bir kısmının alınmasına da rıza gösterebilir.²⁶⁵ Kişi sadece, bazı organların alınmasına rıza vermişse, tamamının alınması hukuka aykırı olacaktır.²⁶⁶ Örneğin, kişi sadece böbreklerinin alınmasına rıza vermişse, kalbinin de alınması hukuka aykırı olacaktır.

b. İrade Açıklamasının Şekli

Bir kimsenin ölümünden sonra organ veya dokularının verilmesine yönelik irade beyanı ancak bir ölüme bağlı tasarruf şeklinde ortaya çıkabilir.²⁶⁷

²⁶³ Akıncı, s.135.

²⁶⁴ Bazı ülke mevzuatlarında hangi organ ve dokuların alınabileceği açıkça öngörülmüştür. Örneğin, İtalya’da 1970 tarihinde çıkarılan bir kararnamede alınabilecek organ ve dokular şu şekilde tespit edilmektedir: Gözler, Parçaları ve eklentileri, böbrekler ve parçaları, kemikler ve eklemler, kaslar ve kas telleri, kan damarlar, kas, beyin, deri, kemik iliği, kas zarları, beyin zarı, kalp ve parçaları, akciğer ve parçaları, Ayrıntılı bilgi için bkz.. **Toroslu**, s.99.

²⁶⁵ Akıncı, s.136.

²⁶⁶ Akıncı, s.137.

²⁶⁷ **Bayraktar**, “*Hekimin Tedavi Nedeniyle....*”, s.193; **Akıncı**, s.139.

2238 Sayılı Kanun m.14/1’de ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmasını isteyen kişilerin resmi veya yazılı bir vasiyetle iradelerini beyan edebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Uygulamada, genellikle bu şartlara uyulmaksızın, bağış kartının verici tarafından iki tanık huzurunda imzalanması yolu ile irade açıklanmakta, iki nüsha halinde düzenlenen bu kartlardan biri ilgili kuruma verilmekte, diğeri ise vericinin kendisinde kalmaktadır.²⁶⁸ Ancak, bu kartların hukuka uygun olabilmesi için vericinin el yazısı ile “mahal” ve “tarih” yazılmalı ve kartın üzerinde el yazısı ile “hayatım sona erdikten sonra organ ve dokularımın diğeri hastaların tedavisi için kullanılmasına izin veriyorum” ibaresi bulunmalıdır.²⁶⁹

Hasta yakınlarının kalbi halen atmakta olan birinin, geri döndürülemeyecek şekilde ölmüş olduğuna inanmaları ve bu durumu kabullenebilmeleri son derece güçtür. Bu nedenle ölüm halinin tespitinde hekimlerin son derece dikkatli davranmaları ve ölüm hali kesin olarak tespit edildikten sonra, yakınların organ bağışı konusunda ikna edilmeleri gerekmektedir.²⁷⁰

c. Yakınlarının Rızası

Ölenin sağlığında, cesedinden organ veya doku alımı ile ilgili bir beyanı yoksa, cesetten organ ve doku alma işlemi, sırasıyla ölenin ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yanında değilse herhangi bir yakınının muvafakatıyla mümkündür.(m.14/1)²⁷¹

Bu düzenleme ile ölenin yakınlarının muvafakatının sırasıyla aranacağı vurgulandığından, maddede belirtilen yakınlarının tümünün bir arada bulunması durumunda önde gelenin muvafakatı yeterli olacaktır. Örneğin, ölen kişinin eşinin organ alınmasına muvafakat etmesine rağmen anne-babasının karşı çıkması durumunda

²⁶⁸ **Ortakmaç -Tortop**, s.34.

²⁶⁹ **Akıncı**, s.140.

²⁷⁰ **Akıncı**, s.116.

²⁷¹ **Toroslu**, s.103.

sıralamada önceliği bulunan eşin muvafakatının yeterli sayılması gerekecektir.²⁷² Klasik görüş ise, yakınlarının tümünün muvafakatının aranmasını şart koşturmaktadır.

2238 Sayılı Kanunun 14.maddesi, sırasıyla eşin, reşit çocukların, ana babanın veya kardeşlerden birinin bulunmaması durumunda, ölen kişinin herhangi bir yakınının muvafakatının bulunması halinde de organ veya doku alınabileceğini hüküm altına almıştır.²⁷³

d. Ölenin ya da yakınlarının rızası aranmaksızın organ veya doku alımı

“Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş bir kişinin yanında yukarıda sayılan yakınlarından biri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11.maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir”

Bu düzenlemeye hukuki ve etik açıdan getirilen eleştiriler, amaç her ne kadar başkasının hayatını kurtarmak olsa da, insanın kendi cesedi üzerinde hak iddia edememesi sonucunu doğurduğu, ticari amaçlı suistimallere açık olduğu ve suç işlemeye yol açabileceği yönündedir.²⁷⁴

Aynı şekilde, m.14/2’ye göre, ölenin aksine bir beyanı ya da vasiyeti bulunmamakta ise, ceset üzerinde değişiklik yapmayan kornea gibi dokular ölenin yakınlarının rızası aranmaksızın, hatta itirazları bulunsada dahi hekim tarafından alınabilir.²⁷⁵ Ancak, 2238 Sayılı Organ Nakli Kanunu m.14/II’de “alınabilir” ifadesinin

²⁷² Zevkliler, s.287.

²⁷³ Zevkliler, s.287.

²⁷⁴ Terzioğlu, s.59, ayrıca bkz. Zevkliler, s.300.

²⁷⁵ Toroslu, s.104; Çakmut, s.167.

kullanılması, bunun bir zorunluluk olmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, hastanelere “kornea alma mükellefiyeti” değil, “kornea alma yetkisi” tanınmıştır.²⁷⁶

Yargıtay 4.Ceza Dairesi, 1975 tarihli bir kararında²⁷⁷, Ankara’da bir hastanede tedavi görmekte iken hayatını kaybeden bir hastaya ait korneanın, yakınlarının haberi ve izni olmaksızın doktorlar tarafından çıkarılarak başka bir hastaya nakledilmesi üzerine TCK m.178/2 maddesince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucu, sanıkların anılan maddelerin yasal ögelerinin oluşmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmesi hükmünü, fiil ve hareketlerde anılan maddedeki maddi ve manevi unsurların oluşmadığı ve sanıkların suç işleme kasıtlarının bulunmadığı gerekçesiyle onamıştır.²⁷⁸

e. Organ veya doku alınamayacak durum

2238 Sayılı Kanun’a göre, kişi sağlığında ölümünden sonra organ veya dokularının alınmasına karşı olduğunu açıklamışsa, cesedinden organ ve doku alınamaz.(m.14/3) Bu durumda, yakınlarının rızası bulunsada, kişiden organ ve doku alınması mümkün olamayacaktır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Ölüden organ ve doku alınması suçu, niteliği itibariyle teşebbüse elverişlidir.

Failin “ölü bir insandan (cesetten) organ veya doku alımı” suçunu işlemeye elverişli icra hareketlerine başlamış ancak elinde olmayan nedenlerden dolayı, organ veya dokuyu alamamış olması durumunda, failin durumu teşebbüs hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

²⁷⁶ Akıncı, s.48.

²⁷⁷ Yargıtay 4.C.D,2.06.1975 gün,E:1975/2433,K:1975/3150;Kornea Naklinde Kornea Sağlanması ve Paylaşımı Yönetmeliği’nin 8.maddesi uyarınca,kamu kurum ve kuruluşları ve özel sektöre ait tüm hastaneler kornea kaynağı olarak hizmet verirler.Yine aynı Yönetmeliğin9.maddesine göre,kornea kaynağı olarak çalışan hastanelerde toplanan kornealar,öncelikle o hastane tarafından kullanılmakla birlikte,kullanılmayanlar ise bankaya gönderilirler.Bkz.Akıncı,s.48.

²⁷⁸ Güner, s.587,588.

Örneğin, beyin ölümü gerçekleşmiş bir insanın sağlığında kendisinden ya da öldükten sonra yakınlarından, hukuken geçerli rıza alınmaksızın, hastane personeli tarafından böbreklerinin alınmak istenirken yakalanmaları halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılacak ve ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı değerlendirilmek suretiyle failler cezalandırılacaktır.

2. İştirak

İştirakin her hali bu suç için mümkün olup, genel kuralların uygulanması gerekmektedir. İştirak hakkında yaptığımız açıklamalar bu kısım için de geçerlidir.

Örneğin, ölü bir insandan hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması durumunda bu fiili birlikte işleyen kişiler veya doktor ve hastane personeli bu suçtan iştirak halinde sorumlu olacaklardır.

Faillerin cezası tayin edilirken ise, fiil üzerindeki hakimiyetleri esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılacaktır.

3. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiden birden fazla organ veya doku alınması halinde zincirleme suçun varlığından bahsetmek gerekecektir. Bu durumda faile tek ceza verilmekte ancak verilecek ceza TCK'nun 43/1 maddesi gereğince dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılmaktadır. Organ ve doku ticareti suçu TCK m.43/3 kapsamında yer almadığından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Ölülerden organ ve doku alınması halinde TCK'nun 130/2.maddesinde belirtilen suçun oluşması mümkündür. TCK'nun 130/2.maddesinde *“Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*

hükmü getirilmiştir. Bu durumda fikri içtima kuralları uygulanacak ve fail, bunlardan ağır cezayı gerektiren hüküm olan TCK 130/2'den ceza alacaktır.²⁷⁹.

VI. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Ölmüş bir insandan hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma suçunun failine;

Bir aydan (m.49/1) bir yıla kadar hapis cezası verilir.(f.2)

5237 Sayılı Kanunun 49/1 maddesi gereğince “*Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz*”

Suç, bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmişse, tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Bu suç, şikayete gerek olmaksızın resen takip edilmektedir.

Bu suçtan dolayı açılacak davalar bakımından görevli mahkeme, Sulh Ceza Mahkemeleridir.

