



İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI

İREM SİVASLI DOĞAN

ARALIK 2023

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS TEZİ

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI

İREM SİVASLI DOĞAN

ARALIK 2023

ÖZET

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI

SİVASLI DOĞAN, İrem

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERTEM

Aralık 2023, 139 sayfa

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarını ele aldığımız işbu tez çalışmasının ilk bölümünde genel itibari ile konuyla yakından alakalı kavramlar, deney ve deneme konusundaki kavram kargaşası, ilkeler ve insan üzerinde deney ve denemenin hangi şartlarda kanun gereklerine uygun sayılıp sayılmayacağı konuları ulusal ve uluslararası mevzuata göre detaylı olarak ele alınmıştır.

Çalışmada insan üzerinde deney suçu, tedavi amaçlı deneme suçundan ayrılarak iki farklı bölümde incelenmiştir. Keza, ilgili suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımının “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde 90. maddede “İnsan üzerinde deney” başlığı ile insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme olmak üzere iki farklı suç tipi olarak düzenlenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde insan üzerinde deney suçu; üçüncü bölümünde ise tedavi amaçlı deneme suçu ile korunan hukuki değer, suçun objektif ve subjektif unsurları, hukuka aykırılık, kusurluluk, suçun özel görünüm biçimleri ve yaptırım başlıkları altında değerlendirilmiştir. İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarının tüm unsurları ile değerlendirilmesine ek olarak, genel itibariyle insanlar üzerinde yapılabilecek bilimsel araştırma türleri incelenmiştir.

Çalışmada, insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar kapsamında öğretide yer alan kavram kargaşasının azaltılması gerektiği ve tıp biliminin gelişimi

ve insanlđın yaşam kalitesinin artırılması açısından arz ettiği önem nedeniyle bu araştırmaların gerçekleştirilmesinin önemi ayrıca vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Deney, deneme, hasta, insan, klinik araştırma.



ABSTRACT

CRIMES OF HUMAN EXPERIMENTATION AND THERAPEUTIC TRIALS

SİVASLI DOĞAN, İrem

M.A. in Public Law

Thesis Advisor: Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERTEM

December, 139 Pages.

In the first chapter of this study about human experimentation and therapeutic trials; general concepts, principles, inconsistent use of terms concerning human experimentation and therapeutic trials and the conditions under which human experimentation and therapeutic trials would be in accordance with the requirements of the law in regards to both domestic and international legislation were examined.

This study distinguishes between the crime of human experimentation and the crime of therapeutic trials, examining each in separate sections. Likewise, human experimentation and therapeutic trials were arranged and separated into two distinct crimes in the Article 90 of the part titled "Crimes Against Physical Integrity" of the second part titled "*Crimes Against Persons*" of the second book titled "*Special Provisions*" of the Turkish Penal Code numbered 5237.

Human experimentation was examined in the second chapter, while therapeutic trials were examined in the third chapter under following sections; objective and subjective aspects of the crime, unlawfulness, culpability, forms of the crime, sanctions. In addition to human experimentation and therapeutic trials, different forms of human subject research were also examined.

In the study, the importance of reducing the inconsistent use of terminology in the literature regarding human subject research has been emphasized, and the significance of conducting such research has been highlighted due to its contribution

to the advancement of medical science and the improvement of the quality of human life.

Keywords: Experiment, trial, patient, human, clinical research.



TEŞEKKÜR

Bu çalışma sırasında; değerli vaktini esirgemedi sorularımı cevapsız bırakmayan, tez çalışmamın ilerlemesine bilgi birikimini içtenlikle ve güler yüzle sunarak büyük katkılar sunan, gelecekte meslek hayatımda örnek aldığım tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERTEM'e, başaracağıma her daim inandığını hissettiğim değerli eşime ve aileme teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

TEZDE İNTİHAL OLMADIĞINA DAİR BEYAN SAYFASI	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	vii
İÇİNDEKİLER	ix
SİMGELER ve KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I.....	4
İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEMEYE İLİŞKİN TEMEL KAPSAM VE ESASLAR	4
1.1 GENEL BİLGİLER	4
1.2 KAVRAMLAR	6
1.2.1 Deney	6
1.2.2 Deneme	11
1.2.3 İnsan	12
1.2.4 Hasta ..	14
1.2.5 İnsan Dışı Deney Ortamı ..	15
1.3 ULUSAL VE ULUSLARARASI ALANDAKİ DÜZENLEMELER	17
1.3.1 Ulusal Hukuk	17
1.3.2 Uluslararası Hukuk ..	22
1.3.2.1 Prusya Direktifi.....	22
1.3.2.2 Nürnberg Kodu İlkeleri.....	23
1.3.2.3 Helsinki Bildirgesi.....	24
1.3.2.4 Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	26
1.3.2.5 Belmont Raporu	26
1.3.2.6 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi.....	27

1.4 TIP CEZA HUKUKUNA EGEMEN İLKELER ÇERÇEVESİNDE İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME.....	29
1.4.1 Hukuk Devleti İlkesi..	29
1.4.2 Yaşam Hakkı..	30
1.4.2.1 Genel Olarak.....	30
1.4.2.2 Ötenazi Konusu	31
1.4.3 Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.....	32
1.4.3.1 Genel Olarak.....	32
1.4.3.2 Hasta İradesinin Önceliği İlkesi	34
1.4.4 Özel Hayata Saygı (Mahremiyet).....	35
1.4.5 Ayrımcılık Yasağı.....	36
1.4.6 İnsan Onurunun Korunması İlkesi.....	37
1.4.7 Sağlık Hizmetine Erişimde Adalet İlkesi	39
1.4.8 Kobay Kullanma Yasağı.....	39
1.4.9 İnsan Vücudundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf ve Ticari Kazanç Yasağı.....	40
1.4.10 Hasta Güvenliği İlkesi..	41
1.4.11 Bilgi Edinme Hakkı..	42
1.4.12 Hasta Yararının Üstünlüğü İlkesi..	43
BÖLÜM II.....	45
İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU.....	45
2.1 GENEL OLARAK	45
2.2 KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	45
2.3 İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNUN TİPİKLİĞİN OBJEKTİF	
UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	48
2.3.1 Suçun Faili.....	48
2.3.2 Suçun Mağduru.....	51
2.3.3 Suçun Konusu.....	52
2.3.4 Fiil.....	53
2.3.5 Hareket ve Hareketin Düzenlenişine Göre İnsan Üzerinde Deney Suçunun Niteliği.	55

2.4 İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNDA TİPİKLİĞİN SUBJEKTİF	
UNSURLARI ...	57
2.5 HUKUKA AYKIRILIK UNSURU ...	58
2.5.1 Genel Olarak.....	58
2.5.2 Deney Suçu Yönünden Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İlgilinin	
Rızası.....	58
2.5.2.1 Doktrinde Deney Suçuna İlişkin Hangi Hukuka Uygunluk Sebebinin	
Esas Alınacağına Dair Görüşler	58
2.5.2.2 Bilimsel Deneye Yönelik Rızanın Geçerlilik Şartları	61
2.5.2.3 Bakanlık İzni ve Etik Kurul Onayı	62
2.5.3 Rıza Yönünden Özellik Arz Eden Haller.	64
2.5.3.1 Çocuklar Üzerinde Deney Suçu Kapsamında Rıza	64
2.5.3.2 Hükümlüler	68
2.5.4 Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rızada Sınırın Aşılması.....	70
2.6 KUSURLULUK ...	71
2.6.1 Genel Olarak.....	71
2.6.2 Kusurluluğu Etkileyen Haller	72
2.7 SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ... ..	75
2.7.1 Teşebbüs	75
2.7.2 İştirak	78
2.7.3 İçtima	80
2.8 YAPTIRIM	81
BÖLÜM III.....	85
TEDAVİ AMAÇLI DENEME SUÇU.....	85
3.1 KORUNAN HUKUKİ DEĞER... ..	85
3.2 TİPİKLİK... ..	86
3.2.1 Genel Olarak.....	86
3.2.2 Tipikliğin Objektif Unsurları	86
3.2.2.1 Suçun Faili	86
3.2.2.2 Suçun Mağduru	88
3.2.2.3 Suçun Konusu	89
3.2.2.4 Fiil	90

3.2.2.5 Hareket ve Hareketin Düzenlenişine Göre Tedavi Amaçlı Deneme	
Suçunun Niteliği	91
3.2.3 Tipikliğin Subjektif Unsurları	92
3.3 HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	93
3.3.1 Genel Olarak.....	93
3.3.2 Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	93
3.3.2.1 Rıza	95
3.4 KUSURLULUK.....	98
3.4.1 Genel Olarak.....	98
3.4.2 Kusurluluğu Etkileyen Haller	99
3.5 SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ... ..	100
3.5.1 Teşebbüs	100
3.5.2 İştirak	101
3.5.3 İçtima	103
3.6 YAPTIRIM.....	104
BÖLÜM IV.....	106
İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME TÜRLERİ	106
4.1 İLAÇ DENEY VE DENEMELERİ.... ..	106
4.2 ORGAN, DOKU ALINMASI, NAKLİ YOLU İLE DENEY VE DENEMELER.....	108
4.3 KÖK HÜCRE DENEY VE DENEMELERİ.....	110
4.4 PSİKOLOJİ DENEY VE DENEMELERİ	113
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA... ..	118
ÖZGEÇMİŞ.....	124

SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ

Kısaltmalar

İSG	: İş Sağlığı ve Güvenliği
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
SHTK	: Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
İSGB	: İş Sağlığı ve Güvenliği Birimi
KKD	: Kişisel Koruyucu Donanım
OSGB	: Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İKU	: İyi Klinik Uygulamaları
KAHY	: Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
TCK	: Türk Ceza Kanunu
m.	: Madde
age	: Adı Geçen Eser
agm	: Adı Geçen Makale
agt	: Adı Geçen Tez
ae	: Aynı Eser
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayısı
vd.	: ve devamı
ET.	: Erişim Tarihi
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren

vb. : ve benzeri
ABD : Amerika Birleşik Devletleri
TMK : Türk Medeni Kanunu



GİRİŞ

İnsanlığın başlangıcından günümüze kadar, özellikle hastalıklara çare bulunması, insanların yaşamlarının daha uzun ve sağlıklı olabilmesi yolunda birçok yöntem geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu yöntemler bireylerin ve toplumun sağlığının yanında tıp biliminin gelişimine de hizmet etmektedir.

İnsan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalarda başlangıçta ilk amaç, hastalıkların iyileştirilmesi olarak görünse de tıp biliminin de gelişmesiyle artık insanların yaşam standartlarının artırılması da amaçlanmakta ve bu yolda bilimsel araştırmalar gerçekleştirilmektedir.

Tıp biliminin gelişmesi, yeni ve bilinen yöntemlere göre daha etkili tedavi yöntemleri bulunabilmesi yolunda yapılan bilimsel araştırma süreçlerinde yaşanan ve yaşanabilecek tüm etik sorunlar, fayda ve zarar dengesi gözetilerek ulusal ve uluslararası mevzuatta kendine yer bulmuş durumdadır.

Kural olarak, hekimlerin tıbbi standartlara uygun müdahalelerde bulunmaları gerekirken; bahsedeceğimiz belli şartların sağlanması halinde insan üzerinde klinik araştırmaların yapılmasına izin verilmesi, henüz tıbbi standart haline gelmemiş olan tıbbi müdahalelerin de hekimler tarafından yapılmasına olanak sağlamaktadır. Keza tıbbi standartlar, yapılan klinik araştırmalar sonucu zamanla oluşmaktadır. Tam da bu nedenle klinik araştırmalar tıp biliminin gelişimi ve dolayısıyla insan yaşamı ve sağlığı açısından son derece önem arz etmektedir.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları, ülkemizde ilk kez 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde "*İnsan üzerinde deney*" başlığı altında bir suç tipi olarak düzenlenmiştir ve 2005 yılındaki bu düzenlemeye kadar ulusal hukukta bu konuda herhangi bir açık ceza normu bulunmamaktadır.¹

Ulusal hukukta 2005 yılı sonrası açık bir ceza normu haline getirilen insan üzerinde deney ve deneme suçları TCK m.90'da 6 fıkra şeklinde düzenlenmiştir.

¹ Hakan HAKERİ (2020), *Tıp Hukuku El Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 516.

Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında insan üzerinde deney, üçüncü fıkrasında çocuklar üzerinde deney, dördüncü fıkrasında tedavi amaçlı deneme, beşinci fıkrasında insan üzerinde deney suçunun nitelikli halleri ve son olarak altıncı fıkrasında ise ilgili suçun tüzel kişi faaliyetleri bağlamında işlenmesi durumları ele alınmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde iki ayrı suç tipi altında değerlendirilen insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme fiilleri, suç vasfını haiz olmadığı müddetçe tıp biliminin gelişimine ve bilimsel araştırma özgürlüğüne hizmet etmektedir. Bu bakımından tıp biliminin gelişimi ve bilimsel araştırma özgürlüğünün sağlanabilmesi için insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme fiillerinin kanunun gereklerine uygun biçimde gerçekleştirilmesi de son derece mühimdir.

TCK m. 90'da deney ve deneme için kavramsal olarak genel bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Madde lafzından ve uygulamadan deney kavramı bazında anlaşılacak husus tıbbi deneyler olsa da deneyler, yalnızca tıbbi deneylerle sınırlı olmayıp; bilimsel deneyleri de kapsamaktadır.²

İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalara uygulamada daha çok ilaç araştırmaları ile karşılaşılrsa da araştırmaların kapsamı yalnızca bununla sınırlı değildir. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen araştırmalar, ilaç araştırmaları dışında uygulamada organ, doku alınması ve nakli, kök hücre ve psikoloji araştırmaları olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Tıp bilimi gelişimi sürdürebilmek için bilimsel araştırmalara muhtaç durumda olduğundan devletlere bu araştırmaların yapılmasına olanak sağlanması gibi pozitif yükümlülükler yüklenmiş durumdadır. Fakat klinik araştırmalar dolayısıyla yapılan müdahaleler, tıp biliminde gelişimin sürdürülebilmesi ve hastalıklara çare bulunması gibi iyi niyetlerle yapılıyor olsa da bu müdahaleler için bazı denetim mekanizmaları ve kurallar öngörülmüştür. Bu denetim mekanizmaları ve kurallar sayesinde, insanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar dolayısıyla bireylerin ve toplumun temel hak ve hürriyetlerinin korunması sağlanmaktadır.

Bilimsel araştırmalar dolayısıyla kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması kapsamında en başta kişilerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün

² Ezgi AYGÜN EŞİTLİ (2012), *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.19.

korunması gelmektedir. Keza, kişiler üzerinde yapılacak klinik araştırmalar geneliyle vücut bütünlüğünün ve yaşam hakkının ihlaline sebep olabilecek niteliktedir.

Devletlere, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan bilimsel araştırmalar dolayısıyla kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilememesi, yarar ve zarar rizikosunun değerlendirilmesi ve yapılacak araştırmaların denetlenmesi gibi bazı negatif yükümlölükler de yüklenmiş durumdadır.

Sonuç itibariyle, kişi hak ve hürriyetlerin ihlalinin engellenmesi gibi devletlere yüklenen negatif yükümlölüklere de dikkat edilerek, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan bilimsel araştırmaların önünün açılması ve hatta bu araştırmaların yapılmasının kolaylaştırılması gerekmektedir. Keza, bu araştırmaların yapılması insanlığın refahı ve gelişiminin sağlanması için şarttır.

BÖLÜM I

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEMEYE İLİŞKİN TEMEL KAPSAM VE ESASLAR

1.1 GENEL BİLGİLER

İnsan üzerinde yapılan tıbbi deneylerin tarihi, uluslararası anlamda antik döneme kadar uzanmaktadır.³ 2005 yılında Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinde düzenlenişine kadar insanlar üzerinde yapılan bilimsel amaçlı araştırma faaliyetleri için herhangi bir açık ceza normu bulunmamaktaydı. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen araştırmaları konu alan TCK m. 90 her ne kadar “*İnsan üzerinde deney*” başlığı altında düzenlenmiş olsa da insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarını kapsayacak şekilde iki ayrı suç tipini ele almaktadır.

2005 yılı sonrası düzenlenen insan üzerinde deney suçu, Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinde⁴ “*İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

İnsan üzerinde deney suçunun düzenlendiği TCK m. 90/1 ve tedavi amaçlı deneme suçunun düzenlendiği TCK m. 90/4, bir kural ve kuralın ihlali sonucu karşılaşılabilecek yaptırımdan oluşmaktadır. Bu bakımından ilgili kanun hükümleri tam ceza normu niteliğine sahiptir.

İnsan üzerinde deney ve deneme fiilleri, yeni bir tedavi yöntemi geliştirilmesi üzerine iyi bir maksat taşıyor olsa dahi, henüz kanıtlanmamış bazı yöntemlerin uygulanıyor olması sebebiyle hukuka uygunluk bağlamında çok katı şartlara tabi tutulmalıdır. Keza ulusal ve uluslararası hukukta da tam da bu nedenle söz konusu fiillerin hukuka uygunluğu oldukça katı şartlara tabi tutulmuştur.

³ Hakan ERTİN, M. Kemal TEMEL (2016), “İnsan Üzerinde Deneyler ve İlgili Etik-Yasal Metinler”, *Anadolu Kliniği*, Cilt 21, Sayı 3, s. 224, https://www.researchgate.net/publication/315348538_İnsan_Uzerindeki_Deneyler_ve_Ilgili_Etik-Yasal_Metinler, ET. 01.02.2023.

⁴ TCK m.90/1: “İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

En nihayetinde insan üzerinde deney ve deneme fiillerinde toplumsal yarar ile kişi hakları çatışabilir durumdadır. Türk Ceza Kanunu bağlamında değerlendirilecek olursa, insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme fiilleri esasen suç olarak sayılmış; bu fiiller belirli şartların varlığı halinde hukuka uygun olarak kabul edilmiştir.

Tıbbi araştırmalar, kısmen bilinmeyene doğru atılmış adımlar olup; araştırmanın başlangıcından itibaren sonuca yönelik iyi ve kötü şanslar tahmin edilmeli ve bu tahmine dayalı olarak üzerinde araştırma yapılan kişiyi bekleyen muhtemel yarar ve zarar rizikosunu karşılaştırılmalıdır.⁵

Tıbbi uygulama ve araştırmalarda girişimlerin çoğu risk taşımakta olup; tıbbi araştırmalar da ancak ve ancak amacının taşıdığı önemin, araştırmaya maruz kalan kişilerin maruz kalacakları risklere ve üstlenecekleri yüklerle ağır bastığı hallerde yapılmalıdır.⁶ Araştırmanın taşıdığı önemin, araştırmanın risklerine ağır basması konusu esasen yarar-zarar dengesinin incelenmesi ve bu dengede araştırmanın sağlayacağı muhtemel yararların, muhtemel zararlara üstün durumunda görülmesi anlamına gelmektedir.

Fayda-zarar dengesi, somut olayın koşulları incelenerek değerlendirilmelidir. Keza; ümitsiz bir durumundan kurtulmak maksadıyla yapılan bir tedavi girişiminde alınabilecek riziko ile sağlığı yerinde bir kimse üzerinde yapılacak tıbbi araştırmadaki riziko birbirinden farklıdır ve elbette ki ilk durumda alınabilecek riziko daha fazladır.⁷

AİHM Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan başvurusunda somut olay nezdinde yarar-zarar rizikosunu değerlendirmesi yapmıştır. Mahkeme, ruhsatlandırılmamış ve kapsamlı teste tabi tutulmamış olan araştırmaların uygulanmasının, hastaların tıbbi durumuna göre değişiklik gösterebileceğine işaret etmiştir.⁸ İlgili Mahkeme hükmü şu şekildedir:

“Deneyisel tedavi edici ürünler söz konusu olduğunda, bu ürünün nitelikleri, etkililikleri ve güvenliklerinin şüpheye açık olması doğal bir durumdur. Başvurucular bunu reddetmemektedir. Onlar daha ziyade, tıbbi durumlarına

⁵ Erwin DEUTSCH (1979), “Özellikle Deneyisel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, Çev. İrfan Yazman, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, s. 179, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42717/515447>, ET. 01.06.2023.

⁶ Hakan ERTİN, M.Kemal TEMEL 2016, agm. s.226.

⁷ Erwin DEUTSCH 1979, agm. s.179.

⁸ Bkz. Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan 47039/11 ve 358/12 Başvuru No.lu Karar.

ilişkin korkunç prognoz nedeniyle, potansiyel olarak yaşam kurtaran deneysel bir üründe bulunan riskleri üstlenmeleri için kendilerine izin verilmesi gerektiğini tartışmayı amaçlamaktadır. Bu terimlerle sınırlandırıldığında, başvuruçuların menfaatleri farklı bir niteliktedir. Bu menfaat, yaşamlarını kurtarmak için bir son çare tedbir olarak, riskler taşıyan, fakat başvuruçular ve doktorlarının kendi durumlarına uygun olduğunu düşündükleri test edilmemiş bir tedaviyi seçme özgürlüğü olarak tanımlanabilir. Bununla beraber Mahkeme yine de, tıbbi durumları ve ilerlemesinin prognozu ışığında, başvuruçuların, niteliği, güvenliği ve faydası henüz kapsamlı bir teste tabi tutulmamış deneysel tedaviye erişim elde etmek bakımından diğer hastalara göre daha güçlü bir menfaate sahip olduğunu kabul eder.”

1.2 KAVRAMLAR

Genel itibariyle deney ve denemeler en temel hali ile tıbbi yarar maksadı güderek tıp biliminin standartlarını belirlemeye çalışır.⁹

Anayasa ile 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı¹⁰ insan üzerinde deney ve deneme konularından bahsederken “bilimsel ve tıbbi deney” kavramını kullanmaktadır.¹¹ Tasarının 169. maddesinde belirli koşullar olmaksızın insan üzerinde “bilimsel veya tıbbi deney” yapılmasının cezalandırıldığı belirtilmiş ve bu bağlamda Anayasanın 17. maddesine atıf yapılmıştır.

1.2.1 Deney

Deney kavramının kelime anlamı; bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak veya bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübedir.¹² Ulusal ve uluslararası mevzuat ile öğretilerde deney teriminin kavramsal karşılığı olarak klinik araştırma, tıbbi deney, tıbbi araştırma gibi farklı terimler kullanılmıştır. İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçları bağlamında bahsedeceğimiz “bilimsel

⁹ Mehmet Fırat SUBAŞI (2021), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.29, S.1, s.80, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/59423/692443>, ET. 21.03.2023.

¹⁰ Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, ET. 10.05.2023.

¹¹ Hakan HAKERİ 2020, age. s.519.

¹² Tanım için bkz. TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), www.sozluk.gov.tr, ET. 12.03.2023.

deney” kavramına esasen “*tıbbi deney*” kavramı da dahil edilecektir ancak kanaatimizce araştırmanın tıp biliminin gelişime hizmet etmesi durumları özellikle tıbbi deney kavramı altında değerlendirilmelidir. Keza, tıbbın başlı başına bir bilim olması nedeniyle bilimsel olmayan bir tıbbi deney söz konusu olmayacaktır ancak tıbbi nitelikte olmamakla birlikte, tıp bilimini bir araç olarak kullanan bilimsel deneyler söz konusu olabilecektir.¹³ Tıbbi bir gelişim amacı taşımayan ancak araştırma esnasında tıp biliminden faydalanan deneylere örnek olarak kozmetik ürün deneyleri gösterilebilir.

TCK m. 90’da deney kavramı, bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik kullanmıştır.¹⁴ 29.12.2004 tarihli ve 25685 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 78. maddesinin 3. fıkrasında terimsel olarak tıbbi deney kavramına yer verilmiştir.

Madde metninde “*bilimsel deney*” kavramından bahsedilmesinden hareketle, bu kavramın ve sonuçlarının neler olabileceği ile ilgilenilmesi gerektiği savunulmuş ve bir deneyin bilimsellik niteliğini, deneyin bilimsel çerçevede yapılıp yapılmadığı, bilimsel verilere ulaşmayı amaçlayıp amaçlamadığı, araştırma ve inceleme içerip içermediği ve ulaşılabilecek sonuçların bilim alanında kullanılıp kullanılamayacağı ile ilgili olduğu belirtilmiştir.¹⁵

Bunlara ek olarak, ilaç deney ve denemeleri bağlamında klinik araştırma kavramı; İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu’nda tanımlanmıştır. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’in Tanımlar başlıklı 4. maddesine göre klinik araştırma; ilaçların etkilerini ve/veya yan etkilerini, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımlarını araştırmak ve değerlendirmek amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmalardır.

İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu’na göre klinik araştırma; bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak, advers olay¹⁶ veya reaksiyonlarını tanımlamak,

¹³ Burcu ERTEM (2015), *Tıp Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 530, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, ET. 01.04.2023.

¹⁴ Bkz. Türk Ceza Kanunu Madde Gereççeleri, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, ET. 20.03.2023.

¹⁵ Hakan HAKERİ 2020, age. s.519.

¹⁶ İKU m. 2.1: “*Klinik araştırmaya iştirak eden gönüllüde görülen ve uygulanan tedavi ile nedensellik ilişkisi olsun veya olmasın ortaya çıkan istenmeyen tüm tıbbi olaylardır. Araştırma ürünüyle ilgili kabul*

emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek, güvenilirliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmalardır.

Klinik araştırma kavramı İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde "klinik çalışma" alternatif adı ile de tanımlanmıştır.¹⁷

Tıbbi müdahaleler, hekim tarafından tedavi ve hastayı iyileştirme amacına yönelen müdahalelerdir.¹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tıbbi müdahale tanımı şu şekildedir:

"Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi"

Günümüzde, genel anlamda yapılan tıbbi müdahale tanımlarına uygun olmayan; sağlığı koruma ya da hastalıkları iyileştirme amacı taşımayan tıbbi müdahaleler de mevcuttur. Sağlığı koruma ve hastalıkların iyileştirilmesi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahalelere örnek olarak estetik müdahaleler gösterilebilir.

Tıbbi deney kavramını diğer tıbbi müdahalelerden ayıran en önemli husus, deneyin doğrudan iyileştirme amacına yönelmemesi ve herhangi bir tıbbi gerekliliğe dayanmaması; tıbbi müdahalenin ise iyileştirme amacına yönelmesi ve tıbbi bir gerekliliğe dayanmasıdır.¹⁹ Tıbbi deney kavramı kanaatimizce, doğrudan iyileştirme amacına yönelmese de dolaylı yoldan bu amaca hizmet etmektedir. Keza, insan üzerinde kanuna uygun olarak yapılan bilimsel deneyin asli amacı tıp biliminin gelişimine hizmet etmek ve hastalıkların çözümüne katkı sağlayabilmektedir.

edilsin veya edilmesin, geçici olarak araştırma ürününün kullanımı ile ilgili anormal bir laboratuvar bulgusu dâhil her türlü sakıncalı ve istenmeyen bulgu, semptom veya hastalık advers olay olarak nitelendirilebilir."

¹⁷ İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.4/1, t: "Bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenilirliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmaları"

¹⁸ Polat TUNÇER (2018), *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.167, Aktaran Onur KORU (2021), "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, s.493, <http://abakus.inonu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11616/44879/10.21492-inuhfd.899101-1646470.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET. 05.05.2023.

¹⁹ Barış R. ERMAN (2016), "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIII, Sayı 2, s. 3, https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-2-20-YIL-ARMAGANI.pdf, ET. 05.02.2023.

Tıbbi uygulamaların adlandırılmasında genel olarak tıbbi müdahale kavramı kullanılsa da öğretilerde bu kavramların birbirinden farklı anlamlar ifade ettiğini savunan görüşler de mevcuttur. Azınlık görüşüne göre; tıbbi uygulamalar, “*tıbbi müdahale*” kavramından ziyade; “*tıbbi yardım ve el atmalar*” ya da “*tıbbi uygulamalar*” olarak da adlandırılmaktadır.²⁰

Öğretilerde tıbbi uygulama ve etkinliklerin tanımlanmasını, hastalık kavramı üzerine kuran ve tanımlamaya kimi zaman, tanımlarının içine yasada öngörülen (Örneğin; Nüfus planlaması amaçlı) tıbbi uygulama ve müdahale türlerini de dahil eden görüşler mevcuttur. Bu görüşlere örnek olarak Ayan’a göre tıbbi müdahaleler, tedavi amacına yönelik etkinlikler olup; bu etkinliklere bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dahil olarak değerlendirilmiştir.²¹

Başka bir görüşe göre ise tıbbi müdahale tanımı hastalık kavramı üzerine kurulmamıştır. Buna göre tıbbi müdahale, insan üzerinde tıp biliminin uygulanmasıyla bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahaledir ve bu müdahaleler teşhis, tedavi, önleme amaçlı müdahaleler, ilaç yazılması, tahlil, estetik cerrahi, psikiyatrik müdahale ve adli muayeneyi kapsar.²²

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması için tıbbi müdahaleyi yapan kişinin sağlık personeli olması, hasta ya da kendisine tıbbi müdahalede bulunulan kişiden aydınlatılmış onam alınması ve tıp biliminin verilerine uygun bir müdahale yapılması ve endikasyonun varlığı gerekmektedir.²³

Somut durumdaki semptomlar tanı ve tedavi prosedürü yönünden tıbbi müdahalelerde bulunulması gerekliliğine işaret ediyorsa, tıbbi endikasyon mevcut olacaktır.²⁴ Endikasyon, esas anlamıyla tıbbi müdahalede zorunluluk durumunu ifade etse de günümüzde endikasyon, yani tıbbi bir zorunluluğun gerekmediği müdahaleler de hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Endikasyonun esasen tıbbi müdahalenin sebebi durumunda olduğunu ve endikasyon olduğu için tıbbi müdahale gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür. Aynı zamanda endikasyonun yalnızca tıbbi

²⁰ Burcu ERTEM 2015, agt. s.51 vd.

²¹ Mehmet AYAN (1991), *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınevi, Ankara, s.5, Aktaran Burcu ERTEM 2015, agt. s.53.

²² Hakan HAKERİ 2020, age. s.36.

²³ age s. 119.

²⁴ Burcu ERTEM 2015, agt. s.281.

endikasyon olması gerekmemekte ve psikolojik ve sosyal nedenlerle de endikasyonun varlığını kabul edeceğimiz durumlar ortaya çıkabilmektedir.²⁵

Psikolojik ve sosyal endikasyona estetik müdahaleler örnek olarak gösterilebilir. Kişinin vücudunda fiziki olarak beğenmediği ve bu nedenle psikolojik yönden ağır olarak etkilendiği bir durumda, bu psikolojik halden kurtulmasına yönelik yaptırdığı estetik müdahaleler bu bağlamda değerlendirilebilir.

Kişilerin deri bütünlüğünü bozan ya da deri bütünlüğünü bozmasa da vücuda esaslı derecede etki eden tıbbi eylemler genel itibariyle invaziv müdahaleler olarak adlandırılmaktadır.²⁶ 14.04.1928 tarihli ve 863 sayılı Resmi Gazete ‘de yayımlanan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 3. maddesine²⁷ göre; cerrahi nitelikteki müdahaleler uzmanlık gerektiren nitelikte olup, yalnızca o konunun uzmanı hekimler tarafından uygulanabileceken; cerrahi nitelikte olmayan diğer invaziv müdahaleler ise uzmanlık gerektirmemektedir ve tüm hekimler tarafından uygulanabilecektir. Maddeden anlaşılan bir başka husus ise, invaziv müdahaleleri yapmaya yetkili kişilerin hekimler oluşudur. Bu itibarla, insanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalarda invaziv müdahale gerektiren uygulamalar olması halinde, bilimsel araştırmayı yapmaya yetkili kişilerin hekim olması gibi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen; bu gibi invaziv müdahalelerin bir hekim tarafından yapılması gerekecektir.

Endikasyon gerektirmeyen her tıbbi müdahale, insan üzerinde deney anlamına gelmemekte olduğundan, sırf estetik amaçlı tıbbi müdahaleler gibi bazı durumlarda da tıbbi gereklilik bulunmayan durumlar nazara alındığında tıbbi deneyi diğer tıbbi müdahalelerden ayıran bir diğer nokta, tıbbi standarda girmemiş yeni bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesidir.²⁸

Deney kavramı ile ilgili ulusal ve uluslararası hukuk bağlamında yaşanan kavram ve isimlendirme kargaşası içinde esasen kastedilmek istenen terimin “*bilimsel*

²⁵ Hakan HAKERİ 2020, age. s.239.

²⁶ Burcu ERTEM 2015, agt. s.308.

²⁷ Tababet Kanunu m.3: “*Yukarki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaikı lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiçbir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağireye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir...*”

²⁸ Barış R. ERMAN 2016, agm. s.4.

deney” adı altında toplanabileceği ancak ceza hukukunda bu denli anlam ve isimlendirme kargaşasının bulunmaması gerektiği görüşündeyiz.

1.2.2 Deneme

Deneme, kelime anlamı olarak; denemek işi, sınama, son biçimini bulmamış, taslak durumunda olan anlamlarına gelmektedir.²⁹

Deneme kavramı, bilimsel amaçlı bir deneyin sonuçlarının, kesinliğe ulaşmadan, hastalığın tedavisi konusunda ulaşılan somut bazı faydalardan yola çıkılarak uygulanması işlemi olarak tanımlanmıştır.³⁰

TCK m. 90 kapsamında tedavi amaçlı deneme kavramı, henüz tıbbi standarda dahil olmayan yeni bir tedavi yöntemi denemesi olarak tanımlanabilir.³¹ Tedavi amaçlı deneme kavramının tıbbi deneyden farkı; tıbbi endikasyonun varlığıdır. Tedavi amaçlı deneme, hasta kişi üzerinde yapılmakta olup; hasta kişi üzerinde hastalığın hafifletilmesi de dahil iyileştirilmesi amacını taşıyan bir fiil olarak gerçekleşmesi tıbbi endikasyonun varlığını göstermektedir. Tedavi amaçlı deneme fiilinde kişi üzerinde öncelikle tıbbi standarda dahil tedavi yöntemleri denendiği fakat bunlardan herhangi bir sonuç alınamadığı söylenebilir.

İlgili madde gerekçesinde;

“Düzenlemede deney terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. Deneme ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir.”

Şeklinde ifade edilerek insan üzerinde deney ve deneme fiillerini ayıran bir başka noktaya değinilmiştir.

Deney kavramı maddede bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik kullanılmakta olup; deneme kavramı ise bilimsel çalışmada artık belirli bir noktaya gelinmesinin ardından kullanılmaktadır. Madde gerekçesinde yoruma açık bırakılan birden fazla nokta bulunmaktadır. İlk cümlede yalnızca “bilimsel çalışmanın ilk aşamaları” demekle yetinilmiştir. Burada bilimsel çalışmada gelinecek hangi noktaya

²⁹ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 01.04.2023.

³⁰ Bkz. Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, <https://docplayer.biz.tr/1257504-Turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri.html>, ET. 20.03.2023.

³¹ Barış R. ERMAN 2016, agm. s.5.

kadar deney teriminin kullanıldığı ve bu noktanın kim tarafından belirleneceği yoruma açık bırakılmıştır. Aynı zamanda, madde gerekçesinde yer alan “*hastalığın tedavi konusunda ulaştığı somut bazı faydalardan yola çıkarak*” ifadesi de yoruma açıktır. Keza, gönüllünün bilimsel çalışmaya katılırken beklediği somut faydalar ile bilimsel çalışma sürecinde ve sonucunda elde edilen somut faydalar değişkenlik gösterebilecektir. Kanaatimizce bu noktada toplumsal ve bireysel fayda ayırımına gidilmeli ve hatta elde edilecek somut faydanın her bir birey için de değişken olabileceği noktasına değinilmeliydi.

