

İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)

Crimes of Experiments and Trials on Human Subjects (Turkish Criminal Code Art. 90)

Sinan BAYINDIR*

ÖZ

İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları başlıklı bu çalışmada öncelikle konuya ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemelere yer verilmiştir. Daha sonra 5237 sayılı TCK m. 90'da İnsan Üzerinde Deney Başlığı altında düzenlenmiş olan deney ve deneme suçları maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru bakımından ele alınmıştır. Ayrıca bu suçların, suçun özel görünüş şekilleri bu bağlamda teşebbüs içtima ve iştirak bakımından taşıdığı özellikler incelenmiştir. Son olarak da deney ve deneme suçlarının soruşturma ve kovuşturma usulü ve bu suçlar için öngörülen yaptırımların taşıdığı özellikler açıklandıktan sonra sonuç kısmında deney ve deneme suçuna ilişkin kişisel kanaatlerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Deney, Klinik Araştırma, Deneme, Tedavi, Rıza, Alternatif Tedavi

ABSTRACT

This work titled Experimentations and Trial Crimes on Human Subject firstly evaluated international and national regulations on the subject. Then, the experimental and trial offenses regulated under article 90 of the Turkish Penal Code numbered 5237 titled Tests on the Humans were dealt with in terms of the material and moral/mental elements and the unlawful elements. In addition, the characteristics of these crimes, the special appearance of the crime, and attempt to crime, complicity, joinder of crime in this context were examined. Finally, after explaining the characteristics of the investigation and prosecution procedure of the experiment and trial offenses and the sanctions envisaged for these offenses, in the conclusion part, our opinion on the offense of experiment and trial was given.

Keywords: Experiment, Clinical Research, Trial, Treatment, Consent, Alternative Treatment.

Giriş

Tarih, insan üzerinde gerçekleştirilen deneyler bakımından maalesef acı tecrübeleri de barındırmaktadır. Öyle ki birtakım ilaç veya tıbbi girişimlerin insan üzerindeki etkilerini görmek

* Dr. Öğr. Üyesi, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, sbayindir@pirireis.edu.tr

amacıyla, insanlar üzerinde acımasızca ve vahşice yapılan kimi uygulamalar, birçok insanın ölmesine veya sakat kalmasına yol açmıştır.

Günümüzde tıp bilimi, teknolojik gelişmelerin tıp alanında daha yoğun olarak uygulanması sonucu sürekli gelişim ve değişim göstermektedir. Öyle ki her geçen gün yeni ilaçlar ve yeni yöntemler tıbbi standart içerisine dahil olmaktadır. Kuşkusuz tıp alanındaki bu hızlı değişim, tıbbi müdahalelerin bireyin temel haklarıyla daha çok kesişmesine yol açmaktadır. Özünde meşru amaçlara yönelik olan bu çalışmalara hukuk biliminin kayıtsız kalması veya tamamen yasaklaması söz konusu olamayacağından bu araştırmaların normatif düzenlemelere konu edilerek, bunların ihlalinin cezai yaptırımlara bağlanması kaçınılmazdır.

İnsan üzerinde gerçekleştirilen deney fiilleri bakımından kişi yararı ile toplumsal çıkarlar çatışmaktadır. Bu çatışmanın dengelenmesinde kuşkusuz bireysel menfaatlerin ön planda tutulması gerekmektedir. Zira insan sağlığını bozan veya yaşamını tehlikeye sokan hiçbir bilimsel deney, hukuksal ve etik açıdan meşru kabul edilemez.

I. Genel Olarak

İlk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen İnsan Üzerinde Deney Suçu, TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabının, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmının, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar başlıklı ikinci bölümünde, 90. maddede düzenlenmiştir¹. Maddenin başlığı '*İnsan Üzerinde Deney*' şeklinde olup, ayrıca '*deneme*' ibaresine yer verilmemiştir. Dolayısıyla madde başlığı, deneme suçunu içermemektedir. Bu maddeyle yetişkinler ve çocuklar üzerindeki deney ve denemelerin şartlarının tek tek belirlendiğini görmekteyiz.

Maddede esasen iki ayrı suç tipine yer verilmiştir. Bunlardan ilki m. 90/1'de düzenlenmiş olan İnsan Üzerinde Bilimsel Deney Yapma Suçu (Deney Suçu) diğeri ise 90/4'teki Tedavi Amaçlı Deneme Suçu (Deneme Suçu) dur.

Buna göre;

"İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) *İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;*

- a) *Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,*
- b) *Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,*

1 İnsan üzerinde gerçekleştirilen deney ve deneme fiilleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmeden önce Anayasa m. 17/2 ve mevzuatta yer alan ve birbiriyle çelişkili hükümler içeren kanun, tüzük ve yönetmeliklerle konunun yasal düzlemde çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Keza TCK m. 90 düzenlemesi öncesinde fiilin suç tarihi itibarıyla kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması yönünde karar vermekteydi. (Yargıtay 12. CD. 19.06.2012/15354), www.legalbank.net,(Erişim Tarihi: 02.02.2018).

- c) *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,*
- d) *Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,*
- e) *Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,*
- f) *Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,*
- g) *Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir.*
- (3) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) *Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;*
- a) *Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*
- b) *Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,*
- c) *Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.*
- (4) *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.*
- (5) *Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*
- (6) *Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

II. Tıp Alanındaki Bilimsel Araştırmalara İlişkin Etik Kurallar ve Uluslararası Düzenlemeler

a. Genel Olarak Etik Kurallar ve Hukuk Kuralları İle İlişkisi

Tıp alanındaki bilimsel araştırmalara ilişkin uluslararası düzenlemeler tıp alanında etik kurallar öngörmele beraber aynı zamanda taraf ülkelerin yasal düzenlemelerine de kaynaklık etmektedir. Etik, sözcüğü herhangi bir çalışma faaliyeti içerisinde bulunan kişilerin uyması gereken ahlaki

ilkeler, davranış biçimleri ve görevleri ile ilgili zorunlulukları belirleyen kurallar zinciridir². Öyle ki felsefenin alt dallarından biri olan etiğin tıp meslek mensuplarının belirli davranışlarının ortak kabul görmesiyle oluşan ilkler bütünü tıp etiğini oluşturur³. Tıp etiği, tıbbın ve sağlık alanındaki bilimsel ve pratik çalışmaların etik yönden değerlendirilmesi hedefleyen disiplindir. Tıbbi etik ilkelerinin dört temel amacı vardır. Bunlar; a – *kişinin karar verme hakkına saygı ilkesi (özerklik)* b – *esenlik* c – *zararsızlık* d – *adalet* ilkesidir⁴. Esasen bilimsel araştırmacıların hak ve özerkliği de etik ilkeler sayesinde şekillenmektedir.

Etik ilkeler, hukuk kurallarından farklı olarak, çoğunlukla yazılı, kesin ve bağlayıcı kurallar içermez. Bu ilkeler bilimsel gelişmelere ve zamana ve toplumsal ihtiyaçlara göre değişiklik gösterebilir. Belirtelim ki belli bir konudaki bazı kuralların hem etik hem hukuk kuralı olması da mümkündür. Örneğin, hastayı aydınlatma yükümü hem bir etik kural, hem de hukuksal bir yükümlülüktür. Tıp hukuku bakımından etik kurallar ayrı bir önemi haizdir. Öyle ki hukuken doğrudan bağlayıcı olmayan bu kurallar, hukuksal değerlendirmeler bakımından yol gösterici olmaktadır. Ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesi gereğince etik ilkelerinin ihlali doğrudan bir cezai sorumluluğu yol açmaz⁵. Ancak bu ihlal failin kusurunun belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulabilecektir⁶. Diğer taraftan etik kuralların yetersiz kaldığı kimi hallerde, hukuk kuralları ilgili konuda düzenleme yaparak ihlalin hukuki ve cezai yaptırımlara tabi kılmaktadır.

Etik ve hukuk bağlamında değinilmesi gereken bir başka nokta ise etik kuralların normatif açıdan hukuk kurallarından bir üstünlüğünün olmamasıdır. Dolayısıyla bir etik kural ile hukuk kuralının çatışması halinde hekimin etik kurala uygun hareket etmesi onun cezai sorumluluğunu ve fiilin haksız fiil olma vasfını ortadan kaldırmayacaktır⁷.

b. Tıp Alanındaki Bilimsel Araştırmalara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

İnsan üzerinde gerçekleştirilirken bilimsel deney ve tıbbi araştırmalara yönelik etik kurallar öngören birçok uluslararası düzenleme mevcuttur. Özellikle II. Dünya savaşı sırasında Nazi doktorlar tarafından Yahudiler üzerinde yapılan deneyler buna örnektir. Bu acı tecrübelerin tekrar yaşanmaması için insan üzerinde gerçekleştirilecek deneylerin birtakım şartlara bağlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu minvalde, 20 Ağustos 1947 tarihli Nürnberg Kodeksi, insan

2 ÇINARLI, Serkan, Tıbbi Uygulamalarda Etik ve Etikten Kaynaklı Malpraktis, Tıp Hukuku Dergisi, Legal Yay., Cilt: 6, Sayı: 12, Yıl: 2017. s. 341.

3 DOĞAN, Cahit, Tıp Etiği ve İdare Hukuku İlişkisi, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 60.

4 SAYIN Ferhat, Tıbbi Etik ve Deontoloji Kavramları, Akademik Arge Dergisi Sosyal Bilimler, Sayı: 15, İstanbul, 2015, s. 37, HERRING, Jonathan, Medical Law and Ethics, Sixth Edition, Oxford University Press, 2016, s. 26.

5 HERRING, Jonathan, s. 4.

6 ERMAN, Barış, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Özel Ceza Hukuku Cilt: II Kişilere Karşı Suçlar, Oniki Levha Yay.,1. Basi, İstanbul 2017, s. 254.

7 Hukuk kuralları ile etik kurallar arasındaki ilişki konusunda detaylı açıklamalar için bkz. ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2 Yıl: 2006, s. 230 vd.

üzerinde yapılmak istenilen deney ve denemeler hakkındaki ilk uluslararası belge olarak kabul edilmektedir. Nürnberg Kodeksi'nde on temel etik ilkeye yer verilmiştir⁸.

Bir başka önemli belge ise 1964'te Helsinki'de yapılan 18. Dünya Tıp Birliği Genel Kurulu'nda kabul edilmiş olan Helsinki Bildirgesi'dir. Dünya Tıp Birliği (WMA), tanımlanabilir insan materyali ve verileri üzerine araştırma da dahil olmak üzere insan deneklerini içeren tıbbi araştırmalar için etik ilkelerin bir ifadesi olarak Helsinki Deklarasyonu'nu geliştirmiştir⁹.

Bu bildirge klinik araştırmalar bakımından önemli düzenlemeler içermektedir. Bildirge'nin 25. maddesinde, aydınlatılmış onam verme yeterliliği olan kişilerin araştırmaya katılmalarının gönüllük temelinde olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu Bildirge, sadece insan üzerinde yapılacak girişimsel işlemleri değil; insandan elde edilen materyal ve verileri de koruma altına almaktadır. Öyle ki biyobankalar ya da benzeri yerlerde bulundurulmuş materyal veya veriler gibi tanımlanabilir insan materyali veya verileri kullanılarak yapılacak tıbbi araştırmalar söz konusu olduğunda hekimler, bunların toplanması, depolanarak saklanması ve/veya yeniden kullanılması için aydınlatılmış onam almalıdır (m. 32).

Yine 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin 7. maddesinde; *"Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz"* hükmüne yer verilmiştir¹⁰.

8 Nürnberg Kodeksi'nde, insan üzerinde deneye ilişkin şartları içeren 10 temel ilke yer almaktadır. Bunlar;

1. İnsan öznesinin (gönüllü) onayı kesinlikle şarttır.
 2. Deney, diğer yöntemler veya çalışma araçları ile sağlanamayan verimsiz sonuçlardan farklı olarak toplumun iyiliği için olmalıdır.
 3. Deney, hayvan deneyleri sonucuna ve çalışılan diğer sorunun ya da hastalığın doğal öyküsünün bilinmesine dayanmalı ve deney, beklenen sonuçların deneyin performansını haklı çıkaracak şekilde tasarlanmalıdır.
 4. Deney, gereksiz fiziki ve zihinsel acı ve yaralanmadan kaçınacak şekilde yapılmalıdır.
 5. Deneysel hekimlerin de denek olduğu deneyler dışında, ölüm veya sakat kalıcı yaralanmanın meydana geleceğine inanmak için önceden akılcı bir sebep bulunuyorsa, hiçbir deney yapılmamalıdır.
 6. Deneyle alınacak risk derecesi, deneyin çözeceği sorunun insani önemi ile belirlenen seviyeyi hiçbir zaman aşmamalıdır.
 7. Deneysel konuyu yaralanma, engellilik veya ölüm olasılıklarına karşı korumak için uygun hazırlıklar yapılmalı ve yeterli tesisler sağlanmalıdır.
 8. Deney sadece bilimsel olarak nitelikli kişiler tarafından yapılmalıdır. En yüksek derecede beceri ve bakım, deneyi yapan veya deney yapanların deneyinin tüm aşamalarında gereklidir.
 9. Deney süresince, insan öznesi (gönüllü), deneyin sürdürülmesinin mümkün olmadığı fiziksel ya da zihinsel duruma ulaştığı takdirde, deneyin sona erdirilmesi konusunda özgür olmalıdır.
 10. Deney süresince, sorumlu bilim adamı, deneyin devam etmesinin muhtemelen yaralanma, engellilik veya deneysel kişide ölümle sonuçlanabileceği hallerle ilişkin olarak gerekli olan üstün beceri ve dikkatin göstermeli ve herhangi bir aşamada deneyi sona erdirmeye hazır olmalıdır.
- Savaş Suçlarının Denemeleri, Nürnberg Askeri Mahkemeleri Hükümeti Kanunu No. 10 – 2, s. 181-182. Washington, D.C: ABD Hükümet Baskı Ofisi, 1949. <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

9 Bildirgenin İngilizce metni için Bkz. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects> (Erişim Tarihi: 16.02.2018).

10 Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21

1977 Dünya Psikiyatri Birliği Hawai Bildirgesi'nin 9. maddesinde psikiyatrik bilgi ve becerinin arttırılması için yapılan çalışmalarda hastaların katılım ve rızasının alınması ve çalışmanın makul olması şartı açıkça vurgulanmıřtır¹¹.

İnsan üzerinde gerçekteştirilecek biyolojik ve tıbbi araştırmalar bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer veren bir başka önemli belge ise Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi ve bu Sözleşme'nin geliştirilmesi amacıyla çıkarılan protokollerdir¹². Bu Sözleşme gereğince taraflar tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı göstereceklerdir (m. 1). Yine bu Sözleşme uyarınca ciddi nitelikte akıl hastalığı olan bir kişi – gözetim, denetim ve bir makama başvurma işlemleri dahil kanunda belirtilen koruyucu şartlara bağlı olarak – sadece, böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir (m. 7). Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir (m. 8). Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan türünün korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak şartıyla, serbestçe yapılabilir (m.15). İnsan vücudu ve parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanması konu olmayacaktır (m. 16). Biyotıp Sözleşmesi'nde ayrıca bir kimse üzerinde yapılacak araştırma bakımından aranan şartlar da detaylı olarak sayılmıřtır¹³.

Belirtelim ki Biyotıp Sözleşmesi'nin TCK m. 90 hükmünün uygulanması bakımından ne şekilde etki edeceği hususunu burada değerlendirilmesi gerekmektedir. Öyle ki Anayasa'nın 90/5 hükmü uyarınca “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” hükmü gereğince Biyotıp Sözleşmesi'nin temel hak ve özgürlüklere

Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

11 ÇINARLI, Serkan, s. 357.

12 Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin Türkçe metni için Bkz. <http://www.hasta.saglik.gov.tr/TR,4776/insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesi.html>(Erişim Tarihi:02.02.2018).