5235 Sayılı Kanun'un 10.maddesi hükmü gereğince, suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda görevli mahkeme yine Sulh Ceza Mahkemeleridir.

Bu suçun işlenmesi durumunda yetkili mahkemenin tespitinde genel kurallar geçerli olup, özel bir durum arz etmemektedir.

O halde, genel kural olarak yetkili mahkemenin tespitinde, CMK m.12/1 gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi, suçun işlendiği yerin belli olmaması durumunda ise, CMK m.13 gereği özel yetki kuralları geçerli olacaktır.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda ise, en son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır.(CMK m.12/1)

²⁷⁹ Aydın,s.146

§ 3.ORGAN VEYA DOKU SATIN ALMA, SATMA, SATILMASINA ARACILIK ETME SUÇU (91/3)

I. GENEL BİLGİLER

TCK m.91/3 “*Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır*”

Maddenin 3. fıkrasında, organ ve doku ticareti suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için organ veya dokunun hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur. Önemli olan, organ veya dokunun para veya sair menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İnsan bedeninin ve ona ait organ ve dokuların ticari bir meta haline getirilmesi, insanın şeref ve haysiyetiyle bağdaştırılamaz. Bu nedenle bu suçla korunan hukuki değer, kişinin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü ve onuru, suçun konusu ölmüş insan ise, ölüye saygı ve sonuç itibariyle kamu düzeni ve disiplininin sağlanmasıdır.²⁸⁰

Tıbbi alanda, bu hususta, çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte, genel olarak kabul edilen görüşe göre, insan bedeninin parçalarının alım-satımına konu bir ticari mal gibi kullanılması insan onurunu zedeler.²⁸¹

Para karşılığı organlarını bağışlamak zorunda kalanlar üzerinde yapılan araştırmalar, vericilerin büyük çoğunluğunun toplumun ekonomik güçlükler içinde yaşayan kesiminden geldiği gerçeğini ortaya koymaktadır.²⁸² Bu nedenle, bu suç tipi

²⁸⁰ Çakmut, s.43-54.

²⁸¹ Görkey, s.96.

²⁸² Kabul edildiği gibi “Bütün vericilerin ortak noktaları,büyük bir gereksinim içinde olmaları ve çoğunun toplumun en alt tabakalarından gelmeleridir” Bkz.G.M.Abouna, “Ticarileşme ve Mükafatlandırılmış Bağış-Paralı Organ Bağışının Olumsuz Etkisi”Çev.Kamil Serdengeçti,Organ Naklinde Ahlak,Adalet,Ticaret,ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı,Münih,Aralık 1990,”s.122;Görkey,s.96;Ücret karşılığı organ bağışı, “yoksulların kurban edilmesi,köleliği çağrıştıran bir tür beden satışı”olarak da nitelendirilmektedir.bkz.K.C.Reddy,“Bedel Karşılığı Organ Bağışı:Hindistan!dan Bir Bakış Açısı”,Çev.Kamil Serdengeçti,Organ Naklinde Ahlak,Adalet,Ticaret ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı,Münih,Aralık 1990,s.131.

ile, faildeki maddi yönden korunmasız kimselerin istismarına yönelik ahlaki kötülüğün cezalandırılması amaçlanmaktadır.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

Türk Ceza Kanunu'nun 91/3 inci maddesinde ;

" Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkra da belirtilen cezalara hükmolunur."

Bu suç bakımından, işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için, organ veya dokunun para veya sair menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması gerekmektedir.

2. Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK'nun 91/3 üncü maddesinde yaptırım altına alınan fiil, "*organ veya doku satın almak, satmak, satılmasına aracılık etmek*" şeklinde belirlenmiş olup, ceza normunun yasakladığı fiil, organ veya doku satın almak, satmak, satılmasına aracılık etmektir.

-Organ veya doku satın almak veya

-Organ veya doku satmak veya

-Organ veya doku satılmasına aracılık etmektir.

Sözlük anlamları itibariyle;

Satmak, bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek²⁸³;

²⁸³ Türkçe Sözlük, C.2, Türk Dil Kurumu, s.1917,1918.

Satın almak, fiyatını vererek bir şeyi almak²⁸⁴;

Aracılık yapmak, bir işin çözümü için araya girerek yardım etmek,tavassut etmek²⁸⁵.

Aracı, uzlaştıran, anlaşma sağlayan, üretici ile tüketici arasında alım-satım konusunda bağlantı kuran ve bundan kazanç sağlayan kimsedir.²⁸⁶

Satın almak veya satmak, organ veya dokunun madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “para veya sair maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması”, el değiştirmesidir.

Satılmasına aracılık etmek, organ veya dokuyu satın alacak ve satacak kişiler arasında bağlantı sağlamak, bir araya getirmek, alım-satımın gerçekleşmesini sağlamaktır.

Hareket sayısına göre yapılan tasnifte “seçimlik hareketli” bir suçtur. Kanuni tipte bazen birden fazla hareket, birbirinden bağımsız olarak gösterilmekte olup, bunlardan herhangi birinin gerçekleşmesiyle suç oluşur.²⁸⁷ Hareketin önemine göre yapılan tasnifte ise “serbest hareketli” bir suçtur.

B. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu yönüyle, bu suç, sadece belli sıfat ve niteliklere sahip insanlarca işlenebilecek türden “mahsus” (özel) suçlardan olmayıp herkes tarafından işlenebilecek türden suçlardandır.

²⁸⁴ Türkçe Sözlük, s.1918.

²⁸⁵ Türkçe Sözlük, C.1, s.124.

²⁸⁶ Türkçe Sözlük, C.1, s.124.

²⁸⁷ **Artuk-Gökcen-Yenidünya**,Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.423

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, 3.fıkra düzenlenmiş bulunan organ veya doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme suçları, nitelikleri itibariyle “çok failli suç” özelliği taşımaktadırlar.²⁸⁸

Suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi meydana getirebilmek için, birden fazla kişinin fail sıfatıyla bulunması gerekmekte ise, bu tip suçlara “iki taraflı suç”²⁸⁹, ”Suça zorunlu iştirak”²⁹⁰, “toplu suçlar”²⁹¹ veya “çok failli suç” denilmektedir.

Çok failli suçların tek kişi tarafından işlenmeleri halinde suçun kanuni tanımı oluşmamakta, dolayısıyla suçun tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olmamaktadır.²⁹² Örneğin, organ satmak suçu, niteliği itibariye bir alıcının varlığını gerektirdiğinden, tek kişi tarafından işlenmeye elverişli değildir.

Çok failli suçlarda, faillerden birinin icrai veya ihmali bir harekette bulunması suçun işlenmesi için yeterlidir.²⁹³ Bu tür suçlarda işlenen suç dolayısıyla faillerden birinin cezalandırılıp cezalandırılmaması, diğer faillerin cezalandırılmasına etkili değildir. Kişinin asıl suçun işlenişine iştirak etmiş olması, bu suç açısından bir şahsi cezasızlık sebebi teşkil etmektedir.

Çok failli suçlar birleşme veya karşılaşma şeklinde ortaya çıkabilirler. Birden fazla fail, aynı suçta değişik nedenlerle karşılaşıyorsa, bu durumda karşılaşma şeklinde çok failli suç sözkonusudur. 91/3.maddede düzenleme altına alınan bu suç, karşılaşma şeklinde çok failli suçtur.²⁹⁴

Organ veya dokuyu satan kişi, organ ve dokunun alındığı kişiden farklı olabilir. Bu durumda organ veya dokunun sahibi bir başkasına organ veya dokuyu satarsa satan konumunda, karşıdaki ise alan konumunda olacaktır. Organ veya

²⁸⁸ Çok failli suçlar için ayrıntılı bilgi için bkz.**Türkan Yalçın Sancar**,Çok Failli Suçlar,Seçkin Yayınevi,Ankara,1998.

²⁸⁹ **Vehbi Yekebaş**,Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak,Ankara 1952,s.6.

²⁹⁰ **Önder**,s.433-434; **Artuk-Gökcen-Yenidünya**,s.800-801.

²⁹¹ **Erem-Danışman-Artuk**,, s.378.

²⁹² **Avcı**, s.351.

²⁹³ **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.410-411.

²⁹⁴ **Hakeri**, “Ceza..”,s.364

dokuyu alan, üçüncü bir kişiye satarsa bu durumda organ veya dokuyu satmaktan sorumlu olacaktır. Birden fazla satanın varlığı durumunda bunlardan her biri organ veya dokuyu satmaktan ayrı ayrı sorumlu olacaklardır. Organı alan, satan, satımına aracılık eden aynı kişi ise bu durumda fail, suç seçimlik hareketli suç niteliği taşıdığı için bir defa cezalandırılacaktır.²⁹⁵

Tüzel kişiler, suç işleyebilecek bünyeye ve hareket yeteneğine sahip olmadıklarından bu suçun faili olamazlar. Ancak, tüzel kişinin yetkili organlarını oluşturan şahısların bu suçu işlemeleri halinde kendi fiillerinden dolayı suç faili olarak sorumlu tutulurlar. Tüzel kişi ise, koşulların varlığı halinde kendilerine özgü güvenli tedbirleri ile cezalandırılırlar.

C. Mağdur

Bir görüşe göre ²⁹⁶ bu suçun mağduru kamu düzeni ve disiplini bozulan devlettir. Ancak, biz bu düşünceye katılmıyoruz. Zira Devlet, hiçbir suçun mağduru olamaz. Dolayısıyla, bu suçun mağduru organ ve doku ticaretinin yapıldığı bir toplumda, toplumu oluşturan güvenliği ve vücut bütünlüğü tehlikeye sokulan bireylerdir.

D. Konu

Bu suçun konusu, fıkarda tanımlanan eylemlere konu edilen insan bedeni, organ veya dokularıdır.²⁹⁷

Suç konu insan bedeni canlı ya da ölmüş olabilir.