1.2.3 İnsan

İnsan kavramı, Türk Dil Kurumu’nda toplum halinde bir kültür çevresinde yaşayan, düşünme ve konuşma yeteneği olan, evreni bütün olarak kavrayabilen, bulguları sonucunda değiştirebilen ve biçimlendirebilen canlı olarak tanımlanmıştır.³²

Hukuki düzenlemelerde insan kavramı yerine, gerçek kişi kavramının kullanıldığı görülmektedir.³³ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan 4721 sayılı Medeni Kanunu’nun 28. maddesine göre; kişilik, tam ve sağ doğum ile başlar ve ölüm ile sona erer. TMK m.28 gereği, tam ve sağ doğum ile kazanılan kişilik, ölümle sona ermektedir.

Medeni hukuk bağlamında kişi, hak ve yükümlülöklere sahip olan bir hak süjesi olarak tanımlanırken; kişilik ise kişiye bağı ve hukuken korunan maddi, manevi ve hukuki varlıklar şeklinde tanımlanmaktadır.³⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 28. maddesi incelendiğinde kişiliğin oluşumu için tam ve sağ doğmanın yeterli kabul edildiğı görülecektir. Ulusal hukuk anlamında da TMK m. 28’de bahsi geçen kişiliğin oluşumunun, insan kavramının tanımlanmasında da bizlere fikir verdiğini söylemek mümkündür.

TMK m. 28 kapsamında tam doğum ile kastedilen; çocuğun ana rahminden, bir insanda bulunması zorunlu organlara sahip olarak tamamen ayrılmış olmasıdır.³⁵ Örneğin; kalbi olmadan doğan bir bebek, tam doğmuş olarak kabul edilemeyecektir.

³² TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 21.03.2023.

³³ Nur Bilge KUL (2019), *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Yapma Suçları (TCK m.90)*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.8, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, ET. 30.03.2023.

³⁴ Bilge ÖZTAN (2016), *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, s.223.

³⁵ age s.224.

Sağ doğum ile kastedilen husus ise, ana rahminden tamamen ayrılan çocuğun anadan bağımsız bir biçimde bir saniye dahi olsa nefes almış, yani yaşamış olmasıdır.³⁶ Hamile bir kadının karnında doğum aşamasına kadar yaşamış ancak ana rahminden ayrıldığında nefes almayan bir çocuğun sağ doğduğu söylenemeyecek ve dolayısıyla hukukten de kişiliğı başlamayacaktır.

Kanun koyucu TMK m.28/2’de esasen tam ve sağ doğmak koşulu ile çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren bir hak süjesi olduğunu kabul etmiş durumdadır. Yani cenin de tam ve sağ doğmak koşulu ile bir hak süjesi konumundadır. Ancak, tam ve sağ doğmak koşulları kümülatif olarak gerçekleşmediğı takdirde kişilik başlangıcı da mümkün olmayacaktır.

Medeni hukuk bağlamında cenin de henüz doğmadan ancak bir koşulla da olsa hak süjesi olarak kabul edildiğinden tıbbi müdahaleler dahil insan üzerinde deney ve deneme fiilleri açısından da değerlendirmeye tabi tutulması gerekecektir. Ancak bu noktada kanaatimizce ceninin doğmasına kadar olan zaman diliminde kişilik hakları bazında değil insan onuru bağlamında bir koruma sağlanacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin V.O başvurusunda³⁷; aynı hastanede bulunan iki kişiden birisine karışıklık sonucu yanlış tedavi uygulanmış, tedavi öncesinde kadar sağlığı yerinde olan ve 20-21 haftalık olan fetüs, bu yanlış tedavinin sonucu olarak kürtaj ile alınmak durumunda kalınmıştır. Yerel mahkemece, fetüsün kişi sıfatı kazanmamış olmasından dolayı taksirle adam öldürme hükümlerinin uygulanamayacağına karar verilmiştir. Başvurucu, Fransız ceza kanunda doğmamış çocuğunun hayatını koruyacak bir hüküm bulunmamasının Sözleşme’nin 2’nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur. Başvuru sonucu AİHM, yaşamın hangi anda başladığı ve kişiliğın başlangıcı ile ilgili bir Avrupa standardı bulunmadığı ve dolayısıyla bu konunun taraf devletlerin takdirine bırakıldığından hareketle, Fransız hukukunda henüz doğmamış bir çocuğun kişi olarak kabul edilip edilemeyeceğı konusunda açık bir tanım da bulunmadığından yaşam hakkı ihlali olmadığı kanaatine varmıştır.

³⁶ age s.224.

³⁷ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, V.O/Fransa, 53924/00 başvuru numaralı, 08.07.2004 tarihli kararı.

Gönüllü kavramı İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nda bizzat kendisinin veya kanuni temsilcisinin yazılı oluru alınmak suretiyle klinik araştırmaya iştirak edecek hasta veya sağlıklı kişiler olarak tanımlanmıştır.

İnsan üzerinde deney ve deneme konuları bağlamında irdeleneceğimiz ve esas alacağımız insan niteliği, bilimsel çalışmalara esas olarak hasta sıfatıyla değil; gönüllü sıfatıyla katılan insandır. İnsan üzerinde deneme konusunda kanun metninde de açıkça hasta kavramından bahsedilmişse de deneme fiili bakımından hasta kişi aynı zamanda rıza veren bir gönüllü durumunda değerlendirilecektir. Keza, tedavi amaçlı deneme fiilinin hasta bir kişi üzerinde hastalığa yönelik olarak gerçekleşmesi gerekse de en nihayetinde hasta kişinin de rızası aranacaktır. Tıbbi araştırmalarda belki de yaşamlarını tehlikeye sokan insanların korunması ve zarar görmemesinin sağlanması noktasında bir hekim veya araştırmacının en temel etik sorumluluğu, araştırmadaki gönüllü katılımcıların korunmasıdır.³⁸

1.2.4 Hasta

Hasta kavramı Türk Dil Kurumu tarafından hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse, rahatsız olarak tanımlanmıştır.³⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde ise hasta kavramı, “*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*” olarak tanımlanmıştır.

Sağlık kavramı, 1948 Dünya Sağlık Örgütü Tüzüğü'nde yalnızca hastalık veya sakatlığın olmaması durumu olarak değil; fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımlanmıştır. Bahse konu tam iyilik halinin bulunmaması halinde de tam anlamıyla sağlığın varlığından söz edilemeyecektir.

Çalışma özelinde hasta kavramını insan üzerinde deney ve deneme konularında esas alacağımız, tıbbi yarar amacı güdülen, özellikle tedavi amaçlı deneme fiillerinin uygulandığı insan grubu olarak tanımlamak da mümkündür.

Hasta terimi, tarafımızca Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 4. fıkrasında yer alan tedavi amaçlı deneme fiili bağlamında kullanılacak ve değerlendirilecektir. Keza, ilgili kanun hükmü, hasta kişi üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede

³⁸ Erdem AYDIN (2001), *Tıp Etiğine Giriş*, Pegem A Yayıncılık, Ankara, s.159.

³⁹ TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (yy), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 21.03.2023.

bulunan kişiyi ve dolayısıyla hasta kişi üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırma fiilini yaptırma bağlamıştır. Ancak bu noktada deney suçunun hasta olmayan kişiler üzerinde gerçekleştirilmeyeceği düşünülmemelidir.

Deneme suçunda mağdur bakımından deney suçu ile farklılık arz eden husus, fiilin bir hastalığın iyileştirilmesi amacına yönelmiş olmasıdır. Bu nedenle deney fiili de yine hasta bir kişi üzerinde ancak doğrudan o kişi üzerindeki tedavisi olmadığı düşünülen bir hastalığın iyileştirilmesi amacına yönelmiş olmaması halinde gerçekleştirilebilir. Çünkü kişi üzerinde tedavisi olmadığı düşünülen bir hastalığın iyileştirilmesine yönelmiş olan bir bilimsel araştırma, tedavi amaçlı deneme olarak kabul edilecektir. Keza, deneme suçu ancak ve ancak bir kişi üzerinde tedavi amacıyla bir deneme fiili gerçekleştirilmesi yoluyla söz konusu olacağından ve sağlıklı bir birey üzerinde tedavi amaçlı bir müdahale yapılması mümkün olmadığı suçun mağdurunun hasta bireyler olduğunu söylemek mümkündür.

1.2.5 İnsan Dışı Deney Ortamı

İnsan dışı deney ortamı kavramına Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 2. fıkrasının b ve c bendinde değinilmiştir. Buna göre; deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması ve yapılan bu deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından deneyin insan üzerinde de yapılmasının gerekli görülmesi şartları düzenlenmiştir.

İnsan dışı deney ortamı kavramı ile kastedilen husus, yapılacak olan bilimsel deneyin öncelikli ve görülebilir etkilerinin fark edilebilmesi adına, insan üzerinde yapılmadan evvel hayvanlar üzerinde veya ölümler ya da vücut parçaları üzerinde yapılmış olmasıdır. Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında yapılmasının ardından, insan üzerinde de yapılması gerekliliği doğuyor olmalıdır. Deneyin insan dışı deney ortamının ardından varılmak istenen hedefe ulaşabilmek bakımından insan üzerinde de yapılması gerekliliğini tayin edecek olan, araştırmayı yapacak kurum, kişiler ve araştırmaya onay ve izin verecek olan mercilerdir.⁴⁰

TCK m. 90/2,b⁴¹ hükmü seçimlik olarak düzenlenmiş olup; deney fiilinin insan dışı deney ortamında ya da yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması yeterlidir.

⁴⁰ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.110.

⁴¹ TCK m.90/2, b: “Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması”

Deneyin yeterli sayıda hayvan üzerinde denenmiş olması halinde, insan dışı deney ortamında denenmiş olması şartı aranmayacaktır. Kanun metninde “veya” ibaresi kullanılmasının sonucunda getirdiği seçimlik durum, öğretilde eleştirilmiş ve tıbbi deneyin hem insan dışı deney ortamında hem de yeterli sayıda hayvan üzerinde uygulanması gerektiği savunulmuştur.⁴² Ancak kanun metninde “veya” yerine “ve” ibaresi kullanıldığında da deneyin niteliği ve kapsamına göre iki durumun da aynı anda gerçekleşemeyeceği haller olabilir. Örneğin bir deney hayvanlar üzerinde gerçekleştirilebilir olmayıp; yalnızca insan dışı deney ortamında gerçekleştirilebilir olabilir. Aynı şekilde, bir deney insan dışı deney ortamında gerçekleştirilebilir nitelikte olmayıp; hayvanlar üzerinde gerçekleştirilebilir nitelikte olabilir.

Öğretilde deneyin yalnızca insan dışı deney ortamında gerçekleştirilmesiyle yetinilmemesi gerektiği ve mümkünse hayvanlar üzerinde de gerçekleştirilmesi gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur.⁴³ Bunun yanında; insan dışı deney ortamında gerçekleştirilebilen bir deneyin aynı zamanda hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmesinin hayvanlar yönünden kötü muamele kapsamında değerlendiren bir görüş de mevcuttur.⁴⁴ Kanaatimizce, deneyin niteliği, kapsamı ve deney sonucu elde edilmesi öngörülen bireysel ve toplumsal faydaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Deneyin insan dışı deney ortamında gerçekleştirilmesinin yeterli görülmemesi ve gönüllü açısından tehlike arz etmesi halinde hayvanlar üzerinde de denenmesi şartı aranmalıdır. Aşılar bağlamında değerlendirme yapıldığında bazı aşıların hayvan deneylerinde belirgin istenmeyen etkiler göstermezken, insanlarda istenmeyen ciddi etkilere yol açabildiği kanısına varılmıştır.⁴⁵

⁴² Onursal CİN (2005), “Yerel ve Uluslararası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Kasım 2005, Yıl:8, s.200, Aktaran Esra ALAN (2008), Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İnsan Üzerinde Deney Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.57,

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=aNg8e16oCOKI0hghNao4g&no=gLq0paQjBqD1vSm9xelZ7Q>, ET. 01.02.2023.

⁴³ Yener ÜNVER (2005), “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, *I. Tıp Etiği Sempozyumu*, s. 100, İstanbul, Aktaran Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.104.

⁴⁴ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.111.

⁴⁵ Pınar ERKEKOĞLU, Selinay Başak ERDELİM KÖSE, Aylin BALCI ve Anıl YİRÜN (2020), “Aşı Kararsızlığı ve Covid-19’un Etkileri”, *Literatür Eczacılık Bilimleri Dergisi*, Cilt:9, Sayı: 2, s. 216, https://www.researchgate.net/profile/Selinay-Erdemli-Koese/publication/345472248_Vaccine_Hesitancy_and_Effects_of_COVID-19/links/5fae81b992851cf7dd197bc6/Vaccine-Hesitancy-and-Effects-of-COVID-19.pdf?sg%5B0%5D=started_experiment_milestone&origin=journalDetail&rtd=e30%3D, ET. 10.06.2023.

1.3 ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA İNCELEME

1.3.1 Ulusal Hukuk

İnsan üzerinde deney suçunun Türk Ceza Kanunu'nda ilk kez açıkça 2005 yılında düzenlendiğini, bundan öncesinde insan üzerinde deney ve deneme fiillerini açıkça ve ayrıca düzenleyen bir ceza normu bulunmadığından bahsetmiştik. 2005 yılına gelene kadar, Sağlık Bakanlığı tarafından 1993 yılında çıkarılan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, TCK m. 90 düzenlemesine oldukça yakın bir düzenlemedir. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik metninde de insan üzerinde deney ve deneme suçları kapsamında ele alınabilecek birçok düzenleme mevcuttur. Yönetmelik'te araştırmanın genel esasları, araştırma için olur alınması, çocukların araştırmaya iştirak etmeleri ve araştırmaların yürütülmesi gibi esaslar detaylıca açıklanmıştır.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'te, yalnızca ilaç ve biyolojik ürünler vasıtası ile yapılan bilimsel araştırmalar düzenlenmiştir. Bu bakımdan Yönetmelik'in düzenleniş amacı ve kapsamı da 2. maddesinde belirtilmiştir.⁴⁶ Yönetmelik hükümleri, genel olarak TCK hükümleri ile uyumlu olsa da Yönetmelik'in 8. maddesinde klinik araştırmaların dört döneminden yalnızca ilk üç dönemde rızanın aranacağı belirtilmiştir.⁴⁷ Türk Ceza Kanunu'nda ise insan üzerinde deney ve deneme konuları düzenlenirken rıza konusunda araştırmanın aşamalarına ilişkin herhangi bir ayırım gözetilmemiş olup; araştırmanın her dönemi için rıza aranacaktır.

T.C. Anayasası 17. maddesinde “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlığı altında yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkını düzenlemiştir. Bu bağlamda herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller ayrı tutularak, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan

⁴⁶ İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.2: “*Bu Yönetmelik, biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları dâhil, ruhsat veya izin alınmış olsa dahi insanlar üzerinde yapılacak olan ilaç, tıbbi ve biyolojik ürünler ile bitkisel ürünlerin klinik araştırmaları, klinik araştırma yerlerini ve bu araştırmaları gerçekleştirecek gerçek veya tüzel kişileri kapsar.*”

⁴⁷ Selman DURSUN (2008), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki”, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni*, Yıl 3, Sayı 6, s.12, <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-insan-deney-deneme-ilac-yonetmelik.pdf>, ET. 10.04.2023.

bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir.⁴⁸ İç hukuk bağlamında Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası esasen insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarını da kapsar vaziyettir. Madde lafzından açıkça, kişilerin kendi rızaları olmadan bilimsel deneylere tabi tutulamayacağı anlaşılmaktadır. Yine madde lafzından insan üzerinde deney deneme suçunun tıbbi zorunluluk halleri ile kanunda yazılı olan hallerde kişinin rızasının aranmayacağı sonucu da çıkmaktadır. Bu durumda “*tıbbi zorunluluk halleri*” ve “*kanunda yazılı haller*” kişi rızası aranmasının istisnalarını oluşturmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 11. maddesi, tecrübe amacı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağını; kimyevi, fiziki veya biyolojik bir tedavi uygulanamayacağını hüküm altına almıştır. Madde devamında, klasik metotların hastaya fayda sağlamaması hallerinde ise hayvanlar üzerinde yeteri kadar denenmek suretiyle yararlı olacağı kanısına varılmış olan yeni bir tedavi usulünün uygulanabileceğine izin verilmiştir. Ancak bu noktada denemenin yapılabilmesi için denenecek tedavi yönteminin öncelikle hayvanlar üzerinde yeteri kadar denenmiş olması ve bu denemeler sonucunda hastaya yarar sağlayacağına kanaat getirilmiş olması şartı aranmıştır. Maddenin son cümlesi ise önceden denenmemiş olan bir tedavi yönteminin hastaya zarar verme ihtimali olmaması durumunda, hastayı kurtarması kesin görülen bir tıbbi müdahalenin yapılmasına da cevaz vermektedir. Maddenin son cümlesinden anlaşılan, daha önce denenmemiş olan bir tedavi yönteminin hastaya zarar verme ihtimali olmayacağı ve hastayı kurtarmasının kesin görülmesi durumu, tahmine dayalı bir durumdur. Özellikle denenecek tedavi yönteminin hastayı kurtarmasının kesin görülmesi durumunun hangi ihtimallerde ve ne derecede gerçekleşebileceğinin tespiti bağlamında bir yetkili makam da belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu noktada denemenin hastaya zarar vermeyecek olması ve hastayı kurtarmasının kesin görülmesi durumu denemeyi yapmaya yetkili kişi ya da kişilerce belirlenecektir. Ancak yine de denenecek tedavi yönteminin “*hastayı kurtarmasının kesin görülmesi*” tabiri yerine “*hastayı kurtarma ihtimalinin yüksek görülmesi*” tabiri kullanılması daha doğru olacaktır.

⁴⁸ Anayasa madde 17/2: “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın 12. maddesinde tıbbi hizmetlerle ilgili, hasta ile tıp biliminin sınırları haricinde sözlü ya da yazılı tıbbi anlaşmalar yapılamayacağı ve hastaya güvenceler verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda da hekim, tedavi sonucunda şifa konusunda garanti veremez.⁴⁹ Bu doğrultuda gönüllü üzerinde denenecek bir tedavi yönteminin ya da uygulanacak bir bilimsel araştırmanın kesin sonuç vereceği yönünde bir garanti de verilemez.

Şifa garantisi verilmesi, aydınlatmanın geçersiz olmasına sebebiyet verebilecektir.⁵⁰ Bilimsel araştırmanın kesin sonuç vereceğine ilişkin bir garanti verilmesi, aydınlatmanın doğruluğunu ve kapsamını etkileyeceğinden; araştırma öncesi gönüllü tarafından verilecek olan rızayı da etkileyecektir.

15.05.1987 tarihli ve 19461 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesi ile özel mevzuata göre izin veya ruhsat alınmamış olan ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı; ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacı ile Sağlık Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımının yasak olduğu hüküm altına almıştır.

Temeli Helsinki Bildirgesi'ne dayanan İyi Klinik Uygulamaları (İKU)⁵¹ düzenlemesinin amacı Avrupa Birliği, Japonya ve ABD'de klinik verilerin uluslararası olarak karşılıklı kabulünü kolaylaştıracak bir standart sağlamak olarak belirlenmiştir. İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nda, araştırmaların uluslararası bilimsel ve etik standartlarda yapılmasını sağlamak amacıyla araştırmanın tasarlanması, yürütülmesi, izlenmesi, bütçelendirilmesi, değerlendirilmesi ile raporlanması, gönüllünün tüm haklarının ve vücut bütünlüğünün korunması, araştırma verilerinin güvenilirliğinin sağlanması, gizliliğinin muhafaza edilmesi gibi konular ve araştırmaya iştirak eden taraflarca uyulması gereken kuralları düzenlemiştir.⁵²

Kılavuzun amacı, klinik araştırmalar sonunda elde edilecek olan verilerin uluslararası karşılıklı kabulünü kolaylaştırmak adına araştırmalar adına tek bir standart sağlamaktır.

⁴⁹ Hakan HAKERİ 2020, age. s.91.

⁵⁰ age s.93.

⁵¹ Good Clinical Practice (GCP).

⁵² Bkz. İKU m.2.29.

İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu'nda klinik araştırmalar ile ilgili 13 temel ilkeye değinilmiştir. İKU m. 3'e göre klinik araştırmalar ile ilgili temel ilkeler şu şekildedir:

- Klinik araştırmalar, iyi klinik uygulamaları, ilgili mevzuat ve etik ilkelere uygun biçimde gerçekleştirilmeli,
- Klinik araştırmaya başlanmadan evvel, bu araştırmanın sebep olabileceği muhtemel riskler ve yaratabileceği muhtemel yararlar açısından değerlendirilmeli ve ancak muhtemel yararlar, beklenen risklere göre daha fazla görülüyor ise araştırma başlatılmalı ve devam ettirilmeli,
- Gönüllülerin sağlığı, hakları ve güvenliği dikkate alınması gereken en önemli hususlar olarak görülmeli ve bu hususlar, bilimin ve toplumun çıkarlarından daha nde gelmeli,
- Araştırma ürününe ilişkin klinik ve klinik olmayan bilgiler, yapılacak klinik araştırmayı yeterli şekilde destekleyecek nitelikte olmalı,
- Klinik araştırmalar bilimsel kurallara uygun, bilimsel bakımdan geçerli, açık ve ayrıntılı olarak ifade edilen bir protokolle belirlenmeli,
- Klinik araştırma onaylanan araştırma protokolüne uygun olarak gerçekleştirilmeli,
- Gönüllülere sağlanan tıbbi bakım ve gönüllüler adına alınan tıbbi kararlar yetkin bir hekim veya diş hekiminin sorumluluğunda olmalı,
- Araştırmayı yürütmede rol alan her kişi, öğrenim, eğitim ve deneyim bakımından kendilerine düşen işleri yapmaya yetkin olmalı,
- Kişilerin tamamen serbest iradesiyle verilen bilgilendirilmiş gönüllü oluru, klinik araştırma başlatılmadan önce bütün gönüllülerden ilgili mevzuata uygun olarak alınmış olmalı,
- Klinik araştırmaya ilişkin bilgiler, bu bilgilerin doğru bir şekilde raporlanmasına, yorumlanmasına ve doğrulanmasına imkân verecek şekilde kaydedilmeli, işlenmeli ve tutulmalı,
- Gönüllülerin kimliğiyle ilgili kayıtlar ilgili mevzuat hükümlerine göre özel hayat ve gizlilik kurallarına saygı gösterecek bir şekilde korunmalı,

- Araştırma ürünleri ilgili mevzuata göre belirlenen iyi imalat uygulamalarına uygun olarak üretilmeli, işlem görmeli ve saklanmalıdır. Bu ürünler onaylanan araştırma protokolüne uygun şekilde kullanılmalı,
- Araştırmada araştırmanın kalitesini her yönüyle garanti edecek kalite sistemleri uygulanmalıdır.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile taraf olunan uluslararası anlaşmalar ile Avrupa Birliği standartları ve iyi klinik uygulamaları çerçevesinde, insanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılması ve gönüllülerin haklarının korunmasına dair usul ve esaslar ile Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu ve etik kurulların teşkili, görevleri, çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir.

İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçları bağlamında değerlendirme yapılırken yukarıda bahsedilen düzenlemelerin yanında, daha genel düzenlemeler içeren Hasta Hakları Yönetmeliği ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da incelenmelidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 6. Bölümünde genel olarak tıbbi araştırmalara değinilmiş olup; 5. Bölümün 27. maddesinde⁵³ de “*Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması*” kenar başlığı altında esasen tedavi amaçlı deneme konusuna değinilmiştir.

TCK m. 90'da insan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hususu ile rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmediği haller belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında insan üzerinde deney suçunun çocuğa karşı işlenmesi durumu irdelenmişken; 4. fıkrasında hasta kişiye karşı deneme suçunun işlenmesi irdelenmiştir. Maddenin 5. fıkrasında suça etki eden haller ve son olarak 6. fıkrasında ise failin tüzel kişi olması durumu irdelenmiştir.

⁵³ HHY m.27: “Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde کافی derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir. Altıncı Bölüm'de yer alan hükümler saklıdır.”

1.3.2 Uluslararası Hukuk

19. yüzyılın başları ile hızlanan bilimsel gelişmeler ile deneysel çalışmalar, insan üzerinde kullanılan deneyleri arttırmış olsa da tedavi edici şekilde sonuçlanmayan ve sağlıklı bireyler üzerinde uygulanan deneylerin etik temellerine yönelik bazı kamuoyu tartışmaları ortaya çıkarmıştır.⁵⁴

İnsan üzerinde yapılmaya başlanan bu tıbbi deney ve denemelerin kötü sonuçlar vermesiyle ve buna bağlı olarak oluşan kamuoyu tartışmaları üzerine, uluslararası alanda bazı hukuki düzenlemelere gidilmesi zorunlu hale gelmiştir. İnsan üzerinde yapılan deney ve deneme kavramlarının da genellikle Nazi Almanyası dönemi ile özdeşleştiğini söylemek mümkündür.⁵⁵

Klinik araştırma etiği ve bu hususta uluslararası zeminde hazırlanan bazı temel yasal düzenlemeleri sırasıyla; İbni Sina tarafından hazırlanan Tıp Kanunu, Skorbüt Çalışması, Claud Bernard, Prusya Direktifi, FDA Yasası, Nürnberg Kodu İlkeleri, Helsinki Bildirgesi, 1974 tarihli ABD’de Ulusal Araştırma Yasası, Belmont Raporu, GCP(IKU) İyi Klinik Uygulamaları, CIOMS Uluslararası Etik Kılavuzları, Avrupa Birliği Direktifi ve Avrupa Birliği Regülasyonu olarak sıralamak mümkündür.

1.3.2.1 Prusya Direktifi

Bahse konu uluslararası yasal düzenlemelerden en etkili olan Prusya Direktifi, Almanya’daki tüm hastane ve klinikler için geçerli olan etik ilkeleri getirmiş olup; bu düzenlemeyle deneyin, çocuklar veya isnat yeteneği olmayanlar ile olumsuz sonuçlar kendisine açıklandıktan sonra açık bir biçimde rıza göstermeyenler üzerinde yapılamayacağı, tıbbi olarak sorumlu olan kişiler veya bu kişilerin yönetim ve kontrolünde olmayanların müdahalede bulunamayacağı gibi konular üzerinde durulmuştur.⁵⁶

1900 tarihli Prusya Direktifi, Dr. Albert Neisser’in Sifiliz (Frengi) denemeleri sonrası geliştirilmiş ve insanlar üzerindeki deneyler ile ilgili toplumsal tartışmalara yanıt olmuştur.⁵⁷

⁵⁴ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.27.

⁵⁵ Mehmet Fırat SUBAŞI 2021, agm. s.81.

⁵⁶ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.27.

⁵⁷ Kaan KAVAKLI (2023), “Klinik Araştırmalarda Uluslararası Düzenlemeler ve Etik İlkeler”, s.12, <https://docplayer.biz.tr/62780662-Klinik-arastirmalarda-uluslararasi-duzenlemeler-ve-etik-ilkeler.html>, ET. 01.05.2023.

Prusya Direktifi ile çocuklar ve tam yeterli olmayan kişiler üzerinde deneme fiilleri yasaklanmış; denemelerin muhtemel olumsuz sonuçları deneğe açıklandıktan sonra deneğin açık rızasının gereksinimi aranmış ve yalnızca belirlenen kişilere araştırma yapma izni verilmesi ile bu kişilere de yazılı kayıt tutma zorunluluğu getirilmiştir.⁵⁸

1.3.2.2 Nürnberg Kodu İlkeleri

İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'da, Nazi'lerin insan deneylerinin ortaya çıkması ve savaş sonunda 23 Nazi doktoru ve bilim insanının toplama kamplarında denek olarak kullanılan insanları öldürmekle Nürnberg'de yargılanması üzerine Nürnberg Kodu İlkeleri ortaya çıkmıştır.⁵⁹

Nürnberg Amerikan Askeri Mahkemesi'nde yapılan yargılamalar sırasında savunma avukatlarının, insanlar üzerinde deney yapılmasını kısıtlayacak herhangi bir argüman olmadığı yönündeki savunmaları üzerine mahkeme tarafından 10 maddeden oluşan Nürnberg kodları oluşturmuştur.⁶⁰

1947 tarihli Nürnberg Kodu İlkeleri, genel olarak insan üzerindeki deneylere dair etikolegal boşluğun doldurulması amacıyla geliştirilmiştir.⁶¹ Nürnberg Kodu İlkeleri'nde klinik araştırmalar bağlamında genel olarak 10 ilke belirlenmiştir. Bu ilkelere göre klinik araştırmalar:

- gönüllü onayına sunulmalı,
- toplumun yararına yapılmalı,
- deney hayvanı çalışmalarına dayandırılmalı,
- fiziksel ya da mental hasara yol açamamalı,
- ölüm veya kalıcı sakatlık ve yaralanma riskine karşı önlem alınmalı,
- bilimsel olarak yetkin araştırmacılar tarafından yapılmalı,
- gönüllüler araştırmadan istediği zaman çalışmadan ayrılabilmeli,

⁵⁸ age s.12.

⁵⁹Bkz. Vikipedi, Özgür Ansiklopedi, İnsan Deneyleri, https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_deneyleri, ET. 01.04.2023.

⁶⁰ Onur SEZEN (2015), "İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, s.90, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1278776>, ET. 10.05.2023.

⁶¹ Hakan ERTİN ve M. Kemal TEMEL 2016, agm. s.225.

- araştırmacılar yaralanma, ölüm veya sakatlanma öngörürse araştırmayı durdurmalıdır.

Nürnberg ilkelerinde klinik araştırmaların gönüllü onayına sunulması gerektiğine ilişkin ilkenin yer almasıyla, rıza ve aydınlatılmış onam konusunun altı çizilmiştir. Araştırmaların hukuka uygunluğu için, üzerinde araştırma yapılacak kişilere bilgi verilmeli ve yapılacak işlemlere bu kişilerce açıkça onay verilmelidir.

Klinik araştırmaların toplum yararına yapılması gerekliliğine dair ilke, araştırmacının ve araştırmacıların bireysel bir fayda maksadı gütmemesi gerektiği, en nihayetinde araştırmacının günümüz ve gelecek toplumlara fayda maksadıyla yapılması gerektiğine de işaret etmektedir. Kanaatimizce, klinik araştırmaların tıp biliminin gelişimine olumlu yönde hizmet ediyor olması, dolaylı yoldan toplum yararına da hizmet ediyor olması sonucunu doğuracaktır. Keza, tıp biliminin olumlu yönde gelişmesi, günümüz ve gelecek toplumlarının erişebileceği sağlık hizmetleri anlamında edineceği faydayı aynı oranda arttıracaktır.

Nürnberg kodu ilkeleri birbirinden farklı konulara değinse de kimi yönleriyle birbirini etkiler ve birbirine hizmet eder durumdadır. Araştırmaların deney hayvanı çalışmalarına dayandırılmaları ilkesi, ölüm veya kalıcı sakatlık ve yaralanma riskine karşı önlem alınması ilkesine hizmet eder durumdadır. Araştırmacının insan üzerinde denenmesinden evvel bir deney hayvanı üzerinde denenmesi, bir anlamda araştırmaya katılan kişinin ölüm, kalıcı sakatlık ve yaralanma riskine karşı bir önlem mekanizması olarak da değerlendirilebilir.

1.3.2.3 Helsinki Bildirgesi

Nürnberg Kodu İlkelerinden sonra, tedavi edici içeriğe sahip tıbbi araştırmaların yeni bir yorumlaması olarak Helsinki Bildirgesi yayınlanmıştır.⁶² Nürnberg Kodu İlkelerinden sonra Dünya Tabipler Birliği⁶³ tarafından 1964 tarihinde Helsinki Bildirgesi yayınlanmış ve yayın tarihinden itibaren birçok kez revize edilmiştir.

Helsinki Bildirgesi'nde, klinik araştırmalarda insan araştırmalarının gerekliliği, insana saygı, insan sağlığı ve haklarının korunması, yetkin araştırmacılar

⁶² Bkz. Vikipedi, İnsan Deneyleri, https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_deneyleri, ET. 01.04.2023.

⁶³ The World Medical Association.

ve hekimlerin sorumlulukları, yarar beklentisi ve zarara karşı önlem, yararın beklenen riskten büyük olması gerekliliği, klinik araştırmalar için protokol hazırlanması, etik kurul incelemesi, gizlilik ve mahremiyet ile bilgilendirme, plasebo, araştırmanın kaydı ve sonuçlarının kamuoyu ile paylaşımı hususları üzerinde durulmuştur.

Helsinki Bildirgesi'nde genel ilkeler, riskler, yükler ve yararlar, savunmasız grup ve kişiler, bilimsel gereklilikler ve araştırma protokolleri, etik kurullar, özel yaşam ve gizlilik, aydınlatılmış onam, plasebo, araştırma sonrası, araştırmaların kaydedilmesi, araştırma sonuçlarının yayımı ile klinik uygulamalarda kanıtlanmamış girişimlerin kullanılması konularına değinilmiştir.

Helsinki Bildirgesi'nde, tıbbi ilerlemelerin, en nihayetinde insanlar üzerinde yapılan çalışmaları da içermek zorunda olan araştırmalara dayandığı belirtilmiştir. Bu yolla kanaatimizce, tıbbi ilerlemede toplum yararının olduğu ve bunun için de bilimsel araştırmaların yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Helsinki Bildirgesi, “*Genel İlkeler*” başlığı altında tıbbi araştırmaların amacının, hastalıkların nedenini, gelişimini ve etkilerini anlayarak; koruyucu, tanı koyucu ve tedavi edici girişimleri geliştirmek olduğunu ancak kanıtlanmış en iyi girişimlerin dahi güvenilirlik, etkililik, verimlilik, erişilebilirlik ve kalite yönünden, yapılacak araştırmalarla sürekli olarak değerdendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir.

Bildirge, diğer uluslararası metinlerden farklı olarak özellikle savunmasız grup ve kişileri de konu aldığı için fazlaca önem arz etmektedir. Bildirge'nin “*İstismara Açık Gruplar ve Bireyler*” başlığı altında dezavantajlı gruplar için özel olarak düşünölmüş koruma sağlanması gerektiği, bu gruplar üzerinde yapılan tıbbi araştırmaların, yalnızca söz konusu grubun sağlık gereksinimlerine ve önceliklerine yanıt verir nitelikte olmaları ve istismara açık olmayan başka bir grup üzerinde yürütölemeyecek olmaları halinde kabul edilebileceği belirtilmiştir.

1.3.2.4 Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

İnsan hak ve hürriyetlerini koruma altına alan ve 7. maddesiyle de insan üzerinde yapılacak araştırmaları düzenleyen Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmıştır.⁶⁴

16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 7. maddesi⁶⁵, işkence yasağının yanında, kimsenin serbest iradesi olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Sözleşme'nin genel amacı temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması olup; her bir madde de bu amaca hizmet etmekte olduğundan, kişilerin rızaları olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamayacaklarının düzenlenmesi, birçok insan hak ve özgürlüğünün de korunmasına hizmet etmektedir.