13 Madde 16: Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekteştirilebilir: (i) İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması; (ii) şahsın maruz kalabileceği risklerin, araştırmadan beklenen yararla kıyasla orantsız olmaması; (iii) Araştırma projesinin, yetkili bir kurum tarafından, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin multi disiplinler bir gözden geçirmeye tabi tutulması da dahil olmak üzere, projenin bilimsel değerinin bağımsız bir şekilde incelenmesinden sonra onaylanmış olması; (iv) Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanunda öngörülen hak ve güvenceleri konusunda bilgilendirilmiş olmaları; (v) 5'inci maddede belirtilen muvafakatin, açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir. <http://www.hasta.saglik.gov.tr/TR,4776/insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesi.html>. (Erişim Tarihi: 11.02.2018).

ilişkin hükümleri iç hukuk bakımından doğrudan uygulanma imkânı bulabilecektir. Bu bağlamda burada belirtilen sebepler TCK m. 90 bakımından bir hukuka uygunluk sebebi pekâlâ oluşturabilecektir¹⁴. Ancak TCK m. 90'ın madde metninde yer almayıp Biotıp Sözleşmesi'nde yer verilen şartların somut olayda yerine getirilmemesi suçun oluşumuna yol açmayacaktır. Ceza hukukundaki kanunilik ilkesi gereğince suç tipinde aranmayan bir şartın sözleşme ile getirilmiş olması salt olarak failin cezai sorumluluğunu gerektirmez. Ceza Kanununda buna ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmadıkça, uluslararası sözleşme hükümlerinin suçun maddi unsurları bakımından belirleyici bir işlevi olmayacaktır¹⁵.

c. Tıp Alanındaki Bilimsel Araştırmalara İlişkin Ulusal Düzenlemeler

Bu konudaki bilimsel araştırmalara ilişkin en temel düzenleme Anayasa'nın 17. maddesidir. Bunun yanında Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹⁶, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik (İBUKAY)¹⁷, İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu¹⁸, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği¹⁹, Hasta Hakları Yönetmeliği²⁰, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları²¹, Yüksek

14 ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., 5. Bası, İstanbul 2015, s. 68.

15 Bu konuda Şen, "bağlayıcı bir iç hukuk normu haline gelen, kişi hak ve hürriyetleri bakımından lehte veya aleyhte hükümler taşımamasına bakılmaksızın 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrası uyarınca öncelikle Biotıp Sözleşmesinin uygulanması gerekir, Bu sözleşme hükümlerinin TCK m.90'da düzenlenen suçların unsurlarının somut olaylarda oluşup oluşmadığının tespitinde önem taşımaktadır. 90.maddede bulunan eksiklikler veya Biotıp Sözleşmesi'ne göre olan farklılıklarda, somut olayda suçun gerçekleşip gerçekleşmediği incelemesi, elbette taşıdığı tatbikat önceliği ve konu bakımından "özel olma" özelliği nedenleriyle Biotıp Sözleşmesi hükümleri de esas alınarak yapılacaktır. Görüleceği üzere, artık suçların tespitinde uluslararası sözleşmeler esas alınacak ve failin icra ettiği fiil her ne kadar Türk Ceza Kanunu'na aykırı olsa da, iç hukukta kabul görmüş olan bir uluslararası sözleşme hükmüne ve failin icra ettiği fiil her ne kadar Türk Ceza Kanunu'na aykırı olsa da, iç hukukta kabul görmüş olan bir uluslararası sözleşme hükmüne uygunluk taşıdığında, uluslararası sözleşme hükmü o fiili hukuka uygun saydığında ise, artık o fiil suç sayılamayacaktır" demektedir. Hakeri ise, "her ne kadar uluslararası sözleşmelerin kabul edilmesiyle iç hukuk normu haline gelip bağlayıcı olması söz konusu ise de Ceza kanununun Biotıp Sözleşmesinin onaylanmasından sonra yürürlüğe girdiğini dolayısıyla deney ve denemeler bakımından bu şartlara riayet edilmesi gerektiği ancak bu şartlara uyulmamasının hekimin hemen cezalandırılacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. (s. 135 12. Bası.) Altunkaş ise, bu kişiler üzerinde gerçekleştirilecek denemeler Ek Protokol'ün 18. maddesinde öngörülen şartlara uygun olarak yapılabilir. Bu şartlara uyulmaması halinde, gebe veya emziren kadın üzerinde deneme suçunun yaptırımı, TCK'nın 90. maddesinde insan üzerinde deneme suçu karşılığı öngörülen ceza göz önünde bulundurularak belirlenecektir" demektedir. (s. 242).

16 15.05.1987 tarih ve 3359 sayılı Kanun.

17 13.04.2013 tarih ve 28617 sayılı Resmî Gazete.

18 Temeli Helsinki Bildirgesi'ne dayanan ilkelerden alan iyi klinik uygulamaları, araştırmaların uluslararası bilimsel ve etik standartlarda yapılmasını sağlamak amacıyla araştırmanın tasarlanması, yürütülmesi, izlenmesi, değerlendirilmesi, değerlendirilmesi ve raporlanması, gönüllünün tüm haklarının ve vücut bütünlüğünün korunması, araştırma verilerinin güvenilirliğinin sağlanması, gizliliğinin muhafaza edilmesi gibi konular hakkındaki düzenlemeleri kapsayan ve araştırmaya iştirak eden taraflarca uyulması gereken kurallardır.

19 13.01.1983 tarih ve 17927 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

20 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete.

21 Bu Kurallar Türk Tabipler Birliği'nin, 10-11 Ekim 1998 tarihli 47. Genel Kurul Toplantısı'nda belirlen ve 1999 yılında yürürlüğe giren etik kurallardır.

Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde²² birtakım hükümler yer almaktadır. Bu çalışmamızda yeri geldikçe bu düzenlemelerin ilgili hükümleri ele alınacaktır.

III. Korunan Hukuki Değer

Ceza hukukunda herhangi bir hukuki değeri korumayan suç tipinden söz edilemez. Her suç, bir veya birden fazla hukuki değer korunmasına hizmet eder. Bu şekilde birden fazla hukuki değeri koruma amacı güden suçlara karma hukuki konulu suç adı verilmektedir.

Belirtelim ki insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel amaçlı deney ve denemelerin anayasal dayanağını Anayasa'nın 27. maddesinde yer verilen bilim ve sanat hürriyeti oluşturmaktadır. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Bu hakkın unsurları araştırma özgürlüğü, araştırma için gerekli araçlara ve ortama sahip olma hakkı, bilimsel bilgilendirme özgürlüğü ve yayın hakkıdır²³. Bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlarından birini de Anayasa'nın 17. maddesi oluşturmaktadır.

Öyle ki Anayasa'nın 17. maddesinde "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz...*" hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin düzenlendiği yer itibarıyla bakıldığında da bu suçla korunan hukuki değer Anayasa'nın 17. maddesiyle teminat altına alınmış olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüdür²⁴. Keza bu suçla Anayasa m. 56'da dolaylı olarak yer verilmiş olan sağlık hakkının da korunan hukuki değerler arasında olduğu söylenebilecektir²⁵.

Yaşam hakkı en temel hak olup, diğer hakların da kullanılabilmesinin ön şartıdır. Yaşam hakkı, devlete istisnai haller dışında kimsenin yaşamını ortadan kaldırmamayı, insan yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almayı, ülkesinde meydana gelen ölüm olaylarını etkin biçimde araştırma ve soruşturma yükümlülüklerini yüklemektedir²⁶. Keza yaşam hakkı kişinin vücut bütünlüğünü

22 http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56_INSTANCE_rEHP8BIsfYRx/10279_18187. (Erişim Tarihi: 22.02.2018).

23 **BULUT, Nihat**, Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu, http://eski.ertzincan.edu.tr/Birim/HukukDergi/makale/2005_IX_2.pdf. s. 28. (Erişim Tarihi: 22.02.2018).

24 **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, İnsan Üzerinde Deney, Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşım Etik ve Hukuksal Boyutlar 3. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, Aralık 2009, s. 4. Bu suçla korunan hukuki değerler arasında özel hayatın dokunulmazlığıyla bağlantılı olarak kişisel verilerin dokunulmazlığının da yer almakta olduğu hakkında bkz. **ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 9. Bası, Ankara 2015, s. 242.

25 **ÜNVER, Yener**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu İstanbul 2007, s. 151.

26 İHAM, yaşam hakkına ilişkin olarak biyolojik yaşam ile hukuki yaşam ayrımını yapmakta ve kişinin ölmediği hallerde dahi sözleşmenin yaşam hakkına ilişkin 2. maddesini referans alabilmektedir. **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Murat**, İnsan Hakları El Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yay., Ankara

koruyabilmesi ve devam ettirebilmesini ifade eder. Yaşam hakkı ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının çatışması durumunda yaşam hakkına üstünlük tanınacaktır.

Vücut bütünlüğü ise kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ifade eden bir kişilik değeridir. Diğer bir ifadeyle vücut bütünlüğü, bireyin doğuştan sahip olduğu doğal ve organik yapının bölünmezliğidir²⁷. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler maddi ve/veya manevi olabilir. Vücut bütünlüğü, yaşam hakkı gibi kişisel olduğu kadar aynı zamanda geliştirilmesi gereken toplumsal bir değerdir²⁸. Ancak yaşam hakkından farklı olarak vücut bütünlüğü hakkı üzerinde kişinin bazı tasarruflarda bulunabilmesi mümkündür.

Sağlık kavramı, Dünya Sağlık Örgütü'nce sadece hastalık veya engelli olma durumu değil; tümüyle bedensel, zihinsel ve sosyal bakımdan iyi olma hali olarak tanımlanmaktadır²⁹. Sağlık hakkı ise, kişinin sağlıklı bir çevre oluşturulmasını ve mevcut sağlık durumunun korunmasını ve bozulan sağlığının yeniden iyileştirilmesini isteme hakkını ifade eden sosyal bir hak³⁰.

Bu suçla korunan diğer hukuki değerler ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve insan onurudur³¹. Bu iki hukuki değer birbiriyle bağlantılı olup, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı aynı zamanda insan onurunun bir unsurudur. Bu hak, kendi kararını verebilecek durumda olan hastanın kendi yaşamına dair seçimleri özgür iradesiyle her türlü müdahaleden uzak bir şekilde gerçekleştirmesini sağlamaya yönelik olarak hukuk düzeni tarafından kabul edilen bir hasta hakkıdır³². Diğer taraftan bu hak aynı zamanda, hastanın kendi geleceği ile ilgili kendi değer yargıları, inançları ve tercihleri doğrultusunda alacağı kararlara saygı duyulması ve bu karar ve isteklerin yaşama geçirilmesini ifade eder³³. Ancak buradaki “saygı gösterme” ibaresi hastanın her türlü isteğine saygıyı ifade etmeyip, yetişkin, bilinci açık, algılama ve irade yeteneği olan hastanın yalnız meşru taleplerine saygı gösterilmesini içerir. Hastanın aydınlatılması ancak bu hak sayesinde anlam kazanacaktır. Zira kendisi hakkında gerçekleştirilecek tıbbi müdahale konusunda kendisine inisiyatif tanınmayan kimse bakımından aydınlatma hakkı bir anlam taşımayacaktır.

İnsan onuru, insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını ifade eder³⁴. Nitekim temel hakların Anayasayla

2009, s. 78.

27 UZELTÜRK, TAHMAZOĞLU, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Legal Yay., İstanbul 2012, s. 108.

28 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2016, s. 121.

29 <http://www.who.int/about/mission/en/> (Erişim Tarihi: 16.02.2018).

30 ÇAKMUT, YENERER, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yay. İstanbul 2003, s. 50. Sağlık hakkının tanımı, niteliği, kapsamına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. UZELTÜRK, s. 5-17.

31 ERMAN, Barış İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Özel Ceza Hukuku Cilt: II Kişilere Karşı Suçlar, Oniki Levha Yay.,1. Bası, İstanbul 2017, s. 257.

32 TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yay., İstanbul 2011, s. 118.

33 ALTUNKAŞ, Aysun, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 187.

34 Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2012 tarih ve 2012/7E. ve 2012/102 K. sayılı ilamı, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 28.02.2018).

güvence altına alınmasının nedeni de insan onurunun korunmasıdır³⁵. Bu bağlamda insan onurunun korunması ancak insan haklarının tamamının hayata geçirilmesi ve insana kendini geliştirme fırsatı verilmesiyle mümkündür³⁶. Kısaca insan onuru kişinin, sadece insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu bir kişilik değeri olarak ifade edilebilir. Belirtelim ki insanı salt bir obje olarak gören yer türlü müdahale insan onurunu ihlal edecektir.

IV. Benzer Suç Tipleriyle Karşılaştırma

İnceleme konumuzu oluşturan insan üzerinde deney ve deneme suçları TCK'nın Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmının, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar başlıklı ikinci bölümünde 90. maddede düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suç ikinci bölümde düzenlenen suç tipleriyle birtakım benzerlikler arz etmektedir. Esasen vücut dokunulmazlığının ihlali, kişinin beden ve ruh sağlığına yönelik ihlalleri ifade eder³⁷. Vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlarda kanun koyucunun korumayı amaçladığı hukuki diğer kişilerin vücut bütünlükleri ve sağlıklarıdır. Bu bağlamda inceleme konumuzu oluşturan suç tipi bu bölümde yer alan kasten yaralama (m. 86), kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m. 88), taksirle yaralama (m. 89) organ ve doku ticareti (m. 91) gibi suçlarla bazı benzer ve farklı özellikler taşımaktadır. Ayrıca bu suç işkence (m. 94) ve eziyet (m. 96) suçları ve insanlığa karşı suç (m. 77) ile bazı unsurları bakımından örtüşmektedir. Çalışmamızda tüm bu suçlarla karşılaştırılması bu çalışmada belirlenen kapsama aşacağından sadece benzer suçlardan bir kısmına yer verilecektir.

a. Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)

5237 sayılı TCK'da Kamununun Sağlığına Karşı Suçlar bölümünde 187. maddede yer verilen bu suç “*Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmiştir³⁸.

35 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç bölümünde de her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmiştir.

36 **BULUT, Nihat**, s. 26.

37 **ÜZÜLMEZ, İlhan**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2013, s. 3.

38 Maddenin gerekçesinde “*Maddede, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretilmesi veya satılması, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun konusu, ilaçtır. Suç, ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde üretilmesi veya satılması ile oluşur. Tabip tarafından düzenlenen reçetede yazılı ilaç yerine başka ilaç vermek suretiyle de kişilerin hayatı ve sağlığı tehlikeye sokulabilir ve dolayısıyla, bu suç işlenmiş olabilir. İkinci fıkrada, bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür*” denilmiştir. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.04.2018).

Bu madde failin yetkili olup olmadığına bakılmaksızın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretme ve satma fiilleri suç olarak düzenlenmiştir³⁹. Bu suçla korunan hukuki değer kamu sağlığıdır⁴⁰. Satışının serbest veya reçeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bitkisel ilaçlar da dahil olmak üzere her türlü ilaç bu suçun konusunu oluşturur⁴¹. Bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

b. İşkence Suçu (TCK m.94)

İşkence suçu kişilere karşı suçlar kısmında TCK m. 94'te “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...*” şeklinde düzenlenmiştir.

İşkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olabileceğinden bu suç özgü suç mahiyetindedir. Bu suçta yasaklanan fiil, insan onuruna aykırı şekilde belirli bir süreç içerisinde sistematik şekilde uygulanan ve kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine ve aşağılanmasına yol açan her türlü davranıştır. Bu suç, belirli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilen hareketlerden oluştuğundan bu niteliği gereğince kesintisiz bir suçtur⁴². Suçun oluşumu bakımından maddede aranan neticenin gerçekleşmesi şart olduğundan bu suç neticeli bir suçtur. Bu suçla korunan başlıca hukuki değerler kişi onuru ve vücut bütünlüğüdür⁴³.

İnceleme konumuzu oluşturan deney ve deneme suçları ise tipikliğin maddi unsurları bakımından farklılık arz etmektedir. Ancak her iki suç tipinin koruduğu hukuki değerler örtüşmektedir.

c. İnsanlığa Karşı Suç (TCK m. 77/I-e)

İnsanlığa karşı suç, Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabının, Uluslararası Suçlar başlıklı birinci kısmının, Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar başlıklı birinci bölümünde, 77. maddede düzenlenmiştir⁴⁴. Maddenin (e) bendinde kişinin bilimsel deneylere tabi kılmasının siyasal,

39 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yay., II. Cilt, Ankara 2008, s. 2781.

40 ALTUNKAŞ, Aysun, Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 845.

41 Bu suçun konusunun ancak ilaç hukuku anlamında bir ilaç olabileceği dolayısıyla bitkisel ürün, baharat, şifalı bitki gibi ürünlerin bu suçun konusunu oluşturamayacağı hakkında bkz. HAKERİ, Hakan, Adalet Yay., I. Bası, Ankara 2015, İlaç Hukuku s. 170.

42 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., 4. Bası, Ankara 2017, s. 246.

43 Doktrinde bu suçla korunan hukuki değerlerin başta suç mağduru bireye ait menfaatler olmak üzere ceza adaletine kamu idaresine ilişkin menfaatler olduğu belirtilmektedir. Bkz. ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler 16. Bası, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 170.