Bu suç, hareketin yönelik olduğu konunun hareketten etkileniş derecesine göre ise “zarar suçu”dur.

²⁹⁵ Aydın,s.130

²⁹⁶ Arslan-Azizağaoğlu, s.414.

²⁹⁷ Arslan-Azizağaoğlu, s.414.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

Organ veya doku, satın almak, satmak, satılmasına aracılık etmek suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren hal olarak 91/4.maddede düzenlenmiştir.

Organ ticareti ve insan ticareti gibi suçların günümüzde organize bir biçimde örgütlü gruplar tarafından işlenmesi ve yalnızca ülke sınırları içinde kalmayıp, sınır aşan boyutlara ulaşması da, kanun koyucunun suçun örgütlü olarak işlenmesini ağırlatıcı sebep olarak öngörme nedenleri arasındadır.²⁹⁸

Maddede belirtilen fiilin bu şekilde işlenmesi durumunda, temel cezadan ayrılacak ve sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilecektir.(f.4)²⁹⁹ Ancak, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi bu hüküm, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçlarından da ayrıca cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir. Yani, suçu bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyen kişi hem nitelikli haliyle bu maddeden, hem de örgütteki durumuna göre örgüt kurmak veya yönetmek, ya da örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacaktır.

3. Manevi Unsurlar

3.fıkra düzenlenmiş bulunan, organ veya doku satma, satın alma veya satılmasına aracılık etme suçunun manevi unsuru “kast” olup, saik önem taşımamaktadır.³⁰⁰

Fail, canlı ya da ölmüş kimseden temin edilen organ veya dokuyu, satın aldığını, sattığını ya da satılmasına aracılık ettiğini bilmeli ve istemelidir.

Bu suçun taksirle işlenebilmesi de, kanunda açıkça belirtilmediği için mümkün değildir.

²⁹⁸ Arslan-Azizağaoğlu, s.348.

²⁹⁹ Arslan-Azizağaoğlu, s.411.

³⁰⁰ Arslan-Azizağaoğlu, s.415.

Manevi menfaat karşılığı organ veya dokunun el değıştirmesi durumunda ise kanaatimizce “para veya sair maddi menfaat” şeklinde bir sınırlama getirildiğinden bu fıkra düzenlenmiş bulunan suç oluşmayacaktır. Ancak, örneğın; kişinin böbreğini vermesi karşılığında terfi etmesini sağlaması durumunda somut olayda maddi bir menfaat söz konusu ise bu durumu da 3.fıkra kapsamında değerlendirmek mümkün olacaktır.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’da düzenlenen ve ilgili maddede belirtilen eylemleri hukuka uygun hale getiren durumlar, bu fıkra hükmü açısından da değerlendirilmelidir.³⁰¹

BK.m 19/II’de, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için ahlaka aykırı olmaması gerektiğı, BK.m.201’de ise, konusu ahlaka aykırı sözleşmelerin batıl olacağı hüküm altına alınmıştır.³⁰² İnsan kökenli biyolojik madde naklini konu alan sözleşmeler de, ahlaka aykırı sözleşmelerdendir. Çünkü, bir insanın böbreğini, gözünü ya da herhengi bir dokusunu menfaat karşılığı vermeye razı olması, verilen rızayı ahlaka aykırı ve dolayısıyla da geçersiz hale getirmektedir.³⁰³

Konuyla ilgili bir başka hüküm de TMK m.23/3’de bulunmaktadır. Bu madde ile, biyolojik madde verme borcu altına girenlerden edimini yerine getirmesinin istenemeyeceğı, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.³⁰⁴

2238 Sayılı Kanun’un 3.maddesi, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını, 15.maddesi ise organ ve doku alım-satımına aracılık etmeyi veya bunun komisyonculuğunu yapmanın yasak olduğunu hüküm altına almıştır. Bu tür işlemler, ancak tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla yapılabilir. Bu amaçlar,

³⁰¹ Arslan-Azizağaoğlu, s.415.

³⁰² Akıncı, s.25.

³⁰³ Akıncı, s.26.

³⁰⁴ Çakmut, s.159.

insanı yaşatmaya yönelik, esenliğini ve geleceğini güvence altına alan, erdemli ve “üstün amaç” olarak kabul edilen amaçlar olduğundan meşru kabul edilmiştir.³⁰⁵

2238 Sayılı Yasanın 3.fikrasına göre, organ ve doku alınması ve nakli, maddi menfaat karşılığında yapılamayacağı gibi, başka çıkarlar karşılığı da yapılamaz. Örneğin, bir hekim tedavi amacını çok geri planda bırakarak, sadece kendisine şöhret kazandırmak amacıyla organ ve doku alma yoluna gidemez.³⁰⁶ Oysa ki, TCK’da düzenlenmiş madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, sözkonusu suçta önemli olan, organ veya dokunun hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmaması değil, alınan organ veya dokunun para veya sair maddi menfaat karşılığı tedavüle tabi tutulup tutulmadığıdır. Yani, bu fıkra da tanımlanan suçun oluşabilmesi için organ veya dokunun alım-satımının veya aracılığının mutlaka belli bir maddi menfaat karşılığı yapılıyor olması gerekmektedir.

Organ veya dokunun hukuka uygun bir şekilde alınmış olması suçun oluşumuna engel değildir. Organ veya doku hukuka uygun bir şekilde temin edilmiş ancak, fıkra da belirtilen faaliyetler para ya da sair maddi menfaat karşılığı olarak yapılmakta ise suç oluşacaktır. Böylelikle, bu suç tipi ile, bu fiilin ticari bir faaliyet olarak icra edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.³⁰⁷

V. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Bu fıkra da tanımlanan suç, teşebbüse elverişlidir.(m.35)

Failin “organ veya doku alımı, satımı ya da aracılığının yapılması” suçunu işlemeye elverişli icra hareketlerine başlamış ancak elinde olmayan nedenlerden dolayı, organ veya dokuyu satın alamamış, satamamış ya da aracılığını yapamamış olması halinde, failin durumu teşebbüs hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

³⁰⁵ Zevkliler, s.280.

³⁰⁶ Zevkliler, s.280.

³⁰⁷ Niyazi Güney-Kenan Özdemir-Yusuf Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Kasım 2004, s.294.

2. İştirak

İştirakin her hali bu suç için mümkündür.(m.37-39)³⁰⁸ Örneğin, organ veya dokusunu satan kişinin fiiline, bu organ veya dokuyu nakledecek hekim ve nakledilecek kişi iştirak etmiş sayılacaktır.

Ayrıca, bir kişinin bu fıkra tanımlanan suça iştiraktan cezalandırılabilmesi için, eylemin diğer fıkralarda düzenlenen bir suçu oluşturmaması gerekmektedir.

3. İçtima

5237 Sayılı TCK'nun 42.maddesinde bileşik suç düzenlenmiştir. Buna göre *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir”* Bu suçun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bileşik suçun varlığı sözkonusu olacaktır. Burada örgüt faaliyeti çerçevesinde bu suçun işlenmesi cezayı ağırlaştıran hal olarak düzenlenmiştir.³⁰⁹

TCK 91/3'de belirtilen hareketlerden birden fazlasının yapılması halinde fail, bu hareketlerin yalnızca bir tanesini yapmaktan dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin; fail, bir organı satın alarak bir başkasına satarsa bu durumda seçimlik hareketli suç hükümleri gereğince sadece bir defa cezalandırılacaktır.³¹⁰

Bu suçla ilgili olarak, 92.maddede indirim veya cezasızlık, 93.maddede ise etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.³¹¹

V. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Organ veya doku satın alan, satan veya satılmasına aracılık eden kişi, suçun konusu organ ise, beş yıldan dokuz yıla kadar, suçun konusu doku ise, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(f.3)

³⁰⁸ Arslan-Azizağaoğlu,s.415.

³⁰⁹ Aydın,s.146

³¹⁰ Aydın,s.148

³¹¹ Arslan-Azizağaoğlu,s.416.

Bu fiillerin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.(f.4)

Bu suçun, bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda ise, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.(f.7)

Bu suçun kovuşturulması şikayete bağlı değildir, resen takip edilir.

Bu suçtan açılacak davalar bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir.

Bu fıkra tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemeleridir.

5235 Sayılı Kanun'un ³¹² “Güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, Sulh Ceza Mahkemelerinin görevi içindedir” şeklindeki 10.maddesi gereğince, bu fıkra tanımlanan suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda güvenlik tedbirine hükmedileceğinden, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemeleridir.

Yetki bakımından ise, özel bir durum arzetmeyip, bu konudaki sorunlar genel hükümler çerçevesinde incelenmelidir.

O halde, genel kural olarak yetkili mahkemenin tespitinde, CMK m.12/1 gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi, suçun işlendiği yerin belli olmaması durumunda ise, CMK m.13 gereği özel yetki kuralları geçerli olacaktır.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda ise, en son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır.(CMK m.12/1)

³¹² Bkz. R.G,7.10.2004/25606.

§ 4. ORGAN VEYA DOKUYU SAKLAMA, NAKLETME, AŞILAMA SUÇU(91/5)

I. GENEL BİLGİLER

TCK m.91/5 "*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*"

Bu fıkrada, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suçla korunan hukuki değer, kişinin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü ve onuru, suçun konusu ölmüş insan ise, ölüye saygı ve sonuç itibarıyla kamu düzeni ve disiplininin sağlanmasıdır.³¹³

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

Bu suç bakımından işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması gerekmektedir.

2. Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK'nun 91/5 inci maddesinde yaptırım altına alınan fiil, "*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşıl原因amak*" şeklinde belirlenmiş olup, ceza normunun yasakladığı fiil, hukuka aykırı yollarla elde

³¹³ Çakmut, s.43-54.

edilmiş organ veya dokuyu saklamak, nakletmek veya aşılamdı. Suç, "saklamak", “nakletmek”, “aşılamdı” fiilinin işlenmesiyle tamamlanır.