Korunan Hukuki Değer başlığı altında da bahsedeceğimiz üzere, insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarının yasal zeminde düzenlenmesi ile yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü başta olmak üzere bunlara ek başkaca birçok temel hak ve özgürlük koruma altına alınmaktadır.

Sözleşmede yer alan düzenlemede “*kendi özgür rızası olmadan*” ifadesi ile bilimsel araştırmalarda kişinin rızası ve bu rızasının özgür irade ile alınmış olması konusuna özellikle değinilmiştir. Rızanın aydınlatılmış onama dayalı olmaması, rızanın geçerliliğini de etkileyeceğinden; araştırma için alınacak rıza da aydınlatılmış onam sonrası verilmiş olmalıdır.

1.3.2.5 Belmont Raporu

1974 yılında Birleşik Devletler Kongresi'nin Biomedikal ve Davranış Araştırmalarında İnsan Deneklerin Korunması için Ulusal Komisyon düzenlenmesini onaylamasının ardından 1979 yılında, Ulusal Komisyon toplanarak Belmont

⁶⁴ Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanmıştır.

⁶⁵ Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.7: “*Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırılmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.*”

Raporu’nu yayınlanmış ve insan deneylerinin içindeki herkes için Belmont Raporu’nun okunması gerekli kılmıştır.⁶⁶

1979 tarihli ABD Belmont Raporu’nda genel olarak üç temel başlık altında klinik araştırma öncesi bireye saygı kapsamında bilgilendirilmesi ve onayının alınması (aydınlatılmış onam), risk/yarar dengesinde bireye yarar sağlaması ve gönüllü seçiminde adil davranılması ilkelerinden bahsedilmiştir.

Bu itibarla, Belmont Raporu’na göre bir insanlar üzerinde klinik bir araştırma yapılırken insana saygılı hareket etme, araştırma sonucu insana yararlı olma ve araştırma sırasında adaletli olma ilkelerine riayet edilmelidir.

Belmont Raporu’nda aydınlatılmış onam, risk ve yararların değerlendirilmesi ile deneklerin seçilmesi olmak üzere üç ana bölümde belirtilen ilkelerin uygulanması ile klinik araştırmalarda özerkliğin, aydınlatılmış onam uygulamasının, risk-yarar değerlendirmesinde yararın üstünlüğünün ve denekler açısından seçim sürecinde adaletin gözetilmesi sağlanacaktır.

1.3.2.6 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi

Türkiye tarafından 03.12.2003 tarihinde 5013 sayılı Kanun ile onaylanan Avrupa Konseyi “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” ile 10.03.2011 tarihli ve 6212 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “*Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol*” içerisinde klinik araştırmalar ile ilgili hükümler barındıran metinlerdendir. Biyotıp Sözleşmesi’nin 1. maddesinde tarafların tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacağı, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında ayırım yapmaksızın herkesin bütünlüğüne ve diğer tüm hak ve özgürlüklerine saygı gösterecekleri hüküm altına alınmıştır.

Biyotıp Sözleşmesi’nin 1. maddesi genel bir hüküm olduğundan, tıp hukukunda klinik araştırmalar ve insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme fiilleri için de esas alınabilecektir. Tüm bu uluslararası ve ulusal düzenlemelerin esasen temel ve ortak amacı, klinik araştırmalarda ilk planda gönüllülerin haklarının korunmasıdır.

⁶⁶ Bkz. Vikipedi, İnsan Deneyleri, https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_deneyleri, ET. 01.04.2023.

Biyotıp Sözleşmesi ile araştırma ilkeleri ve kapsamının belirlenmesi konusunda yeni bir yasal düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuş ve bu bağlamda 2005 yılında Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi yürürlüğe girmiştir.⁶⁷

Biyotıp Sözleşmesi'nin “*İnsan Önceliği*” başlıklı 2. maddesi ile insanın menfaatleri ve refahının bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu yolla, insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerde kişinin menfaati ve refahının önde tutulması gerektiği söylenebilir. Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 3. maddesinde de araştırmaya katılan kişilerin menfaatleri ve refahlarının bilim ve toplum menfaatlerinin üstünde tutulacağı belirtilmiştir. Bilimsel deneyler bireye faydanın yanında topluma da fayda amacı güder ve en nihayetinde toplumsal bir fayda da sağlar. Ancak bilimsel araştırma yapılmadan önce amaçlanan faydada birey ile toplum arasında bir denge kurulmalı ve sırf toplumsal faydayı arttırmak amacıyla bireyin zarar görmesine göz yumulmamalıdır. Hatta kanaatimizce böylesi bir durumda bireysel fayda, toplumsal faydanın önünde tutulmalıdır.

Sözleşme'nin 3. maddesinde sağlık hizmetlerine erişimde adalet ilkesi korunarak, taraf devletlerin sağlık ihtiyaçlarını ve mevcut kaynaklarını gözeterek, kişilerin uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri alacakları hüküm altına alınmış ve bu yolla da kişilerin sağlık hizmetine erişim hakkı da korunmuştur.

Tüm bu düzenlemelerin yanında, Biyotıp Sözleşmesi 18. maddesi⁶⁸ ile bilimsel araştırmalar yönünden tartışma konusu olan embriyolar üzerinde deney yapılması konusunda değinilmiş ve embriyolar üzerinde yapılacak deneylere ancak taraf devletlerin mevzuatlarının izin vermesi halinde imkân tanınmıştır.

⁶⁷ Nur Bilge KUL 2019, agt. s.6.

⁶⁸ Biyotıp Sözleşmesi m.18: “*Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.*”

1.4 TIP CEZA HUKUKUNA EGEMEN İLKELER ÇERÇEVESİNDE İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME

1.4.1 Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk Devleti ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. İlgili madde şu şekildedir:

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde; ceza hukukunun amacına değinilmiş ve bu amaçlar arasında hukuk devletini korumak olduğu hüküm altına alınmıştır.⁶⁹

Hukuk devleti ilkesinin tarihi gelişimi incelendiğinde; temel amacın devlet karşısında kişi hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi olduğu söylenebilir.⁷⁰ Hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayalı, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kuran, hukuki güvenliği sağlayan, kanunlara uyan, eylem ve işlemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Bu bağlamda, bir hukuk devletinin tüm organizmaları ile tüm eylem ve işlemlerinin denetime tabi olması gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin maddi anlamıyla, devletin hukuka bağlılığının sağlanabilmesi için ceza hukukunun içeriksel bağlamda nasıl düzenlenmesi gerektiği ve hukuk devleti ilkesinin sağlanabilmesi için ise ceza hukukunun insana saygı esasına bağlı olarak hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır.⁷²

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir hukuk devleti olması ve bu bağlamda devletin tüm eylem ve işlemlerinde hukuk devleti ilkesine bağlı olarak denetime tabi kılınması gerekliliği de tıp hukuku bağlamında, çalışmamızın konusunu oluşturan

⁶⁹ TCK m.1: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

⁷⁰ Ahmet Talha TETİK (2017), “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, s.252, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/387026>, ET. 05.04.2023.

⁷¹ Ergun ÖZBUDUN (2016), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.125-126.

⁷² Timur DEMİRBAŞ (2017), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.60.

insan üzerinde deney ve deneme suçlarının yasal düzlemde düzenlenmesine de sebebiyet vermiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında tıbbi bir zorunluluğun bulunmadığı hallerde ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ile kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir. İlgili madde, insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarının ulusal anlamda anayasal düzlemde hukuk devleti ilkesiyle bağlantısını ve temelini oluşturmaktadır.

1.4.2 Yaşam Hakkı

1.4.2.1 Genel Olarak

Yaşam hakkı, Anayasa'nın “*Temel Hak ve Ödevler*” başlıklı İkinci Kısımının “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı İkinci Bölümü'nde yer alan 17. maddesinde düzenlenmiştir.⁷³ Bu bağlamda yaşam hakkı, bir temel hak ve hürriyet olarak anayasal düzlemde düzenlenmiş durumdadır.

Uluslararası düzlemde yaşam hakkı, temelde kişi hak ve özgürlükleri başlığı altında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile açıkça düzenlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesi, yaşam hakkının bir hürriyet ve kişi emniyeti olduğunu ve her bir ferdin bu hakka sahip olduğunu vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi ise herkesin yaşam hakkının yasa ile korunduğunu; yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Uluslararası zeminde yapılan tüm bu düzenlemelerle, yaşam hakkının korunması bağlamında devletlere de yasal düzlemde düzenleme yapma ve bu yolla vatandaşların yaşam hakkını koruma ödevi verilmiş durumdadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan başvurusunda Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiasını değerlendirirken;

“Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk cümlesi, Devletin yaşamı sadece kasıtlı ve hukuka aykırı olarak sonlandırmaktan kaçınmasını değil, fakat aynı zamanda

⁷³ Anayasa m.17: “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*”

yetki alanı içindeki kişilerin yaşamlarını korumak için uygun adımları atmasını emreder.”

Diyerek taraf devletlerin yaşam hakkının korunmasındaki pozitif yükümlülüğüne de değinmiştir.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının maddi unsurunu oluşturan deney ve deneme hareketleri çoğu zaman yaralama fiilini oluşturabileceğinden ve insanlar üzerinde vücut bütünlüğünü bozucu müdahaleler ise kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerini bozmaya yönelik saldırılar teşkil edeceğinden; ilgili suç tipi ile temel olarak Anayasa'nın 17.maddesi ile koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunduğu söylenebilir.⁷⁴

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları bağlamında da yaşam hakkı en temel ve öncelikli korunması gereken haklardandır. Keza, insan üzerinde deney ve deneme fiilleri sonrası kişinin yaşam hakkının ihlal edilmemesi gerekmektedir.

1.4.2.2 Ötenazi Konusu

İlk kez Bacon tarafından kullanılmış olan ötenazi kavramı, güzel ve tatlı ölüm anlamlarına gelmekte olup; tıbbi açıdan ise iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken acılarına son verilmesi maksadıyla ölmesine yardım edilmesidir.⁷⁵

Ötenazi kavramı genel anlamda acıyı dindirmek için birtakım ilaçlar vererek yaşamın etken biçimde sonlandırılması anlamında aktif ötenazi; hayat desteğini sağlayan ilaç ve araçları kesmek veya bunları almamak ya da tedaviyi kabul etmemek anlamında pasif ötenazi ve yaşam süresini kısaltma pahasına acıyı dindirici ilaçlar verme anlamında dolaylı ötenazi olmak üzere üç türde irdelenmiştir.⁷⁶

Ötenazi kavramı, kişinin yaşamını ilgilendirdiğinden doğrudan yaşam hakkı ile de ilişkilidir. Yaşam hakkı ülkemizde Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Kişilerin yaşam hakkını koruyan tek yasa hükmü Anayasa olmayıp; Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kısımının “*Hayata Karşı Suçlar*” başlıklı Birinci Bölümü ile de yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü korunmuştur.

⁷⁴ Esra ALAN 2008, agt. s. 11.

⁷⁵ Muharrem ÖZEN ve Meral EKİCİ ŞAHİN (2010), “Ötenazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2010, Sayı 4, s.15.

⁷⁶ Nur CENTEL (2011), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.2.

Ötenazi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde açıkça yasaklanmış olsa da Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında⁷⁷ yer alan düzenlemeden hareketle, kişinin kendi bedeni üzerinde mutlak surette tasarruf hakkı olduğunun kabulü halinde ötenazinin de mümkün kılınabileceği düşünülebilir. Fakat ulusal hukukumuzda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile ötenazi açıkça yasaklanmış olup; tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemeyeceği ve kişinin kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, hayatına son verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Ötenazi konusu, insan üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar yönünden, kişinin bilimsel araştırma öncesi ölüm riskinin yüksek olduğunu bilmesi ve bunu kabul etmesi gibi bir durum için tartışılabilir. Kanaatimizce, böylesi bir durumun, kişinin göze aldığı riskin derecesine de bakılarak ötenazi olduğunu söylemek mümkün olabilir.

Bunun yanında, bazı ülkelerde tedavisi mümkün görülmeyen hastalıklar için acıyı azaltarak ölüme yardımcı olmak için kurulmuş merkezlerde deneme mahiyetinde bazı ilaçlar kullanılmak istenebilmektedir.⁷⁸ Halihazırda hasta olan ve iyileşmesi mümkün görülmeyen bir kişi için ölüme yardımcı olacağı düşünülen ancak henüz etkisi kanıtlanmamış ilaç ve yöntemlerin kullanılması da bu bağlamda ötenazi kapsamında değerlendirilebilir.

1.4.3 Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

1.4.3.1 Genel Olarak

Kişi özerliğinden yola çıkılarak ortaya atılan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, anayasal düzlemde doğrudan düzenlenmemiş olsa da bu hak, kişi özerkliği ile bağlantılı olan ve kişilere ilke olarak kendi geleceğini belirleme hakkı sunan Anayasa'nın 17. maddesi ile korunmaktadır.⁷⁹

Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesi ile yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığı koruma altına alınmıştır. Kişiler, ancak yaşam hakkının varlığı ve korunması durumunda diğer hak ve

⁷⁷ TCK m.26/2: "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*"

⁷⁸ Esra ALAN 2008, agt. s.28.

⁷⁹ Hamide TACİR (2010), *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 108.

hürriyetlerin öznesi konumunda bulunabilir.⁸⁰ Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve sağlık hakkı, diğer tüm haklar gibi yaşam hakkının varlığı ve korunması halinde var olabilecek ve ancak bu ihtimalde tartışılabilir. Temelini Anayasa'nın 17. maddesinden alan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının anayasal olarak tek temeli de bu hak değildir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, aynı zamanda insan onurunun korunması ve özel hayatın gizliliğinin korunması gibi temel haklarla da bağlantılıdır.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, hasta haklarının çatısını oluşturmakta olup; tedavi, teşhis ve riskler yönünden bilgilendirilen hastanın kendi tedavi sürecini yönlendirmesini ve tüm süreçler için karar verici konumunda olmasını sağlar.⁸¹ İnsan üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalarda da gönüllünün araştırmanın başlangıcında vereceği onay aşamasında ve devamında karşılaşılabilecek tüm durumlarda karar verici konumunda bulunması gerekmektedir. Kanaatimizce, gönüllünün bilimsel araştırmanın başlangıcında verdiği onay, araştırma sürecinde karşılaşılabilecek ve önceden öngörülmemiş olan durum ve işlemler için geçerli olarak kabul edilemez olup; bu gibi durumlar için gönüllünün onayının tekrar alınması gerekmektedir.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında elbette ki vereceği tüm kararlar öncesi yapılacak işlem ve durum ile ilgili bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine⁸² göre; sağlık alanında yapılacak olan tüm müdahaleler, ilgili kişinin yeterince bilgilendirilmiş ve özgür iradesiyle vereceği muvafakatinden sonra yapılabilir. Buna göre; kişiler müdahalelerden önce müdahalenin amacı, niteliği, muhtemel sonuç ve tehlikeleri hakkında detaylı olarak bilgilendirilmeli ve ancak bu bilgilendirmeden sonra onay verip vermeyeceğine karar vermelidir. Sözleşme'nin ilgili maddesinde aynı zamanda kişilerin verdikleri onayı istedikleri zaman geri alabileceği de hüküm altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde de kanun koyucunun insanlar üzerinde rıza olmaksızın yapılan bilimsel araştırmaları suç olarak düzenleyip yaptırıma bağlaması, kişilerin kendi geleceğini belirleme hakkını da koruma altına almaktadır.

⁸⁰ agt s.108.

⁸¹ agt s.3.

⁸² Biyotıp Sözleşmesi m.5: "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."

1.4.3.2 Hasta İradesinin Önceliği İlkesi

Hastaların, kendilerine uygulanacak olan tedavide yeni bir yöntemle başvurulmak istendiğinde aydınlatılmaları ve onaylarının alınması zorunluluğu; bilimsel araştırmalar açısından da geçerlidir.⁸³ Üzerinde bilimsel araştırma yapılacak olan kişi, araştırmanın tüm detayları hakkında bilgilendirilmeli ve bu kişinin araştırmaya ilişkin onayı alınmalıdır.

İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen tıbbi araştırmalarda etik anlamda en önemli husus ve koşul, kişiden aydınlatılmış onam alınması olup; bu bağlamda kişinin düşünerek bir karar verebilme yeteneğine sahip olması gerekliliği esastır.⁸⁴

Rızanın, müdahaleye maruz kalacak olan kişi, yani tıbbi müdahaleler bağlamında hasta tarafından gösterilmesi gerekmektedir.⁸⁵ Bu bağlamda rızayı ortaya koyacak olan kişi, insan üzerinde deney fiili bakımından gönüllü iken; tedavi amaçlı deneme fiili bakımından ise hastadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Tanımlar*” kenar başlığı altında rıza kavramının, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesi ile ve yeterince bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. İstisnai durumlar hariç olacak şekilde, tüm tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından da kişinin rızası esas olacak ve bu rıza da kişinin serbest iradesine dayanacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde özne “*hasta*” olarak belirtilmişse de insan üzerinde deney fiili bakımından bu özne “*gönüllü*” olacaktır.

HHY 34. maddede “*Rıza Alınmasının Usulü ve Şekli*” kenar başlığı altında tıbbi araştırmalar bağlamında rıza konusu hüküm altına alınmıştır. Buna göre; tıbbi araştırma konusunda yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün, tıbbi araştırma hususundaki rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında kalmadan, serbest iradesi ile alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

İnsanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar yönünden ise hasta iradesinin önceliği ilkesi, üzerinde araştırma yapılacak olan kişinin aydınlatılmış onamının alınması yolu ile sağlanacaktır.

⁸³ Erwin DEUTSCH 1979, agm. s.180.

⁸⁴ Erdem AYDIN 2001, age. s. 160.

⁸⁵ Özlem YENERER ÇAKMUT (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, s.193.

1.4.4 Özel Hayata Saygı (Mahremiyet)

Kişilerin sahip olduğu maddi ve manevi tüm değerler ve unsurlar kişilerin özel hayat alanını oluşturmakta ve özel hayat alanı, kişilerin başkalarının takibinden uzak ve kendi özgürlük alanları içerisinde kişiliklerini geliştirme olanağı sağlar.⁸⁶

Özel hayat kavramı, ulusal ve uluslararası mevzuatta korunmuştur. Uluslararası mevzuatta özel hayat, temelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*” başlığı altında düzenlenmiştir.⁸⁷ Buna göre; özel hayata saygı hakkının kullanılmasına yapılacak olan müdahale kamu eliyle dahi olsa, bu müdahalenin yasayla öngörülmüş olması şartı aranacaktır. Bunun yanında, zora dayalı vücut muayenesi ve kan örneği alınması da AİHS m.8 kapsamında özel hayata müdahale olarak kabul edilecektir.⁸⁸

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, ulusal ceza hukuku bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenmiştir. Mahremiyet hakkı, özel hayatın gizliliği hakkına denk düşmekte olup; insan üzerinde deney ve deneme suçları bağlamında yapılacak olan değerlendirmede özel hayatın gizliliği ile eş anlamlı olarak kullanılabilir.⁸⁹

Bireyler, maddi ve manevi varlıkları kapsamında değerlendirilebilecek unsurların gizliliğinin korunmasını talep edebilirler. İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinde de gönüllülerin özel hayata saygı hakkı kapsamında aile yaşamlarının ve kişisel bilgilerinin korunmasının sağlanması gerekmektedir.

Tıp hukuku bağlamında hekimlerin de kişilerin özel hayatına saygı hakkını ihlal etmemesi gerektiğine ilişkin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 17. maddesinde⁹⁰ tabip ve dış tabiplerinin hastanın özel ve aile hayatına karışamayacağı belirtilmiştir.

⁸⁶ Gürkan SERT (2007), *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, s.5, <https://www.proquest.com/openview/63a47273c6efe40f44ba4dc8bbfb8091/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>, ET. 06.04.2023.

⁸⁷ AİHS m.8: “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*”

⁸⁸ Esra ALAN 2008, agt. s. 17.

⁸⁹ agt s. 15.

⁹⁰ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.17: “*Tabip ve dış tabibi, hastanın hususi veya ailevi işlerine karışamaz. Ancak, hayati ehemmiyeti haiz bulunan veya sağlık bakımından zaruri görülen hallerde, mümkün olan kolaylığı ve manevi yardımı sağlar.*”

İlgili maddenin, tıp hukuku bağlamında hekimler ve dış hekimleri için genel bir düzenleme niteliğinde olduğu söylenebilir.

07.04.2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan 6698 numaralı Kişisel Verilen Korunması Kanunu’nun 5. maddesinin 1. fıkrası gereğince; “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*” İlgili maddeden hareketle, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan bilimsel araştırmalar kapsamında elde edilen kişisel veriler de kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyecektir.

Aynı Kanun’un 6. maddesinde⁹¹ kişinin sağlığı ve genetik verilerinin özel nitelikli kişisel verilerden sayıldığı belirtilmiş ve bu verilerin de ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Özel nitelikli kişisel verilerden olan sağlık ve cinsel hayata ilişkin olanların ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği hüküm altına alınmıştır.⁹²

KVKK m. 8 gereği, kural olarak kişisel veriler ilgilinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz. Yeterli önlemler alınmak şartıyla, aynı Kanun’un 6. maddesinin 3. fıkrasında sayılan; kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi şartlarından birinin bulunması halinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

1.4.5 Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık, kişilerin ya da grupların sahip olduğu kimlik veya inançlarından ötürü yok sayılması olarak tanımlanabilir.⁹³ Ayrımcılık yasağının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan eşitlik ilkesine dayandığını da söyleyebiliriz. Eşitlik ilkesi, Anayasanın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç,

⁹¹ KVKK m. 6/1: “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefî inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*”

⁹² Bkz. KVKK m.6/3.

⁹³ Uğur ERSOY (2017), “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 12, Sayı 34, s.8, <https://acikerisim.kku.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12587/13119/4d2bde53-11a5-4777-ab52-f55b11e8a96c.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET. 06.04.2023.

din, mezhep ve buna benzer başkaca nedenlerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili madde gereği, hiç kimseye sayılan sebeplerden ötürü imtiyaz tanınamaz.

Ayrımcılık fiili hem ulusal hem de uluslararası zeminde açıkça düzenlenerek yasaklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı, ilgili sözleşme metninde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden yararlanılmasının; cinsiyet, ırk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal ya da toplumsal köken, azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olacak şekilde başkaca bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerekliliği şeklinde düzenlenmiştir.

Ulusal anlamda ayrımcılık yasağı Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesi ile düzenlenmiş kabul edilmektedir. Keza, ayrımcılık yasağından söz edilebilmesi için öncelikle herkesin eşit olması gerekmekte olduğundan; Anayasa m.10 ile eşitlik ilkesinin yanında aynı zamanda dolaylı yoldan ayrımcılık yasağının da düzenlendiğini söylemek mümkün olacaktır.⁹⁴

Ulusal ve uluslararası mevzuatta açık ve net bir biçimde düzenlenen ayrımcılık yasağı, tıp hukuku ve çalışmanın konusunu oluşturan insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme fiilleri bağlamında da geçerli olacaktır. İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme fiillerinde ayrımcılık yasağı, gönüllü seçimleri bağlamında dikkat edilmesi ve irdelenmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkacaktır.

1.4.6 İnsan Onurunun Korunması İlkesi

İnsanların, diğer tüm canlılardan farklı olarak kendilerine özgü birtakım ahlaki ve akli yetilere sahip olduğu ve bu yetilerin insanlara kişilik değeri kattığı kabul edilir.⁹⁵ İnsan onuru kavramı da insana ait ve insanı diğer tüm canlılardan ayıran bu özel yetilerden biridir. İnsan onuru, sosyal bir kavram olup; kişinin hem kendisine duyduğu saygıyı hem de başkalarının kişiye duyduğu saygıyı ifade etmektedir.⁹⁶

⁹⁴ Uğur ERSOY 2017, agm. s.13.

⁹⁵ Kahan Onur ARSLAN (2015), "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", *TBB Dergisi*, Cilt 28, Sayı 120, s.156, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1511>, ET. 09.04.2023.

⁹⁶ agm s.157-158.

Sosyal devlet ilkesinin gereklerinden birisi, herkese insan haysiyetine yakışır ve asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler almaktır.⁹⁷ Sosyal devlet ilkesini benimsemiş bir devlet olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti de bu ilke gereği, insan onurunu ve haysiyetini koruyacak her tür önlemi almakla yükümlü kılınmıştır. Tıbbi deneyler de dahil olmak üzere insanlar üzerinde yapılacak olan tüm tıbbi müdahalelerde insan onurunun korunması esas alınmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele mutlak suretle yasaklanmıştır. Buna göre; “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan başvurusunda başvuruçular, yetkililer tarafından kendilerine göre, potansiyel olarak yaşam kurtaran deneysel bir ürüne erişimlerine izin vermeyi reddetmesinin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele anlamına geldiğini ve çünkü bu şekilde hastalıklarının son aşamasından kaynaklanan ıstıraplardan kendilerini koruyamadıklarını iddia etmişlerdir. Ancak AİHM, somut olay değerlendirmesinin ardından ürünün ruhsatlandırılmamış ve dolayısıyla güvenliği ve faydası hala şüpheli olmasından da bahisle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁸

Anayasa'nın Başlangıç kısmında, her Türk vatandaşının Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerden eşit ve sosyal adalet gereğince yararlanması gerektiği ile milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir yaşam sürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğundan bahsedilerek insan onurunun korunması ilkesinin de temelleri atılmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 39'a göre; hastanın, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı vardır. İlgili madde ile açıkça kişilerin insan onuruna uygun şekilde sağlık hizmetlerinden yararlanma haklarının varlığı vurgulanmıştır.

⁹⁷ Ergun ÖZBUDUN 2016, age. s.147.

⁹⁸ Bkz. “*Potansiyel olarak hayat kurtarsa bile, güvenliği ve faydası hala şüpheli olan bir ürüne erişimi reddederek, başvuruçuların fiziksel ıstıraplarına yetkililerin doğrudan ekleme yaptığı söylenemez. İyileşme ve hayatta kalma şanslarını düzeltereğine inandıkları bir ürüne başvurma yoluna gitmekten alıkondukları için, özellikle ürünün diğer ülkelerde istisnai olarak kullanıma sunulduğunun bilinmesi göz önünde tutularak, ret kararlarının başvuruçularda manevi ıstıraba neden olduğu doğrudur. Öte yandan, Mahkeme, ret kararlarının, insanlık dışı olarak nitelendirilebilecek yeterli ciddilik düzeyine ulaştığı görüşünde değildir.*” (Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan – Başvuru No. 47039/11 ve 358/12)

TCK m. 90 bağlamında insan üzerinde deney ve deneme fiillerinin, bilimsel araştırmanın gerekleri ne olursa olsun insan onuruna uygun biçimde yapılması gerekmektedir.

1.4.7 Sağlık Hizmetine Erişimde Adalet İlkesi

Sağlık hizmeti, sosyal devletin gereklerinden olup; bu bağlamda devlet tarafından sunulan en temel hizmetlerden birisidir. Sağlık hakkı, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde⁹⁹ herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olması şeklinde düzenlenmiş ve bu standardın sağlanması için taraf devletlere asgari bazı yükümlülükler yüklenmiştir.

Sağlık hakkı ve sosyal devletin yükümlülükleri göz önünde bulundurulduğunda; devletin sunmakla yükümlü olduğu sağlık hizmetine erişimde vatandaşlar arası bir ayrım ya da eşitsizlik bulunmaması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

İnsan üzerinde deney ve deneme fiilleri de çoğunlukla tıbbi müdahale kapsamı içinde ve doğal olarak tıp hukuku bağlamında değerlendirilen fiiller olduğundan deney ve denemeler sırasında gönüllü seçimi ve araştırma sonrası bulunan bulguların paylaşımı ile uygulanması sırasında tüm vatandaşlar için adalet ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Keza sosyal devlet ilkesini benimsemiş ve sağlık hakkını anayasal düzlemde koruma altına almış olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları, idare tarafından sunulan tüm sağlık hizmetlerine erişim hakkına eşit bir biçimde sahip olduğu gibi; yapılan tıbbi araştırmalarda yer alma ve bu araştırmalardan faydalanma hususunda da aynı doğrultuda eşit haklara sahip olacaktır. Sağlık hizmetine erişimde adalet ilkesi, Biyotıp Sözleşmesinin 3. maddesiyle de düzenlenerek korunmuştur.

1.4.8 Kobay Kullanma Yasağı

Klinik araştırmalarda yer alan gönüllü katılımcıların korunması bağlamında dünyada gerçekleştirilen ilk hareket İkinci Dünya Savaşı sonrası Nazi Almanyası'nda insanların bilimsel ve tıbbi çalışma adı altında kobay olarak kullanılması, bu yolla işkenceye maruz bırakılmasının Nürnberg Mahkemeleri'nde tartışılmasının ardından

⁹⁹ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.12: “Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler.”

Nürnberg Bildirinde insanlar üzerinde yapılacak klinik araştırmalarda uyulması gereken ilkelerin düzenlenmesidir.¹⁰⁰

İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinin hukuka uygunluğu bakımından hem ulusal hem uluslararası metinlerde kişinin rızasının aranması ve diğer tüm şartlar, deney ve deneme fiillerine konu olan kişilerin korunması amacına hizmet etmektedir. Bilimsel araştırma için alınacak olan rızanın da kişinin serbest iradesine dayanması gerekmektedir.

İnsan üzerinde deney, deneme ve tüm klinik araştırmalara ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuatta kişinin serbest iradesine dayanan rızasının aranmasının bir nedeni de kişilerin kobay olarak kullanılmamasının sağlanmasıdır. Tüm bu düzenlemelere rağmen özellikle maddi durumu kötü olan kişilerin, yabancı ilaç firmaları tarafından kobay olarak kullanıldıkları da ifade edilmektedir.¹⁰¹

Kobay kullanma yasağı, rıza ve serbest irade konuları ile oldukça bağlı olduğundan; çocuklar ve kısıtlılar açısından da rızayı verecek kişi açısından bilimsel araştırmanın fayda-zarar dengesi çok dikkatli bir biçimde incelenmelidir.

1.4.9 İnsan Vücudundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf ve Ticari Kazanç Yasağı

Biyotıp Sözleşmesi'nin "*Ticari Kazanç Yasağı*" başlıklı 21. maddesine göre; insan vücudu ve onun parçaları, nitelikleri dolayısıyla ticarî kazanç sağlanması konu edilemeyecektir. İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinin konusu, insanın doğrudan kendisi ve vücudu olduğundan; insan vücudu ve onun parçaları, yani organlar üzerinde bilimsel araştırma amacı taşısa dahi herhangi bir ticari kazanç sağlanamayacaktır.

Yine Biyotıp Sözleşmesi'nin "*İnsan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf*" başlıklı 22. maddesi gereği; tıbbi bir müdahale ile insan vücudundan çıkarılan bir parça, ancak ve ancak uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu halde çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir. İnsana ait bir vücut parçası üzerinde insan vücudundan çıkarılma amacı dışında, bu amaç bilimsel bir araştırma amacı da olsa tasarruf için yalnızca kişinin yeterince aydınlatılması ve açık rızası aranmaktadır. Kişi, vücudundan alınan parça üzerinde

¹⁰⁰ Erdem AYDIN 2001, age. s. 159.

¹⁰¹ Esra ALAN 2008, agt. s.23.

bilimsel bir deney yapılması için rıza göstermişse hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

İnsan vücudu üzerinden alınan parçalar üzerinde tasarruf ve ticari kazanç yasağı bağlamında organ ve doku ticareti yasağı da incelenmelidir. Organ ve doku ticareti, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ile açıkça yasaklanmıştır.¹⁰² Buna göre genel olarak; hukuken geçerli bir rıza alınmaksızın bir kişiden organ alan, satın alan, satılmasına aracılık eden kişiler cezalandırılır.

1.4.10 Hasta Güvenliği İlkesi

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bağlamında gereken şartlardan en önemlisi, tıbbi müdahalenin tıp mesleğini kanunen yapmaya yetkili kişiler tarafından yapılması olup; bu müdahaleyi yapanın ilmi ve fikri bakımından yeterli donanımına sahip olmasıdır.¹⁰³ Keza, aksi hallerde tıbbi müdahaleler sonucu doğabilecek zarar riski de artacaktır.

İnsan üzerinde yapılan deney ve özellikle tedavi amaçlı deneme faaliyetleri de çoğunlukla birer tıbbi müdahale olduğundan, deney ve denemeyi yapan kişilerin ilmi ve fikri bakımından yeterli bilgi donanımına sahip olması aranacaktır. Bahse konu ilke ile bilimsel araştırmalarda güvenliği sağlanacak kişi, insan üzerinde deney fiili bağlamında gönüllü iken; tedavi amaçlı deneme fiili bağlamında ise hastadır.

Bilim insanları, risklerinin ve yararlarının yeterince değerlendirildiğine emin olmadıkları ya da risklerin potansiyel yararları ağır bastığının görüldüğü araştırmalarda yer almamalıdır.¹⁰⁴

Biyotıp Sözleşmesi'nin “*Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması*” başlıklı 7. maddesi;

“Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.”

Şeklinde düzenlenerek, muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişiler özel olarak korunmuş ve güvence altına alınmıştır.

¹⁰² 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.”

¹⁰³ Esra ALAN 2008, agt. s.25.

¹⁰⁴ Hakan ERTİN ve M. Kemal TEMEL 2016, agm. s.226.

1.4.11 Bilgi Edinme Hakkı

Biyotıp Sözleşmesinin “*Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı*” başlıklı 10. maddesi gereği; herkes, kendi sağlığı ile ilgili bilgilendirilme ve özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu bağlamda kişiler, hastanın yararları bakımından kanun tarafından öngörülen kısıtlama halleri gibi istisnai haller dışında, kendi sağlıklarıyla ilgili toplanmış her türlü bilgiyi de öğrenme hakkına sahiptir ve kişilerin bu anlamda bilgilendirilmeme isteklerine de saygı gösterilecektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 7. maddesinde de bilgi isteme hakkına değinilmiştir. Buna göre; hastalar, sağlık hizmetinden nasıl faydalanabileceği ile ilgili bilgi isteme hakkına sahiptir. Hastanın bilgi isteme hakkı, hangi sağlık kuruluşundan, hangi şartlara göre faydalanabileceği, sağlık kuruluşunun verdiği her türlü hizmet ve imkânın neler olduğu ve kuruluştaki verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü öğrenme haklarını da kapsamaktadır. Madde devamında da tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının, hastayı bilgilendirmek için yeterli teknik donanımı haiz birimi oluşturması ve bu birimde hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek niteliğe sahip personel istihdam etmesi ve kurumun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela veya broşür gibi işaretler bulundurmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Bilgi edinme hakkının klinik araştırmalardaki yansıması, insan üzerinde deney fiili bakımından gönüllü, tedavi amaçlı deneme fiili bakımından hastanın araştırma ile ilgili yeterince bilgilendirilmesi şeklinde olacaktır. Bu bilgilendirme, bilimsel araştırmanın kapsamı, araştırmayı yapmaya yetkili kişiler, araştırmanın yapılacağı kurum, araştırmanın sonuçları ile olası fayda ve zararlarını kapsar nitelikte olmalıdır. Tüm bu konularla ilgili detaylı ve açık bilgilendirmenin ardından kişi rızasını açıklamalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi ya da manevi hiçbir baskı altında olmadan, tamamen kendi özgür iradesine dayalı olarak almasına özen gösterilmesi belirtilerek, bu kapsamda alınacak rızanın yazılı şekil şartına tabi olduğu düzenlenmiştir. Buna göre; araştırmaya başlanmadan evvel mutlaka gönüllüye detaylı ve açık bilgilendirme yapılmalı ve gönüllünün yazılı bir şekilde onayı alınmalıdır.