44 Madde 77: “(I) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur: a) Kasten öldürme b) Kasten yaralama c)

felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç olarak kabul edilmiştir. İnsan üzerinde deney ve deneme suçları ise, TCK'nın Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmının, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar başlıklı ikinci bölümünde, insan üzerinde deney başlığı altında, 90. maddede düzenlenmiştir. Bu iki suç tipi arasında, korunan hukuki değer, maddi unsur ve manevi unsurlar bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Öyle ki insanlığa karşı suçlarda korunan hukuki değer, diğer uluslararası suçlarda olduğu gibi uluslararası topluma ilişkin yararlarıdır⁴⁵. Buna karşın TCK'nın 90. maddesinde düzenlenen suçla korunan hukuki değerler ise deneyin üzerinde gerçekleştirildiği kişinin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlık hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkıdır.

TCK m. 90/4'te düzenlenmiş olan deneme suçu bakımından failin mutlaka hekim olması şartı arandığından bu suç, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte fail bakımından özgü suç niteliğindedir. Buna karşın insanlığa karşı suçta suçun faili herkes olabilecektir. TCK m. 77/1-e bakımından suçun mağduru belirli nitelikleri itibarıyla ayırt edilebilen, toplumun bir kesimini oluşturan sivil nüfustur⁴⁶.

TCK m. 90'da kanun koyucu tipiklikte herhangi bir saik aramadığından, suçun oluşumu bakımından genel kast yeterlidir. Buna karşın TCK m. 77 bakımından failin siyasal, felsefi, ırki veya dinsel saiklerle hareket etmesi gerekir. Yine insanlığa karşı suçtan söz edebilmek için failin bir plan doğrultusunda sistemli olarak maddede sayılan fiilleri işlemesi gerekir. Dolayısıyla böyle bir plan doğrultusunda ve sistemli olarak, geniş kapsamlı bir mağdur kitlesi hedef alınmaksızın insanlar üzerinde gerçekleştirilen bilimsel deneyler TCK'nın 90. maddesi kapsamında insan üzerinde deney suçunu oluşturacaktır⁴⁷.

d. Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86)

Kasten yaralama suçu, Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, Kişilere Karşı Suçlar Kısmında, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar başlıklı ikinci bölümde düzenlenmiştir⁴⁸.

İşkence, eziyet veya köleleştirme **d)** Kişi hürriyetinden yoksun kılma **e) Bilimsel deneylere tabi kılma f)** Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı **g)** Zorla hamile bırakma **h)** Zorla fuhşa sevk etme **(2)** Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir. Ancak birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır. **(3)** Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir. **(4)** Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

45 **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 13. Bası, Ankara 2016, s. 73.

46 **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 74.

47 **ALTUNKAŞ**, s.159.

48 TCK m. 86: "**1)** Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **2)** Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.**3)** Kasten yaralama suçunun; **a)** Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, **b)** Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, **c)** Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, **d)** Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak

Bu suçla korunan hukuki değer vücut bütünlüğü ve kişinin ruhsal ve bedensel sağlığıdır.

Kasten yaralama suçunun faili herkes olabilir. Ancak fail ile mağdur arasında kanunda sayılan akrabalık halleri, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haller olarak kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenen insan üzerinde deney suçunun faili herkes olabilir. Deneme suçunun faili ise ancak uzman bir hekim olabilir. Dolayısıyla tedavi amaçlı deneme suçu, hekimler tarafından işlenebilecek bir özgü suç mahiyetindedir.

Deney suçu bakımından yaptırım altına alınan fiil, insan üzerinde bilimsel deney yapılması olup, bilimsel olmayan, merak vb. saiklerle gerçekleştirilen deneyler madde kapsamına girmeyecek, şartların varlığı halinde kasten yaralama suçu oluşabilecektir.

V. Tipikliğin Maddi Unsurları

a. Fail

1. Deney Suçu Bakımından Fail

Bu suçun faili herkes olabilir. Zira maddede suçun faili bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Dolayısıyla insan üzerinde deney suçunun faili, resmi veya özel sağlık kurumlarında çalışan herhangi bir sağlık mesleği mensubu veya bu özellikleri taşımayan herhangi bir kimse olabilir.

Ancak doktrinde bu suçun failinin hukuken bilimsel tıbbi deney yapmaya yetkili tıp bilim insanları, araştırmacılar ile insan üzerinde tedavi amaçlı denemede bulunmaya yetkili hekimler olduğu da savunulmaktadır⁴⁹.

Kanaatimizce bilimsel deney yapmak, sadece tıp alanında hekimlere münhasır bir yetki değildir. Keza bir deneyi bilimsel kılan, onun mutlaka bilim insanı tarafından yapılmış olması değil, o deneyin bilimsel yöntemlere uygun olarak genel-geçer bir bilgiyi ortaya koymaya yönelik bir araştırma faaliyeti olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, deneyin bilimsel bir amaca hizmet etmesidir. Dolayısıyla suçun failini sadece bilimsel deney yapma yetkisini haiz kimselerle sınırlamak kanunun amacı ile de bağdaşmayacaktır. Nitekim maddenin gerekçesinde böyle bir sınırlamaya yer verilmemiş olması da bu görüşümüzü destekler mahiyettedir.

Ancak İBUKAY m. 13/3-a'da "Bu Yönetmelik kapsamındaki klinik araştırmalar, sorumlu araştırmacının başkanlığında, araştırmanın niteliğine uygun bir ekiple yürütülür. Faz I klinik araştırmaları ve biyoyararlanım – biyoeşdeğerlik çalışmaları iyi klinik uygulamaları konusunda yeterli eğitim ve deneyime sahip uygun bir ekip ve uzmanlığını veya doktorasını yapmış tıp doktoru

suretiyle, e) Silâhla işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

49 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, s.1536, AKYÜREK, Güçlü, İnsan Üzerinde Deney Suçu, Terazi Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Ankara 2014, s. 9.

bir farmakolog tarafından yürütülür” hükmü dolayısıyla bu tür deneysel klinik araştırmalarda suçun faili uzman tıp doktoru farmakolog olacaktır⁵⁰.

Bilimsel deneyi gerçekleştiren kimsenin, hastalığı ya da hastayı tedavi etmek gibi bir amaç gütmesi gerekmez⁵¹. Örneğın, insan sağlığı bakımından zorunluluk, hatta gereklilik içermeyen plastik cerrahi alanında, askeri çalışmalarda, insan klonlamasında, yapay hücre elde edilme çalışmalarında veya insan vücudu üzerinde araştırmalar yapılarak, kriminoloji ve adli tıp bilimleri ile ilgili birtakım verilerin elde edilmesinde yapılacak deneyleri, 90. madde kapsamında incelemek gerekir⁵². Kişi üzerinde gerçekleştirilen deneyin bilimsel deney olup olmadığı bu konuda uzman hekimlere başvurularak belirlenecek bir husustur⁵³.

2. Deneme Suçu Bakımından Fail

Dördüncü fıkrada düzenlenen suç bakımından ise tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerektiği vurgulandığından, bu suçun faili, hukuken tıp mesleğini icra etme ve tıbbi müdahalede bulunma yetkisi tanınmış uzman bir hekim olabilecektir. Hekim olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen denemeler bu suç oluşturmayacaktır. Bu bağlamda bu suç özgü suç mahiyetindedir⁵⁴. Ancak Yargıtay’ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarında deneme suçunu özgü suç olarak nitelendirmediği anlaşılmaktadır⁵⁵.

Kanaatimizce deneme suçu bakımından da kanun metninde suçun özgü suç olduğu konusunda bir ibare yer almamıştır. Maddede sadece rızaya dayalı tedavi amaçlı denemelerin hukuka uygun olması bu denemelerin ancak hastane ortamında uzman bir hekim tarafından gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuştur.

50 **ŞAHİN, Ekici, Meral**, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, Adalet Yay., Ankara 2012, s. 487.

51 **AYGÜN, EŞİTLİ, Ezgi**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2012 s. 44.

52 **ŞEN, Ersan**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, /2014/04/13/insan-üzerinde-bilimsel-deney-ve-deneme-suçları/s. 16 (Erişim Tarihi: 08.02.2018).

53 **HAFIZOĞULLARI, ZEKİ/ÖZEN, MUHARREM**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011, s. 92.

54 **ALTUNKAŞ**, s. 151.

55 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 Döndü ve Önder’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 kişi 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 vafında yanılığya düşölerek yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi, Yargıtay 12. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/1045 Karar Numarası: 2015/19014 Karar Tarihi: 07.12.2015, www.legalbank.net. (Erişim Tarihi:22.01.2018).

b. Mağdur

Ceza hukukunda mağdur, suçun hukuki konusunun veya suçun maddi konusunun ait olduğu kimseyi ifade eder. Sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilirler. Tüzel kişiler suçun mağduru değil; suçtan zarar görendir. Bir kimsenin mağduru sıfatını haiz olabilmesi için fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerekir. Gerek deney ve gerekse deneme suçu bakımından mağdurun yaşayan bir insan olması gerekir. Bu bağlamda beyin ölümü gerçekleşmiş kişiler deney ve deneme suçlarının mağduru olamayacaktır⁵⁶.

1. Deney Suçu Bakımından Mağdur

Deney suçunun mağduru bilimsel bir deneye tabi tutulan kimsedir. Bu suçun mağduru ancak yaşayan bir kimse olabilir. Deney suçunun mağduru sağlıklı bir insan olabileceği gibi hasta ve/veya engelli bir kimse de olabilir⁵⁷. Diğer bir ifadeyle üzerinde bilimsel deney yapılan herkes bu suçun mağduru olabilecektir⁵⁸.

Embriyo veya cenin üzerinde gerçekleştirilen fiiller bakımından konuya bakıldığında embriyo veya ceninin insan statüsünde olmadığı ve bu suçun mağduru olamayacağı söylenebilecektir⁵⁹.

Belirtelim ki ilaç görünümünde olan ve sadece kişiyi psikolojik olarak deneye dahil eden plasebo⁶⁰ uygulaması içeren deneylere tabi tutulan kimseler de bu suçun mağduru olacaktır⁶¹. Zira bu suç soyut tehlike suçu olduğundan, kişilerin deneyin bir parçası olmaları suçun mağduru olarak kabul edilmeleri bakımından yeterli olacaktır⁶².

İBUKAY m. 7'de gebe, lohusa ve emziren kadınlar üzerinde yapılacak araştırmanın şartlarına yer verilmiştir⁶³. Yönetmelikte belirtilen şartlara uyulmaksızın gebe, lohusa ve emziren kadınlar

56 Ölüm halinin belirlenmesi bakımından beyin ölümü kriteri esas alınmaktadır. Beyin ölümü, kişinin beyin fonksiyonlarının tamamen ve geri dönüşmez şekilde işlevini yitirmesini ifade eder. Usulüne uygun olarak beyin ölümü tanısı konulmuş olmasına karşın yaşama dönmüş bir vakıa yoktur. Hastada beyin sapı reflekslerinin alınmaması ölümün gerçekleştiğinin kabulü bakımından önemli bir bulgudur. Böyle bir durumda diğer organlarının fonksiyonlarını 72 saat gibi bir süre içerisinde sonlanmaktadır. Bkz. **BOZOKLAR, Cemal, Ata**, Beyin Ölümünün Anlamı, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt: 1 Sayı:1 Legal Yay. İstanbul 2012, s. 72.

57 Karş. **YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**, Yorumlu – Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu 3. Cilt: 2. Bası, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 3130.

58 **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 3130.

59 **GÜVEN, Gülşah**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 224.

60 Plasebo, ilaç görünümünde olup, içinde etken madde barındırmayan ürünlerdir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 20. maddesine göre, doktor veya dış doktoru yararsızlığını bildiği bir ilacı ilke olarak hastasına veremeyecektir. Bkz. **ALTUNKAŞ**, s. 295, **HAKERİ**, (İlaç), s. 51.

61 **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 244.

62 **ÖZBEK, KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 244.

63 "Gebeler, Lohusalar Ve Emziren Kadınların Araştırmaya İştirak Etmeleri" başlıklı 7. maddesinde: "(1) Araştırma konusunun doğrudan gebe, lohusa veya emziren kadınları ilgilendirmesi ya da sadece gebe, lohusa veya emziren kadınlarda incelenebilir klinik bir durum olması hâlinde, araştırma gönüllü ile fetüs veya bebek sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi

üzerinde deney fiillerinin gerçekleştirilmesi TCK m. 90'da yer verilen şartlara uygunsa suç teşkil etmeyecektir. Ancak Yönetmelikte aranan şartlara aykırılık, failin idari sorumluluğuna yol açacaktır.

2. Deneme Suçu Bakımından Mağdur

Deneme suçu bakımından suçun mağduru, rızası olmaksızın üzerinde tedavi amaçlı denemede bulunan hastadır. Bu suç bakımından kanun koyucu mağdurun tıbben hasta olması şartını aramıştır. Mağdurun hasta olması bu suçun ön şartıdır. Maddede geçen hasta kavramı, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı duyan kişiyi ifade eder⁶⁴. Buradaki hastalık, herhangi bir hastalıktan ziyade tedaviye konu edilen hastalıktır. Kanunkoyucu deney suçundan farklı olarak deneme suçunda mağdurun çocuk veya yetişkin olması bakımından bir ayrıma gitmemiştir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 78. maddesinin 3. fıkrasında "Rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz" denilmek suretiyle hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılması yasaklanmıştır. Keza CGTİHK'nın 116. maddesindeki atf gereğince tutuklular üzerinde de tıbbi deney yapılamaması yasaktır. Kanaatimizce buradaki tıbbi deney kavramının her türlü bilimsel deney ve denemeleri kapsamına alacak şekilde anlaşılması gerekir⁶⁵.

Konuya ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin Ek protokolünde belli şartlarla özgürlüğü kısıtlanmış kişiler üzerinde araştırma yapılmasına imkân tanınmıştır⁶⁶.

bir kanaat bulunuyorsa 5 inci maddede belirtilen hususlar ile birlikte aşağıda belirtilenler çerçevesinde gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir:

- a) Araştırılacak ürünün ve uygulamanın gebeler, lohusalar, emziren kadınlar ve fetüs veya bebek üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.
- b) Gebe, lohusa veya emziren kadınların, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı oluru alınır.
- c) Gebe, lohusa veya emziren kadınların, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmeleri veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumunda araştırmadan çıkarılır.
- ç) Etik kurul, özellikle fetüs veya bebek sağlığı yönünden, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.
- d) Gebe, lohusa veya emziren kadınlarda yapılacak klinik araştırmalar için bunların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya mali teklifte bulunulamaz." denilmektedir.

64 Hasta Hakları Yön. m. 4/b.

65 Hükümlü olsalar bile kişilerin kendi sağlıkları ve bedenleri üzerinde kendi geleceğini belirleme, tedaviyi kabul veya ret haklarının mutlak olması dolayısıyla, hükümlüler üzerinde de deney yapılabilmesi konusunda bkz. **ŞAHİN, EKİCİ, Meral**, s. 502.

66 **HAKERİ**, s. 202, **ALTUNKAŞ**, s. 253. Ek Protokol'ün 20. maddesine göre, özgürlüğü kısıtlanmış kişiler üzerinde araştırma, ancak şu koşulların varlığı halinde yapılabilir: 1-Taraf devlet kanununun, özgürlüğü kısıtlanmış kişiler üzerinde araştırma yapmaya izin vermesi, 2 - Karşılaştırılabilir etkinlikte araştırmanın, özgür olmayan kişilerin katılımı olmaksızın yapılamıyor olması, 3 - Araştırmanın, özgürlükten mahrum kişilere fayda sağlayabilecek sonuçların azami düzeyde sağlanmasına bağlı tutulmuştur.

c. Maddi Konu

Suçun maddi konusu (*schutzobjekt*) tipiklikte belirtilen hareketin üzerinde gerçekleştirildiği şey veya nesneyi ifade eder. Kanaatimizce suçun maddi konusunu dış dünyada gözle görülen elle tutulabilen maddi varlıklar oluşturur. Cismi olmayan soyut değerler suçun ancak hukuki konusunu oluşturabilir.

Deney ve deneme suçunun maddi konusu üzerinde deney veya deneme yapılan insandır. Suçun oluşumu bakımından bilimsel deney veya denemenin yaşayan insan üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen ve kişinin bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik deney ve denemeler suç kapsamında değerlendirilecektir. İnsan bedeninden ayrılmış olan saç, tükürük, kıl, sperm, saç, deri, kan, otogreft⁶⁷, gibi insan kaynaklı biyolojik ürünler üzerinde yapılan araştırmalar deney ve deneme suçunun konusunu oluşturmaz.

Deney ve deneme suçlarının oluşumu bakımından bilimsel deney veya denemenin yaşayan insan üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir. Hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen deneyler 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığınca 13.12.2011 tarih ve 28141 sayılı Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmelik ve Orman ve Su İşleri Bakanlığı Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair 28914 sayılı Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yapılmaktadır.

d. Fii

1. Deney Suçu Bakımından Fii

İnsan üzerinde bilimsel deney suçunun maddi unsuru, insan üzerinde bilimsel deney yapılmasıdır⁶⁸. Dolayısıyla insan üzerinde yapılan her türlü bilimsel deney bu madde kapsamındadır⁶⁹. Deney, sözlük anlamı itibarıyla, bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübe anlamına gelmektedir⁷⁰. Maddede yer verilen “deney” terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarını ifade etmek üzere kullanılmıştır⁷¹.