Saklamak, canlı ya da ölmüş kimseden hukuka aykırı olarak alınan organ veya dokunun kullanılmak üzere bulundurulması, elde tutulmasıdır.

Saklamak amacıyla alınan organ ve dokular genellikle cesetten temin edilmektedir.³¹⁴

Nakletmek, canlı ya da ölmüş kimseden hukuka aykırı olarak alınan organ, doku ya da biyolojik maddenin, işlevini kaybetmiş bir bedene takılmasıdır.³¹⁵

Aşılamdı, canlı ya da ölmüş kimseden hukuka aykırı olarak elde edilmiş biyolojik maddenin bir başka bedene zerkedilmesidir.

Bu suç, icrai davranışla işlenebileceği gibi, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin, bir başhekim hastanede hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun saklandığını bilmesine rağmen buna göz yumuyorsa bu ihmali davranışı suç teşkil edecektir.

Hareket sayısına göre yapılan tasnifte “seçimlik hareketli” bir suçtur. Kanuni tanımında gösterilen saklama, nakletme, aşılama fiillerinden birinin gerçekleşmesiyle suç oluşur.

B. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu yönüyle, bu suç, sadece belli sıfat ve niteliklere sahip insanlarca işlenebilecek türden “mahsus” (özel) suçlardan olmayan herkes tarafından işlenmeye elverişli türden suçlardandır.

Tüzel kişiler, suç işleyebilecek bünyeye ve hareket yeteneğine sahip olmadıklarından bu suçun faili olamazlar.

³¹⁴ Akıncı, s.51.

³¹⁵ Kıyak, s.61.

Ancak, tüzel kişinin yetkili organlarını oluşturan şahısların bu suç işlemleri halinde kendi fiillerinden dolayı suç faili olarak sorumlu tutulurlar. Tüzel kişi ise, koşulların varlığı halinde kendilerine özgü güvenli tedbirleri ile cezalandırılırlar.³¹⁶

C. Mağdur

Bu suçun mağduru herkes olabilir. Bu yönüyle de bu suç mağdur açısından mahsus suç değildir.

Ayrıca, hukuka aykırı yollarla elde edilerek saklanan, nakledilen veya aşılana organ veya dokuların temin edildiği kişi de bu suçun mağduru olacaktır. Ancak, kişinin bu suçun mağduru olabilmesi için, bu fiile iştirak etmemiş olması hali aranacaktır.

Organ veya dokular ölmüş bir kimseden temin edilmişse, kişinin yakınları da bu suçun mağduru olabilmektedir. Zira, ölen kişinin ya da yakınlarının rızası alınmaksızın organ ve doku alınması halinde, yakınların ceset üzerindeki hakları ihlal edildiği için manevi bir zarar söz konusudur.³¹⁷

D. Konu

Bu suçun konusu, insan bedeninden hukuka aykırı yollarla edinilen organ ve dokulardır.

Suç konu organ ve dokuların kaynağı, insandır. Dolayısıyla ancak insan bedeninden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması durumunda bu suçtan söz edilebilir. Şu halde; hayvanlardan nakil amacıyla alınan organ ve dokular açısından bu suçtan söz etmek mümkün değildir.

Bu suç, hareketin yönelik olduğu konunun hareketten etkileniş derecesine göre ise “zarar suçu”dur. Zira, fiilin işlenmesiyle konu zarara uğramaktadır.

³¹⁶ Arslan-Azizağaoğlu, s.332.

³¹⁷ Akıncı, s.196.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

Bu fıkra düzenlenen suç için özel bir nitelikli unsur hali düzenlenmemiştir.

3. Manevi Unsurlar

5.fıkra düzenlenmiş bulunan, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bulunan organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama suçunun manevi unsuru kasttır.

Fail, sakladığı, naklettiği veya aşıladığı organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla temin edildiğini bilmeli ve istemelidir. Aksi taktirde, manevi unsur bulunmadığından suç oluşmayacaktır.

Ayrıca, kanunda açıkça taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden, bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

2238 Sayılı Kanun, teşhis, tedavi veya bilimsel amaçlarla olmayan organ ve doku saklama, aşılama fiillerini yasaklamakta ve bu yasağa uymayanların fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği taktirde, 15.maddeye göre cezalandırılacağını hüküm altına almaktadır.³¹⁸

Bu fıkra hükmüne göre, suçun oluşabilmesi için, saklanan, nakledilen veya aşılana organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması gerekmektedir.

Saklama amacıyla, genellikle cesetten biyolojik madde temin edilmekte olup, yaşayan kimselerden saklama amacıyla alınacak organ veya dokular oldukça kısıtlıdır.³¹⁹ Bunlar, kan, ilik, sperm, yumurta hücresi gibi vericinin sağlığına zarar vermeyecek türden dokulardır.³²⁰

³¹⁸ **Toroslu**, s.115.

³¹⁹ **Akıncı**, s.52.

³²⁰ **Akıncı**, s.51.

Organ Nakli Kanunu'nun 2.maddesine göre, oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu, sık yapılan operasyon türlerinden olduğundan, bu kanun hükümleri çerçevesinde değil, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükler, ve yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.³²¹

Organ veya dokuların hukuka, ahlaka ya da vericinin iradesine aykırı amaçlar gözetilerek saklanması mümkün değildir.

Aşılama ile ilgili sözleşmeler, genellikle alıcı ile hastahane veya hekim arasında yapılır. Böyle durumlarda, aşılanacak madde, sözleşmenin diğer tarafı olan hastahane veya hekim tarafından temin edilmektedir.³²²

Nakil sözleşmeleri, genellikle mahiyetleri itibariyle, alma, aşılama ve saklama sözleşmelerini de içermektedir. Örneğin, böbrek hastası çocuğuna böbreklerinden birini vermek isteyen babanın bu maksatla hastahane ile yapmış olduğu sözleşme hem alma, hem aşılama, hem de nakletmeyi içermektedir.³²³

Aşılanacak, saklanacak ya da nakledilecek organ veya dokuların hukuka aykırı yollarla elde edilmesi durumunda bu suç işlenmiş olacaktır. Bu duruma genellikle, verici ya da alıcının rızalarının olmaması halinde rastlanır. Örneğin; bir başkasına aşılanmak üzere kendisinden biyolojik madde alınmasına rıza gösteren kişinin 18 yaşından küçük olması ya da 18 yaşından büyük olsa da vericinin yeterince aydınlatılmadan rızasının alınmış olması durumlarında, bu rızalar geçersiz ve buna dayanılarak yapılan işlemler hukuka aykırı olacaktır. Zira, mevzuatımız, yaşayan insan bakımından 18 yaşından küçüklerden, mümeyyiz olmayanlardan, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz vericinin rızasını sağlamadan, vericiyi yeterli ve gerekli şekilde aydınlatmadan organ veya doku alımını suç saymaktadır.³²⁴

³²¹ Zevkliler, s.280.

³²² Akıncı, s.51.

³²³ Akıncı, s.52-53.

³²⁴ Toroslu, s.113.

Organ Nakli Kanunu'nun 15.maddesi 1.fıkra hükmüne göre “*Ülke sınırları içerisinde alınan her organ kamu yararına kullanılacak niteliğe sahiptir. Kişisel tasarruflardan etkilenmez.*”³²⁵

Kamu yararına kullanılacak nitelikte sayılan organ veya dokuların hukuka aykırı yollarla temin edilerek menfaat sağlanması yasaklanmıştır. 15.madde ayrıca, kanuna aykırı şekilde organ ve doku saklama, aşılama fiillerinin cezalandırılacağını da hüküm altına almıştır.³²⁶

Organ Nakli Kanunun 10.maddesine göre, organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur.³²⁷ Ayrıca, bu işlemler gerekli donanımına sahip sağlık kurumlarında yapılması ve gerekli müdahale ve işlemleri yapacak personelin de bu alanda uzmanlaşmış olması gerekmektedir.³²⁸

Organ Nakli Kanunu'nda alıcının rızasına aşılama ve saklama fiilleri açısından değinilmemiş olduğundan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70.maddesinden bahsetmek yerinde olacaktır. Bu maddeye göre, alıcının rızasını almadan organ aşılama da suç teşkil edecektir.³²⁹

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Failin kastettiği eylemi gerçekleştirmek için, icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen elinde olmayan, harici nedenlerle suçun tamamlanamaması haline “teşebbüs” denmektedir.³³⁰ Bu nedenle, bu suç, niteliği itibarıyla teşebbüse elverişli suçlardandır.

³²⁵ Akıncı, s.51.

³²⁶ Toroslu, s.115.

³²⁷ Zevkliler, s.285.

³²⁸ Zevkliler, s.285.

³²⁹ Toroslu, s.116-117.

³³⁰ Arslan-Azizağaoğlu, s.342, Bakıcı, s.845.

O halde, failin “hukuka aykırı elde edilmiş bulunan organ veya dokunun nakli, saklanması, aşılması” suçu ile belli bir yakınlık halindeki suçu işlemeye elverişli icra hareketlerine başlamış ancak elinde olmayan nedenlerden dolayı, suçun tamamlanamaması halinde failin durumu teşebbüs hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Fiilin teşebbüs aşaması durumunda kalması halinde, zarar veya tehlikenin ağırlığına göre bir değerlendirme yapılarak, faile tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilecektir.³³¹

Örneğin, bir kişinin hukuka aykırı yollarla edindiği organ veya dokuyu bir başkasına aşlamak üzereyken ameliyat masasında yakalanması durumunda bu fıkra ya teşebbüs söz konusu olacaktır.