Primum non nocere, “*Önce zarar verme!*” ilkesi gereğince; hekimler uygulayacakları herhangi bir tıbbi müdahalenin yol açabileceği olası tüm zararları

gönüllüye hatırlatması gerekmektedir.¹⁰⁵ Primum non nocere ilkesi, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmalar için de uygulanmalı ve araştırmaya başlanmadan önce gönüllünün bilgilendirilmesi esnasında olası zararlardan da bahsedilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, bilimsel araştırmanın başında yapılan bilgilendirme her zaman yeterli olmayacaktır. Keza, araştırma sürecinde ve araştırmanın gidişatında yaşanabilecek ve yaşanan tüm değişikliklerin de aynı şekilde gönüllüye detaylı ve açıkça bildirilmesi ve gönüllüden değişiklikler kapsamında yeni durum için yeniden onay alınması gerekmektedir.

Aynı zamanda bu noktada, özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel veri olarak kabul edilen tüm sağlık bilgilerinin üçüncü kişiler ile paylaşılmasının, özel hayatın gizliliğini ihlale sebebiyet vereceğine de değinmek gerekmektedir.¹⁰⁶

1.4.12 Hasta Yararının Üstünlüğü İlkesi

Tıbbi araştırmalar, toplumsal bir yarar beklentisi ile yapılmakta olup; elde edilecek ya da elde edilmesi planlanan yarar ile araştırma nedeniyle oluşabilecek riskler arasında bir denge gözetilmeli ve beklenen yarar, beklenen zarardan fazla olmalıdır. Beklenen yararın beklenen zarardan fazla olması da hasta (tıbbi araştırmalar bağlamında gönüllü ya da hasta) kişinin yararının üstünlüğüne karşılık gelecektir. Tıbbi araştırmalar bağlamında bahsedilen yarar ve zarar kavramları elbette ki muhtemel yarar ve muhtemel zararlardır. Keza, bir tıbbi araştırma tamamen sonuçlanmadan evvel zarar ve yararın tam anlamıyla anlaşılabilmesi mümkün değildir.

Tıbbi araştırmada, araştırmaya katılacak kişiye doğrudan bir yarar sağlanması söz konusu ise yarar ve risk arasındaki oran, araştırmaya katılan kişi lehine yorumlanmalıdır.¹⁰⁷ Bir tıbbi araştırmada araştırmaya katılacak kişiye doğrudan bir yarar sağlanması durumu ile genellikle tedavi amaçlı deneme fiili söz konusu olduğunda karşılaşılmaktadır. Keza, tedavi amaçlı deneme fiilinde, hasta olan kişi üzerinde bilinen tıbbi müdahale yöntemleri denenmiş, bunların kişi üzerinde sonuç

¹⁰⁵ Bkz. Vikipedi,

https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum_non_nocere#:~:text=Almanca%20zuerst%20einmal%20nicht%20schaden,olas%C4%B1%20zararlar%C4%B1%20hat%C4%B1rlatma%20vurgusu%20ta%C5%9F%C4%B1r, ET. 29.05.2023.

¹⁰⁶ Esra ALAN 2008, agt. s.25.

¹⁰⁷ agt. s.20.

vermeyeceği anlaşılmış ve kişinin rızası ile bilimsel yöntemlere uygun bir tedavi denemesi yapılmaktadır.¹⁰⁸ Bu noktada tedavi amaçlı deneme fiilinin asıl olarak hasta (gönüllü kişi)  zerinde sağlayacağı yarara bakıldığı söylenebilir.



¹⁰⁸ Bkz. TCK m.90/4.

BÖLÜM II

İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU

2.1 GENEL OLARAK

Türk hukukunda insan üzerinde deney ve deneme suçları değerlendirilirken, birçok farklı kavrama başvurulmuştur. Bu kavramları genel başlık altında çalışmanın birinci bölümünde ele almıştık. Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinde insan üzerinde deney yapma suçunun yetişkin ve çocuklar üzerinde olmak üzere temelde mağdur bağlamında ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 5. fıkrasında hasta olan insan üzerinde tedavi amaçlı denemede bulunma fiili ise insan üzerinde deney yapma fiilinden ayrı olarak ele alınmıştır. Bu noktada maddenin aslında iki ayrı fiili ele aldığı ve bu bağlamda da iki ayrı suç tipini düzenlediğini söylemek mümkündür.

2.2 KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ceza hukukunda her suç tipi, bir ya da birden fazla hukuki değer korumasına hizmet etmekte olup; bu yolla birden fazla hukuki değeri koruma amacı güden suçlara ise karma hukuki konulu suç adı verilmektedir.¹⁰⁹

İnsan üzerinde deney suçu bağlamında tek bir korunan hukuki değer olduğunu söylemek mümkün değildir. Keza, ilgili suç tipi birçok anayasal ilke ve tıp hukuku ilkesini korumaktadır. Bu bağlamda insan üzerinde deney suçu, karma hukuki konulu suç olarak kabul edilebilir.

İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçları ile korunan hukuki değer, en başta kişilerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ile vücut dokunulmazlığıdır. Keza, insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçları bağlamında fiillerin

¹⁰⁹ Sinan BAYINDIR (2018), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. M.90)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, s. 84, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/38395/445654>, ET. 07.04.2023.

gerçekleşeceği maddi varlık insandır. Deney ve deneme fiilleri ile insanın vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ihlal edileceğinden, bu fiillerin yapılmasının öncesinde kişilerin açık rızasının alınması gerekecektir.

İnsan üzerinde deney suçunun Türk Ceza Kanunu'nda “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmesi de başlıca korunan hukuksal değerın vücut dokunulmazlığı olduğunu gösterir niteliktedir. Ayrıca, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi için her zaman kişinin sağlığına zarar verilmesi şartı da aranmamaktadır. Kimi deneyler, kişinin sağlığına zarar vermese de vücut bütünlüğünü bozmak suretiyle ihlale sebebiyet verebilir.

Kişilerin vücut bütünlüğünün korunması bağlamında insanın vücudundan herhangi bir sebeple ayrılmış olan organlar ile parçalar değerlendirilmezken; vücuta sonradan eklenen yapay organ veya parçalara yönelik müdahaleler değerlendirilirken ise bunların vücutla olan bağlantısının niteliğine ve sürekli olup olmadığına bakılmalıdır.¹¹⁰

Ayrıca, vücut dokunulmazlığının korunması, yalnızca kişinin maddi anlamda vücudu ile sınırlandırılarak değerlendirilmemeli; manevi vücut bütünlüğünün de korunduğu kabul edilmelidir. Keza kişiler üzerinde yapılan psikolojik araştırmalar da somut olayın şartlarına göre insan üzerinde deney suçu bağlamında değerlendirilmekte ve dolayısıyla kişilerin vücut bütünlüğünün manevi yönden de korunmasına hizmet etmektedir.

Danıştay içtihadında;

“Klinik araştırmaların temel insan haklarının başında gelen yaşama hakkı kapsamında bulunan kişi dokunulmazlığını (kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığını) doğrudan ilgilendiren araştırmalar olması sebebiyle, bu araştırmalar yürütülürken bireyin hakları ve sağlığının korunması esastır.”

Denilerek klinik araştırmalar bağlamında korunan birçok hukuki değer içinde öncelikli ve esas olanın yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü olduğu belirtilmiştir.¹¹¹

AİHM, Mcginley ve Egan v. Birleşik Krallık başvurusunda kişilerin yapılan bilimsel araştırma sonucu sağlık sorunları ile karşılaşmaları iddiasını, güvenilir deliller

¹¹⁰ Aydın ZEVLİLİLER (1983), “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, s. 5, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duhfd/issue/22969/245749>, ET. 01.05.2023.

¹¹¹ Bkz. Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2014/9596 E. 2017/7507 K. Numaralı Kararı.

vasıtası ile makul bir şüphe uyandırmaları gerektiğinden bahsetmiştir.¹¹² Bu bağlamda, bir bilimsel araştırma dolayısıyla kişiler vücut bütünlüklerinin bozulduğunu yahut sağlık haklarının ihlal edildiğini iddia ediyor ise makul şüphe uyandıracak düzeyde ispata yönelik deliller göstermelidir.

İnsan üzerinde deney suçunun ulusal ve uluslararası ceza mevzuatında düzenlenmesi ve yaptırıma bağlanmasıyla vücut dokunulmazlığının ve yaşam hakkının yanında, insan onuru ve haysiyeti, sağlık hizmetine erişim hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel hayatın ve kişisel verilerin korunması hakkı da korunma altına alınmaktadır. İnsan üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmalarda, üzerinde araştırma gerçekleştirilecek olan kişinin açık rızasının aranması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasının bir tezahürüdür.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinde bilimsel deneyleri işkence ve kötü muamele yasağı ile düzenlenmesiyle birlikte rızaya dayalı olmayan bilimsel deneylerin insan onurunu zedelediği ve korunan hukuksal değer bakımından işkenceye eşdeğer olduğunu söylemek de mümkündür.¹¹³

Tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, klinik araştırmalarda da ön planda olan husus bilimsel ve genel tıbbi yarardır.¹¹⁴ Kişilerin bireysel olarak korunmasının yanında, insan üzerinde deney suçu ile korunan hukuki yararlarından birisi de kamu sağlığıdır. Keza, insan üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar en nihayetinde tıp biliminin gelişimine katkı sunacak ve dolayısıyla toplumsal bir fayda da sağlayacaktır. Tüm hak ve özgürlüklerin korunmasında olduğu gibi kamu sağlığının korunması yönünden de elbette devlete çeşitli yükümlülükler düşmektedir. İnsanlar üzerinde yapılacak keyfi nitelikte olan ve izinsiz araştırmaların önlenmesi de bu yükümlülüklerden birisi olarak kabul edilebilir.

¹¹² AİHM Mcginley ve Egan v. Birleşik Krallık 21825/93: "...Mahkeme, başvuruçuların Maaş İtiraz Kurulundan olumlu sonuç alabilmeleri için, sağlık sorunlarının silahlı kuvvetlerdeki görevleriyle nedensellik bağlantısı bulunup bulunmadığı meselesi bakımından, güvenilir delillerle makul bir şüphe uyandırmaları gerektiğini gözlemlemektedir. Başvuruçular şikayetçi oldukları çeşitli rahatsızlıklarına Christmans Adası'ndaki testler sırasında zararlı düzeyde radyasyona maruz kalmış olmalarının sebebiyet verdiğini iddia ettiklerinden, Savunma Bakanlığının başvuruçuların radyasyon almadıklarına dair beyanının doğru olmadığı yönünde makul bir kuşku doğurmak için güvenilir deliller göstermek zorundadırlar.

¹¹³ Barış R. ERMAN 2016, agm. s. 14.

¹¹⁴ Hakan HAKERİ 2020, age. s.274.

Kamu sağılığının korunması, bir hukuki menfaat olarak hem insan üzerinde deney suçu hem de tedavi amaçlı deneme suçu bağlamında bireysel fayda ile kıyaslandığında ikincil nitelikte olarak değerdendirilebilir.

İnsan üzerinde deney suçunda, tedavi amaçlı deneme suçuna göre daha ağır basan hukuki yarar, keyfi nitelikte olabilecek bilimsel araştırmalara karşı bireylerin ve toplumun korunması ve bu bağlamdaki genel kamusal yarardır.¹¹⁵

Keyfi nitelikte kabul edilebilecek olan bilimsel araştırmaların bireyler ve toplum üzerinde gerçekleştirilmesinin önlenmesi ve bu yolla da bireylerin ve toplumun korunmasındaki kamusal yarar ve bu yönde devlete yüklenen koruma ve gözetim yükümlülüğü, Anayasal bir hak olan bilim özgürlüğünün¹¹⁶ bir sınırını oluşturmaktadır.¹¹⁷

2.3 İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNUN TİPİKLİĞİN OBJEKTİF UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.3.1 Suçun Faili

İnsan üzerinde deney suçunun faili herkes olabilir. Keza, madde metninde yalnızca “*insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi*” terimi kullanılmıştır. Bu ifade şekli de bizlere deney suçu bağlamında insan üzerinde bilimsel deney yapan herkesin suçun faili olabileceğini gösterir durumdadır. Bu doğrultuda, kanunun lafzına bakıldığında failin bilimsel ya da tıbbi bir deney yapmaya yetkili bir kişi olması gibi bir şart aranmadığı; dolayısıyla insan üzerinde deney suçunun özgü suç niteliğinde olmadığını göstermektedir. Öğretide bu hususun kanun metninde yer almıyor olmasını eksiklik olarak gören görüşler de mevcuttur.¹¹⁸

İnsan üzerinde deney suçunun özgü suç tipi olarak tanımlanması gerektiği görüşüne göre; deney suçu bakımından failin “*bilimsel deney yapmaya yetkili kişi/kişiler*” olarak belirtilmesi uygun olacakken; aksi görüş sahiplerine göre ise suçun faili herkes olabileceğinden bilimsel deney niteliği taşıyan her türlü faaliyeti yapan

¹¹⁵ Burcu ERTEM 2015, agt, s.531.

¹¹⁶ Bkz. Anayasa m.27: “*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değıştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.*”

¹¹⁷ Burcu ERTEM 2015, agt, s.531.

¹¹⁸ Esra ALAN 2008, agt. s. 48.

kişi, niteliğine bakılmaksızın fail olacaktır. Ancak, insan üzerinde deney suçu genel olarak tıp alanında teşhis veya tedavi amaçlı araştırmalar yapan kişiler tarafından işlenmektedir.¹¹⁹

İnsan üzerinde deney suçunun yalnızca “*bilimsel deney yapmaya yetkili kişiler*” tarafından işlenebileceğı ve bu nedenle de ilgili suçun özğü suç olduğunu savunan görüşler¹²⁰ olsa da kanaatimizce bilimsel deney yapmaya yetkili kişilerin kim olacağına dair herhangi bir sınırlandırma yoktur. Tam da bu nedenle insan üzerinde deney suçu herkes tarafından işlenebilir. Keza, kanunda suçun faili olabilecek kişiler bağlamında özel olarak herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır ve bu nedenle de insan üzerinde deney suçu herkes tarafından işlenebilir.¹²¹ İnsan üzerinde deney suçunun herkes tarafından işlenebileceğine uluslararası bir örnek olarak; Amerika’nın California eyaletinde yer alan Science for the Masses isimli bağımsız bir bilim kuruluşunun, insana karanlıkta görme yeteneğı kazandıran bir göz damlası geliştirdiklerini açıklaması gösterilebilir.¹²²

Bir görüşe göre, kanun metninde “*bilimsel deney*” kavramı kullanılmış olsa da bu kavram kullanılırken failin bilim insanı olması gerekliliğı gibi bir sınırlama getirilmediğini; böyle bir sınırlama getirilecek olması ihtimalinde kanun koyucunun bunu açıkça düzenlemiş olması gerektiğı savunulmuş ve bilim insanları dışındaki kişilerin de fail olabileceğı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, genel olarak tıbbi standart dışı yeni metotlara yönelik yapılan araştırmalardan dolayı ortaya çıkacak sonuçlardan araştırmayı yapan kişi ve kurumlar sorumlu olacaktır.¹²³

Aynı görüş, insan üzerinde deney suçunu fail bakımından değerlendirirken; bilimsel amaçlı olmayan deneylerin cezalandırılabilirliğı konusunu da tartışmış ve TCK m. 90’ın yalnızca bilimsel deneyler için uygulanabileceğı, bilimsel amaç taşımayan deneyler için ise genel hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması

¹¹⁹ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ (2023), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.313.

¹²⁰ Bkz. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2015, age. s.82.

¹²¹ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 313.

¹²² Murat DENİZ (2015), “İnsana “Gece Görüşü” Kazandıran Buluş”, 30 Mart 2015, <https://www.egitimajansi.com/haber/insana-gece-gorusu-kazandiran-bulus-haberi-39255h.html>, ET. 03.11.2023.

¹²³ Hakan HAKERİ 2020, age, s.275.

gerektiği, fail ve cezalandırılabilirliğin ancak bu yolla belirlenebileceğini savunmuştur.¹²⁴

İnsan üzerinde deney suçu kanunda düzenlenirken failin nitelikleri anlamında bir sınırlandırma getirilmemiş olsa da uygulamada bu suçun failinin genellikle hekimler ya da tıp alanında insanlar üzerinde araştırma yapan bilim insanları ve araştırmacıların olabileceği anlaşılmaktadır.¹²⁵

Kanaatimizce, bilimsel deney yapmaya yetkili kişi belirlenirken, kişilerin tıp biliminin standartlarına ve gereklerine hâkim olmasına dikkat edilmelidir ve hatta direkt olarak bilimsel araştırmayı yapan kişi olmasa da araştırmanın içerisinde faal olarak bir tıp doktorunun bulunuyor olması şartı aranmalıdır.

Özellikle, tıbbi müdahale vasfını haiz olarak, tıp hukuku bağlamında değerlendirdiğimiz insan üzerinde yapılan bilimsel araştırmalardan doğrudan insan üzerinde invaziv biçimde uygulananlarda, bir bilimsel araştırmayı yapan kişi olmasa dahi kişinin sağlığı ve yaşam hakkının korunması maksadıyla bir tıp doktorunun desteği alınmalıdır.

Şu haliyle, insan üzerinde deney suçunun bir hekim ya da sağlık mesleği mensubu tarafından işlenmesi şartı aranmadığından; hekimlik ya da sağlık mesleği mensupları açısından meslekten menedilmek, suçun faili olmayı etkilemeyecektir.¹²⁶

İnsan üzerinde deney suçu, çok failli bir suç olmayıp; tek bir hekim ya da bilim insanının bu suçun faili olması mümkündür.¹²⁷ İnsan üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar yetkili tek bir kişi tarafından yapılabileceği gibi; birden fazla kişi tarafından da yapılabilir. Bilimsel araştırma, ekip çalışmasını gerektirir nitelikte ise araştırmanın niteliğine uygun bir ekip ile çalışılmalıdır. Araştırmanın birden fazla kişi tarafından yapılması durumunda ise insan üzerinde deney suçu bağlamında iştirak hükümleri değerlendirilecektir. Suça iştirak konusu çalışmanın devamında “*Suçun Özel Görünüm Şekilleri*” başlığı altında detaylı olarak incelenmiştir.

¹²⁴ age s.520.

¹²⁵ age s.519.

¹²⁶ Burcu ERTEM 2015, agt. s.534.

¹²⁷ Hakan HAKERİ 2020, age. s.521.

2.3.2 Suçun Mağduru

Ceza hukuku bağlamında mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kişiyi ifade etmektedir.¹²⁸ Dolayısıyla insan üzerinde deney suçu bakımından mağdur, üzerinde deney eylemi gerçekleştirilen kişidir. İnsan üzerinde deney suçunun mağduru, esasen suçun lafzından da anlaşılacağı üzere gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler, bu suçun mağduru konumunda bulunamazlar.

Çalışma içerisinde kavramları tanımlarken “İnsan” başlığı altında kişi kavramını da tanımlamıştık. Kişilik, Türk Medeni Kanunu bağlamında tam ve sağ doğum ile başlayacağından; embriyo veya ceninin insan üzerinde deney suçu bakımından mağdur olamayacağı söylenebilir.¹²⁹

Cenin üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar, henüz kişiliği oluşmadığından cenine karşı suç oluşturmaya da ceninin anne karnında bulunması nedeniyle anneye karşı işlenmiş olarak kabul edilebilecektir.¹³⁰ Cenin üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmalarda önem taşıyan ve değinilmesi gereken husus, rıza konusudur. Keza, bu bağlamda ceninden rıza alınamayacağından, bu noktada önem arz eden, aslında kendisi üzerinde bilimsel araştırma gerçekleştirildiği kabul edilebilecek olan anneden rızanın alınacak olmasıdır. Cenin üzerinde yapılan deney sonucu bebeğin düşmesi olayı gerçekleşirse, deneyi yapan kişiler bakımından çocuk düşürme ya da taksirle yaralama suçu; rızayı veren kişi bakımından ise çocuk düşürme suçu gündeme gelebilecektir.¹³¹

Türk hukukunda embriyonun korunması, kök hücre ve genetik araştırmalar gibi konularda özel mevzuat bulunmaması ve hem uygulamada hem de öğretilerde bir kişinin ancak anneden tam ve sağ doğması koşulu ile kişi kabul edildiği ve bu doğrultuda kişiliğin başlangıcında doğum esas alındığı için yalnızca insan onuru teriminin bu anlamda yetersiz kaldığı düşünülmektedir.¹³²

Yaşam hakkı ile insan onuru birbiriyle bağdaşan kavramlar olsa da tam anlamıyla birlikte de değerlendirilmemelidir. Bu doğrultuda, yaşam hakkı olmayan

¹²⁸ Sinan BAYINDIR 2018, agm. s.91.

¹²⁹ Gülşah GÜVEN (2016), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 90, Sayı 4, s.224, <https://jurix.com.tr/article/16145>, ET. 10.04.2023.

¹³⁰ Barış R. ERMAN 2016, agm. s. 22.

¹³¹ agm s. 22.

¹³² Yener ÜNVER (2008), “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı 7, s. 71, <https://www.jurix.com.tr/article/2896#>, ET.10.11.2023.

yerde insan onurunun da olmayacağı gibi bir sonuca varılamaz çünkü ölümler hakkında onur koruması ölümün ardından devam etmektedir.¹³³ Aynı durum cenin için de geçerlidir. Cenin üzerinde yapılacak olan bilimsel araştırmalar, insan onurunun korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada ceninin yaşam hakkı bağlamında ölümlerden ayrılan bir durumu olduğu da kabul edilmelidir. Keza, ölümlere nazaran ceninin tam ve sağ doğma ihtimali mevcuttur.

Ayrıca, kanun lafzından yola çıkılacak olursa; madde metninde “*insan üzerinde*” tabiri kullanıldığından suçun mağdurunun ölümler de olamayacağı¹³⁴ ve bu yolla otopsi sırasında yapılacak bilimsel araştırmaların da TCK m. 90 bağlamında değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

İlaç görünümünde olup; kişiyi deneye yalnızca psikolojik olarak dahil eden plasebo uygulaması soyut tehlike suçunu oluşturacağından, plasebo uygulanan kişilerin de ilgili eylem bağlamında mağdur konumunda olabilmeleri mümkündür.¹³⁵ Deney suçu bir tehlike suçu olduğundan bilimsel araştırma sonucunun başarılı ya da başarısız olması, suçun oluşumuna etki etmeyecektir.¹³⁶ Keza, deney faaliyeti sonucu kişinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi gibi bir sonuç aranmamaktadır. Bilimsel bir deneyin yapılması suçun oluşumu için yeterli görülmektedir.

2.3.3 Suçun Konusu

İnsan üzerinde deney suçunun maddi konusu insandır. TCK m. 90/1 düzenlenirken “*insan üzerinde*” ifadesi kullanılmışsa da suçun maddi konusu değerlendirilirken bu ifade, insan vücudu üzerinde olarak sınırlandırılmamış ve insanın maddi ve manevi tüm bütünlüğü kastedilmiştir. Keza, insan üzerinde deney suçu kişinin yalnızca maddi varlığı olan vücudu üzerinde değil; manevi varlığı üzerinde de psikoloji deneyleri olarak gerçekleştirilebilir.

¹³³ Erdal YERDELEN (2014), “Klonlamanın (Kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 3, s.659, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42402/510721>, ET. 01.11.2023.

¹³⁴ Hakan HAKERİ 2020, age. s. 522.

¹³⁵ Veli Özer ÖZBEK, Mehmet Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ ve İlker TEPE (2015), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, ss.244, Aktaran Sinan BAYINDIR 2018, agm. s.91.

¹³⁶ Burcu KALKAN OĞUZTÜRK (2015), *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.48, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=zw0MizTju8yir7xGh-Ddbw&no=Crik3VtMN_kQC32BR841fg, ET. 03.11.2023.

İnsan üzerinde deney suçunun yaşayan bir insanın maddi ve manevi varlığı üzerinde gerçekleştirilmesi dışında, insan vücudundan ayrılmış organ ve parçalar üzerinde gerçekleştirilmesi durumu irdelenmelidir. İnsan vücudundan ayrılmış parçalar üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar, kanunun lafzından hareketle insan üzerinde deney suçunu oluşturmayacaktır. Keza insan vücudundan ayrılmış parçalar üzerinde yapılmış bilimsel araştırma, insan üzerinde yapılmış olarak kabul edilemeyecektir. İnsan üzerinden alınmış parçalar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar somut olaya göre, vücudundan parça alınarak araştırma yapılan kişi yaşıyorsa yaralama; ölü ise kişinin hatırasına hakaret suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ek olarak, bir deneyin insan üzerinde deney suçunu oluşturabilmesi için bilimsel olması gerekmektedir. Bilimsel olmayan deneyler, insan üzerinde gerçekleştirilmiş olma şartını sağlasalar dahi insan üzerinde deney suçunu oluşturmayacak; kişi üzerindeki etkisine ve somut olayın niteliğine göre kasten yaralama ya da öldürme gibi suçları oluşturabilecektir.¹³⁷ Keza, madde metninde direkt olarak “*insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi*” tabiri kullanılmıştır.

2.3.4 Fiil

Bir suçun gerçekleştiğinin kabulü ve cezalandırılabilirliğinin değerlendirilebilmesi için öncelikle buna yönelik bir fiil bulunmalıdır. İnsan üzerinde deney suçunun oluşumunda maddi (objektif) anlamda tipiklik unsuru açısından fiil, insan üzerinde bilimsel deney yapmaktır. Bu kapsamda insan üzerinde deney suçunun oluşumu için insan üzerinde bilimsel nitelikte bir deney yapılması yeterlidir.

İnsan üzerinde deney suçunun oluşumu için fiilin teknik anlamda bilimsel bir deney olarak kabul edilebilmesinden ziyade; deneyin bilimsel amaçla yapılmasının yeterli olduğunu belirten görüşler de mevcuttur.¹³⁸ Ancak kanaatimizce, insan üzerinde deney suçu kapsamında failin, hukuka aykırı bir bilimsel deney yapma amacıyla hareket edip etmediğine bakılmaksızın; teknik anlamda yapılan müdahalenin

¹³⁷ Veli Özer ÖZBEK, Mehmet Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACAŞIZ (2012), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.250, Aktaran Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 314.

¹³⁸ Bkz. Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 314.

bilimsel deney olup olmadığına bakılır. Keza, failin bilimsel amaç güttüğü her deneye bilimsel deney denilemeyecektir.

Sonuç itibariyle, yapılan müdahale teknik olarak bilimsel bir deney olarak kabul edilmezse; fail, insan üzerinde deney suçunu işlememiş olacaktır.¹³⁹ Keza, madde metninde tipe uygun fiil açıkça “bilimsel deney yapmak” olarak belirlenmiştir. Biyotıp Sözleşmesi’ne Ek Protokol’ün 8. maddesinde de araştırmaların bilimsel bir temele sahip olması ve genel kabul görmüş bilimsel ölçütlere uygun olması gerektiği hususları üzerinde durulmuştur.¹⁴⁰

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olarak tanımlanmıştır.¹⁴¹ Kanaatimizce, tıbbi deneyler, tıbbın bir bilim olması nedeniyle bilimsel deney statüsünde değerlendirilecektir. Bu durumlar için tıbbi müdahale tanımından da hareketle, bilimsel araştırmanın tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusu tartışılabilir. Tıbbi bir deneyde, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, tıbbi bir müdahale gerçekleştirilmiş olsa da insan üzerinde deney suçunda failin tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi olması gibi bir şart aranmadığının da tekrar altının çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gereken şartlardan birisi hukuken öngörülmüş olan amaçlara yönelmiş olmasıdır.¹⁴² Yargıtay 12. Ceza Dairesi 30.03.2015 tarihli kararında Yüksek Sağlık Şûrası kararlarına dayanılarak, tıbbi endikasyon olmadan müdahale gerçekleştiren bir hekimin eylemi sonucu ölüm olayının gerçekleşmesinde yargılamayı “*taksirle öldürme*” suçundan yapmış ve bu yönde bir hüküm kurmuştur.¹⁴³

¹³⁹ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s. 81.

¹⁴⁰ Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne Ek Protokol m. 8: “*Her araştırmanın bilimsel bir temele sahip olması, genel kabul görmüş bilimsel ölçütlere uygun olması ve nitelikli bir araştırmacının denetiminde ilgili profesyonel zorunluluklar ve standartlar uyarınca uygulanması zorunludur.*”

¹⁴¹ Bkz. HHY m.4.

¹⁴² Onur KORU (2021), “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, s.494, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/64042/899101>, ET. 05.05.2023.

¹⁴³ “*Beyin ve sinir cerrahi uzmanı olan sanığın, 1991 yılında sırtına ağırlık düşmesi sonucu omurları kırılmış, bacakları felç olmuş 1972 doğumlu ölen hastayı, olaydan 6 ay önce muayene ettikten sonra,*

İnsan üzerinde deney suçunda “bilimsel bir deney” ifadesinden hareketle, kanuni tipin kapsamına failin araştırma ile bilimsel bir amaç gütmemesinin yanında, bilimsel amaçlı olmasa da bilimsel yöntem ve standartlarla yürütülen deneyler de dahil kabul edilmelidir.¹⁴⁴

İnsan üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneylerin Türk Ceza Kanunu bağlamında suç teşkil edebilmesi için tıbbi nitelikli olmaları şartı aranmamakta olup; tıp alanı dışındaki alanlarda da yapılan bilimsel deneyler de bu madde kapsamında belirlenen koşullara tabi olacaktır.¹⁴⁵

Sonuç itibariyle, tıbbın bir bilim olması da göz önünde bulundurularak, tıbbi deneylerin de bilimsel deneyler içerisinde değerlendirileceğinin; ancak belirttiğimiz üzere, insan üzerinde deney suçunun düzenlenişi bakımından “bilimsel” deneyin kapsamının, yalnızca “tıbbi” deneyler ile sınırlandırılmayacağının altını çizmek gerekir.

2.3.5 Hareket ve Hareketin Düzenlenişine Göre İnsan Üzerinde Deney Suçunun Niteliği

Dış dünyada iradenin açığa vurulmasını ifade eden her türlü davranış olan hareket, insanla hukuk arasındaki ilk ilişki olup; suçun dinamik unsurunu oluşturmaktadır.¹⁴⁶

Hareket, ceza hukukunda birçok türde incelenmiştir. Hareketin sayısı bakımından bir değerlendirme yapıldığında; insan üzerinde deney suçunun tek hareketli suç olduğunu söylemek mümkündür. Keza, tek hareketli suçlarda suçun

ameliyatla iyileşebileceği, yeni gelişen sırt ağrılarından kurtulabileceği, bacaklarında gelişen sıçramaların ve omurilik gerginliğine bağlı bulguların düzelebileceği, rehabilitasyona yardımcı olacağını söyleyerek, olay günü, özel hastanede ameliyata aldığı, ameliyat sırasında hastanın kalp yrtılmasına bağlı iç kanama nedeniyle müdahaleye rağmen kurtarılamayarak hayatını kaybettiği olayda; sanığın, DIC gelişmesi sonrası kalpte enfarkt meydana geldiği ve yırtığın bu nedenle oluştuğunu ifade etmesine rağmen, ... İhtisas Kurulu ve Yüksek Sağlık Şurası raporlarına dayanılarak, yapılan ameliyatın gerekliliğinin bulunmadığı, damar yaralanmalarını engellemek amacıyla sol taraftan giriş yapılmadığı, bu tip operasyonlarda büyük damar yaralanmaları görülebilmekle birlikte literatürde bu tip operasyonlar sırasında geliştiği bildirilen kalp yaralanması bulunmadığı, histopatolojik bulguların DIC ve enfarktüsle uyumlu olmadığı, dolayısıyla ölüm olayının meydana gelmesinde kusurlu olduğu kabul edilerek mahkumiyetine karar verilmesinde isabetsizlik görülmüştür.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi 30.03.2015 T., 2014/9975 E., 2015/5409 K.)

¹⁴⁴ Burcu ERTEM 2015, agt. s.535.

¹⁴⁵ Hakan HAKERİ 2020, age, s.521.

¹⁴⁶ Timur DEMİRBAŞ 2017, age. s.222-223.

oluşması için birden fazla hareket aranmamakta, fail tarafından tek bir hareketin gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilmektedir. TCK m. 90 lafzına bakıldığında insan üzerinde deney suçu, bilimsel deney yapma hareketi ile gerçekleşecek; suçun oluşumu için başkaca bir hareket aranmayacaktır. Yani, insan üzerinde deney suçu bağlamında tipe uygun eylemin “*bilimsel deney yapmak*” olduğunu söylemek mümkündür.

İnsan üzerinde deney suçunda hareketin “*bilimsel deney yapmak*” ile sınırlandırılmaması ve madde metninden “*bilimsel*” ibaresinin kaldırılması gerektiğini savunan bazı görüşler de mevcuttur.¹⁴⁷ Bu görüş sahiplerine göre, insan üzerinde yapılan bilimsel olmayan deneyler de mevcut olup; bu deneylerin de TCK m. 90 hükmüne göre cezalandırılabilir kılınması gerekmektedir.

Failin hareketi ile dış dünyada gerçekleşen değişiklik olarak tanımlanan netice, normalde hareketten ayrı bir şey olsa da kanunun neticeyi göstermediği ve yalnızca belirli bir hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığını kabul ettiği suçlar (sırf hareket suçları) da vardır.¹⁴⁸ İnsan üzerinde deney suçunda hareketin gerçekleşmesiyle tipiklik de gerçekleşeceğinden, ilgili suç tipi kural olarak sırf hareket suçu niteliğini haizdir.¹⁴⁹ Keza madde metnine bakıldığında, insan üzerinde deney yapma hareketinin gerçekleşmesi yeterli olup; bu hareketinin ardından başkaca bir netice aranmadığı görülecektir. İnsan üzerinde deney suçunda kanun münferit fiilleri değil, o fiillerden oluşan faaliyetin kendisini suç olarak kabul etmekte olup; deney fiili başlar başlamaz suç oluşmaktadır.¹⁵⁰

Kanun koyucunun yalnızca bir zararı değil, zarar tehlikesini de cezalandırmayı öngördüğü suçlar, tehlike suçları olarak tanımlanmaktadır. Tehlike suçlarında hareket, korunan değere henüz bir zarar vermemiştir ancak kanun koyucu zarar verme ihtimali nedeniyle faili cezalandırır.¹⁵¹ Hareketin yapılmasının cezalandırılabilirlik için yeterli olduğu ve gerçek bir zarar tehlikesine ihtiyaç duyulmadığı durumlarda soyut tehlike suçu; gerçek bir zarar tehlikesinin arandığı durumlarda ise somut tehlike suçu

¹⁴⁷ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN (2008), “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90)”, Ugur Alacakaptan’a Armagan, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları*, Cilt: 1, Birinci Baskı, İstanbul, s. 553, Aktaran Esra ALAN 2008, agt. s. 49.

¹⁴⁸ Timur DEMİRBAŞ 2017, age. s. 222.

¹⁴⁹ Burcu ERTEM 2015, agt. s. 533.

¹⁵⁰ Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem ÖZEN (2013), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, s. 99.