67 Diğer bir yerine aktarılmak üzere hastadan alınan doku parçası, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2018).

68 Doktrinde, bilim yapma hakkının bir hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle bu düzenlemenin bilimsel olanın nasıl cezalandırılabilmesine ilişkin bir açmazı yol açtığı, bu nedenle maddedeki “bilimsel” ibaresinin madde metninden çıkarılmasının uygun olacağı konusunda Bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 245.

69 ŞEN, Ersan, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, <https://esinseckinaydin.wordpress.com/2014/04/13/insan-uzerinde-bilimsel-deney-ve-deneme-suclari/> s. 4.(Erişim Tarihi: 08.02.2018).

70 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a9087f85038b2.20037199. (Erişim Tarihi: 08.02.2018).

71 Bkz. madde gerekçesi.

<https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu/1255452/T%c3%9cRK+CEZA+KANUNU> (Erişim Tarihi: 30, 11. 2017).

Kanun koyucu deney fiillerinin suç teşkil etmesini deneyin bilimsel olması koşuluna bağlamıştır⁷². Dolayısıyla yaptırım altına alınan fiil, insan üzerinde bilimsel deney yapılması olup, bilimsel olmayan merak vb. saiklerle gerçekleştirilen deneyler madde kapsamına girmeyecektir. Belirtmek gerekir ki daha önceden bilinen, literatürde mevcut olan tedavi yönteminin uygulanması halinde, deney ya da deneme söz konusu olmayacaktır. Keza bir deneyin bilimsel deney olarak kabulü için yetkili makamlardan izin alınmış olması şart olmayıp, iznin alınmış olması sadece deneyin hukuka uygunluğu bakımından önem taşır⁷³.

Bilimsel amaçlı deneyler insan sağlığını düzeltmekten çok, gelecekteki hastaların tedavilerinde kullanılacak olan kesinleşmemiş tıbbi teorilerin doğrulanması ya da reddedilmesine yönelik fiillerdir⁷⁴. Bu fiiller sonucunda olumlu sonuçlar alınabileceği gibi olumsuz sonuçlar elde edilmesi de pekâlâ mümkündür⁷⁵.

Her ne kadar madde gerekçesinde bu maddeyle cezalandırılan fiilin, sağlıklı ve hasta insanlar üzerinde yapılacak biyotıbbi deney ve denemeler olduğu ifade edilmiş ise de gerekçenin hukuken bağlayıcı olmayıp, salt bir yorum aracı olması ve maddede açıkça tıbbi deney ibaresine yer verilmemiş olması karşısında kanunilik prensibi gereğince tıbbi olsun olmasın tüm bilimsel deneylerin madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir⁷⁶. Ancak deneme amaçlı fiiller bakımından denemenin mutlaka tedaviye yönelik yani tıbbi amaçlı olması şarttır⁷⁷.

Belirtelim ki, insan üzerinde deney ve deneme suçları, sadece TCK'nın 90. maddede aradığı koşullardan bir veya birkaçına aykırı deney ve denemeler yapılması halinde söz konusu olacaktır. Dolayısıyla ilgili yönetmeliklerde deney ve denemeler açısından aranan şartlara aykırılıklar 90. maddede yer verilen şartların dışında kaldığı sürece deney veya deneme suçundan söz edilemeyecektir⁷⁸.

Örneğin İBUKAY m. 6'da TCK m. 90'da aranan şartların dışında ayrıca çocuklar üzerinde yapılacak deneyler bakımından, "deneyin doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunması" şartına yer verilmiştir.

72 ÜNVER, (Deney) s. 153. Yazar bu maddede bilimsel olmayan deneyin suç olarak düzenlenmesinin unutulduğunu ifade etmektedir. s. 164.

73 Karş. AYGÜN, EŞİTLİ, Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara 2012, s. 52.

74 BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Mat., İstanbul 1972, s. 161.

75 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 241.

76 Biyotıp Sözleşmesinde, bilimsel deneylerden sadece biyoloji ve tıp bilimi alanlarındaki araştırmalara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu sözleşme gereğince taraflar tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı göstereceklerdir (m. 1). Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir (m. 15), <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>. (Erişim Tarihi: 01.03.2018).

77 GÜVEN, s. 222.

78 DURSUN, Selman, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları İle İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, 2008, Yıl: 3 Sayı: 6, s. 13.

Suçun konusu sadece yaşayan insan vücudu olabileceğinden insan cesedi, embriyo veya cenin üzerinde gerçekleştirilen deney veya denemeler bu suçu oluşturmayacaktır⁷⁹. Bu bağlamda kadavralar üzerinde yapılan bilimsel amaçlı deney ve denemeler konusunda mevzuatta açık bir düzenleme yer almamaktadır⁸⁰. Keza otopsi üzerinde yapılan denemeler de bu suçu oluşturmayacaktır⁸¹.

Türk Ceza Kanunu 2003 Tasarısında bilimsel veya tıbbi deney şeklinde bir ayrıma gidilerek tasarının 169. maddesinde rızası olsa dahi bir kişi üzerinde, durumun haklı kılmadığı bilimsel veya tıbbi bir deneyde bulunan kimsenin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır⁸². Buna karşın 5237 sayılı TCK'da bilimsel deney, tıbbi deneyi de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

Madde, bilimsel amaçlı deneyleri kapsamına aldığından bilimsel amaç taşımayan deneylerin bu madde kapsamında cezalandırılması mümkün olmayacaktır⁸³. Ancak kanun koyucu deneme suçu bakımından denemenin bilimsel olması şartını aramamıştır.

Bilimsel amaç taşımayan denemeler bu madde kapsamında değil, genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Örneğin, bir kişi üzerinde kocakarı ilaçlarının uygulanması halinde fiil yaralama veya öldürme suçunu oluşturabilecektir⁸⁴.

TCK m. 90'da yer alan deney ve deneme kavramları yanında araştırma, klinik araştırma gibi kavramlara yer verildiği görülmektedir. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 10. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında araştırmanın, "herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkipleri, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılması süreci" olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır.

Burada klinik araştırma kavramına da değinmek gerekir⁸⁵. Doktrinde klinik araştırma, yeni bir tıbbi yöntemin hekim tarafından ilaçlarla, tıbbi cihazlarla veya bunlar olmaksızın insan üzerinde denenmesini gerektiren, henüz standart haline gelmemiş⁸⁶ tıbbi uygulamalar ve bu uygulamalara

79 **HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 481, **ALTUNKAŞ**, s. 424.

80 **SOMER, Pervin, VATANOĞLU, Elif**, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Etik Kurullar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 382.

81 **HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 479.

82 <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>. (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

83 **HAKERİ**, Tıp Hukuku, 12. Bası, s. 479.

84 **HAKERİ**, Tıp Hukuku, 12. Bası, s. 479.

85 İBUKAY'da Klinik araştırma dönemleri 4 dönem olarak belirlenmiştir. Faz I klinik araştırmaları, incelenen ürünün toksisitesi, farmakinetik özellikleri ve biyoyararlanımını belirlemek için küçük bir grup sağlıklı gönüllü üzerinde gerçekleştirilmektedir. Yeterli sayıda sağlıklı gönüllü üzerinde yapılan Faz II araştırmalarının temel amacı incelenen ilacın klinik etkinliğinin araştırılmasıdır. Faz III araştırmaları geniş bir sayıda hastalar üzerinde ilacın risk fayda ilişkisinin ve ileri etkinliğinin incelenmesi için yapılmaktadır. Faz IV ise ilacın ruhsatlandırılmasından sonra ilacın riskleri, faydaları ve en iyi kullanımı ile ilgili ek bilgiler elde etmek için gerçekleştirilmektedir. Bu konuda bkz. **DÜĞER, Sırrı**, Non-patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey. Shaker Verlag, 2012, s. 17.

86 Tıbbi standart tıp biliminin o anki ulaştığı düzeyi ifade eder. Tıp hukuku bakımından araştırmalar dahil her türlü tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak yapılması gerekir. (Biyotıp Sözleşmesi m.4, Tıbbi Deontoloji

yönelik araştırmalar olarak ifade edilmektedir⁸⁷. Yönetmelikte ise klinik araştırma, 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 yürütölen çalışmaları ifade eder⁸⁸.

Klinik araştırma esasen bir tıbbi strateji, tedavi veya cihazın insanlar için güvenli ve etkili olup olmadığını ortaya koymaya yönelik araştırma faaliyetlerini ifade eder. Dolayısıyla gerek deney ve gerekse deneme birer klinik arařtırmadır⁸⁹. Ancak burada girişimsel olmayan klinik araştırmalar 90. madde kapsamına girmeyecektir⁹⁰.

Deney suçu icrai veya ihmali olarak işlenebilir. Suçun oluşumu bakımından mağdurun ölməsi veya yaralanması gibi herhangi bir netice aranmadığından suç soyut tehlike suçudur. Suçun belirli bir süre devam eden deney şeklinde kesintisiz suç olarak işlenmesi mümkündür.

2. Deneme Suçu Bakımından Fiil

Tedavi amaçlı deneme suçu bakımından suçun maddi unsuru tedavi amaçlı denemede bulunmaktadır. Maddede geçen deneme sözcüğü sözlük anlamı itibarıyla, sınaama anlamına gelmekte olup, tıp literatürü bakımından teknik bir anlama sahip değildir. Madde gerekçesinde deneme, bilimsel amaçlı deney sonuçlarının henüz bir kesinliğe varmasa da hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemi olarak tanımlanmıřtır⁹¹.

Doktrinde deneme amaçlı girişimlerin, hastanın iyileşmesini sağlayacağı düşünölen yöntemin henüz insanlar üzerinde denenmemiş olduğu hallerde söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁹².

Nizamnamesi m. 13, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11).

87 SOMER, s. 395.

88 Bu konuda bkz. 13 Nisan 2013 tarih ve 28617 Resmii Gazete sayılı mülga Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m. 4/1-t.

89 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2012, s. 187.

90 2011 tarihli Klinik Araştırmalar Yönetmeliğinde Girişimsel olmayan klinik araştırma: Tüm gözlemsel çalışmalar, anket çalışmaları, dosya ve göröntü kayıtları gibi retrospektif arşiv taramaları, kan, idrar, doku, radyolojik göröntü gibi biyokimya, mikrobiyoloji, patoloji ve radyoloji koleksiyon materyalleriyle veya rutin muayene, tetkik, tahlil ve tedavi işlemleri sırasında elde edilmiş materyallerle yapılacak araştırmalar ile hücre veya doku kültürü çalışmaları; gen tedavisi klinik araştırmaları dışında kalan ve tanımlamaya yönelik olarak genetik materyalle yapılacak araştırmalar, hemşirelik faaliyetlerinin sınırları içerisinde yapılacak araştırmalar, gıda katkı maddeleriyle yapılacak diyet çalışmaları, egzersiz gibi vücut fizyolojisi ile ilgili araştırmalar, antropometrik ölçümlere dayalı yapılan çalışmalar ve yaşam alışkanlıklarının değerlendirilmesi araştırmaları gibi insana bir hekimin doğrudan müdahalesini gerektirmeden yapılacak tüm araştırmaları ifade ettiği belirtilmişti. Ancak 2013 yılında çıkarılan yönetmelikte bu tanıma yer verilmemiştir.

91 Bkz. madde gerekçesi. <https://mevzuatvekarrarlar.legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu/1255452/T%c3%9cRK+CEZA+KANUNU> (Erişim Tarihi: 07. 01. 2018).

92 MAHMUTOğLU, Fatih Selami, İnsan Üzerinde Deney, Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşım Etik ve Hukuksal Boyutlar 3. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, Aralık 2009, s. 2.

Bu girişimler bilinen yöntemlerle tedavi edilemeyen hastaya sonuçları henüz yeterli kesinlikte tespit edilemeyen teşhis ve tedavi yöntemlerinin son çare olarak uygulanmasına yöneliktir⁹³. Kanaatimizce salt olarak tanı veya teşhis koymaya yönelik denemeler tedavi amacı taşımadıkça hukuka aykırı olacak ve deneme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumda sağlıklı bir birey üzerinde yapılacak bilimsel nitelikte araştırmalar deney; hasta bireyler üzerinde yapılan tedavi amaçlı bilimsel araştırmalar ise deneme olarak nitelendirilecektir⁹⁴. Öyle ki deney faaliyetleri denemelerden farklı olarak hastayı tedavi etmek için değil, araştırma ve gözlem yoluyla elde edilen veriler sayesinde tıbbi standardın aşılması amacıyla yapılır. Tıbbi standart statik değil, dinamik bir özelliğe sahip olup, yeni yöntemlerin uygulanması salt olarak hekimin sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁹⁵. Esasen gerek deney ve gerekse deneme fiilleri tıbbi müdahaleden ziyade yeni bir tıbbi müdahale yöntem ve aracının geliştirilmesine yönelik fiillerdir⁹⁶. Diğer bir ifadeyle deney ve deneme fiillerini standart uygulamalardan ayıran temel kıstas, bu uygulamaların güvenilirmez oluşundan ziyade rutin uygulanan tıbbi standardın aşılmasıdır⁹⁷. Hekimin tıbbi standartları takip etmesi yasal bir zorunluluk olmakla birlikte standarttan her sapma hekimin kusurlu olduğu anlamına gelmeyecektir⁹⁸. Bu bakımdan her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Belirtelim ki hekimin özerklik hakkı dolayısıyla tıbbi standarttan sapma zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Doktrinde kanunun gerekçesinde başka bir bilim dalına ait bir kavramın tanımlanması yoluna gidilmiş olmasının gerçekçi olamayacağı ve hukuk devletinin gereklerine de aykırı bir kanunlaştırma faaliyeti olacağı belirtilmektedir⁹⁹.

Maddede yer verilen tedavi sözcüğü, hastalıklardan korunma tedbirlerini, hastalığı belirlemeye yönelik teşhisi, hastalıktan sonraki bakımı içine alan bir terimdir. Geniş anlamda tedavi, bedensel veya ruhsal herhangi bir rahatsızlık teşhisi konulan kişiyi iyileştirmek, hastalıktan kurtarmak veya bu mümkün değilse hastalığı hafifletmek, yani hastalığın ilerlemesini engelleyerek ilk ve

93 **ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 9. Bası, Ankara 2015, s. 237.

94 **UĞURLUBAY, Gülsün, Ayhan Aygörmez**, İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler, <https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/5%20g%C3%BCl%C3%BCn%20ayhan%20ayg%C3%B6rmez.pdf> s. 196.

95 **HAKERİ**, Tıp Hukuku, 12. Bası, s. 373.

96 **ÖZGÜL, Mehmet, Emin**, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, XII Levha Yay., İstanbul 2010, s. 25. Doktrinde, deney ve deneme amaçlı fiillerin tıbbi müdahale olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda özellikle salt bilimsel amaçla insan üzerinde gerçekleştirilen deneylerin tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesi güçtür. Buna karşın tedavi amaçlı denemeler, hastanın tedavisi amacıyla yönelik olarak hekim tarafından gerçekleştirilen girişimler olduğundan tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi mümkündür. **YÜKSEL, Hilal**, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yay., 1. Bası, İstanbul 2017, s. 31.

97 **SCHREIBER, Hans-Ludwig**, İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmada Fayda-Risk Tartımı, Çev. Veli Özer Özbeke, Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2004, s. 82.

98 **HAKERİ, Hakan**, Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum, Tıp Hukuku Dergisi, Legal Yay., Yıl: 4, Sayı: 7, İstanbul 2015, s. 23.

99 **ÜNVER**, (Deney), s. 166.

daha az zararlı evrelerine döndürmek ya da acılarını dindirmek için yapılan fiilleri ifade eder¹⁰⁰. Tedavide amaç hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılmasıdır¹⁰¹.

Bu suçun oluşumu bakımından kişinin tıbben hasta olması gerekir. Dolayısıyla sağlıklı insanlar üzerinde gerçekleştirilen fiiller ile tedavi amacı taşımayan denemeler, bu madde kapsamına girmeyecektir¹⁰².

Alternatif tedavi ise tedavi sağladığı öne sürülen ancak iddia edilen tedavi edici etkileri bilimsel olarak kanıtlanamayan güncel ya da geleneksel tedavi yöntemlerini ifade eder¹⁰³.

Deneme suçu açısından failin tedavi saikiyle fiili gerçekleştirilmesi gerektiğinden fail tedavi amacı taşııyorsa kasten yaralama veya eziyet suçları oluşabilecektir¹⁰⁴.