2. İştirak

İştirak, YTCK’nın 37-39.maddelerinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK ile, asli-fer’i iştirak ayrımı kaldırılmış ve iştirak şekillerinin fiilin işlenişi üzerindeki hakimiyet esas alınmak suretiyle belirlenmesi ve cezasının tayini yoluna gidilmiştir.³³²

İştirakin her hali bu suç için mümkün olup, genel kuralların uygulanması gerekmektedir. Örneğin, hukuka aykırı olarak organ ve dokuyu temin eden kişinin fiiline, bu organ veya dokuyu nakleden veya aşıl原因an doktor veya hastane personeli iştirak etmiş olacaktır.

3. İçtima

Bu fıkra da belirtilen hareketlerden birden fazlasının yapılması halinde, suç seçimlik hareketli suç niteliği taşıdığından fail, yalnızca bir tanesinden dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin; fail hukuka aykırı yollarla elde etmiş olduğu organ veya dokuyu

³³¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.464.

³³² İştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.İzzet Özgenç,Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik,İstanbul 1996.

saklar ve bir başkasına naklederse fail bu fıkra uyarınca bir kere ceza alacak, her bir fiil için ayrı ayrı cezalandırılmayacaktır.

2238 Sayılı Kanun, teşhis, tedavi veya bilimsel amaçlarla olmayan organ ve doku saklama, aşılama fiillerini yasaklamakta ve bu yasağa uymayanların fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği taktirde, 15.maddeye göre cezalandırılacağını hüküm altına almaktadır.³³³

YTCK 93.madde düzenlemesine göre ise, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılamanın kişisinin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını öngörmüştür. O halde, fıkroda belirtilen suçun unsurlarının oluşması halinde müeyyidesi daha ağır olan bu hükmün uygulanması gerekecektir.

V. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Hukuka aykırı yollarla edinilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden ve aşılamanın kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(f.5)

Bu suçun, bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi durumunda ise, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.(f.7)

Bu fıkroda düzenlenen suçun kovuşturulması şikayete tabi değildir. Re'sen takip edilir.

Bu fıkroda tanımlanan suça dayanarak açılan davalarda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir.

5235 Sayılı Kanun'un ³³⁴ “Güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, Sulh Ceza Mahkemelerinin görevi içindedir” şeklindeki 10.maddesi gereğince, bu fıkroda tanımlanan suçun bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde

³³³ **Toroslu**, s.115.

³³⁴ Bkz.R.G,7.10.2004/25606.

işlenmesi durumunda güvenlik tedbirine hükmedileceğinden, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemeleridir.

Yetki bakımından ise özel bir durum arzetmeyip, bu konudaki sorunlar genel hükümler çerçevesinde incelenmelidir.

O halde, genel kural olarak yetkili mahkemenin tespitinde, CMK m.12/1 gereği, suçun işlendiği yer mahkemesi, suçun işlendiği yerin belli olmaması durumunda ise, CMK m.13 gereği özel yetki kuralları geçerli olacaktır.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda ise, en son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi, yetkili mahkeme olacaktır.(CMK m.12/1)

§ 5. ORGAN VEYA DOKU TEMİNİNE YÖNELİK OLARAK İLAN VEYA REKLAM VERME VEYA YAYINLAMA SUÇU(91/6)

I. GENEL BİLGİLER

TCK m.91/6 “*Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”

Bu fıkarda, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak tanımlanmıştır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suçla korunan hukuki değer, kişinin vücut bütünlüğü, onuru, kamu düzeni ve disiplininin sağlanmasıdır.

İnsan vücudu ya da vücuttan ayrılamayan parçalar üzerinde tasarruf muamelesi etkisi yapacak hukuki işlem yapılamaz; hiç kimse de kendi vücudunu hak konusu haline getiremez.

Hangi sebeple olursa olsun, insan bedenine ait organ veya doku teminine yönelik olarak, ilan veya reklam verilmesi de, bu bağlamda kabul edilemez bir durumdur. Zira insan bedeni ticari meta değildir ve bu tip ilanlara konu olamaz.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

Bu suç bakımından işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak gerekmektedir.

2. Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK'nun 91/6.maddesinde yaptırım altına alınan fiil “*Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak*” şeklinde belirlenmiş olup, ceza normunun yasakladığı fiil, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamaktır. Suç, bu fiillerin işlenmesiyle tamamlanır.

-İlan veya reklam vermek veya,

-Verilen ilan veya reklamı yayınlamaktır.

İlan, duyuru yapmak, ifşa etmek, açıkça bildirmek³³⁵;

Reklam ise, bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü arttırmak için denenen her türlü yoldur.³³⁶

Verilen ilan veya reklamı yayınlamak, çeşitli basın yayın organlarıyla bir durumu duyurmak, açıklamaktır.³³⁷

B. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu yönüyle, bu suç, sadece belli sıfat ve niteliklere sahip insanlarca işlenebilecek türden “mahsus” (özel) suçlardan olmayıp herkes tarafından işlenebilecek türden suçlardandır.

Tüzel kişiler, suç işleyebilecek bünyeye ve hareket yeteneğine sahip olmadıklarından bu suçun faili olamazlar.

³³⁵ Türkçe Sözlük, C.1, s.1065.

³³⁶ Türkçe Sözlük, C.1, s.1065.

³³⁷ Türkçe Sözlük, C.1, s.1065.

Tüzel kişinin yetkili organlarını oluşturan şahısların bu suçta işlemeleri halinde ise kendi fiillerinden dolayı suç faili olarak sorumlu tutulurlar. Tüzel kişi ise, koşulların varlığı halinde kendilerine özgü güvenli tedbirleri ile cezalandırılırlar.

C. Mağdur

Mağdur, bu suç nedeniyle kamu düzeni ve disiplini bozulan toplumu oluşturan bireylerdir.

D. Konu

Bu suçun maddi konusu, insan bedeni, doku ve organlarıdır.

Madde metninde, teminine yönelik olarak ilanı veya reklamı verilen organ veya dokunun yaşayan kişiye mi yoksa ölmüş kişiye mi ait olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Organ ve doku naklinin tıbbi niteliği ve gerekleri dikkate alındığında, bu suçun maddi konusunun, ölmüş insan bedenine ait organ veya dokular olması sık rastlanabilecek bir durum gibi görünmese de, yine tıbbi açıdan yaşanan hızlı gelişmeler, bu olasılığı da akla getirmektedir.

Kanaatimizce kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken, insana ait organ veya dokuların bir meta gibi reklam ve ilanlara konu edilmesi ve bunun ticaretinin yapılmasının önüne geçmek istediği için, suçun maddi konusunu oluşturan organ veya dokuların canlı ya da ölmüş kimseden temin edilmesi arasında bir fark gözetmemiştir. Başka bir deyişle, suça konu organ veya dokuların ölmüş bir kimseden elde edilmesi bu fıkra da tanımlanmış suçun oluşumuna engel değildir.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

Bu suç bakımından özel bir nitelikli unsur düzenlenmemiştir.

3. Manevi Unsurlar

6.fıkıada düzenlenmiş bulunan, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama suçunun manevi unsuru kast olup taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.³³⁸

Bazı suçlarda, failin suçun unsurlarına ilişkin kastının yanı sıra, “kasttan önce gelen bir düşünce” olarak da tanımlanan, belli bir saikle hareket etmesi gerekmektedir.³³⁹

5237 Sayılı TCK sisteminde, eski sistemin aksine “genel kast”-“ zel kast” ayrımı terkedilmiş, amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü olmaktan çıkarılmıştır.³⁴⁰ Bu sisteme göre, amaç veya saik, bazı suçlar bakımından, suçun temel şekline ilişkin bir unsur olarak kabul edilmektedir.³⁴¹

6.fıkıada tanımlanmış bulunan “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme,yayınlama” suçu da, bu tip suçlar kapsamında mütalaa edilmektedir.

Bu suç tipinde, kastın “belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik” olması aranmaktadır. Başka bir anlatımla, verilen ilan veya reklamın amacı, organ veya doku temin etmek olmalıdır. Bu saik ise, suçun temel şekline ilişkin manevi unsuru oluşturmaktadır.³⁴²

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu fıkrada tanımlanan eylemi suç olmaktan çıkararak durumlar açısından 2238 Sayılı Kanun hükümleri gözetilmelidir.

³³⁸ Arslan-Azizağaoğlu, s.416.

³³⁹  zgen , s.242.

³⁴⁰  zgen , s.242.

³⁴¹  zgen , s.243.

³⁴²  zgen , s.243.

2238 Sayılı Kanun, ayırık halleri tahdidi olarak saymak suretiyle bir yasaklama getirirken, YTCK m.91/6, organ veya doku teminine yönelik olarak verilen ilan veya reklamları ya da bunların yayınlanmasının suç sayılmasını belli bir menfaat şartına tabi tutmuştur.

2238 Sayılı Organ Nakli Kanunu'nun 4.maddesine göre,

“Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayırık olmak üzere organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.”

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, Organ Nakli Kanunu ile bazı istisnai durumlar dışında, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır.³⁴³

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6.maddesi “basın yayın yolu” deyiminden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracılığıyla yapılan yayınların anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

Gazete, televizyon, internet, radyo, teyp, filmler v.s'den oluşan kitle iletişim araçları, hukuk düzenince de tanınan basın özgürlüğünden doğan bir hakkı icra eylemektedir.³⁴⁴

Anayasanın 28.maddesi, “Basın Hürriyeti” başlığını taşımakta olup, basın özgürlüğü Anayasal açıdan güvence altına alınmıştır. Buna göre,

“Basın hürdür, sansür edilemez....Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.”

Haber verme fonksiyonu, basın özgürlüğünden doğan subjektif bir hak olduğu kadar, kamunun olayları öğrenmek ve değerlendirmek hususunda kamusal nitelikli

³⁴³ Zevkliler, s.281.

³⁴⁴ Dönmezer-Erman,Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:2, s.43.