¹⁵¹ Timur DEMİRBAŞ 2017, age. s. 247.

gündeme gelecektir.¹⁵² Türk Ceza Kanunu'nda, insan üzerinde deney fiilinin gerçekleşmesi sonucu mağdur üzerinde herhangi bir zarar doğması şartı aranmadığı da görülecektir ve bu nedenle de ilgili suç tipi soyut tehlike suçları arasında değerlendirilecektir.

İnsan üzerinde deney suçunun oluşabilmesi için üzerinde deney fiili gerçekleştirilen mağdurun sağlığının bozulması ya da ölmesi gerekmediğinden; ilgili suç tipi soyut tehlike suçudur.¹⁵³ İnsan üzerinde deney fiili sonucu mağdurun sağlığının bozulması ya da ölmesi gibi durumlarda ise yaralama ve öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. TCK m. 90/5 hükmünde deney suçu sonucu mağdurun ölmesi yahut yaralanması hallerinde kasten öldürme ve kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. İlgili hüküm öğretide eleştiriye maruz kalmıştır. Hüküm ile ilgili detaylı inceleme ve yorum, “Yaptırım” başlığı altında yapılmıştır.

2.4 İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNDA TİPİKLİĞİN SUBJEKTİF UNSURLARI

Subjektif tipiklik yönünden bakıldığında, insan üzerinde deney suçu kasten işlenebilir. Bu noktada özel kast aranmaz.

İnsan üzerinde deney yapan kişinin kastı yalnızca insan üzerinde deney yapmak değil de yaralamak, öldürmek, işkence gibi başkaca şeyler de olabilir. Failin kastının yalnızca insan üzerinde deney yapmak olmadığı; başkaca suçlar teşkil eden fiillere yönelik olduğu durumlarda ise kastın esas olarak yöneldiği fiil bağlamında değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu bağlamda, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden araştırmalarda yaralama suçunun unsurları açısından geçitli suç söz konusu olabilecek ve aktif süjenin kastı belirleyici olacaktır.¹⁵⁴

Geçitli suç, kişinin daha ağır bir suça (amaç suç) ulaşabilmek için daha hafif bir suçun (araç suç) işlemesi durumudur.¹⁵⁵ Örneğin; failin mağdura karşı asıl kastı olan öldürme sonucunun gerçekleşebilmesi için, sırf daha az cezayı gerektirmesi

¹⁵² age s.247.

¹⁵³ Hakan HAKERİ 2020, age. s.521.

¹⁵⁴ Burcu ERTEM 2015, agt. s.537.

¹⁵⁵ Mustafa ÖZEN (2010), “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIV, Sayı 1, s. 409, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789560>, ET. 15.05.2023

nedeniyle ve bir anlamda kanunu da dolanarak insan üzerinde deney fiili yoluyla amacına ulaşması halinde geçitli suç söz konusu olacaktır. İnsan üzerinde deney suçu bağlamında değerdendirildiğinde, bilimsel araştırma yapma hareketi kasten yaralama ya da öldürme sonucunun gerçekteşebilmesi için bir araç olarak kullanılıyorsa geçitli suç söz konusu olacaktır.

2.5 HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

2.5.1 Genel Olarak

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için her şeyden önce hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ulusal ve uluslararası hukukta açıkça hukuka aykırı olarak düzenlenmemiş bir fiil, cezai bir yaptırım da gerektirmeyecektir.

İnsan üzerinde deney suçu da hem ulusal hem de uluslararası yasal metinlerde düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır. Elbette insanlar üzerinde gerçekteşirilen her bilimsel deney cezalandırılmayacak, ancak yasal metinlerde belirtilen hususlar ışığında hukuka aykırı olarak değerdendirilenler cezalandırılacaktır.

İnsan üzerinde yapılan bir deney fiilinin kural olarak somut olaya göre kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarını oluşturduğunu belirtmek gerekir.¹⁵⁶ En temelde bu fiiller gönüllünün vücut bütünlüğünü bozuyorsa, kasten yaralama; kişinin ölümüne sebebiyet veriyorsa da kasten öldürme suçlarından bahsetmek mümkün olacaktır ancak bu fiiller TCK m. 90’da doğrudusunda tipikliğe uygun olduğu sürece insan üzerinde deney suçu kapsamında değerdendirilecektir.

2.5.2 Deney Suçu Yönünden Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İlgilinin Rızası

2.5.2.1 Doktrinde Deney Suçuna İlişkin Hangi Hukuka Uygunluk Sebebinin Esas Alınacağına Dair Görüşler

Kanun koyucu tarafından ceza normunda yasaklanan ya da emrolunan fiiller, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde suç teşkil etmemektedir.

Somut bir olay bakımından objektif ve subjektif tipikliğin gerçekteştiği hallerde, ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan bahsedilebilmesi için ayrıca ortada herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmaması gerekir. Her ne kadar tipiklik, hukuka aykırılığa bir karine teşkil etse de bu karine somut olayda bir hukuka

¹⁵⁶ Hakan HAKERİ 2020, age. s.277.

uygunluk sebebinin ortaya çıkmasıyla ortadan kalkmakta ve ceza hukuku anlamında haksızlıktan bahsetmek de mümkün olmamaktadır.¹⁵⁷

İnsan üzerinde deney suçunda hangi hukuka uygunluk nedeninin esas alınacağına dair öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş sahiplerine göre; deney suçunda uygulanabilecek tek hukuka uygunluk nedeni gönüllünün rızasıdır.¹⁵⁸ Bu görüş sahiplerine göre; rıza, kanun metninde açıkça belirtilmemiş olup; suçun maddi unsurları arasında sayılmamakta ancak deney fiilini hukuka uygun hale getiren bir neden olarak kabul edilmektedir.

Diğer görüş sahiplerine göre ise deney suçunda gönüllünün rızası, tipikliği ortadan kaldıracak niteliktedir.¹⁵⁹ Bu görüş sahiplerine göre rızanın yokluğu insan üzerinde deney suçunun maddi unsurlarından olup; gönüllünün rızasının varlığı halinde maddi unsurlardan biri oluşmamış olacak ve buna bağlı olarak da TCK m. 90 bağlamında tipik fiil oluşmayacaktır.

Kanaatimizce, insan üzerinde deney suçu bağlamında gönüllünün rızası tipikliğe dahil olmayıp; ancak bir hukuka uygunluk nedeni olarak varlık gösterebilir. Ayrıca, zorunluluk hali, kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri bu suç tipi bakımından geçerli olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 2. fıkrasında fiilin "*ceza sorumluluğu gerektirmemesi için*" denilerek bazı şartlar sayılmıştır. Bu şartların tipikliğe dahil olup olmadığı; hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilmediği konusunda öğretilerde görüş farklılıkları mevcuttur. Öncelikle, kanaatimizce TCK m. 90/2'de sayılan bu şartlar tipikliğe dahil değildir. Keza, insan üzerinde deney suçu bağlam itibarıyla TCK m. 90/1'de açıkça düzenlenmiş; insan üzerinde bilimsel bir deney yapmak bir suç olarak cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre insan üzerinde deney suçunda tipe uygun fiil bilimsel bir deney yapmaktır. TCK m. 90/2'de sayılan şartlar, tipe uygun fiilin oluşması engellemeyecektir.

TCK m.90/2'de sayılan bu şartlar;

- Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

¹⁵⁷ Bkz. Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ (2020), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 107.

¹⁵⁸ Burcu ERTEM 2015, agt. s.258.

¹⁵⁹ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.314.

- Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,
- İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,
- Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,
- Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,
- Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,
- Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmamasıdır.

Bir görüşe göre; TCK m. 90/2’de sayılan şartlar, hukuka uygun bir bilimsel deney için gereken şartlar olup; bu şartların yokluğu halinde deneye baştan izin verilmemektedir.¹⁶⁰ Anılan şartları hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul eden bu görüş, birden fazla hukuka uygunluk nedeninin varlığını kabul etmektedir.

Diğer görüş sahiplerine göre ise TCK m. 90/2’de sayılan şartlar, rızanın mutlak suretle tasarruf edilebilirliği kapsamında değerlendirilmekte ve aynı zamanda bilimsel deneyin kabul edilebilir asgari şartlarına işaret etmektedir.¹⁶¹ Buna göre; TCK m. 90/2 düzenlemesinin “a” bendi ile “f” bentleri arasındaki şartlar mutlak surette tasarruf edilebilir bir hakkın mevcudiyetine ilişkin olup; “g” bendindeki şart ise rızasının şekil ve geçerlilik şartına ilişkindir.¹⁶²

Kanaatimizce özellikle TCK m. 90’da “d” ve “e” bentlerinde sayılan “deneyin insan sağlığı üzerinde öngörülebilir kalıcı etki bırakmaması” ve “deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması” şartları kişinin doğrudan yaşam hakkını etkileyebilecek düzeyde fiillere engel olmaktadır. Kişilerin yaşam hakkını doğrudan ihlal eden bir fiile rıza

¹⁶⁰ Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem Özen 2013, age. s. 100; Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.99.

¹⁶¹ Burcu ERTEM 2015, agt. s. 544.

¹⁶² agt s. 545.

gösteremeyeceğinden de hareketle; bu şartlar rızada mutlak surette tasarruf edilebilirlik şartlarından kabul edilmelidir.¹⁶³

İnsanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalarda Anayasa'nın 17. maddesi doğrultusunda insan onurunun korunması gerektiğine değinmiştik. Bu noktada, Anayasa m. 17 ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 7 kapsamında deney suçu bağlamında salt rızanın yokluğu insan onuruna aykırılığa sebep olabilecektir.¹⁶⁴

2.5.2.2 Bilimsel Deneye Yönelik Rızanın Geçerlilik Şartları

Tarafımızca insan üzerinde deney suçu bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rıza konusunda, rızanın geçerlilik şartlarının değerlendirilmesi gerekecektir. Keza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak rıza, gönüllünün özgür iradesine dayanmalı ve geçerli olmalıdır. Bu kapsamda rızanın kişinin özgür iradesine dayanması gerektiği Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 7. maddesinde de “*serbest iradesi olmadan*” ifadesi vurgulanarak açıkça hüküm altına alınmıştır. Kişinin insan üzerinde deney fiiline kendi özgür iradesi olmadan, çeşitli ve başkaca etkiler altında rıza vermesi halinde, bu rıza fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol'ün 13. maddesinde araştırma katılımcıları için bilgi, 14. maddesinde muvafakat verilmesi ve 15. maddesinde ise muvafakat verme yetisi olmayan kişilerin korunması konuları düzenlenerek rıza üzerinde durulmuştur.

İnsan üzerinde deney bağlamında rıza, yapılacak olan bilimsel araştırmanın tüm mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli aydınlatmaya dayalı olmalı ve tedavi amaçlı deneme suçuna benzer şekilde yazılı alınmalıdır. İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu da bu bağlamda bir bilgilendirilmiş gönüllü olur formundan bahsetmiştir. Buna göre; bilgilendirilmiş gönüllü olur formu, araştırma hakkında ayrıntılı ve anlaşılır bilgiler verilerek alınan rızayı yazılı şekilde ispatlayan belge olarak tanımlanmıştır.¹⁶⁵

¹⁶³ agt s.545.

¹⁶⁴ agt s.530.

¹⁶⁵ Bkz. İKU m.2.10.

Bu noktada, kişinin rızasına dayalı olan fakat kişinin yararına değil, zararına olan bilimsel araştırmaların hukuka uygun kabul edilemeyeceğini de belirtmek gerekir.¹⁶⁶

Ayrıca, kanaatimizce Bakanlık izni ve etik kurul onayı da rızanın geçerlilik durumunu etkileyen unsurlardan birisi olarak kabul edilmelidir. Bu kabulün nedeni “*Bakanlık İzni ve Etik Kurul Onayı*” başlığı altında detaylı biçimde açıklanacaktır.

2.5.2.3 Bakanlık İzni ve Etik Kurul Onayı

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun ek 10. maddesinde; herhangi bir tedavi yöntemi ya da aracının veya ruhsat ve izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyoloji, bitkisel, kozmetik ürünler ve bunların hammaddeleri ve tıbbi cihazların bilimsel araştırma maksadıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bunun dışında Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 32. maddesinin 1. fıkrasında da Bakanlığın izni ve kişinin rızası olmaksızın tecrübe, araştırma ya da eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 36. maddesinde de özel mevzuata göre izin alınmış olsa bile tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde hastanın rızası olmadan ve Bakanlığın izni bulunmadan hiçbir ilaç ve terkip kullanılamayacağı belirtilmiştir.

İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu’na göre etik kurullar;

*“Gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliğinin korunması amacıyla araştırma ile ilgili diğer konuların yanı sıra gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alınacak olurlar hakkında bilimsel ve etik yönden görüş vermek üzere teşkil edilecek ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca onaylanacak bağımsız kurullardır.”*¹⁶⁸

Bahsettiğimiz etik kurullar ile Sağlık Bakanlığı’nın klinik araştırma süreçlerine ilişkin olarak tüm görev ve yetkileri ile başvuru süreci, bu sürecin yürütülmesi Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Doğan SOYASLAN (2020), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.189.

¹⁶⁷ HHY m.32/1: “Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.”

¹⁶⁸ Bkz. İKU m.2.22.

¹⁶⁹ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.89.

KAHY bağlamında etik kurulların yapısı 26. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; etik kurullar, gönüllü hakları, güvenliği ve esenliğinin korunması maksadıyla, araştırma ile ilgili diğer tüm konularla birlikte gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak olan yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alınacak olan olur belgeleri hakkında bilimsel ve etik yönden değerlendirme yapılması için üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitilmiş olan sağlık meslek mensubu olan en az yedi ve en çok on beş üyeden oluşmaktadır.

Etik kurullar, araştırma başvuruları hakkındaki görüşlerini belirtir ve bunu yaparken araştırmalardan beklenen yarar ve zarar analizi, araştırmaların bilimsel bir veriye ve yeni bir hipoteze dayanıp dayanmadığı, araştırmanın öncelikle insan dışı deney ortamında ya da yeterli sayıda hayvan üzerinde yapıp yapılmadığı, araştırmaların insan üzerinde yapılabilecek olgunluğa erişip erişmediği ve gönüllülerin araştırmalara alınmasına ilişkin düzenlemeler gibi birçok başkaca hususu değerlendirir.¹⁷⁰

Etik kurullar, iyi klinik uygulamaları konularında eğitim almış nitelikli sorumlu araştırmacı veya araştırmacı, sağlık personeli ve bu alanda çalışan diğer kişilerin yetiştirilmesi maksadıyla kurs yahut seminer gibi etkinlikler düzenleyebilir. Bunların yanı sıra etik kurullar, deneyler sonucunda elde edilecek riskleri ve yararları kıyaslayarak araştırmaya başlanıp başlanamayacağı konusunda görüş sunarlar.¹⁷¹

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 2. fıkrasında sayılan şartlardan birisi de deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olmasıdır. Madde lafzından da anlaşılacağı üzere, her deney için belirli olan ve tek bir izin usulü mevcut değildir ancak bir deneyin izin usulüne tabi tutulmuş olması durumunda yetkili kurul ya da makamlardan izin alınması gerekmektedir. İnsan üzerinde yapılacak bir deney faaliyetinin yetkili bir kurul ya da makamın iznine tabi tutulduğu haller aynı zamanda rıza yönünden mutlak suretle tasarruf edilebilirliğin bir ölçüsüdür.¹⁷²

İzin usulüne tabi tutulan deneylerde, izin usulü tamamlanmadan gönüllünün rızası alınamayacak ve rıza alınsa dahi bilimsel bir deney yönünden aranan yetkili kurul ve makamın izni şartı gerçekleşmeyeceğinden açıklanan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Ancak izin usulüne tabi tutulmayan araştırmalar

¹⁷⁰ Bkz. KAHY m.28.

¹⁷¹ Nur Bilge KUL 2019, agt. s.36.

¹⁷² Burcu ERTEM 201, agt s.541.

için ise hukuka ve kişi temel hak ve hürriyetlerine açık aykırılık teşkil etmemek koşulu ile gönüllünün rızası geçerli olacaktır.

Bakanlık izni ve etik kurul onayının tipikliğe dahil olup olmadığı ve dolayısıyla bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Kanaatimizce, Bakanlık izni ve etik kurul onayı, rızayı konu ve tasarruf edilebilirlik yönünden etkileyen bir husus olarak değerlendirilmektedir. TCK m. 26/2’de “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin (...)*” denilerek rızanın tasarruf edilebilirlik yönüne değinilmiştir. Yani rıza, ancak kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına yönelik olabilir. Bakanlık izni ve etik kurul onayı, tipikliğe dahil olarak kabul edildiğinde, gönüllünün rızası, tasarruf edilebilirlik yönünden etkilenecek; kişinin rızasının yanında ve hatta önünde bulunan bir izin usulü var olacaktır.

İnsanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmalarda iznin salt şekli varlığı yeterli olup; iznin salt şekli varlığının yeterli olması sebebiyle Bakanlık izni ve etik kurul onayı fiilin kapsamına girmez ve tipikliğe dahil değildir.

2.5.3 Rıza Yönünden Özellik Arz Eden Haller

2.5.3.1 Çocuklar Üzerinde Deney Suçu Kapsamında Rıza

5237 sayılı ve 26.09.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 3. fıkrası¹⁷³ ile çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılması yasaklanmıştı. Ancak daha sonra yapılan değişiklikle 5328 sayılı ve 31.03.2005 tarihli Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 7. maddesiyle Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 3. fıkrasında ise insan üzerinde deney suçunun çocuklar üzerinde işlenmesi ayrıca düzenlenmiş ve genel olarak yetişkinler üzerinde deney suçunun hukuka uygunluğu için gereken şartlara ek olarak bazı şartlar öngörülmüştür. Buna göre; çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması ve deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekmektedir.

¹⁷³ 5237 sayılı TCK m.90/3: “Çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılmaz.”

TCK m. 90/3 düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere; çocuklar üzerinde yapılacak olan bilimsel araştırmalar, yetişkinler üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalardan ayrılmış ve daha zor şartlara tabi tutulmuştur. İlk şart, deneyin öncelikle yetişkinler üzerinde yapılmış olması ancak varılmak istenen hedefe ulaşabilmek açısından bunun yeterli olmaması ve çocuklar üzerinde de yapılmasının gerekli kılınmasıdır. Bunun yanında çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olup olmadığı değerlendirilerek, rıza açıklama yeteneğine sahip çocukların kendi rızasının, ana ve babasının rızasının yahut vasisinin rızasının alınması gerekmektedir. Son olarak deneyle ilgili iznin alınacağı kuruluşlarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması şartı aranmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 35. maddesine göre;

“Reşit ve mümeyyiz olmayanlara kendilerine faydası olmadan sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.”

Bu düzenlemeye göre; reşit olmayan kişiler üzerinde yapılacak olan bilimsel deneyler ancak ve ancak reşit olmayan kişilere fayda sağlaması halinde yapılabilecek ve fayda sağlamayan, sırf tıbbi araştırma amacı güden bir bilimsel deney yapılamayacaktır.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddesinde¹⁷⁴ muvafakat etme yeteneği bulunmayan kişiler üzerinde yapılacak olan araştırmalarda sağlanması gereken şartlar açıklanmıştır. Bu maddesiyle, Biyotıp Sözleşmesi muvafakat yeteneği bulunmayan kimseler üzerinde de belirli şartların sağlanması halinde bilimsel araştırma yapılmasının yolunu açmaktadır.

TCK m. 90/3 düzenlemesi ile insan üzerinde deney fiili bağlamında çocuklardan tümüyle muvafakat yeteneğinden yoksun kişiler olarak bahsedilmesi

¹⁷⁴ Biyotıp Sözleşmesi m.17: “...muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma ancak, aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir:

i)Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların gerçekleşmiş olması;

ii)araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;

iii)muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması;

iv)Madde 6'da öngörülen gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve

v)ilgili kişinin itirazda bulunmaması.”

mümkün değildir. Keza, kanun koyucu ilgili hükümde açıkça “*rıza açıklama yeteneğine sahip çocuklar*” olduğunu düzenlemiş ve bu çocuklardan deney fiili bağlamında rıza alınması gerektiğini belirtmiştir.

Hukuk düzeni tarafından belli bir yaşı altındakilerin küçük olarak tanımlandıkları çocuklar, kendisine yapılan açıklama ve bilgilendirmeyi anlayacak, algılayacak kapasiteden yoksun, belli bir muhakeme gücüne sahip olmayanlar (impubes) ve hukuken küçük kategorisine girmekle beraber, karar verme olgunluğuna erişmiş, muhakeme ve idrak gücüne sahip olanlar (yetişkin ergen) olarak iki gruba ayrılabilir.¹⁷⁵ Tedaviyi ve bunun sonuçlarını anlayamayacak olan çocukların bu anlamda kendileriyle ilgili bir rıza göstermeleri de mümkün olmayacaktır.

TCK m. 90/3, b çocuklar üzerinde yapılacak deneylerde rıza konusunu düzenlemiş olup; bu düzenleme ile insan üzerinde deney suçunda rızanın, bir hukuka uygunluk nedeni olarak yetişkinlerde ayrı çocuklarda ayrı değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Bunun yanında ilgili maddede “*rıza açıklama yeteneğine sahip çocuklar*” tabiri kullanılmıştır. Öncelikle bu tabirin hem somut olaya hem de çocuğun kendisine göre değişkenlik gösterebileceğini söylemek gerekir. Kanaatimizce, bir çocuğun kendi üzerinde yaşam hakkını doğrudan etkileyebilecek nitelikte bir bilimsel deney yapılmasına vereceği rıza ile başka bir konuda vereceği rıza aynı kapsamda değerlendirilmemelidir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, ana ve baba veya vasiinin rızasının olması ancak rıza verme yeteneğine sahip çocuğun rızasının olmaması ihtimalidir. Kanaatimizce kanun hükmünde bu iki şart birlikte aranmakta olup; böylesi bir durumda bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın varlığından bahsedilemeyecektir. Yani, rıza açıklama yeteneğine sahip bir çocuğun bilimsel araştırmaya rıza göstermemesi halinde ana ve babasının ya da vasisinin gösterdiği rıza tek başına yeterli olmayacaktır. Ana ve babanın boşanmış olması halinde Medeni Kanun’da öngörülen velayet hakkına ilişkin temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Hamide TACİR 2010, agt. s.115.

¹⁷⁶ Bkz. Bilge ÖZTAN 2016, age. s. 508 vd.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2016/23862 E. 2017/7 K. sayılı ve 09.01.2017 tarihli kararında;¹⁷⁷

“Çocuğun bu konudaki üstün yararı belirlenirken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.”

Şeklinde bir hüküm kurarak çocuğun yerine rıza gösterecek olan kanuni temsilcinin çocuğun üstün yararını ve bu kapsamda çocuk için en iyi olacak şekilde karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.

TCK m. 90/3 rıza açıklama yeteneğine sahip çocukların durumunu düzenlerken, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocukların durumunu düzenlememiştir. Fakat yine kanun lafzından hareketle, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar için ise bilimsel deneyler için rızayı ana ve baba ya da vasinin vereceği kabul edilmelidir. Ancak bu noktada ana ve baba veya vasinin çocuğun sağlığını ve yaşamını kasti olarak tehlikeye sokmaması gerekmektedir. Kanaatimizce, ana ve baba ya da vasinin çocuğun sağlığını kasti olarak tehlikeye sokup sokmadığı meselesi somut olayın niteliklerine göre değerlendirilecektir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi bir kararında, kısıtlı olan kişiden kardeşine böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak için vasiye izin ve yetki verilmesine ilişkin kararı hukuka aykırı bularak bozmuştur.¹⁷⁸ Kanaatimizce, bu karardan vasiye, kişinin yaşam hakkını doğrudan etkileyen bir konu için tek başına rıza verilemeyeceği sonucu da çıkarılabilecektir. Rıza verme yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar için yalnızca vasinin rıza verebilmesi ancak ve ancak çocuğun mutlak suretle yararına olması durumunda mümkün olabilecektir.

¹⁷⁷ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2016/23862 E. 2017/7 K. sayılı ve 09.01.2017 T. Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, ET. 01.12.2023.

¹⁷⁸ Bkz. “Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 23.01.2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı ...'dan kardeşi ...'a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi ...'a izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2013/16178 E. 2014/3998 K. sayılı 06.03.2014 tarihli Karar), <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>, ET. 08.11.2023.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesinde de çocukların araştırmaya iştirak etmeleri konusu kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir.

Kanaatimizce, bilimsel araştırmalar yönünden rıza verme ehliyetine sahip olan çocuğun da rızasının aranması, çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasına hizmet etmektedir.

2.5.3.2 Hükümlüler

Tutuklu ve hükümlüler üzerinde yapılan deneyler geçmişte, ölüm tehlikesi taşıyan deneylerden yararlı ve ılımlı yürüyenlerine kadar uzanmıştır.¹⁷⁹ Nazi Almanyası'nda toplama kampına götürülen alt-aşağı insan grubuna ait oldukları iddia edilen tutuklular ötanazi programı ve kısırlaştırma kanunlarının neden olduğu insan haklarına tecavüzlerin yanında, askeri amaçla yapılan kişilerin zehirlere, yüksek irtifaya ve donma derecesine verdikleri tepkilerin ölçülmesi gibi farklı insanlık dışı tıbbi deneylere maruz bırakılmışlardır.¹⁸⁰ Hekimlerin, bu deneyleri Nazi ideolojisi politikalarına uygun sonuçları elde etmek maksadıyla yapması, deney yapılan kişilerden elde edilen verilerin baskı ve işkence altında elde edilmesi bu deneylerin bilimsel doğruluğu tartışılırken göz önüne alınması gerekmektedir.¹⁸¹ Kaldı ki, kanaatimizce hekimlerin bu deneyleri yaparken güttükleri asıl amacın da topluma ve tıp bilimine katkı sağlayıp sağlamadığı da bir tartışma konusudur.

Nürnberg Mahkemesi ve Hekimler Davası'nda sanık hekimlerin ifadelerinde öldürme eylemlerinin hekimlerin inisiyatifinde olmadığı, savaşın gerekleri, devletin sorgulanamaz otoritesi ve kanunların buyrukları, hekimleri sadece devlet kanunlarının uygulayıcısı durumuna getirmekte olduğu, tıp etiğinin, savaş gereklerinin yanında ikincil sırada yer aldığı için, ölüme mahkum edilmiş kişiler üzerinde deney yapmak için de rıza alma gereği duyulmadığı ve bu nedenle de birçok Alman yaşamının kurtulması için birkaç tutuklunun öldürülmesinde sakınca görülmediği yönündedir.¹⁸²

5275 sayılı ve 29.12.2004 tarihli Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 78. maddesinin 3. fıkrasında¹⁸³ hükümlüler üzerinde tıbbi deney

¹⁷⁹ Erwin DEUTSCH 1979, agm. s.183.

¹⁸⁰ Hamide TACİR 2010, agt. s.17.

¹⁸¹ agt s.22.

¹⁸² agt s.21.

¹⁸³ CGTİHK m.78/3: "Rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbî deney yapılamaz."

yapılması hükümlünün rızası dahilinde olsa dahi yasaklanmıştır. Aynı şekilde, CGTİHK 116. maddesinde 78. maddeye yapılan atıf dolayısıyla tutuklular üzerinde de bilimsel deney yapılması yasaklanmış durumda olduğu söylenebilir.¹⁸⁴

Tıbbi deneylerin hükümlüler üzerinde yapılmasının yasaklanması, henüz ruhsatlandırılmamış durumda olan ancak araştırma sırasında belirgin faydaları görülmeye başlanan ve hükümlü tarafından rızaya dayalı bir şekilde almak istediği bir ilaca erişimin engellenmesi kapsamında da değerlendirilebilir. Keza, Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan başvurusunda¹⁸⁵ başvuruçular hükümlü olmasa da “*insani amaçlı ilaca erken erişim*” kapsamında tatbik edilmesini istedikleri, deneysel tedavi edici bir ürünü kullanmalarına yetkililerin izin vermeyi reddetmesinin; yaşam haklarını ihlal ettiğini, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele anlamına geldiğini ve özel ve aile hayatlarına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruçular ayrıca bu açıdan etkili bir başvuru yoluna sahip olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Hükümlülerin durumu da insani amaçla ilaca erken erişim kapsamında düşünülebilecekse de kanaatimizce olası bu iddiaya nazaran hükümlüler üzerinde tıbbi deney yapılmasının yasaklanması çok daha büyük suiistimallerin önüne geçmektedir.

Hükümlüler üzerinde tıbbi deneylerin yasaklanması, doğrudan hükümlülerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün ve dolayısıyla da onurlarının korunmasına hizmet etmektedir. Ancak kanaatimizce bu yasak hem tıbbi deneyler hem de denemeleri kapsamakta olup; hükümlülerin bulgulardan yararlanmasına engel değildir. Keza, hükümlüler de birey olarak bir temel hak olan sağlık hakkına sahiptir ve bir bilimsel araştırma sonucu elde edilen bulgulardan yararlanmaları engellendiği takdirde, sağlık hakları da ellerinden alınmış olacaktır.

Hükümlülerin hür iradeleri ile klinik araştırmalara destek olmak istemeleri elbette ki bir olasılık olsa da bu durumun suistimal edilmesi haline karşı önlem alınması gerekmiş ve bu önlem de ancak ve ancak hükümlüler üzerinde tıbbi deneylerin yasaklanması ile alınabilmiştir. Keza, kanaatimizce de aksi bir durumda

¹⁸⁴ CGTİHK m.116/1: “...muayene ve tedavileri, sağlık denetimi, hastaneye sevk, infazı engelleyecek hastalık hâli, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmeleri, ziyaret, yabancı hükümlüleri ziyaret, ziyaret ve görüşlerde uygulanacak esaslar, beden eğitimi, kütüphane ve kurslardan yararlanma konularında 9, 16, 21, 22, 26 ilâ 28, 34 ilâ 53, 55 ilâ 62, 65 ilâ 76 ve 78 ilâ 88 inci maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

¹⁸⁵ Bkz. AİHM 47039/11 ve 358/12 başvuru no.lu Hristozov ve Diğerleri v. Bulgaristan Kararı.

hükümlüler üzerinde gerçekleştirilen deneylerde hür iradenin varlığı ya da diğer şartların kontrolü daha güç olabilirdi.

2.5.4 Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rızada Sınırın Aşılması

Rızanın geçerlilik şartlarından en temel olanın, rızayı veren kişinin tasarruf alanı içerisinde kalması olduğunu belirtmiştik. Bu kapsamda insan üzerinde deney fiili doğrudan kişinin yaşam hakkını etkileyebilecek nitelikte olduğundan, bu bağlamda rızanın tasarruf edilebilirlik sınırlarını aşıyor olması durumu söz konusu olabilir. Çocuklar üzerindeki istisnai durum dışında, kural olarak insan üzerinde deney fiili bakımından tasarruf edilebilirlik bağlamında kişinin elbette kendisi üzerinde yapılacak olan klinik araştırmalar üzerinde rıza gösterme yetkisi vardır.

TCK m. 26/2¹⁸⁶ hükmünden hareketle tasarruf edilebilirlik sınırsız bir unsur olmayıp; kişinin kendi üzerinde gerçekleştirilecek olan müdahaleler bağlamında dahi rıza göstermede belirli sınırları vardır. Keza, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkına ilişkin açıkladığı rıza doğrultusunda işlenen fiiller kapsamında rıza geçerli olacak ve kişi cezalandırılmayacaktır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından da hareketle, kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmalar kapsamında rıza verme yetkisinin olduğu kabul edilmektedir fakat kanaatimizce kişinin yaşamını doğrudan ve bilinçli olarak sonlandıracak nitelikteki uygulamalara gösterdiği rıza tasarruf edilebilirlik sınırları dışında kabul edilebilecektir.

İnsan üzerinde deney suçunda, bilimsel araştırmaya konu olan kişinin aydınlatıldığı oranda ve aydınlatıldığı yönde verdiği rıza geçerli kabul edilecek; kişinin aydınlatılmadığı ve dolayısıyla da aslında rıza vermediği bir konuda gerçekleştirilen hareket, geçerli bir rızaya dayalı olmadığından hukuka uygun kabul edilemeyecektir.

¹⁸⁶ TCK m. 26/2: “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

2.6 KUSURLULUK

2.6.1 Genel Olarak

Failin sorumluluğu için tipe uygun eylemin yapılması ve hukuka aykırılık yeterli olmayıp; failin gerçekleştirdiği hareketi kusurlu bir biçimde gerçekleştirmiş olması da gerekmektedir.¹⁸⁷ Kusurluluktan söz edebilmek için, öncelikle failin kusur yeteneğinin varlığının, yani kusurlu şekilde hareket etme ehliyetinin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.¹⁸⁸ Kusur, suçun yapısında tipikliğin maddi, manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsurunun oluşmasının ardından üçüncü aşamada incelenmektedir.¹⁸⁹ Failin kusur yeteneğine bakılıyor olması, kusurluluk araştırmasının faile özel bir durum olduğunun göstergesidir. Genel itibariyle, kusurlu hareket etme yeteneği olmadığı kabul edilen bir kişinin eyleminde kusurluluk unsuru da aranmayacaktır.

Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen “*Kusursuz ceza olmaz*” ilkesi, ceza hukukunun temellerinden olup; ceza sorumluluğu için failin kusurunun bulunması temel şartlardandır.¹⁹⁰ Ceza hukukunun bir konusu olarak kusur, fail hakkında yapılan bir kişisel kınama yargısı olup; bu kınamanın sebebi ise failin norma uygun davranabilme imkânı varken, hukuka aykırı davranışı tercih etmesi ve hukukun kendisinden beklediği şekilde davranmaması halidir.¹⁹¹

Türk Ceza Kanunu’na göre failin kusur yeteneği, “*failin işlendiği sırada*” aranmaktadır.¹⁹² İnsan üzerinde deney suçu bağlamında da deney fiilinin gerçekleştirildiği esnada failin kusur yeteneği olup olmadığına bakılmalıdır.

Kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçları ile gerçekleştirdiği davranışın hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğini anlama ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirme yeteneğidir.¹⁹³ Failin kusur yeteneği olmadığının kabul edildiği haller Türk Ceza Kanunu’nda gösterilmiştir.

¹⁸⁷ Timur DEMİRBAŞ 2017, age. s.344.

¹⁸⁸ age s.345

¹⁸⁹ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s.311.

¹⁹⁰ age s.311.

¹⁹¹ age s.312.

¹⁹² Bkz. TCK m.31, m.32, m.33, m.34.

¹⁹³ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s.314.

2.6.2 Kusurluluğu Etkileyen Haller

Türk Ceza Kanunu'nda gösterildiği şekilde genel olarak kusurluluğu etkileyen haller; bir emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, meşru savunmada sınırın aşılması, cebir ve tehdit, haksız tahrik, hata halleri, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı ve geçici nedenler (alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olmak) olarak sayılabilir.¹⁹⁴

Bir emrin yerine getirilmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde;

“Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

Şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, suç teşkil eden insan üzerinde deney ya da tedavi amaçlı deneme fiilleri bir emir ile de olsa hiçbir suretle gerçekleştirilemez olup; gerçekleştirilmesi durumunda emri yerine getiren ve emri veren birlikte sorumlu olacaktır. Bu bağlamda kanaatimizce, insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarında bir emrin yerine getirilmesi, bir kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak değerlendirilemez.

Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi ise Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre;

“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

Kanaatimizce insan üzerinde deney suçu bakımından da tedavi amaçlı deneme suçu bakımından da herhangi bir zorunluluk hali bulunmamaktadır ve bu nedenle de bu suçlarda zorunluluk hali bir kusurluluğu etkileyen neden olarak kabul edilemez. Keza, deney ve deneme fiilleri bir kişi üzerinde gerçekleştirilen fiiller olup; bunların

¹⁹⁴ age s.317-318.

gerçekleştirilmesini zorunlu kılacak bir tehlike bulunamayacağından, zorunluluk hali de bulunmamaktadır.

Meşru savunmada sınırın aşılması, Türk Ceza Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. İnsan üzerinde deney ya da deneme suçlarında meşru savunma hali de söz konusu olamayacaktır. Keza, bir kimsenin heyecan, korku ya da telaş sebebiyle bir insan üzerinde deney ya da deneme fiili gerçekleştirmesi gibi bir durum da söz konusu olamayacaktır.

Cebir, tehdit ya da korkutma hallerinin varlığında, suç teşkil eden bir fiili işleyen kişinin irade yeteneği etkilenmiş olduğundan başka şekilde davranma imkanının varlığından söz edilemeyecektir ve bu hallerde cebir ya da tehdidi kullanarak başkasına suç işleten kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁹⁵ Bahse konu manevi cebir halleri, insan üzerinde deney hareketinin doğasına aykırı görünmekle birlikte; kanaatimizce, somut olayda ilgili bilimsel araştırmanın gerçekleştirilmesinde cebir, tehdit ya da korkutma hallerinin varlığından söz edilemeyecektir. Keza, insan üzerinde gerçekleştirilen bir bilimsel araştırmanın herhangi bir sebeple cebir, tehdit ya da korkutma aracılığıyla işlenmesi söz konusu olamaz.

Haksız tahrik dolayısıyla iradenin etkilenmesi hali, insan üzerinde deney suçu bakımından söz konusu olmayacaktır. Çünkü, haksız tahrik kişinin haksız bir fiil dolayısıyla kendisinde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem etkisiyle bir suç işlemesi durumudur.¹⁹⁶ Kanaatimizce, bir kişinin herhangi bir davranış sonucu duyduğu hiddet ya da elem dolayısıyla başkaca bir kişiye karşı deney suçunu işlemesi söz konusu olamayacaktır. Keza, bu davranış biçimi deney suçundaki bilimsel araştırma amacı ile de uyuşmamaktadır.

Sonuç itibariyle, genel anlamda fiille fail arasındaki manevi bağı ortadan kaldıran nedenlerin, insan üzerinde deney suçunda bulunmadığını söylemek mümkündür.

¹⁹⁵ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s. 357.

¹⁹⁶ age s. 359.

Rıza hukuka uygunluk nedeninde hata; rızanın tüm şartlarıyla geçerli bir şekilde var olduğunun düşünülmesi halidir. İnsan üzerinde deney suçunda rızanın maddi koşulları konusunda hataya düşülebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında;

“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

Denilerek ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşullarda hata konusu düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde *“hukuka uygunluk nedenleri”* ve *“kusurluluğu etkileyen haller”* birlikte düzenlendiğinden, TCK m.30/3 hükmünün hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunu içerdiğini söylemek mümkündür.¹⁹⁷

Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları gerçekleşmediği halde bu şartların gerçekleştiği düşüncesiyle hareket etmesi durumudur.¹⁹⁸ Fail, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulunun gerçekleştiğini düşünerek düştüğü yanlış ile aslında fiilin haksız olduğunu bilmekte ancak bu fiile kanunun bir hukuka uygunluk nedeni ile cevaz verdiği bir durumda olduğunu düşünmektedir.¹⁹⁹ Failin hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın koşullarında hataya düşmesi hali, maddi bir vakıya ilişkin olup; kastı kaldıran hata niteliğindedir.²⁰⁰

Tıbbi müdahaleler bağlamında hekimin aydınlatma ve rızanın koşullarının gerçekleştiğini düşünerek hareket etmesi ve bu doğrultuda yanlışlığa düşmesi durumu hukuka uygunluk sebebinin koşullarında yanlışlıktır.²⁰¹ İnsan üzerinde deney fiili bağlamında da aydınlatma ve rızanın geçerliliği konusunda yanlışlığa düşen araştırmacı hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya düşmüş olarak kabul edilebilecektir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen

¹⁹⁷ M. Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 647.

¹⁹⁸ age s. 647.

¹⁹⁹ age s. 648.

²⁰⁰ age s. 648.

²⁰¹ Hakan HAKERİ 2020, age. s.235.

kişi bu hatasından yararlanacağından, failin ilgilinin rızasının varlığını bilmediği bir durum için TCK m. 90/1 dolayısıyla sorumluluğuna gidilemeyecektir.²⁰²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2018/226 E. 2022/478 K. sayılı ve 23.06.2022 tarihli kararında;

“...olay tarihinde 51 yaşında olup motosiklet tamircisi olarak meslek sahibi olan, esnaflık yapması nedeniyle belirli bir hayat tecrübesine sahip olduğu anlaşılan sanığın, mağduru uzun süredir tanması ve akıl hastalığının hekim olmayanlarca da anlaşılabilir düzeyde olmasına göre, mağdurun akıl hastalığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünün kabulünün ve bu nedenle TCK’nın 30. maddesinden hukuka uygunluk nedenleri yönünden yararlandırılmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.”

Şeklinde bir hüküm kurarak rıza hukuka uygunluk nedeninde hatanın kaçınılmaz olması gerektiği, aksi halde failin hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılamayacağı hususunu vurgulamıştır.

2.7 SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

2.7.1 Teşebbüs

Suçta teşebbüs konusu Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinin 1. fıkrasında;

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

Hükmü ile düzenlenmiştir. Maddeden hareketle, teşebbüsten ancak fail tarafından harekete başlandığı ancak bu hareket/hareketlerin tamamlanamadığı durumlarda bahsedilebilecektir. Bu bağlamda da bir suça teşebbüsün mümkün olup olmadığına karar verilebilmesi için hareket ve neticenin ayrılabilir olup olmadığı ile hareketin bölünebilir olup olmadığına bakılmalıdır.

Bir suçun işlenmesindeki aşamalardan ilki olan kişinin suçu nasıl işleyeceğine dair hazırlık yapmaya başladığı hazırlık hareketlerini içeren aşama için faile ceza verilmemektedir çünkü bu aşamada fail henüz kanunun yasakladığı bir alana tecavüz

²⁰² Oğuz BANDIR ve Can Eralp ELİBOL (2021) “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90/1)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXV, Sayı 4, s. 725, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/65702/1018880>, ET. 15.03.2022.

etmiş değildir.²⁰³ Suçun işlenişindeki ikinci aşamada ise failin yaptığı hazırlıklar sonrası suçu gerçekleştirmek üzere elverişli bazı hareketler yaptığı icra hareketlerine başlama aşaması olup; suçun işlenişindeki üçüncü ve son aşama ise neticenin gerçekleşmesi ve suçun tamamlanmasıdır.²⁰⁴ Kişinin bilimsel deneyi gerçekleştirmek için mekanı ve malzemeleri ayarlaması ancak başkaca bir hareket gerçekleştirmeden deneyden vazgeçmesi halinde ise hareket hazırlık aşamasında kalacak ve cezalandırılmayacaktır.

Suçun oluşumunda gerçekleşecek olan üç aşama içerisinde teşebbüs ile ilgili olan aşama ikinci yani icra hareketlerine başlama aşamasıdır. Yani, teşebbüsten suçun işlenişinde ikinci aşamada söz edilebilecektir. Teşebbüsten bahsedilebilmesi için aynı zamanda hareketin iltibasa yer vermeyecek biçimde suçun icrasına yönelip yönelmediğine de bakılmalıdır.²⁰⁵

İnsan üzerinde deney suçu neticesiz bir suç olduğundan esas itibarıyla bu suça teşebbüs de mümkün değildir. Keza, suçun oluşumu için failin hareketi ile herhangi bir netice ortaya çıkması beklenmemektedir. Deney suçu bakımından teşebbüs, ancak hareketin bölünebilir olduğu durumların varlığı halinde mümkün olacaktır. Failin bir bilimsel araştırmaya başlamak üzere gerekli tüm adımları attığı ve araştırmaya başlayacağı, mağdurun vücut bütünlüğüne zarar vereceği esnada yakalandığı ve bu nedenle harekete devam edemediği durum örnek olarak gösterilebilir.

Hareketin failin yöneldiği cürmi amacı açıkça ifade etmesi durumunda ve hareketin sonlandırılmasından vazgeçme olasılığı da bulunmuyorsa deneye başlanmış olarak kabul edilebilecektir.²⁰⁶

Teşebbüs incelemesinde esas ve ilk olarak bakılacak husus failin iradesinin dış dünyada nesnel bir biçimde harekete dökülmesi olacaktır. Bu kapsamda kanaatimizce, failin bilimsel araştırmaya başlamak için gerekli tüm malzemeleri ve mekânı ayarlaması hazırlık hareketlerinden sayılacak failin tam bu esnada yakalanması ihtimalinde de suça teşebbüs mümkün olacaktır.

Deney bakımından insan üzerinde bilimsel araştırma yapma hareketinin bölünebilirliği tartışılmalıdır. Kanaatimizce, insan üzerinde bilimsel bir deney yapmak

²⁰³ Timur DEMİRBAŞ 2017, age. s.455.

²⁰⁴ age s.456.

²⁰⁵ Gürkan ÖZÖKAK (2018), *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.81.

²⁰⁶ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s. 153.

üzere hazırlıklara başlanması da “*bilimsel deney yapma*” hareketine dahil olarak kabul edilirse hazırlıkların başladığı ancak herhangi bir sebeple tamamlanıp kişi üzerinde bilimsel araştırma gerçekleştirilemediyse suça teşebbüs söz konusu olacak; ancak araştırma hazırlıkların başlanması “*bilimsel deney yapma*” hareketine dahil olarak kabul edilmezse, suça teşebbüs mümkün olmayacaktır.

İnsan üzerinde deney suçunda teşebbüse örnek olarak yeni bir cerrahi yöntemin denenmesi amacıyla gerekli etik kurul onayı ve Bakanlık iznini almış olan failin, hastane ortamında araştırma kapsamı dışında başkaca bir rahatsızlığı nedeniyle hastaneye yatmış ve araştırma ile ilgili bilgilendirilmemiş olan bir kişi üzerinde ameliyathane ortamında gerçekleştirilmek üzereyken yakalanması durumu gösterilebilir.²⁰⁷

Failin elverişli icra hareketlerine başlaması ancak kendi iradesi ile bu hareketleri tamamlamaması durumunda ise TCK m. 36²⁰⁸ hükmü doğrultusunda gönüllü vazgeçmeden söz edilecektir ve fail teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak ilgili hüküm gereği, vazgeçme aşamasına kadar gerçekleştirilen hareketler bir suç teşkil ediyorsa fail o suçtan cezalandırılacaktır. Failin kendi iradesi dışında başkaca bir engel dolayısıyla hareketleri tamamlayamaması durumunda ise gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyecektir.

Failin hukuka aykırı deney yapmak üzere gönüllüye ilaç enjekte etmek üzere olduğu esnada hareketin gerçekleştirildiği mekânın kapısının zorlanması ve mağdurun yakınlarına ya da başka kimselerin deneye engel olmak maksadıyla içeri girmek üzere olduğunu görüp hareketlere son vermesi halinde gönüllü vazgeçmeden değil; teşebbüsten söz edilecektir.²⁰⁹ Keza, bu örnekte fail hareketlerine kendi iradesi ile son vermemiş, başkaca kişilerin müdahale etmek üzere olduğunu gördüğünden son vermiştir. Failin hukuk aykırı deney yapmak üzere gönüllüye ilaç enjekte edeceği esnada kendi hür iradesiyle, gönüllüye zarar vermemek adına ya da hukuka aykırı deney yapmaktan vazgeçmesinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada, failin hukuka aykırı deney hareketlerine son verme nedeninin her bir somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.

²⁰⁷ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.153.

²⁰⁸ TCK m. 36: “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

²⁰⁹ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.155.

2.7.2 İştirak

Fail başlığı altında açıklandığı üzere, insan üzerinde deney suçu, tek failli bir suçtur. Yani insan üzerinde bilimsel deney yapma hareketinin tek bir kişi tarafından yapılması, bu suç bağlamında fail konumunda bulunulması için yeterlidir. Aynı zamanda TCK m. 90'da fail sayısı suçun unsurlarından olmadığından; insan üzerinde deney suçunun çok faille işlendiğinde zorunlu iştirak da söz konusu olmamaktadır.²¹⁰

Suç iştirak konusu Türk Ceza Kanunu'nda "Faillik", "Azmettirme" ve "Yardım Etme" başlıkları ile üç ayrı halde düzenlenmiştir. Suça iştirak kapsamında birlikte faillik, Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinde;

"Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır."

Şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; TCK kapsamında suç olarak düzenlenen bir fiili birden fazla kişinin birlikte gerçekleştirmesi durumunda suça iştirak söz konusu olacak ve bu kişilerden her biri fail olarak sorumlu olacaktır. Aynı şekilde, suçun işlenmesi için başka bir kişiyi kullanan kişi de yine fail olarak sorumlu olacaktır.

İnsan üzerinde deney suçu bağlamında deneyi yapan tüm kişiler TCK m. 37 kapsamında suça iştirak etmiş olacak ve her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak genel itibariyle iştirak iradesinin varlığından bahsedilebilmesi için, deneye katılan her fail, iştirak halinde gerçekleştirilen hukuka aykırı bilimsel deney fiiline katıldığını bilmeli ve fiilin gerçekleşmesine bizzat kendi hareketiyle katılmak istemiş olmalıdır.²¹¹

Suç azmettirme ise TCK m. 38'de şu şekilde düzenlenmiştir:

"Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. Azmettirenin

²¹⁰ age s.189.

²¹¹ age s.190.

belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”

İnsan üzerinde deney suçu bağlamında suça azmettirme, ancak aklında bilimsel deney yapma fikri dahi olmayan bir kişiye başka bir kişi tarafından bu hareketin yaptırılması ve dolayısıyla suç oluşumunun sağlanması durumunda söz konusu olacaktır. Bu durumda failin, azmettirenin fikri ve dolayısıyla azmettiren olmadan tek başına hukuka aykırı deney fiilini gerçekleştirme fikrinin oluşmaması gerekecektir. Kanaatimizce somut olay değerlendirmesinde bu husus da göz önünde tutulmalıdır.

Suçta iştirak kapsamında yardım etme konusu ise TCK m.39’da şu şekilde düzenlenmiştir:

“Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.”

İnsan üzerinde deney suçunda suça yardım eden kişi, deney suçunu işleme fikrine sahip olan bir kişinin bu fikrini yani suç işleme kararını kuvvetlendiren, suça teşvik eden, suçun işlenmesinden sonra yardım edeceği yönünde vaatte bulunan, suçun işlenişi hakkında yol gösteren, suçun işlenmesi için gerekli araçları temin eden ya da suçun işlenmesinden önce veya işlenişi sırasında yardım eden ve fiilin icrasını bu anlamda kolaylaştıran kişidir. Yardım edenin hukuka aykırı deney fiilinin işlenmesi noktasındaki yardım derecesi her somut olay için değişkenlik gösterebilir. Ancak kanaatimizce yardımın büyüklüğü fark etmeksizin, hukuka aykırı deney fiilinin gerçekleştirilmesine katkı sağlayan her fiil yardım etme olarak değerlendirilmelidir.

İnsan üzerinde deney gerçekleştirme fikrini ortaya atan faile, bu deneyin nasıl ve nerede yapabileceği konusunda yol gösterilmesi, deneyin yapılmasının ardından destek olacağının söylenmesi de yardım etme olarak kabul edilecektir. Fail tarafından gerçekleştirilecek olan bilimsel deney faaliyeti için yer sağlayan, gönüllü bulan, deney

için hastane ya da laboratuvar kuran ve deneyi yapacak olan kişileri bir araya getiren kişiler suça iştirak etmiş olarak kabul edilecektir.²¹²

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusu TCK m.41’de düzenlenmiştir. Buna göre; iştirak halinde işlenmiş suçlarda yalnızca gönüllü vazgeçmeyi gerçekleştiren kişi gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Bu doğrultuda suçun gönüllü vazgeçenin gösterdiği çaba dışında başkaca bir nedenle işlenmemiş olması durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

2.7.3 İçtima

Suçların içtimaı, Türk Ceza Kanunu’nda bileşik suç²¹³, zincirleme suç²¹⁴ ve fikri içtima²¹⁵ olmak üzere üçe ayrı biçimde düzenlenmiştir.

İnsan üzerinde deney fiilinin, birden çok kez kanunu ihlal edip etmediğinin tespiti için öncelikle harekete ve hareketin tekil mi çoğul mu olduğuna bakılmalıdır.²¹⁶ Somut olaya göre bir değerlendirme yapıldığında aynı araştırma kapsamında, aynı zaman dilimi içerisinde birden fazla kez gerçekleştirilen insan üzerinde deney hareketleri, tek bir hareket olarak kabul edilecektir. Bu noktada “*aynı zaman dilimi*” içerisinde ibaresinden zaman birliği anlaşılmakta olup; bu zaman birliği, insan üzerinde deney suçu bağlamında geniş ele alınmalıdır.²¹⁷

Bir bilimsel araştırma kapsamında mağdura birden fazla kez deneysel hareket uygulanması gerekmiş ya da uygulanmış olabilir. Bu gibi durumlarda, ilgili deneysel hareketler tek hareket sayılacak ve fail tek bir insan üzerinde deney suçundan cezalandırılacaktır. Keza, daha evvel de bahsettiğimiz gibi, insan üzerinde deney suçu

²¹² Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ (2010), *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi: Ankara, s.3124, Aktaran Burcu KALKAN OĞUZTÜRK (2015), agt. s.48.

²¹³ TCK m.42: “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*”

²¹⁴ TCK m.43: “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.*”

²¹⁵ TCK m.44: “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*”

²¹⁶ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.159.

²¹⁷ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.159.

neticesiz ve soyut tehlike suçu olup; suçun oluşumu için hareketin gerçekleşmesi yeterli olduğundan; hareketin ardından herhangi bir neticesinin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

Bileşik suç hükümleri, kural olarak insan üzerinde deney suçu bağlamında uygulama alanı bulmaz. Keza, insan üzerinde deney suçu TCK bağlamında başkaca bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülmemiştir. Fakat bu noktada istisnai bir hal olarak, insanlığa karşı suçlara değinmekte fayda görmekteyiz. “*Bilimsel deneylere tabi tutma*” fiili, TCK 77/1/e maddesi uyarınca insanlığa karşı suçun seçimlik hareketlerinden de birini oluşturmakta olup; toplumun bir kesiminin belirli ayrımcı saiklerle ve sistematik olarak bilimsel deneylere tabi tutulması durumunda ayrıca insan üzerinde deney suçundan hüküm verilmeyecek, bu suçun bileşik suç hükümleri çerçevesinde insanlığa karşı suç içinde eridiği kabul edilecektir.²¹⁸ İnsan üzerine deney suçu, TCK m. 77/1-e uyarınca siyasal, felsefi, ırki ya da dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı planlı ve sistemli bir şekilde işlenirse, tek bir insanlığa karşı suç oluşacak ve zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.²¹⁹

Zincirleme suç hükümleri, insan üzerinde deney suçu bağlamında uygulama alanı bulabilir. Failin, birden çok insan üzerinde deney suçu işleme kararı ile aynı kişi üzerinde, farklı zamanlarda hareketi gerçekleştirmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Failin birden çok insan üzerinde deney suçu işleme kararı ile aynı deney kapsamında ve fakat birden fazla kişiye karşı hareketi gerçekleştirmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

TCK m. 43’e göre; zincirleme suç hükümleri kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, insan üzerinde deney suçu sonucu mağdur yaralanmış ya da ölmüşse, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu hallerde, fail kasten yaralama ya da kasten öldürme suçlarından cezalandırılacaktır.

2.8 YAPTIRIM

Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinin 1. fıkrasında, insan üzerinde hukuka aykırı bir biçimde deney suçunu işleyen failin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile

²¹⁸ Barış R. Erman 2016, agm. s. 38.

²¹⁹ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.161.

cezalandırılacağını hüküm altına almıştır. Yani, insan üzerinde deney suçunda cezanın alt sınırı bir yıl, üst sınırı ise üç yıl olarak düzenlenmiştir.

Bunun yanında, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 5. fıkrasına göre; insan üzerinde hukuka aykırı biçimde deney fiili gerçekleştirilmesi sonucu mağdur yaralanır yahut ölürse; somut olaya göre kasten yaralama ya da kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır.²²⁰ Kanunda kasten yaralama suçunda hükmedilen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyken; kasten öldürme suçunda ise müebbet hapis cezasıdır. Nitelikli haller ve hafifletici nedenler somut olayın şartlarına göre ayrıca değerlendirilmelidir.

Deney fiili sonucu mağdurun ölmesi ya da yaralanması hallerinde kasten öldürme ve kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanacak olması öğretide eleştirilmektedir. Soyaslan'a göre bilimsel deney sonucu mağdurun ölmesi ya da yaralanması hallerinde netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç gerçekleşecektir ancak kanun bu halleri netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlememiştir.²²¹ Kanaatimizce, deney fiili sonucu mağdurun ölmesi ya da yaralanması hallerinde doğrudan kasten öldürme ve kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanacak olması hakkaniyete uygun değildir. Keza, tıp biliminin gelişimi için şart olan ve hukuka uygun biçimde yapılmış bir deneyde zaten yarar zarar rizikosu tartışıldıktan sonra gerçekleştirilen bir deneyde, deneyi gerçekleştirenin kastının gönüllünün yaralanması ya da ölmesi olması çok da mümkün görünmemektedir.

İnsan üzerinde hukuka aykırı biçimde deney fiili, bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenmişse Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 6. fıkrasına göre; ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.²²² Deney suçunun faili ancak gerçek kişiler olsa da tüzel kişilerin organ, temsilcileri veya iştirakleri ile bir kamu kurumunun verdiği izin bahsettiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan ötürü bunlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.²²³ Türk Ceza Kanunu'nun 60.

²²⁰ TCK m.90/5: “Birinci fıkrafta tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

²²¹ Doğan SOYASLAN 2020, age. s.193.

²²² TCK m.90/6: “Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

²²³ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.165.

maddesi²²⁴ gereğince tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsadere.

Türk Ceza Kanunu'nun "*Cezanın Belirlenmesi*" başlıklı 61. maddesi uyarınca; hakim, cezayı belirlerken somut olayda suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saikini göz önünde bulunduracak ve işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir. Bu itibarla, insan üzerinde hukuka aykırı biçimde deney fiili işlenmesi halinde de hâkim, cezayı belirlerken TCK m. 61'de belirtilen hususlara dikkat edecektir.

Cezanın miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulacak hususlardan "*suçun işleniş biçimi*", birden fazla hukuka uygunluk nedeninin varlığını kabul eden görüşe göre; insan üzerinde deney suçu bakımından hukuka uygun bir bilimsel deneyde olması gereken şartlardan kaçının ve hangilerinin yokluğunda suçun işlendiği hususudur.²²⁵

Suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, insan üzerinde deney suçu bağlamında suçun ağırlığına yani cezanın artmasına yahut hafiflemesine sebebiyet vermemektedir ancak bu noktada kanaatimizce suçun mağdura daha fazla acı verici bir araç ile işlenmesi halinde işkenceye ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Başkaca bir araçla bilimsel deneyi yapmak mümkünse ve fail tarafından sırf mağdurun daha fazla acı çekmesi amacıyla ya da mağdurun daha fazla acı çekeceğinin bilincinde olarak bu suçun işlenmesi halinde işkence ya da eziyet suçu söz konusu olacaktır. İşkence suçu bağlamında kanunda öngörülen ceza miktarı, üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıyken; eziyet suçunda iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Nitelikli haller ve hafifletici nedenler somut olaya göre ayrıca değerlendirilecektir.

Kanunda insan üzerinde deney suçunun işlenebileceği özel bir mekân belirtilmemiştir. Bu bağlamda ilgili suçun mekân bağımsız her yerde işlenebileceğini söylemek mümkündür. Ancak özellikle tıbbi araştırmalarda fiil, genellikle en

²²⁴ TCK m.60: "*Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır...*"

²²⁵ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.162.

nihayetinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmasını gerektiren bir tıbbi müdahale içerdiğinden bu gibi hallerde mekânın genellikle hastane ya da klinik olduğu söylenebilir.

İnsan üzerinde deney suçu için kanunda herhangi bir nitelikli hal ve hafifletici neden öngörülmemiştir. Ancak Hakeri'ye göre, insan üzerinde deney suçunun ve tedavi amaçlı deneme suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumu, cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmelidir.²²⁶

İnsan üzerinde deney suçunda zamanaşımı, Türk Ceza Kanunu'nun “*Dava Zamanaşımı*” başlıklı 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre 8 yıldır.²²⁷



²²⁶ Hakan HAKERİ 2020, age. s.522.

²²⁷ Bkz. TCK m.66/1, e: “Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer.”

BÖLÜM III

TEDAVİ AMAÇLI DENEME SUÇU

3.1 KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Deneme suçu ile korunan hukuki değer deney suçu ile aynı olup; bir tane değil, birden fazladır. Bu kapsamda tedavi amaçlı deneme suçu da karma hukuki konulu suç olarak kabul edilebilir. Tedavi amaçlı deneme suçu ile korunan hukuki değer, en başta kişilerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ile vücut dokunulmazlığıdır. Keza, tedavi amaçlı deneme fiilinde de maddi konu insandır.

Deneme suçu kapsamında da vücut dokunulmazlığının korunması yalnızca kişinin maddi anlamda vücudu ile sınırlandırılarak değerlendirilmemeli; manevi vücut bütünlüğünün de korunduğu kabul edilmelidir. Keza yine, kişiler üzerinde yapılan psikolojik araştırmalar da TCK m. 90/4 kapsamında somut olayın koşullarına göre suç olarak değerlendirilebilecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçunun ceza mevzuatında düzenlenmesi ve yaptırıma bağlanmasıyla vücut dokunulmazlığının ve yaşam hakkının yanında, insan onuru ve haysiyeti, sağlık hizmetine erişim hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel hayatın ve kişisel verilerin korunması hakkı da korunmaktadır. İnsan üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmalarda, üzerinde araştırma gerçekleştirilecek olan kişinin açık rızasının aranması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasının bir tezahürüdür.

Tedavi amaçlı deneme suçunda, insan üzerinde deney suçundan farklı olarak, bireysel menfaat kamu menfaatine ağır basmaktadır. Keza, tedavi amaçlı deneme fiili, bir kişinin var olan bir hastalığının iyileştirilmesine yöneliktir. Elbette ki bir kişinin var olan bir hastalığının iyileştirilmesi yoluyla kamu sağlığının korunması da sağlanacaktır ancak bu durumda esas ve öncelikli amaç kamu sağlığı değil; kişinin kendi sağlığıdır. Kişinin var olan bir hastalığının iyileştirilmesi, aynı hastalığa sahip olan ve olabilecek kişiler açısından olumlu bir gelişme olup; kamu sağlığının da

korunmasına dolaylı yoldan hizmet edecektir. Sonuç itibariyle, kamu sağığının korunması, bir hukuki menfaat olarak insan üzerinde deney suçunda olduğu gibi tedavi amaçlı deneme suçunda da mevcuttur ancak bireysel fayda ile kıyaslandığında ikincil nitelikte olarak değerdendirilebilir.

İnsan üzerinde deney suçunu anlattığımız birinci bölümde bahsedildiğı üzere; keyfi nitelikte olabilecek bilimsel araştırmalara karşı bireylerin ve toplumun korunması ve bu bağlamdaki genel kamusal yarar tedavi amaçlı deneme suçunda da mevcut olsa da insan üzerinde deney suçunda daha fazladır.

Ayrıca, tedavi amaçlı deneme suçunun barındırdığı tedavi amacı kişinin sağığının geri kazandırılması yolunda bir tıbbi gereklilik barındırdığından, sağık hakkının korunmasına da hizmet etmektedir.

3.2 TİPİKLİK

3.2.1 Genel Olarak

İnsan üzerinde gerçekleştirilecek olan tedavi amaçlı deneme fiilleri, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir:

“Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.”

İnsan üzerinde deneme fiili düzenlenirken, deney fiilinin aksine kişinin rızası kanun metninde “rıza olmaksızın” ifadesi ile açıkça belirtilmiş olup; tipikliğe dahil edilmiştir. Kanaatimizce TCK m. 90 düzenlemesinde yer alan insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçu arasındaki en temel fark da budur.

3.2.2 Tipikliğin Objektif Unsurları

3.2.2.1 Suçun Faili

Deneme suçunun faili, hasta bir insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme fiilinde bulunan kişidir. Tedavi amaçlı müdahaleler bağlamında yapılan değerlendirme bir yana, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde “*tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması*” gerektiği belirtilmektedir. Yani, tedavi amaçlı deneme suçu uzman hekimler tarafından işlenebilecek bir suç olarak düzenlenmiş olup; özgü suçtur. Kanaatimizce, TCK m. 90/4 son cümlede “*tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması*” ibaresi kullanılmasaydı da hasta ile tedavi amaçlı muhatap olan kişiler hekimler olduğundan deneme suçunun pratikte hekimler tarafından işlenebilecek bir suç olarak özgü suç olduğunun kabulü gerekirdi.

Hasta kişi üzerinde, hekim olmayan kişilerce yapılan deneme fiili kişinin rızasına dayansa dahi suç olarak kabul edilecektir ve dolayısıyla hasta üzerinde rızaya dayalı ya da rıza dışı deneme fiili gerçekleştiren kişi hekim değilse bu suçun faili olamayacaktır.²²⁸ Hekim olmayan kişilerin deneme fiili gerçekleştirmesi halinde ise somut olayın şartlarına göre kasten öldürme ya da kasten yaralama suçları gündeme gelebilecektir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi deneme suçuna ilişkin olarak;

*“Katılanların iddiaları, sanığın savunması, adli raporlar, ilgili Kurum yazıları ve tüm dosya kapsamından, kimyager olan sanığın, herhangi bir tıbbi müdahale uzmanlığı olmadığı halde, kendisine müracaat eden... ve ...'in vücudunda meydana gelen yaraları giderebileceğini iddia ederek, Kanunda açıkça belirtilen yetkili kurul veya makamlardan izin almaksızın ve aranan diğer koşulları da yerine getirmeksizin, üç yıl süre ile birtakım ilaçları adı geçen kişiler üzerinde tedavi amaçlı denediğinin anlaşılması karşısında; TCK'nın 90/4. maddesinde düzenlenen suçun sübut bulduğunun kabulü ile sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, suç vasfında yanılgiya düşülerek yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi,”*²²⁹

²²⁸ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s. 316.

²²⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2015/1045 E. 2015/19014 K. 07.12.2015 T., <https://www.karartek.com.tr/#/detayliarama/sorgulama>, ET. 16.06.2023.

Şeklinde bir hüküm kurarak tedavi amaçlı deneme suçunun yalnızca hekimler tarafından işlenebilen bir suç olarak ve dolayısıyla özgü suç olarak nitelendirmemiştir.

Deney suçuna paralel olarak, tedavi amaçlı deneme suçu da genel itibari ile çok failli bir suç olmasa da bir bilimsel araştırma olması nedeniyle çok kişi tarafından gerçekleştirilecek ise araştırmanın niteliğine uygun bir ekip oluşturularak, bu ekip tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Özellikle tedavi amaçlı deneme suçunun mağduru konumunda bulunabilecek olan hasta kişi üzerinde gerçekleştirilecek olan cerrahi müdahaleler, nitelikleri gereği bir ekip ile gerçekleştirilmektedir. Ancak deney suçundan farklı olarak deneme suçunda failin uzman hekim olması şartı arandığından, cerrahi müdahaleyi gerçekleştiren ekip içerisinde ancak konunun uzmanı hekimler asli fail olarak sorumlu olacaklardır.

3.2.2.2 Suçun Mağduru

TCK m. 90/4 düzenlemesine göre deneme suçu bakımından mağdur, hasta kişidir. Keza, deneme suçu insan üzerinde tedavi amaçlı deneme yapma fiili ile doğacaktır ve dolayısıyla sağlıklı bir birey üzerinde tedavi amaçlı bir müdahale yapılması da mümkün olmadığından suçun mağdurunun sağlıklı bir birey olamayacağı açıktır. HHY m. 4/b hasta kavramını, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kişi olarak tanımlamıştır.

Tedavi amaçlı deneme suçu bağlamında kişinin hastalığı, tedavi amaçlı deneme fiilinin yöneldiği bir hastalık olmalıdır.²³⁰ Yani deneme fiili, başlangıçta usulüne uygun olarak bildirilen ve araştırma sonucunda iyileştirilmesi amaçlanan bir hastalığa yönelik olmalı ve başkaca bir amaca yönelmemelidir. Fiilin başkaca bir amaca yöneldiği durumlarda tedavi amaçlı denemeden söz edilemeyecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçunda mağdur hasta bir kişi değilse, yine tedavi amaçlı deneme suçundan söz edilemeyecektir. Mağdurun hasta bir kişi olmaması hallerinde kanaatimizce, somut olaya göre insan üzerinde deney, yaralama ya da eziyet suçundan söz edilebilecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçu düzenlenirken, mağdurun yetişkin ya da çocuk olması durumları ayrı ayrı belirtilmemiştir. TCK m. 90/3 açıkça çocuklar üzerinde bilimsel deney suçunun şartlarını belirlemiş ve bu suçu yetişkinler üzerinde bilimsel

²³⁰ Hakan HAKERİ 2020, age. s.285.

deney suçundan ayırmıştır. Kanun koyucunun bu farkı bilinçli olarak ortaya koyduğu ve bu nedenle de tedavi amaçlı deneme suçunun çocuklar üzerinde işlenmesinde herhangi bir özel durum olmadığı kanısındayız.

Aynı zamanda tedavi amaçlı deneme suçu bakımından mağdurun yaşayan bir kişi olması gerekir ve dolayısıyla ceset veya cenin üzerinde yapılan denemeler bu suç kapsamında ele alınamayacaktır.²³¹ Keza, tedavi amaçlı deneme suçunun oluşabilmesi için bir tedavi amacı var olmalıdır. Özellikle ceset üzerinde herhangi bir tedavi amacı da güdülemeyeceği açıktır. TCK m. 90/4, madde metninde doğrudan “*hasta*” kişi tabirini kullanmıştır. Ceset üzerinde yapılacak olan bilimsel araştırmalar, somut olayın şartlarına göre TCK m. 130 doğrultusunda kişinin hatırasına hakaret suçu kapsamında ele alınabilecektir.

Cenin üzerinde tedavi amacı güdülebileceğinin kabul edilebileceği haller olsa da cenin, ancak tam ve sağ doğum şartı ile kişi olarak kabul edilebileceğinden, kanaatimizce tedavi amaçlı deneme suçunun mağduru konumunda bulunamayacaktır. Ceninin hukuki durumunun değerlendirilmesinde; ceninin yalnızca bir hücre kitlesi olduğu ve herhangi bir değer atfedilemeyeceği görüşü ile ceninin de tam anlamıyla bir insan statüsünde kabul edilmesi gerektiği yönünde iki zıt görüş mevcuttur.²³²

Kanaatimizce, ceninin durumu da insan üzerinde deney suçu kapsamında bahsettiğimiz üzere, bir deneme faaliyeti çerçevesinde de insan onurunun korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Keza, cenin ancak tam ve sağ doğmak koşulu ile kişilik kazanacaktır fakat tam ve sağ doğduğu aşamaya kadar insan onuru bağlamında bazı korumalardan yararlandırılabilir.