Bu suçlar neticesi harekete bitişik soyut tehlike suçudur. Dolayısıyla kanunda belirtilen hareketin yapılmasıyla, kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi gibi herhangi bir netice aranmaksızın, suç tamamlanmış olur. Deney ve deneme suçları serbest hareketli suç olarak düzenlendiğinden kişiye bu kapsamda yapılacak müdahalenin türü (*ilaç verme, cerrahi müdahale vb.*) önem taşımaz.

e. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal

Fail tarafından 90. maddede aranan şartlara riayet edilmeksizin gerçekleştirilen bir deney sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi durumunda 90/5. fıkrası uyarınca fail hakkında kasten yaralama ve kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Belirtelim ki bu düzenleme ceza hukuku prensipleri bakımından yerinde olmamıştır. Zira ceza hukukunda bir fiilin kasten işlenmiş olduğundan söz edebilmek için, failin bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle netice de dahil olmak üzere tüm maddi unsurların faili tarafından bilinmesi ve istenmesi gerekir.

Maddenin gerekçesinde, insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâllerinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümler uygulanacağı ancak, hukuka uygunluk açısından aranan koşullara riayet edilerek insan üzerinde yapılan deney sonucunda belirtilen sonuçların meydana gelmesi hâlinde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerekeceği belirtilmiştir.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilebilmesi için failin işlemeyi kastettiği fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Fiil sonucunda ise daha ağır veya başka bir neticeye yol açmış olması gerekir.

100 ÇAKMUT, s. 36.

101 BAYRAKTAR, s. 231.

102 ALTUNKAŞ, s. 204.

103 HAKERİ, (Geleneksel Tıp), s. 18.

104 HAKERİ, s. 481.

Dolayısıyla bilimsel deneyin 90. maddede belirtilen şartlara uygun olarak gerçekleştirilmiş olması halinde fiil suç teşkil etmeyeceğinden netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan da söz edilemeyecektir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin işlemeyi kastettiği suç bakımından kasten başka veya ağır netice bakımından ise en az taksirle hareket etmiş olması gerekir. Ayrıca failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı zorunlu olsa da tek başına yeterli değildir¹⁰⁵.

Kanaatimizce bu düzenleme failin kusurunun ağırlığının gözetilmesine ve olası kasttan cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir. Aksinin kabulü failin kastını belirleme görevinin ceza yargıcından alınarak kanun koyucuya verilmesi anlamına gelecektir. Belirtelim ki m. 90/5'te yer verilen bu düzenleme olmasa dahi failin kast veya taksirine göre cezanın bireyselleştirilmesi pekâlâ mümkündür.

TCK m. 90/5'te yer verilen bu düzenleme sadece deney fiilleri sonucu ortaya çıkacak yaralanma veya ölüm hallerini kapsamına almaktadır. Kanun koyucu deneme fiilleri sonucunda meydana gelecek yaralanma veya ölüm neticeleri bakımından açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durumda failin cezai sorumluluğu genel hükümler çerçevesinde belirlenecektir.

VI. Tipikliğin Manevi Unsurları

Maddenin birinci ve dördüncü fıkrasında yer verilen suçlar ancak kasten işlenebilir. Deney suçunun oluşumu bakımından failin hangi amaçla hareket ettiği önem taşımaz. Dolayısıyla deney yapan kişinin maddi bir menfaat temin etmeyi amaçlaması veya tıp bilimine katkı sağlamayı hedeflemesi önem taşımayıp, failin amacı sadece TCK m. 61 kapsamında cezanın bireyselleştirilmesi bakımından nazara alınır¹⁰⁶.

Deney suçunda, failin bilimsel bir deney yaptığını, üzerinde deney yaptığı kişiyi, bu kişinin bu deneye rızasının olmadığını bilmesi gerekli ve yeterlidir¹⁰⁷.

Tedavi amaçlı deneme suçu bakımından hasta üzerinde gerçekleştirilen denemenin tedavi amaçlı olması arandığından failde bu amacın (özel kastın) olması gerekir. Deneme suçu bakımından maddede özel kast arandığından suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Deney suçunun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Hekim tarafından bilimsel deneyin kanunda belirtilen şartlarına uyulmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması ve müdahale sonucunda hastanın sakat kalması veya ölmesi olasılığını bilmesine rağmen deneye devam etmesi halinde olası kasttan söz edilecektir. Keza hekimin kişisel

105 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler 16. Bası, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 397.

106 ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 250.

107 ÜZÜLMEZ, s. 122.

becerilerine güvenerek olumsuz neticeyi önlemeye yönelik ciddi çaba sarf etmesi halinde bilinci taksir söz konusu olacaktır¹⁰⁸.

VII. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Her iki fıkrada düzenlenen suç tipi, neticesi harekete bitişik suç olduğundan kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Ancak icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde suçun teşebbüs aşamasında kalmasından söz edilebilecektir. Örneğin; deney yapmak üzere deney için gereken malzeme ve deney yapılacak kişiyi hazırlayan ancak dışsal bir etken dolayısıyla fiilini tamamlayamayan fail bakımından teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

Failin gerçekleştirdiği deney veya deneme kapsamındaki fiillerine başlamakla birlikte bu hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellerse insan üzerinde deney veya deneme suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak uzman hekim veya araştırmacının o ana kadar yaptıkları hareketler ayrı bir suç oluşturduğu takdirde fail sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır (TCK m. 36).

b. İştirak (Suç Ortaklığı)

Bu suça iştirak mümkündür. Bu suç çok failli bir suç değildir. Zira bilimsel bir deney veya deneme bir kişi veya bir ekip tarafından gerçekleştirilebilir.

Tedavi amaçlı deneme suçu bakımından hekime yardımcı olan sağlık personeli şerik olarak değerlendirmelidir. Deneme suçu kanunda özgü suç olarak düzenlenmiş olduğundan özgü suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Bilimsel bir deney yapma konusunda herhangi bir kararı olmayan bir kimseye bu kararı aldırın kimse azmettiren olarak sorumlu olacaktır.

Deneyin yapılması için yer temin eden veya menfaat karşılığı gönüllü kişileri temin eden kişiler hakkında iştirak hükümleri uygulanacaktır.

c. İçtima

Suçun aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı gerçekleştirilmesi halinde fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda

108 MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu, Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul 2006, s. 204.

fail tek bir suçtan cezalandırılarak cezası kanunda belirtilen oranda arttırılacaktır. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında bir kimse üzerinde birden çok kez hukuka aykırı olarak deney veya deneme fiillerinin gerçekleştirilmesi halinde fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Belirtelim ki bir denemenin parçalarını oluşturan fiiller, denemenin doğası gereğince zorunlu olarak tekrar etmesi gereken fiiller ise bu durumda her bir fiilin ayrı suç sayılmasına imkân yoktur¹⁰⁹. Örneğin, hasta üzerinde yapılan denemenin doğası gereğince on gün boyunca uygulanmasının zorunlu olması halinde tek bir deneme suçu oluşacaktır.

Failin tek bir hareketle birden fazla kimse üzerinde bilimsel deney gerçekleştirilmesi halinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır. Her bir mağdur bakımından deney fiillerinin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi halinde mağdur sayısınca suç oluşacaktır.

İnsan üzerinde deney fiilleri insanlığa karşı suçun bir unsuru olduğundan yalnızca ikinci suçtan ceza verilmesi yoluna gidilecektir¹¹⁰. Ancak bir kimse üzerinde deney fiillerini gerçekleştirmek amacıyla kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde, bu suç deney suçunun bir unsuru olmadığından fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹¹¹.

TCK m. 187 kapsamına giren bir ilacın insan üzerinde gerçekleştirilen bir deney veya denemede TCK m. 90'daki şartlara uyulmaksızın kullanılması halinde, ilacın deney veya denemenin bir parçası olması nedeniyle fail hakkında sadece 90. madde hükmü uygulanacaktır¹¹².

Maddenin beşinci fıkrasında yer verilen özel içtima hükmü gereğince birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır¹¹³. Kanaatimizce burada failin kasten hareket ettiğinin ayrıca ortaya konulması gerekir. Zira bir kimsenin bilimsel deney bakımından 90. maddedeki şartlara aykırı davranması onun otomatikman kasten hareket ettiğinin kabulünü gerektirmeyecektir. Doktrinde burada her bilimsel deneyin az veya çok bir yaralamaya yol açması nedeniyle netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilemeyeceği belirtilmektedir¹¹⁴.

Kanaatimizce her bilimsel deneyin kişide mutlaka bir yaralanmaya yol açacağını söylemek güçtür. Zira yapılan bir deneyin kişide basit tıbbi müdahaleyi dahi gerektirecek ölçüde bir yaralanmaya yol açmaması pekâlâ mümkündür. Zira tıp teknolojisindeki hızlı gelişimle beraber günümüzde kişi üzerinde hiçbir olumsuz etki yaratmayan deneylerin gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmiştir.

109 ALTUNKAŞ, s. 400, AKYÜREK, s. 12.

110 AKYÜREK, s. 12.

111 ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 250.

112 Aksi yönde görüş için bkz. ALTUNKAŞ, (TCK m. 187), s. 860. Yazar burada fail işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği için, TCK'nın 44. maddesi doğrultusunda fikri içtima kuralları gereğince bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağını belirtmektedir.

113 ERMAN, s. 276.

114 ÜNVER, Yener, s. 25.

Konuya ilişkin olarak maddenin gerekçesinde de, “*Maddenin beşinci fıkrasına göre, insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hallerinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak hukuka uygunluk açısından aranan koşullara riayet edilerek, insan üzerinde yapılan deney sonucunda belirtilen sonuçların meydana gelmesi halinde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerekir*” denilmektedir.

Dolayısıyla taksir derecesinde bir kusurun olmadığı hallerde failin cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Ancak deney fiilinin maddede aranan şartlara uygun olarak yapılmış olmasına rağmen deney sonucunda ölüm veya yaralanma neticesi meydana gelmişse taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçundan söz edilecektir¹¹⁵.

VIII. Hukuka Aykırılık Unsuru

I. Deney Suçu Bakımından

a. Genel Olarak

Ceza hukukunda hukuka aykırılık, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmamasını ifade eder. Bu bağlamda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiilin suç teşkil etmesine engel olan nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denir¹¹⁶. Dolayısıyla 90. maddede aranan şartlara aykırı olarak gerçekleştirilen bir deney sonucunda başarı elde edilip edilmediğine bakılmaksızın fail cezalandırılacaktır. Diğer bir ifadeyle deneyin başarılı sonuçlanması fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu durum sadece takdiri indirim sebebi olarak nazara alınabilecektir.

Kanunkoyucu deney ve deneme suçları bakımından genel hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığını fiilin hukuka uygun sayılması bakımından yeterli kabul etmemiş, ayrıca birtakım şartlara yer vererek bu şartların gerçekleşmesi halinde ancak hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabileceğini kabul etmiştir¹¹⁷.

Öyle ki kanunkoyucu, bir kimsenin üzerinde bilimsel bir deney veya deneme yapılabilmesi bakımından mutlak olarak kişinin rızasını aramıştır¹¹⁸. Dolayısıyla kişinin rızası yoksa veya alınmamış ise, diğer şartlar gerçekleşmiş olsa dahi kişinin üzerinde bilimsel deney ve bilimsel yöntemlere uygun tedavi maksatlı deneme yapılabilmesi mümkün değildir. Deneme suç

115 GÖKCAN, s. 3139.

116 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 263.

117 Belirtelim ki tıbbi müdahalelere hukukun cevaz vermesinin sebebi salt olarak kişinin rızasının olması veya hekimin hastayı iyileştirmek gibi ulvi gayeler taşınması değil bizatihi kanunun bu müdahalelere açık bir şekilde cevaz vermesidir. TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953, s. 436.

118 Nitekim 1982 Anayasası'nın “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlıklı 17/2. maddesinde “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” denilmiştir. Anayasanın bu düzenlemesi ile kişinin rızası dahilinde bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulabileceği kabul edilmiştir.

bakımından failin rızası varsa diğer şartlar mevcut olmasa dahi kanunilik ilkesi gereğince deneme suçu oluşmayacaktır¹¹⁹.

Rızanın somut olayda bizzat rıza vermeye yetkili kimse tarafından verilmesi gerekir. Hukuki anlamda rızanın temeli hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına dayanır¹²⁰. Rızanın mutlaka fiilin işlenmesinden önce veya en geç fiilin işlenmesi sırasında verilmiş olması gerekir. Fiilin tamamlanmasından sonra verilen rıza icazet olup, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Keza rızanın geri alınması halinde o ana kadar gerçekleştirilen fiiller hukuka uygun olacaktır¹²¹.

Konuya ilişkin olarak Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 40. 41. ve 43. maddelerinde, insan üzerinde yapılacak tıbbi araştırmalara ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir¹²². Bu bağlamda tıbbi araştırmaya ilişkin olarak deneğin yeteri kadar aydınlatılmış olması aranmıştır. Dolayısıyla burada kişinin, yapılan araştırmanın türünü, amacını, uygulamanın yapılış tarzını, yan etkilerini, olası risk ve komplikasyonları, bu riskler sonucu doğan problemlerin tedavi edilebilirliğini, araştırma kapsamında ne gibi koruyucu nitelikte önlemler alındığını ve uygulamanın süresini ayrıntılı olarak bilmelidir¹²³. Ayrıca, reşit ve/veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış onamının alınacağı belirtilmiştir.

Belirtelim ki burada aranacak rıza diğer tıbbi müdahalelere göre daha detaylı bir aydınlatmaya dayanmalıdır. Zira burada kişi ya tamamen gönüllü olarak ya da tedavi amacıyla tıbbi müdahaleye rıza göstermektedir. Ayrıca rızanın somut müdahalelere yönelik olması gerekmekte olup, her türlü müdahaleyi kapsayan genel bir rıza geçerli olmayacaktır. Gönüllünün aynı anda sadece bir deneye katılması mümkündür.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de rızanın koşullarına yer verilmiştir¹²⁴.

119 HAKERİ, Tıp Hukuku, 12. Basi, s. 476.

120 ÇAKMUT, s. 195.

121 ÇAKMUT, s. 210.

122 Tıbbi araştırma bir ilaç araştırması olabileceği gibi, cerrahi, fizyolojik ya da genetik bir araştırma da olabilir. Bu araştırmalar bir takım istatistiki değerlendirmelerden öte, insan üzerinde yapılan "tıbbi deneyler" ve "denemeler" şeklinde gerçekleştirilmektedir. Bkz. CİN, Onursal, İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc, (Erişim Tarihi: 08.02.2018.)

123 CİN, s. 2.

124 Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Hastanın Rızası ve İzin başlıklı 24. maddesinde "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir. 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

90. maddede kişinin kendisi üzerinde yapılan bilimsel deneye yönelik bu rızasının geçerli olması birtakım şartların gerçekleşmiş olmasına bağlı kılınmıştır. Burada aranan şartların tamamının gerçekleşmesi halinde deney hukuka uygun sayılacaktır. Bu şartlar “a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması, b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, c) 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, d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması” olarak belirtilmiştir¹²⁵.

durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur. Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir.

125 İBUKAY m. 5'te Gönüllüler üzerinde araştırma yapılabilmesi için aşağıdaki şartlar aranmıştır:

- a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda deney hayvanı üzerinde yapılmış olması şarttır.
- b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını zorunlu kılması gerekir.
- c) Araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamaz.
- ç) Gönüllüye ait germ hücrelerinin genetik yapısını bozmaya yönelik hiçbir araştırma yapılamaz.
- d) Araştırmaya iştirak eden gönüllünün tıbbi takip ve tedavisi ile ilgili kararlar, bunların gerekli kıldığı mesleki nitelikleri haiz hekim veya diş hekimine aittir.
- e) Araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemlerin uygulanması yasaktır.
- f) Araştırma acıyı, rahatsızlığı, korkuyu, hastanın hastalığı ve gelişim safhası ile ilgili herhangi bir riski mümkün olan en alt düzeye indirecek biçimde tasarlanır. Hem risk sınırının hem de rahatsızlık derecesinin özellikle tanımlanması ve sürekli kontrol edilmesi gerekir.
- g) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekir.
- ğ) Araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması şarttır.
- h) Elde edilecek faydaların araştırmadan doğması muhtemel risklerden daha fazla olduğuna etik kurulca kanaat getirilmesi hâlinde, kişilik hakları gözetilerek, usulüne uygun bir şekilde bilgilendirilmiş gönüllü olur formu alınması kaydıyla, etik kurulun onayı ve Kurum izni alındıktan sonra araştırma başlatılabilir. Araştırma ancak bu şartların devamı hâlinde yürütülür.
- ı) Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanuni temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da diş hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir.
- i) Gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum (ı) bendinde yer alan bilgilendirmeye yönelik hususları kapsayan

aa. Deneyle İlgili Olarak Yetkili Kurul veya Makamlardan Gerekli İzin Alınmış Olması

İBUKAY'a göre etik kurul onayı olmayan hiçbir araştırma yapılamaz. Keza bazı klinik araştırmaların etik kurul onayı olsa dahi Bakanlık izni olmaksızın yapılması mümkün değildir. Örneğin, ilaç araştırmalarının tamamen yeni bir ameliyat yöntemi ve genetik tedavi yöntemi gibi araştırmalar bakımından etik kurul onayı yanında Bakanlığın izninin de olması gerekir.