“haber alma hakkı”nı da ifade etmektedir.³⁴⁵ “Basın hürriyetinin kapsadığı en önemli hak, haber, fikir, kanaat ve düşünceleri yorumlamak ve analiz edebilmektir.”³⁴⁶

Kitle iletişim araçlarının bireylerin tavır ve hareketleri üzerinde etkili olduğu şüphe götürmez bir gerçek olduğundan, basının haber verme fonksiyonunun yanı sıra haber konusu yapılan hukuka aykırı bir eylemse kişilerin bu tür davranışlardan kaçınmalarının sağlanması fonksiyonu da bulunmaktadır.³⁴⁷

Maddenin 6.fıkrasında, belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suç sayılmıştır.

Basının haber verme fonksiyonunun dışına çıkarak, böyle bir ilanı veya reklamı yayınlaması suç teşkil edecektir. Böyle bir durumda, hukuka uygunluk sebebinden söz etmek de mümkün olamayacaktır.³⁴⁸

5187 Sayılı Basın Kanunu’nun 3.maddesi “Basın Özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Buna göre;

“Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.”

Anayasanın 27.maddesi, “Bilim ve Sanat Hürriyeti” başlığını taşımakta olup, şu şekildedir:

³⁴⁵ **Dönmezer-Erman**, s.43.

³⁴⁶ **Dönmezer-Erman**, s.43.

³⁴⁷ **Mehmet Emin Artuk-Caner Yenidünya**,“Suçun Önlenmesi ve Medya” İstanbul Barosu Dergisi, c.75,(Mart 2001),S:1,s.15.

³⁴⁸ **Dönmezer-Erman**, s.41 vd.

“Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir”

Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, bilimsel çalışma ve yayınlar da Anayasal güvence altına alınmıştır.

Organ veya doku temini amacına yönelik reklamın suç oluşturup oluşturmadığı konusundaki ölçüt, bu ilan veya reklamın ticari amaca hizmet edip etmediğidir.³⁴⁹

Verilen ilan ya da reklam ticari amaçlı değilse, başka bir ifadeyle, amaç belli bir çıkar elde etmek değilse, fiil bu suç kapsamında mütalaa edilmeyecektir. Örneğin, radyo veya televizyonlardan, ihtiyacı olan hastalar için kan arandığına dair yapılan anonslar, amaç ticari olmadığı için, suç teşkil etmez.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Bu fıkra da tanımlanmış bulunan suç, teşebbüse elverişli niteliktedir.

Failin, bu suçu işlemeye elverişli icra hareketlerine başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştirememesi durumunda, suça teşebbüs söz konusu olacaktır.

Bu suçun tamamlanabilmesi için, ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması yeterli olup, failin amaçladığı menfaati temin etmiş olması aranmamaktadır. Örneğin; failin, karşılığında para vermek üzere böbrek aradığına dair gazetede ilan vermesi halinde suç tamamlanmış sayılacaktır.

³⁴⁹ 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. Bkz. **Güney-Özdemir-Balo**, s.296.

2. İştirak

YTCK m.37/1 uyarınca, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu tutulmaktadır.

Bu suça iştirakin her hali mümkündür.(m.37-39)

Örneğin, belli bir çıkar karşılığı organ veya doku temin etmek amacıyla ilan veren kişinin işlediği suça, bu ilanı yayınlayan gazetenin sorumlu yazıişleri müdürü de iştirak etmiş olacaktır.

3. İçtima

Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun hükümlerine tabidir.

2238 Sayılı Kanun'un, 4.maddesi gereği bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi aktarımları istisna tutularak, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklanmıştır.

2238 Sayılı Kanun'un 15.maddesine göre ise, bu kanuna 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 yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği taktirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür.³⁵⁰

Maddede her ne kadar, açıkça “reklam yapılması, ilan verilmesi” fiillerinden bahsedilmese de, Gökçen'e göre, yapılan reklam, organ veya doku alım satımını amaçlamakta ise, fiili “organ alım-satımına aracılık” kabul edip faili cezalandırmak mümkün olabilecektir.³⁵¹

³⁵⁰ **Hakan Hakeri**,“Kişilere Karşı Suçlar”,<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/102.doc>(19.10.2005).

³⁵¹ **Gökçen**, s.83.

“Belli bir çıkar sağlamak amacıyla organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak” suçu, 5237 Sayılı Kanun’un 91/6.maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

Bu durumda, 6.fıkra düzenlenmiş bulunan suçun işlenmesi durumunda fail, bu madde hükmünce cezalandırılacak, ancak 2238 Sayılı Kanun’un ilgili maddesinde belirtilen durumlar ayırık tutulacaktır.

V. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi;

Bir yıla kadar³⁵² hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suç, takibi şikayete bağlı suçlardan değildir. Kovuşturması re’sen yapılmaktadır.

Bu suçun işlenmesi durumunda, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemeleri’dir.

5271 Sayılı CMK m.12/1’de yer alan genel yetki kuralına göre, suçun işlendiği yer mahkemesi, yetkili mahkeme olacaktır.

Bu suç, görsel ve işitsel yayınlar vasıtasıyla işlendiğinden dolayı, CMK m.12/5’de yer alan özel yetkili mahkemede de dava açma imkanı bulunmaktadır.

Buna göre;

Bu suçun işlenmesi durumunda dava, genel yetki kuralı gereği, suçun işlendiği yerde açılabilceği gibi (CMK m.12/1), suç ülkede yayımlanan bir basılı

³⁵² 5237 Sayılı Kanun’un 49/1’de “*Sürelî hapis cezası kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, bir yıldan fazla olamaz.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereği, bu suçun işlenmesi halinde, alt sınır bir ay olacaktır.

eserle işlenmişse yayım merkezinin bulunduğu yer mahkemesi ; eser birden çok yerde basılmış ancak suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, eserin basıldığı yer mahkemesinde de açılabilir. (CMK m.12/3)

Ayrıca, CMK m.12/5 hükmü gereği, görsel veya işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkili olacaktır.

6. ZORUNLULUK HALİ (m.92)

TCK m.92 “*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*”

Madde gerekçesinde, organ veya dokularını para veya sair maddi menfaat karşılığı tedavüle çıkarmanın suç oluşturduğu ancak kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, fail hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir hakkı tanındığından bahsedilmektedir.³⁵³

Genel olarak, “zorunluluk hali” başlığı taşıyan bu maddede organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlar, bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.³⁵⁴

Bayraktar’a göre, 92.maddede öngörülen “Zorunluluk Hali”, son derece ağır yaptırımlara bağlanmış bu suçtaki tüm düzenlemeyi yıkacak nitelikte olup, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu anımsandığında, bu maddede belirtilen halin ne olduğu konusunda kuşklar uyanacaktır.³⁵⁵

³⁵³ Arslan-Azizağaoğlu, s.417.

³⁵⁴ Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.223.

³⁵⁵ Köksal Bayraktar “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.223.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk hali, TCK'nun 25.maddesinin 2.fikrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir.³⁵⁶

Zorunluluk, sözlük anlamı itibariyle, mecburiyet, zaruret, ıztırar hali anlamlarına gelmektedir.

Dönmezer-Erman'a göre, ıztırar hali, "Bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında, suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi mecburiyetini doğuran bir durumdur"³⁵⁷

Bir kimsenin, kendisinin ya da üçüncü kişilerin içinde bulunduğu durumdan kurtulmak amacıyla hukuka aykırı davranması veya suç işlemesi ahlaken kötü görünse de hukuk ve ahlak kurallarının her zaman bağdaşamayacağı, hatta bir kimseden ahlak tabiatının üstünde bir fedakarlık istenemeyeceğini de göz önünde tutmak gerekmektedir.³⁵⁸

TCK m.92/1'de düzenlenmiş bulunan zorunluluk hali, 25.maddenin 2.fikrasında hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan zorunluluk halinden farklılıklar taşımaktadır.

92.maddede düzenlenmiş bulunan zorunluluk halinin koşulları, failin içinde bulunacağı şartların değerlendirilmesi ile tespit edilecektir.

Kişi, sosyo-ekonomik bakımdan güç koşullarda, maddi sıkıntı ve çaresizlik içinde yaşamakta ise ve bu koşullar altında organını satmışsa cezasında indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilecektir.

³⁵⁶ Erdal Noyan, Ceza Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s.142.

³⁵⁷ Dönmezer-Erman, s.120.

³⁵⁸ Dönmezer-Erman, s.120.

Organını satan kişiye bu düzenleme nedeniyle ceza vermekten vazgeçilebileceği haline, organ ticaretinin Devlet eliyle desteklenmesi sonucunu doğuracağı ve organ mafyasına yarayacağını düşünenler tarafından karşı çıkmıştır.³⁵⁹

Aslında, bu tip tartışmalar ülkemizde olduğu kadar yurtdışında da özellikle Amerika’da yapılmaktadır. Hatta, ABD’de, organ satma yasağının tümüyle kaldırılarak organını maddi ihtiyaçları nedeniyle satanların doğrudan sağlık kurumlarına başvurmaları esasına dayanan ve “ödüllendirilmiş bağış” adını taşıyan bir sistem kurulmasını isteyenler bulunmaktadır.³⁶⁰

Bu maddenin düzenlenmesine, yaşadığı maddi sıkıntılar nedeniyle organını satma noktasına gelmiş kişiye ceza vermenin vicdani olmadığı düşüncesi egemen olmuştur.

Bu suçun işlenmesi durumunda, hakime kişinin durumuna göre cezasında indirim yapabilmek ya da ceza vermekten vazgeçmek konusunda takdir hakkı tanınarak da hukuk ve vicdan arasında denge sağlanmaya çalışılmıştır.

7. ETKİN PİŞMANLIK (m.93)

TCK m.93 “Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir”

Maddenin 1.fikrasında “cezasızlık sebebi”, 2.fikrasında ise “cezada indirim sebebi” düzenlenmiştir.

³⁵⁹ Bu konudaki tartışmalar için,bkz.**Ortakmaç-Tortop**, s.21 vd.