3.2.2.3 Suçun Konusu

İnsan üzerinde deneme suçunun maddi konusu, deney suçuna benzer şekilde insandır. Ancak TCK m. 90/4 düzenlenirken “*hasta olan insan üzerinde*” ifadesi kullanılmış olduğundan, deneme suçu bağlamında maddi konu deney suçundan insanın sıfatında değişiklik göstererek hasta insan olmaktadır.

Deneme suçu bağlamında da suçun maddi konusu değerlendirmesi insan vücudu üzerinde olarak sınırlandırılmamış ve hasta olan insanın maddi ve manevi tüm

²³¹ Esra ALAN 2008, agt. s.84.

²³² Erdal YERDELEN, agm. s.650.

bütünlüğü kastedilmiştir. Bu kapsamda kişinin maddi varlığı üzerindeki denemelerin yanında manevi varlığı üzerinde yapılacak psikoloji denemeleri de TCK m. 90/4 bağlamında değerlendirilebilecektir.

Kanaatimizce, deneme suçunun kanunda düzenlenişi gereği, ölmüş bir kişi üzerinde gerçekleştirilmesi mümkün görünmemektedir. Keza, madde metninde açıkça “*hasta olan insan*” ibaresi kullanılmıştır. Ölmüş bir insan bedeni bu anlamda suçun konusunu oluşturamayacaktır.

Tedavi amaçlı deneme suçunun, insan vücudundan ayrılmış parçalar üzerinde gerçekleştirilmesi gibi bir durum kanaatimizce söz konusu olmayacaktır. Keza, tedavi amaçlı deneme fiili, hasta bir kişi üzerinde belirli bir hastalığın iyileştirilmesine yönelik gerçekleşmelidir. Bir hastalığın iyileştirilmesi amacına yönelik olarak kişinin vücudundan ayrılmış bir parçası üzerinde deneme fiili gerçekleştirilip; parçanın kişiye tekrar yerleştirilmesi gibi bir durum söz konusu ise kanaatimizce parça halen kişinin vücudunda bulunduğu ve fiil tedavi amacına yönelik olduğundan vücuttan ayrılmış olarak kabul edilmeyerek değerlendirilecektir.

Kişinin tedavi amacı ile bir organı üzerinde deneme fiili gerçekleştiriliyorsa ve bu fiil ancak organın kişinin vücudundan belirli bir süre için ayrılmasını gerektiriyorsa; organ gerekli işlemin yapılmasının ardından kişinin vücuduna tekrar yerleştirildiğinden ve deneme faaliyeti bunu zorunlu kıldığından vücuttan ayrılmış olarak kabul edilmemeli ve buna göre değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

3.2.2.4 Fiil

Her suç gibi, tedavi amaçlı deneme suçunda da suçun oluşumu ve cezalandırılabilirliğinin değerlendirilebilmesi için öncelikle buna yönelik bir fiil bulunmalıdır. 12.02.1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’ne göre; kural olarak tabip ve dış tabipleri, uygulayacakları tedaviyi belirlemede serbest kılınmıştır²³³ ancak kanunda belirlenen bazı istisnai haller hariç, belirledikleri bu tedavi hakkında hastaya bilgi vermek ve rıza almak zorundadır.²³⁴

²³³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 6/2: “*Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*”

²³⁴ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/2: “*Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı*

Maddi (objektif) tipiklik unsuru açısından tedavi amaçlı deneme suçunun oluşumu için hasta üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme fiilinde bulunulması yeterlidir. Buna göre tedavi amaçlı deneme suçunda fiil, hasta üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme yapmaktır.

TCK m. 90/4'ün düzenlenişinden, failin amacının tipe uygun fiilin gerçekleşmesi bağlamında önemli olduğu söylenebilir. Tedavi amaçlı deneme suçunda tipe uygun fiilin gerçekleşebilmesi, fail tarafından hastaya yapılan müdahalenin tedavi amacı taşıdığı durumlarda mümkün olacaktır. Failin hasta üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahale tedavi amacı taşımıyorsa deneme suçundan değil, somut olaya göre yaralama ya da öldürme suçlarından söz edilebilecektir.

Bu noktada, tedavi amaçlı deneme suçunda bir hastalığın varlığı ve bu hastalığın iyileştirilmesine yönelik bir fiil arandığından; bu fiilin endikasyona dayalı olduğunu da söylemek mümkündür. Keza, tedavi amaçlı müdahaleler için aranan tıbbi gereklilik bulunması şartı, endikasyon ile sağlanmaktadır.²³⁵ Tedavi amaçlı deneme fiili gerçekleştirilebilmesi dolayısıyla amaç doğrultusunda hastalığın iyileştirilmesi için bir tıbbi gereklilik bulunmalıdır. Deneme fiilini, deney fiilinden ayıran temel noktalardan birisi de tedavi amacı ve bir hastalığın varlığına bağlı olarak aranan tıbbi gerekliliktir.

Deneme fiilinin gerçekleştirilebilmesi için bilinen tüm klasik tedavi usullerinin uygulanması ve sonuç alınamaması gerekmemekte; kanun koyucunun da belirttiği gibi bilinen yöntemlerin uygulanmasının hasta açısından sonuç vermeyeceğinin “anlaşılması” yeterli görülmektedir.²³⁶ Bu noktada bilinen tedavi yöntemlerinin uygulanmasının hasta üzerinde sonuç vermeyeceğinin anlaşılması, hekimin tıbbi bilgisine ve deneyimine dayalı belirlenecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçu bakımından fiil, deney suçundaki gibi “bilimsel” olmak zorunda değildir. Keza, kanunda yalnızca insan üzerinde deney suçu bakımından fiilin “bilimsel deney” olması aranmış; tedavi amaçlı deneme suçu bakımından ise bu şart aranmamıştır.

takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.”

²³⁵ Abdurrahman Ali YILDIRIM (2020), “Biyoteknoloji Hukukunun Temel Konuları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 33, Sayı 151, Sayı s. 313, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi151/320/>, ET. 01.11.2023.

²³⁶ Bkz. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.172 vd.

3.2.2.5 Hareket ve Hareketin Düzenlenişine Göre Tedavi Amaçlı Deneme Suçunun Niteliği

Deney suçunda hareketi anlatırken, hareketin iradenin dış dünyaya yansıtıldığı durumlar olduğundan bahsetmiştik. Hareketin sayısı bakımından tedavi amaçlı deneme suçunun tek hareketli suç olduğunu söylemek mümkündür. Tek hareketli suçlarda suçun oluşması için fail tarafından tek bir hareketin gerçekleştirilmesi yeterli görülmüş, birden fazla hareket aranmamıştır.

TCK m. 90/4 lafzına bakıldığında tedavi amaçlı deneme suçu “*hasta üzerinde rızası olmaksızın tedavi amaçlı deneme yapma*” hareketi ile gerçekleşecek ve suçun oluşumu için fail tarafından yapılacak başkaca bir hareket aranmayacaktır. Sonuç itibariyle tedavi amaçlı deneme suçunda tipe uygun eylemin “*rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme yapmak*” olduğunu söylemek mümkündür.

Tedavi amaçlı deneme suçunda failin hareketinin bir netice ile sonuçlanması aranmamaktadır. Bu anlamda deneme suçu da deney suçu gibi neticesiz suç olarak kabul edilecektir. Fail tarafından hastanın rızası olmaksızın tedavi amaçlı deneme hareketinin yapılması, suçun oluşumu açısından yeterli olacaktır.

İnsan üzerinde deney suçundan farklı olarak; tedavi amaçlı deneme suçunda failin hareketi sonucu mağdurun yaralanması ya da ölmesi ihtimalleri düzenlenmemiştir ancak bu durum failin sorumluluğunun doğmayacağı şeklinde anlaşılamaz.²³⁷ Bu durumda somut olayın şartları değerlendirilerek genel hükümlere göre bir sonuca varılacaktır.

Teşhis amaçlı ya da önleyici nitelikteki tedbirlerin TCK m. 90/4 kapsamında değil; TCK m. 90/1 insan üzerinde deney suçu kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.²³⁸ Keza, teşhis amaçlı ya da önleyici nitelikte olan tedbirler, kişinin var olan bir hastalığının iyileştirilmesine yönelik kabul edilemez. Teşhis amaçlı bir müdahalede, henüz bir hastalığın var olup olmadığı belli olmadığı gibi; önleyici nitelikteki müdahalelerde ise hastalık yoktur ve hastalığın oluşmasının önüne geçilmek amaçlanmaktadır.

²³⁷ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.205.

²³⁸ Bkz. Burcu ERTEM 2015, agt. s.532.

3.2.2 Tipikliğin Subjektif Unsurları

TCK m. 90/4 madde metninde failin hareketinin yöneleceği özel bir amaç belirtilmiş olup; bu kapsamda tedavi amaçlı deneme suçunda manevi unsur özel kasttır. Keza, failin insan üzerinde gerçekleştirdiği alelade bir deneme fiili bu suç kapsamına girmeyecek; “tedavi amaçlı” deneme fiilleri suç kapsamında değerlendirilecektir. TCK m. 90/4 kapsamında tedavi amaçlı deneme suçunun gerçekleşebilmesi için failin tedavi amaçlı bir deneme fiili gerçekleştirdiğini bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir.

Failin, fiili gerçekleştirirken tedavi amacı gütmemesi halinde somut olayın şartlarına göre insan üzerinde deney, yaralama ya da öldürme suçu sübut bulabilecektir. Kanaatimizce, failin bir bilimsel araştırma gerçekleştirmesi ancak araştırmayı gerçekleştirirken tedavi amacı gütmemesi ya da güttüğü amacın mağdurun var olan bir hastalığının iyileştirilmesine yönelik olmaması durumunda insan üzerinde deney suçunun varlığından söz edilebilecektir.

3.3 HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

3.3.1 Genel Olarak

Tüm suç teşkil eden fiillerde olduğu gibi, tedavi amaçlı deneme fiilinin de suç teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olması gerekmektedir. Rıza olmaksızın yapılan tedavi amaçlı deneme fiili de kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Elbette bir fiilin suç teşkil edip bu kapsamda cezalandırılabilirliğinin mümkün kılınabilmesi için öncelikle bir hukuk normunu ihlal etmesi gerekmektedir. Ancak bir ihlalin varlığı halinde kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığına bakılacaktır.

3.3.2 Hukuka Uygunluk Nedenleri

TCK m. 90/4 gereğince; hasta bir kişi üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı gerçekleştirilen deneme fiili suç teşkil etmektedir. Rıza olmaksızın gerçekleştirilen bir tedavi amaçlı deneme fiili ceza normunun ihlaline sebebiyet vermektedir. Ancak tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesinin ardından somut olay değerlendirmesi yapılacak; bir

hukuka uygunluk nedeninin varlığının kabulü halinde deneme fiili hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyecek ve dolayısıyla ceza sorumluluğu da gerektirmeyecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçunun “*hasta olan kişi*” üzerinde gerçekleştirilebileceğini belirtmiştik. Ancak, birden fazla hastalığı olan bir kişi üzerinde gerçekleştirilecek deneme fiilini hukuka uygun kılan, denemenin kişinin somut bir hastalığının tedavisine yönelik yapılmış olmasıdır.²³⁹ Yani, birden fazla hastalığı olan bir kişiye karşı tedavi amaçlı deneme fiili gerçekleştirilmesi halinde bu deneme fiilinin doğrudan deneme ile hedeflenen hastalığına yönelik olması gerekmektedir. Aksi halde, ilgili fiil kanun koyucu tarafından hukuka uygun kılınmış tedavi amaçlı bir deneme fiili olarak kabul edilemeyecektir.

Bu noktada hasta tarafından açıklanan rıza, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı ve yazılı olmalıdır. Yani deneme suçunda madde metninde belirtildiği şekliyle hasta bir kişi üstünde denemenin hukuka uygun olması, öncelikle hastanın aydınlatmaya dayalı rızasının varlığıdır. Keza, deneme suçu açısından rızanın yokluğu halinde tipe uygun eylem de gerçekleşmemiş olacaktır.

Öte yandan TCK m. 90/4 son cümlesinde hasta üzerinde gerçekleştirilecek tedavi amaçlı denemenin hukuka uygunluk şartlarından biri olarak tedavinin de uzman bir hekim tarafından bir hastane ortamında yapılmasını zikretmiştir.²⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 18. maddesinin 2. fıkrasında²⁴¹ tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın, müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mesleği mensubu tarafından sözlü olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Tedavi amaçlı deneme fiili bakımından da taraf olarak hasta ve hekimden söz ettiğimizden, deneme fiili öncesi hastaya gerekli bilgilendirmeyi denemeyi uygulayacak olan sağlık mesleği mensubunun yapması gerektiği kabul edilecektir.

İlaveten, TCK m. 90/4 hükmünde de belirtildiği üzere tedavi amaçlı bir deneme fiilinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için öncelikle bilinen tedavi yöntemlerinin hastanın hastalığının iyileştirilmesi yönünde olumlu bir sonuç vermeyeceğinin

²³⁹ Hakan HAKERİ 2020, age. s.285.

²⁴⁰ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2023, age. s.316.

²⁴¹ HHY m. 18/2: “‘Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir”.

anlaşılması gerekmektedir. Ancak bu şartın gerçekleşmiş olarak kabul edilebilmesi için, bilinen tedavi yöntemlerinin uygulanıp sonuçlarının beklenmesi zorunlu değildir.²⁴² Bilinen yöntemler uygulandığında olumlu bir sonuca ulaşamayacağının anlaşılması halinde de tedavi amaçlı deneme uygulanabilecektir. Örneğin; bacağını kaybetmek üzere olan bir hastaya bilinen ve standartlaşmış tüm tedavi yöntemlerinin uygulanması ve fakat olumlu bir sonuç alınamaması halinde kişinin uzvunu kaybetmemesi için tedavi amacıyla henüz standartlaşmamış bir yöntem denenebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması*” kenar başlıklı 27. maddesi altında alışılmış olmayan tedavi usullerinin ancak hastaya zarar vermeyeceği ve hastayı kurtaracağının mutlak görülmesi hallerinde yapılabileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2015/2709 E. 2015/19199 K. sayılı 14.12.2015 tarihli kararında bilgilendirilmiş gönüllü olur formunu inceleyerek, bilimsel araştırma kapsamında hastaya bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bunların uygulanması halinde sonuç verip vermediği araştırılarak sanıkların sorumluluklarının buna göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden hüküm kurulduğundan bahisle bozma kararı vermiştir.²⁴³

3.3.2.1 Rıza

Tedavi amaçlı deneme suçu düzenlenirken, rıza kanun koyucu tarafından açıkça tipikliğe dahil edilmiş olup; suçun ancak deneme fiilinin rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde gerçekleşeceği belirtilmiştir. Kanun koyucu bununla da yetinmemiş; TCK m. 90/4 ikinci cümlede bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, rızaya dayalı olarak yapılan deneme fiilinin ceza sorumluluğunu gerektirmeyeceğini belirtmiştir.

²⁴² Hakan HAKERİ 2020, age. s.286.

²⁴³ Bkz. “Dosya içerisinde mevcut ‘bilgilendirilmiş gönüllü olur formu’nun incelenmesinde, 23.07.2008 tarihinde ölene sanıklar tarafından remedy tedavi programına başlandığı ölenin, venöz tromboembolizmin sekonder olarak önlenmesinde oral dabigatran eteksilatin (150 mg bid) etkinliğinin ve güvenirliliğinin Warfarinle (ınr 2.0-3.0) karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi amacıyla gerçekleştirilen faz 3, randomize, çok merkezli, çift, kör, paralel grup, aktif kontrollü özel ilaç firması tarafından destekli gizli olarak yürütülen ‘remedy’ adlı çalışma programına alındığının anlaşılması karşısında; derin ven trombozu teşhisi konulan ölene, sanıklar tarafından ‘remedy’ çalışmasına başlamadan önce bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, uygulanması halinde ise sonuç verip vermediği araştırılarak, sonuca göre sanıklar hakkında TCK’nın 90/4. maddesince gereğince sorumluluklarının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanıklar hakkında yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”

Kanımızca, tedavi amaçlı deneme suçunun deney suçundan esas farkı da deneme suçunda rızanın tipikliğe dahil oluşudur.

Tedavi amaçlı deneme fiili yönünden verilecek rızanın, yapılacak olan bilimsel araştırmanın tüm mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli aydınlatmaya dayalı olması ve yazılı olarak alınması gerektiğinden bahsetmiştik. Tedavi amaçlı deneme fiiline hasta tarafından belirtilen şartları sağlar bir biçimde rıza gösterilmesi halinde, tipik fiil gerçekleşmeyecek ve dolayısıyla suç da oluşmayacaktır.

Ayrıca, hastadan rıza alınmadan evvel, aydınlatma kapsamında bilinen yöntemlerin uygulanmasının hasta açısından sonuç vermeyeceğinin anlaşıldığının da açıkça belirtilmesi ve bu hususta detaylı bilgi verilmesi gerekmektedir. Bu noktada bilgilendirme ile kastedilen; tedavi amaçlı deneme fiili kapsamında hastanın rızası alınırken bilinen bu klasik tedavi yöntemlerinin hasta için bir çözüm sunamayacağı kanısının hekimin öngörüsü ve bilgisi dahilinde hastanın anlayabileceği bir dille hastaya izah edilmesidir.²⁴⁴ Keza, mevcut durumun hastanın anlayabileceği bir dilde izah edilmemiş olması halinde hasta aydınlatılmış olmayacak; dolayısıyla da rızası geçerli olmayacaktır.

Varsayılan rıza, rıza hukuka uygunluk nedeninden sonra gelen ve onu tamamlayan ancak rıza hukuka uygunluk nedeninden farklı olan ve bir iradenin varsayılması anlamına gelen bir hukuka uygunluk nedenidir.²⁴⁵

Rızanın tipikliği etkileyen hallerden kabul edildiği suçlarda, ilgilinin gerçek rızası yoksa varsayılan rızaya dayanılarak hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilebilir.²⁴⁶ Tedavi amaçlı denemelerde bir hastalık hali mevcut olduğundan ve hareketin bu hastalık halinin iyileşmesine yönelik gerçekleştirildiğini belirtmiştik. Tam da bu nedenle, doğrudan hastalık halinin yararına gerçekleştirilen bilimsel araştırmalarda varsayılan rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak uygulama alanı bulabilecektir.²⁴⁷ Yine istisnai bir hal olarak; hastanın bir sebepten rıza yeteneğinin bulunmadığı haller ile teşhis amaçlı bilimsel nitelikli araştırmalarda da varsayılan rıza

²⁴⁴ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.172.

²⁴⁵ Burcu ERTEM 2015, agt. s. 442.

²⁴⁶ Zeynel Temel KANGAL (2011), “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 4, s.225, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789419>, ET. 15.11.2023.

²⁴⁷ Burcu ERTEM 2015, agt. s. 538.

gündeme gelebilecektir.²⁴⁸ Varsayılan rızanın gündeme gelebileceği hallere hastanın bilincinin kapalı olması nedeniyle rıza veremediği, hastalığın teşhisi ya da tedavisi için bilinen bir yöntem olmadığı yahut bilinen yöntemlerin uygulandığı halde sonuca varılamaması gibi bir durum örnek olarak gösterilebilir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre; hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumların varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.

Varsayılan rıza (üstün özel yarar) değerlendirmesi yapılırken failin doğrudan kendi yararına hareket edip etmediği noktası da incelenmelidir. Keza, hasta kişi üzerinde varsayılan rızaya dayalı ve vücut bütünlüğünü zedeleyici bir fiil uygulanacaksa bu ancak ve ancak kişinin yararına olmalıdır.

Varsayılan rızanın ikincil nitelikte ve rıza hukuka uygunluk nedenini tamamlayan bir hukuka uygunluk nedeni olması dolayısıyla; hastanın rızasının alınabileceği hallerde, varsayılan rızaya başvurulamayacaktır.²⁴⁹ Biyotıp Sözleşmesi'nin “*Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması*” kenar başlıklı 6. maddesinde rıza ehliyeti olmayan kişilerin durumu düzenlenmiştir. Buna göre; rıza yeteneği olmayan kişiler üzerinde yapılacak tüm tıbbi müdahaleler, hekim dışında kendisine gözetim yükümlülüğü yüklenen başkaca bir üçüncü kişi tarafından yetkilendirilme şartına bağlanmıştır.²⁵⁰ Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan kişiler için ağırlıklı olarak tıbbi yönden hekimin; yerindelik yönünden gözetim yükümlüsünün takdirinde olacak şekilde ortaklaşa bir karar alınmaktadır.²⁵¹

Tedavi amaçlı deneme fiili bir cerrahi operasyon gerektiriyorsa; operasyonun genişletilmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınması konusu tartışılabilir. Kanaatimizce, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesi²⁵² gereği; operasyonun genişletilmesinin gerekmesi, bunun hasta için zaruri nitelikte olması, müdahale

²⁴⁸ agt s. 538.

²⁴⁹ agt s. 442.

²⁵⁰ agt s. 445.

²⁵¹ agt s.446.

²⁵² “*Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.*”

geniştirilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek olması halinde hastadan rıza alınması da mümkün değilse operasyon genişletilebilecektir.

Varsayılan rıza değerlendirmesinde son olarak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan, müdahale sırasında isteğini açıklayamayacak olan hastanın tıbbi müdahale ile ilgili önceden açıkladığı isteklerinin göz önüne alınması gerekliliğine de dikkat edilmelidir. Hasta, deneme öncesi isteklerini açıklayabilir durumdayken bedeniyle ilgili dokunulmamasını istediği bir bölge ya da uygulanmamasını istediği bir yöntemi belirtmişse; isteklerini açıklayamayacağı durumda da önceden açıklamış olduğu istekleri doğrultusunda hareket edilmelidir.

AIHM 54810/00 başvuru numaralı Jalloh v. Almanya davasında²⁵³ başvurucaunun fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne rızası dışında ağır bir müdahalede bulunulduğu ve başvuranın midesindekileri boşaltmaya zorlanmasının tedavi amacına yönelik olmadığına vurgu yaparak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Karardaki bazı noktalar kanaatimizce tedavi amaçlı deneme fiili bağlamında da uygulama alanı bulabilecektir. Keza, bir tedavi amaçlı deneme fiili kapsamında kişinin tamamen rızasının yokluğunda ya da verdiği rızanın kapsamı dışına çıkılarak; tedavi amacı dışında başkaca bir amaçla fiziksel ya da ruhsal bütünlüğüne zarar verildiğinde AIHS m. 3 ihlal edilmiş olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, deney suçuna paralel olarak, tedavi amaçlı deneme suçunda da Anayasa'nın 17. maddesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi uygulama alanı bulacak ve rızanın yokluğu insan onuruna aykırılığa sebep olabilecektir.

3.4 KUSURLULUK

3.4.1 Genel Olarak

İnsan üzerinde deney suçunu incelediğimiz esnada bahsettiğimiz üzere, failin sorumluluğu için yalnızca tipe uygun eylemin yapılması ve hukuka aykırılık yeterli

²⁵³ Bkz. “ilgili makamlar başvuranın fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne rızası dışında ağır bir müdahalede bulunmuştur. Başvuranın midesindekileri boşaltmaya zorlanması tedavi amacını değil, başka yollarla da elde edilebilecek olan delillere ulaşma amacını taşımaktadır. Söz konusu tedbirin uygulanma biçimi başvuran üzerinde korku, endişe ve aşağılanma hisleri uyandırmıştır. Amaç bu olmasa da, tedbirin uygulanma biçimi başvuranda fiziksel acı ve ruhsal ıstırap yaratmıştır. Belirtilen gerekçelerle Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.”

olmayıp; failin gerçekleştirdiği hareketi kusurlu bir biçimde gerçekleştirmiş olması da gerekmektedir. Bunun yanında kusurluluktan söz edebilmek için ise öncelikle failin kusur yeteneğinin varlığının araştırılması gerekmektedir.

Kusur araştırması, yalnızca failin niteliklerine özel bir araştırmadır ve genel itibariyle, fail fiili gerçekleştirdiği esnada kusurlu hareket etme yeteneği olmadığı kabul edilen bir kişi ise gerçekleştirdiği eylemde de kusur aranmayacaktır.

3.4.2 Kusurluluğu Etkileyen Haller

İnsan üzerinde deney başlığı altında bahsedildiği üzere, kusurluluğu etkileyen hallerin genel itibariyle bir emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, meşru savunmada sınırın aşılması, cebir ve tehdit, haksız tahrik, hata halleri, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı ve geçici nedenler (alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olmak) olarak sayılabilir.

Suç teşkil eden bir tedavi amaçlı deneme hareketi, bir emir ile de olsa “suretle gerçekleştirilemez olup; gerçekleştirilmesi durumunda emri yerine getiren ve emri veren birlikte sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda kanaatimizce, tedavi amaçlı deneme suçunda da insan üzerinde deney suçunda olduğu gibi bir emrin yerine getirilmesi, bir kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak değerlendirilemez.

Kanaatimizce, tedavi amaçlı deneme suçu bakımından da insan üzerinde deney suçuna benzer şekilde, herhangi bir zorunluluk hali bulunmamaktadır ve bu nedenle de bu suçlarda zorunluluk hali bir kusurluluğu etkileyen neden olarak da kabul edilemeyecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçunda, yine insan üzerinde deney suçuna benzer şekilde meşru savunma halinin uygulama alanı bulması söz konusu değildir. Bu nedenle, bir kimsenin heyecan, korku ya da telaş sebebiyle bir insan üzerinde tedavi amaçlı bir deneme hareketi gerçekleştirmesi gibi bir durum ve heyecan, korku, telaş nedeniyle meşru savunmada sınırın aşılması söz konusu olmayacaktır.

Cebir, tehdit ya da korkutma hallerinin varlığı halinde genel itibariyle somut durumda cebir, tehdit ya da korkutmayı kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Ancak kanaatimizce, tedavi amaçlı deneme suçunda somut olayda ilgili bilimsel araştırmanın gerçekleştirilmesinde cebir, tehdit ya da korkutma hallerinin varlığından söz edilemeyecektir. Keza, insan üzerinde gerçekleştirilen bir

bilimsel araştırmanın herhangi bir sebeple cebir, tehdit ya da korkutma aracılığıyla işlenmesi söz konusu olamaz.

Haksız tahrik dolayısıyla iradenin etkilenmesi hali, tedavi amaçlı deneme suçu bakımından söz konusu olmayacaktır. Keza, bir kişinin herhangi bir davranış sonucu duyduğu hiddet ya da elem dolayısıyla başkaca bir kişiye karşı deneme suçunu işlemesi söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, haksız tahrik nedeniyle deneme suçunun işlenmiş olması ihtimalinde deneme suçundaki tedavi amacı ortadan kalkacak ve ilgili suç tipi değişecektir.

Tıbbi müdahaleler bağlamında bir değerlendirme yapıldığında, hekimin yanılarak aydınlatma ve rıza gibi bir yükümlülüğü olmadığını zannetmesi durumunda hukuksal yanılğı söz konusu olacaktır.²⁵⁴ TCK m. 30/1 hükmü gereği;

“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.”

Hekimin, tedavi amaçlı deneme fiiline rıza konusunda hataya düşmesi halinde, bu hata halinin hekim (fail) lehine değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁵⁵ Keza buna göre; rızanın var olduğunun sanılması, rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme yapma fiili konusunda kastı da kaldıracaktır. Tedavi amaçlı deneme suçu da kasten işlenebilen bir suç olduğundan, failin hastanın rızası olduğunu düşünmesi durumunda rıza olmaksızın tedavi amaçlı bir deneme fiili gerçekleştirdiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, failin hastanın rızasının geçerliliği konusunda hataya düşmesi halinde de bu hata halinin fail lehine değerlendirilmesi gerekecektir.

3.5 SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

3.5.1 Teşebbüs

Fail tarafından icrasına başlanmış ancak herhangi bir nedenden ötürü icra hareketlerinin tamamlanamadığı suçlara, teşebbüste kalmış suçlar denmektedir.²⁵⁶ Teşebbüs konusu Türk Ceza Kanunu m. 35’te düzenlenmiştir.²⁵⁷ Buna göre teşebbüs, ancak fail tarafından icra hareketine başlandığı fakat hareketin tamamlanamadığı

²⁵⁴ Hakan HAKERİ 2020, age. s. 235.

²⁵⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem ÖZEN (2013), age. s.104.

²⁵⁶ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age. s.416.

²⁵⁷ TCK m.35/1: “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

durumlarda söz konusu olacaktır. Teşebbüs değerlendirmesi için de hareket ve neticenin ayrılabilir nitelikte olup olmadığına bakılacaktır.

Tedavi amaçlı deneme suçu, neticesiz suçlardan olduğundan, kural olarak bu suça teşebbüs de mümkün değildir. Keza, tedavi amaçlı deneme suçunun oluşumu için failin hareketi sonucu bir netice ortaya çıkması beklenmemektedir.

Tedavi amaçlı deneme suçunda da suça teşebbüs ancak hareketin bölünebilir olduğu durumlarda mümkün olacaktır. Hareketin bölünebilir olmadığı hallerde ise suça teşebbüs mümkün olmayacaktır. Deneme hareketini gerçekleştiren failin bir bilimsel araştırmaya başlamak üzere gerekli tüm adımları attığı ve araştırmaya başlayacağı, mağdurun vücut bütünlüğüne zarar vereceği esnada yakalandığı ve bu nedenle harekete devam edemediği durum örnek olarak gösterilebilir.

Suçun işlenişindeki hazırlık, icra hareketlerine başlama ve hareketlerin tamamlanıp neticenin gerçekleşmesinden oluşan üç aşama tıpkı deney suçunda olduğu gibi tedavi amaçlı deneme suçu bağlamında da irdelenecektir. Bu doğrultuda deneme fiiline başlamak için hasta ile görüşülmesi, denemenin yapılacağı mekânın ayarlanması gibi hazırlık hareketlerinin yapılmasından ötürü fail cezalandırılmayacaktır. Ancak, denemenin gerçekleştirilmesi için hazırlık hareketlerinin tamamlanmasının ardından hastanın mekânda hazır bulundurulması, gerekli ise ekip ve malzemeler ile hastanın cerrahi operasyona alınmak üzere uyutulması örneğinde artık icra hareketlerine başlanmış ve suçun işlenişinde ikinci aşamaya geçilmiş olacaktır. Bu nedenle tam da bu aşamada elverişli hareketlere bir nedenle devam edemeyen failin fiili teşebbüs aşamasında kalmış olarak kabul edilebilecektir.

Tedavi amaçlı deneme suçu neticesiz bir suç olduğundan herhangi bir netice gerçekleşmesi aranmayacak ancak elverişli hareketlere devam ederek hastanın uyutulmasının ardından planlanan araştırmanın gerçekleştirilmesi, örnekten hareketle cerrahi operasyona başlanması ve hastanın vücut bütünlüğüne zarar verilmesi ile suç tamamlanacaktır.

3.5.2 İştirak

Tedavi amaçlı deneme suçu kapsamında suça iştirak mümkündür. Suça iştirak durumu, kişinin suçun işlenişinde bulunduğu konuma göre birlikte fail, azmettiren ya da yardım eden olarak değişiklik gösterecektir.

Özellikle cerrahi müdahale içeren deneme fiilleri bir ekip ile yapıldığından, iştirak konusuna örnek teşkil edebilir. Cerrahi müdahalelerde hukuka aykırı bir deneme fiilini doğrudan gerçekleştiren hekim asıl fail olarak, bu kişiyle birlikte suça kasten katılan diğer ekip üyeleri ise yardım eden olarak sorumlu olabilecektir.²⁵⁸ Ancak tedavi amaçlı deneme suçu bakımından özellik arz eden hususlardan birisi olan suçun özgü suç olması nedeniyle failin hekim olması gerekliliği bulunduğundan, deneme suçu bağlamında ekipte yer alan ve hekim olan kişiler fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Ekip içerisinde hekim olmayan ancak bu deneme fiiline katılan kişiler ise somut olaya göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabilecektir.

Cerrahi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin aklında bu şekilde bir müdahale gerçekleştirmek olmamasına rağmen bu fikir başka birisi tarafından aklına sokulmuşsa, bu kişi de azmettiren olarak sorumlu olabilecektir. Mağdur ile azmettiren kişi aynı kişi olmayacağından, hekimin aklına bu fikri sokan kişi hastanın kendisi de olsa hasta azmettiren olarak sorumlu olmayacaktır.²⁵⁹ Ancak, hekimin aklında tedavi amaçlı deneme fikrini sokan kişi, hastanın yakını ya da başka bir kişi ise azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Bilinen tedavi yöntemleri uygulanmış ancak sonuç alınamamış olan bir hastanın yakını tarafından söylentiye dayalı ve henüz kesinleşmemiş bir tedavi yönteminin uygulanması konusunda hekime fikir verilip bu fikrin desteklenmesi örneğinde hasta yakını azmettiren konumunda bulunabilecektir.

Tedavi amaçlı deneme fiilini gerçekleştirecek olan faile denemeyi kimler üzerinde, nerede ve nasıl yapabileceği konusunda yol gösterilmesi ile deneme faaliyetinin gerçekleşmesinin ardından destek olunacağını söylenmesi, bu suç kapsamında yardım etme olarak kabul edilebilecektir. Bu kapsamda, tedavi amaçlı deneme faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için hastayı ve mekânı ayarlayan kişi/kişiler suça iştirak etmiş olacaktır.

²⁵⁸ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.219.

²⁵⁹ age s.219.

TCK m. 41/1 hükmü gereği, iştirak halinde işlenmiş suçlarda yalnızca gönüllü vazgeçmeyi gerçekleştiren kişi gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Bu doğrultuda, tedavi amaçlı deneme fiiline iştirak konusunda kendi iradesi ile vazgeçen kişi gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir. Tedavi amaçlı deneme suçunun failin kendi iradesi ile gösterdiği çaba dışında başka bir nedenle işlenememesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

3.5.3 İçtima

Suçların içtimaı konusu, Türk Ceza Kanunu'nda 42. maddede bileşik suç, 43. maddede zincirleme suç ve 44. maddede fikri içtima olmak üzere üçe ayrı biçimde düzenlenmiştir.

Tedavi amaçlı deneme suçu, TCK bağlamında başka bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülmemiştir. Dolayısıyla bileşik suç hükümleri, tedavi amaçlı deneme suçunda uygulama alanı bulmayacaktır.

Tedavi amaçlı deneme fiilinin de birden fazla kez kanunu ihlal edip etmediğinin tespit edilebilmesi için hareketin tekil mi çoğul mu olduğuna bakılacaktır.²⁶⁰ Bu bağlamda aynı araştırma kapsamında ve aynı zaman dilimi içerisinde birden fazla sayıda gerçekleştirilen tedavi amaçlı deneme hareketleri, tek bir hareket olarak kabul edilecektir.

İnsan üzerinde deney suçunda bahsettiğimiz gibi tedavi amaçlı deneme suçunda da “*aynı zaman dilimi*” ibaresinden yola çıkılarak; bahse konu zaman birliği geniş ele alınmalıdır. Bir tedavi amaçlı deneme faaliyeti kapsamında hastanın araştırmanın gerçekleştirileceği yerde uyutularak hazır edilmesi, girişimsel işlemlere başlanması ve araştırmanın gereklerine göre devamında gerçekleşecek olan hareketler zaman birliği içerisinde bir deneme fiili olarak kabul edilecektir. Elbette ki her bir olay için zaman birliği kapsamında değerlendirilecek olan hareketler değişkenlik gösterecektir.