Belirtelim ki etik kurullardan izin alınmış olması failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımında da önem taşımaktadır. Zira etik kurulun söz konusu araştırmayı onaylamış olması failin kast değil; taksir sorumluluğunun gündeme getirmektedir¹²⁶.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'te (İBUKAY) klinik araştırmalara ilişkin izinlerin etik kurullar ve klinik araştırmalarla ilgili düzenlemeleri yapmak, izin vermek ve denetlemekle görevli olan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) tarafından verileceği belirtilmiştir¹²⁷ (m. 13).

Etik kurul, 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 Kurumca onaylanacak bağımsız kurulları ifade eder (İBUKAY m. 4/n).

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. ve 33. maddesinde kişinin tıbbi araştırmalara yönelik rızasının taşınması gereken şartlar açıklanmıştır. Buna göre araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahalenin Bakanlığın izni ve kişinin rızası olmaksızın yapılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca

Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir.

- j) Gönüllünün, kendi sağlığı ve araştırmanın gidişatı hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi ve bu amaçla irtibat kurabilmesi için araştırma ekibinden en az bir kişi görevlendirilir.
- k) Gönüllü, gerekli veya gereksiz olarak, kendi rızasıyla, istediği zaman araştırmadan ayrılabilir ve bundan dolayı sonraki tıbbi takibi ve tedavisi sırasında mevcut haklarından herhangi bir kayba uğratılmaz.
- l) (Değişik: RG-25/6/2014-29041) Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen Faz IV klinik araştırmaları ve gözlemsel ilaç çalışmaları dışındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için ilgili mevzuat gereğince sigorta yaptırılması zorunludur.
- m) Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanmasına yönelik olarak gönüllü veya kanunî temsilcisi için herhangi bir ikna edici teşvikte veya mali teklifte bulunulamaz. Ancak gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybindan doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.
- n) Araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri açıklanamaz.

126 HAKERİ, Hakan, (İlaç Hukuku), s. 257.

127 TİTCK Sağlık Bakanlığı'na bağlı, özel bütçeli ve kamu tüzelkişiliğini haiz bir kamu kurumudur. Kurumun görevleri genel olarak görev alanına giren ürünlerin ruhsatlandırılması, üretilmesi vb. gibi faaliyetler ile ilgili kural ve standartları belirlemek, bu ürünlerin reklam ve tanıtımının usul ve esaslarını saptamak, klinik araştırmalar ile ilgili düzenleyici işlemleri yapmak, farmako-ekonomik değerlendirme ve çalışmalar yapmak, Türk farmakopesini hazırlamak, ilaç fiyatlarını belirlemek ve piyasa aktörleri arasındaki ihtilafların çözümüne yönelik usulleri belirlemek olarak ifade edilebilir. DÜĞER, Sırrı, İlaç Sektörünün Düzenlenmesinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı 10, Yıl: 2016, s. 247.

gönüllünün bu rızasını araştırmının her safhasında geri alabileceği konusunda bilgilendirilmiş olması ve rızanın yazılı şekil şartına tabi olacağı belirtilmektedir.

bb. Deneyin Öncelikle İnsan Dışı Deney Ortamında veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması ve Ulaşılan Bu Bilimsel Verilerin, İnsan Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması

Bu şart ile insan üzerinde gerçekleştirilen deneyin risk unsurunun en aza indirgenmesi amaçlanmaktadır¹²⁸. Dolayısıyla yasal düzenleme gereğince deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılması zorunludur.

Maddede insan dışı deney ortamı ile kastedilen cesetler ve vücut parçaları üzerinde yapılan deneylerdir¹²⁹. İnsandan alınan kan, idrar, doku, sperm örnekleri üzerinde yapılan araştırmalar bu kapsamdadır. Ancak anne karnındaki cenin üzerinde yapılacak deneyler de 90. madde kapsamında failin sorumluluğunu gerektirecektir¹³⁰.

Bu şartla deney gerçekleştiren kimseye seçimlik bir imkân tanınmıştır. Buna göre eğer bir deney insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmışsa bu şart sağlanmış kabul edilecektir¹³¹. Kanaatimizce buradaki ‘veya’ ibaresi bu şartı suiistimale açık hale getirmektedir. Zira salt olarak bilimsel deneyi daha az masrafla gerçekleştirmek veya süreyi kısaltmak amacıyla sadece hayvan üzerinde denenmiş olmasıyla yetinilmesi yoluna gidilebilecektir. Oysaki mümkün olması halinde her ikisi üzerinde de uygulanması şartının aranması daha yerinde olacaktır.

Laboratuvar ortamında birtakım materyaller kullanılarak ulaşılan verilerden olumlu sonuçlar alınması halinde bir sonraki adım, bu deneyin hayvanlar üzerinde denenmesidir. Bu evrede benzer fizyolojik yapıya sahip olmaları dolayısıyla fare ve tavşan gibi hayvanlar üzerinde deneyler yapılır. Ancak bu deneylerde olumlu sonuçlara ulaşılması bunun insanlar üzerinde de olumlu sonuçlar vereceği anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla bu deneylerin insan üzerinde gerçekleştirilmesi bilimsel açıdan adeta bir zorunluluktur. Örneğin bir ilacın, birtakım etmenler

128 GERÇEKER, Hasan, Türk Ceza Kanunu Cilt: I, 3. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 1282.

129 Konuya ilişkin olarak 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 17/2 maddesinde “Morg İhtisas Dairesi, mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen cesetler ve ceset kısımları ile canlılara ait doku ve biyolojik materyal üzerinde her türlü incelemeleri yapar ve sonucunu bir rapor ile tespit eder” Morg dairesine getirilen ve otopsinin sonuçlanması ile hüviyetinin tespitinden sonra morg dairesiyle ilgisi kalmayan ve yakınlarıncı alınmayan veya araştırmalar sonucu kimsesiz olduğu anlaşılan ceset veya kısımları, adli tahkikatla ilgisi kalmamış olması ve aksine vasiyet bulunmaması şartıyla, en az altı ay süreyle muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yükseköğretim kurumlarına verilebilir. Ceset veya kısımlarının, bilimsel araştırma amacıyla yükseköğretim kurumlarına verilmesiyle ilgili işlemler yönetmelikle düzenlenir” hükmüne yer verilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 31.07.2004 tarihli ve 25539 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 10.

130 Ceninin yaşam hakkından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda İHAM, yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlere geniş bir takdir hakkı tanımakta, ayrıca mahkeme insan onuru adına ceninin korunması gerektiğini ancak bu durumun cenini yaşam hakkına sahip bir şahıs yapmayacağı belirtilmektedir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 80. İngiliz hukukunda ceninin bağımsız bir hak ve menfaate sahip olmadığı belirtilmektedir. Bkz. HERRING, Jonathan, s. 326.

131 Aksi yönde görüş için bkz. Cin, s. 2. Yazar burada deneyin insan dışı deney ortamında uygulanmasının yeterli sayıda hayvan deneyi yapma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir.

nedeniyle hayvan üzerinde gösterdiği etkiler ile insan üzerinde göstereceği etkiler pekala farklılık gösterebilecektir¹³².

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 10. maddesinde araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması şartına açıkça yer verilmiştir¹³³.

Buna karşın Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 10. maddesinde araştırma yapmakta olan hekimin bulduğu teşhis ve tedavi yöntemini yeteri kadar tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı sonuçlara doğurmayacağına kanaat getirmediği bu yöntemi uygulaması veya önermesi yasaklanmıştır. Fakat yeteri kadar denenmemiş bir yöntemin uygulanması sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgilinin uyarılması ve yöntemin henüz deneme safhasında olduğu kendisine bildirilmesi şartıyla önerilebileceği belirtilmiştir.

Nizamname'nin 11. maddesinde de tecrübe maksadıyla insan üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı ve aynı amaçla kimyasal, fiziksel, biyolojik herhangi bir tedavi yönteminin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu maddeyle kişinin rızası olsun veya olmasın insan üzerindeki deneyler yasaklanmıştır¹³⁴.

cc. Deneyin, İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Bir Etki Bırakmaması

İnsan üzerinde gerçekleştirilen deney ve deneme fiilleri kural olarak kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarını oluşturmaktadır¹³⁵.

Hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi bakımından, fail tarafından yapılan deney sonucunda insan üzerinde bir zarar oluşması, kalıcı bir etki bırakması ve bunun deneyi yapan tarafından öngörülebilir bir nitelik taşıması gerekir.

Kuşkusuz bilimsel yarar hiçbir zaman insan yaşamından üstün tutulamaz. Bilimsel bir deneyin tıbbi gelişim bakımından sağlayacağı faydanın, kişinin vücut bütünlüğüne vereceği zarardan daha fazla olması halinde o bilimsel deney hukuka uygun sayılmayacaktır. Böyle bir bilimsel deneyin kişinin rızasına dayalı olarak yapılması dahi failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Nitekim Biyotıp Sözleşmesi'nin 17-2 ii maddesinde, araştırmanın, ilgili kişi için sadece asgarî düzeyde tehlike ve asgarî bir külfet getirmesi şartına açıkça yer verilmiştir.

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 10. maddesinde araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, şartına açıkça yer verilmiştir.

132 ERSÖZ, Ahmet, Kürşat, İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu, Oniki Levha Yay., İstanbul 2016, s. 48.

133 Burada hayvan üzerinde gerçekleştirilen denemelerin kaç hayvan üzerinde gerçekleştirildikten sonra yeterli kabul edilerek insan üzerinde deneye geçilebileceği hususu tıp bilimi verileri çerçevesinde değerlendirilecektir.

134 Belirtelim ki Nizamname'de yer verilen bu yasak TCK m. 90 ve Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek. m. 10 karşısında geçerliliğini kaybetmiştir.

135 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku (5. Bası) s. 187. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun temeli hakkında bkz. ÇAKMUT, s. 105 vd.

Belirtelim ki deneyin başlangıcında öngörülmesi mutlak olarak mümkün olmayıp, sonradan ortaya çıkan zararlı etkiler suçun oluşumuna yol açmayacaktır¹³⁶.

dd. Deney Sırasında Kişiyi İnsan Onuruyla Bağdaşmayacak Ölçüde Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması

Diğer koşullardan farklı olarak burada deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması halinde deneyin hukuka aykırı olacağı vurgulanmıştır. Eğer kabul edilebilir acı çekilmesini sağlayacak bir yöntem yoksa deneyin deneyden vazgeçilmesi gerekmektedir¹³⁷. Şüphesiz bir deneyin kişinin makul ölçüde acı duymasına yol açabilecek olması mümkündür. Ancak buradaki şart, deneyin insan üzerinde yarattığı acının insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde olmasıdır. Şüphesiz bunun makul ölçüsü belirsizdir. Bu nedenle somut olayda şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve belirlenmesi oldukça güçtür¹³⁸. Burada başvurulanan yöntemin ne ölçüde acı verici olduğunun sübjektif olarak acıya maruz kalan kişiye göre mi yoksa objektif bir ölçütle ortalama bir insanı dikkate alarak mı tespit edileceği net değildir. Örneğin, acı eşiği çok yüksek olan bir kimsenin deney esnasında acı duymuyor olmasına karşın objektif olarak şiddetli acı vereceğinden şüphe bulunmayan bir yöntem, kanaatimizce hukuka aykırı olacaktır. Bir kimsenin deney esnasında duyduğu acı insan onuruyla bağdaşmayacak, dayanma gücünü aşacak bir hal almışsa deney derhâl son verilmesi gerekecektir.

İBUKAY m. 5/1-d maddesinde araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemlerin uygulanması yasak olduğu vurgulanmıştır.

ee. Deneyle Varılmak İstenen Amacın, Bunun Kişiyi Yüklelediği Külfete ve Kişinin Sağlığı Üzerindeki Tehlikeye Göre Daha Ağır Basması

Bir bilimsel deneyin yapılmasında toplumun menfaatleri ile bireyin menfaatlerinin çatışması halinde bireyin menfaatlerine üstünlük tanınacaktır. Bu şartın gerçekleşmesi bakımından deneyden beklenen faydanın deneye tabi tutulan kimsenin maruz kalacağı zarara göre daha ağır basması gerekir. Zarar ve faydanın eşit olmasında dahi hukuka uygunluktan söz edilemeyecektir. Kanaatimizce bu şartın, deneme suçu bakımından da aranması daha yerinde olacaktır.

Nitekim Helsinki Bildirgesi m. 18 uyarınca hekimler, risklerin yeterince değerlendirildiğinden ve tatmin edici bir şekilde bunlarla yönetilebileceğinden emin olmadıkça, gönüllüler üzerindeki araştırmalarda yer almamalıdır. Hekimler, saptanan risklerin potansiyel yararlarından daha fazla olduğunda veya olumlu ve yararlı sonuçlara ilişkin kesin kanıtlara ulaşıldığında, araştırmayı sürdürmeye, üzerinde değişiklik yapmaya veya durdurmaya derhal karar vermelidir¹³⁹.

136 AKYÜREK, s. 11.

137 AKYÜREK, s. 11.

138 ÜNVER, (Deney) s. 170.

139 <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/> (Erişim Tarihi: 20.02.2018).

ff. Bilgilendirmeye Dayalı Olarak Açıklanan Rızanın Yazılı Olması

Kanun koyucu insan üzerinden gerçekleştirecek bilimsel deney ve tedavi amaçlı deneme fiilleri bakımından, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak kişinin rızasının mutlaka yazılı olarak aranmış olmasını şart koşmuştur. Kişinin rızasının deneye başlamadan önce deneyi yapacak kişi veya ekip tarafından alınmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. maddesinde tıbbi araştırmalar bakımından rızanın taşınması gereken şartlar düzenlenmiştir. Buna göre hiç kimse, Bakanlık izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.

Tıbbi araştırmalardan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz.

Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmayan yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür.

Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulursa dahi, araştırma konusu yapılamaz (m.33). Dolayısıyla ölümlü sonuçlanacağı kesin olan bir deney veya deneme kişinin rızası olsa dahi yapılamaz¹⁴⁰.

Gönüllü, araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir.

Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir. Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir (m.34).

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, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır. Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, 24. maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır (m.35).

Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına

140 HAKERİ, (İlaç), s. 257.

sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekim olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir (İBUKAY m. 5/1-1).

Ceza yargılamasında ispat bakımından rızanın yazılı olması her zaman geçerli bir aydınlatmanın olduğu anlamına gelmeyecektir. Ceza yargılamasındaki delil serbestisi ilkesi gereğince hâkim geçerli bir rızanın olup olmadığını mevcut deliller çerçevesinde vicdani kanaatine göre değerlendirecektir. Bu bağlamda rızanın yazılı olarak alınması sadece şekil bakımından bir kolaylık sağlamakta olup, bunun aksinin her türlü delille ispatı mümkündür¹⁴¹.

gg. Deneyin Herhangi Bir Menfaat Teminine Bağlı Bulunmaması

Kanun koyucunun deneyin hukuka uygunluğu bakımından aradığı bir diğer şart ise deneyin bir menfaat teminine yönelik olmamasıdır. Bu düzenlemeyle, kişilerin salt maddi menfaatler uğruna yaşam ve sağlıklarını risk altına almalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Maddede menfaatin türü bakımından bir açıklık yer almamaktadır. Kanaatimizce maddede geçen menfaat kavramı maddi ve manevi menfaatleri kapsamına alır. Burada menfaat bakımından önem taşıyan husus rızanın bir menfaat karşılığı alınmış olmasıdır¹⁴². Ne var ki bir kimsenin hiçbir menfaati olmaksızın bilimsel bir deneye gönüllü olarak katılması pek olağan bir durum değildir. Bilimsel bir deneyin, sigorta bedeli dışında, herhangi bir menfaat sağlanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde bilimsel deneyi gerçekleştiren kimsenin fiili hukuka uygun olmayacağından cezai sorumluluğu doğacaktır. Kanaatimizce bu düzenleme suç siyaseti bakımından sorundur. Zira kanun koyucunun bu suçu ihdas etmekle koruduğu hukuki değerler yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi bireysel menfaatlerdir. Dolayısıyla bilimsel deneye tabi tutulan bir kimsenin haklarını koruma altına almayı amaçlayan bir ceza normunda hukuka aykırılık şartı olarak menfaat teminine yer verilmiş olması yerinde olmamıştır. Diğer taraftan menfaat temin edenin cezai sorumluluğunun olmaması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Konuya ilişkin olarak Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 10/e maddesinde “*üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması*” şartı aranmıştır.