³⁶⁰ **Ortakmaç-Tortop**, s.21.

Bu maddede, organ veya doku satma suçunda etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiş ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştıran fail hakkında cezaya hükmedilmeyeceği düzenlenmiştir.

Bu madde hükmüne göre, failin cezasında indirim yapılabilmesi veya ceza almaktan kurtulabilmesi bazı koşulların varlığına bağlıdır.

Madde hükmüne göre, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilecek kişi, “Organ veya Doku Satma” suçunu işlemiş olmalıdır. Amaç, insanın kendi organ ve dokularını satmasını önlemek olduğu için başkalarının organ veya dokularını maddi menfaat elde etmek için satan kişinin bu hükümden faydalanma imkanı bulunmamaktadır.³⁶¹

Organ veya doku, maddi bir çıkar karşılığı satılmış, el değiştirmiş, yani tamamlanmış olmalıdır. Zira, etkin pişmanlık hükmü sadece tamamlanmış suçlar bakımından söz konusudur.³⁶²

Eylem, suç tamamlanmadan gerçekleştirilmiş ise, ancak TCK m.36’da düzenlenmiş bulunan “gönüllü vazgeçme” kapsamında mütalaa edilebilecektir.

Maddenin 1. ve 2. fıkralarında suçun resmi makamlar tarafından haber alınmış olup olmamasına göre bir ayırım yapılmış ve 1.fikrada haber alınmadan önce durumu mercie bildirerek suçluların yakalanmalarını kolaylaştıran faile ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Maddede belirtilen “resmi makamlar” ibaresinden anlaşılması gereken, bir suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapmakla yetkili adli ve idari mercilerdir. 5271 Sayılı CMK m.158’de suça ilişkin ihbar ve şikayetlerin hangi mercilere yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Örneğin, Cumhuriyet Başsavcılığına, kolluk makamlarına, valilik

³⁶¹ **Erhan Günay**, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.28.

³⁶² **Arslan-Azizağaoğlu**, s.723.

veya kaymakamlığa bir suçun işlendiğine ilişkin ihbar veya şikayette bulunulabilecektir.

Maddenin 2.fikrasında ise, suç haber alındıktan sonra, gönüllü olarak suçun ortaya çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet veya yardım eden fail hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirileceği hüküm altına alınmıştır.

Failin, maddenin 2.fikrasında yer alan etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmesi için, suçun ortaya çıkması ve suçluların yakalanmasına, özgür iradesiyle, gönüllü olarak yardım etmesi gerekmektedir.Ayrıca, kendi organ veya dokularını satan failin verdiği bilgilerle diğer suçluların yakalanmalarını kolaylaştırmış da olmalıdır.

2.fıkroda, cezanın indirim miktarının yardım ve hizmetin niteliğine göre değişeceği de belirtilmiştir.

SONUÇ

İnsan, fiziksel varlığı ile tıp ilminin konusunu oluştururken, sosyal yönü ile de sosyal bilimleri meşgul etmiştir. Çağımızda, her alanda olduğu gibi tıp alanında da büyük ve hızlı gelişimler kaydedilmiş, yüzyıllar öncesinde varsayımdan öteye gidemeyecek başarılı gelişmelere imza atılmış ve modern çağın getirdiği teknolojik imkanlar, insanoğlunun hizmetine sunulmuştur. Bu büyük gelişmelerden biri de hiç şüphesiz, organ ve doku naklidir.

İnsan yaşamı için büyük önem taşıyan doku ve organ nakli, eski çağlardan bu yana insanların ilgisini çekmiş, pek çok hastalık bu şekilde tedavi edilebilmiş ve hastalar bu sayede yaşama döndürülebilmektedir.

İnsanoğlu için bu denli büyük öneme sahip olan konu, zaman içinde suistimalleri de beraberinde getirmiş, bu hızlı gelişim kendisine özgü yararlarıyla olduğu kadar, tehlike ve zararlarıyla da ortak hayatın her yönünü etkilemiştir.³⁶³

Dini, kültürel ve eğitimsel nedenlerden dolayı yeterli organ bulunamaması neticesinde başlayan organ ticareti, özellikle Hindistan, Rusya, ve bazı Uzakdoğu ülkelerinde, insanlar için önemli bir geçim kaynağı haline gelmiştir.³⁶⁴

Ülkemizde Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre, sadece böbrek bekleyen hasta sayısı 6501 olmasına karşın, yılda ancak 250'ye yakın kadavradan böbrek nakli yapılabilmektedir. Hayatını diyalize bağlı olarak sürdüren hasta sayısı 30 bin olup, bu rakama her yıl beş bin kişi eklenmekte, kadavradan yeterli sayıda nakil yapılamaması neticesinde ortaya çıkan çaresizlik insanları yasa dışı yollara itmektedir.³⁶⁵

Interpolün raporuna göre³⁶⁶, ülkemizin organ ticareti konusunda 3.ülke konumunda olduğu gerçeği, konunun ülkemiz için önemini gözler önüne sermektedir.

³⁶³ **Toroslu**, s.91.

³⁶⁴ **Haydar Erol**, “Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul 2005, s.466.

³⁶⁵ Aktüel, s.23.

³⁶⁶ Aktüel, s.24.

Ülkemizde, doku ve organ nakli ile ilgili olarak, pek çok ülkeden de önce³⁶⁷, 3.06.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında kanun çıkarılmış ve bu kanunun bazı maddeleri 21.1.1982 tarih ve 2594 sayılı kanunla değiştirilmiştir. 2238 Sayılı Kanunun 15.maddesinde, bu kanuna aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle, bunların alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında para ve hapis cezası ile tecziyesi öngörülmüştür.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. vd.maddelerinde ise organ ve doku ticareti fiilleri ayrı bir suç olarak hüküm altına alınmıştır.

Organ naklinde son yıllarda kaydedilen hızlı gelişmeler ve hastaların bu gelişmelerin meyvelerini toplama hususunda gün geçtikçe artan istekleri, organ ihtiyacı ile organ tedariki arasında giderek artan bir eşitsizlik yaratmıştır.³⁶⁸ Bu durum, insanları yasal olmayan yollara sevketmekte ve özellikle az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde "organ ticareti" her geçen gün kaygı verici boyutlara ulaşmaktadır.

Ülkemizde son yıllarda oldukça başarılı organ ve doku nakilleri gerçekleştirilmekle birlikte, toplumsal bilinç düzeyi arttıkça, organ bağışlarının artması ve bu suretle organ ve doku ticaretinin azaltılması umudu vardır.

³⁶⁷ Organ nakli ile ilgili kanun,Avusturya'da 1982'de,Belçika'da 1986'da,İngiltere'de 1989'da,İtalya'da 1993'de,Kanada'nın Monitoba Eyaletinde 1987'de,Prince Edward Island'da 1992'de,New Brunswick'de 1996'da,Lüksemburg'da 1982'de,Rusya'da 1992'de Yunanistan'da ise 1989'da yürürlüğe girmiştir.Bkz.**Gökçen**, s.63.

³⁶⁸ **G.M.Abouna** "Ticarileşme...", s.121.

EK 1:
TCK’NUN 91,92 VE 93.MADDELERİ

ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ

Madde 91 - (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

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

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

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

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

ZORUNLULUK HÂLİ

Madde 92 - (1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

ETKİN PİŞMANLIK

Madde 93 - (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğeri suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir.

EK 2:

TCK'NUN 91,92 VE 93.MADDE GEREKÇELERİ

MADDE 91.– Madde metninde, hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiilleri, suç olarak tanımlanmıştır.

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.

İkinci fıkra ise, ölüden organ veya doku alınması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkra, 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 maddî menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır. Bu bakımdan, söz konusu suç, çok failli bir suç niteliği taşımaktadır.

Dördüncü fıkraya göre, bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, daha ağır cezalara hükmedilecektir. Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.

Beşinci fıkra, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması; altıncı fıkra ise, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması, ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

Yedinci fıkraya göre, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Maddenin sekizinci fıkrasında, birinci fıkra tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlaşmış suç hâli söz konusudur. Ancak, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür.

MADDE 92.– Yukarıdaki maddeye göre, organ ve dokunun para veya sair bir maddî menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması, suç oluşturmaktadır. Kişinin kendi organ ve dokuları açısından bu fiilleri işlemesi de suç oluşturmaktadır. Ancak, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.

MADDE 93.– Madde metninde organ veya dokularını satan kişi açısından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

EK 3:**ORGAN VE DOKU ALINMASI, SAKLANMASI VE NAKLİ HAKKINDA KANUN****I. BÖLÜM: GENEL HÜKÜMLER****AMAÇ:**

Madde 1 - Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.

KAPSAM:

Madde 2 - Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.

Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.

Madde 3 - Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.

Madde 4 - Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.

II. BÖLÜM: YAŞAYAN KİŞİLERDEN ORGAN VE DOKU ALINMASI**YAŞ VE NİTELİK:**

Madde 5 - Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.

MUVAFAKAT:

Madde 6 - Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.

BİLGİ VERME VE ARAŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ:

Madde 7 - Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak;

Zorundadırlar.

ALINAMAYACAK ORGAN VE DOKULAR:

Madde 8 - Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.

TAHLİL VE İNCELEME YAPMA ZORUNLULUĞU:

Madde 9 - Organ ve doku alınması, aşılama ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur.

ORGAN VE DOKU ALMAYA, SAKLAMAYA, AŞILAMAYA VE NAKLİNE YETKİLİ SAĞLIK KURUMLARI:

Madde 10 - Organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur.

III. BÖLÜM: ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU ALINMASI

ÖLÜM HALİNİN SAPTANMASI:

Madde 11 - Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.

Hekimlere ilişkin yasak işlemler:

Madde 12 - Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır.

TUTANAK DÜZENLEME:

Madde 13 - 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. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır.

ÖLÜDEN ORGAN VE DOKU ALMA KOŞULU VE CESETLERİN BİLİMSEL ARAŞTIRMA İÇİN MUHAFAZASI:

Madde 14 - Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.

Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

(Değişik fıkra: 21/01/1982 - 2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra

yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

(Ek fıkra: 21/01/1982 - 2594/1 md.) Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

IV. BÖLÜM: CEZA HÜKÜMLERİ

YASAK EYLEMLER:

Madde 15 - Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar adli para cezasına hükmolunur.

YÜRÜRLÜK

Madde 16 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

YÜRÜTME

Madde 17 - Bu Kanunu Bakanlar Kurulu yürütür.

KAYNAKÇA

ABOUNA, G.M, “Ticarileşme ve Mükafatlandırılmış Bağış – Paralı Organ Bağışının Olumsuz Etkisi” Çev.Kamil Serdengeçti, Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990.

AKÜNAL,Teoman; “2238 Sayılı ‘Organ ve Doku Alınması,Saklanması,Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”;Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu,İstanbul 1983.

AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.

AKVEL, J.E.M - CHARNO, F,Th,“Hollanda’da Canlı Organ Bağışı ve Diğer Bazı Ülkeler” Çev.Kemal Önen, Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret ve ESOT ve EDTA / ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990.

ALACAKAPTAN, Uğur, Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi,in:Hukuk Kurultayı 2000,C:2,Ankara Barosu Yayını,Ankara 2000.

ARSLAN,Çetin - AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kasım 2004.

ARTUK, Mehmet Emin - GÖKCEN, Ahmet - YENİDÜNYA , Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

ARTUK M.Emin - GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I,Ankara 2006,s.452.

ARTUK, Mehmet Emin - YENİDÜNYA , Caner,“Suçun Önlenmesi ve Medya”, İstanbul Barosu Dergisi, c.75,(Mart 2001),S.1.

ATAAY, Aytekin, “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak” Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.1996, No.20, Prof.Dr.İsmet Sungurbey’e Armağan.

AVCI, Mustafa, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Örgütlü Suç Kavramı”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005.

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

AYİTER, Nuşin, “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFD, 1968,1-2 ,C.XXV.

BAKICI, Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler,Ankara 2000.

BAYRAKTAR , Köksal, “Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu” Doktora Tezi, İstanbul 1972.

BAYKAL, Ali, “Organ Nakli”, Adalet Dergisi, Y.1960, S.5 , Mayıs 1969.

BAYRAKTAR, Köksal, “Organ Nakli ve Hukuk”, Tıbbi Etik Yıllığı, I.Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Deontoloji İle İlgili Bildiriler, İstanbul, 14-18 October 1995, Yay.Haz.Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994.

BAYRAKTAR, Köksal, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi , Y.2, S.5, Nisan 2005.

BİLGİN, Nevzat,“Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü” Doku ve Organ Transplantasyonları,Haberal Eğitim Vakfı,Ankara 1993.

CENTEL, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Kasım 2001.

CENTEL Nur - ZAFER Hamide - ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul,Ekim 2005.

CİN,Onursal,“İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli”<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc> (19.10.2005).

COSTE - FLORET, Paul,“ Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli” Çev.İskender Tepebaşılı, AD,Y.1, S.5, Mayıs 1970.

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

ÇELİK, Seral, “Hekim Var, Organ Yok”, Basında Transplantasyonun 20 Yılı, Haberal Eğitim Vakfı Yayınları, Ankara , Eylül 1996

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN , Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, Mayıs 1994,C.II.

DÖNMEZER, Sulhi, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4442 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000.

DURAL-Mustafa-ÖGÜZ,Tufan;Türk Özel Hukuku c.II,Kişiler Hukuku,gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6.b.,İstanbul 2002.

ERBENGİ, Aykut - ERBENGİ, Günaydın - TOPÇU, Meral, “Beyin Ölümü”, Doku ve Organ Transplantasyonları, Haberal Eğitim Vakfı, Ankara 1993.

EREM, Faruk , “Organ Nakli Hakkında Kanun”,YD, C.5, S.4, 1 Ekim 1979.

EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK M.Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

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

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

GÖKCEN, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler” SÜHFD, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000.

GÖRKEY, Şefik, “Organ Naklinde Organların Ticari Amaçla Kullanılması ve Tıbbi Etik” , Tıbbi Etik Yıllığı III, I.Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Bildiriler, İstanbul 14-18 October 1993, yay.Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994.

GÜNAY, Erhan, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

GÜNER, Şefik, “Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü” AD, Y.66, S.5-6, 1975.

GÜNEY, Niyazi - ÖZDEMİR, Kenan - BALO, Yusuf, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Kasım 2004.

HABERAL, Mehmet, “Dünden Bugüne Organ Transplantasyonları” Doku ve Organ Transplantasyonları, Haberal Eğitim Vakfı, Yay.Haz. Mehmet A.Haberal, Ankara 1993.

HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBBD, S.69, Mart-Nisan 2007.

HAKERİ, Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b)”, KHUKA, 1 Mart 2004, Yıl:7.

HAYLAMAZ, Reşit, Organ ve Doku Nakli, İzmir, Işık Yayınları, 1993.

HINDERLING, Hans, (Çev.Yurtcan, Erdener) “Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlar” ,MHAD, İstanbul 1969.

İÇEL, Kayıhan, Fikri İhtima Üzerinde Bir İnceleme, İHFM., C:XXX, S:1-2, İstanbul 1964.

İÇEL,Kayıhan/SOKULLUAKINCI,Füsun/ÖZGENÇ,İzzet/SÖZÜER,Adem /MAHMUTOĞLU,Fatih;Ünver,Yener,Suç Teorisi,İstanbul 2000.

KAZAN, Turgut,Hukuk Kurultayı, 2000.

KIYAK, Fahrettin, “İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ Nakli ve Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, Ankara 1975.

KÖROĞLU, Hasan, Örgütlü Suçluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

MAGGIORE GIUSEPPE, Diritto Penale, V.I, Porte Generale, t.1.5.e.d, Bologna, Nicola Zahelli Editore ,1951 (zıkr.Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık,Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

MERAN,Necati,Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar,Seçkin Yayınevi,Ankara 2005.

NOYAN, Erdal, Ceza Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006.

ORTAKMAÇ, Aslı- TORTOP, Özsel, “Organ Nakli Dosyası”, Aktüel ,S.4, 2005.

OTACI, Cengiz, Türk Ceza Hukukunda İştirak,AD.,Y:93,Ekim 2001.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin,“Hekimlerin Hastalarına Aydınlatma Yükümlülüğü” , AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Esası ve Faillik, İstanbul 1996.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Kasım 2005.

ÖZTÜRKLER, Cemal,“Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk , Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları”, Ankara 2003

PARLAR, Ali - DEMİREL , Güleç, Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

POLAT, Oğuz, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1977.

REDDY, K.C.,“Bedel Karşılığı Organ Bağışı, Hindistan’dan Bir Bakış Açısı,”Çev,Kamil Serdengeçti, Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret, ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı Münih, Aralık 1990.

ROACH, Mary, Kadavra ,Çev.Sezer,Taner, Yakamoz Yayınları, 2005.

SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.

SARIAL, Enis,“Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuki İlişkiler”, İstanbul 1986.

SAYMEN, Ferit.H, Türk Medeni Hukuku, C:II, Şahsın Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1960.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Federal Almanya’da Organ Aracılığı ve Organ Kazanımına İlişkin Kurallar” Çev,Özlem (Yenerer) Çakmut, Tıp ve Ceza Hukuku, Yay.Haz.Yener Ünver, Ankara 2004.

SCHREIBER, Hans, “Hayvandan İnsana Hücre – Doku- Organ Nakli – Hukuksal Görünüş” Çev.Özer Özbek, Tıp ve Ceza Hukuku, Yay.Haz. Yener Ünver, Ankara 2004.

SCHREIBER, Hans-Ludwig,“İnsan Ne Zaman Ölüdür?-Organ Nakli Kanununda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”Çev.Ali Kemal Yıldız, Tıp ve Ceza Hukuku, Yay.Haz.Yener Ünver,Ankara 2004.

SCHREIBER, H.L, “Primum Nihil Nocere – Öncelikle Zararlı Olmamak Prensibinin Canlı Vericilere Uygulanmasının Yasal Tarafları” Çev.Kemal Önen, Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret ESOT ve EDTA / ERA ‘nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990.

SELLS, R,A, “Akraba Olan ve Olmayan Canlı Organ Vericisinden Muvafakatta İvedilik (Gönüllülük) “ Çev.Kemal Önen, Organ Naklinde Ahlak, Adalet, Ticaret ESOT ve EDTA/ERA’nın İlk Müşterek Toplantısı, Münih, Aralık 1990 .

SENGİR, Turgut,“Organ Naklinin Doğurduğu Hukuki Meseleler”, Adalet Dergisi 1968, S.11-12.

TAŞKIN, Ahmet, Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adil Yayınevi, Ankara.

TERZİOĞLU , Arslan,“Organ Transplantasyonu ve Etik” Tıbbi Etik Yıllığı III, 1,Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine Sunulan Bildiriler, İstanbul 14-18 October 1993 , yayınlayan; Arslan Terzioğlu.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk” AÜHFD 1978, S.1-4.

TUNALI, İbrahim, Adli Tıp, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

TÜRKÇE SÖZLÜK, C.2, Türk Dil Kurumu .

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

ÜNVER,Naci,Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak,Turhan Kitabevi,2001.

YALVAÇ, Gürsel, TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat, Ankara , Temmuz 2005.

YEKEBAŞ, Vehmi, Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme iştirak, Ankara 1952.

YENİDÜNYA,Ahmet Caner,İnsan Ticareti Suçu,Ankara 2007.

ZEVKLİLER, Aydın, Hukuk Kurultayı 2000,Ankara Barosu, 12/16 Ocak 2000.

Dictionnaire Larousse, C.5 .

Büyük Larousse, C.17.

Grolier International Americana Encyclopedia, C.10.