İnsan üzerinde deney suçuna paralel olarak tedavi amaçlı deneme suçunda da bilimsel araştırma kapsamında mağdura birden fazla kez deneme fiili uygulanması gerekmiş ya da uygulanmış olabilir. Bu gibi durumlarda, ilgili hareketler tek hareket sayılacak ve fail tek bir tedavi amaçlı deneme suçu üzerinden cezalandırılacaktır.

²⁶⁰ age s.159.

Keza, daha evvel de bahsettiğimiz üzere tedavi amaçlı deneme suçu neticesiz ve soyut tehlike suçudur ve suçun oluşumu için hareketin gerçekleşmesi yeterli olup; bu bağlamda hareketin ardından herhangi bir neticesinin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

Kanaatimizce, failin tek bir fiille birden fazla kişiye karşı deneme suçu işlemesi ihtimali, deney suçuna göre çok daha zor görünse de mevcuttur. Aynı hastalığa sahip olan birden fazla kişiye karşı tek bir hareketle tedavi amaçlı deneme gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda da TCK m. 43/2 hükmü gereği zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacak ve verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Buna, hekimin aynı hastalığa sahip birden fazla kişiye aynı oda içerisinde oksijen tedavisi uygulaması gösterilebilir.²⁶¹

3.6 YAPTIRIM

TCK m. 90/4 uyarında rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan fail, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Tedavi amaçlı deneme fiili de esasen insan üzerinde deney fiiline benzer şekilde kasten yaralama suçuna ve yerine göre ise kasten öldürme suçuna sebebiyet vermektedir. Ancak öğretilerde hastanın başka türlü tedavi imkânı bulunmuyorsa, denemeler suretiyle tedavi uygulamak, zorunluluk halinin tıp hukuku alanında uygulanışı olarak kabul edilmiştir.²⁶²

Tedavi amaçlı deneme fiili, kanunda belirtilen tüm şartlara uygun olarak gerçekleştirilmiş ancak yine de fiil sonucunda hastanın sağlığı bozulmuş yahut hasta ölmüşse, bu kapsamda bir kusur da söz konusuysa, taksirle yaralama yahut taksirle öldürme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.²⁶³

Tedavi amaçlı deneme suçu bakımından kanunda herhangi bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Hakeri'ye göre, tedavi amaçlı deneme suçu ile insan üzerinde deney suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumu, cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmelidir.²⁶⁴

Tedavi amaçlı deneme suçunun da deney suçuna paralel olarak tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda tüzel kişilere yönelik güvenlik

²⁶¹ age s.177.

²⁶² Hakan HAKERİ 2020, age. s.277.

²⁶³ age s.521.

²⁶⁴ age s.522.

tedbirlerine hükmedilecektir. TCK m. 60 gereğince tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsadereidir.

Tedavi amaçlı deneme suçu için öngörülen ceza miktarı dolayısıyla, TCK m. 66/1, e hükmü uyarınca dava zamanaşımı süresi 8 yıldır.



BÖLÜM IV

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME TÜRLERİ

4.1 İLAÇ DENEY VE DENEMELERİ

Dünya Sağlık Örgütü tanımına göre ilaç; fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları insanın yararı için değiştirmek veya incelemek amacı ile kullanılan ve kullanılması öngörülen herhangi bir madde veya üründür.²⁶⁵

Genel itibariyle, ruhsat alınmış ya da alınmamış fark etmeksizin tüm ilaç deney ve denemeleri TCK m. 90 bağlamında konu olarak değerlendirilir.²⁶⁶

Beşerî Tıbbi Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in "Tanımlar" kenar başlıklı 4. maddesine²⁶⁷ göre ise ilaç (beşerî tıbbi ürün); insanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan veya farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan, madde veya maddeler kombinasyonu olarak tanımlanmıştır.

Bu bağlamda, ilgili Yönetmelik uyarınca biyolojik ürünler, özel tıbbi amaçlı beslenme ürünleri, tıbbi mamalar, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ve immünolojik ürünler ilaç kapsamında değerlendirilecektir.²⁶⁸ Dolayısıyla KAHY m. 4 kapsamında tanımlı yapılan tüm bu ürünler ile gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar insan üzerinde deney ya da tedavi amaçlı deneme suçunun konusunu oluşturabilecektir.

Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin 1. fıkrasında da kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek şekilde ilaç yapmak ve satmak suç olarak

²⁶⁵ Ayfer KARADAKOVAN (1994), "İlaç Etkileşimleri ve Hemşirenin Sorumlulukları", *Ege Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, s. 65, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/836779>, ET. 10.07.2023.

²⁶⁶ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.179.

²⁶⁷ 32203 sayılı Beşerî Tıbbi Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.4/1, n.

²⁶⁸ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.180.

kabul edilmiştir.²⁶⁹ Bir bilimsel araştırma yoluyla kişilerin ve dolayısıyla toplumun sağlığını tehlikeye sokabilecek şekilde ilaç yapılması ve bunların satışı da TCK m.187/1 hükmü gereğince suç olarak kabul edilecektir.

Aşı geliştirme çalışmalarında gerçekleştirilmesi gereken bazı aşamalar mevcuttur. Bunlar sırasıyla; prelinik, faz 1, faz 2, RR (Regulatory Review), faz 4'tür.²⁷⁰

İnsan deneyleri başlamadan önceki aşama olan prelinik aşamasında aşının güvenliği ve uygunluğu açısından veri toplanır ve tekrar eden hayvan çalışmaları yapılır.²⁷¹ Prelinik aşamasından sonra ilk klinik faz olan Faz 1'de sağlıklı insanlardan oluşan 20-100 gönüllü içeren bir grupta farklı dozlar değerlendirilir.²⁷² Faz 2'de faz 1'e göre daha fazla kişi üzerinde (100-300 gönüllü) değerlendirme yapılır; aşının optimal dozu ve şeması hakkında bilgi verilirken; faz 3'te çok daha fazla kişi (300-3000) çalışma kapsamına alınır.²⁷³ Regulatory Review aşamasında Devletin düzenleyici kuruluşları Faz 3 sonuçları ile ruhsatlama başvurusunu değerlendirir; ruhsatlama süreci tamamlandıktan sonra gelen Faz 4'te ise aşı kitlesel olarak kullanılmaya başlandıktan sonra, aşının gerçek hayat etkinliği ve güvenilirliği izlenir.²⁷⁴

Yukarıda bahsettiğimiz aşı çalışmalarında izlenmesi gereken aşamalar normal şartlarda çok daha uzun sürerken; Covid-19 pandemisi döneminde hızlandırılmış biçimde gerçekleştirilmiştir. Bu durumda da kanaatimizce, pandemi kaynaklı kamu sağlığının korunması önceliklendirilmiştir.

Aşı çalışmaları esnasında ve sonucunda kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edileceğinden; müdahaleye konu kişiden (aşı çalışmaları sırasında gönüllüden) aydınlatılmış onam alınması gerekecektir. Konuya en yakın örnek olan Covid-19 pandemisi sürecinde geliştirilen aşılarda çalışmalar sırasında ve sonucunda da aynı şekilde müdahaleye konu kişilerden aydınlatılmış onam alınmıştır. Aşı çalışmaları sonucu geliştirilen ve piyasaya sürülen aşılarda, kişilere uygulanmadan evvel

²⁶⁹ TCK m. 187/1: “Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.”

²⁷⁰ Erdinç YAVUZ (2020), “Covid-19 Aşıları”, *Türk Aile Hekimliği Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 4, s. 226, https://jag.journalagent.com/tahd/pdfs/TAHD-88598-REVIEW_ARTICLE-YAVUZ.pdf, ET. 10.06.2023.

²⁷¹ agm s. 226.

²⁷² agm s. 226.

²⁷³ agm s. 226.

²⁷⁴ agm s. 226.

aydınlatılmış onam belgeleri imzalatılmış ve aşilar ancak bu onayın ardından uygulanmıştır.

4.2 ORGAN, DOKU ALINMASI, NAKLİ YOLU İLE DENEY VE DENEMELER

Organ ve dokular insan vücuduna bağlı parçalar olup; insanlar üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar, kişilerin organ ve dokularını da kapsamaktadır. Keza, insan üzerinde yapılan bilimsel araştırmaların konusu insanın doğrudan kendisi ve vücududur.

Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin “Tanımlar” kenar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının r bendinde organ şu şekilde tanımlanmıştır:

“insan vücudunda bulunan, farklı dokularca oluşturulan, yapısını, vaskülarizasyonunu ve fizyolojik fonksiyonlarını gerçekleştirme yeteneğini devam ettiren ayrılmış parça”

Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının u bendinde ise organ nakli; *“fonksiyonunu mevcut hiçbir tedavi seçeneği ile yerine getiremeyen organın yerine, ölü veya canlı vericiden alınan organın tedavi amacıyla alıcıya nakledilmesi işlemi”* olarak tanımlanmıştır.

Hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmadan bir kişiden organ ya da doku alma fiili ise TCK m.91'de “Organ veya doku ticareti” başlığı ile suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.²⁷⁵

²⁷⁵ Bkz. 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. Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrafta belirtilen cezalara hükmolunur. Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 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 maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Birinci fıkrafta tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Organ ve doku alınması konusu Biyotıp Sözleşmesi'nin 19.²⁷⁶ ve 20.²⁷⁷ maddelerinde düzenlenmiştir. Organ veya doku alınması ya da bunların nakli yoluyla yapılan bir bilimsel araştırma, somut olayın niteliğine göre deney ya da deneme suçunu oluşturabilecektir. Ancak bu noktada insan vücudundan ayrılmış parçaları değerlendirmekte fayda görmekteyiz. Keza, insan vücudundan herhangi bir sebeple ayrılmış olan organ ve parçalar vücut bütünlüğünün korunması bağlamında değerlendirilmemekte olup; vücuda sonradan eklenen yapay organ veya parçalara yönelik müdahaleler değerlendirilirken de bunların vücutla olan bağlantısının niteliğine ve sürekli olup olmadığına dikkat edilmelidir. Özellikle insan üzerinde deney suçu bakımından, kanunun lafzına göre; insan vücudundan ayrılmış parçalar esasen insan üzerinde deney suçunu oluşturmayacaktır keza insan vücudundan ayrılmış parçalar, üzerinde yapılmış bilimsel araştırma “*insan üzerinde*” yapılmış olarak kabul edilemeyecektir.

Organ veya doku alınması ya da nakli suretiyle yapılacak olan bilimsel araştırmalarda araştırmayı yapan kişi/kişiler mutlaka hekim olmalıdır. Keza, organ veya doku alınması ya da nakli işlemini yapmaya yetkili kişiler de yalnızca hekimlerdir. Bu işlemin yetkisiz kişilerce yapılması hukuka aykırı olup; suç teşkil edecektir.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.25:

“Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

²⁷⁶ Biyotıp Sözleşmesi m.19: “Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir. Gerekli muvafakat, Madde 5’te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmi bir makam önünde verilmiş olmalıdır.”

²⁷⁷ Biyotıp Sözleşmesi m.20: “5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir: muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması; alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması; bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması; 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması; muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.”

4.3 KÖK HÜCRE DENEY VE DENEMELERİ

Kök hücre, bir canlının vücudunda uzunca bir süre bölünerek kendini yenileyen ve bu yolla da farklılaşmış hücreler oluşturabilen farklılaşmamış hücrelerdir.²⁷⁸ Kök hücreler, vücuttaki diğer hücreler gibi özel bir işleve sahip olmayıp, gerekli şartlar sağlandığında istenilen hücre tipine dönüşebilmekte ve böylece vücutta herhangi bir hücre grubunda ölüm ya da hasar meydana gelmesi durumunda kök hücreler ihtiyaç duyulan hücrelere dönüşüm gösterebilmektedir.²⁷⁹

Kök hücre çalışmalarını insan ömrünü uzatmanın yolunun doğum sonrası atılan plasentalar ve kordon hücrelerinde olduğunu söyleyen Prof. Dr. Süreyya Tahsin Aygün tarafından yapılmıştır.²⁸⁰ 1967 yılında tanımlanan embriyonel karsinoma hücrelerinin kültür ortamında çoğaltılmış ve o zamandan bu yana insan ve fare teratokarsinomlarından çok sayıda hücre tanımlanması ve aynı dönemde in vitro fertilizasyon kliniklerinden alınan fazla embriyoların kullanılması ile insan embriyonik kök hücrelerinin üretilmesine yönelik çalışmalar başlamıştır.²⁸¹

Kök hücreler, elde edildikleri kaynaklar yönünden embriyonik kök hücreler, fetal kök hücreler ve erişkin (somatik) kök hücreler olmak üzere üçe ayrılmaktadır.²⁸² Erişkin kök hücreler, elde edildikleri organ ve dokuya dönüşme eğiliminde olup; “*multipotent kök hücreler*” olarak da adlandırılır.²⁸³ Embriyonik kök hücreler, diğer birçok hücreye dönüşebilen hücrelerken; progenitor kök hücreler (fetal kök hücreler), yalnızca belli tip hücrelere dönüşebilir.²⁸⁴

Türk hukukunda kök hücre çalışmalarına ilişkin tartışmalar, insan embriyosunun hukuki durumu ve insan olmanın başlangıç aşaması tartışmalarından ötürü embriyonik kök hücreler üzerine yoğunlaşmaktadır.²⁸⁵ Uluslararası hukukta, insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle araştırma amacıyla insan embriyosu üretimi

²⁷⁸ Fahri ŞAHİN (2005), “Kök Hücre Plastisitesi ve Klinik Pratikte Kök Hücre Tedavisi”, *Türk Hematoloji Onkoloji Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, s. 49, <https://search.trdizin.gov.tr/yayin/detay/46532/>, ET. 01.07.2023.

²⁷⁹ Ahmet KARAKAYA (2013), *Kök Hücre Çalışmaları ve Etik*, Yüksek Lisans Tezi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.4, <https://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/507/E0000205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET. 01.07.2023.

²⁸⁰ Fahri ŞAHİN 2005, agm. s.49.

²⁸¹ agm s.49.

²⁸² Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s.259.

²⁸³ Remzi DEMİR (2019), *Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.31.

²⁸⁴ age s.31.

²⁸⁵ Ahmet KARAKAYA 2013, agt. s.37.

yasaklanmaktadır.²⁸⁶ Kanaatimizce, klonlama tedavi amaçlı olduğu sürece amaç tıbbi yardım olduğundan bu tip müdahaleler üretim yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir.

Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği'nin 23. maddesinin 1. fıkrasının c ve d bendinde, kordon kanı bankalarının para karşılığı veya başkaca bir çıkar temini amacıyla kordon kanı satışı yapamayacakları ile UKOK ve verici onayı olmadan kordon kanını başka kişi veya kurumlara devredemeyip, imha edemeyecekleri belirtilmiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından kök hücre çalışmalarının çerçevesinin çizilebilmesi amacıyla 2006 yılında “*Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu*” yayınlanmıştır. Ardından, Sağlık Bakanlığınca yayımlanan 2018/10 sayılı Genelge ile Doku Hücrelerinin Kullanıldığı Klinik Araştırma ve Klinik Denemeler Rehberi başlığı ile bir kök hücre çalışmaları kapsamında detaylar gösterilmiştir.

2018/10 sayılı Genelge ile rutin tıbbi uygulama aşamasına gelmemiş olan doku, hücre ve bu tip ürünlerin uygulamaları hakkında bilimsel ve teknolojik gelişmelerin ülkemizde ihtiyacı olan hastaların yararına kullanılabilmesi ve araştırmalar sonucu yeni endüstriyel ürünler ortaya çıkabilmesi için gerekli klinik denemelerin mevzuata uygun bir biçimde yapılabilmesi için yol gösterici olması amaçlanmıştır.

İlgili Genelge 'de insan doku, hücre ve bunlara dayalı ürünlerin kullanıldığı uygulamalar ilk aşamada standart tedaviler ve deneysel çalışmalar olarak; deneysel çalışmalar ise klinik denemeler ve klinik araştırmalar olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Genelge'nin “*Genel Esaslar*” başlığı altında klinik araştırma teriminin bilimsel deneyin; klinik denem teriminin ise tedavi amaçlı deneme ifadesi yerine kullanıldığı belirtilmiştir.

Genelge kapsamında rızaya dayalı ve bilimsel-etik yöntemlere uygun olarak Sağlık Bakanlığı'ndan onay alınmak suretiyle yapılan tedavi amaçlı denemeler;

- Bilinen tedavi yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması ya da bilinen tedavi yöntemlerinin yüksek risk teşkil ettiği ve uygulanamayacağı hallerde,

²⁸⁶ Remzi DEMİR (2019), age. s.34.

- Hastalığın tedavisi konusunda elde edilen klinik ve klinik dışı araştırmaların somut faydalarından yola çıkılarak araştırma sonuçlarının kesin nitelik taşımadığı hallerde,
- Bilinen tıbbi müdahale yollarının uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması hallerinde, hastanın yaşam süresinin klinik ve klinik dışı araştırmaların sonuçlarını bekleyemeyecek kadar kısa olması, standart tedavi yöntemlerinin gelişmesinin beklenmesi halinde yaşamı tehdit etmesi veya ağır fiziksel sorunlara neden olması hallerinde,
- Tedavi amaçlı denemenin hasta üzerinde hukuka uygun rıza alınarak yapılan,
- Uzman bir hekim tarafından hastane ortamında, bilimsel kurallara uygun, bilgilerin kaydedildiği ve yayına dönüştürülmesinin beklendiği uygulamalardır.

Genelge kapsamında rızaya dayalı ve bilimsel-etik yöntemlere uygun olarak Sağlık Bakanlığı'ndan onay alınmak suretiyle insan doku, hücreleri ve bunlara dayalı ürünlerin kullanıldığı klinik araştırmalar;

- Deneyle ilgili olarak yetkili kurul ya da makamdan gerekli iznin alınmış olması (Bu noktada yetkili makam ile kastedilen kurum Sağlık Bakanlığı'dır.),
- Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında ya da yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılması,
- İnsan dışı deney ortamında ya da hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin varılmak istenen hedefe ulaşılması açısından insan üzerinde de yapılmasının gerekli olması,
- Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,
- Deney esnasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı veren yöntemlerin uygulanmaması,
- Deney ile varılmak istenen amacın, kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre ağır basması,

- Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı olmaması, hallerinde izin verilen uygulamalardır.

Ayrıca, Biyotıp Sözleşmesinin “*İnsan genomu üzerine müdahaleler*” başlıklı 13. maddesine²⁸⁷ göre; insan genomunu değiştirmeye yönelik müdahaleler yalnızca önleme, teşhis ve tedavi amacıyla yapılabilir. Bu müdahaleler aynı zamanda bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması amacı da taşımamalıdır.

4.4 PSİKOLOJİ DENEY VE DENEMELERİ

Ruh bilimi olarak da anılan psikoloji, en bilinen basit tanımıyla insan davranışlarını ve süreçlerini inceler. Psikoloji bilimi, rasyonel bilgi ile pozitivist bilim anlayışın hâkim olduğu Almanya’da Wilhelm Wundt’un 1879 yılında ilk deneysel psikoloji laboratuvarını kurması ile ortaya çıkmıştır.²⁸⁸

Deneysel psikoloji; dikkat, algı, öğrenme ve bellek gibi bilişsel psikoloji ve alt uzmanlık alanlarını içeren ve başta bu alanlarda olmak üzere; deneysel yöntemin psikolojiye uygulanmasına yönelik metoda vurgu yapan geniş çatı olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁹

Psikoloji alanında yapılacak bilimsel araştırmalar, hasta kişiler üzerinde yapılabileceği gibi sağlıklı kişiler üzerinde de yapılabilir. Bu kapsamda psikoloji alanında yapılan bilimsel araştırmaları yalnızca deneme ya da yalnızca deney olarak tanımlamak doğru olmayacaktır. Keza, bu araştırmalar genel itibariyle davranışsal ya da zihinsel süreçleri anlamak, bunları tanımlamak, neden-sonuç ilişkisi ortaya çıkarmak ve kontrol altına alabilmek amacıyla yapılabilir.²⁹⁰

Psikoloji alanında yapılan bilimsel araştırmalarda da genel itibariyle invaziv müdahale gerektiren bir durum olması halinde araştırmayı invaziv müdahaleleri

²⁸⁷ Biyotıp Sözleşmesi m. 13: “*İnsan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir.*”

²⁸⁸ Tuğba BAKIRTAŞ (2021), “Deneysel Psikoloji”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 20, s. 692.

²⁸⁹ Tuğba BAKIRTAŞ 2021, agm. s. 692.

²⁹⁰ Ezgi AYGÜN EŞİTLİ 2012, age. s. 218.

yapmaya yetkili kişi olarak hekimlerin ve hatta bu alanda uzmanlaşmış olan psikiyatrların yapıyor olması gerekmektedir.²⁹¹



²⁹¹ age s.218.

SONUÇ

Nazi Almanya'sı döneminde insanların “*bilimsel deney*” adı altında esasen kobay olarak kullanılmasının tartışmalara yol açmış ve bu tartışmalar sonucu Nürnberg Mahkemesi'nde görülen Hekimler Davası ve devamında yayınlanan Nürnberg Kodu İlkeleri ile insanlar üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırma usulleri belirlenmiştir. İnsanların doğrudan yaşam hakkını tehdit eden ve vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren, dolayısıyla da aslında kişilerin en temel hak ve hürriyetlerini tehdit eden klinik araştırmaların hukuka uygunluğu, son derece ağır şartlara tabi tutulmuştur.

İnsanlar üzerinde yapılacak deneyler ve tedavi amaçlı deneme faaliyetlerinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ağır şartlara tabi tutulması, başta bireylerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunmasına hizmet etmektedir. Bu iki hak dışında, insan üzerinde gerçekleştirilecek araştırmalara ilişkin şartlara ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer verilmesiyle başkaca birçok hak ve özgürlük koruma altına alınmaktadır.

İnsanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalara ilişkin şartlara ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer verilmesiyle; yaşam hakkı, insan onuru, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve bu bağlamda hasta iradesinin önceliği ilkesi, özel hayata saygı, ayrımcılık yasağı, sağlık hizmetine erişimde adalet, kobay kullanma yasağı, insan vücudundan alınan parçalar üzerinde tasarruf ve ticari kazanç yasağı, hasta güvenliği, hasta yararının üstünlüğü, bilgi edinme hakkı ve hukuk devleti ilkesi ayrı ayrı koruma altına alınmaktadır. İnsanlar üzerinde yapılan bilimsel araştırmaların yasal düzlemde düzenlenmesi ile korunan tüm bu hak ve özgürlükler, devlete hem pozitif hem negatif yükümlülükler yüklemektedir.

İnsan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar, tıp biliminin gelişimine katkıda bulunduğu ölçüde kamu sağlığının korunmasına ve gelişimine de hizmet etmektedir. Bu bilimsel araştırmaların ulusal ve uluslararası mevzuatta kendisine yer bulması ve gerçekleştirilmesinin belirli şartlara tabi tutulması ile aynı zamanda yine

bireylerin ve kamu sağlığının da korunması sağlanmaktadır. Ancak tıp biliminin gelişimi, günümüzde ve gelecekte insan sağlığının korunması açısından insanlar üzerinde yapılacak olan bilimsel araştırmalar şarttır. Keza,  nleyici ya da tedavi edici yöntemlerin bulunabilmesi için bir noktada insanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalara ihtiyaç duyulmaktadır. İyi bir amaca hizmet eden bilimsel araştırmaların, ulusal ve uluslararası tıp hukuku ilkeleri ve insan hak ve hürriyetlerine uygun biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Türk Ceza Hukuku'nda “*İnsan üzerinde deney*” başlığı altında düzenlenen insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçları birçok unsuru ile birbirine benzerken; bazı unsurları ile de birbirinden farklılaşmaktadır. İnsan üzerinde deney suçunda fail herkes olabilirken; tedavi amaçlı deneme suçunda fail, konunun uzmanı olan hekimlerdir. Deney suçunda mağdur, kanunda yetişkinler ve çocuklar olarak ayrılarak düzenlenmişken; deneme suçunda bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. İki suç tipinde de konu insandır.

Kanaatimizce, iki suç tipi arasındaki en temel farklılıklardan bir diğeri deneme suçunda tedavi ama ı olması ve mağdurun hasta bir kişi olmasıdır. Bu farklılık, iki suç tipini temelde birbirinden ayırmaktadır. Deney suçunda mağdur kişinin özel bir s fata sahip olması aranmazken; deneme suçunda mağdur ancak ve ancak hasta kişi olabilir. Bu farklılık deney suçunun hasta kişilere karşı işlenemeyeceği şeklinde algılanmamalıdır. Deney suçunda da mağdur hasta bir kişi olabilir ancak bu noktada amaç kişinin hastalığının iyileştirilmesi değildir. Keza, bilimsel araştırma hasta kişinin hastalığının iyileştirilmesine yönelikse tedavi amaçlı denemeden bahsedilecektir.

Her iki suç tipi de kişinin vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale gerektirdiği için, aydınlatılmış onam ve bu kapsamda kişiden alınmış rıza aranmaktadır. Rıza konusundaki farklılık ise, deney suçunda rıza tipikliğe dahil değilken, deneme suçunda tipikliğe dahil olmasıdır.

Rıza konusu başta olmak üzere, hükümlülerin ve ceninin durumu gibi tartışmaya açık ve öğretide farklı görüşlere sebebiyet veren konularda mevzuatta detaylandırmaya gidilmeli ve bu konulardaki hükümler, açık ve net olmalıdır. Keza, insan üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar, üzerinde araştırma yapılan kişinin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkını tehdit etmektedir. Bu denli önem arz eden bir

konunun kanununda çok daha açık bir biçimde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar, bireye faydanın yanında topluma fayda amacı da güder ve bu yönüyle kamusal bir yarar da sağlar. Bilimsel araştırma yapılmadan önce amaçlanan faydada birey ile toplum arasında bir denge kurulmalıdır. Yalnızca kamusal fayda sağlamak maksadıyla bireye acı verici ve birey için fayda-zarar rizikosunun değerlendirilmesinde zararların üstün durumda olduğu bir araştırmaya izin verilmemelidir.

Topluma sağlanacak kamusal yarar ile üzerinde araştırma yapılacak kişi bakımından doğacak tıbbi yarar, potansiyel zararlara ağır basıyorsa ve elbette ki üzerinde araştırma yapılacak kişinin de rızası dahilinde; tıp biliminin gelişiminin de sağlanabilmesi maksadıyla, en nihayetinde biz insanların yararına olacağından insanlar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmaların önü açılmalıdır.

Nihayetinde, insanlar üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar sayesinde geçmişte tedavisi olmadığı düşünülen ve birçok kişinin genç yaşta hayatını kaybetmesine sebep olan hastalıkların çoğu, günümüzde basit bir ilaç tedavisi ile iyileştirilmektedir. Bunun sebebi, elbette ki geçmişte yapılmış bilimsel araştırmalardır. Tam da bu nedenle insanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmaların gerçekleştirilmesinin devletler tarafından da desteklenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce bu destek, devletler tarafından bilimsel araştırmalara mekân ve malzeme sağlanması gibi yöntemlerle sağlanabileceği gibi, araştırmalar önündeki hukuki engellerin kaldırılması yoluyla da sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT Oya (2012), “Uluslararası İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Bir Kesişim Noktası: ‘Yaşam Hakkı’”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 86, Sayı 5, ss. 289-306.
- AKSOY GÜLASLAN Pınar (2014), “Hukuksal Kavramda Hücrel Tedaviler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 93, ss. 127-130.
- AKYÜREK Güçlü (2014), “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, ss. 8-16.
- ALAN Esra (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK Madde 90)*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=alNg8e16oCOKI0ghNao4g&no=gLq0paQjbqD1vSm9xelZ7Q>, ET. 01.02.2023.
- ARSLAN Kahan Onur (2015), “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *TBB Dergisi*, Cilt 28, Sayı 120, ss. 156, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1511>, ET. 09.04.2023.
- ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Emin ve ÇAKIR Kerim (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN Erdem (2001), *Tıp Etiğine Giriş*, Pegem A Yayıncılık, Ankara.
- AYGÜN EŞİTLİ Ezgi (2012), *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- AYGÖRMEZ UĞURLUBAY Gülsün Ayhan (2015), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Cilt 1, ss. 165-206.
- BAKIRTAŞ Tuğba (2021), “Deneysel Psikoloji”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt:10, Sayı: 20, ss. 690-696.

- BANDIR Oğuz ve ELİBOL Can Eralp (2021) “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90/1)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXV, Sayı 4, ss. 705-747, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/65702/1018880>, ET. 15.03.2022.
- BAYINDIR Sinan (2018), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı I, ss. 77-121, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/38395/445654>, ET. 07.04.2023.
- CENTEL Nur (2011), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- DEMİR Remzi (2019), *Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- DEMİRBAŞ Timur (2017), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- DEMİREL Muhammed (2020), "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 3, ss. 1469-1523.
- DENİZ Murat (2015), “İnsana “Gece Görüşü” Kazandıran Buluş”, 30 Mart 2015, <https://www.egitimajansi.com/haber/insana-gece-gorusu-kazandiran-bulushaberi-39255h.html>, ET. 03.11.2023.
- DEUTSCH Erwin (1979), “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, Çev. YAZMAN İrfan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, s.171-186, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42717/515447>, ET. 01.06.2023.
- DURŞUN Selman (2008), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki”, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni*, Yıl 3, Sayı 6, ss. 12, <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-insan-deney-deneme-ilac-yonetmelik.pdf>, ET. 10.04.2023.

- ERKEKOĞLU Pınar, ERDELİ KÖSE Selinay Başak, BALCI Aylin ve YİRÜN Anıl (2020), “Aşı Kararsızlığı ve Covid-19’un Etkileri”, *Literatür Eczacılık Bilimleri Dergisi*, Cilt:9, Sayı: 2, s.208-220, https://www.researchgate.net/profile/Selinay-Erdemli-Koese/publication/345472248_Vaccine_Hesitancy_and_Effects_of_COVID_19/links/5fae81b992851cf7dd197bc6/Vaccine-Hesitancy-and-Effects-of_COVID_19.pdf?_sg%5B0%5D=started_experiment_milestone&origin=journalDetail&_rtd=e30%3D, ET. 10.06.2023.
- ERMAN Barış R. (2016), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIII, Sayı 2, ss. 1-44, https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-2-20YIL-ARMAGANI.pdf, ET. 05.02.2023.
- ERSOY Uğur (2017), “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 12, Sayı 34, ss. 7-56, <https://acikerisim.kku.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12587/13119/4dbde53-11a5-4777-ab52-f55b11e8a96c.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET. 06.04.2023.
- ERTEM Burcu (2015), *Tıp Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, ET. 01.04.2023.
- ERTİN Hakan ve Temel M. Kemal (2016), “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik Yasal Metinler”, *Anadolu Kliniği*, Cilt 21, Sayı 3, ss. 223-234, https://www.researchgate.net/publication/315348538_Insan_Uzerindeki_Deneyler_ve_Ilgili_Etik-_Yasal_Metinler, ET. 01.02.2023.
- GÜVEN Gülşah (2016), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 90, Sayı 4, ss. 213-226, <https://jurix.com.tr/article/16145>, ET. 10.04.2023.
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2013), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara.

- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2018), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, USA Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2020), *Tıp Hukuku El Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- İŞİK YILMAZ Berfin (2012), “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, Sayı 98, ss. 389-410.
- KALKAN OĞUZTÜRK Burcu (2015), *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=zw0MizTju8yir7xh-Ddbw&no=Crik3VtMN_kQC32BR841fg, ET. 03.11.2023.
- KANGAL Zeynel Temel (2011), “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 4, ss. 223-251, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789419>, ET. 15.11.2023.
- KARAASLAN Reşit (2018), “İnsan Üzerinde Deney Suçunda Çocuğun Rızası”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, ss. 169-196, İstanbul.
- KARADAKOVAN Ayfer (1994), “İlaç Etkileşimleri ve Hemşirenin Sorumlulukları”, *Ege Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, ss. 64-71, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/836779>, ET. 10.07.2023.
- KARAKAYA Ahmet (2013), *Kök Hücre Çalışmaları ve Etik*, Yüksek Lisans Tezi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, <https://openaccess.ihsu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/507/E000205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, ET. 01.07.2023.
- KEÇELİOĞLU Elvan (2010), “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *TBB Dergisi*, Sayı: 87, ss. 299-321.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan (2023), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan (2020), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KORU Onur (2021), “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, ss. 491-500, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/64042/899101>, ET. 05.05.2023.

- KUL Nur Bilge (2019), *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Yapma Suçları (TCK m.90)*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- OZBUDUN Ergun (2016), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖZGÜR Çiçek (2012), “İnsanlar Üzerinde İlaç Klinik Araştırmaları”, *Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, Yıl 2, Sayı 2, ss. 181-202.
- ÖZEN Muharrem ve EKİCİ ŞAHİN Meral (2010), “Ötanazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2010, Sayı 4, ss.15-36.
- ÖZEN Mustafa (2010), “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIV, Sayı 1, ss. 389-417, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789560>, ET. 15.05.2023.
- ÖZCAK Gürkan (2018), *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZTAN Bilge (2016), *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turban Kitabevi, Ankara.
- SUBAŞI Mehmet Fırat (2021), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, ss. 75-104.
- SERT Gürkan (2007), *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, <https://www.proquest.com/openview/63a47273c6efe40f44ba4dc8bbfb8091/?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>, ET. 06.04.2023.
- SEZEN Onur (2015), “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, ss. 82-107, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1278776>, ET. 10.05.2023.
- SOYASLAN Doğan (2020), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞAHİN Fahri (2005), “Kök Hücre Plastisitesi ve Klinik Pratikte Kök Hücre Tedavisi”, *Türk Hematoloji Onkoloji Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, ss. 48-56, <https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/46532/>, ET. 01.07.2023.
- ŞAHİN Cumhur ve GÖKTÜRK Neslihan (2020), *Ceza Muhakemesi Hukuku -II-*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- ŞAHİN Cumhur ve GÖKTÜRK Neslihan (2020), *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TETİK Ahmet Talha (2017), “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, ss. 249-276, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article/file/387026>, ET. 05.04.2023.
- ÜNVER Yener (2008), “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı 7, ss. 41-82, <https://www.jurix.com.tr/article/2896>, ET.10.11.2023.
- YAVUZ Erdinç (2020), “Covid-19 Aşıları”, *Türk Aile Hekimliği Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 4, s. 223-234, <https://jag.journalagent.com/tahd/pdfs/TAHD-88598> REVIEW_ARTICLE-YAVUZ.pdf, ET. 10.06.2023.
- YENERER ÇAKMUT Özlem (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- YERDELEN Erdal (2014), “Klonlamanın (Kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 63, Sayı 3, ss. 23-66, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42402/510721>, ET. 01.11.2023.
- YILDIRIM Abdurrahman Ali (2020), *Biyoteknoloji Hukukunun Temel Konuları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 33, Sayı 151, Sayı ss. 303-328, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi151/320/>, ET. 01.11.2023.
- ZEVKLİLER Aydın (1983), “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, ss. 1-37, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duhfd/issue/22969/245749>, ET. 01.05.2023.