Yine bu madde uyarınca sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için gönüllüye herhangi bir ikna edici teşvik veya mali teklifte bulunulamaz. Ancak, gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybindan doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanacağı vurgulanmıştır. Belirtelim ki bu düzenleme klinik araştırmaya tabi tutulan kişinin bu araştırma

141 ÜNVER, (Rıza), s. 281.

142 AKYÜREK, s. 11.

sonucu uğradığı zararların giderilmesine engel değildir¹⁴³. Kanunkoyucu bu düzenleme ile tıbbi araştırmaların bir gelir kaynağı olmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır.

b. Çocuklar Üzerinde Gerçekleştirilen Deneyler Bakımından

Çocuklar üzerinde bilimsel amaçlı deney ve denemelere kanun koyucunun izin verip vermemesi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Öyle ki çocukların tıbbi deneylerde kullanılmasının yasal hale getirilmesinin insancıl duyguların zedelenmesine yol açabileceği, öte taraftan ancak bu sayede tıbbin gelişebileceği ve çocuklara özgü ilaç ve buluşların gerçekleştirilebileceği, tıbbi uygulamaların başka şekilde başarılı olamayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁴.

TCK m. 90'da çocuklar üzerinde yapılan bir bilimsel deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetişkinler üzerinde gerçekleşen bilimsel deneyin tüm koşullarının yanı sıra, “*yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması ve rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması*” aranmıştır. Dolayısıyla çocuklar üzerinde deney suçunun hukuka uygun olması ancak bu koşulların tamamının gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır¹⁴⁵.

Bilimsel deneyin yapıldığı anda on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk sayılacağından 90. maddede çocuklar bakımından aranan şartların tamamının gerçekleşmiş gerekir.

Maddede, Biyotıp Sözleşmesi'nden farklı olarak, sadece rıza açıklama yeteneğine sahip çocuktan bahsedilmiş olduğundan, rıza açıklayamayan çocuklar üzerinde deney fiillerinin gerçekleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Kanun koyucu, çocuk üzerinde deney yapılabilmesini sadece çocuk hastalıkları ve çocuklar bakımından gerekli olan konularla sınırlı tutmamış, bu deneylerin amacını geniş ele almıştır¹⁴⁶.

İBUKAY m. 6'da yukarıda belirtilenlere ek olarak bazı şartların getirilmiş olduğu görülmektedir¹⁴⁷. Yine Yönetmelik' in 25/3. maddesinde “*Bu Yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davranan*

143 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku (5. Bası), s. 198.

144 YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu Erden Kuntalp Armağan GÜHFD Yıl: 3, Sayı: 2004/2. s. 75.

145 90. maddenin üçüncü fıkrasının ilk halinde, çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılması tümüyle yasaklandığı halde, daha sonra bu fıkra 5328 sayılı Kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklikle daha sıkı şartlara bağlı olarak bilimsel deney yapılması kabul edilmiş, ancak benzer düzenlemeye “deneme” kavramını düzenleyen dördüncü fıkra veya devamında yer verilmemiştir. Buna göre, hasta çocuklar üzerinde rızaları olsa da tedavi amaçlı deneme yapılamaz.

146 ŞEN, s.10.

147 “Çocukların Araştırmaya İştirak Etmeleri” başlıklı 6. maddede: “(1) Araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda

ve faaliyette bulunanlar hakkında fiillerinin niteliğine göre 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Ancak belirtelim ki kanunilik prensibi gereğince 90. maddede yer almayıp, sadece yönetmelikte yer alan bir şartın yerine getirilmemiş olması 90. madde kapsamında cezalandırılmayı gerektirir bir fiil olmayacaktır.

TCK m. 90’da yer verilen düzenleme, bir ceza normu olduğundan bilimsel bir deney veya denemenin failin cezai sorumluluğunu gerektirmemesi sadece maddede sayılan şartların varlığına bağlıdır. Zira kanunkoyucu sadece maddenin aradığı şartları taşımayan deney veya denemeleri cezai yaptırım altına almaktadır. Yönetmelik hükümlerine aykırı herhangi bir davranış, idari sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir durumdur¹⁴⁸.

c. Deneme Suçu Bakımından

Çalışmamızda kısaca deneme suçu olarak nitelendirmiş olduğumuz rıza olmaksızın hasta insanlar üzerinde yapılan tedavi amaçlı denemelerin hukuka uygun sayılabilmesi için, maddede belirli şartların gerçekleşmesi aranmıştır. Burada aranan ilk şart, “bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin hasta üzerinde uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılmış olması”dır¹⁴⁹. Öncelikle bu şart muğlak bir ifade olup, kanunilik ilkesi bakımından sakınca arz etmektedir.

sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyor ise 5. maddedeki hususlar ile birlikte aşağıda belirtilenler çerçevesinde çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir:

- Araştırılacak ürünün veya uygulamanın çocuklar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.
- Çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5. maddenin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır.
- Çocuğun araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmacının herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumunda çocuk araştırmadan çıkarılır.
- Çocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırma ile ilgili gerekli tüm bilgiler çocuğa uygun bir şekilde anlatılır.
- (Değişik: RG-25/6/2014-29041) Etik kurul, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.
- (Değişik: RG-25/6/2014-29041) Çocuklarda yapılacak her türlü klinik araştırmada çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekimin araştırmacının çocuklar üzerinde yapılması hususunda müspet görüşü olmadan etik kurul bu araştırmaya onay veremez. Bu çalışmalar için gerekli görülmesi halinde araştırma konusu ile ilgili bilim dalından doktora veya uzmanlığını almış hekim ya da dış hekiminin görüşü alınır ve araştırmaya izin verilip verilemeyeceği bu görüşü sonucunda değerlendirilir.
- Çocuklarda yapılacak klinik araştırmalar için çocukların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya mali teklifte bulunulamaz.” denilmektedir.

148 DURSUN, s. 12-13, Aksi Yönde Bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 248, SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2010, s. 180.

149 Yargıtay 12. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/2709 Karar Numarası: 2015/19199 Karar Tarihi: 14.12.2015 “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 eteksilatın (150 mg bid) etkinliğinin ve güvenilirliğinin Warfarinle (tır 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

Burada hekimin öncelikle bilinen tedavi yöntemlerini uygulaması ve bunların başarısız kaldığını tespit etmesi ya da söz konusu hastalığa veya duruma yönelik başarılı bir tıbbi yöntemin bulunmaması gerekmektedir¹⁵⁰. Belirtelim ki burada tedaviye yönelik bir denemenin gerçekleştirilmesi için bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tamamının hasta üzerinde uygulanması şart değildir¹⁵¹. Sadece bu yöntemlerin sonuçsuz kalacağını anlaşılmaması, deneme yapılabilmesi için yeterlidir. Zira hekimin özerklik hakkı bağlamında sahip olduğu tedavi yöntemini bizzat belirleme hakkı da bunu gerektirmektedir. Dolayısıyla mevcut, bilinen yöntemlerden birinin işe yaramayacağı konusunda hekimde bir kanaat oluşması halinde hekim bu yöntemi uygulamaktan sarfınazar edebilecektir¹⁵². Aksinin kabulü hukuken tedaviyi ret hakkı bulunan hastanın gereksiz tedavi yöntemlerine maruz bırakılması sonucunu doğuracaktır¹⁵³.

Konuya ilişkin olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması bakımında birtakım şartlara yer verilmiştir. Buna göre klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha önce deney hayvanları üzerinde yeterli ölçüde uygulanmak suretiyle olumlu etkilerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Fakat bunun dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağını ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Daha önce denenmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak hastaya zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağını mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.

Keza, tedavi amaçlı denemelerin bilimsel yöntemlere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu koşulların yanı sıra, denemenin hukuken geçerli rızaya dayanması gerekir. Ancak, hukuken geçerli olabilmesi için, açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir. Hastaneden maksat insan üzerinde yapılacak araştırmaları düzenleyen Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek 10'da belirtilen, "üzerinde araştırma yapılacak kimselerin emniyetini sağlamaya ve araştırmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine, takibine ve gereğinde acil müdahale yapılabilmesine elverişli ve araştırmanın vasfına uygun personel, teçhizat ve laboratuvar imkânlarına sahip olan üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri, üniversitelere bağlı onaylanmış araştırma-geliştirme merkezleri, Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi ve Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri" ifade etmektedir.

Son olarak belirtelim ki insan üzerinde deney ve deneme suçları açısından, Türk Ceza Kanunu'ndaki, hakkın kullanılması ve zorda kalma gibi hukuka uygunluk nedenleri de söz

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" denilmiştir.

150 ERMAN, s. 274.

151 CİN, s. 3.

152 AYGÜN, s. 266.

153 CİN, s. 3.

konusu olabilecektir. Örneğin, bilinen tedavi yöntemleriyle tedavisi mümkün olmayan bir hastanın yeni tedavi yöntemlerinin denenmesi suretiyle iyileştirilmeye çalışılması tipik bir zorda kalma hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Ancak zorda kalma halinin söz konusu olması deney suçu bakımından oldukça güçtür. Zira deney suçunda ortada tedavi edilmeyi bekleyen bir hasta değil; rızasıyla üzerinde deney gerçekleştirilen bir gönüllü söz konusudur¹⁵⁴.

Doktrinde varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin, deneme suçları bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabileceği savunulmaktadır¹⁵⁵. Kanaatimizce tıbbi müdahaleler bakımından varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olabileceği kabul edilse de deney ve deneme suçları bakımından varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Zira tıbbi müdahalede kişinin iyileşeceğine olan inancı ve iyileşme ihtimali deney veya denemeye göre daha yüksek olacağından, kişinin varsayılan rızasından söz edilebilecektir. Buna karşın bilimsel olarak tedavi edici bir yönü olmayan veya tedavi ediciliği mutlak olarak kanıtlanmamış bir yöntem hastanın mutlaka rıza göstereceğini varsaymak, hastanın kendi gereceğini belirleme hakkıyla da bağdaşmayacaktır¹⁵⁶. Öte yandan deney ve deneme suçları bakımından hastanın rızasını dahi tek başına yeterli kabul etmeyen kanun koyucunun varsayılan rıza halinde fiilin hukuka uygun olacağını kabul etmesi düşünülemez.

TCK m. 90'da aranan tüm şartlara tamamen uyularak yapılan bir deney sonucunda failin kusurunun olmamasına rağmen ölüm veya yaralanma neticesi meydana gelmişse fiil hukuka uygun olacağından failin cezai sorumluluğuna gidilmeyecektir¹⁵⁷.

VII. Kovuşturma Usulü ve Yaptırım

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 1. fıkrasındaki deney suçunu işleyen fail bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

Kanunun 90. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen insan üzerinde deneme suçu karşılığında ise bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu suç bakımından cezanın alt sınırı bir aydır. Dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise asliye ceza mahkemesidir. Ancak deney fiili sonucunda maddedeki özel düzenleme gereğince mağdurun ölmesi fail hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından ağır ceza mahkemesi de görevli olabilecektir¹⁵⁸.

154 Belirtelim ki deney veya denemeye tabi tutulan kimse niteliği uyduğu ölçüde hasta haklarına sahiptir. Zira bir kimsenin hasta haklarından yararlanabilmesi onun tibben mutlaka hasta olmasını zorunlu kılmamaktadır.

155 Karş. ALTUNKAŞ, s. 436.

156 Hastanın geleneksel tıbbi müdahalelerle objektif olarak tedavisi mümkün olmuyorsa varsayılan rızanın geçerli olabileceğine ilişkin olarak bkz. ÖZGÜL, s. 332.

157 YARSUVAT/BAYRAKTAR s. 76.

158 ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 251.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının takibi şikâyete bağlı olmayıp, re'sen kovuşturulur. Ancak failin, kamu personeli olması halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca izin alınması gerekmektedir¹⁵⁹.

- 159 Danıştay 1. Daire Esas Numarası: 2008/789 Karar Numarası: 2008/1091 Karar Tarihi: 30.10.2008 İzinsiz Aşı Üretmek ve Hasta Üzerinde Uygulamak Men-İ Muhakeme Kararı Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Özeti: Yetkili Kurul kararında, tedavi amaçlı denemenin suç olmadığı belirtilmiş ise de, söz konusu mevzuat hükümlerinde ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere, hasta üzerinde bu denemeyi yapabilmek için heyet raporu alınması, araştırma protokolü düzenlenmesi, Sağlık Bakanlığından izin alınması ve uygulama için hasta ve yakınlarına harcama yaptırılmaması gerektiği açıktır. ...e yapılan aşı uygulamasında şüpheliler tarafından heyet raporu alınmadığı, onkoloji konseyine ve etik kurullara başvurulmadığı, araştırma protokolü düzenlenerek Bakanlıktan izin alınmadığı, uygulanan aşı konusundaki bilimsel çalışmaların bilinmediği, şüphelilerin birçok hasta için aşı ürettikleri dikkate alındığında, ruhsatı bulunmayan bu aşıyla ilgili deneme çalışmalarından yetkili kurul ve makamların haberdar edilmediği, uygulamaların amacı tedavi amaçlı deneme dahi olsa söz konusu uygulamaların ilaçla ilgili araştırmalar kapsamında, yetkili kurul ve makamların denetimi dışında gerçekleştirildiği, bu nedenlerle şüphelilerin üstlerine atılı suçlu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşılmıştır .DAVA : Şüpheliler :.... Suçları : Hasta ... üzerinde uygulanmak üzere izinsiz aşı üretmek Suç Tarihi : 2005 Yılı İncelenen Karar : ..Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 22.5.2008 günlü, 2008/9 sayılı men-i muhakeme kararı Karara İtiraz Eden: Yok, İnceleme Nedeni: Yasa gereği kendiliğinden ... Üniversitesi Rektörlüğünün 16.6.2008 günlü, 9820 sayılı yazısının ekinde gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi; Gereği Görüşülüp Düşünüldü : KARAR : Dosyanın incelenmesinden, beyinde tümör olan Kamil ...e şüpheliler tarafından tümör aşısı tedavisi uygulandığı, tedavi adı altında yapılan bu uygulamanın kanunsuz, izinsiz ve herhangi bir etik kurul kararına dayanmadığı, gerekli malzemeler için para alındığı ve işlemlerin pek çok hasta üzerinde gerçekleştirildiği iddiasıyla yapılan soruşturmada, sadece aşı üretiminin yapıldığı, aşı üretimi isteğinin ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroşirürji Bölümü Öğretim Üyesi ...dan geldiği ve uygulamanın bu doktor tarafından yapıldığı, aşı üretimi ve uygulamasının deneysel araştırma kapsamında girmediğinden bahisle Yetkili Kurulun 22.5.2008 günlü, 2008/9 sayılı kararıyla şüphelilerin men-i muhakemeleri kararı verildiği anlaşılmaktadır. Benzer bir şikâyet konusuyla ilgili olarak daha önce 2007/127 esas sayısı ile Dairemizde görülen dosyada, aynı şüphelinin başka bir hastaya uyguladığı aşı tedavisine ilgili yürütülen soruşturma kapsamında Hacettepe Üniversitesinden 4 öğretim üyesinin bilirkişi incelemesine başvurulduğu, hazırlanan bilirkişi raporunda, aşı tedavisine ilgili onkoloji konseyinden karar alınmadığı, heyet raporu oluşturulmadığı, yerel ve merkezi etik kurullara başvurulmadığı, kullanılan ilaç ve malzemenin hastaya satın alındığı, eğer hastaya münferit hasta olarak uygulama yapılmış ise, konsey kararı, heyet raporu ve etik kurullara başvuru şartları gerçekleştirilmeden, eğer bir seri insanın tedavisine ilgili deneme kapsamında hastaya uygulama yapılmış ise, etik kurullara başvuru olmaksızın uygulama yapıldığı ve bu durumda hastadan tedavi için hiçbir ücret talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 11'inci maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 27'nci maddesinde, klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda klasik metodların hastaya fayda vermeyeceğinin anlaşılması halinde, daha önce denek hayvanları üzerinde yeterli derecede denenecek faydalı sonuçlar verdiği anlaşılmış bir tedavi usulünün hastaya uygulanabileceği, bunun için uygulamanın hastaya faydalı olacağı ve başarısızlık halinde klasik tedavi yöntemlerinden daha kötü bir sonuç alınmayacağı olasılığının bulunması gerektiği, yine Hasta Hakları Yönetmeliğinin 32'nci maddesinde hiç kimsenin , Sağlık Bakanlığının izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamayacağı, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinde, herhangi bir ilaç konusunda bilimsel amaçla klinik araştırma yapmak isteyenlerin bu Yönetmeliğe uygun olarak yerel etik kurul aracılığıyla, araştırma protokolü ve diğer dokümanlarla birlikte Sağlık Bakanlığına başvurarak izin almak zorunda olduğu, aynı Yönetmeliğin 6. maddesinde, farmasötik müstahzar olarak henüz Bakanlıkça ruhsatlandırılmamış ilaçlarla yapılan tüm klinik araştırmalar için Bakanlıktan izin alınması gerektiği, bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde, insan üzerinde yapılacak ilaç araştırmalarında Helsinki Deklarasyonu ve ekleri kararlar ile Tıbbi Deontoloji Tüzüğüne tam olarak uyulacağı, I., II., III. dönem denemelerin gönüllülerde ve kişinin yazılı rızasıyla yapılacağı, araştırmaların kapsamı, amacı, zarar ve tehlikelerinin tam ve yazılı olarak anlatılacağı, araştırmanın her türlü hukuki ve mali sorumluluğunun, araştırmayı yapan ve destekleyenlere ait olduğu, Dünya Hekimler Birliği Helsinki Bildirgesi'nin (2000) 22. maddesinde, araştırma konusunda yeterince bilgilendirilmiş olan denegin, tercihen yazılı olarak serbestçe verilmiş onamının alınması, yazılı onam alınmaz ise, yazılı olmayan onamın tanık huzurunda belgelendirilmesi gerektiği, Türk

Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır¹⁶⁰. Belirtelim ki özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri müsadere ve iznin iptali güvenlik tedbirleridir. Örneğin, suçun özel bir hastanenin yararına ve hastane temsilcilerinin katılımıyla işlenmesi halinde hastanenin faaliyet izninin iptaline karar verilecektir.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 90. maddesiyle insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel deney ve deneme fiilleri ilk defa suç olarak düzenlenmiştir.

Madde başlığı her ne kadar 'İnsan Üzerinde Deney' ise de maddenin 1. fıkrasında insan üzerinde bilimsel deney yapma suçu, maddenin 4. fıkrasında ise tedavi amaçlı deneme suçu yer almaktadır. Dolayısıyla madde başlığı maddenin içeriğini tam olarak karşılamamaktadır. Ayrıca maddede deneyi niteleyen ve sınırlayan bilimsel ibaresi de başlıkta geçmemektedir. Belirtelim ki ceza normunun başlığı kanunun metnine dahil olmayıp, sadece ilgili maddelerin konusunu göstermektedir.

TCK m. 90 düzenlemesi incelendiğinde bir ceza normundan ziyade deney ve deneme fiillerinin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağını gösteren düzenleyici bir norm mahiyetindedir. Bilimsel bir deneyi hukuka uygun hale getiren bu şartlardan herhangi birinin somut olayda eksik olması halinde fiil suç teşkil edecektir.

Kanunkoyucu deney suçu bakımından deneyin bilimsel olması dışında herhangi bir sınırlamaya yer vermemiş olduğundan başta tıbbi ve biyolojik deneyler olmak üzere insan üzerinde

Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde de, aydınlatılmış onamın içeriği ve alınmasının zorunlu olduğu, tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin onamı alınmasa da gerekli tedavinin yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Yetkili Kurul kararında, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 4. fıkrası gereğince tedavi amaçlı denemenin suç olmadığı belirtilmiş ise de, söz konusu mevzuat hükümlerinde ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere, hasta üzerinde bu denemeyi yapabilmek için heyet raporu alınması, araştırma protokolü düzenlenmesi, Sağlık Bakanlığından izin alınması ve uygulama için hasta ve yakınlarına harcama yaptırılmaması gerektiği açıktır. ...e yapılan aşı uygulamasında şüpheliler tarafından heyet raporu alınmadığı, onkoloji konseyine ve etik kurullara başvurulmadığı, araştırma protokolü düzenlenerek Bakanlıktan izin alınmadığı, uygulanan aşı konusundaki bilimsel çalışmaların bilinmediği, şüphelilerin birçok hasta için aşı ürettikleri dikkate alındığında, ruhsatı bulunmayan bu aşıyla ilgili deneme çalışmalarından yetkili kurul ve makamların haberdar edilmediği, uygulamaların amacı tedavi amaçlı deneme dahi olsa söz konusu uygulamaların ilaçla ilgili araştırmalar kapsamında, yetkili kurul ve makamların denetimi dışında gerçekleştirildiği, bu nedenlerle şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, SONUÇ : ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 22.5.2008 günlü ve 2008/9 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine, eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 257.maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın Trabzon Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın bir örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilmesine, 30.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

160 Maddede sadece tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağını belirtilmesiyle yetinilmesi gerektiği yönünde bkz. **ÜNVER, Yener**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu İstanbul 2007 s. 175.

gerçekleştirilen her türlü bilimsel deneyi kapsamına almaktadır. Her ne kadar maddenin gerekçesinde biyotıbbi deney ve denemelerden söz edilmiş ve madde gerekçesi de hukuken madde metninin ayrılmaz bir parçası ise de gerekçe normun doğru yorumlanıp böylece doğru anlaşılması amacına yönelik olup, hukuken bağlayıcı değildir. Bu bağlamda madde metniyle çelişen gerekçe suçun unsurları bakımından belirleyici olmayacaktır. Kanaatimizce kanunkoyucunun deneyi salt bilimsel nitelikteki deneylerle sınırlaması bilimsel olmayan deneylerin cezasız kalması riskini doğurmaktadır. Öte yandan bilimsel nitelikteki bir deneyin Anayasayla teminat altına alınmış olan bilim ve sanat özgürlüğü ve bu bağlamda bilim yapma özgürlüğüyle telifi kabil değildir.

Yine maddede bilimsel deneyler bakımından yetişkin ve çocuk ayırımına yer veren kanun koyucunun tedavi amaçlı denemeler bakımından bu ayrımı göz ardı etmesi yerinde olmamıştır. Keza deneme suçu bakımından deney suçundan farklı olarak, suçun işlenmesi sonucu mağdurun yaralanması ya da ölmesi haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması bir eksikliktir.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK m.90 düzenlemesinin mevzuat hükümleriyle çelişmesi veya eksiklikler içermesi nedeniyle madde farklı yorumlamalara müsait hale gelmekte dolayısıyla belirlilik ilkesi bağlamında problemlere yol açmaktadır.

Deney suçu bakımından deney fiilleri sonucunda kişinin ölmesi veya yaralanması halinde fail hakkında kasten yaralama veya kasten öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin 5. fıkra düzenlemesi ceza hukukundaki kusur ilkesi ve orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki 90/5. maddedeki düzenleme olması dahi deney fiilleri sonucu meydana gelen yaralanma ve ölüm hallerinin failin kastına göre genel hükümler çerçevesinde cezalandırılması pekâlâ mümkündür.

Kanunkoyucunun suç tipinde tercih ettiği “deney” kavramı tıp bilimi ve ceza hukuku bakımından teknik bir anlama sahip değildir. Keza deney ve deneme fiillerinin net çizgilerle birbirinden ayrılması oldukça güçtür. Örneğin, deneme fiilleri aynı zamanda deneyi de içerisinde barındırdığından deney-deneme ayrımı kanaatimizce yerinde olmamıştır.

Ayrıca her türlü bilimsel deneye tek bir madde çatısı altında yer verilmesi belirlilik ilkesi bakımından sakıncalıdır. Bilhassa kendine has özellikleri olan uzun ve detaylı klinik araştırmaları içerisinde barındıran ilaç deneylerinin bağımsız bir maddede düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanunkoyucu deney ve deneme suçları bakımından herhangi bir nitelikli hale yer vermemiştir. Kanaatimizce suçun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmelidir. Deneme suçları bakımından bu fiiller sonucunda kişinin yaşamının tehlikeye girmesi halinde bir sonuç bağlanmamış olması eleştirilebilecektir. Yine deneme suçu bakımından çocuklar üzerinde gerçekleştiren tedavi amaçlı denemelerin şartlarına ilişkin belirsizlikler çocuğun üstün yararının korunması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Gen teknolojisindeki hızlı gelişmeler ve embriyo ve ceninin korumasına ilişkin uluslararası alanda artan hassasiyet, maalesef 90. maddede karşılık bulamamaktadır. Nitekim İHAM kararlarında

her ne kadar ceninin kişilik hakkı tanınmasa da ceninin de insan onuru çerçevesinde koruma sağlanmaktadır.

Kanun koyucunun 90. maddede aradığı şartların, aynı zamanda birtakım farklılıklarla çeşitli yönetmeliklerde yer alıyor olması kanunilik ilkesiyle çelişki oluşturmaktadır. Bu durum idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılmaması prensibine aykırılık oluşturmaktadır. Bu yönetmelik hükümlerinin sadece ceza normunun yorumlanması bakımından nazara alınabileceği, dolayısıyla kişinin salt olarak yönetmelik hükmünü ihlal etmesinin onun cezai sorumluluğuna yol açmayacağı burada önemle bir kez daha vurgulamak gerekir.

Her ne kadar hukuka uygunluk sebepleri bakımından konuya ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri göz önünde bulundurulabilecek ise de ceza normunun aradığı şartlara ek olarak bazı şartların uluslararası sözleşme hükümleriyle getirilmesinin failin cezai sorumluluğuna yol açmayacağı kanaatindeyiz. Meğer ki ceza normunda uluslararası sözleşmeye uygun değişiklik yapılmış olsun.

Mevzuatta araştırma, deney, tıbbi deney, deneysel araştırma, klinik araştırma gibi kavramalara özensiz olarak yer verilmiş olması maddeyi sınırları belirsiz ve yoruma açık hale getirmektedir. Öğretide dahi deney sözcüğünün deney ve denemeleri kapsar şekilde kullanılmakta olduğu görülmektedir. Dolayısıyla kavramlara yapay olarak bazı anlamlar yüklenmesi yerine ceza normunda sözcüklerin bilimsel, teknik anlamlarında kullanılmasına özen gösterilmelidir.

Ayrıca mevzuattaki çelişik düzenlemeler hekimin özerklik hakkı ile kişinin (hastanın) kendi geleceğini belirleme hakkını dengelemekten ve bağdaştırmaktan uzaktır. Öyle ki hekim, sahip olduğu özerklik hakkı gereğince dilediği tedavi yöntemini bizzat seçme hakkına sahipken, diğer taraftan hekimin bu hakkını ölçsüz şekilde sınırlayan düzenlemelere yer verilmesi özerklik hakkını anlamsız kılacaktır.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçu konusunda henüz yeteri kadar ve içtihat olmaması dolayısıyla maddeye ilişkin öğretide ciddi görüş farklılıklarının olduğu görülmektedir. Anayasa'yla teminat altına alınmış birçok hukuki değeri koruyan bu normun içeriğinin ve sınırlarının net olması, bu hukuki değerlerin gereği gibi korunması ve ihlallerin cezasız kalmaması bakımından oldukça önemlidir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz eksikliklere karşın tıp alanında teknolojinin hızla gelişmekte olduğu günümüzde Ceza Kanununda böyle bir suç tipine yer verilmiş olması oldukça önemlidir. Ancak bir an önce konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler çerçevesinde iç hukukta gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, bu kapsamda madde metninin yeniden kaleme alınması ve vücut bütünlüğü, yaşam hakkı, insan onuru gibi hukuki değerlerin gereği gibi korunabilmesi için klinik araştırmalara ilişkin yeni suç tiplerinin ihdas edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

A) Kitap ve Makaleler

- AKYÜREK, **Güçlü**, İnsan Üzerinde Deney Suçu, Terazi Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Ankara 2014.
- ALTUNKAŞ, **Aysun**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- ALTUNKAŞ, **Aysun**, Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.
- ARTUK, **Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim**, Ceza Hukuku Özel Hükümler 16. Bası, Adalet Yay., Ankara 2017.
- AYGÜN, **EŞİTLİ, Ezgi**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2012.
- BAYRAKTAR, **Köksal**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, Sermet Mat., İstanbul 1972.
- BOZOKLAR, **Cemal, Ata**, Beyin Ölümünün Anlamı, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt: 1 Sayı:1 Legal Yay. İstanbul 2012.
- BULUT, **Nihat**, Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu, http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_2.pdf.
- CENTEL, **Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2016.
- ÇAKMUT, **YENERER, ÖZLEM**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yay. İstanbul 2003.
- ÇINARLI, **Serkan**, Tıbbi Uygulamalarda Etik ve Etikten Kaynaklı Malpraktis, Tıp Hukuku Dergisi, Legal Yay., Cilt: 6 Sayı: 12, Yıl: 2017.
- DOĞAN, **Cahit**, Tıp Etiği ve İdare Hukuku İlişkisi, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara 2012.
- DURUN, **Selman**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları İle İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, 2008, Yıl: 3 S. 6.
- DÜĞER **Sırrı**, İlaç Sektörünün Düzenlenmesinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı 10, Yıl: 2016.
- DÜĞER, **Sırrı**, Non-patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey. Shaker Verlag, 2012.
- ERMAN, **Barış**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Özel Ceza Hukuku Cilt: II Kişilere Karşı Suçlar, Oniki Levha Yay.,1. Bası, İstanbul 2017.
- ERSÖZ, **Ahmet, Kürşat**, İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu, Oniki Levha Yay., İstanbul 2016.
- GERÇEKER, **Hasan**, Türk Ceza Kanunu Cilt: I, 3. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2017.
- GÜVEN, **Gülşah**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 222.
- HAFIZOĞULLARI, **ZEKİ/ÖZEN, MUHARREM**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011.
- HAKERİ, **Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yay. 12. Bası, Ankara 2017.
- HAKERİ, **Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yay. 5. Bası, Ankara 2012.

- HAKERİ Hakan**, İlaç Hukuku, Adalet Yay.,1. Bası, Ankara 2015.
- HAKERİ Hakan**, Hakan, Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum, Tıp Hukuku Dergisi, Legal Yay., Yıl: 4, Sayı: 7, İstanbul 2015.
- HERRING, Jonathan**, Medical Law and Ethics, Sixth Edition, Oxford University Press, 2016.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2017.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Adalet Yay., Ankara 2017.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, İnsan Üzerinde Deney, Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşım Etik ve Hukuksal Boyutlar 3. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, Aralık 2009, s. 71-76.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul 2006, s. 203-220.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 9. Bası, Ankara 2015.
- ÖZGÜL, Mehmet, Emin**, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, XII Levha Yay., İstanbul 2010.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yay., II. Cilt, Ankara 2008.
- SAYIN Ferhat**, Tıbbi Etik ve Deontoloji Kavramları, Akademik Arge Dergisi Sosyal Bilimler, Sayı: 15, İstanbul 2015.
- SOMER, Pervin/VATANOĞLU, Elif**, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Etik Kurullar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2010.
- SCHREIBER, Hans-Ludwig**, İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmada Fayda-Risk Tartımı, Çev. Veli Özer Özbek, Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2004.
- ŞAHİN, Ekici, Meral**, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, Adalet Yay., Ankara 2012.
- ŞEN, Ersan**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, <https://esinseckinaydin.wordpress.com/2014/04/13/in-san-uzerinde-bilimsel-deney-ve-deneme-suclari/>(Erişim Tarihi: 08.02.2018).
- TACİR, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yay., İstanbul 2011.
- TANER, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 13. Bası, Ankara 2016.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Murat**, İnsan Hakları El Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan Aygörmez**, İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler <https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/5%20g%C3%99>.
- UZELTÜRK, TAHMAZOĞLU, Sultan**, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Legal Yay., İstanbul 2012
- ÜNVER, Yener**, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2 Yıl: 2006. (Rıza)
- ÜNVER, Yener**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu İstanbul 2007. (Deney)
- ÜZÜLMEZ, İlhan**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2013.

- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**, Yorumlu – Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu 3. Cilt: 2. Bası, Adalet Yay., Ankara 2014.
- YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal**, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu Erden Kuntalp Armağan GÜHFD Yıl: 3, Sayı: 2004/2.
- YÜKSEL, Hilal**, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yay., 1. Bası, İstanbul 2017.
- ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., 5. Bası, İstanbul 2015.

B) İnternet Kaynakları

- <http://www.who.int>
- <https://www.wma.net>
- <http://www.hasta.saglik.gov.tr>
- <http://www2.tbmm.gov.tr>
- <http://www.hasta.saglik.gov.tr>
- <http://www.yok.gov.tr>
- <https://www.legalbank.net>
- <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>
- <https://www.wma.net>
- <http://www.tdk.gov.tr>
- <https://www.inonu.edu.tr>